

Göttinger Juristische Schriften

Dagmar Coester-Waltjen, Volker Lipp, Eva Schumann,  
Barbara Veit (Hg.)

„Kinderwunschmedizin“ –  
Reformbedarf im Abstammungsrecht?

13. Göttinger Workshop zum Familienrecht 2014



Universitätsverlag Göttingen



Dagmar Coester-Waltjen, Volker Lipp, Eva Schumann, Barbara Veit (Hg.)  
„Kinderwunschmedizin“ – Reformbedarf im Abstammungsrecht?

Dieses Werk ist lizenziert unter einer  
[Creative Commons  
Namensnennung - Weitergabe unter gleichen Bedingungen  
4.0 International Lizenz.](https://creativecommons.org/licenses/by-sa/4.0/)



erschienen als Band 17 in der Reihe „Göttinger Juristische Schriften“  
im Universitätsverlag Göttingen 2015

---

Dagmar Coester-Waltjen,  
Volker Lipp,  
Eva Schumann,  
Barbara Veit (Hg.)

„Kinderwunschmedizin“ –  
Reformbedarf im  
Abstammungsrecht?

13. Göttinger Workshop zum  
Familienrecht 2014

Göttinger Juristische Schriften,  
Band 17



Universitätsverlag Göttingen  
2015

Bibliographische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <<http://dnb.dnb.de>> abrufbar.

Kontakt

Prof. Dr. Eva Schumann

E-Mail: [lehrstuhl.schumann@jura.uni-goettingen.de](mailto:lehrstuhl.schumann@jura.uni-goettingen.de)

Dieses Buch ist auch als freie Onlineversion über die Homepage des Verlags sowie über den Göttinger Universitätskatalog (GUK) bei der Niedersächsischen Staats- und Universitätsbibliothek Göttingen (<http://www.sub.uni-goettingen.de>) erreichbar. Es gelten die Lizenzbestimmungen der Onlineversion.

Satz und Layout: Inga Schürmann

© 2015 Universitätsverlag Göttingen

<http://univerlag.uni-goettingen.de>

ISBN: 978-3-86395-209-9

ISSN: 1864-2128

## **Danksagung**

Für die finanzielle Unterstützung des 13. Göttinger Workshops zum Familienrecht danken wir dem Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz sowie dem Universitätsbund Göttingen.



## Inhaltsverzeichnis

<i>Eva Schumann</i> Abstammungsrechtliche Folgefragen der Kinderwunschbehandlung – eine Einführung	7
<i>Matthias Jestaedt</i> Eltern im Sinne des Grundgesetzes und des Bürgerlichen Gesetzbuchs Verfassungsrechtliche (Vor-)Fragen der Elternstellung in der Kinderwunschmedizin	23
<i>Tobias Helms</i> „Kinderwunschmedizin“ – Reformvorschläge für das Abstammungsrecht	47
<i>Erwin Bernat</i> Das österreichische Abstammungsrecht im Kontext der medizinisch unterstützten Fortpflanzung Eine Bestandsaufnahme nach Inkrafttreten des Fortpflanzungsmedizinrechts-Änderungsgesetzes 2015	65
<i>Herbert Grzinotz</i> Wunschelternschaft und Vertragsgestaltung (Kinderwunschverträge)	103
<i>Petra Thorn</i> Familienbildung mit Spendersamen: Forschungsstand, klinische Erfahrungen und juristische Erfordernisse aus psychosozialer Perspektive	131
Verzeichnis der Teilnehmer des Workshops	147



# Abstammungsrechtliche Folgefragen der Kinderwunschbehandlung – eine Einführung

*Eva Schumann*

Das Thema des vorliegenden Tagungsbandes ist keineswegs neu – ganz im Gegenteil: Seit über 30 Jahren werden Fragen der familienrechtlichen Ausgestaltung „gespaltener Elternschaft“ bei medizinisch unterstützter Fortpflanzung diskutiert. Bereits in den 1980er Jahren hatte das Bundesjustizministerium zur Klärung der ethischen und rechtlichen Fragen der *Kinderwunschbehandlung mit fremden Keimzellen* (Samenspende, Eizellspende und Embryoadoption) sowie der *Inanspruchnahme einer Leihmutter* zunächst die sog. Benda-Kommission und anschließend die Bund-Länder-Arbeitsgruppe „Fortpflanzungsmedizin“ eingesetzt, deren Auftrag u.a. darin bestand, Vorschläge für die zivilrechtlichen Folgeregelungen auszuarbeiten.<sup>1</sup> Auch der 56. Deutsche Juristentag von 1986 hatte die Fortpflanzungsmedizin zum Gegenstand.<sup>2</sup>

Das politische Ergebnis dieser damals breit geführten wissenschaftlichen Diskussion war jedoch enttäuschend. Gegenüber der liberalen Auffassung von

---

<sup>1</sup> Dazu insgesamt BT-Drs. 11/1856, S. 2 (zu den Empfehlungen der Bund-Länder-Arbeitsgruppe und zur Stellungnahme der Bundesregierung, ebd., S. 6 ff.). So geht beispielsweise die 1998 neu eingeführte Regelung des § 1591 BGB zur „Geburtsmutter“ auf einen Vorschlag der Bund-Länder-Arbeitsgruppe zurück; Abschlußbericht der Bund-Länder-Arbeitsgruppe „Fortpflanzungsmedizin“, Bundesanzeiger 41 (1989), Nr. 4a, S. 26, 35.

<sup>2</sup> Die künstliche Befruchtung beim Menschen – Zulässigkeit und zivilrechtliche Folgen, Gutachten A von *Christian Starck* und Gutachten B von *Dagmar Coester-Waltjen*, in: Ständige Deputation des Deutschen Juristentages (Hrsg.), Verhandlungen des sechsfundfünfzigsten Deutschen Juristentages Berlin 1986, Bd. 1, 1986, A 1-58 und B 1-127. Erneut beschäftigte sich der 59. Deutsche Juristentag 1992 mit den abstammungsrechtlichen Fragen der Fortpflanzungsmedizin; dazu Gutachten von *Ingeborg Schwenzler*, Empfiehlt es sich, das Kinderschaftsrecht neu zu regeln?, in: Ständige Deputation des Deutschen Juristentages (Hrsg.), Verhandlungen des neunundfünfzigsten Deutschen Juristentages Hannover 1992, Bd. 1, 1992, A 1, 29 ff., 39 ff.; Beschlüsse des 59. Deutschen Juristentages Hannover 1992, FuR 1992, S. 278, 279.

Bundesjustizminister *Hans Engelhard* setzte sich Bundesfamilienministerin *Rita Süßmuth* mit der strikten Position „Das Kindeswohl hat Vorrang vor dem Kinderwunsch der Eltern“ durch<sup>3</sup> – mit der Folge, dass im *Embryonenschutzgesetz* von 1991 in erster Linie geregelt ist, welche Maßnahmen der Reproduktionsmedizin verboten sind. Ein deutsches Fortpflanzungsmedizinengesetz, wie es Österreich bereits ein Jahr später (1992) vorlegte, steht bis heute aus.

Selbst in Bezug auf die nicht verbotene *Samenspende* sah sich der Gesetzgeber nicht veranlasst, die abstammungsrechtlichen Fragen im Rahmen der Kindschaftsrechtsreform (1998) zu regeln. Stattdessen stellte er sich – obwohl es bereits damals zigtausende Spenderkinder in Deutschland gab – auf den Standpunkt, dass eine Reform des Abstammungsrechts erst erfolgen könne, wenn die Zulässigkeit der Samenspende durch ein Bundesgesetz geregelt sei.<sup>4</sup> Immerhin wurde im Jahr 2002 mit dem heutigen § 1600 Abs. 5 BGB wenigstens eine Folgefrage der Samenspende in Erkenntnis der Tatsache, dass die „auf diesem Wege gezeugte[n] Kinder vorhanden sind [und] in rechtlicher und sozialer Hinsicht des Schutzes bedürfen“, geregelt, wobei der Gesetzgeber den Ausschluss des Anfechtungsrechts der Mutter und des rechtlich-sozialen Vaters explizit mit dem Wohl des Kindes begründete.<sup>5</sup> Das Anfechtungsrecht des Kindes besteht aber – entgegen der Rechtslage in nahezu allen anderen europäischen Ländern<sup>6</sup> – bis heute, mit der Folge, dass in Deutschland das Rechtsverhältnis zum rechtlich-sozialen Vater durch Anfechtung der Vaterschaft beendet werden kann (und im Anschluss wäre eine gerichtliche Feststellung des Samenspenders als Vater möglich).

Verfassungsrechtlich geboten ist der Erhalt eines *Anfechtungsrechts des Spenderkindes* keineswegs, denn das *Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung* kann unabhängig von der statusrechtlichen Zuordnung zu den Eltern verwirklicht wer-

<sup>3</sup> Wahnhafte Beziehung, *Der Spiegel* 37/1988 (12.9.1988), S. 67.

<sup>4</sup> BT-Drs. 13/4899, S. 52, 166; vgl. weiter BT-Drs. 13/8511, S. 69. Kritisch dazu *Eva Schumann*, Elternschaft nach Keimzellspende und Embryooption, *MedR* 2014, S. 736, 748 m.w.N.

<sup>5</sup> BT-Drs. 14/2096, S. 7 (die Drucksache stammt aus dem Jahr 1999): „Die Regelung ist erforderlich, um den auf diese Weise gezeugten Kindern eine Rechtsstellung im Verhältnis zu dem als ihren Vater geltenden Mann zu verschaffen und zu erhalten, wie sie angenommene minderjährige Kinder haben. Nur so können die dem Wohl der [...] Kinder widersprechenden Konsequenzen vermieden werden [...].“

<sup>6</sup> Dazu *Tobias Helms*, Die Stellung des potenziellen biologischen Vaters im Abstammungsrecht, *FamRZ* 2010, S. 1, 4.

den.<sup>7</sup> Seit 2008 ist zwar eine rechtsfolgenlose Klärung der genetischen Abstammung unter den Voraussetzungen des § 1598a BGB möglich, diese bezieht sich aber nur auf die Feststellung der Nichtabstammung vom rechtlich-sozialen Elternteil,<sup>8</sup> während der Zugang zu den Spenderdaten nach wie vor nicht gesetzlich geregelt ist. Allerdings ist der Anspruch des Spenderkindes gegen den Reproduktionsmediziner auf Auskunft über die Identität des Spenders inzwischen im Wege richterlicher Rechtsfortbildung zu § 242 BGB anerkannt worden,<sup>9</sup> wengleich dieser Anspruch keineswegs einen einfachen Zugang zu den Spenderdaten eröffnet. Immerhin hat nun auch die Bundesregierung eine gesetzliche Regelung der Materie in Aussicht gestellt,<sup>10</sup> nachdem die Bund-Länder-Arbeitsgruppe „Fortpflanzungsmedizin“ schon vor 25 Jahren die Einrichtung einer zentralen Dokumentationsstelle gefordert hatte, bei der jedes Spenderkind Einsicht in die Spenderdaten nehmen kann.<sup>11</sup> Die im Koalitionsvertrag angekündigte Regelung zum Recht des Kindes auf Kenntnis seiner Herkunft müsste jedoch auf eine weitere Konstellation, auf die der sog. *Embryo-adoption*, erstreckt werden und für die betroffenen Kinder den Zugang zu den Daten der genetischen Mutter sicherstellen.<sup>12</sup>

<sup>7</sup> BVerfGE 79, S. 256, 273 f.; 90, S. 263, 274; 117, S. 202, 234 ff. Dazu *Eva Schumann*, Familienrechtliche Fragen der Fortpflanzungsmedizin im Lichte des Grundgesetzes, in: Henning Rosenau (Hrsg.), Ein zeitgemäßes Fortpflanzungsmedizingesetz für Deutschland, Schriften zum Bio-, Gesundheits- und Medizinrecht 11, 2012, S. 155, 187 ff.; *dies.* (Anm. 4), S. 746 ff.

<sup>8</sup> § 1598a BGB gilt nach herrschender Meinung auch für die Klärung der Nichtabstammung von der Mutter (in Fällen einer Eizellspende im Ausland oder einer Embryo-adoption). Dazu *Schumann* (Anm. 7), S. 172 m.w.N.

<sup>9</sup> OLG Hamm, FamRZ 2013, S. 637; BGH, NZFam 2015, S. 254 m. Anm. *Marina Wellenhofer*.

<sup>10</sup> Deutschlands Zukunft gestalten, Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD, 18. Legislaturperiode, S. 99: „Wir werden das Recht des Kindes auf Kenntnis seiner Herkunft bei Samenspenden gesetzlich regeln.“

<sup>11</sup> Abschlußbericht der Bund-Länder-Arbeitsgruppe „Fortpflanzungsmedizin“, Bundesanzeiger 41 (1989), Nr. 4a, S. 15. Zur Bedeutung des Auskunftsrechts, zur Dokumentation der Spenderdaten und zur Einrichtung eines Registers ausführlich *Petra Thorn*, in diesem Band, S. 133 ff., 137 ff. Vgl. weiter *Stefan Webrstedt/Petra Thorn/Karin Werdehausen/Thomas Katzorke*, Vorschläge zur Vorgehensweise bei Auskunftersuchen nach donogener Zeugung, J Reproduktionsmed Endokrinol 2012, S. 225 ff.

<sup>12</sup> Bei der Embryo-adoption handelt es sich um ein neues Phänomen, bei dem ein privater Verein, das sog. „Netzwerk Embryonenspende“ ([www.netzwerk-embryonenspende.de](http://www.netzwerk-embryonenspende.de)), bereits erzeugte und überzählige Embryonen an ungewollt kinderlose Paare vermittelt, was nach dem Embryonenschutzgesetz nicht verboten ist (BT-Drs. 11/5460, S. 8). Dazu *Schumann* (Anm. 4), S. 738, 748 m.w.N. Zur Tätigkeit des Vereins auch *Nadine Abr/Christiane Hawranek*, Die gespendeten Kinder, Die Zeit v. 25.9.2014, S. 17-19.

Im Zusammenhang mit dem Auseinanderfallen von genetischer und rechtlich-sozialer Elternschaft<sup>13</sup> stellen sich aber noch ganz andere abstammungsrechtliche Probleme: So ist insbesondere die rechtliche Zuordnung des Spenderkindes zum Wunschvater in nichtehelichen Lebensgemeinschaften – im Gegensatz zum österreichischen Recht<sup>14</sup> – nicht befriedigend geregelt. Da die Anerkennung der Vaterschaft durch den Lebensgefährten der Mutter ebenso wenig wie die Zustimmung der Mutter zur Anerkennung „erzungen“ werden kann, ist bei Vornahme der Kinderwunschbehandlung nicht gesichert, dass das Kind nach der Geburt auch zwei Eltern im Rechtssinne hat.

Noch problematischer ist die Situation, wenn eine Frau, die in einer lesbischen Partnerschaft lebt, mit Hilfe einer Samenspende schwanger wird: Bei *lesbischen Paaren* kann die angestrebte rechtliche Zuordnung des Kindes zur Co-Mutter derzeit nicht abstammungsrechtlich realisiert werden, sondern nur mit Hilfe einer Stiefkindadoption. Diese Möglichkeit steht aber nur *eingetragenen Lebenspartnerinnen* offen (§ 9 Abs. 7 LPartG). Hingegen ist in nichtformalisierten Partnerschaften nur die Empfängerin der Samenspende Mutter (§ 1591 BGB), während die sozial-familiäre Beziehung zwischen der Co-Mutter und dem Kind lediglich im Falle einer Trennung des Paares Rechtswirkungen entfalten kann (Umgangsrecht nach § 1685 Abs. 2 BGB).

Aber auch für eingetragene Lebenspartnerinnen ist die *Stiefkindadoption* im Verhältnis zu einer abstammungsrechtlichen Zuordnung zur Co-Mutter nur eine Notlösung,<sup>15</sup> denn die Stiefkindadoption verlangt eine *positive Kindeswohlprüfung* durch das Familiengericht. Immerhin hat der Bundesgerichtshof (BGH) die Streitfrage, ob der Samenspender als genetischer Elternteil der Stiefkindadoption durch die Co-Mutter zustimmen muss,<sup>16</sup> vor kurzem dahingehend entschie-

---

<sup>13</sup> Zu den Begrifflichkeiten der genetischen, rechtlichen und sozialen Elternschaft sowie zu den Fallgruppen „gespaltener Elternschaft“ umfassend *Schumann* (Anm. 7), S. 157 ff., 163 ff.

<sup>14</sup> § 148 Abs. 3 ABGB sieht vor, dass der Lebensgefährte der Mutter, der der Samenspende in Form eines Notariatsakts zugestimmt hat (sog. statuslegitimierende Zustimmung des Wunschvaters), nach der Geburt des Kindes gerichtlich als Vater festgestellt werden kann, wenn er die Vaterschaft für das Kind nicht anerkennt. Dazu *Erwin Bernat*, in diesem Band, S. 76 f.

<sup>15</sup> Kritisch auch *Nina Dethloff*, Assistierte Reproduktion und rechtliche Elternschaft in gleichgeschlechtlichen Partnerschaften, Ein rechtsvergleichender Überblick, in: Dorett Funcke/Petra Thorn (Hrsg.), *Die gleichgeschlechtliche Familie mit Kindern*, 2010, S. 161, 164 ff., 167 f.

<sup>16</sup> So hat das Kammergericht Berlin (30.7.2013 – 19 UF 17/13) den beantragten Ausspruch einer Stiefkindadoption aufgrund der fehlenden Zustimmung des Samenspenders abgelehnt (über die Rechtsbeschwerde hat der BGH inzwischen entschieden, siehe die folgende

den, dass das Familiengericht bei einer *privaten Spende* in der Regel den Spender über das Adoptionsverfahren unterrichten muss, damit dieser Gelegenheit erhält, einen Antrag auf Hinzuziehung als Beteiligter am Verfahren zu stellen (§ 7 Abs. 4 FamFG).<sup>17</sup> Handelt es sich hingegen um eine medizinisch assistierte Befruchtung mit einer anonymen Samenspende, dann ist der Samenspender weder am Adoptionsverfahren zu beteiligen noch ist seine Einwilligung in die Stiefkindadoption erforderlich.<sup>18</sup>

Schließlich wird in der Literatur vertreten, dass auch im Falle einer erfolgreichen Stiefkindadoption durch die Co-Mutter eine Feststellung des Samenspenders als Vater nicht ausgeschlossen sei,<sup>19</sup> mit der Folge, dass das Spenderkind nur in dieser Konstellation drei Eltern im Rechtssinne haben könnte. In jedem Fall kann der Samenspender aber als Vater festgestellt werden, wenn die Stiefkindadoption daran scheitert, dass nach der Geburt des Kindes entweder die Mutter oder die Wunschmutter nicht mehr an der ursprünglich geplanten Stiefkindadoption festhalten will, wenn es sich um eine nichtformalisierte gleichgeschlechtliche Lebensgemeinschaft handelt oder wenn in einer nichtehelichen (verschiedengeschlechtlichen) Lebensgemeinschaft keine Anerkennung der Vaterschaft erfolgt.

Sachliche Gründe für diese Differenzierung zwischen verschieden- und gleichgeschlechtlichen Paaren sowie zwischen formalisierten und nichtformalisierten Elternbeziehungen bei der rechtlichen Etablierung des Wunschelternteils nach einer konsentierten Samenspende sind nicht ersichtlich. Zudem vernachlässigt die geltende Rechtslage, bei der die Zusage der Übernahme rechtlich-sozialer

---

Anm.). Vgl. weiter AG Heidelberg, BeckRS 2014, 08363, aufgehoben durch OLG Karlsruhe, NJW 2014, S. 2050.

<sup>17</sup> BGH, BeckRS 2015, 05740, Rn. 21.

<sup>18</sup> BGH, BeckRS 2015, 05740, Rn. 18.

<sup>19</sup> Zulässigkeitsvoraussetzung für die gerichtliche Vaterschaftsfeststellung ist nach § 1600d Abs. 1 BGB das Nichtbestehen einer Vaterschaft nach § 1592 Nr. 1 und 2, § 1593 BGB; eine Adoption des Kindes steht der gerichtlichen Vaterschaftsfeststellung nicht entgegen. So *Thomas Rauscher*, in: J. v. Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Familienrecht, Neubearbeitung 2011, § 1594 BGB, Rn. 40 und § 1600d BGB, Rn. 14; *Marina Wellenbofer*, in: Franz Jürgen Säcker/Roland Rixecker (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 8: Familienrecht II, 6. Aufl. 2012, § 1594 BGB, Rn. 34; *Dieter Hahn*, in: Heinz Georg Bamberger/Herbert Roth (Hrsg.), BeckOKBGB, Stand: 1.2.2015, § 1600d BGB, Rn. 4; *Patrick Meier*, Heterologe Insemination – Konsequenzen für den Samenspender, Möglichkeiten und Grenzen vertraglicher Gestaltung, NZFam 2014, S. 337, 338 f. Im Ergebnis zu Recht anderer Ansicht *Herbert Grziniotz*, in diesem Band, S. 120. Eine vollständige Freistellung des Samenspenders fordert de lege ferenda auch *Tobias Helms*, in diesem Band, S. 52 ff.

Elternschaft des Wunschelternteils (als Bestandteil der Kinderwunschbehandlung eines Paares) nach der Geburt des Kindes nicht mehr verbindlich ist (d.h. nicht mehr eingelöst werden muss bzw. vom Wunschelternteil oder vom Elternteil einseitig verhindert werden kann), das Wohl des Kindes.<sup>20</sup> Das in der Verfassung verankerte Kindeswohlprinzip spricht daher ebenso wie das verfassungsrechtliche Gebot der Gleichbehandlung für die Einführung von Regelungen, die in allen Fällen konsentierter Samenspenden den Wunschelternteil an seiner anlässlich der Kinderwunschbehandlung wirksam erklärten Bereitschaft zur Übernahme der rechtlichen Elternstellung nach der Geburt des Kindes auch festhalten.<sup>21</sup>

Eine umfassende Regelung der familienrechtlichen Folgefragen der Kinderwunschbehandlung wird aber auch deshalb immer dringlicher, weil immer mehr deutsche Paare angesichts der eingeschränkten Möglichkeiten der Reproduktionsmedizin im Inland ihren Kinderwunsch im Ausland verwirklichen. Dass das „reproduktive Reisen“ einfacher geworden ist und in den letzten Jahren stark zugenommen hat, spiegelt sich auch in zahlreichen Entscheidungen jüngerer Datums wider, die sich mit der Problematik der Anerkennung eines Eltern-Kind-Verhältnisses in Deutschland nach Inanspruchnahme einer Leihmutter im Ausland auseinandersetzen.<sup>22</sup>

Im Anschluss an die gegen Frankreich ergangenen Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR), nach denen das Recht des Kindes auf Achtung seines Privatlebens verletzt wird, wenn nationale Gesetze verhindern, dass der genetische Vater eine Rechtsbeziehung zu seinem mit Hilfe einer Leihmutter ausgetragenen Kind begründen kann,<sup>23</sup> hat nun auch der BGH ein Grundsatzurteil zur *Leihmutterschaft* gefällt: Nach dieser Ent-

<sup>20</sup> Dazu *Schumann* (Anm. 4), S. 745; *dies.* (Anm. 7), S. 180 ff. m.w.N.

<sup>21</sup> Diese Lösung sieht das österreichische Recht seit 2015 auch für die Co-Mutter bei einer medizinisch unterstützten Fortpflanzung vor, wobei die Co-Mutter bei Vorliegen einer eingetragenen Partnerschaft wie ein „Ehemann“ und bei Vorliegen einer nicht eingetragenen Partnerschaft wie ein „nichtehelicher Lebensgefährte“ behandelt wird; dazu *Bernat*, in diesem Band, S. 77 ff.

<sup>22</sup> Etwa AG Friedberg, FamRZ 2013, S. 1994; AG Frankfurt/Main, StAZ 2014, S. 54; AG Neuss, FamRZ 2014, S. 1127; AG Nürnberg, FamRZ 2010, S. 1579; AG Regensburg, FamRZ 2014, S. 1556; LG Düsseldorf, BeckRS 2012, 19794; LG Frankfurt/Main, FamRZ 2013, S. 644; KG Berlin, IPrax 2014, S. 72. Zur Problematik auch *Nina Dethloff*, Leihmütter, Wunscheltern und ihre Kinder, JZ 2014, S. 922 ff.

<sup>23</sup> EGMR v. 26.6.2014 (Mennesson / Frankreich – 65192/11 und Labassée / Frankreich – 65941/11), FamRZ 2014, S. 1525 m. Anm. *Rainer Frank* (englische Fassung der Entscheidungen: FamRZ 2014, S. 1349). Vgl. aber auch EGMR v. 27.1.2015 (Paradiso und Campanelli / Italien – 25358/12), FamRZ 2015, S. 561.

scheidung ist nicht nur die im Ausland mit Zustimmung der Leihmutter erfolgte Anerkennung der Vaterschaft des genetischen Vaters wirksam, vielmehr stellt auch die Etablierung der rechtlichen Elternschaft des anderen Elternteils durch eine ausländische Gerichtsentscheidung keinen Verstoß gegen den *ordre public* (§ 109 Abs. 1 Nr. 4 FamFG) dar.<sup>24</sup> Tragender Gedanke der BGH-Entscheidung ist das Kindeswohl, während der nach Auffassung der Bundesregierung notwendigen Verhinderung „mensenunwürdiger“ Leihmutter-schaften<sup>25</sup> keine entscheidende Bedeutung mehr zuzumessen ist, wenn das Kind bereits geboren ist.<sup>26</sup>

Das Grundproblem des deutschen Rechts liegt hier freilich darin, dass die Regelung des § 1591 BGB zwei völlig unterschiedliche Konstellationen erfasst und für beide dieselbe Rechtsfolge vorsieht:<sup>27</sup> So stellt § 1591 BGB zwar eine angemessene Lösung für das Mutter-Kind-Verhältnis bei einer Embryooption oder bei einer (im Ausland vorgenommenen) Eizellspende bereit, weil hier die Wunschmutter, die das genetisch nicht von ihr abstammende Kind austrägt und zur Welt bringt, unanfechtbar rechtliche Mutter ist, während die Eizellspenderin, die (ebenso wie ein Samenspender) von vornherein auf die Wahrnehmung der Elternrechte verzichtet hat, in keiner rechtlichen Beziehung zum Kind steht. Die Regelung ist jedoch unbefriedigend für die zweite, ganz anders gelagerte Konstellation eines Auseinanderfallens von genetischer Mutterschaft und Geburtsmutter-schaft im Sinne des § 1591 BGB, nämlich für den Fall der Leihmutter-schaft. In dieser Konstellation will die genetische Mutter (im Gegensatz zur Eizellspenderin) die Elternverantwortung für das von ihr abstammende Kind wahrnehmen, jedoch wird ihr die Übernahme der Elternrechtsstellung durch das deutsche Abstammungsrecht vollständig versagt<sup>28</sup> – und zwar auch dann, wenn die Leihmutter ihren Beitrag zum Leben des Kindes mit dessen Geburt als abgeschlossen betrachtet.

---

<sup>24</sup> BGH, NJW 2015, S. 479 ff. = FamRZ 2015, S. 240 ff. m. Anm. *Tobias Helms*.

<sup>25</sup> Deutschlands Zukunft gestalten, Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD, 18. Legislaturperiode, S. 99: „Die Leihmutter-schaft lehnen wir ab, weil sie mit der Würde des Menschen unvereinbar ist.“

<sup>26</sup> Zu den Auswirkungen des Leihmutter-schaftstourismus auf das deutsche Recht *Helms*, in diesem Band, S. 55 ff.

<sup>27</sup> BT-Drs. 13/4899, S. 82 zu § 1591 BGB: „Ausgangspunkt dieser Regelung ist die Überlegung, daß es eine ‚gespaltene Mutter-schaft‘ im Interesse des Kindes nicht geben soll. [...] Vielmehr steht die Mutter-schaft der gebärenden Frau von vornherein unverrückbar fest.“ Zur Problematik *Schumann* (Anm. 7), S. 160 ff.; *dies.* (Anm. 4), S. 738 f. jeweils m.w.N.

<sup>28</sup> Verfassungsrechtliche Bedenken hierzu äußert *Matthias Jestaedt*, in diesem Band, S. 41 f.

Insgesamt ist das auf die natürliche Fortpflanzung in ehelichen Familien ausgerichtete deutsche Kindschaftsrecht den Herausforderungen der Kinderwunschbehandlung mit fremden Keimzellen oder unter Inanspruchnahme einer Leihmutter im Ausland nicht gewachsen, wobei die Probleme durch die unterschiedliche Behandlung von verschieden- und gleichgeschlechtlichen bzw. formalisierten und nichtformalisierten Paarbeziehungen noch verschärft werden. Dabei ließen sich die Grundkonstellationen der Eltern-Kind-Verhältnisse nach einer Kinderwunschbehandlung durchaus in das bestehende System des Kindschaftsrechts integrieren: In allen denkbaren Fällen geht es nämlich entweder (ausnahmsweise) um eine Pluralisierung von Elternverantwortung oder (regelmäßig) um einen vollständigen Austausch der Eltern bzw. eines Elternteils (siehe dazu die in der Tabelle am Ende dieses Beitrags dargestellten *Konstellationen*).

*Pluralisierung von Elternverantwortung* bedeutet, dass für das Kind mehr als zwei „Eltern“ Verantwortung tragen, wobei diese Konstellationen bislang dann auftreten, wenn nach einer Trennung der Eltern zusätzlich ein Stiefelternteil Verantwortung für das Kind übernimmt (*Konstellation 3*) oder wenn sowohl der Scheinvater als auch der genetische Vater Verantwortung für das Kind übernehmen wollen (*Konstellation 4*). Dass sich die Elternverantwortung des „dritten“ Elternteils auch rechtlich niederschlägt (kleines Sorgerecht nach § 1687b Abs. 1 und 2 BGB oder § 9 Abs. 1 und 2 LPartG, Verbleibensanordnung nach § 1682 BGB, Umgangs- [und Auskunfts-]rechte nach § 1685 Abs. 2 BGB oder § 1686a BGB i.V.m. § 167a FamFG), ist eine eher neue (und vermutlich auch noch nicht abgeschlossene) Entwicklung,<sup>29</sup> die jedoch belegt, dass unter Achtung der Maxime des Kindeswohls durchaus auch mehr als zwei Elternteile, die für ein Kind Verantwortung tragen wollen, im einfachen Recht mit Elternrechten ausgestattet werden können. Daher wären auch Lösungen für diejenigen Sonderfälle der Fortpflanzungsmedizin denkbar, bei denen eine Pluralisierung von Elternverantwortung angestrebt oder jedenfalls nicht explizit von vornherein ausgeschlossen wird (zu denken ist hier insbesondere an die private [Becher-]Samenspende; vgl. *Konstellation 4*).<sup>30</sup>

Nicht zu übersehen ist allerdings, dass in der Masse der Fälle der Kinderwunschbehandlung mit fremden Keimzellen bzw. unter Inanspruchnahme einer Leihmutter alle beteiligten Personen einen vollständigen Austausch der

<sup>29</sup> Weiterführende Überlegungen etwa bei *Bettina Heiderhoff*, Kann ein Kind mehrere Väter haben?, FamRZ 2008, S. 1901 ff.

<sup>30</sup> Zur privaten Bechersamenspende in Abgrenzung zur medizinisch assistierten (sog. konsentierten) Samenspende BGH, NJW 2013, S. 2589, 2591.

Eltern bzw. eines Elternteils erreichen wollen. Der Austausch bzw. „Ersatz“ der Eltern hat in der Geschichte des Rechts seit langem seinen Platz, denn auch schon vor der (historisch betrachtet) späten Rezeption der römisch-rechtlichen Adoption gab es mit der Vormundschaft („*munt*“) ein Institut, das Dritten anstelle der primär zuständigen (genetischen) Eltern die Verantwortung für ein Kind übertrug. Neu ist lediglich, dass solche Konstellationen jetzt vor der Zeugung eines Kindes aufgrund einer Vereinbarung zwischen den Beteiligten bewusst herbeigeführt werden und nicht mehr erst nach der Geburt des Kindes nach einem Ausfall der Eltern schicksalhaft entstehen. Zudem dürfte in Deutschland die Samenspende (im Gegensatz zur Eizellspende) auch deshalb erlaubt sein, weil das Abstammungsrecht die bewusste Übernahme der rechtlich-sozialen Vaterschaft auch unabhängig von den Möglichkeiten der medizinisch assistierten Befruchtung zulässt: Ein Mann kann sich bewusst zum Kind der Ehefrau bekennen oder eine schwangere Frau heiraten bzw. deren Kind anerkennen, auch wenn allen beteiligten „Eltern“ das Fehlen der genetischen Abstammung des Scheinvaters bekannt ist.

*Ingeborg Schwenzler* hat vor einigen Jahren (neben einer Abkehr vom statusorientierten Denken im Kindschaftsrecht) drei Grundprinzipien eines modernen Familienrechts benannt: das Prinzip der Nichteinmischung in private Lebensbereiche, das Prinzip der Übernahme von Verantwortung und das Prinzip des Vorrangs des Kindeswohls.<sup>31</sup> Für die Fälle der Kinderwunschbehandlung mit fremden Keimzellen plädiert *Schwenzler* dafür, diese „intentionale Elternschaft“ als ein neues Modell der rechtlichen Elternschaft anzuerkennen, da diese Form der Elternschaft „die drei zentralen Prinzipien eines modernen Familienrechts [...] in optimaler Weise [verwirklicht], darf doch davon ausgegangen werden, dass es dem Kindeswohl am besten dient, wenn zwei Menschen gemeinsam willentlich Verantwortung für ein Kind übernehmen“.<sup>32</sup>

Dem ist jedenfalls dann zuzustimmen, wenn die Keimzellspender (bzw. die Leihmutter) keine Verantwortung für das Kind übernehmen wollen<sup>33</sup> und der

---

<sup>31</sup> *Ingeborg Schwenzler*, Grundlinien eines modernen Familienrechts aus rechtsvergleichender Sicht, in: Elke Völmicke/Gerd Brudermüller (Hrsg.), *Familie – ein öffentliches Gut?, Gesellschaftliche Anforderungen an Partnerschaft und Elternschaft*, 2010, S. 103, 105 f.

<sup>32</sup> *Schwenzler* (Anm. 31), S. 113.

<sup>33</sup> Der anlässlich der Spende erklärte Verzicht auf Übernahme von Verantwortung rechtfertigt auch den Ausschluss des Samenspenders aus dem Kreis der anfechtungsberechtigten genetischen Väter nach § 1600 Abs. 1 Nr. 2 BGB; so auch BT-Drs. 15/2492, S. 9: „Unabhängig von der Frage, inwieweit der Samenspende als genetischer Vater in den Schutzbereich des Art. 6 Abs. 2 GG einbezogen ist, ist jedenfalls seine erklärte Bereitschaft zur Teilnahme an einer Samenspende als konkludenter Verzicht auf die rechtliche Vaterschaft

Wille für diese Entscheidung frei gebildet ist.<sup>34</sup> Des Weiteren ergibt sich aus dem Verantwortungs- und dem Kindeswohlprinzip, dass – wie oben schon ausgeführt – die Zustimmung des Wunschelternteils vor der Kinderwunschbehandlung als statuslegitimierender Akt ausgestaltet werden sollte.<sup>35</sup> Dies hätte zur Folge, dass der dem Keimzelltransfer zustimmende Wunschelternteil – ähnlich wie der Ehemann der Mutter (*Konstellation 7*) – in den *Konstellationen 8, 9, 11*<sup>36</sup> und *13*<sup>37</sup> dem Kind als Vater bzw. Mutter „automatisch“ (abstammungs-) rechtlich zuzuordnen wäre.<sup>38</sup> Eine solche Lösung läge auch auf der Linie der Rechtsprechung des BVerfG zum Recht des Kindes auf Gewährleistung elterlicher Pflege und Erziehung (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG) und

---

und damit auf ein entsprechendes Anfechtungsrecht zu deuten.“ Bestätigt durch BGH, NJW 2013, S. 2589, 2591 für die konsentierete Samenspende. Dazu insgesamt *Schumann* (Anm. 4), S. 743 f.; *dies.* (Anm. 7), S. 177 ff. m.w.N.

<sup>34</sup> Freiwilligkeit der Spende bedeutet auch, dass entsprechend Art. 12 der Richtlinie 2004/23/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 31.3.2004, Abl. EU L 102/48 keine Kommerzialisierung der Spende stattfindet, sondern nur eine Aufwandsentschädigung geleistet wird, die so bemessen sein muss, dass sie nicht den Hauptanreiz für die Spende darstellt. Zur Problematik *Hartmut Kreß*, Samenspende und Leihmutterschaft – Problemstand, Rechtsunsicherheiten, Regelungsansätze, FPR 2013, S. 240, 242 f.; *Sigrid Graumann*, Eizellspende und Eizellhandel – Risiken und Belastungen für die betroffenen Frauen, in: Gisela Bockenheimer-Lucius/Petra Thorn/Christiane Wendehorst (Hrsg.), Umwege zum eigenen Kind, Ethische und rechtliche Herausforderungen an die Reproduktionsmedizin 30 Jahre nach Louise Brown, 2008, S. 175, 180 ff.

<sup>35</sup> So auch die Forderung von *Helms*, in diesem Band, S. 53 und die Empfehlungen des Vorstandes des 18. Deutschen Familiengerichtstags, FamRZ 2009, S. 1967, 1970 (C. III. Abstammungssachen, Punkt 1.): „§§ 1592, 1593 BGB sollten dahin ergänzt werden, dass ein Mann, der ohne mit der Mutter verheiratet zu sein, in die heterologe künstliche Befruchtung mittels Samenspende eingewilligt hat, aufgrund seiner Einwilligung als Vater des Kindes gilt.“

<sup>36</sup> In der *Konstellation 11* für den Fall, dass die Mutter in einer lesbischen Beziehung lebt und die Lebensgefährtin der Samenspende zugestimmt hat.

<sup>37</sup> Da in der *Konstellation 13* (Embryooption) die Wunschmutter als Geburtsmutter nach § 1591 BGB rechtlich abgesichert ist, geht es auch hier nur um die rechtliche Etablierung der Elternschaft des Partners bzw. der Partnerin der Mutter (zur Rechtslage siehe für den Ehemann der Geburtsmutter *Konstellation 7*, für den nichtehelichen Lebensgefährten *Konstellation 8* und für die eingetragene Lebenspartnerin *Konstellation 9*).

<sup>38</sup> In Bezug auf den Ausschluss des Anfechtungsrechts des rechtlich-sozialen Vaters hat der Gesetzgeber schon 1999 eine Gleichbehandlung von Vätern ehelich und nichtehelich gebohrer Spenderkinder formuliert, so dass die vorgeschlagene Lösung nur eine konsequente Fortschreibung dieses Ansatzes wäre; BT-Drs. 14/2096, S. 7: „Wenn sich Eheleute und nicht miteinander verheiratete Paare bewusst für die Zeugung eines Kindes durch künstliche Fremdsamenübertragung entscheiden, kann im Hinblick auf die Verantwortung der beteiligten Eltern für das auf diese Weise gezeugte Kind eine Aufkündigung der hierdurch rechtlich begründeten Vaterschaft durch nachträgliche Anfechtung nicht zugelassen werden.“

zur Gleichbehandlung von verschieden- und gleichgeschlechtlichen Lebensgemeinschaften mit Kindern.<sup>39</sup>

Neben der (abstammungs-)rechtlichen Zuordnung des Spenderkindes zum Wunschernteil ist aber auch die Frage der Bestandskraft dieser Zuordnung nicht befriedigend geregelt: So sieht das geltende Recht hier ganz unterschiedliche Lösungen für Wunschernteile in verschieden- und gleichgeschlechtlichen Lebensgemeinschaften einerseits sowie für die rechtlich-soziale Vaterschaft und die rechtlich-soziale Mutterschaft andererseits vor. In den *Konstellationen 7 und 8* (verschiedengeschlechtliche Beziehung der Eltern, Wunschernteil ist der Ehemann/Partner der Mutter) ist eine Anfechtung der Vaterschaft durch das Kind nach § 1600 Abs. 5 BGB möglich, während in der *Konstellation 9* (eingetragene Lebenspartnerschaft mit Stiefkindadoption durch die Co-Mutter) eine Anfechtung der Elternschaft der Co-Mutter nicht möglich ist. Bei einer Eizellspende (*Konstellation 12*) ist die Mutterschaft ebenfalls nicht anfechtbar und bei einer Embryooption (*Konstellation 13*) ist wie folgt zu differenzieren: Die Mutterschaft ist auch hier nicht anfechtbar, die Vaterschaft kann von Seiten des Kindes nach § 1600 Abs. 5 BGB angefochten werden, während die Co-Mutterschaft der eingetragenen Lebenspartnerin der Geburtsmutter nach einer Stiefkindadoption ebenfalls nicht angefochten werden kann. Unabhängig davon, ob man sich (in Anlehnung an das Adoptionsrecht) für die grundsätzliche Unanfechtbarkeit der rechtlich-sozialen Elternschaft ausspricht<sup>40</sup> oder das Anfechtungsrecht des Kindes nach § 1600 Abs. 5 BGB erhalten möchte, lässt sich jedenfalls die derzeit bestehende unterschiedliche Behandlung der genannten Konstellationen vor Art. 3 GG nicht rechtfertigen.

Abschließend soll noch auf zwei Problemfelder hingewiesen werden, bei denen die rechtspolitische Diskussion noch am Anfang steht und die in diesem Tagungsband auch nur angerissen werden: erstens die Frage, ob auch alleinstehenden Frauen der Zugang zu Samenspende und Embryooption eröffnet werden soll (*Konstellationen 11 und 14*),<sup>41</sup> und zweitens die Frage, wie mit Leih-

---

<sup>39</sup> BVerfG, NJW 2013, S. 847, 848 f., 851 ff., 855; BVerfG, NJW 2014, S. 1364, 1372. Vgl. auch Deutschlands Zukunft gestalten, Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD, 18. Legislaturperiode, S. 105: „Wir werden darauf hinwirken, dass bestehende Diskriminierungen von gleichgeschlechtlichen Lebenspartnerschaften und von Menschen aufgrund ihrer sexuellen Identität in allen gesellschaftlichen Bereichen beendet werden. Rechtliche Regelungen, die gleichgeschlechtliche Lebenspartnerschaften schlechter stellen, werden wir beseitigen.“

<sup>40</sup> So *Schumann* (Anm. 7), S. 188 ff. m.w.N.; *Marina Wellenhofer*, Die Samenspende und ihre (späten) Rechtsfolgen, FamRZ 2013, S. 825, 829.

<sup>41</sup> Zur Problematik *Schumann* (Anm. 4), S. 741 f. m.w.N.

mutterschaften umzugehen ist, wenn die Leihmutter auch die genetische Mutter ist und/oder beide Wunscheltern nicht genetische Eltern des Kindes sind (diese Fälle sind – im Gegensatz zur *Konstellation 15* – nicht von der BGH-Entscheidung umfasst).<sup>42</sup> Auch wenn der vorliegende Tagungsband auf diese Fragen der Kinderwunschbehandlung keine Antworten gibt, so zeichnen sich doch in fast allen anderen Bereichen (rechtliche Zuordnung des Kindes zum Wunschelternteil, Anfechtungsrecht des Spenderkindes, Recht des Kindes auf Zugang zu den Spenderdaten) weitgehend einheitliche Grundlinien ab.

### **Erläuterungen zur Tabelle** (S. 19-21)

Für den Standardfall, bei dem genetische, rechtliche und soziale Elternschaft zusammenfallen, werden die **Begriffe** „Mutter“ und „Vater“ verwendet. In allen anderen Konstellationen, in denen mindestens eine dieser Elternschaften fehlt, werden für den Elternteil, bei dem nicht alle drei Komponenten der Elternschaft vorliegen, andere Begriffe verwendet: Adoptiveltern, Stiefeltern, Scheinvater, genetischer Vater (= nur leiblicher Vater), Samenspender, Eizellspenderin, Keimzellspender, Geburtsmutter, Leihmutter, Wunschelternteil. Zudem wird bei den Keimzellspendern und der Leihmutter davon ausgegangen, dass diese keine Verantwortung für das Kind übernehmen wollen.

In der **linken Spalte** werden die Eltern-Kind-Konstellationen beschrieben, wobei im Fettdruck Konstellationen nach einer Kinderwunschbehandlung hervorgehoben sind. In der **rechten Spalte** finden sich die Konsequenzen nach deutschem Recht: Im Fettdruck wird zunächst schlagwortartig die vom Normalfall (genetische, rechtliche und soziale Elternschaft fallen zusammen) abweichende Situation beschrieben, wobei hier folgende Grundkonstellationen zu unterscheiden sind: (1) Pluralisierung von (rechtlicher) Elternschaft, (2a) Austausch beider Eltern, (2b) Austausch eines Elternteils, (3) Etablierung nur eines rechtlichen Elternteils. Kursiv gesetzt sind diejenigen Rechtsfolgen, die als reformbedürftig angesehen werden (dies betrifft insbesondere die Frage der Anfechtbarkeit der Vaterschaft). Bei der Leihmutterschaft wurden nur die Fallkonstellationen aufgenommen, die von der Entscheidung des BGH erfasst sind (es fehlen die Fälle, in denen die Leihmutter auch genetische Mutter ist oder die Keimzellen nicht von mindestens einem Elternteil stammen).

---

<sup>42</sup> Erste Überlegungen dazu bei *Schumann* (Anm. 7), S. 193 f., 198 ff.

### Eltern-Kind-Konstellationen

	genetische Elternschaft	rechtliche Elternschaft	soziale Elternschaft	(abstammungs-)rechtliche Konsequenzen
1. Ehepaar bekommt ein gemeinsames Kind	Mutter (+) Vater (+)	Mutter (+) Vater (+)	Mutter (+) Vater (+)	Kind ist mit der Geburt kraft Gesetzes beiden Eltern rechtlich zugeordnet
2. unverheiratetes Paar bekommt ein gemeinsames Kind	Mutter (+) Vater (+)	Mutter (+) Vater (+)	Mutter (+) Vater (+)	Kind ist mit der Geburt kraft Gesetzes nur der Mutter rechtlich zugeordnet; rechtliche Vaterschaft muss nach § 1592 Nr. 2 oder 3 BGB etabliert werden
3. Kind hat (zusätzlich) einen Stiefelternteil	Mutter (+) Vater (+) Stiefelternteil (-)	Mutter (+) Vater (+) Stiefelternteil (-)	Mutter (+) Vater (+) Stiefelternteil (+)	<b>Pluralisierung von Elternschaft</b> [ggf. kleines Sorgerecht und Umgangsrecht des Stiefelternteils]
4. Kind hat einen Scheinvater; genetischer Vater (= nur leiblicher Vater) will eine Beziehung zum Kind	Mutter (+) Scheinvater (-) genetischer Vater (+)	Mutter (+) Scheinvater (+) genetischer Vater (-)	Mutter (+) Scheinvater (+) genetischer Vater (+)	<b>Pluralisierung von Elternschaft</b> Kind ist Scheinvater rechtlich zugeordnet, aber: Vaterschaft kann angefochten werden; [ggf. Umgangsrecht des genetischen Vaters, § 1686a BGB]; gilt ggf. auch bei <b>Bechersamenspende</b>
5. Ehepaar adoptiert ein Kind (gilt auch für eingetr. Lebenspartner nach Sukzessivadoption)	Adoptiveltern (-) genetische Eltern (+)	Adoptiveltern (+) genetische Eltern (-)	Adoptiveltern (+) genetische Eltern (-)	<b>Austausch beider Eltern</b> Adoptiveltern treten an die Stelle der genetischen Eltern; Recht des Kindes auf Kenntnis der Abstammung
6. Stiefvater adoptiert Stiefkind (gilt auch bei Adoption durch Stiefmutter und bei Stiefkindadoption in eingetr. Lebenspartnerschaft)	Adoptivvater (-) Mutter (+) genetischer Vater (+)	Adoptivvater (+) Mutter (+) genetischer Vater (-)	Adoptivvater (+) Mutter (+) genetischer Vater (-)	<b>Austausch des Vaters</b> Kind ist Adoptivvater (= Ehemann der Mutter) rechtlich zugeordnet; Recht des Kindes auf Kenntnis der Abstammung

	<b>genetische Elternschaft</b>	<b>rechtliche Elternschaft</b>	<b>soziale Elternschaft</b>	<b>(abstammungs-)rechtliche Konsequenzen</b>
<b>7. Samenspende an Ehepaar</b>	Mutter (+) Ehemann (-) Samenspender (+)	Mutter (+) Ehemann (+) Samenspender (-)	Mutter (+) Ehemann (+) Samenspender (-)	<b>Austausch des Vaters</b> Kind ist Ehemann der Mutter rechtlich zugeordnet; aber: <b>Anfechtungsrecht des Kindes; Feststellung des Samenspenders als Vater möglich</b> ; Recht des Kindes auf Kenntnis der Abstammung
<b>8. Samenspende an unverheiratetes Paar</b>	Mutter (+) Partner d. Mutter (-) Samenspender (+)	Mutter (+) Partner d. Mutter (+) Samenspender (-)	Mutter (+) Partner d. Mutter (+) Samenspender (-)	<b>Austausch des Vaters</b> Kind ist Partner der Mutter nur dann rechtlich zugeordnet, <b>wenn die Vaterschaft anerkannt wird; Anfechtungsrecht des Kindes; Feststellung des Samenspenders als Vater möglich</b> ; Recht des Kindes auf Kenntnis der Abstammung
<b>9. Samenspende an eingetr. Lebenspartnerin mit anschließender Stiefkindadoption durch Partnerin der Mutter</b>	Mutter (+) Partnerin d. Mutter (-) Samenspender (+)	Mutter (+) Partnerin d. Mutter (+) Samenspender (-)	Mutter (+) Partnerin d. Mutter (+) Samenspender (-)	<b>Austausch eines Elternteils</b> (Partnerin der Mutter tritt an die Vaterstelle); Kind ist Partnerin der Mutter nur dann rechtlich zugeordnet, <b>wenn Stiefkindadoption erfolgreich verläuft; Samenspender kann zusätzlich als Vater festgestellt werden, str.</b> (drei Eltern im Rechtssinne?); Recht des Kindes auf Kenntnis der Abstammung
<b>10. Adoption durch allein-stehende Person</b>	Adoptiv-elternteil (-) genetische Eltern (+)	Adoptiv-elternteil (+) genetische Eltern (-)	Adoptiv-elternteil (+) genetische Eltern (-)	<b>nur ein rechtlicher Elternteil</b> Recht des Kindes auf Kenntnis der Abstammung
<b>11. Samenspende an allein-stehende Frau</b> [oder an Frau in lesbischer Lebensgemeinschaft]	Mutter (+) Samenspender (+)	Mutter (+) Samenspender (-)	Mutter (+) Samenspender (-) [Partnerin d. Mutter (+)]	<b>nur ein rechtlicher Elternteil</b> <b>Feststellung des Samenspenders als Vater möglich</b> ; Recht des Kindes auf Kenntnis der Abstammung [gilt auch bei lesbischer Lebensgemeinschaft]

	<b>genetische Elternschaft</b>	<b>rechtliche Elternschaft</b>	<b>soziale Elternschaft</b>	<b>(abstammungs-)rechtliche Konsequenzen</b>
<b>12. Eizellspende an Paar,</b> Samen stammt vom Ehemann / Partner der Geburtsmutter	Geburtsmutter (-) Vater (+) Eizellspenderin (+)	Geburtsmutter (+) Vater (+) Eizellspenderin (-)	Geburtsmutter (+) Vater (+) Eizellspenderin (-)	<b>Austausch der Mutter</b> Geburtsmutter ist rechtlich Mutter nach § 1591 BGB; keine Anfechtbarkeit der Mutterschaft; Recht des Kindes auf Kenntnis der Abstammung
<b>13. Embryo-adoption durch Paar</b> (gilt auch für eingetr. Lebenspartnerinnen bei anschließender Stiefkindadoption)	Geburtsmutter (-) Ehemann / Partner/in d. Geburtsmutter (-) Keimzellspender (+)	Geburtsmutter (+) Ehemann / Partner/in d. Geburtsmutter (+) Keimzellspender (-)	Geburtsmutter (+) Ehemann / Partner/in d. Geburtsmutter (+) Keimzellspender (-)	<b>Austausch beider Eltern</b> Geburtsmutter (§ 1591 BGB) und Ehemann bzw. Partner/in der Mutter treten an die Stelle der Keimzellspender; <b>Anfechtungsrecht des Kindes</b> (bzgl. Vaterschaft); <b>Feststellung des Samenspenders als Vater möglich</b> ; keine Anfechtbarkeit der Mutterschaft; Recht des Kindes auf Kenntnis der Abstammung
<b>14. Embryo-adoption durch alleinstehende Frau</b>	Geburtsmutter (-) Keimzellspender (+)	Geburtsmutter (+) Keimzellspender (-)	Geburtsmutter (+) Keimzellspender (-)	<b>nur ein rechtlicher Elternteil</b> Geburtsmutter ist rechtlich Mutter nach § 1591 BGB; keine Anfechtbarkeit der Mutterschaft; <b>Feststellung des Samenspenders als Vater möglich</b> ; Recht des Kindes auf Kenntnis der Abstammung
<b>15. Leihmutter-schaft</b> ausländische Leihmutter trägt im Ausland ein genetisch nicht von ihr abstammendes Kind aus; Vater ist genetischer Elternteil (gilt auch für eingetr. Lebenspartner)	Leihmutter (-) Vater (+) Eizellspenderin (+) Wunschelternteil (-)	Leihmutter (-) Vater (+) Eizellspenderin (-) Wunschelternteil (+)	Leihmutter (-) Vater (+) Eizellspenderin (-) Wunschelternteil (+)	<b>Austausch eines Elternteils</b> nach der Rspr. des BGH ist die Elternschaft des Vaters und des Wunschelternteils rechtlich zu etablieren (Anerkennung der im Ausland vorgenommenen rechtlichen Zuordnungen); Recht des Kindes auf Kenntnis der Abstammung in Bezug auf Eizellspenderin (und Leihmutter?) [gilt erst recht, wenn die Leihmutter das genetische Kind eines Paares für dieses austrägt]



# Eltern im Sinne des Grundgesetzes und des Bürgerlichen Gesetzbuchs

## Verfassungsrechtliche (Vor-)Fragen der Elternstellung in der Kinderwunschmedizin<sup>1</sup>

*Matthias Jestaedt*

- I. Herausforderung und Fragestellung
- II. Orientierung am und Orientierung im Verfassungsrecht
  - 1. Verfassungsrechtliches und gesetzesrechtliches Elternregime
  - 2. Disjunktion von personellem und sachlichem Schutzbereich
  - 3. Ähnlichkeiten und Unterschiede zum Gewährleistungsregime der Eigentumsfreiheit
- III. Die Zweispurigkeit des grundgesetzlichen Eltern-Begriffs
  - 1. Leibliche, rechtliche, soziale Elternschaft
  - 2. Der grundgesetzliche Idealtypus
  - 3. Zweispuriger Elternbegriff: Leibliche und (nur-)rechtliche Elternschaft
  - 4. Leibliche Elternschaft
- IV. Grundgesetzliche Orientierungsmarken für die Kinderwunschmedizin
  - 1. In Bezug auf die Mutter
  - 2. In Bezug auf den Vater
- V. Am Ende eines Werkstattberichts

### **I. Herausforderung und Fragestellung**

Die sog. Kinderwunschmedizin eröffnet Möglichkeiten, die zuvor entweder gar nicht oder doch nicht in diesem Ausmaße gegeben waren. Damit stellt sie auch das Recht vor neue, bislang erst in Ansätzen bewältigte Herausforderungen. Eine zentrale Herausforderung bildet die Zuordnung von Kindern und Eltern angesichts des Umstandes, dass die durch die Kinderwunschmedizin eröffneten „Wege zum Kind“ in markanter Weise von den bislang üblichen abweichen, was sich namentlich in zwei Umständen manifestiert, nämlich erstens der Viel-

---

<sup>1</sup> Anmerkungen und Nachweise sind, handelt es sich doch nachfolgend um einen Werkstattbericht, auf ein Minimum reduziert.

zahl der Beteiligten und damit möglicher Eltern(teile) sowie zweitens dem Auseinanderfallen der Initiatoren von Zeugung und Geburt („Wunscheltern“) einerseits und den an Zeugung und Geburt körperlich unmittelbar beteiligten Akteuren (Gametenspender, „Leihmutter“) andererseits. Die mangelnde Deckungsgleichheit des Kreises von Personen, die den Wunsch nach einem eigenen Kind hegen, mit dem Kreis von Personen, die ihn durch Einsatz des eigenen Körpers verwirklichen, irritiert das überkommene, an der Dichotomie von leiblichen Eltern und Adoptiveltern ausgerichtete Regime. Eine Neujustierung oder doch wenigstens eine Erweiterung des Eltern(-Kind)-Regimes tut infolgedessen schon aus Gründen der Rechtssicherheit und damit unbeschadet der Frage not, ob die beschrittenen „Wege zum Kind“ selbst rechtliche Billigung finden sollen oder nicht. Ein derartiges *aggiornamento* wird indes schwer gelingen, wenn und soweit die Herausforderungen allein als solche des Gesetzesrechts, insbesondere des bürgerlichrechtlichen Abstammungs-, Adoptions- und Sorgerechts begriffen und angenommen werden. Denn ohne Rückbesinnung auf die verfassungsrechtlichen Vorgaben, insbesondere ohne Rücksicht auf das sog. Elternrecht gemäß Art. 6 Abs. 2 GG, stehen alle Versuche der Ergänzung oder des Umbaus des bürgerlichrechtlichen Eltern-Kind-Regimes in der Gefahr, gegen dem Gesetz(geber) unverfügbare Fundamentalwertungen zu verstoßen.

Den folgenden Zeilen geht es nicht darum und kann es schon aus Platzgründen nicht darum gehen, die verfassungsrechtlichen Determinanten der Kinderwunschmedizin – oder, noch weitergehend, sämtlicher möglicher Eltern-Kind-Konstellationen – flächendeckend zu erarbeiten und darzustellen. Ihnen ist es auch nicht darum zu tun, fertige (verfassungs)rechtliche, d.h. sämtliche Elternrechtsberechtigungen und -verpflichtungen umfassende Antworten für bestimmte Konstellationen der Kinderwunschmedizin zu liefern. Vielmehr beschäftigen sie sich mit der der Verteilung von Elternrechtsverpflichtungen und -berechtigungen – in den Worten des Bundesverfassungsgerichts: der Zuteilung von „Elternverantwortung“<sup>2</sup> – vorausliegenden Frage, welche Personen nach Maßgabe des Grundgesetzes überhaupt Eltern sind (oder doch sein können). Die Eltern, also jene, denen die Eltern(eigen)schaft oder auch Elternstellung zukommt, sind nämlich die möglichen Adressaten einer Elternrechtsstellung wie, um nur die bedeutsamste Emanation zu nennen, der elterlichen Sorge. Die Unterscheidung von Eltern(eigen)schaft und Elternverantwortung ist – abgesehen davon, dass sie von der Verfassung vorgezeichnet ist (dazu unten II. 1.) – schon deswegen im wahrsten Sinne des Wortes fundamental, weil nicht allen Eltern die volle Elternrechtsstellung, sprich: die Gesamtheit der Berechtigun-

---

<sup>2</sup> Seit BVerfGE 24, 119, 143, ständige Rechtsprechung.

gen und Verpflichtungen, die die Besonderheit des rechtlichen Eltern-Kind-Verhältnisses ausmachen, zukommen muss oder auch zukommen darf. Das unterscheidet das Elternregime vom Regime des (bloßen) Erziehungsberechtigten: Ein Erziehungsberechtigter ohne Erziehungsberechtigung ist kein Erziehungsberechtigter; ein Elternteil, dem die Elternverantwortung ganz oder teilweise vorenthalten oder entzogen wird, ist und bleibt demgegenüber Elternteil.

Just die für das Elternregime kennzeichnende Unterscheidung von personeller und sachlicher Gewährleistungsdimension – einerseits: Wer sind die Eltern, wer sind Vater und Mutter eines Kindes? und andererseits: Welche kindbezogenen Rechte und Pflichten sind den Eltern zugeordnet? – erschließt das elternrechtsspezifische Potenzial für die neu zu erarbeitenden rechtlichen Antworten auf die Herausforderungen der Kinderwunschmedizin.

## II. Orientierung am und Orientierung im Verfassungsrecht

Bevor indes die Aufmerksamkeit der (Doppel-)Frage gilt, wer im Sinne des Grundgesetzes Eltern sind (III.) und wie sich das auf die Regelungsoptionen der Kinderwunschmedizin auswirkt (IV.), seien einige allgemeinere Orientierungsüberlegungen vorangestellt, die der Unterscheidung des verfassungsrechtlichen vom gesetzesrechtlichen Elternregime (1.), der Unterscheidung von sachlichem und persönlichem Schutzbereich von Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG (2.) sowie den Besonderheiten der Gewährleistungsstrukturen des Elternrechts gelten.

### 1. Verfassungsrechtliches und gesetzesrechtliches Elternregime

Wenngleich nicht selten differenzierungsfrei von Eltern(schaft) und Elternrecht(sstellung) gesprochen wird, ist klar und unmissverständlich zu unterscheiden sowohl zwischen der Elterneigenschaft nach *Gesetzesrecht*, insbesondere bürgerlichem Recht, und jener nach *Verfassungsrecht* als auch zwischen der elterlichen Rechten- und Pflichtenstellung nach *Gesetzesrecht* (BGB, RKEG, SGB VIII usf.) und jener nach *Verfassungsrecht* (insbesondere Art. 6 Abs. 2, 3 GG), kurz: zwischen dem Elternregime nach Gesetzesrecht und jenem nach Verfassungsrecht.<sup>3</sup>

---

<sup>3</sup> Dazu *Matthias Jestaedt*, in: Wolfgang Kahl/Christian Waldhoff/Christian Walter (Hrsg.), *Bonner Kommentar zum Grundgesetz*, Stand: 170. Aktualisierung Dezember 2014, Art. 6 Abs. 2 und 3 (Stand: 74. und 75. Lfg. Dezember 1995), Rn. 273 ff., bes. 274 ff.

Das ist deswegen bedeutsam, weil beide in mehrerlei Hinsicht – und zwar unabhängig davon, dass die Gewährleistungs-„Höhe“ (Gesetzes- versus Verfassungs-rang) eine unterschiedliche ist – nicht deckungsgleich sind. Nicht jeder, dem durch Bestimmungen des BGB Rechtspositionen zugewiesen werden, die typischerweise Eltern zustehen, avanciert allein dadurch zum Elternteil im Sinne von Art. 6 Abs. 2 GG und wird fortan durch die Verfassungsgewähr vor staatlichem Zugriff geschützt.<sup>4</sup> Und nicht jedem, dem das einfachgesetzliche Familienrecht die Zuweisung der Eltern(eigen)schaft vorenthält, muss allein deshalb die verfassungsrechtliche Eltern(eigen)schaft abgesprochen werden. Von bürgerlichrechtlichen Bestimmungen wie insbesondere §§ 1591 und 1592 BGB kann nicht umstandslos auf die Elterneigenschaft nach Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG geschlossen werden; das Grundgesetz ist keine „Verfassung nach Gesetz“.<sup>5</sup> Vielmehr müssen sich umgekehrt §§ 1591, 1592 BGB vor Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG rechtfertigen, an ihm messen lassen. Freilich darf die Absage an eine „Verfassung nach Gesetz“ nicht in dem Sinne über- und damit missinterpretiert werden, dass die Verfassung nicht in statischer Manier an gesetzesrechtliche Ausgestaltungen anknüpfen oder nicht auf sie in dynamischer Manier verweisen könnte.<sup>6</sup> Bei beiden Varianten handelt es sich um denkbare verfassungsgesteuerte Öffnungen der Verfassung zum Gesetzesrecht hin; als solche bedürfen sie indes jeweils einer positivverfassungsrechtlichen Verifizierung, d.h. sind durch Verfassungsauslegung in concreto „nachzuweisen“.

Dass das Gesetzesrecht in dem Ensemble seiner Regelungen die Vorgaben der Verfassung vollauf beachten und verwirklichen muss – diese also Maßstab für jenes ist –, bedeutet nicht *pari passu*, dass das Gesetzesrecht, erstens, strukturidentische Regelungstechniken und Regelungskonzepte und, zweitens, bedeutungsidentische Begriffe und Bauelemente benutzen müsste wie das maßstäbliche Verfassungsrecht. Wenn das BGB und das Grundgesetz denselben Begriff „Eltern“ verwenden, müssen sie dies nicht notwendigerweise und unter allen Umständen in bedeutungs- und wirkungsidentischer Weise tun. Das Gesetzesrecht muss die verfassungsrechtliche Gewährleistungsstruktur nicht zwingend

---

<sup>4</sup> Genau in diesem Sinne könnte freilich BVerfGE 133, 59, Rn. 48 gelesen werden: „Sofern das einfache Recht die rechtliche Elternschaft zweier gleichgeschlechtlicher Partner begründet, sind diese auch im verfassungsrechtlichen Sinne als Eltern anzusehen.“

<sup>5</sup> Diskursprägend dazu *Walter Leisner*, Von der Verfassungsmäßigkeit der Gesetze zur Gesetzmäßigkeit der Verfassung, Betrachtungen zur möglichen selbständigen Begrifflichkeit im Verfassungsrecht, 1964.

<sup>6</sup> Näher ausgearbeitet bei *Matthias Jestaedt*, Selbstand und Offenheit der Verfassung gegenüber nationalem, supranationalem und internationalem Recht, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. XII, 3. Aufl. 2014, § 264, Rn. 53 ff.

eins zu eins in gesetzlichen Gewährleistungsstrukturen nachahmend abbilden; dem Vorrang der Verfassung ist vielmehr Genüge getan, wenn die verfassungsrechtliche Gewährleistung ihrem Regelungsinhalt nach – anders gewendet: das verfassungsrechtliche Gebot und Verbot, die verfassungsrechtliche Ermächtigung – gesetzesrechtlich umgesetzt und damit effektiert wird. Das Paradigma für eine Unterscheidung und differenzierte Zuordnung von Verfassungsvorgabe und Gesetzesrecht trotz identischer terminologischer Referenz bildet die Eigentumsgarantie, die sowohl ein bürgerlichrechtliches Eigentumsverständnis als auch ein davon zu unterscheidendes verfassungsrechtliches Eigentumsverständnis kennt; darauf wird zurückzukommen sein (dazu nachfolgend 3.).

Der Hinweis darauf, dass Vorrang der Verfassung nicht gleichbedeutend damit ist, dass sowohl im Verfassungs- als auch im Gesetzesrecht verwendete Begriffe, Konzepte und Strukturen notwendigerweise in kongruenter Weise zu verstehen sind, ist auch deshalb wichtig, weil ein nicht zu vernachlässigender Teil der gesetzgeberischen Ausgestaltungsmacht sich just aus der Divergenz der Gewährleistungsregime auf Verfassungs- und auf Gesetzebene speist.

## 2. Disjunktion von personellem und sachlichem Schutzbereich

Die Elternrechtsverbürgung des Grundgesetzes lautet: „Pflege und Erziehung der Kinder sind das natürliche Recht der Eltern und die zuvörderst ihnen obliegende Pflicht.“ Bereits die Formulierung von Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG bringt deutlich eine dogmatisch folgenreiche, wenngleich nicht selten nur unzureichend herausgestellte und in ihrer Tragweite erkannte Unterscheidung zum Ausdruck, nämlich jene von personellem und sachlichem Schutzbereich.<sup>7</sup> Selbst das Bundesverfassungsgericht tat sich, wie seine Rechtsprechung zur Einbeziehung des Vaters eines nichtehelichen Kindes in den Schutz von Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG eindrücklich belegt,<sup>8</sup> nicht immer ganz leicht, beide Schutzbereichsdimensionen klar zu unterscheiden. Die mangelnde Unterscheidung

---

<sup>7</sup> Wie hier namentlich *Martin Burgi*, Elterliches Erziehungsrecht, in: Detlef Merten/Hans-Jürgen Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Bd. IV, 2011, § 109, Rn. 7 u.ö.; *Ulrike Lembke*, Was darf der Staat? Insbesondere zur Bedeutung des Grundgesetzes für das Abstammungsrecht, in: Anne Röthel/Bettina Heiderhoff (Hrsg.), Regelungsaufgabe Vaterstellung: Was kann, was darf, was will der Staat?, 2014, S. 37 ff., bes. 53 und 68.

<sup>8</sup> Zur älteren Rechtsprechungslinie: BVerfGE 56, 363, 383 f.; 79, 203, 210; 84, 168, 179; die neuere Position begründet BVerfGE 92, 158, 176 ff., bes. 178; vgl. seither BVerfGE 107, 150, 169; 108, 82, 99, 101; 127, 132, 146 f. Unklarheiten in Bezug auf die Trennung von personellem und materiellem Schutzbereich – in concreto: betreffend deren wechselseitige Nichtableitbarkeit auseinander – lässt auch das Urteil des BVerfG zur Sukzessivadoption in einer Lebenspartnerschaft erkennen: BVerfGE 133, 59, Rn. 49.

wird möglicherweise dadurch begünstigt, dass die terminologische Vielfalt von Elternschaft, Elterneigenschaft, Elternstellung, Elternrechtsstellung, Elternrecht und Elternverantwortung große Mühe bereitet, begriffliche Konsistenz und Konsequenz walten zu lassen. Auch mag die mangelnde Sensibilität für die Unterscheidung darin einen Grund finden, dass der personelle Schutzbereich bei der Mehrzahl der Grundrechte – eben, weil sie Jedermann- oder doch wenigstens Deutschen-Grundrechte darstellen – geringen Ausgrenzungswert besitzt und dementsprechend geringe Aufmerksamkeit erheischt. Für die Gewährleistungsstruktur der Elternrechtsverbürgung gemäß Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG, die weder ein Jedermann- noch ein Deutschen-Grundrecht ist und die aufgrund ihres singulären Gewährleistungsinhalts als Kindeswohlgebundenes Kindesbestimmungsrecht<sup>9</sup> kein Auffanggrundrecht wie namentlich Art. 2 Abs. 1 GG „unter“ sich weiß, ist die Unterscheidung von persönlichem und sachlichem Schutzbereich jedoch ebenso fundamental wie weichenstellend. Die dem personellen Schutzbereich geltende Frage: „Wer (welche Person) wird geschützt?“ beantwortet Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG mit „die Eltern“; auf die den materiellen Schutz(- wie Pflichten)bereich fokussierende Frage: „Was (welches Verhalten) wird geschützt?“ („Wozu [zu welchem Verhalten] wird verpflichtet?“) antwortet die Grundgesetzbestimmung mit „Pflege und Erziehung der Kinder“.

Die Unterscheidung von persönlicher und sachlicher Gewährleistungsdimension hat drei unmittelbare rechtspraktische Konsequenzen: Eingriffe in den sachlichen Schutzbereich sind, erstens, nur dann rechtfertigungsbedürftig, wenn es sich um Maßnahmen zulasten von Erziehungs- oder Pflegepersonen handelt, die in Bezug auf das zu erziehende oder zu pflegende Kind Elterneigenschaft besitzen; sind die Betroffenen keine Eltern, können sie Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG, mag ihnen die einfachgesetzliche Rechtsordnung auch eine Erziehungs- und Pflegeberechtigung zuweisen, nicht zu ihren Gunsten anführen: Ohne Eltern keine Elternrechtsverbürgung. Erst das Zusammentreffen von personeller und materieller Gewährleistungsdimension löst im Eingriffsfall den Rechtfertigungsmechanismus zulasten des eingreifenden Staates aus. Umgekehrt kann die Elterneigenschaft, zweitens, nicht unter Verweis darauf abgesprochen werden, dass sich eine Rechtfertigung für einen allfälligen Eingriff in den sachlichen Gewährleistungsbereich finden lässt: Eltern sind und bleiben Eltern, auch wenn ihnen gegebenenfalls die Erziehungs- und Pflegeverantwortung teilweise oder gar ganz entzogen werden darf. Ein Entzug der Elterneigen-

---

<sup>9</sup> Eingehender dazu, mit Nachw. insbes. aus der Rechtsprechung des BVerfG: *Matthias Jestaedt*, Das Recht der Eltern zur religiösen Erziehung, in: Michael Germann/Stefan Muckel (Hrsg.), Handbuch des Staatskirchenrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. II, 3. Aufl. (i.E.), § 41 (unter B.II.1.).

schaft ist nicht vom Wächteramt gemäß Art. 6 Abs. 2 Satz 2 GG gedeckt, welches die staatliche Wacht auf die durch die Eltern ausgeübte oder auszuübende Pflege und Erziehung der Kinder bezieht. Und schließlich drittens: Ist der personelle Schutzbereich eröffnet, weil die von einer staatlichen Maßnahme im Eltern-Kind-Verhältnis nachteilig betroffene Person Elternteil im Sinne von Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG ist, so kann ihr die Elternverantwortung (Recht und Pflicht auf „Pflege und Erziehung der Kinder“) nur vorenthalten werden, wenn sich eine Eingriffsrechtfertigung finden lässt, wenn also der staatliche Elternrechtseingriff eine Grundlage findet im Wächteramt nach Art. 6 Abs. 2 Satz 2 GG (und mit ihm gleichlaufenden Kindesgrundrechten wie beispielsweise der Schutzpflicht aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG), im Elterngrundrecht des anderen Elternteils, im schulischen Erziehungsmandat gemäß Art. 7 Abs. 1 GG oder aber in kollidierenden Grundrechten anderer. Dies bedeutet indes auch umgekehrt, dass die Feststellung, dass eine Person in den personellen Schutzbereich fällt, also Elternteil im Sinne des Grundgesetzes ist, für sich genommen unvollständig und damit nicht hinreichend ist, die einfachgesetzliche Zuweisung von kindbezogenen Berechtigungen (und Verpflichtungen) an den betreffenden Elternteil als verfassungsrechtlich gefordert auszuweisen; dies ist nur dann und insoweit der Fall, wenn und als sich keine verfassungsrechtliche valide Rechtfertigung für die Vorenthaltung derartigen Rechtspositionen finden lässt.

Aus alledem folgt, dass die Elterneigenschaft vorgängig zum oder doch jedenfalls grundsätzlich unabhängig vom sachlichen Schutzbereich bestimmt werden muss. Das ist auch deshalb angezeigt, weil persönlicher und sachlicher Schutzbereich der Elternrechtsverbürgung sich auch in ihrer Gewährleistungsmodalität unterscheiden: Während Rechte und Pflichten in Bezug auf Pflege und Erziehung des Kindes wie beispielsweise die elterliche Sorge, das Umgangs- oder Aufenthaltsbestimmungsrecht ohne weiteres teil-, portionier- und damit abstufbar sind, gilt Gleiches nicht für die Elterneigenschaft: Es gibt nur Eltern und Nicht-Eltern. Eine abgestufte Elterneigenschaft – ein bisschen Vater oder ein bisschen Mutter, einen Vollvater oder eine Teilmutter – kennt das Grundgesetz nicht. Abstufungen sind folglich nur in Bezug auf den sachlichen Schutzgehalt, die Elternrechtsstellung, denkbar (Mehr-oder-weniger-Modus), nicht hingegen in Bezug auf den persönlichen Schutzgehalt, die Elternschaft (Alles-oder-nichts-Modus).

### 3. Ähnlichkeiten und Unterschiede zum Gewährleistungsregime der Eigentumsfreiheit

Das Elterngrundrecht zählt wie die Eigentumsfreiheit des Art. 14 GG zu den sog. normgeprägten und nicht zu den sachgeprägten Grundrechten: Bei erste-

ren wird das grundrechtliche Schutzgut erst oder doch in zentraler Weise durch das einfache Recht selbst konstituiert. Sowohl „Eltern“ als auch (das Recht und die Pflicht zu) „Pflege und Erziehung“ des Kindes sind wie das „Eigentum“ durch das Recht konstituierte Begriffe. Bei normgeprägten Grundrechten besteht daher eine spezifische Abhängigkeit der verfassungsrechtlichen Gewähr von der einfachrechtlichen Regelungsanlage; typischerweise gehen damit gesetzgeberische Ausgestaltungsbefugnisse einher, die – da sie allererst auf Ausgestaltung und nicht auf Beschränkung des Grundrechts zielen – nicht dem grundrechtlichen Rechtfertigungsregime unterfallen.

Mit Rücksicht auf das Verhältnis von Verfassungsrecht und einfachem Recht lohnt daher ein cursorischer Vergleich der Elternrechtsverbürgung gemäß Art. 6 Abs. 2 GG mit dem Grundrecht der Eigentumsfreiheit nach Art. 14 GG. Das Eigentum, welches Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG gewährleistet, orientiert sich zwar am Sacheigentum des Bürgerlichen Rechts (zum Zeitpunkt der Schaffung des Grundgesetzes), ist aber mit diesem nicht identisch. Gemäß Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG werden der Inhalt des Eigentums, sprich: dessen Gewährleistungsbereich, sowie die Schranken des Eigentums vom Gesetz bestimmt; insbesondere die Eigentumsgegenstände bedürfen der einfachgesetzlichen Konstituierung. Die Verfassung selbst gibt insoweit „nur“ den Eigentumsbegriff mit seinen Elementen vor, nämlich (1) eine Rechtsposition, die (2) vermögenswert und (3) eigen(tümer)nützig ausgestaltet ist (4) mit Ausschlusswirkung gegen alle übrigen. Bei einem Jedermann-Grundrecht entfaltet der personelle Schutzbereich keine Ausgrenzungswirkung. Die Ausgestaltungsmacht des Gesetzgebers bezieht sich allein auf die Schaffung von Rechtspositionen, die den Eigentumsbegriff erfüllen; sie betrifft also – nur – den sachlichen Schutzbereich von Art. 14 Abs. 1 GG. Jenseits der durch die Institutsgarantie im bejahenden Sinne beantworteten Frage des Ob von Eigentum ist der Gesetzgeber grundsätzlich frei, welche Eigentumspositionen er schafft.

Mustert man das Elterngrundrecht nach Art. 6 Abs. 2 GG auf gewährleistungsstrukturelle Ähnlichkeiten und Unterschiede zur Eigentumsgewährleistung durch, so erhält man folgende Aussagen: Zunächst einmal trennt Art. 6 Abs. 2 GG in Sätzen 1 und 2 klar zwischen Schutzbereich und (geschriebener) „Schranke“. Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG verhält sich allein zum Schutzbereich; Schranken sind Thema des Wächteramts nach Art. 6 Abs. 2 Satz 2 GG sowie sonstiger verfassungsimmanenter Beschränkungsmöglichkeiten (unter ihnen das Elternrecht des anderen Elternteils gemäß Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG sowie das schulische Erziehungsmandat gemäß Art. 7 Abs. 1 GG). Bei Art. 6 Abs. 2 GG handelt es sich, wie gesagt, nicht um ein Jedermann-Grundrecht; vielmehr steht es allein den Eltern zu, wobei die Verfassung es unterlässt, selbst

abschließend zu bestimmen, wer denn Eltern(teil) ist. Mit dem Begriff der Eltern knüpft der Verfassungsgeber an den (seinerzeitigen) bürgerlichrechtlichen Elternbegriff an, ohne jedoch jenem mit diesem zu identifizieren (dazu sogleich unter III. 2.). Die – wohlgemerkt nicht am Schrankenregime zu messende – Ausgestaltungsmacht des Gesetzgebers bezieht sich sowohl auf den personellen Schutzbereich – also die Festsetzung, wem die Elterneigenschaft zukommt – als auch auf den sachlichen Schutzbereich – also die Festsetzung der Rechtsmacht in Bezug auf Pflege und Erziehung des Kindes. Zu nicht unerheblichen Teilen verbirgt sich in der gesetzgeberischen Ausgestaltungsmacht freilich ein obligatorisches Ausgestaltungsmandat, dessen Aktualisierung dem Gesetzgeber nicht freisteht; dies gilt insbesondere für die Pflicht zu einer elternvorrangkonformen Ausgestaltung der Elternrechtspositionen im Verhältnis zu privaten, also durch Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG nicht unmittelbar gebundenen Dritten.<sup>10</sup>

### III. Die Zweispurigkeit des grundgesetzlichen Eltern-Begriffs<sup>11</sup>

#### 1. Leibliche, rechtliche, soziale Elternschaft

Gemeinhin wird die Frage nach der Eltern(eigen)schaft anhand eines dreigliedrigen Rasters einer Beantwortung zugeführt: Es wird eine Zuordnung vorgenommen in eine der drei alternativ und in ihrer Gesamtheit exhaustiv gedachten Kategorien – leibliche (oder auch biologische), rechtliche oder sozial(-familiär)e Eltern. Auch das Bundesverfassungsgericht bedient sich aller drei Eltern-Begriffe in seiner Art. 6 Abs. 2 (und 3) GG geltenden Rechtsprechung.<sup>12</sup> Es soll hier nicht in Abrede gestellt werden, dass es Kontexte gibt, in denen eine derartige trichotome Rasterung sinnvoll und angemessen erscheinen mag. Für die hier interessierende Frage nach dem grundgesetzlichen Elternbegriff sollte die Dreiteilung indes nicht als orientierungsleitend betrachtet werden, zieht sie doch durchaus problematische Pfadabhängigkeiten nach sich und trägt daher eher zur Desorientierung als zur verlässlichen Orientierung bei – dies schon deswegen, weil die Dreigliederung nicht von der konkreten Verfassungsverbürgung gemäß Art. 6 Abs. 2 GG her konzipiert ist und überdies auch nicht

---

<sup>10</sup> Zu diesem Ausgestaltungsmandat näher *Jestaedt* (Anm. 3), Art. 6 Abs. 2 und 3, Rn. 12-14.

<sup>11</sup> Einen eingehenderen Versuch zur Bestimmung des personellen Schutzbereichs des grundgesetzlichen Elternrechts habe ich bereits vor 20 Jahren unternommen: *Jestaedt* (Anm. 3), Art. 6 Abs. 2 und 3, Rn. 52-91. Aus jüngerer Zeit: *Jestaedt* (Anm. 9), § 41 (unter B.II.2.) m. Nachw. Auf beide darf hier Bezug genommen werden.

<sup>12</sup> Exemplarisch: BVerfG (2. Kammer des Ersten Senats), Beschl. vom 10. August 2008, 1 BvL 15/09, FamRZ 2009, S. 1653, Rn. 14.

die in sie gesetzte Erwartung nach klaren, festen und sinnidentischen Unterscheidungen erfüllt.

Wenige Hinweise im Telegrammstil mögen und müssen insofern ausreichen: Wer die leiblichen oder biologischen Eltern eines Kindes sind, ist, unbeschadet der naturwissenschaftlichen Referenz, die Exaktheit und Wertungsfreiheit insinuiert, schon deswegen nicht eindeutig, weil die Leiblichkeit oder das Biologische sich wenigstens in zwei Varianten zeigen kann – der Gabe („Produzieren“) eigener Gameten (Ei- und Samenzelle) sowie dem Austragen (einschließlich Gebären) des Kindes.<sup>13</sup> Leibliche oder biologische Eltern sind damit sowohl die sog. genetischen Eltern als auch die austragende (und gebärende) Frau. Deutlich unklarer noch ist das Konzept der rechtlichen Eltern: Soll rechtliche Elternschaft ein Synonym sein für Elternschaft *im Rechtssinne*, so sind sämtliche Personen, denen das Recht Elterneigenschaft zuordnet – wie beispielsweise den leiblichen Eltern –, auch rechtliche Eltern. *Im* Recht hat ein derartiger Elternbegriff damit keinerlei Ausgrenzungswert: Denn auch leibliche Eltern sind (zumindest nach in Deutschland geltendem Verfassungsrecht) stets rechtliche Eltern; und andere „Eltern“ kommen als Eltern im Rechtssinne bei einer rechtlichen Betrachtung gar nicht in den Blick. Wird dagegen von (nur-) rechtlichen Eltern im Gegensatz zu (nicht-nur-rechtlichen) leiblichen oder biologischen Eltern gesprochen, so ist damit noch nicht die Frage geklärt, welche Qualität die rechtliche Zuordnung von Personen zu einem Kind aufweisen muss, damit von Elternschaft im (nur-)rechtlichen Sinne gesprochen werden kann; das aber ist entscheidend, um die rechtliche von der sozialen Elternschaft abzugrenzen. Soziale Elternschaft wiederum ist eine Sammelkategorie, die entweder weite Teile der Elternschaft im Rechtssinne umgreifen kann und damit in gewissem Sinne die Oberkategorie darstellt oder aber ex negativo dadurch bestimmt wird, dass es sich um Personen handelt, die zu einem Kind in einem faktischen Erziehungs- und Pflegeverhältnis stehen, ohne dessen Eltern im Rechtssinne zu sein.

Bei alledem bleibt als *ceterum censeo* daran zu erinnern, dass die Elternschaft im Rechtssinne eine binnendifferenzierte ist oder doch sein kann, nämlich unterfällt oder unterfallen kann in eine Elternschaft im Gesetzesrechtssinne und

---

<sup>13</sup> Dass der *Zeugungsakt* als solcher Anknüpfungspunkt der Leiblichkeit sein solle, wird nicht ernsthaft vertreten; eine – offenbar von niemandem seriös in Erwägung gezogene – Konsequenz dessen wäre nämlich, dass bei einer In-vitro-Fertilisation die die Verschmelzung von Ei- und Samenzelle herbeiführenden Ärzte als Eltern betrachtet werden könnten/müssten. Zur Bedeutung des Geschlechtsakts für die Leiblichkeit der Elternschaft nachfolgend unter 4.

in eine solche im Verfassungsrechtssinne (zur Relativität der Elterneigenschaft im Rechtssinne bereits vorstehend II. 1.).

## 2. Der grundgesetzliche Idealtypus

Träger des Grundrechts gemäß Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG sind – wie schon bei der Vorgängerbestimmung des Art. 120 WRV („Die Erziehung des Nachwuchses zur leiblichen, seelischen und gesellschaftlichen Tüchtigkeit ist oberste Pflicht und natürliches Recht der Eltern, über deren Betätigung die staatliche Gemeinschaft wacht.“)<sup>14</sup> – die „Eltern“. Zwar wird zutreffenderweise betont, dass jeder Elternteil für sich Träger des Grundrechts ist.<sup>15</sup> Das bedeutet aber nicht, dass das Pluraletantum „Eltern“ keinerlei Bedeutung hätte; insbesondere handelt es sich nicht bloß um eine generische Bezeichnung oder um eine unspezifische (und damit jede mögliche) Mehrzahl; darauf wird zurückzukommen sein.<sup>16</sup>

Zunächst ist aber festzuhalten, dass das Grundgesetz keine Legaldefinition dafür gibt, wer „Eltern“ im Sinne von Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG sind. Daher führt kein Weg daran vorbei, dass der Begriffsinhalt durch Auslegung des Verfassungstextes zu bestimmen ist. Dabei ist die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts indes nur eingeschränkt behilflich: Denn obwohl das Gericht eine lange, reichhaltige und detaillierte Elternrechtsjudikatur entfaltet hat und mehr als nur einmal Hinweise auf die Teleologie der grundgesetzlichen Elternrechtsverbürgung gegeben hat, hat es doch bislang davor zurückgeschaut, allgemeingültig und flächendeckend zu definieren, wer Eltern sind und was die Elterneigenschaft im Sinne des Grundgesetzes ausmacht.<sup>17</sup> Aus der insoweit kasuistischen Karlsruher Judikatur wissen wir, dass Adoptiveltern und – nach längerem Schwanken auch – der Vater eines nichtehelichen Kindes zu den Eltern im Sinne des Grundgesetzes zählt und dass dieses Prädikat den Großeltern, den Stiefeltern, den Pflegeeltern, den (bloß) sozialen Eltern und dem Vormund vorenthalten ist.<sup>18</sup> Daraus lässt sich indes nur unzureichend eine

---

<sup>14</sup> Dazu *Gerhard Anschütz*, Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919, 11. Aufl. 1933, Art. 120 (S. 560-563); Ausführungen zum personellen Schutzbereich, also dazu, wer alles als „Eltern“ im Sinne von Art. 120 WRV betrachtet wurden, enthält diese Kommentierung im Übrigen bezeichnenderweise nicht.

<sup>15</sup> Statt aller BVerfGE 47, 46, 76; 99, 145, 164; 108, 82, 101; 133, 59, Rn. 51.

<sup>16</sup> Dazu nachstehend Text vor und zu Anm. 24.

<sup>17</sup> Vgl. bereits *Jestaedt* (Anm. 3), Art. 6 Abs. 2 und 3, Rn. 54; an dem 1995 erhobenen Befund hat sich seither nichts Wesentliches geändert.

<sup>18</sup> Vgl. stellvertretend die entsprechende rasonierende Zusammenstellung bei *Klaus Stern*, in: ders., Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. IV/1, 2006, § 100 VIII 9 (S. 525 [526-533]).

allgemeine Elternrechtsdefinition extrapolieren. Die Verfassungs(- und Familien)rechtswissenschaft begnügt sich ganz überwiegend damit, die Karlsruher Erkenntnisse zu kommentieren; weitergehende allgemein-systematische Aussagen zum personellen Schutzbereich sind nur selten anzutreffen.<sup>19</sup> Eine autochthone (und autonome<sup>20</sup>) Verfassungsinterpretation erübrigt sich auch nicht mit Rücksicht auf Elternrechtsverständnisse verwandter Rechtsregime. Denn noch einmal darf daran erinnert werden, dass der Verfassungsbegriff „Eltern“ keineswegs notwendigerweise inhaltlich deckungsgleich sein muss mit dem gleichlautenden Begriff internationaler oder supranationaler Elternrechtsverbürgungen wie der EMRK oder der EU-Grundrechtecharta auf der einen Seite oder mit jenem des Gesetzesrechts, namentlich des BGB (des RKEG sowie des SGB VIII), auf der anderen Seite.

Ausgangspunkt der (Interpretations-)Überlegungen ist, dass sich das grundgesetzliche Elternverständnis am Regelungsideal – oder genauer: dem Idealtypus im Sinne Max Webers – orientiert, dass die leibliche Mutter und der leibliche Vater in auf Ehe gegründeter Familiengemeinschaft mit ihrem Kinde leben und es gemeinsam pflegen und erziehen.<sup>21</sup> Das Bundesverfassungsgericht formuliert den Kern dieses Regelungsideals in Gestalt einer in ständiger Rechtsprechung wiederholten Verfassungserwartung: „Der Verfassungsgeber geht davon aus, daß diejenigen, die einem Kinde das Leben geben, von Natur aus bereit und berufen sind, die Verantwortung für seine Pflege und Erziehung zu über-

---

<sup>19</sup> Exemplarisch: *Stern* (Anm. 18), S. 525-536; *Wolfram Höfling*, Elternrecht, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. VII, 3. Aufl. 2009, § 155, Rn. 68-75; *Gerhard Robbers*, in: Hermann von Mangoldt/Friedrich Klein/Christian Starck (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, Bd. 1, 6. Aufl. 2010, Art. 6 Abs. 2, Rn. 163-181; *Hans D. Jarass*, in: ders./Bodo Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 12. Aufl. 2012, Art. 6, Rn. 46 f.; *Franke Brosius-Gersdorf*, in: Horst Dreier (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, Bd. I, 3. Aufl. 2013, Art. 6, Rn. 146-150; *Christian von Coelln*, in: Michael Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 7. Aufl. 2014, Art. 6, Rn. 54-56. – Weitergehende systematische Überlegungen aus der Kommentar- und Handbuchliteratur aber namentlich bei *Burgi* (Anm. 7), § 109, Rn. 8-16; *Dagmar Coester-Waltjen*, in: Ingo von Münch/Philipp Kunig (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 6. Aufl. 2012, Art. 6, Rn. 70-74; *Peter Badura*, in: Theodor Maunz/Günter Dürig/Roman Herzog/Rupert Scholz/Mathias Herdegen/Hans H. Klein (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, Stand: 72. Lfg. Juli 2014, Art. 6, Abs. 2, 3 (Stand: 69. Lfg. Mai 2013), Rn. 99-102.

<sup>20</sup> Zum Verständnis einer autonomen (Verfassungs-)Interpretation: *Jestaedt* (Anm. 6), § 264, Rn. 47, 48 ff., 78 ff., dort auch zur Frage einer EU(-Grundrechtecharta)- und EMRK-konformen Auslegung des Grundgesetzes.

<sup>21</sup> Pars pro toto: BVerfGE 31, 194, 205; 56, 363, 382; 61, 358, 372; 84, 168, 179; 92, 158, 176 f.; 108, 82, 101; 133, 59, Rn. 53; m. Nachw. aus dem Schrifttum: *Stern* (Anm. 18), S. 526.

nehmen.“<sup>22</sup> Das Elternverständnis von Art. 6 Abs. 2 GG beschränkt sich allerdings nicht auf diese realiter keineswegs durchgängig gegebene und gelebte Idealkonstellation, in welcher der leibliche, der rechtliche und sogar der soziale Vater in eins fallen. Abweichendes kann dem Parlamentarischen Rat, der nicht die Augen verschloss vor einem in den Nachkriegsjahren 1948/49 am Boden liegenden Land mit millionenfach zerstörten oder auseinandergerissenen Familien, nicht zugesonnen werden. Insbesondere stand von Beginn an außer Frage, dass (1) es mit dem Institut der Adoption eine nicht auf leiblicher Abstammung gründende Elternschaft gibt (auch wenn sich dessen familiengesetzliche Ausgestaltung seit 1948/49 nicht unerheblich gewandelt hat<sup>23</sup>) und (2) Elternschaft weder die Ehe der Eltern noch eine gelebte Familiengemeinschaft voraussetzt. Die Elterneigenschaft ist infolgedessen unabhängig davon, ob die Eltern zum Zeitpunkt der Geburt des Kindes oder auch danach miteinander verheiratet sind oder nicht, ob sie geschieden sind oder in nichtehelicher Lebensgemeinschaft leben, ob sie das Sorgerecht besitzen oder ob es ihnen entzogen ist, ob sie in häuslicher Gemeinschaft mit den Kindern leben oder nicht.

Kann damit die Elternschaft im Sinne von Art. 6 Abs. 2 GG auch dann zu bejahen sein, wenn nicht sämtliche Elemente des Idealtypus in concreto gegeben sind, so können am verfassungsgeberischen Regelungsideal doch die identitätsprägenden, nur durch Verfassungsänderung modifizierbaren Strukturen des grundgesetzlichen Elternbegriffes abgelesen – und damit von den kontingenten, nicht verfassungsrangigen „Beigaben“ unterschieden – werden. Auf den allgemeinsten Nenner gebracht sind Eltern als Vater und Mutter verschieden-geschlechtliche Personen, die gemeinsame Abkömmlinge 1. Grades, sprich: Kinder, haben. Das Eltern-Kind-Verhältnis umfasst auf Kinderseite beliebig viele Abkömmlinge, auf Elternseite aber grundsätzlich maximal eine Mutter und einen Vater; genauer müsste man formulieren: maximal eine Mutter und einen Vater im gleichartigen Zuordnungsverhältnis, d.h. in der identischen Mutter-Vater-Kind-Beziehung.<sup>24</sup>

---

<sup>22</sup> BVerfGE 24, 119, 150. Vgl. auch BVerfGE 56, 363, 384; 75, 201, 219; 79, 51, 63 f.; 99, 216, 232.

<sup>23</sup> Eine übersichtliche Gegenüberstellung der Rechtslage zur Adoption bis einschließlich 1976 und ab 1977 findet sich bei *Hans-Ulrich Maurer*, in: Franz Jürgen Säcker/Roland Rixecker (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Bd. 8: Familienrecht II, 6. Aufl. 2012, Vor § 1741, Rn. 15.

<sup>24</sup> In diesem Sinne dürfte auch BVerfGE 108, 82, 101 ff. zu verstehen sein. Damit ist nicht ausgeschlossen, dass daneben eine weitere Mutter-Vater-Kind-Beziehung besteht. Dadurch kann sich die Zahl der Mütter und Väter erhöhen.

### 3. Zweispuriger Elternbegriff: Leibliche und (nur-)rechtliche Elternschaft

Die damit in den Mittelpunkt gerückte Abkommenschaft meint zunächst die leibliche Abkommenschaft, wie zum einen die Betonung in Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG, dass die Pflege- und Erziehungszuständigkeit der Eltern als deren „natürliches Recht“ betrachtet wird, und zum anderen die vom Bundesverfassungsgericht geprägte Umschreibung der Eltern als derjenigen, „die einem Kinde das Leben geben“,<sup>25</sup> unmissverständlich erkennen lassen. Der leiblichen Abkommenschaft gleich geachtet wird indes die „(nur-)rechtliche“ Abkommenschaft, die – sozusagen in „Nachahmung“ oder auch als funktionales Äquivalent der ersteren – in einer auf Unauflöslichkeit und Unbedingtheit, Unabwählbarkeit und Ausschließlichkeit angelegten umfassenden bigenerationellen Schutz- und Fürsorgegemeinschaft besteht. So darf auch das Bundesverfassungsgericht verstanden werden, wenn es herausstreicht: „Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG geht zwar von einer auf Zeugung begründeten leiblichen Elternschaft aus, nimmt aber über diese Zuordnung hinausgehend die Eltern-Kind-Beziehung als umfassendes Verantwortungsverhältnis von Eltern gegenüber ihren der Pflege und Erziehung bedürftigen Kindern unter seinen Schutz“.<sup>26</sup> Die zunächst erarbeitete einheitliche Definition, dass Eltern als Vater und Mutter verschiedengeschlechtliche Personen sind, die gemeinsame Kinder haben, ist damit einer Differenzierung zugänglich und kann in eine zweispurige Eltern-Definition überführt werden: Eltern im Sinne von Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG sind jene, die entweder unmittelbare Abkömmlinge (Kinder) haben („leibliche Eltern“) oder aber, ohne leibliche Eltern zu sein, zu einem Kind in einer den vorgenannten Kriterien entsprechenden umfassenden personenrechtlichen Abstammungs-, Schutz- und Fürsorgebeziehung stehen („[nur-]rechtliche Eltern“).<sup>27</sup> Man könnte im Blick auf das Grundgesetz von einem zweispurigen Elternbegriff unter „Führung“<sup>28</sup> der leiblichen Elternschaft sprechen. Mit Rücksicht darauf, dass die leibliche Elternschaft an einen „natürlichen“ Vorgang anknüpft, indes die (nur-)rechtliche Elternschaft erst durch das Recht hergestellt wird, liegt es nicht fern, im ersten Falle von „geborenen“ Eltern, im zweiten hingegen von „gekorenen“ Eltern zu sprechen.

<sup>25</sup> BVerfGE 24, 119, 150.

<sup>26</sup> BVerfGE 108, 82, 106.

<sup>27</sup> Ganz in diesem Sinne unterscheidet das BVerfG das Elternverhältnis im Sinne von Art. 6 Abs. 2 GG danach, ob es durch „[sc. leibliche] Abstammung oder [...] durch einfachgesetzliche Zuordnung“ begründet worden ist: BVerfGE 108, 82, 100, 103; 133, 59, Rn. 58.

<sup>28</sup> Wobei „Führung“, das sei zur Vermeidung von Missverständnissen hinzugefügt, nicht eo ipso Vorrangigkeit oder Höherwertigkeit impliziert, sondern lediglich den Vorbildcharakter der leiblichen Elternschaft für die (nur-)rechtliche auf den Begriff zu bringen versucht.

Kennzeichnend für die Innehabung der Elternstellung ist demnach, dass sie unauflöslich, vorbehaltlos, nicht-dispositiv und exklusiv ist; das gilt für die leibliche Elternstellung „natürlich“ zwingend, für die (nur-)rechtliche Elternstellung wenigstens der Idee nach. Das Bestehen einer bloß sozial-familiären Beziehung zum Kind („soziale Elternschaft“) begründet demgegenüber – mangels Erfüllung der vorgenannten Kriterien: einer biologisch oder rechtlich auf Unauflöslichkeit und Unbedingtheit, Unabwälzbarkeit und Ausschließlichkeit angelegten umfassenden bigenerationellen Schutz- und Fürsorgegemeinschaft – weder eine leibliche noch auch eine (nur-)rechtliche Abkommenschaft im Sinne von Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG.

Bevor wir die Aufmerksamkeit den „geborenen Eltern“ zuwenden – denn um sie geht es vorrangig bei der Kinderwunschmedizin –, seien noch einige Sätze zu den „gekorenen“, den (nur-)rechtlichen Eltern verloren: Dafür sei noch einmal in Erinnerung gerufen, dass (nur-)rechtliche Elternschaft eine auf Unauflöslichkeit und Unbedingtheit, Unabwälzbarkeit und Ausschließlichkeit angelegte umfassende bigenerationelle Schutz- und Fürsorgegemeinschaft bezeichnet, die nicht auf leiblicher Abstammung (1. Grades) gründet. Der Gesetzgeber ist „frei“ in der konkreten Ausgestaltung von Rechtspositionen, die den vorgenannten Bedingungen genügen; hier liegen die Dinge recht ähnlich wie beim Eigentum.<sup>29</sup> Insbesondere ist er frei zu regeln, auf welche Weise derartige Rechtspositionen – etwa auf der Grundlage eines Vertrags- oder eines Dekretsystems – begründet werden. Den paradigmatischen Fall einer nicht auf leiblicher Abkommenschaft gründenden (nur-)rechtlichen Elternschaft markiert nach geltender Rechtslage die Adoption gemäß §§ 1741 ff. BGB. Mit der Adoption rücken die Adoptiveltern grundsätzlich vollständig und grundsätzlich unumkehrbar in die Rechts- und Pflichtenposition der leiblichen Eltern ein. Auf die Volladoption des deutschen Familienrechts treffen die Merkmale einer allein kraft Rechts auf Unauflöslichkeit und Unbedingtheit, Unabwälzbarkeit und Ausschließlichkeit angelegten umfassenden bigenerationellen Schutz- und Fürsorgegemeinschaft vollumfänglich zu. Dabei spielt die konkrete Form der Adoption – gemeinschaftliche, alleinige oder Stiefkindadoption – keine entscheidende Rolle, ist doch die Rechtsfolge dieselbe; Voraussetzung aus Sicht des Elterngrundrechts ist lediglich, dass die zwei Adoptiveltern bzw. leiblicher Elternteil und Stiefadoptivelternteil verschiedengeschlechtlich sind.<sup>30</sup> Im Gegensatz zu den Adoptiveltern können sich Stiefeltern und Pflegeeltern, Vormund und Pfleger, Großeltern, Babysitter, Heimerzieher usf., weil und sofern sie nicht die verfassungsrechtlichen Strukturmerkmale erfüllen, nicht auf Art. 6

---

<sup>29</sup> Dazu vorstehend II. 3.

<sup>30</sup> A.A. freilich jüngst BVerfGE 133, 59, Rn. 48 ff.

Abs. 2 Satz 1 GG berufen. Die Ergebnisse der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts lassen sich somit auf Grundlage einer systematischen Entfaltung des Elternbegriffs gemäß Art. 6 Abs. 2 GG nahezu ausnahmslos bestätigen. Damit möchte es zunächst so scheinen, dass (nur-)rechtliche Elternschaft nach deutschem Familienrecht exklusiv durch Adoption begründet werden kann; im weiteren Verlauf der Überlegungen wird sich indes zeigen, dass dieser Eindruck zu relativieren ist<sup>31</sup> – eine für das zu schaffende Rechtsregime der Kinderwunschmedizin möglicherweise nicht unwichtige Erkenntnis.

#### 4. Leibliche Elternschaft

Leiblichkeit knüpft – wie gesagt – an ein natürliches Faktum, nicht an ein rechtliches Konstrukt an; insoweit scheint für eine Ausgestaltung durch den Gesetzgeber kein Raum zu sein. Das ändert sich, sobald man erkennt, dass Leiblichkeit durchaus kein sinnidentisches Konzept ist – kann doch leibliche Abkommenschaft unter zweierlei Gestalten auftreten: in Gestalt der Gametengabe und in Gestalt des Austragens (einschließlich des Gebärens). Im ersten Falle trägt der Abkömmling die Erbinformationen seiner beiden Elternteile in sich, im zweiten ist er im wahrsten Sinne Fleisch vom Fleische des austragenden Elternteils. Was aber ist mit leiblicher Abkommenschaft, mit leiblicher Elternschaft im Sinne von Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG gemeint? Ist der Gesetzgeber gar frei, sich hier für die eine Variante und gegen die andere zu entscheiden oder auch beide, die (nur-)biologisch(-nichtgenetisch)e und die genetische Abstammung, für parentogen zu erachten? Der Verfassungsgeber von 1949 hat sich – was angesichts des seinerzeitigen fortpflanzungsmedizinischen und molekularbiologischen Erkenntnisstandes ja auch nicht verwundern kann – dazu nicht ausdrücklich geäußert. So müssen anderweitige Indizien helfen, den verfassungsgeberischen Willen zu entschlüsseln – sei es mit dem Ergebnis, dass für die seinerzeit noch nicht bedachten medizinisch-naturwissenschaftlichen Optionen keinerlei verfassungsrechtliche Vorgaben formuliert werden können, sei es, dass sich aus den seinerzeitigen Festsetzungen des Verfassungsgebers auch Folgerungen für die in den späten Vierzigerjahren noch nicht gekannten oder noch nicht praktizierten Verfahren der genetischen Abstammung oder der künstlichen Befruchtung extrapolieren lassen, die in Richtung eines Verbots, eines Gebots oder einer Ermächtigung an den Gesetzgeber weisen, die herkömmlichen Fallgruppen von Elternschaft zu erweitern.

Die in gewissem Sinne klarste und handfesteste leibliche Abkommenschaft kommt in der Parömie „*mater semper certa est*“ zum Ausdruck: Die Mutter

---

<sup>31</sup> Vgl. unten IV. 2.

steht immer mit Sicherheit fest – denn offensichtlich ist, wer das Kind unter seinem Herzen getragen und es zur Welt gebracht hat. Das spricht dafür, dass jedenfalls das Austragen (und Gebären), also die biologische, nicht notwendigerweise genetische Variante, die Mutterschaft begründet. So sagt es ja auch knapp und klar § 1591 BGB: „Mutter eines Kindes ist die Frau, die es geboren hat.“ Blicken wir aber auf den Vater: Da und solange (!) er das Kind nicht selbst austragen kann, kann sich seine leibliche Vaterschaft nur in einer genetischen Abstammung des Kindes manifestieren.<sup>32</sup> Reicht aber für den Vater die genetisch fundierte Elternschaft, so lässt sich kein vernünftiges Argument anführen, dies der Mutter zu versagen – dies umso weniger, als der Verfassungsgeber von 1948/49 weder ein Auseinanderfallen von austragender und genetischer Mutter noch die Möglichkeit einer Mutterschaftsfeststellung auf anderem Wege als durch Geburt vor Augen hatte.

Dann aber wird man wohl noch einen Schritt weiter gehen dürfen: Kann die Elternschaft (hier: die Mutterschaft) kumulativ *und* alternativ – auf letzteres kommt es hier an! – über die Gametengabe und / oder das Austragen des Kindes begründet werden, so erscheint es wenig plausibel, eine bestimmte Art der Gametengabe – nämlich die Zeugung des Kindes durch Geschlechtsakt der künftigen Eltern – für die allein elternschaftsbegründende Variante der genetischen Elternschaft zu halten. Denn abgesehen davon, dass der Geschlechtsakt keineswegs in eine Kindszeugung münden muss und seine elternschaftskonstitutive Aufwertung durch das Verfassungsrecht wenig Anhaltspunkte hat, „schenken“, um die ebenso plakative wie tiefgründige Formulierung des Bundesverfassungsgerichts noch einmal aufzugreifen,<sup>33</sup> auch diejenigen, die ihre Keimzellen im Falle einer In-vitro-Fertilisation „nur“ im Wege der Samen- oder Eizellenspende zur Verfügung stellen, dem betreffenden Kind das Leben. Darüber hinaus hätte, würde man den Geschlechtsakt für eine unverzichtbare Voraussetzung einer genetischen Elternschaft halten, ein Kind im Falle einer In-vitro-Fertilisation keine genetischen Eltern, sprich: allenfalls eine austragende Mutter, jedenfalls aber keinen leiblichen Vater. Damit spricht mehr dafür, dass genetische Elternschaft durch jede Form – und damit: unabhängig von der konkreten Form – der Gametengabe begründet werden kann. In dem Maße, in

---

<sup>32</sup> Da es, wie gesehen, auf die Leiblichkeit allein ankommt, ist also auch der fälschlich so genannte „nichteheliche Vater“, also der Vater eines nichtehelichen Kindes, vollgültiger Vater im Sinne von Art. 6 Abs. 2 GG, ohne dass es weiterer Voraussetzungen bedürfte. Damit ist natürlich noch nicht gesagt, dass ihm von Staats wegen auch die Elternverantwortung für Pflege und Erziehung des Kindes in vollem Umfang übertragen werden muss – denn das ist eine Frage des sachlichen Schutzbereiches (und der darauf bezogenen Beschränkungsmöglichkeiten).

<sup>33</sup> BVerfGE 24, 119, 150.

dem sich die Begründung der leiblichen Elternschaft von der Idealvorstellung des Verfassungsgebers entfernt, dürfte freilich auch der gesetzgeberische Ausgestaltungsfreiraum wachsen.

Zwischenfazit: Grundgesetzliche Elternschaft in ihrer leiblichen Variante wird sowohl durch die Gametengabe als auch durch das Austragen des Kindes begründet. Die derzeitigen medizinischen Möglichkeiten zugrunde gelegt, kann man auf zweierlei Weise leibliche Mutter werden, indes die Stellung eines leiblichen Vaters nur auf dem Wege der Samengabe erreicht wird.

#### **IV. Grundgesetzliche Orientierungsmarken für die Kinderwunschmedizin**

Mithin können für die Rechtsfragen der Reproduktionsmedizin (und damit auch für jene der Kinderwunschmedizin) bereits einige wichtige Erkenntnisse aus verfassungsrechtlicher Perspektive festgehalten werden:

##### 1. In Bezug auf die Mutter

Leibliche Mutter im Sinne des Grundgesetzes ist nach alledem

- die Frau, die ihr – mit oder ohne medizinische Hilfe gezeugtes – „eigenes“ Kind zur Welt bringt;
- die Frau, die ein „fremdes“ Kind austrägt, sei es, dass sie das Kind als „eigenes“ zur Welt bringt, sei es, dass sie „lediglich“ als „Ersatz-“ oder „Leihmutter“ fungiert;
- schließlich auch die Frau, deren Eizelle sich nach der Befruchtung zu einem Kind weiterentwickelt und geboren wird – unabhängig sowohl von der Art der Befruchtung als auch von der Art des Austragens; auch die bloße Eizellspenderin ist danach Mutter im Sinne von Art. 6 Abs. 2 GG.

Die Wunschmutter, die zwar ein Kind annehmen möchte, die aber weder unter dem Aspekt der Genetik noch unter jenem der Schwangerschaft mit dem Kind in einem Abkommenschaftsverhältnis steht, ist demgegenüber nicht leibliche Mutter im Sinne des Grundgesetzes. Sie kann es sozusagen nur auf dem Rechtswege, d.h. als (nur-)rechtliche Mutter werden.

Für die leibliche Mutterschaft ist es – das mag im Blick auf Leihmutterschaft und heterologe In-vitro-Fertilisation bei Eizellspende unterstrichen werden – irrelevant, ob die gewählte Methode der Fertilisation oder auch der konkrete Modus des Austragens des Kindes in Deutschland rechtlich erlaubt ist oder

nicht. Denn erstens ändert die rechtliche (Un-)Erlaubtheit nichts an der tatsächliche Phänomene wie die Schwangerschaft (das Austragen) und die genetische Abstammung anknüpfenden leiblichen Abkommenschaft. Und zweitens erübrigte selbst das rechtliche Verbotensein, ja selbst die Strafbarkeit einer Fertilisationsmethode nicht die spätestens mit der Kindsgeburt zu lösende rechtspraktische Zuordnungsfrage, wer denn nun als Elternteil des so gezeugten oder ausgetragenen Kindes zu gelten hat.

Gleicht man die verfassungsrechtliche Mutter-Eigenschaft mit der bürgerlich-rechtlichen Mutter-Eigenschaft *de lege lata* ab, so fällt auf, dass § 1591 BGB in Bezug auf die Frau nur die leibliche Abkommenschaft qua Austragung (einschließlich Geburt) in eine familienrechtliche Mutter-Eigenschaft münden lässt.<sup>34</sup> Die (nur-)genetische Mutterschaft ist nach derzeitigem Abstammungsrecht hingegen einfachrechtlich bedeutungslos. In einer Zeit, in der mangels medizinischer Möglichkeiten ein Auseinanderfallen von Mutterschaft kraft Erbguts und kraft Geburt nicht möglich (oder wenigstens nicht ohne weiteres feststellbar) war, warf die alleinige familienrechtliche Anknüpfung an die Abstammung qua Geburt keinerlei verfassungsrechtliche Fragen auf. Ist aber der hier vorgestellte verfassungsrechtliche Ansatz zutreffend, so ist unter den heute obwaltenden medizinisch-naturwissenschaftlich-technischen Möglichkeiten der Umstand, dass der bloß-genetischen Mutter die familienrechtliche Mutter-Eigenschaft rundweg vorenthalten wird, vor Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG Rechtfertigungsbedürftig, ist doch darin ein Eingriff in das Elternrecht zu erblicken. Eine Rechtfertigung für die Vorenthaltung der Elternrechtsstellung – d.h. des Rechts (und der Pflicht) zu Pflege und Erziehung des eigenen Kindes – dürfte grundsätzlich dann nicht schwer fallen, wenn die (nur-)genetische Mutter mit dem Kind nicht in Familiengemeinschaft lebt und noch nicht einmal Kontakt mit dem Kind sucht. Das Kindeswohl dürfte es dann, wenigstens im Grundsatz, rechtfertigen, dass der Frau, wiewohl im verfassungsrechtlichen Sinne Mutter, die vom sachlichen Schutzbereich von Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG umfassten Befugnisse in Bezug auf das Kind versagt werden. Ob angesichts der heutigen Methoden der Feststellung einer unmittelbaren genetischen Abkommenschaft („Mutterschaftsnachweis“) der Hinweis auf die Klarheit, Einfachheit und Zweifelsfreiheit, mit der sich feststellen lässt, wer das Kind zur Welt gebracht hat, noch genügt, um der (nur-)genetischen Mutter rundweg jegliche Möglichkeit abzuschneiden, qua leiblicher Abkommenschaft als Mutter auch im familienrechtlichen Sinne anerkannt zu werden (und nicht nur qua Adop-

---

<sup>34</sup> *Marina Wellenhofer* behandelt diesen Aspekt unter dem Stichwort der der geltenden Rechtslage innewohnenden „Systembrüche“ (in: Franz Jürgen Säcker/Roland Rixecker [Hrsg.], Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 8: Familienrecht II, 6. Aufl. 2012, Vor § 1591, Rn. 25).

tion), erscheint mir indes, um sehr vorsichtig zu formulieren, alles andere als zwingend zu sein. Was sollte die Rechtfertigung dafür sein, einer Frau, die das genetisch von ihr abstammende und von ihr als eigenes gewünschte Kind, für das sie Erziehungs- und Pflegeverantwortung übernehmen will, „lediglich“ nicht selbst austragen kann, den Status einer leiblichen, also nicht-nur-rechtlichen Mutter zu versagen? Es muss schon die Frage aufgeworfen werden, ob und gegebenenfalls wie es sich rechtfertigen lässt, dass der (nur-)genetischen Mutter nicht nur die üblicherweise mit der Elternschaft verbundenen Rechte und Pflichten vorenthalten werden – die *Elternrechtsstellung* –, sondern dass sie noch nicht einmal als Mutter im abstammungsrechtlichen Sinne anerkannt ist, ihr also noch nicht einmal die *Elternschaft* zuerkannt wird. Das gesetzesrangige Familienrecht „fährt“ hier nämlich nicht nur sozusagen den sachlichen Gewährleistungsbereich des Elternrechts aus Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG „auf Null“ – das lässt sich, wie angedeutet, gewiss für eine Reihe von Konstellationen gut rechtfertigen –, sondern lässt nicht einmal ansatzweise erkennen, inwiefern es dem persönlichen Gewährleistungsbereich von Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG Rechnung trägt. Damit ist, um auch das zu wiederholen, noch nicht gesagt, welche Rechte und Pflichten einer derartigen (nur-)genetischen Mutter ihrem Kind gegenüber zukommen (müssen oder sollen). Anders gewendet stellt sich die Frage, ob der Gesetzgeber es dabei sein Bewenden haben lassen darf, dass die (nur-)genetische Mutter auch künftig im Abstammungsrecht keinerlei Berücksichtigung findet. Eine denkbare Antwort außerhalb des Abstammungsrechts des BGB könnte darin erblickt werden, dass der (nur-)genetischen Mutter, die die Erziehungs- und Pflegeverantwortung für ihr Kind zu übernehmen bereit ist, eine privilegierte Stellung im Adoptionsrecht – und damit als (nur-)rechtliche Mutter im Sinne von Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG – zugewiesen würde.

## 2. In Bezug auf den Vater

Leiblicher Vater im verfassungsrechtlichen Sinne ist nach dem Gesagten der Mann, von dem die in Samen enthaltenen Erbinformationen stammen – gleichviel, ob es sich um eine natürliche Zeugung, eine In-vivo- oder eine In-vitro-Fertilisation handelt, ob ein Fall der Samenspende (oder der Embryospende) vorliegt oder nicht. Der sog. Wunschvater ist so wenig leiblicher Vater wie die sog. Wunschmutter leibliche Mutter.

Blickt man in Bezug auf den leiblichen Vater (im Sinne des Grundgesetzes) auf die derzeitige familienrechtliche Gesetzeslage, so ergeben sich, wenn man nur auf die Umsetzung des Leiblichkeitskriteriums (und nicht ergänzend auch auf die Ausgestaltung der nur-gesetzlichen Vaterschaft) blickt, nicht minder gravie-

rende Abweichungen zwischen Verfassungs- und Gesetzeslage als in Bezug auf die leibliche Mutter. Vater eines Kindes ist nach § 1592 BGB der Mann,

- der zum Zeitpunkt der Geburt mit der Mutter des Kindes verheiratet ist (weil, wie § 1593 BGB zeigt, damit die Vermutung einhergeht, dass er seiner Ehefrau in der Empfängniszeit beigewohnt hat) (§ 1592 Nr. 1 BGB),
- der die Vaterschaft anerkannt (und die Mutter dem gemäß § 1595 zugestimmt) hat (§ 1592 Nr. 2 BGB) oder
- dessen Vaterschaft gerichtlich festgestellt worden ist, wobei gemäß § 1600d Abs. 2 BGB derjenige als Vater vermutet wird, der der Mutter während der Empfängniszeit beigewohnt hat (§ 1592 Nr. 3 BGB).

Gleichsam „hinter“ den drei Wegen zur leiblichen Vaterschaft im bürgerlich-rechtlichen Sinne steht, wie auch aus der Bestimmung über das Nichtbestehen einer Vaterschaft nach § 1599 Abs. 1 BGB nachdrücklich erhellt, der Gedanke der Zeugung des Kindes – und damit, da mit Zeugung nicht eine bestimmte Variante der Fertilisation, sondern vielmehr eine biologisch-genetische Kausalität, die in die Fertilisation mündet, gemeint ist, die der genetischen Abstammung. Doch führt keiner dieser drei Wege notwendigerweise zu diesem Ziel: Weder die Vaterschaftsvermutung (§ 1592 Nr. 1 BGB) noch die Vaterschafts-  
anerkennung (§ 1592 Nr. 2 BGB) noch die gerichtliche Vaterschaftsfeststellung (§ 1592 Nr. 3 BGB) setzt voraus, dass der Betreffende tatsächlich in einem Verhältnis leiblicher, nämlich genetischer Abstammung zu dem Kinde steht – denn nach dem konkreten Zeugungsakt (oder, noch genauer: nach dessen „Ergebnis“) wird in keiner der Varianten notwendigerweise gefragt.<sup>35</sup> Und umgekehrt: Allein durch den Nachweis genetischer Vaterschaft („Vaterschaftstest“) ist man nicht ipso iure Vater im familienrechtlichen Sinne. Die nach mehreren gegen Deutschland ergangenen Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte<sup>36</sup> im Jahre 2013 neu eingeführte Bestimmung des

---

<sup>35</sup> Ansatzweise wie hier etwa auch *Bettina Heiderhoff*, Das Kind und sein rechtlicher Vater, in: Reiner Bork/Tilman Repgen (Hrsg.), Das Kind im Recht, 2009, S. 31, 32 f.; *Wellenhofer* (Anm. 34), Vor § 1591, Rn. 25.

<sup>36</sup> Gemeint sind: EGMR, Anayo/Deutschland, Nr. 20578/07, Urteil vom 21. Dezember 2010; Schneider/Deutschland, Nr. 17080/07, Urteil vom 15. September 2011; Ahrens/Deutschland, Nr. 45071/09, Urteil vom 22. März 2012; Kautzor/Deutschland, Nr. 23338/09, Urteil vom 22. März 2012.

§ 1686a BGB über das Umgangs- und Auskunftsrecht des „leiblichen, nicht rechtlichen Vaters“ hat diese Lage allenfalls ansatzweise verändert.<sup>37</sup>

Auch hier erhebt sich die Frage, ob das geltende Gesetzesrecht in Anbetracht der heutigen Möglichkeit, ja Einfachheit und Verlässlichkeit des Vaterschaftsnachweises noch voll auf den verfassungsrechtlichen Vorgaben gerecht wird.<sup>38</sup> Zu Zeiten, in denen auf der einen Seite die genetische Abstammung nicht oder nicht ohne weiteres nachweisbar war und auf der anderen schon aus Gründen des Intimitäts-, Privatheits- und Familienschutzes nicht der konkrete Zeugungsakt (Geschlechtsakt) zum Anknüpfungspunkt der Vaterschaftsfeststellung erhoben wurde, mochte es angängig sein, auf Hilfstatbestände wie die bestehende Ehe, das Vaterschaftsanerkennnis oder die gerichtliche Feststellung zu rekurrieren. Dass der Familiengesetzgeber auch unter den heutigen Bedingungen einfacher, schneller, verlässlicher und kostengünstiger Vaterschaftsnachweise qua DNA-Test an dieser bloß indizienorientierten und indirekten Regelungsweise festhalten darf, erscheint demgegenüber – selbst, wenn man den gesetzgeberischen Gestaltungsspielraum und seine Typisierungsbegebnisse in Rechnung stellt – als fraglich.

Das Bundesverfassungsgericht erinnert in diesem Zusammenhang mit Recht an das „in Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG enthaltene Gebot, möglichst eine Übereinstimmung von biologischer und rechtlicher Vaterschaft zu erreichen“.<sup>39</sup> Dass das geltende Familienrecht vollumfänglich diesem Gebot entspräche, lässt sich meines Erachtens nicht ohne weiteres behaupten. Es drängt sich nachgerade der Eindruck auf, als verschleife<sup>40</sup> das geltende Familienrecht im Blick auf den Kindsvater die an sich gegebene Zweispurigkeit des verfassungsrechtlichen Elternbegriffs von (nicht-nur-rechtlicher) leiblicher und (nur-)rechtlicher Abstammung – mit einigen irritierenden Folgewirkungen: Neben der ohnehin möglichen Variante der Adoption (eindeutiger Fall [nur-]rechtlicher Vaterschaft) kann man familienrechtlich originär Vater werden durch (1) die bestehende Ehe mit der (leiblich-austragenden) Mutter, (2) durch eigene (Vaterschafts-)Anerkennung und Zustimmung seitens der (leiblich-austragenden)

---

<sup>37</sup> Zu Problemen dieser Neuregelung: *Lore Maria Peschel-Gutzeit*, Der doppelte Vater – Kritische Überlegungen zum Gesetz zur Stärkung der Rechte des leiblichen, nicht rechtlichen Vaters, NJW 2013, S. 2465 ff.

<sup>38</sup> Mit Rücksicht auf das Abstammungsrecht näher *Lembke* (Anm. 7), S. 47-55, 59-62 und 67-69.

<sup>39</sup> BVerfGE 117, 202, 234.

<sup>40</sup> Nota bene: Was hier als „Verschleifung“ bezeichnet wird, ist deswegen nicht ohne weiteres verfassungswidrig; Art. 6 Abs. 2 GG jedenfalls ist ein prinzipielles Verschleifungsverbot nicht zu entnehmen.

Mutter sowie (3) durch familiengerichtliche Feststellung, die, wie gesehen, primär mit einer Vermutung arbeitet. Wenigstens die ersten beiden Fälle kann man auch als Untervarianten (nur-)rechtlicher Vaterschaft begreifen; das wird besonders handgreiflich im Falle der Anerkennung. Man kann diese – sollte kein Verhältnis genetischer Abstammung bestehen – auch deuten als drastisch vereinfachte Form der Adoption – ohne konstitutiven familiengerichtlichen Beschluss, ohne Prüfung der Kindeswohl dienlichkeit und sonstiger Voraussetzungen des Adoptionsverfahrens; hier reichen die Anerkennung seitens des Mannes und die Zustimmung seitens der (leiblich-austragenden) Mutter in öffentlich beurkundeter Form. Mehr bedarf's nicht.<sup>41</sup> – Fragen wirft auch der Umstand auf, dass ein Mann, der nicht der leibliche Vater des Kindes ist, die familienrechtliche Kindsvaterstellung erwerben kann, ohne den Weg der Adoption beschreiten zu müssen, indes Entsprechendes für eine Frau, die nicht die biologische Mutter ist – selbst wenn sie die (nur-)genetische Mutter ist – nicht gilt. Außer auf biologischem Wege (Austragen und Gebären) kann Mutter nur werden, wer das Adoptionsverfahren durchläuft. Heute dürfte man sich schwer damit tun, die – einstmals mehr oder minder unüberwindlichen, heute indes nicht mehr gravierenden – Feststellungsschwierigkeiten in Bezug auf die leibliche Vaterschaft als rundum hinlänglichen Grund dafür zu erkennen, dass die Erlangung der Vaterschaft und der Mutterschaft so unterschiedlichen Regelungen folgen. In diesem Zusammenhang steht auch die Frage, wie sich eigentlich rechtfertigen lässt, dass bei einer konsentierten Samenspende die Zuordnung des Kindes zum sog. Wunschelternteil auf dreifache Weise geregelt wird, je nachdem, ob der Wunschvater mit der Mutter verheiratet ist (ex lege: § 1592 Nr. 1 BGB) oder nicht (dann nur über Vaterschaftsanerkennung: § 1592 Nr. 2 BGB) oder aber der Wunschelternteil die Lebenspartnerin der Mutter ist (dann nur mittels Adoption).<sup>42</sup>

Dass das hier herauspräparierte Eltern(schafts)verständnis des Grundgesetzes in anderen als der Idealkonstellation des Zusammenfallens von leiblichen (bei Frauen: austragenden und genetischen), (nur-)rechtlichen und sozialen Eltern

---

<sup>41</sup> Zur Problematik vgl. weiterführend *Dagmar Coester-Waltjen*, Statusrechtliche Folgen der Stärkung der Rechte der nichtehelichen Väter, FamRZ 2013, S. 1693, 1698 f. In diesem Zusammenhang ist auch der jüngste Beschluss des BGH zu würdigen: BGH, Beschluss vom 10.12.2014 – XII ZB 463/13 –, FamRZ 2015, S. 240 ff.; dazu etwa *Evelyn Woitge*, Der Status von Kindern ausländischer Leihmütter in Deutschland – zugleich Anmerkung zu BGH, Beschluss vom 10. Dezember 2014 – Az. XII ZB 463/13, JA 2015, S. 496 ff.

<sup>42</sup> Eine Rechtfertigung unterschiedlicher Behandlung von gleich- und gegengeschlechtlichen Paaren lässt sich dann ohne größere Schwierigkeiten rechtfertigen, wenn – wie hier, allerdings gegen BVerfGE 133, 59, Rn. 48 ff. – angenommen wird, dass Eltern eines Kindes als Vater und Mutter nur gegengeschlechtliche Personen sein können.

zu mehreren Elternteilen (Müttern und Vätern) im verfassungsrechtlichen Sinne führen kann, impliziert, das sei der Klarheit halber hinzugesetzt, keineswegs notwendigerweise, dass der Gesetzgeber für das Mehrväter- (MehrMütter-) und gegen das Einvatermodell (Einmuttermodell) votieren müsste<sup>43</sup> – und das nicht nur, weil die Bezeichnung eine strikte Alternativität insinuiert, wiewohl die Regelungsmöglichkeiten zahlreiche Abstufungen und Übergänge zulassen. Vielmehr wurzelt dies darin, dass dem Gesetzgeber namentlich mit Blick auf das Kindeswohl zahlreiche Rechtfertigungsgründe zur Verfügung stehen, den sachlichen Schutzbereich des Elternrechts trotz Bejahung des persönlichen Schutzbereiches einzuschränken.

## V. Am Ende eines Werkstattberichts

An dieser Stelle sei der Werkstattbericht abgebrochen. Die just im unmittelbar Voraufgehenden aufgeworfenen Fragen sind – dessen bin ich mir bewusst – als Fragen stehengeblieben, auch wenn sie bereits eine Richtung weisen, in der Antworten gesucht werden können oder sogar müssen. Sie harren freilich noch einer belastbaren und abgesicherten Antwort. Zahlreiche weitere, mit den verfassungsrechtlichen Vorgaben im Zusammenhang stehende Fragen der Kinderwunschmedizin sind hier noch nicht einmal thematisiert worden.<sup>44</sup> Nichtsdestoweniger hoffe ich, mit den vorstehenden Überlegungen zentrale verfassungsrechtliche Gewährleistungsstrukturen des Elternrechts gemäß Art. 6 Abs. 2 GG – insonderheit in puncto persönlicher Schutzbereich – herauspräpariert und in Erinnerung gerufen zu haben. Damit wäre schon viel an Vorarbeit und an Vorklärung für die zu leistende Arbeit des Familiengesetzgebers gewonnen.

---

<sup>43</sup> Überlegungen dazu etwa bei *Heiderhoff* (Anm. 35), S. 38 ff., bes. 40-42; *Lembke* (Anm. 7), S. 67-69.

<sup>44</sup> Eine gute Übersicht bietet *Eva Schumann*, Elternschaft nach Keimzellspende und Embryooption, *MedR* 2014, S. 736 ff.

# „Kinderwunschmedizin“

## – Reformvorschläge für das Abstammungsrecht\*

*Tobias Helms*

- I. Themeneingrenzung
- II. Samenspende
  - 1. Anforderung an Familienstand der Wunscheltern
  - 2. Rechtliche Stellung von Wunschvater und Samenspender
    - a) Vaterschaftsanfechtungsrecht des Kindes
    - b) Dokumentation der Spenderidentität
    - c) Zuordnung des Kindes zum nichtehelichen Wunschvater
    - d) Bewertung
  - 3. Gleichgeschlechtliche Elternschaft
- III. Leihmutterstourismus
  - 1. Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs
  - 2. Konsequenzen für das deutsche Recht
  - 3. Erleichterte abstammungsrechtliche Zuordnung zu Wunscheltern?
- IV. Vorschläge

### **I. Themeneingrenzung**

Anliegen meines Beitrags ist es, einige Vorschläge zur Reform des deutschen Abstammungsrechts zur Diskussion zu stellen. Kein Gegenstand meines Beitrags ist die Frage, ob bestimmte Techniken der künstlichen Befruchtung, die in Deutschland bislang verboten sind, in Zukunft erlaubt werden sollten, das betrifft namentlich die Ei- und Embryonenspende sowie die Leihmutterchaft. Allerdings drängt sich angesichts eines blühenden Reproduktionstourismus durchaus die Frage auf, ob das deutsche Sachrecht angemessene Lösungen auch für die Fälle bereithält, in denen deutsche Wunscheltern ins Ausland reisen, um dort die Dienste einer Leihmutter in Anspruch zu nehmen.

---

\* Es handelt sich um die schriftliche Fassung eines Vortrags, den der Verf. am 31. Oktober 2014 in Göttingen gehalten hat. In die Druckfassung eingearbeitet wurde noch die Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 10. Dezember 2014.

## II. Samenspende

### 1. Anforderung an Familienstand der Wunscheltern

Unter welchen Voraussetzungen eine Frau eine heterologe künstliche Befruchtung mittels Samenspende vornehmen lassen kann, ist in Deutschland im ärztlichen Standesrecht geregelt. Nach der (Muster-)Richtlinie der Bundesärztekammer sollen Methoden der assistierten Reproduktion in erster Linie „nur bei Ehepaaren angewandt werden“. Bei „einer nicht verheirateten Frau“ dürfen sie – nach Vorstellung der Musterrichtlinie – nur dann angewendet werden, „wenn die [...] Frau mit einem nicht verheirateten Mann in einer festgefügt Partnerschaft zusammenlebt.“<sup>1</sup> Damit werden Frauen, die in keiner Partnerschaft oder in einer gleichgeschlechtlichen Beziehung leben, von der Behandlung ausgeschlossen. Die Richtlinien der Landesärztekammern orientieren sich überwiegend an der Musterrichtlinie, stellen aber teilweise auch weniger strenge Anforderungen auf.<sup>2</sup>

Aus verfassungsrechtlicher Sicht ist es aber nicht hinnehmbar, dass die Frage, welcher Personenkreis von den Methoden der künstlichen Befruchtung Gebrauch machen darf, in standesrechtlichen Richtlinien geregelt wird.<sup>3</sup> Allein der parlamentarische Gesetzgeber wäre legitimiert, einschränkende Anforderungen aufzustellen.<sup>4</sup> Vor dem Hintergrund der zunehmenden Akzeptanz gleichgeschlechtlicher Elternschaft sowie der Entscheidung des Bundesverfassungsge-

<sup>1</sup> Vgl. (Muster-)Richtlinie der Bundesärztekammer zur Durchführung der assistierten Reproduktion aus dem Jahre 2006, Regelungspunkt 3.1.1., DÄBl. 2006, S. A 1392 ff. Grundlage für diese Regelung ist § 13 der (Muster-)Berufsordnung der Bundesärztekammer für die deutschen Ärztinnen und Ärzte (BÄK) Stand 2011, <http://www.bundesaerztekammer.de/page.asp?his=1.100.1143#III> <Stand: 10.3.2015>.

<sup>2</sup> Tobias Helms, Die künstliche Befruchtung aus familienrechtlicher Sicht: Probleme und Perspektiven, in: Anne Röthel/Martin Löhnig/Tobias Helms, Ehe, Familie, Abstammung – Blicke in die Zukunft, Schriften zum deutschen und ausländischen Familien- und Erbrecht 1, 2010, S. 49, 51 f.

<sup>3</sup> Rainer Wahl, Das Öffentliche Recht als Fundament und dritte Säule des Medizinrechts, in: Jörg Arnold et al. (Hrsg.), Menschengerechtes Strafrecht, Festschrift für Albin Eser zum 70. Geburtstag, 2005, S. 1243, 1253 f.; Adolf Laufs, in: ders./Bernd-Rüdiger Kern (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, 4. Aufl. 2010, § 129, Rn. 15; Eva Maria K. Rütz, Heterologe Insemination – Die rechtliche Stellung des Samenspenders, Lösungsansätze zur rechtlichen Handhabung, Veröffentlichungen des Instituts für Deutsches, Europäisches und Internationales Medizinrecht, Gesundheitsrecht und Bioethik der Universitäten Heidelberg und Mannheim 30, 2008, S. 81 f. m.w.N.

<sup>4</sup> Zur sog. Wesentlichkeitsrechtsprechung vgl. BVerfGE 88, 103, 116; Karl-Peter Sommermann, in: Hermann von Mangoldt/Friedrich Klein/Christian Starck (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, Band 2, 6. Aufl. 2010, Art. 20 GG, Rn. 273 und 278.

richts zur Sukzessivadoption durch eingetragene Lebenspartner<sup>5</sup> muss gleichgeschlechtlichen Paaren der Zugang zu den Methoden der medizinisch assistierten Reproduktion ebenfalls eröffnet werden.<sup>6</sup> Auch das in der Musterrichtlinie enthaltene Erfordernis einer „festgefügtten Partnerschaft“ für nichteheliche Lebensgemeinschaften ist nicht praktikabel und sollte vom Gesetzgeber nicht aufgegriffen werden.<sup>7</sup> Denn nach den Richtlinien vieler Landesärztekammern soll über das Bestehen einer „festgefügtten Partnerschaft“ der behandelnde Arzt selbst entscheiden.<sup>8</sup> Diskussionsbedarf sehe ich vor allem in Bezug auf alleinstehende Frauen: Sollen diese das Recht haben, eine Ein-Eltern-Familie zu gründen? Oder sollte eine Samenspende nur dann zulässig sein, wenn zwei rechtliche Elternteile für das Kind zur Verfügung stehen? Rechtsvergleichend gesehen besteht in dieser Frage auch in den Staaten, die über ein modernes Fortpflanzungsmedizinengesetz verfügen, keine einheitliche Haltung.<sup>9</sup>

## 2. Rechtliche Stellung von Wunschvater und Samenspender

Ein Kuriosum des deutschen Rechts ist die prekäre Stellung des Wunschvaters sowie des Samenspenders.

### a) *Vaterschaftsanfechtungsrecht des Kindes*

Verantwortlich hierfür ist die Regelung des § 1600 Abs. 5 BGB. Danach ist die Vaterschaftsanfechtung durch die Mutter und den rechtlichen Vater ausgeschlossen, soweit sie in die Zeugung mittels Samenspende eingewilligt haben. Doch erstreckt sich dieser Anfechtungsausschluss nicht auf das Anfechtungsrecht des Kindes. Das heißt: Im deutschen Recht besitzt ein Kind, das im Wege

---

<sup>5</sup> BVerfG, FamRZ 2013, S. 521 ff. (insbes. Rn. 55 und 79 ff.).

<sup>6</sup> So ÖVfGH, EuGRZ 2014, S. 345 ff. für die in Österreich allein erlaubte intrauterine Insemination unter Berufung auf das in Art. 8 i.V.m. Art. 14 EMRK verankerte Diskriminierungsverbot, wobei ausdrücklich offen gelassen wird, ob das Gleiche für alleinstehende Frauen gilt (Rn. 45).

<sup>7</sup> Unabhängig vom Familienstand der Wunscheltern fordert *Eva Schumann*, Familienrechtliche Fragen der Fortpflanzungsmedizin im Lichte des Grundgesetzes, in: Henning Rosenau (Hrsg.), Ein zeitgemäßes Fortpflanzungsmedizinengesetz für Deutschland, Schriften zum Bio-, Gesundheits- und Medizinrecht 11, 2012, S. 155, 183 ff., 196 ein Verfahren, durch das vor Durchführung einer medizinisch unterstützten Fortpflanzung sichergestellt werden soll, dass keine Personen hiervon Gebrauch machen, die „ersichtlich ungeeignet“ sind, die hieraus resultierende Verantwortung zu übernehmen.

<sup>8</sup> *Helms* (Anm. 2), S. 52.

<sup>9</sup> Im Unterschied zu Frankreich, Portugal, Österreich und der Schweiz erlauben etwa Belgien, die Niederlande und Schweden auch die künstliche Befruchtung bei alleinstehenden Frauen; vgl. *Helms* (Anm. 2), S. 54 f. m.w.N.

heterologer künstlicher Befruchtung mittels Samenspende gezeugt wurde, das Recht, die Vaterschaft seines rechtlichen Vaters anzufechten und anschließend den Samenspender als Vater feststellen zu lassen. Und das obwohl es seine Existenz dem Mann zu verdanken hat, der sich zusammen mit seiner Mutter dafür entschieden hat, eine künstliche Befruchtung durchführen zu lassen, während der Samenspender bei der Abgabe seiner Spermien niemals gewünscht oder damit gerechnet hat, die rechtlichen Pflichten eines Vaters auferlegt zu bekommen.<sup>10</sup>

b) *Dokumentation der Spenderidentität*

Obwohl die Frage nicht ausdrücklich gesetzlich geregelt ist, besteht in Deutschland schon seit Langem Einigkeit, dass die Identität des Samenspenders im Interesse des verfassungsrechtlich verbürgten Rechts auf Kenntnis der eigenen Abstammung stets dokumentiert werden muss.<sup>11</sup> Lange Zeit sind keine Fälle bekannt geworden, in denen sich „Spenderkinder“ nachdrücklich bemüht hätten, ihren Auskunftsanspruch durchzusetzen, was nicht zuletzt auch an der Altersstruktur des betroffenen Personenkreises gelegen haben dürfte. Das hat sich mittlerweile geändert. Eine Entscheidung des OLG Hamm vom 6. Februar 2013 über den Auskunftsanspruch eines durch heterologe Insemination gezeugten Kindes gegen den behandelnden Arzt<sup>12</sup> hat diese Problematik in das Bewusstsein von Öffentlichkeit und Politik gerückt, und so erkennt der Gesetzgeber im Koalitionsvertrag nunmehr an, dass es einer ausdrücklichen gesetzlichen Regelung bedarf.<sup>13</sup> Einigkeit dürfte darüber bestehen, dass dem Kind

---

<sup>10</sup> Krit. Helms (Anm.2), S. 58, 62 f.; ders., Die Stellung des potenziellen biologischen Vaters im Abstammungsrecht, FamRZ 2010, S. 1, 4; Schumann (Anm. 7), S. 191 f.; Hartmut Krefß, Samenspende und Leihmutterschaft – Problemstand, Rechtsunsicherheiten, Regelungsansätze, FPR 2013, S. 240, 241; vgl. auch Empfehlung des Arbeitskreises 7 „Klärung der Vaterschaft“, in: Deutscher Familiengerichtstag (Hrsg.), Achtzehnter Deutscher Familiengerichtstag vom 16. bis 19. September 2009 in Brühl, Brühler Schriften zum Familienrecht 16, 2010, S. 111; für das gegenteilige Ergebnis hat sich noch mehrheitlich der 56. Deutsche Juristentag im Jahre 1986 (NJW 1986, S. 3069, 3070) ausgesprochen.

<sup>11</sup> Tobias Helms, Die Feststellung der biologischen Abstammung – Eine rechtsvergleichende Untersuchung zum deutschen und französischen Recht, Schriften zum Internationalen Recht 112, 1999, S. 187 f. mit Fn. 258. Die von Erwin Deutsch/Andreas Spickhoff, Medizinrecht, 7. Aufl. 2014, Rn. 1088 Fn. 127 zitierten Gegenstimmen blieben vereinzelt und konnten sich in der Diskussion nicht durchsetzen. Seit 2008 ergibt sich eine ausdrückliche Dokumentationspflicht aus § 16a TPG i.V.m. §§ 5, 6 TPG-GewV.

<sup>12</sup> OLG Hamm, FamRZ 2013, S. 637 ff.

<sup>13</sup> Koalitionsvertrag der 18. Legislaturperiode, S. 99 (im Internet abrufbar unter [http://www.bundesregierung.de/Content/DE/\\_Anlagen/2013/2013-12-17-koalitionsvertrag.pdf;jsessionid=EB062080B5B5D6653F11C77D8528E6E4.s2t2?\\_\\_blob=publicationFi](http://www.bundesregierung.de/Content/DE/_Anlagen/2013/2013-12-17-koalitionsvertrag.pdf;jsessionid=EB062080B5B5D6653F11C77D8528E6E4.s2t2?__blob=publicationFi)

spätestens<sup>14</sup> ab Vollendung des 16. Lebensjahres (vgl. §§ 62 Abs. 1 Satz 3 und Abs. 2, 63 Abs. 1 PStG, § 9b Abs. 2 AdVermiG, § 31 Abs. 1 SchKG) ein Auskunftsanspruch zustehen muss und dass eine lange Frist für die Aufbewahrung der Spenderinformationen<sup>15</sup> vorzusehen ist. Diskutiert werden muss aber – obwohl dies rechtsvergleichend unüblich sein dürfte – auch darüber, ob nicht unabhängig von einem eigenen Anspruch des Kindes die Eltern selbst ab einem bestimmten Zeitpunkt die Aufdeckung der Spenderidentität verlangen können, um das Kind nach eigenem Ermessen in altersangemessener Weise über seine Herkunft aufklären zu können.<sup>16</sup>

c) *Zuordnung des Kindes zum nichtehelichen Wunschvater*

Sind die Eltern eines mittels Samenspende gezeugten Kindes nicht verheiratet, so ist Vater des Kindes der Mann, der die Vaterschaft mit Zustimmung der Mutter freiwillig anerkennt (§ 1592 Nr. 2 BGB). Grundsätzlich lässt das Gesetz eine Vaterschaftsanerkennung auch bereits vor der Geburt des Kindes zu (§ 1594 Abs. 4 BGB). Allerdings ist die wohl herrschende Meinung der Auffassung, dass die Vaterschaftsanerkennung zwar vor Geburt des Kindes, aber nicht bereits vor der Zeugung des Kindes möglich ist.<sup>17</sup>

---

le&v=2): „Wir werden das Recht des Kindes auf Kenntnis seiner Herkunft bei Samenspenden gesetzlich regeln.“

<sup>14</sup> Auf die Vollendung des 14. Lebensjahres stellt § 23 Abs. 3 AME-FMedG (*Ulrich Gassner/Jens Kersten/Matthias Krüger/Josef Franz Lindner/Henning Rosenau/Ulrich Schroth*, Fortpflanzungsmedizinengesetz, Augsburg-Münchener-Entwurf [AME-FMedG], 2013, S. 13) in Übereinstimmung etwa mit § 20 Abs. 2 Satz 1 ÖstFMedG ab, allerdings wird gleichzeitig ein eigener Auskunftsanspruch des gesetzlichen Vertreters weitgehend ausgeschlossen. Nach Art. 27 Abs. 1 SchwFMedG hat (nur) das Kind ab Vollendung des 18. Lebensjahres einen Auskunftsanspruch, bei Vorliegen eines schutzwürdigen Interesses schon vorher (Art. 27 Abs. 2 SchwFMedG).

<sup>15</sup> Die 30jährige Aufbewahrungsfrist in § 15 Abs. 2 i.V.m. § 8d Abs. 2 TPG ist nicht spezifisch auf die Interessen eines durch Samenspende gezeugten Kindes zugeschnitten und setzt seinem Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung daher auch keine zeitliche Grenze (vgl. § 14 Abs. 3 S. 1 TPG).

<sup>16</sup> Unter Berufung auf den Schutz des informationellen Selbstbestimmungsrechts (*Gassner/Kersten/Krüger/Lindner/Rosenau/Schroth* [Anm. 14], S. 80) in Übereinstimmung etwa mit § 20 Abs. 2 S. 2 ÖstFMedG eng gefasst ist § 23 Abs. 2 AME-FMedG: „In einem medizinisch begründeten Ausnahmefall zum Wohl des Kindes kann dessen gesetzlicher Vertreter mit Genehmigung des Familiengerichts ein Recht auf Auskunft hinsichtlich der genetischen Abstammung des Kindes und Einsichtnahme in die Dokumentation [...] gegenüber dem zugelassenen Zentrum geltend machen.“

<sup>17</sup> *Thomas Rauscher*, in: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Familienrecht, §§ 1589-1600d (Abstammung), Neubearb. 2011, § 1594 BGB, Rn. 49 f.; *Karlheinz Muscheler*, Familienrecht, 3. Aufl. 2013,

Damit besteht bei nichtehelichen Paaren keine Gewissheit, dass der Mann, der sich zusammen mit seiner Partnerin für die Durchführung einer künstlichen Befruchtung mittels Samenspende entschieden hat, auch die Vaterstellung für das Kind einnehmen wird.<sup>18</sup> Auch wenn er vor Aufnahme der Kinderwunschbehandlung die Abgabe einer Vaterschaftsanerkennung „hoch und heilig“ versprochen haben sollte, kann er nach erfolgreicher Befruchtung nicht zur Vaterschaftsanerkennung gezwungen werden. Im Übrigen kann auch die Wunschmutter die Vaterschaftsanerkennung noch torpedieren, indem sie ihre Zustimmung (§ 1595 Abs. 1 BGB) verweigert.<sup>19</sup>

#### d) Bewertung

Im internationalen Vergleich steht das deutsche Recht mit seiner Konzeption auf einsamem Posten.<sup>20</sup> Dabei besteht die Gefahr, dass sich die prekäre rechtliche Stellung des Wunschwaters sowie des Samenspenders nachteilig auf das Wohl der betroffenen Kinder auswirkt:<sup>21</sup> Da eine Aufdeckung der Spenderidentität gravierende juristische Konsequenzen nach sich ziehen kann, besteht für alle Beteiligten ein starker Anreiz, dem Kind Informationen über seine wahr-

---

Rn. 548; *Joachim Gernhuber/Dagmar Coester-Waltjen*, Familienrecht, 6. Aufl. 2010, S. 612. A.A. *Andreas Spickhoff*, Vaterschaft und Fortpflanzungsmedizin – Die Einwilligung zur künstlichen Befruchtung mittels Samenspende eines Dritten, in: Sibylle Hofer/Diethelm Klippel/Ute Walter (Hrsg.), Perspektiven des Familienrechts, Festschrift für Dieter Schwab zum 70. Geburtstag, 2005, S. 923, 941 f.; *Andreas Roth*, Der Ausschluss der Vaterschaftsanfechtung nach Einwilligung in die heterologe Insemination (§ 1600 Abs. 2 BGB), DNotZ 2003, S. 805, 808; dabei wird teilweise gefordert, eine Zeugung müsse konkret bevorstehen (*Jochen Taupitz/Julia Schlüter*, Heterologe künstliche Befruchtung: Die Absicherung des Samenspenders gegen unterhalts- und erbrechtliche Ansprüche des Kindes, AcP 205 [2005], S. 591, 595; *Eckart Hammermann*, in: Harm Peter Westermann/Barbara Grunewald/Georg Maier-Reimer [Hrsg.], Erman Bürgerliches Gesetzbuch, 14. Aufl. 2014, § 1594 BGB, Rn. 14), was eher auf eine Rechtsfortbildung als eine Gesetzesauslegung hinausläuft. Abhilfe kann hier aber nur der Gesetzgeber schaffen (*Marina Wellenhofer*, in: Franz Jürgen Säcker/Roland Rixecker [Hrsg.], Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 8: Familienrecht II, 6. Aufl. 2012, § 1594 BGB, Rn. 41; *Gerd Bruder Müller*, in: Palandt Bürgerliches Gesetzbuch mit Nebengesetzen, 74. Aufl. 2015, § 1594 BGB, Rn. 8).

<sup>18</sup> Krit. *Schumann* (Anm. 7), S. 180 ff.; *Helms* (Anm. 2), S. 56 f., 62 f.; *Michael Coester*, Ersatzmutterchaft in Europa, in: Heinz-Peter Mansel et al. (Hrsg.), Festschrift für Erik Jayme, Band 2, 2004, S. 1243, 1248; *Roth* (Anm. 17), S. 808; vgl. auch *Gerd Bruder Müller/Heinrich Schürmann*, 18. Deutscher Familiengerichtstag – Empfehlungen des Vorstandes, FamRZ 2009, S. 1967, 1970.

<sup>19</sup> Außerdem kann sie vor der Geburt einen Anderen heiraten (*Wellenhofer* [Anm. 17], § 1594 BGB, Rn. 42; *Rauscher* [Anm. 17], § 1594 BGB, Rn. 53), es gilt der Vorrang des § 1592 Nr. 1 BGB gegenüber jeder vorgeburtlichen Anerkennung.

<sup>20</sup> *Helms* (Anm. 2), S. 59 f. mit Nachw.

<sup>21</sup> Ausführlich *Helms* (Anm. 2), S. 62 ff.

re Herkunft und die Identität des Samenspenders vorzuenthalten: Das gilt zunächst für den Samenspender selbst, der Angst haben muss, auf Unterhalt in Anspruch genommen zu werden, aber vor allem auch für das medizinische Personal, das befürchten muss, ihm könnte eine Verharmlosung der rechtlichen Risiken vorgeworfen werden. Darüber hinaus haben Umfragen gezeigt, dass sich viele rechtliche Väter gegen die Aufklärung ihrer Kinder aussprechen, weil sie Angst haben, nicht mehr als „richtiger Vater“ angesehen zu werden.<sup>22</sup> Eine Rechtsordnung, welche die Anfechtung der gelebten Vater-Kind-Beziehung ermöglicht und eine Feststellung des Samenspenders als Vater vorsieht, leistet solchen Ängsten Vorschub.

Im Ergebnis sollte daher dem Vorbild der überwältigenden Mehrheit der anderen europäischen Rechtsordnungen gefolgt werden und: (1) der Anfechtungsausschluss des § 1600 Abs. 5 BGB auch auf das Anfechtungsrecht des Kindes<sup>23</sup> erstreckt werden, (2) eine Vaterschaftsfeststellung gegen den Samenspender ausgeschlossen werden und (3) bei einer nicht verheirateten Frau derjenige, der in die künstliche Befruchtung mittels Samenspende eines Dritten<sup>24</sup> eingewilligt hat, kraft dieser Einwilligung als Vater angesehen werden. Was die nicht ganz einfache Frage nach der Form der Einwilligung<sup>25</sup> angeht, könnte man überlegen, eine öffentliche Beurkundung lediglich als Sollvorschrift anzuordnen.<sup>26</sup> Bei

---

<sup>22</sup> A. Lalos/C. Gottlieb/O. Lalos, Legislated right for donor-insemination children to know their genetic origin: a study of parental thinking, *Human Reproduction* 2007, S. 1759, 1764.

<sup>23</sup> Konsequenterweise könnte in § 1600 Abs. 5 BGB dann auch gleichzeitig klargestellt werden, dass dem Samenspender ebenfalls kein Vaterschaftsanfechtungsrecht zusteht. Das Anfechtungsrecht des § 1600 Abs. 1 Nr. 2 BGB könnte dann allein von der Glaubhaftmachung der genetischen Abstammung abhängig gemacht werden (Claudia Mayer, *Ordre public* und Anerkennung der rechtlichen Elternschaft in internationalen Leihmutterchaftsfällen, *RabelsZ* 2014, S. 551, 567).

<sup>24</sup> Vor allem soweit man sich dazu durchringen kann, eigene abstammungsrechtliche Zuordnungsregeln für Fälle der (in Deutschland verbotenen) Leihmutterchaft vorzusehen, wird man konsequenterweise auch darüber nachdenken müssen, ob für die künstliche Befruchtung durch Eizell- oder Embryonenspende nicht die gleichen Zuordnungsregeln gelten müssten wie für die Samenspende, auch wenn diese Formen der künstlichen Befruchtung in Deutschland verboten sind (§ 1 Abs. 1 Nr. 1, 2, 6 ESchG), vgl. dazu Schumann (Anm. 7), S. 167 f.

<sup>25</sup> Die Einwilligung nach § 1600 Abs. 5 BGB ist an keine Form gebunden, der Vorschlag, insofern eine notarielle Beurkundung vorzusehen, konnte sich nicht durchsetzen (vgl. BT-Drucks. 14/2096, S. 10), in der Literatur wird das vielfach kritisiert (Wellenbofer [Anm. 17], § 1600, Rn. 39; Rauscher [Anm. 17], § 1600, Rn. 78; Peter Eckersberger, Auswirkungen des Kinderrechteverbesserungsgesetzes auf Vereinbarungen über eine heterologe Insemination, *MittBayNot* 2002, S. 261, 263).

<sup>26</sup> Nach § 8 Abs. 1 S. 2 ÖstFMedG muss die Einwilligung in eine heterologe künstliche Befruchtung mittels Samenspende durch „Notariatsakt“ erfolgen.

ordnungsgemäßer Durchführung der Behandlung wäre die öffentliche Beurkundung damit gewährleistet, in Grenzfällen, mit denen man sicherlich – nicht zuletzt im internationalen Rechtsverkehr – irgendwann konfrontiert würde, könnte man auf einen anderen sicheren Nachweis zurückgreifen.

Meines Erachtens spricht Vieles dafür, abstammungsrechtliche Sonderregeln nur dann zur Anwendung kommen zu lassen, wenn Samen verwendet wird, der einer offiziell zugelassenen Samenbank gespendet wurde,<sup>27</sup> demgegenüber nicht in Fällen der privaten sog. Becherspende, die die Gerichte in letzter Zeit zunehmend beschäftigt haben.<sup>28</sup> Denn eine Becherspende unterscheidet sich nur marginal von einem konsentierten Seitensprung, der zu einer natürlichen Befruchtung führt. Die Praxis der Becherspende wird außerdem an Attraktivität verlieren, wenn man lesbischen Paaren offiziell den Zugang zur Kinderwunschmedizin eröffnet.

### 3. Gleichgeschlechtliche Elternschaft

Eröffnet man Frauen, die in einer gleichgeschlechtlichen Partnerschaft leben, den Zugang zur heterologen künstlichen Befruchtung mittels Samenspende, drängt sich die Frage auf, wie die abstammungsrechtliche Zuordnung des Kindes zur zweiten Frau, also zur Partnerin der Geburtsmutter erfolgen soll. Nach geltendem deutschen Recht kann gleichgeschlechtliche Elternschaft nur im Wege einer Adoption begründet werden. Dieser Mechanismus erweist sich jedoch bei einer Befruchtung mittels Spendersamen als unnötig schwerfällig. In diesen Fällen besteht ein großes Interesse, von vornherein sicherzustellen, dass dem Kind zwei Elternteile rechtlich zugeordnet werden.<sup>29</sup> Letztlich gibt es zur statusrechtlichen Zuordnung des Kindes zur Partnerin seiner Mutter auch kei-

---

<sup>27</sup> Hierauf stellt *Bettina Heiderhoff*, Anm. zu BGH, Urt. vom 15.5.2013 – XII ZR 49/11, FamRZ 2013, S. 1212, 1213 zu Recht bereits *de lege lata* ab, um den Anwendungsbereich von § 1600 Abs. 5 BGB abzustecken, weil „jede zwischen Mutter und Spender verabredete Samenspende ein persönliches Element“ besitzt. Vgl. für Österreich: § 148 Abs. 4 ABGB: „Ein Dritter, dessen Samen für eine medizinisch unterstützte Fortpflanzung verwendet wird, kann nicht als Vater des mit seinem Samen gezeugten Kindes festgestellt werden. Dritter ist, wer seinen Samen einer für medizinisch unterstützte Fortpflanzungen zugelassenen Krankenanstalt mit dem Willen überlässt, nicht selbst als Vater eines mit diesem Samen gezeugten Kindes festgestellt zu werden.“

<sup>28</sup> BGH, FamRZ 2013, S. 1209 ff. (Vaterschaftsanfechtung); OLG Hamm, FamRZ 2014, S. 1386 (Auskunftsanspruch); OLG Celle, ZKJ 2010, S. 74 (Umgangsrecht); vgl. auch OLG Oldenburg v. 30.6.2014 – 11 UF 179/13 (Vaterschaftsanerkennung).

<sup>29</sup> Weshalb in der Praxis in der Regel auch auf das Adoptionspflegejahr verzichtet wird, AG Elmshorn, NJW 2011, S. 1086.

ne Alternative, wenn man den Samenspender, wie es hier gefordert wird, rechtlich von jeder Verantwortung freistellt.

Nach dem Vorbild einiger ausländischer Rechtsordnungen<sup>30</sup> sollten in dieser Konstellation letztlich die gleichen abstammungsrechtlichen Zuordnungsregeln angewendet werden wie bei einer verschiedengeschlechtlichen Partnerschaft: Leben die beiden Frauen in einer eingetragenen Lebenspartnerschaft, wäre es konsequent – in Parallele zur Vater-Kind-Zuordnung aufgrund der Ehe mit der Mutter (§ 1592 Nr. 1 BGB) –, eine Co-Mutterschaft der Lebenspartnerin vorzusehen. Besteht keine eingetragene Lebenspartnerschaft, dann sollte die rechtliche Mutterschaft der zweiten Frau automatisch aus ihrer Einwilligung in die künstliche Befruchtung resultieren – wie es hier *de lege ferenda* auch für nicht-eheliche verschiedengeschlechtliche Lebensgemeinschaften gefordert wird.<sup>31</sup>

### III. Leihmutterschaftstourismus

Wenden wir uns nunmehr den abstammungsrechtlichen Fragen zu, die durch Leihmutterschaften aufgeworfen werden. Die Durchführung einer Leihmutterschaft ist nach deutschem Recht verboten (§ 1 Abs. 1 Nr. 1, 2, 6, 7 ESchG, §§ 13a – 13d AdVermiG). Doch gibt es einen blühenden Leihmutterschaftstourismus, mit dessen Auswirkungen sich inländische Behörden und Gerichte zunehmend beschäftigen müssen. Zur Klarstellung möchte ich darauf hinweisen, dass ich den Begriff der Leihmutterschaft in einem umfassenden Sinne verstehe und ihn als Synonym für das verwende, was der Gesetzgeber als Ersatzmutterschaft bezeichnet (vgl. § 1 Abs. 1 Nr. 7 ESchG und § 13a AdVermiG). In der Sache geht es um Frauen, die nach künstlicher Befruchtung ein Kind zur Welt bringen und mit den Wunscheltern eine Abrede getroffen

---

<sup>30</sup> Vgl. dazu *Tobias Helms*, Im Ausland begründete – im Inland unbekannte Statusverhältnisse, StAZ 2012, S. 2, 6 m.w.N. Zum neuen belgischen und niederländischen Recht vgl. *Walter Pintens*, Entwicklungen im belgischen Familienrecht im Jahr 2014, FamRZ 2014, S. 1504, 1505 und *Philipp Reuß*, Künstliche Fortpflanzung in den Niederlanden, in: Anatol Dutta/Dieter Schwab/Dieter Henrich/Peter Gottwald/Martin Löhnig (Hrsg.), Künstliche Fortpflanzung und Europäisches Familienrecht, 2015 (im Druck).

<sup>31</sup> *Nina Detbloff*, Adoption und Sorgerecht – Problembereiche für die eingetragenen Lebenspartner, FPR 2010, S. 208, 209; *Stefan Wehrstedt*, Die heterologe Samenspenden-Behandlung bei einer nicht verheirateten Frau, FPR 2011, S. 400, 403; *Schumann* (Anm. 7), S. 182 f. *Marina Wellenbofer*, Die Samenspende und ihre (späten) Rechtsfolgen, FamRZ 2013, S. 825, 830 schlägt vor, in diesem Fall eine Anerkennung durch die Lebenspartnerin bereits vor Zeugung des Kindes zuzulassen. Allerdings haben weder das BVerfG (FamRZ 2010, S. 1621) noch – im gleichen Verfahren – der EGMR (StAZ 2014, S. 10, 11) die unterschiedliche abstammungsrechtliche Behandlung von Eheleuten und eingetragenen Lebenspartnern beanstandet.

haben, diesen das Kind anschließend zu übergeben. Dabei wird in der heutigen Praxis üblicherweise jede genetische Beziehung zwischen dem Kind und der Leihmutter vermieden.<sup>32</sup> Im Übrigen können aber sowohl Ei- als auch Samenzelle von den Wunscheltern oder dritten Spendern stammen.

Mit der Frage, ob Leihmutterchaften in Deutschland legalisiert werden sollten, beschäftigt sich mein Beitrag – wie ich eingangs klargestellt habe – nicht. Der politische Wille für einen solchen Schritt ist derzeit nicht einmal ansatzweise erkennbar. Im Koalitionsvertrag heißt es kurz und knapp: „Die Leihmutterchaft lehnen wir ab, da sie mit der Würde des Menschen unvereinbar ist.“<sup>33</sup> Zwar wird sich die Diskussion in Deutschland durch solche apodiktischen Bewertungen nicht unterbinden lassen, doch kann der Ausgang dieses schwierigen und sicherlich langwierigen Prozesses nicht abgewartet werden. Ob wir es wollen oder nicht: Das deutsche Abstammungsrecht muss sich bereits jetzt mit der Frage auseinandersetzen, ob es geeignete Lösungen auch für die Fälle bereithält, in denen deutsche Wunscheltern eine Leihmutter im Ausland in Anspruch nehmen. Das gilt umso mehr, seitdem der Bundesgerichtshof mit seinem Beschluss vom 10. Dezember 2014<sup>34</sup> das Tor zur Umgehung des deutschen Leihmutterchaftsverbots weit aufgestoßen hat.

## 1. Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs

In seinem Beschluss vom 10. Dezember 2014 hat der Bundesgerichtshof in der Sache die Linie fortgeschrieben, die der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte bereits in zwei Entscheidungen gegen Frankreich am 26. Juni 2014 vorgezeichnet hatte.<sup>35</sup> Der Fall betraf zwei deutsche Männer, die in einer eingetragenen Lebenspartnerschaft leben und in Kalifornien die Dienste einer Leihmutter in Anspruch genommen haben. Eine kalifornische Entscheidung, die beide Männer als rechtliche Eltern des Kindes festgestellt hat, wurde vom KG

---

<sup>32</sup> *Andreas Bernard*, Kinder machen, Neue Reproduktionstechnologien und die Ordnung der Familie, Samenspender, Leihmütter, künstliche Befruchtung, 2014, S. 316 ff.

<sup>33</sup> Koalitionsvertrag, 18. Legislaturperiode, S. 99 (im Internet abrufbar, vgl. Anm. 13).

<sup>34</sup> BGH, FamRZ 2015, S. 240 m. Anm. *Tobias Helms*, FamRZ 2015, S. 245; *Claudia Mayer*, Verfahrensrechtliche Anerkennung einer ausländischen Abstammungsentscheidung zugunsten eingetragener Lebenspartner im Falle der Leihmutterchaft – Zum Beschluss des BGH vom 10.12.2014, StAZ 2015, S. 33 ff.

<sup>35</sup> EGMR v. 26.6.2014 – Rs. 65192/11 – *Menesson/Frankreich*; EGMR v. 26.6.2014 – Rs. 65941/11 – *Labassée/Frankreich*; vgl. dazu *Rainer Frank*, Anm. zu EGMR, Urte. vom 26.6.2014, FamRZ 2014, S. 1527 und *Martin Engel*, Leihmutterchaft: Verfahrensrechtliche Anerkennung ausländischer Abstammungsentscheidungen im Lichte des Art. 8 EMRK – Zu den Entscheidungen „*Menesson v. Frankreich*“ und „*Labassée v. Frankreich*“ des EGMR, StAZ 2014, S. 353 ff.

Berlin<sup>36</sup> nur in Bezug auf den einen Vater akzeptiert, dessen Samen bei der künstlichen Befruchtung der Leihmutter verwendet worden war und der die Vaterschaft auch nach den Maßstäben des deutschen Abstammungsrechts wirksam anerkannt hatte. Die rechtliche Zuordnung zum zweiten Lebenspartner wertete das Kammergericht – in Übereinstimmung mit der bis vor gar nicht allzu langer Zeit herrschenden Meinung<sup>37</sup> – als Verstoß gegen den anerkenntnisrechtlichen *ordre public* (§ 109 Abs. 1 Nr. 4 FamFG). Hiergegen wendeten sich die Beschwerdeführer und verlangten, das Kind als gemeinschaftliches Kind der Lebenspartner in das Geburtenregister einzutragen.

Der Bundesgerichtshof hat diesem Antrag stattgegeben und auch der rechtlichen Vaterschaft des zweiten, mit dem Kind genetisch nicht verwandten Lebenspartners zur Anerkennung verholfen, denn ein Verstoß gegen den deutschen *ordre public* könne nicht festgestellt werden. Ausschlaggebend sei nicht das Anliegen, die Umgehung des deutschen Leihmutterverbots möglichst zu verhindern, im Vordergrund stünden vielmehr die Interessen des konkret betroffenen Kindes. Aus dessen Sicht spreche aber nichts gegen eine abstammungsrechtliche Zuordnung zu beiden Wunschernteilen. Die bloße Möglichkeit, das Kind zu adoptieren, sei nicht ausreichend, um kindeswohlgerichte Lösungen zu gewährleisten.

---

<sup>36</sup> KG, StAZ 2013, S. 348 m. krit. Anm. *Claudia Mayer*, Sachwidrige Differenzierungen in internationalen Leihmutterfällen, IPRax 2014, S. 57.

<sup>37</sup> VG Berlin, StAZ 2012, S. 382, 383; *Hans Friedhelm Gaul*, Ausgewählte Probleme des materiellen Rechts und des Verfahrensrechts im neuen Abstammungsrecht, FamRZ 2000, S. 1461, 1476; *Karl Krömer*, Eintrag von Kindern in Spalte 9 des Familienbuchs bei Leihmuttertschaft, StAZ 2000, S. 310 f.; *Stefan Motzer/Roland Kugler/Michael Grabow*, Kinder aus Migrationsfamilien in der Rechtspraxis, 2. Aufl. 2012, Rn. 8; *Christoph Benicke*, Kollisionsrechtliche Fragen der Leihmuttertschaft, StAZ 2013, S. 101, 110 ff.; *Martin Engel*, Internationale Leihmuttertschaft und Kindeswohl, ZEuP 2014, S. 538, 557 f.; vgl. auch *Dirk Looschelders*, Alternative und sukzessive Anwendung mehrerer Rechtsordnungen nach dem neuen internationalen Kindschaftsrecht, IPRax 1999, S. 420, 423. Erst in neuerer Zeit haben sich kritische Stimmen gemehrt: *Fritz Sturm*, Dürfen Kinder ausländischer Leihmütter zu ihren genetischen Eltern nach Deutschland verbracht werden?, in: Jürgen F. Baur et al. (Hrsg.), Festschrift für Gunther Kühne zum 70. Geburtstag, 2009, S. 919, 927 f., 930 ff.; *Bettina Heiderhoff*, Rechtliche Abstammung im Ausland geborener Leihmutterkinder, NJW 2014, S. 2673, 2674 f.; *Mayer* (Anm. 23), S. 571 ff.; *Nina Dethloff*, Leihmütter, Wunschernteile und ihre Kinder, JZ 2014, S. 922, 926 ff.; *Alexander Diel*, Leihmuttertschaft und Reproduktionstourismus, Schriften zum deutschen und ausländischen Familien- und Erbrecht 11, 2014, S. 166 ff., 183 ff.

## 2. Konsequenzen für das deutsche Recht

Damit sind in Deutschland nunmehr zwei Konstellationen zu unterscheiden: In der einen Fallgruppe lässt sich eine rechtliche Elternschaft deutscher Wunscheltern mit Hilfe des deutschen Internationalen Verfahrens- und Kollisionsrechts meist problemlos etablieren.<sup>38</sup> Das ist erstens immer dann der Fall, wenn – wie im Sachverhalt, über den der Bundesgerichtshof zu entscheiden hatte – eine ausländische Entscheidung vorliegt, die die deutschen Wunscheltern als Eltern des Kindes festlegt, oder wenn zweitens nach den Regeln des deutschen Kollisionsrechts (Art. 19 Abs. 1 EGBGB) das ausländische leihmutterchaftsfreundliche Recht zur Anwendung berufen ist. Unter diesen Voraussetzungen steht und fällt die rechtliche Elternschaft der deutschen Wunscheltern mit der Frage, ob wir uns auf den *ordre public*-Vorbehalt berufen. Nach der Entscheidung des Bundesgerichtshofs wird dazu in aller Regel kein Anlass mehr bestehen.

Hiervon zu unterscheiden ist eine zweite Fallgruppe, in der es aus deutscher Sicht bei der Maßgeblichkeit deutschen Rechts bleibt. § 1591 BGB bestimmt dann – abstammungsrechtlich unverrückbar – die Leihmutter als rechtliche Mutter des Kindes. Ist die Leihmutter verheiratet, wird auch ihr Ehemann automatisch rechtlicher Vater des Kindes (§ 1592 Nr. 1 BGB). Ist die Leihmutter demgegenüber nicht verheiratet, kann zumindest der deutsche Wunschvater mit ihrer Zustimmung die Vaterschaft für das Kind anerkennen. Im Großen und Ganzen handelt es sich um Fälle, in denen das Kind keinen gewöhnlichen Aufenthalt in seinem (leihmutterchaftsfreundlichen) Geburtsstaat begründet hat, entweder weil es unmittelbar nach seiner Geburt nach Deutschland einreisen konnte oder weil es sich zwar noch im Ausland aufhält, aber im Zeitpunkt, in dem über die Abstammung zu entscheiden ist, sein Aufenthalt im Geburtsstaat noch nicht lange genug gedauert hat, um die Kriterien für die Begründung eines gewöhnlichen Aufenthalts zu erfüllen.

Dreh- und Angelpunkt der rechtspolitischen Diskussion stellt in diesem Zusammenhang der *mater semper certa est*-Grundsatz des § 1591 BGB dar. Diese Regel hat der deutsche Gesetzgeber wohl gerade auch mit Blick auf einen mög-

---

<sup>38</sup> Vgl. dazu aus neuerer Zeit *Sturm* (Anm. 37), S. 919 ff.; *Heiderhoff* (Anm. 37), S. 2673 ff.; *Mayer* (Anm. 23), S. 551 ff.; *Dethloff* (Anm. 37), S. 922 ff.; *Benicke* (Anm. 37), S. 101 ff.; *Konrad Duden*, Ausländische Leihmutterchaft – Elternschaft durch verfahrensrechtliche Anerkennung, StAZ 2014, S. 164 ff.; *Engel* (Anm. 37), S. 538 ff.; *Normann Witzleb*, „Vater werden ist nicht schwer“? – Begründung der inländischen Vaterschaft für Kinder aus ausländischer Leihmutterchaft, in: ders. et al. (Hrsg.), Festschrift für Dieter Martiny zum 70. Geburtstag, 2014, S. 203 ff.; *Diel* (Anm. 37), S. 168 ff., 191 ff.

lichen Leihmutterschaftstourismus in das BGB aufgenommen, um eine Umgehung des in Deutschland geltenden Leihmutterschaftsverbots zu verhindern.<sup>39</sup> Allerdings meine ich, dass nicht zuletzt im Lichte der jüngsten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs generalpräventive Zielsetzungen im Abstammungsrecht im Allgemeinen nichts zu suchen haben. Sicherlich ist es aus Sicht des deutschen Rechts konsequent, dass nach § 1591 BGB als Mutter des Kindes stets die Geburtsmutter festgelegt wird,<sup>40</sup> doch ändert sich, wie auch der Bundesgerichtshof hervorgehoben hat,<sup>41</sup> die Situation, sobald es um einen internationalen Sachverhalt geht. Dann kann man die Augen nicht davor verschließen, dass viele ausländische Rechtsordnungen der Leihmutterschaft offen gegenüber stehen. Wenn wir in einem solchen Fall unverrückbar an § 1591 BGB festhalten, dann vermag das deutsche Recht bestenfalls eine ausländische Leihmutter als rechtliche Mutter des Kindes zu bestimmen, obwohl diese Frau weder eine soziale Beziehung zum Kind hat noch die realistische Aussicht besteht, irgendwelche Ansprüche etwa auf Unterhalt gegen sie geltend zu machen, denn nach den Maßstäben der Rechtsordnung, in der die betreffende Frau lebt, gilt sie nicht als Mutter des Kindes.<sup>42</sup> Im Kollisionsrecht nennt man so etwas eine hinkende Mutterschaft, die tunlichst vermieden werden sollte.

Diese unbefriedigende Situation ließe sich auf zwei verschiedenen Wegen lösen: Entweder durch einen internationalprivatrechtlichen Ansatz, also durch eine Änderung des deutschen internationalen Abstammungsrechts,<sup>43</sup> oder durch einen sachrechtlichen Ansatz, das heißt durch eine Durchbrechung insbesondere von § 1591 BGB speziell in den Fällen der Leihmutterschaft. In diesem Beitrag würde ich gerne den zweiten Weg durchdenken und einen sach-

---

<sup>39</sup> BT-Drucks. 13/4899, S. 82 („dient auch der Verhinderung von Leihmutterschaften“); vgl. dazu auch *Rauscher* (Anm. 17), § 1591 BGB, Rn. 14.

<sup>40</sup> Diskutiert wird auch, ob zugunsten der genetischen Mutter – soweit kein Fall von Eizellenspende vorliegt – ein Anfechtungsrecht vorgesehen werden müsste; *Mayer* (Anm. 23), S. 567; *Wellenbofer* (Anm.17), § 1591 BGB, Rn. 27, 35 f.

<sup>41</sup> FamRZ 2015, S. 240, 243.

<sup>42</sup> Vgl. auch *Heiderhoff* (Anm. 37), S. 2674 f.

<sup>43</sup> Ausreichend wäre bereits eine Verortung des gewöhnlichen Aufenthalts des von einer Leihmutter geborenen Kindes im Zeitpunkt der Geburt im Geburtsland, selbst wenn die Wunscheltern das Kind unmittelbar nach der Geburt in ihren Herkunftsstaat mitnehmen. Dieses Ergebnis könnte durchaus im Wege der Auslegung erzielt werden; vgl. dazu *Tobias Helms*, Künstliche Fortpflanzung und Internationales Privatrecht, in: Anatol Dutta/Dieter Schwab/Dieter Henrich/Peter Gottwald/Martin Löhnig (Hrsg.), Künstliche Fortpflanzung und Europäisches Familienrecht, 2015, Fn. 22 (im Druck). Vertraut man jedoch hierauf, könnte es eine geraume Zeit dauern, bis sich zuverlässige und rechtssichere Maßstäbe entwickelt haben, denn Literatur und Rechtsprechung weisen bislang überwiegend in die entgegengesetzte Richtung.

rechtlichen Ansatz zur Diskussion stellen; dabei möchte ich hervorheben, dass ich mir selbst noch kein Urteil zutraue, welchen Weg ich empfehlen würde.

### 3. Erleichterte abstammungsrechtliche Zuordnung zu Wunscheltern?

Gedanklicher Ansatz für eine Regelung könnte die Frage sein, unter welchen Voraussetzungen es gerechtfertigt erscheint, eine abstammungsrechtliche Zuordnung zu den Wunscheltern vorzunehmen, ohne – wie bei einer Adoption – eine konkrete Kindeswohlprüfung zu fordern.<sup>44</sup> Dabei wäre es eine immense Herausforderung, abstammungsrechtliche Regeln für einen Vorgang zu konzipieren, der im Inland verboten ist und sich im Ausland nach den dort geltenden Vorschriften und Gepflogenheiten vollzieht. Die hierzu in Deutschland bislang angestellten Überlegungen fußten demgegenüber meist auf der Prämisse einer zumindest partiellen Legalisierung der Leihmutterschaft.

(1) Zentrale Weichenstellung ist zunächst die Frage, ob die Zuordnung zu den Wunscheltern – etwa nach dem Vorbild des englischen Rechts – stets die Einschaltung eines Gerichts voraussetzen soll, was auf eine Art erleichterte Adoption in einem beschleunigten Verfahren hinauslaufen würde.<sup>45</sup> Die Alternative bestünde darin, die Anrufung eines Gerichts nur in Zweifelsfällen vorzusehen. Dann läge die Entscheidung in erster Linie bei den deutschen Auslandsvertretungen sowie, nach der Einreise ins Inland, bei den Standesbeamten. Die Antwort auf diese Frage hängt entscheidend auch davon ab, welche inhaltlichen Anforderungen an die Zuordnung zu den Wunscheltern gestellt werden.

(2) Grundvoraussetzung wäre sicherlich, dass es sich überhaupt um einen Fall von Leihmutterschaft<sup>46</sup> handelt. Denn nur für diese Fallgruppe erscheint es

<sup>44</sup> Vorschläge, die Mutterschaft einer genetischen Wunschmutter auch ohne Adoption zu etablieren, wurden in jüngerer Zeit bereits vorgebracht von *Nina Dethloff*, Familienrecht, 30. Aufl. 2012, § 10, Rn. 94; *Wellenbofer* (Anm. 17), § 1591 BGB, Rn. 35; *Dagmar Kaiser*, Elternglück durch Fremdspende und Leihmutterschaft?, in: Isabell Götz et al. (Hrsg.), Familie – Recht – Ethik, Festschrift für Gerd Brudermüller zum 65. Geburtstag, 2014, S. 357, 365 ff. (allerdings bei gleichzeitiger Legalisierung der nicht-kommerziellen Leihmutterschaft in dieser speziellen Konstellation); hierüber hinausgehend *Schumann* (Anm. 7), S. 193 f.

<sup>45</sup> Vgl. dazu *Tobias Helms*, Leihmutterschaft – ein rechtsvergleichender Überblick, StAZ 2013, S. 114, 116; *Jens Scherpe*, Künstliche Fortpflanzung in England und Wales, in: Anatol Dutta/Dieter Schwab/Dieter Henrich/Peter Gottwald/Martin Löhnig (Hrsg.), Künstliche Fortpflanzung und Europäisches Familienrecht, 2015 (im Druck).

<sup>46</sup> Voraussetzung für eine „parental order“ nach englischem Recht ist außerdem, dass keine Zahlungen geflossen sind, die über eine „vernünftige“ (reasonable) Aufwandsentschädigung hinausgehen, dabei wird diese Vorgabe von den englischen Gerichten in Grenzfällen

gerechtfertigt, abstammungsrechtliche Sonderregeln aufzustellen. Darüber hinaus sollte es nur um solche Fälle gehen, in denen die Wunscheltern nach den Maßstäben des Geburtslandes die rechtliche Elternstellung erlangt haben, was meist eng mit der Frage verknüpft ist, ob die Durchführung der Leihmutter-schaft rechtmäßig war. In der Sache läuft das im Grunde auf eine Anerkennung des im Ausland etablierten Status hinaus, die insbesondere unter dem Eindruck der namensrechtlichen Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs unter dem Stichwort „Anerkennung von Rechtslagen“ im deutschen Kollisionsrecht diskutiert worden ist.<sup>47</sup> Nun könnte man argumentieren, dass die Frage der Rechtmäßigkeit der Leihmutter-schaft für eine abstammungsrechtliche Zuordnung keine Rolle spielen sollte, wenn man sich von allen generalpräventiven Zielsetzungen freimacht. Solange aber das deutsche Recht an einem Verbot der Leihmutter-schaft festhält, kann es meines Erachtens nur darum gehen, hinkende Abstammungsverhältnisse zu vermeiden. Damit kann die abstammungsrechtliche Zuordnung zu den Wunscheltern nach deutschem Recht nicht großzügiger sein als die Regeln der Rechtsordnungen, die von Leihmutter-schaftstouristen aufgesucht werden. Andernfalls würden auch die Bemühungen von leihmutter-schaftsfreundlichen Staaten, die Leihmutter-schaft gewissen Regeln zu unterwerfen, konterkariert.

(3) Des Weiteren müsste darüber diskutiert werden, ob nicht zumindest der Nachweis der genetischen Abstammung von zumindest einem der Wunschel-ternteile gefordert werden sollte.<sup>48</sup> Zunächst einmal könnte ein solcher Nachweis helfen, illegale Praktiken, namentlich Kinderhandel, zu verhindern. Vor

---

unter vorrangiger Berücksichtigung des Kindeswohls ausgelegt, vgl. *Helms* (Anm. 45), S. 116 mit Fn. 29.

<sup>47</sup> Vgl. aus der reichhaltigen Literatur nur *Heinz-Peter Mansel*, Anerkennung als Grundprinzip des Europäischen Rechtsraums – Zur Herausbildung eines europäischen Anerkennungs-Kollisionsrechts: Anerkennung statt Verweisung als neues Strukturprinzip des Europäischen internationalen Privatrechts?, *RabelsZ* 2006, S. 651 ff.; *Dagmar Coester-Waltjen*, Anerkennung im Internationalen Personen-, Familien- und Erbrecht und das Europäische Kollisionsrecht, *IPRax* 2006, S. 392 ff.; *Carl Friedrich Nordmeier*, Unionsbürgerschaft, EMRK und ein Anerkennungsprinzip – Folgen der namensrechtlichen EuGH-Rechtsprechung für Statusentscheidungen, *StAZ* 2011, S. 129 ff.; *Katja Funken*, Das Anerkennungsprinzip im internationalen Privatrecht, *Studien zum ausländischen und internationalen Privatrecht* 218, 2009.

<sup>48</sup> Dies ist auch nach englischem Recht Voraussetzung für eine „parental order“ nach Sec. 54 Human Fertilisation and Embryology Act 2008, vgl. *Helms* (Anm. 45), S. 116. Viele Staaten erlauben die Durchführung einer Leihmutter-schaft nur dann, wenn zumindest ein Elternteil mit dem Kind genetisch verwandt ist (z.B. Teile Australiens und Kanadas, sowie Israel, Neuseeland [vgl. *HcCH Prel. Doc No 3C March 2014 Fn. 117*] und Südafrika [Art. 294 Children’s Act]).

allem aber spricht viel dafür, dass die Logik des Abstammungsrechts<sup>49</sup> verlässen ist, wenn die Verbindung zu den Wunscheltern allein auf deren Kinderwunsch beruht.<sup>50</sup> Dann sollten die strengen Regeln des internationalen Adoptionsrechts nicht dadurch umgangen werden können, dass man sich ein Kind bei einer Leihmutter „bestellt“.<sup>51</sup> Allerdings ist zu bedenken, dass immer dann, wenn die Leihmutter nicht verheiratet ist, schon nach den traditionellen Regeln des deutschen Abstammungsrechts mit ihrer Zustimmung eine Anerkennung durch den Wunschvater unproblematisch möglich ist, sodass es in diesen Fällen allein um die statusrechtliche Zuordnung zur Wunschmutter gehen würde.

(4) Auf der einen Seite müssten die Wunscheltern in die Durchführung der Leihmutterschaft eingewilligt und auf der anderen Seite die Leihmutter einer Übertragung der rechtlichen Elternschaft auf die Wunscheltern zugestimmt haben. Fordert man – wie hier vorgeschlagen wurde – den Nachweis der genetischen Abstammung von zumindest einem Elternteil, dürfte die Gefahr von Fälschungen und Manipulationen nicht allzu groß sein. Schwieriger zu beurteilen ist die Frage des Zeitpunkts, zu dem die Leihmutter ihre Zustimmung abgeben kann: Hält man eine vorgeburtliche Zustimmung für ausreichend,<sup>52</sup> lässt sich dieses Erfordernis durch Vorlage der Leihmutterschaftsvereinbarung erfül-

---

<sup>49</sup> Vgl. auch die Unterscheidung zwischen der „Realisierung des Rechts auf (eigene) Fortpflanzung wenigstens eines Elternteils“ und der „Freiheit zu sozialer Elternschaft“ durch Adoption bei *Schumann* (Anm. 7), S. 198; *Werner Heun*, Restriktionen assistierter Reproduktion aus verfassungsrechtlicher Sicht, in: Gisela Bockenheimer-Lucius/Petra Thorn/Christiane Wendehorst (Hrsg.), Umwege zum eigenen Kind, Ethische und rechtliche Herausforderungen an die Reproduktionsmedizin 30 Jahre nach Louise Brown, Göttinger Schriften zum Medizinrecht 3, 2008, S. 49, 52.

<sup>50</sup> Großzügiger kann man sein, wenn im Geburtsland vor Durchführung der Leihmutterschaft durch ein Gericht oder eine Behörde eine adoptionsähnliche Prüfung der Elterneignung der Wunscheltern stattgefunden hat. Dann ist zu prüfen, ob – bei funktionaler Betrachtung – eine verfahrensrechtliche Anerkennung möglich ist.

<sup>51</sup> Reine Vertragsadoptionen werden bei Minderjährigen teilweise allgemein als *ordre public*-widrig bewertet (vgl. die Nachweise bei *Tobias Helms*, in: Franz Jürgen Säcker/Roland Rixecker [Hrsg.], Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 10: Internationales Privatrecht I, 6. Aufl. 2015, Art. 22 EGBGB, Rn. 51). Auch die Wertung des nationalen Adoptionsrechts, dass eine gemeinsame Adoption nur durch Ehegatten (§ 1741 Abs. 2 BGB) (indirekt über die Sukzessivadoption aber auch durch eingetragene Lebenspartner, § 9 Abs. 7 LPartG i.V.m. § 1742 BGB), zulässig ist, könnte umgangen werden.

<sup>52</sup> Nach englischem Recht kann die Zustimmung der Mutter, die Voraussetzung für eine „parental order“ ist, erst sechs Wochen nach der Geburt wirksam erteilt werden, vgl. *Helms* (Anm. 45), S. 116.

len. Allerdings wird man der Leihmutter dann wohl ein zeitlich befristetes Widerrufsrecht einräumen müssen.<sup>53</sup>

(5) Der Anwendungsbereich des hier skizzierten Sonderregimes würde sich sowohl auf die mütterliche als auch die väterliche Abstammung erstrecken. Im Verhältnis zu den traditionellen Regeln des Abstammungsrechts könnte es sich um einen ergänzenden Mechanismus handeln, der eine zusätzliche Option eröffnet, um die rechtliche Elternschaft der Wunscheltern zu etablieren.

## IV. Vorschläge

### Samenspende

1. (Begriff) Eine künstliche Befruchtung mittels Samenspende eines Dritten im Sinne der nachstehenden Vorschläge liegt nur dann vor, wenn Samen verwendet wird, der einer Samenbank zur Verfügung gestellt wurde.
2. (Anforderungen an den Personenstand der Eltern) Die künstliche Befruchtung mittels Samenspende eines Dritten ist zumindest immer dann zulässig, wenn ein Kind auf diese Weise zwei rechtliche Elternteile erhält, unabhängig davon, ob diese gleich- oder verschiedengeschlechtlich sind und in welcher Beziehung sie zueinander stehen.
3. (Abstammungsrechtliche Zuordnung zur eingetragenen Lebenspartnerin der Mutter) Wird ein Kind durch künstliche Befruchtung mittels Samenspende eines Dritten gezeugt, wird es abstammungsrechtlich unmittelbar der eingetragenen Lebenspartnerin seiner Mutter zugeordnet.
4. (Eltern-Kind-Zuordnung aufgrund Einwilligung) Ist die Mutter eines Kindes nicht verheiratet und lebt sie nicht in einer eingetragenen Lebenspartnerschaft, wird ein Kind, das durch künstliche Befruchtung mittels Samenspende eines Dritten gezeugt worden ist, abstammungsrechtlich unmittelbar der Person zugeordnet, die in diese Befruchtung eingewilligt hat. Die Einwilligung soll öffentlich beurkundet werden.

---

<sup>53</sup> Der Wunschmutter könnte gleichwohl das Recht eingeräumt werden, durch Nachweis der genetischen Abstammung die Mutterschaft für sich in Anspruch zu nehmen; vgl. *Schumann* (Anm. 7), S. 198 ff. (unter der Prämisse einer [teilweisen] Legalisierung der Leihmutterschaft). Entsteht Streit zwischen der Leihmutter und den Wunscheltern über die statusrechtliche Zuordnung des Kindes, muss man sich bewusst sein, dass das deutsche Recht nur sehr beschränkten Einfluss auf den Ausgang dieses Konflikts besitzt, denn über die Frage, ob die Wunscheltern die Herausgabe des Kindes erzwingen können, werden in aller Regel die Gerichte des Geburtslandes (nach der *lex fori*) entscheiden.

5. (Umfassender Anfechtungsausschluss) Ist das Kind mit Einwilligung des Mannes und der Mutter durch künstliche Befruchtung mittels Samenspende eines Dritten gezeugt worden, ist die Anfechtung der Vaterschaft ausgeschlossen.
6. (Rechtliche Stellung des Samenspenders) Ist das Kind durch künstliche Befruchtung mittels Samenspende eines Dritten gezeugt worden, ist die gerichtliche Feststellung der Vaterschaft des Samenspenders ausgeschlossen.
7. (Auskunftsanspruch) Ab Vollendung des 6. Lebensjahres hat der gesetzliche Vertreter eines Kindes, das durch künstliche Befruchtung mittels Samenspende eines Dritten gezeugt worden ist, einen Anspruch auf Auskunft über die Identität des Samenspenders. Hat das Kind das 6. Lebensjahr noch nicht vollendet, besteht der Auskunftsanspruch bei Vorliegen eines wichtigen Grundes. Ab Vollendung des 16. Lebensjahres besitzt das betroffene Kind einen eigenen Auskunftsanspruch. Die Informationen sind mindestens 80 Jahre lang aufzubewahren.

### **Sonderregel für Leihmutterschaft?**

8. (Elternschaft in Fällen der Leihmutterschaft)
  - (1) Ist das Kind mit Einwilligung der Frau, die es geboren hat, durch künstliche Befruchtung im Rahmen einer Leihmutterschaftsvereinbarung gezeugt worden, sind Eltern des Kindes die Personen, die in die künstliche Befruchtung eingewilligt haben, soweit
    - a) das Kind mindestens von einer dieser Personen leiblich abstammt,
    - b) die Frau, die das Kind geboren hat, ihre Zustimmung zur Übertragung der Elternschaft erteilt hat und
    - c) der betreffenden Person nach dem Recht des Geburtsortes die Elternschaft zukommt.
  - (2) Die Zustimmung nach Abs. 1 lit. b) kann bereits vor der Zeugung des Kindes erklärt werden. Die Zustimmung kann widerrufen werden, bis das Kind acht Wochen alt ist.
  - (3) Die Rechtswirkungen der Elternschaft können erst vom Zeitpunkt ihrer gerichtlichen Feststellung an geltend gemacht werden.

# **Das österreichische Abstammungsrecht im Kontext der medizinisch unterstützten Fortpflanzung**

## **Eine Bestandsaufnahme nach Inkrafttreten des Fortpflanzungsmedizinrechts-Änderungsgesetzes 2015**

*Erwin Bernat*

- I. Rechtsentwicklung und Gesetzgebung
  1. Das Fortpflanzungsmedizinrechtsgesetz 1992
  2. Die Große Kammer des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte entscheidet 2011 in der Rechtssache S.H. et al. gegen Österreich
  3. Das Fortpflanzungsmedizinrechts-Änderungsgesetz 2015
- II. Die Abstammung von der Mutter, vom Vater und vom „anderen Elternteil“
  1. Mater semper certa est
  2. Die Vaterschaft zu einem durch Samenspende gezeugten Kind
    - a) Die Vaterschaft des Wunschvaters aufgrund seiner Ehe mit der Mutter
    - b) Die Vaterschaft des Wunschvaters aufgrund Vaterschaftsanerkennnisses
  3. Die Elternschaft der Co-Mutter
- III. Die rechtliche Stellung der Eispenderin und des Samenspenders
- IV. Das Recht des Kindes auf Kenntnis seiner genetischen Abstammung
- V. Miscellanea
  1. Die Aufgaben des Notars nach § 7 Abs. 4, § 8 Abs. 1 FMedG
    - a) Die nichteheliche Lebensgemeinschaft
    - b) Ausländische Wunscheltern
  2. Österreichische Wunscheltern und das im Ausland durch heterologe Insemination gezeugte Kind
  3. Die rechtliche Zuordnung eines Kindes, das von einer ausländischen Leihmutter im Ausland geboren worden ist
- VI. Schlusswort

## I. Rechtsentwicklung und Gesetzgebung

### 1. Das Fortpflanzungsmedizingesetz 1992

1982 wurde das erste in vitro gezeugte Kind in Österreich geboren,<sup>1</sup> und auch die heterologe Insemination sowie der Embryotransfer nach Eispende zählten bereits Mitte der 1980er Jahre zu den Dienstleistungen österreichischer Frauenärzte.<sup>2</sup> Diese Entwicklung war Gegenstand zahlreicher rechtswissenschaftlicher Publikationen. Manche Autoren, die sich mit den Rechtsfragen der Fortpflanzungsmedizin auseinandersetzten, begrüßten den Fortschritt in diesem Bereich der Gynäkologie grundsätzlich,<sup>3</sup> andere wiederum beurteilten ihn recht skeptisch.<sup>4</sup> Wegweisend für die Umsetzung einer gesetzlichen Regelung der Fortpflanzungsmedizin und ihrer zivilrechtlichen Folgen war eine von der österreichischen Rektorenkonferenz eingesetzte Expertenkommission, die im Jahr 1986 ein Gutachten verfasste, das unter dem Titel „Zu grundsätzlichen Aspekten der Gentechnologie und humanen Reproduktionsbiologie“ veröffentlicht

---

<sup>1</sup> Darüber berichtet *Peter Kemeter*, 25 Jahre Geburt des ersten IVF-Babys Österreichs – eine Wiener Erfolgsgeschichte, *Journal für Fertilität und Reproduktion* 17/3 (2007), S. 17 ff. (Teil I) und 17/4 (2007), S. 13 ff. (Teil II).

<sup>2</sup> *Peter Hernuss*, Spender-Insemination, praktische Erfahrungen, in: Bundesministerium für Familie, Jugend und Konsumentenschutz (Hrsg.), Österreichische Enquete zum Thema Familienpolitik und künstliche Fortpflanzung, 1986, S. 153 ff.; *Erwin Bernat/Michael Schimek*, Künstliche heterologe Insemination in Österreich, Ergebnisse einer statistischen Umfrage unter Gynäkologen, *Fertilität* 4 (1988), S. 112 ff.; *Peter Kemeter/Wilfried Feichtinger/Erwin Bernat*, The willingness of infertile women to donate eggs, in: *Wilfried Feichtinger/Peter Kemeter* (Hrsg.), *Future Aspects in Human In Vitro Fertilization*, 1987, S. 145 ff.; *Wilfried Feichtinger/Peter Kemeter*, Pregnancy after total ovariectomy achieved by ovum donation, *The Lancet* Sep 28 (1985), S. 722; *Wilfried Feichtinger/Erwin Bernat/Peter Kemeter/Michael Putz/Christine Hochfellner*, Eizellspende im Rahmen eines IVF-Programmes, Organisation, Ergebnisse und rechtliche Aspekte, *Fertilität* 4 (1988), S. 85 ff.

<sup>3</sup> *Gerhard Ranner/Erwin Bernat*, Heterologe Insemination und Zivilrecht, *Österreichische Ärztezeitung* 39 (1984), S. 1345 ff.; *Erwin Bernat* (Hrsg.), Lebensbeginn durch Menschenhand, Probleme künstlicher Befruchtungstechnologien aus medizinischer, ethischer und juristischer Sicht, *Grazer Rechts- und Staatswissenschaftliche Studien* 41, 1985; *Erwin Bernat/Peter J. Schück*, Embryomanipulation und Strafrecht, Gedanken zum Initiativantrag 156/A vom 25.9.1985 (II-3306 BlgStProt NR XVI GP), (öst.) *AnwBl.* 1985, S. 632 ff.

<sup>4</sup> *Johannes W. Steiner*, Rechtsfragen der „In-vitro-Fertilisation“, *JBl.* 1984, S. 184 ff.; *Wolfgang Brandstetter/Johannes Huber/Herbert Janisch/Andreas Laun* (Hrsg.), Künstliche Befruchtung, Versuch einer Standortbestimmung in medizinischer, strafrechtlicher und moraltheologischer Sicht, 1985; *Oskar Edlbacher*, Künstliche Zeugungshilfe – eine Herausforderung für den Gesetzgeber?, Eine Erwiderung auf Bernat, *ÖJZ* 1986, S. 321 ff.

worden ist.<sup>5</sup> Nachdem sich auch der Österreichische Juristentag mit dem Thema „Rechtsprobleme der medizinisch assistierten Fortpflanzung und Gentechnologie“ auseinandergesetzt hatte,<sup>6</sup> wurde 1988 im Bundesministerium für Justiz eine Arbeitsgruppe gebildet, die nach zwei Jahren einen konkreten legislativen Vorschlag präsentierte: Der Ministerialentwurf eines „Bundesgesetzes über medizinische Fortpflanzungshilfe beim Menschen (Fortpflanzungshilfegesetz – FHG) sowie über Änderungen des ABGB und des EheG“<sup>7</sup> mündete schließlich in die Regierungsvorlage eines „Bundesgesetzes, mit dem Regelungen über die medizinisch unterstützte Fortpflanzung getroffen (Fortpflanzungsmedizinengesetz – FMedG) sowie das ABGB, das EheG und die Jurisdiktionsnorm geändert werden.“<sup>8</sup> Im November 1991 nahm ein Unterausschuss des Justizausschusses die Verhandlungen zu dieser Regierungsvorlage auf,<sup>9</sup> die mit der Verabschiedung des Gesetzes im Nationalrat<sup>10</sup> am 14. Mai 1992 ihr Ende fanden. Das FMedG<sup>11</sup> trat bereits wenige Wochen später, am 1. Juli 1992, in Kraft.<sup>12</sup>

## 2. Die Große Kammer des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte entscheidet 2011 in der Rechtssache S.H. et al. gegen Österreich

Das Herzstück des FMedG sind dessen §§ 2, 3, die an den Arzt gerichtete Verbotsnormen zum Inhalt haben. Diese Verbotsnormen sind ähnlich restriktiv wie die vergleichbaren Verbotsvorschriften des deutschen Embryonenschutz-

---

<sup>5</sup> *Heinz Fischer* (Hrsg.), Bericht des Bundesministers für Wissenschaft und Forschung an den Nationalrat: Zu grundsätzlichen Aspekten der Gentechnologie und humanen Reproduktionsbiologie, 1986; vgl. *Erwin Bernat*, Towards a new legal regulation of medically assisted reproduction: The Austrian approach, *Medicine & Law* 11 (1992), S. 547 ff.

<sup>6</sup> *Willibald Posch*, Rechtsprobleme der medizinisch assistierten Fortpflanzung und Gentechnologie (= Verhandlungen des 10. ÖJT, Bd. I/5), 1988. Die Referate von *Johannes Huber*, *Peter J. Schick*, *Walter Selb* und *Peter Wrabetz* sind abgedruckt in: Verhandlungen des 10. ÖJT, Bd. II/5, o.J.

<sup>7</sup> Abdruck bei *Erwin Bernat* (Hrsg.), Fortpflanzungsmedizin, Wertung und Gesetzgebung, Beiträge zum Entwurf eines Fortpflanzungshilfegesetzes, Juristische Schriftenreihe 31, 1991, S. 123 ff.; vgl. dazu auch *Franz Bydlinski*, Zum Entwurf eines Fortpflanzungshilfegesetzes, *JBl.* 1990, S. 741 ff.

<sup>8</sup> 216 BlgNR 18. GP (= 216. Stück der Beilagen zu den Stenographischen Protokollen des Nationalrates, 18. Gesetzgebungsperiode).

<sup>9</sup> Der Bericht des Justizausschusses (JAB), der in den Text der Regierungsvorlage (RV) nicht unwesentlich eingegriffen hat, findet sich in 490 BlgNR 18. GP.

<sup>10</sup> Der Nationalrat ist die erste Kammer des österreichischen Parlaments, siehe Art. 24-33 B-VG.

<sup>11</sup> BGBl. 1992/275.

<sup>12</sup> Art. V Abs. 1 FMedG.

gesetzes (ESchG 1990)<sup>13</sup> und haben zur Folge, dass der Gynäkologe gewisse reproduktionsmedizinische Eingriffe nicht einmal ausnahmsweise vornehmen darf. Nach §§ 2, 3 FMedG i.d.F. BGBl. 1992/275 sind u.a. verboten:

- reproduktionsmedizinische Eingriffe, die eine alleinstehende Frau in Anspruch nehmen will,
- reproduktionsmedizinische Eingriffe, die ein lesbisches Paar in Anspruch nehmen will,
- die In-vitro-Fertilisation (IVF) mit (von dritter Seite) gespendetem Samen,<sup>14</sup>
- der heterologe Embryotransfer nach Eizell- oder Embryonenspende,
- reproduktionsmedizinische Eingriffe ohne medizinische Indikation sowie
- die Leihmutterschaft.

Die Frage, ob diese Verbotsnormen vor dem Hintergrund des verfassungsrechtlich verankerten Gleichheitsgrundsatzes (Art. 7 Bundes-Verfassungsgesetz [B-VG]), aber auch vor dem Hintergrund der Art. 8, 12 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK)<sup>15</sup> legitim erscheinen, war schon vor Inkrafttreten des FMedG äußerst umstritten.<sup>16</sup> Der Verfassungsgerichtshof (VfGH) vertrat in einer viel beachteten Entscheidung vom 14. Oktober 1999,<sup>17</sup>

<sup>13</sup> Vgl. dazu nur *Hans-Ludwig Günther/Jochen Taupitz/Peter Kaiser*, Embryonenschutzgesetz, 2. Aufl. 2014.

<sup>14</sup> Die heterologe Insemination in vivo hat das FMedG hingegen nicht verboten; zu diesem – verfassungswidrigen – Wertungswiderspruch vgl. nur *Peter J. Schick*, Der Entwurf eines Fortpflanzungshilfegesetzes (FHG) – eine kritische Wertungsanalyse, in: Erwin Bernat (Hrsg.), Fortpflanzungsmedizin, Wertung und Gesetzgebung, Beiträge zum Entwurf eines Fortpflanzungshilfegesetzes, Juristische Schriftenreihe 31, 1991, S. 13, 35.

<sup>15</sup> Die EMRK steht in Österreich kraft Art. II Ziff. 7 des BVG vom 4.3.1964 (BGBl. Nr. 59) im Rang eines Verfassungsgesetzes. Verletzt ein innerstaatliches Gesetz die in der EMRK verankerten Grund- und Freiheitsrechte, so wirkt sich diese Verletzung nicht nur völkerrechtlich, sondern – im Gegensatz zu Deutschland – unmittelbar innerstaatlich aus: Der VfGH muss ein Gesetz auch dann wegen Verfassungswidrigkeit aufheben, wenn es „nur“ die von der EMRK verbrieften Grund- und Freiheitsrechte verletzt.

<sup>16</sup> Vgl. bloß *Erwin Bernat*, Das Recht der medizinisch assistierten Zeugung 1990 – eine vergleichende Bestandsaufnahme, in: ders. (Hrsg.), Fortpflanzungsmedizin, Wertung und Gesetzgebung, Beiträge zum Entwurf eines Fortpflanzungshilfegesetzes, Juristische Schriftenreihe 31, 1991, S. 65 ff. einerseits sowie *Martin Schlag*, Zur Regierungsvorlage eines Fortpflanzungsmedizingesetzes, in: Franz Bydliniski/Theo Mayer-Maly (Hrsg.), Fortpflanzungsmedizin und Lebensschutz, 1993, S. 65 ff. andererseits.

<sup>17</sup> VfGH, Erkenntnis (Erk.) v. 14.10.1999, MedR 2000, S. 389 m. Anm. v. *Erwin Bernat* = RdM 2000, S. 21 = JBl. 2000, S. 228 = VfSlg. 15.632; siehe auch VfGH, Beschl. v. 8.3.2000, G 132/99-7 (unveröffentlicht); zum Erk. des VfGH vom 14. Oktober 1999 lie-

dass der von Ehegatten oder Lebensgefährten gefasste Entschluss, ein Kind haben zu wollen und sich hierzu erforderlicher medizinischer Unterstützung zu bedienen, zwar in den Einzugsbereich des von Art. 8 EMRK anerkannten Grundrechts auf Schutz des Privat- und Familienlebens falle,<sup>18</sup> meinte aber abschließend, dass das Verbot der IVF mit (von dritter Seite) gespendetem Samen sowie des heterologen Embryotransfers nach Eispende im Lichte der Eingriffsermächtigungen des Art. 8 Abs. 2 EMRK<sup>19</sup> nicht unverhältnismäßig erscheine. Dieser Beurteilung schloss sich die Große Kammer des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) in einem Urteil vom 3. November 2011 an.<sup>20</sup> Allerdings stellten die Straßburger Richter den österreichischen Instanzen „die Rute ins Fenster“. Sie betonten, dass es in Europa einen Trend gebe, die Samen- und Eispende zuzulassen, und dass dieser Trend den

---

gen zahlreiche, größtenteils ablehnende Stellungnahmen vor; siehe *Erwin Bernat*, A human right to reproduce non-coitally?, *University of Tasmania L. Rev.* 21 (2002), S. 20 ff.; *Dagmar Coester-Waltjen*, Fortpflanzungsmedizin, EMRK und österreichische Verfassung, *FamRZ* 2000, S. 598 f.; *Brigitta Lurger*, Das Fortpflanzungsmedizingesetz vor dem österreichischen Verfassungsgerichtshof, *DEuFamR* 2 (2000), S. 134 ff.; *Michael Mayrhofer*, Reproduktionsmedizinrecht, 2003, S. 157 ff.; *Richard Novak*, Fortpflanzungsmedizingesetz und Grundrechte, in: Erwin Bernat (Hrsg.), *Die Reproduktionsmedizin am Prüfstand von Recht und Ethik*, Schriftenreihe Recht der Medizin 11, 2000, S. 62 ff.; *Elisabeth Dujmovits*, Reproduktionsmedizin – Gesetzgebung im Wandel?, in: Christian Kopetzki/Heinz Mayer (Hrsg.), *Biotechnologie und Recht*, 2002, S. 91, 107 ff.

<sup>18</sup> So auch die überwiegenden Stellungnahmen in der Literatur; vgl. schon *Armin Stolz*, Grundrechtsaspekte künstlicher Befruchtungsmethoden, in: Erwin Bernat (Hrsg.), *Lebensbeginn durch Menschenhand, Probleme künstlicher Befruchtungstechnologien aus medizinischer, ethischer und juristischer Sicht*, Grazer Rechts- und Staatswissenschaftliche Studien 41, 1985, S. 109, 117 ff.; *Theo Öblinger/Manfred Novak*, Grundrechtsfragen künstlicher Fortpflanzung, in: Bundesministerium für Familie, Jugend und Konsumentenschutz (Hrsg.), *Österreichische Enquete zum Thema Familienpolitik und künstliche Fortpflanzung*, 1986, S. 31, 36; *Irene Fahrenborst*, Fortpflanzungstechnologien und Europäische Menschenrechtskonvention, *EuGRZ* 1988, S. 125, 126; *Lurger* (Anm. 17), S. 136 f.; *Mayrhofer* (Anm. 17), S. 148; *Tade Matthias Spranger*, Bioethik und Recht, Verweisungszusammenhänge bei der Normierung der Lebenswissenschaften, *Jus Publicum* 190, 2010, S. 357 f.

<sup>19</sup> Nach Art. 8 Abs. 2 EMRK darf der Gesetzgeber in das in Art. 8 Abs. 1 EMRK verankerte Grundrecht u.a. dann eingreifen, wenn der Eingriff eine „Maßnahme darstellt, die in einer demokratischen Gesellschaft [...] zum Schutz der Gesundheit und der Moral oder zum Schutz der Rechte und Freiheiten anderer notwendig ist“.

<sup>20</sup> EGMR (GK), Urt. v 3.11.2011 (Appl. 57.813/2000 – S.H. et al. gegen Österreich), EF-Z 2012, S. 24 m. Anm. v. *Erwin Bernat* = *iFamZ* 2012, S. 5 m. Anm. v. *Markus Vašek* = *NLMR* 2011, S. 339 = *MedR* 2012, S. 380 = *RdM* 2012, S. 70 m. Anm. v. *Magdalena Pöschl*; zu dieser Entscheidung einlässlich *Erwin Bernat*, S.H. et al. gegen Österreich: Ein Schritt vorwärts, ein Schritt zurück, in: *Österreichische Juristenkommission* (Hrsg.), *Gesundheit und Recht – Recht auf Gesundheit, Kritik und Fortschritt im Rechtsstaat* 40, 2013, S. 163 ff.

Beurteilungsspielraum („margin of appreciation“),<sup>21</sup> der den nationalen Gesetzgebern mit Blick auf Art. 8 Abs. 2 EMRK eingeräumt sei, unter Umständen erheblich einschränken könne. In diesem Zusammenhang wurde Österreich von der Großen Kammer des EGMR auch an das Erkenntnis des VfGH, das im Ausgangsrechtsstreit erging, erinnert, wo es heißt: „[E]ine Veränderung der Sachlage im Zeitablauf und damit eine in Hinkunft eintretende Verengung des rechtspolitischen Spielraums [ist freilich] denkbar, [sodass] der Gesetzgeber auch aus [verfassungsrechtlicher] Sicht verhalten [sein] könnte, der Entwicklung durch eine entsprechende Anpassung der gesetzlichen Regelung Rechnung zu tragen.“<sup>22</sup>

### 3. Das Fortpflanzungsmedizinrechts-Änderungsgesetz 2015

Die Rute, die der EGMR den österreichischen Instanzen ins Fenster gestellt hatte, zeigte schon sehr bald ihre Wirkung. Auf Anträge des Obersten Gerichtshofes (OGH)<sup>23</sup> und zweier Frauen, die in Deutschland eine Lebenspartnerschaft nach deutschem Lebenspartnerschaftsgesetz eingegangen sind, hob der VfGH mit Erkenntnis vom 10. Dezember 2013<sup>24</sup> Teile des § 2 Abs. 1 FMedG ebenso auf wie § 3 Abs. 1 und 2 FMedG, die die Inanspruchnahme von IVF oder künstlicher Insemination nur in einer Ehe oder Lebensgemein-

<sup>21</sup> Dazu *Silja Vöneky*, Das Recht der Biomedizin auf dem Prüfstand des EGMR – Grundrechtseingriffe und die Lehre vom weiten Beurteilungsspielraum des nationalen Gesetzgebers, MedR 2014, S. 704 ff.

<sup>22</sup> VfGH, Erk. v. 14.10.1999, MedR 2000, S. 389 m. Anm. v. *Erwin Bernat* = RdM 2000, S. 21 = JBl. 2000, S. 228 = VfSlg. 15.632, sub 2.4.2.4. Vgl. EGMR (GK), Urt. v. 3.11.2011 (Appl. 57.813/2000 – S.H. et al. gegen Österreich), EF-Z 2012, S. 24 m. Anm. v. *Erwin Bernat* = iFamZ 2012, S. 5 m. Anm. v. *Markus Vašek* = NLMR 2011, S. 339 = MedR 2012, S. 380 = RdM 2012, S. 70 m. Anm. v. *Magdalena Pöschl*, Ziff. 117: „[T]he Court observes that the Austrian parliament has not, until now, undertaken a thorough assessment of the rules governing artificial procreation, taking into account the dynamic developments in science and society noted above. The Court also notes that the Austrian Constitutional Court, when finding that the legislature had complied with the principle of proportionality under Article 8 § 2 of the Convention, added that the principle adopted by the legislature to permit homologous methods of artificial procreation as a rule and insemination using donor sperm as an exception reflected the then current state of medical science and the consensus in society. This, however, did not mean that these criteria would not be subject to developments which the legislature would have to take into account in the future“ (Hervorhebung vom Verf.).

<sup>23</sup> OGH 19.12.2012, RdM 2013, S. 113 m. Anm. v. *Erwin Bernat*, vgl. zuvor schon OGH 22.3.2011, RdM 2011, S. 96 m. Anm. v. *Erwin Bernat*.

<sup>24</sup> VfGH, Erk. v. 10.12.2013, EF-Z 2014, S. 66 = RdM 2014, S. 65 m. Anm. v. *Christian Kopetzki* = MedR 2014, S. 567 m. Problemstellung v. *Erwin Bernat*, vgl. dazu *Erwin Bernat*, Österreichisches Fortpflanzungsmedizinengesetz: Diskriminierung lesbischer Frauen mit Kinderwunsch?, GesR 2015, S. 17 f.

schaft von Personen verschiedenen Geschlechts gestatten. Die Aufhebung dieser Bestimmungen, die auf der Grundlage des Art. 14 i.V.m. Art. 8 EMRK erfolgte, trat mit Ende des Kalenderjahres 2014 in Kraft.<sup>25</sup> Dem Erkenntnis des VfGH vom 10. Dezember 2013 ging ein Urteil der Großen Kammer des EGMR vom 19. Februar 2013<sup>26</sup> voraus, das Österreich verpflichtete, das Rechtsinstitut der Stiefkindadoption zugunsten des (eingetragenen) Partners des leiblichen Vaters bzw. der (eingetragenen) Partnerin der leiblichen Mutter anzuerkennen.<sup>27</sup> Dieser Paradigmenwechsel im Kindschaftsrecht hat die „Warnungen“, die die Große Kammer des EGMR in seinem Urteil in der Rechtssache S.H. et al. gegen Österreich<sup>28</sup> ausgesprochen hatte, wohl noch verstärkt, und den VfGH veranlasst, seine restriktive Haltung gegenüber den Methoden der medizinisch unterstützten Fortpflanzung aufzugeben. Durch das Erkenntnis des VfGH vom 10. Dezember 2013 wurde also auch lesbischen Paaren mit Kinderwunsch die Inanspruchnahme der künstlichen Insemination ermöglicht. Dazu heißt es in der Begründung des Erkenntnisses unmissverständlich:

„Gleichgeschlechtliche Partnerschaften stehen gesellschaftlich gesehen nicht in einem Substitutionsverhältnis zu Ehen und verschiedengeschlechtlichen Lebensgemeinschaften, sondern treten zu diesen hinzu; sie vermögen diese daher auch nicht zu gefährden. Umso weniger ist in der Ermöglichung der Erfüllung des Kinderwunsches, auch wenn dieser in einer gleichgeschlechtlichen Lebensgemeinschaft von Frauen nur mit Hilfe einer Samenspende Dritter erfüllbar ist, ein derartiges Gefährdungspotential zu erkennen.“<sup>29</sup>

In Reaktion auf das Erkenntnis des VfGH vom 10. Dezember 2013 wurde im Nationalrat am 21. Januar 2015 das Fortpflanzungsmedizinrechts-Änderungs-

---

<sup>25</sup> BGBl. I 2014/4.

<sup>26</sup> EGMR (GK), Urt. v. 19.2.2013 (Appl. 19.010/07 – X u.a. gegen Österreich), EF-Z 2013, S. 115 m. Anm. v. *Barbara Simma* = iFamZ 2013, S. 70 m. Anm. v. *Ulrich Pesendorfer*, vgl. dazu *Nikolaus Benke*, Keine Ehe, aber ein Stück Familie, iFamZ 2010, S. 244 ff.

<sup>27</sup> Die entsprechenden Bestimmungen verankerte das Adoptionsrechts-Änderungsgesetz 2013 (AdRÄG 2013), BGBl. I 2013/179. Dieses Gesetz trat bereits am 1. August 2013 in Kraft; siehe § 197 Abs. 4 ABGB, § 8 Abs. 4 Eingetragene Partnerschaft-Gesetz (EPG; Stammfassung: BGBl. I 2009/135), jeweils i.d.F. des AdRÄG 2013. Das EPG ist das Pendant zum deutschen Gesetz über die eingetragene Lebenspartnerschaft (LPartG; Stammfassung: BGBl. I 2001, S. 266).

<sup>28</sup> EGMR (GK), Urt. v. 3.11.2011 (Appl. 57.813/2000 – S.H. et al. gegen Österreich), EF-Z 2012, S. 24 m. Anm. v. *Erwin Bernat* = iFamZ 2012, S. 5 m. Anm. v. *Markus Vašek* = NLMR 2011, S. 339 = MedR 2012, S. 380 = RdM 2012, S. 70 m. Anm. v. *Magdalena Pöschl*.

<sup>29</sup> VfGH, Erk. v. 10.12.2013, EF-Z 2014, 66 = RdM 2014, S. 65 m. Anm. v. *Christian Kopecký* = MedR 2014, S. 567 m. Problemstellung v. *Erwin Bernat*, sub III.2.6.9. der Entscheidungsgründe.

gesetz 2015 (FMedRÄG 2015) beschlossen,<sup>30</sup> das zu einem sehr weitreichenden Wertungswandel im Recht der Fortpflanzungsmedizin führte.<sup>31</sup> Dieses Gesetz verankert nämlich nicht nur abstammungsrechtliche Regeln, die es zwei Frauen erlauben, gemeinsam Eltern eines durch Samenspende gezeugten Kindes zu werden,<sup>32</sup> sondern beseitigt auch das Verbot der IVF mit (von dritter Seite) gespendetem Samen sowie des heterologen Embryotransfers nach Eispende. Im Hinblick auf das Urteil der Großen Kammer des EGMR in der Rechtssache S.H. et al. gegen Österreich<sup>33</sup> erschien dem österreichischen Gesetzgeber „eine weitere Aufrechterhaltung dieser Verbote nicht mehr konventionskonform.“<sup>34</sup> – Diese Auffassung spiegelt die Mehrzahl aller literarischen Stellungnahmen wider, die zu dieser Entscheidung ergangen sind.<sup>35</sup> Weiterhin verboten bleiben allerdings u.a.:

<sup>30</sup> BGBl. I 2015/35; Regierungsvorlage samt amtlichen Erläuterungen: 445 BlgNR 25. GP; Bericht des Gesundheitsausschusses: 450 BlgNR 25. GP.

<sup>31</sup> Vgl. dazu fürs Erste: *Ulrike Weiser*, Im Zweifel für die Freiheit – und mehr Familien, Die Presse v. 20.11.2014, S. 2; *Philipp Aichinger*, Gerichtsurteile als Antrieb für liberalere Gesetze, Die Presse v. 20.11.2014, S. 3; *Martina Kronthaler*, Wessen Interessen zählen?, Die Presse v. 21.11.2014, S. 26; *Gerda Schaffelhofer*, Kinder werden zur Ware gemacht, Kleine Zeitung v. 22.11.2014, S. 78; *Johannes Huber*, Eine Gesetzesreform, die an eine Sturzgeburt erinnert, Die Presse v. 20.1.2015, S. 23; *Christian Egarter*, Keine Sturzgeburt, sondern Österreich bildet Schlusslicht, Die Presse v. 23.1.2015, S. 27; *Michael Prüller*, Fortsetzung fortgesetzt, Die Presse v. 23.11.2014, S. 45; *Gudula Walterskirchen*, Fortpflanzungsmedizin: Es braucht eine breite öffentliche Debatte, Die Presse v. 24.11.2014, S. 27; *Markus Hengstschläger*, Fortpflanzungsmedizin: „Das Gesetz ist sehr vorsichtig“, Die Presse v. 25.11.2014, S. 23; zur Bedeutung des Wertungswandels speziell im Privatrecht *Theo Mayer-Maly*, Wertungswandel und Privatrecht, JZ 1981, S. 801 ff.

<sup>32</sup> Siehe Art. II FMedRÄG 2015.

<sup>33</sup> EGMR (GK), Urt. v. 3.11.2011 (Appl. 57.813/2000 – S.H. et al. gegen Österreich), EF-Z 2012, S. 24 m. Anm. v. *Erwin Bernat* = iFamZ 2012, S. 5 m. Anm. v. *Markus Vašek* = NLMR 2011, S. 339 = MedR 2012, S. 380 = RdM 2012, S. 70 m. Anm. v. *Magdalena Pöschl*.

<sup>34</sup> 445 BlgNR 45. GP, S. 1.

<sup>35</sup> Vgl. nur *Erwin Bernat*, § 3 des österreichischen Fortpflanzungsmedizingesetzes auf dem Prüfstand des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, Der Gynäkologe 45 (2012), S. 331 ff.; *Christian Kopetzki*, Nochmals: Fortpflanzungsmedizinrecht verfassungswidrig!, RdM 2011, S. 209; *ders.*, Medizinisch unterstützte Fortpflanzung: Reformbedarf aus verfassungsrechtlicher Sicht, in: Österreichische Juristenkommission (Hrsg.), Gesundheit und Recht – Recht auf Gesundheit, Kritik und Fortschritt im Rechtsstaat 40, 2013, S. 139, 142 ff.; *Dagmar Coester-Waltjen*, Medizinisch assistierte Fortpflanzung und der EuGHMR, in: Alain-Laurent Verbeke et al. (Hrsg.), Confronting the Frontiers of Family and Succession Law, Liber Amicorum Walter Pintens, 2012, S. 329 ff.; *Kristin D. Brudy*, S.H. v. Austria: European Court of Human Rights holds that the rights to family life and sexism trump governmental limitations on artificial procreation, Tul. J. Int'l & Comp. L. 19 (2010/11), S. 691 ff.

- reproduktionsmedizinische Eingriffe, die eine alleinstehende Frau in Anspruch nehmen will,
- der heterologe Embryotransfer nach Embryonenspende,
- reproduktionsmedizinische Eingriffe in einer Ehe oder Lebensgemeinschaft von Personen verschiedenen Geschlechts ohne medizinische Indikation sowie
- die Leihmutterschaft.<sup>36</sup>

## II. Die Abstammung von der Mutter, vom Vater und vom „anderen Elternteil“

### 1. Mater semper certa est

In der österreichischen Rechtswissenschaft war sehr lange strittig, ob im Fall von Ei- oder Embryonenspende die Gebärende oder die Frau, von der die Eizelle stammt, als Mutter im Rechtssinn zu begreifen sei.<sup>37</sup> Manche Autoren haben sich sogar für den Status einer „Doppelmutterschaft“ ausgesprochen, also eine Zuordnung des Kindes gegenüber beiden Frauen angenommen.<sup>38</sup> Der Gesetzgeber verankerte schon 1992 eine Regelung, die (fast) wörtlich § 1591 BGB entspricht: „Mutter ist die Frau, die das Kind geboren hat“ (§ 143 ABGB). Nach einhelliger Auffassung gilt diese Regel ohne Wenn und Aber, also selbst dann, wenn zwar verabredet war, der Frau einen aus ihren Eizellen stammenden Embryo zu übertragen, ihr aber aus Versehen ein „fremder“ Embryo eingepflanzt worden ist. In einem solchen Fall bleibt es abstammungsrechtlich bei der Mutterschaft der Gebärenden. In der Literatur hat man zwar vereinzelt erwogen, eine Anfechtung der Mutterschaft anzuerkennen,<sup>39</sup> der Gesetzgeber hat sich allerdings deutlich anders entschieden.<sup>40</sup> Eine Korrektur der rechtlichen Zuordnung zur Mutter könnte also im Fall einer Eizell- oder Embryonenvertauschung nur durch Adoptionsfreigabe des Kindes herbeigeführt werden.

---

<sup>36</sup> Siehe im Einzelnen §§ 2, 3 FMedG i.d.F. FMedRÄG 2015.

<sup>37</sup> Vgl. *Steiner* (Anm. 4), S. 175 ff.; *Erwin Bernat*, Künstliche Zeugungshilfe – eine Herausforderung für den Gesetzgeber?, JBl. 1985, S. 720, 724 ff.; *Oskar Edlbacher*, Eimutter, Ammenmutter, Doppelmutter, ÖJZ 1988, S. 417 ff.

<sup>38</sup> *Walter Selb*, Rechtsordnung und künstliche Reproduktion des Menschen, 1987, S. 76.

<sup>39</sup> Siehe *Erwin Bernat*, Rechtsfragen medizinisch assistierter Zeugung, *Recht & Medizin* 17, 1989, S. 229 ff.

<sup>40</sup> Siehe die amtlichen Erläuterungen zur RV des FMedG, 216 BlgNR 18. GP, S. 24; *Michael Stormann*, in: Michael Schwimann/Georg Kodek (Hrsg.), ABGB-Praxiskommentar, Bd. 1a, 4. Aufl. 2013, § 143 ABGB, Rn. 4.

Die praktische Bedeutung des § 143 ABGB wird durch Legalisierung des heterologen Embryotransfers nach Eispende sicherlich zunehmen. Vor Verabschiedung des FMedRÄG 2015 kam die Bestimmung ja nur dann zum Tragen, wenn das Verbot der Eispende im Inland nicht eingehalten oder die Behandlung im Ausland unter anderen gesetzlichen Rahmenbedingungen vorgenommen worden ist.<sup>41</sup>

## 2. Die Vaterschaft zu einem durch Samenspende gezeugten Kind

Nach dem System des österreichischen Abstammungsrechts ist Vater eines Kindes der Mann, den die Pater-est-quem-nuptiae-demonstrant-Regel als Vater ausweist (§ 144 Abs. 1 Ziff. 1 ABGB) oder der die Vaterschaft anerkannt hat (§ 144 Abs. 1 Ziff. 2 ABGB). Die Vaterschaft eines Mannes kann aber auch durch gerichtliche Entscheidung festgestellt werden (§ 144 Abs. 1 Ziff. 3 ABGB). Dazu kommt es regelmäßig dann, wenn das Kind außerhalb einer Ehe geboren wird und der Putativvater sich weigert, ein Vaterschaftsanerkennntnis abzugeben.

### a) *Die Vaterschaft des Wunschwaters aufgrund seiner Ehe mit der Mutter*

Sowohl das im Ehebruch als auch das durch iatrogene Applizierung von Samen eines Spenders gezeugte und während aufrechter Ehe seiner Mutter geborene Kind wird dem Muttergatten automatisch zugerechnet (§ 144 Abs. 1 Ziff. 1 ABGB).<sup>42</sup> Die den biologischen Tatsachen nicht entsprechende Zuordnung des Kindes kann indes durch eine gerichtliche Entscheidung beseitigt werden, mit der festgestellt wird, dass das Kind nicht vom Ehemann der Mutter gezeugt worden ist (§ 151 Abs. 1 ABGB).<sup>43</sup> Diese Grundregel erfährt eine wichtige Ausnahme, die erst durch das FMedG anerkannt worden ist:

„Hat der Ehemann der Mutter einer medizinisch unterstützten Fortpflanzung mit dem Samen eines Dritten in Form eines Notariatsakts zugestimmt, so kann nicht die Feststellung begehrt werden, dass das mit dem Samen des

<sup>41</sup> 216 BlgNR 18. GP, S. 24.

<sup>42</sup> Das Kind wird dem Ehemann der Gebärenden nach § 144 Abs. 1 Ziff. 1 ABGB auch dann zugerechnet, wenn es innerhalb von 300 Tagen nach Auflösung der Ehe durch Tod dieses Mannes geboren wird.

<sup>43</sup> Aktiv legitimiert für einen Antrag auf „Feststellung der Nichtabstammung vom Ehemann der Mutter“ (so die Überschrift zu § 151 ABGB) sind der Putativvater und das Kind, nicht aber, wie im deutschen Recht (§ 1600 Abs. 1 Ziff. 2 und 3 BGB), die Mutter und der Mann, der aufgrund Beiwohnung in der Empfängniszeit mutmaßlich der leibliche Vater des Kindes ist (§ 151 Abs. 2 ABGB). Die Entscheidung ergeht im außerstreitigen Verfahren durch Beschluss (siehe §§ 81 ff. AußStrG).

Dritten gezeugte Kind nicht vom Ehemann der Mutter abstammt“ (§ 152 ABGB).

Im Fall der vom Ehemann in Notariatsaktsform konsentierten heterologen Insemination (IVF) darf der Richter dem Antrag auf Feststellung der Nichtabstammung vom Ehemann also nur stattgeben, wenn bewiesen ist, dass das Kind weder durch den Ehemann noch durch den Samen eines Spenders, sondern im Ehebruch gezeugt worden ist. Vorausgesetzt, das Kind ist tatsächlich die Frucht des Samenspenders, verliert allerdings nach der ganz klaren Absicht des Gesetzgebers nicht nur der Ehemann, sondern auch das durch gespendeten Samen gezeugte Kind das Recht auf Beseitigung der durch die Ehe der Mutter entstandenen familienrechtlichen Beziehung.<sup>44</sup> § 152 ABGB steht in unmittelbarem Zusammenhang mit § 7 Abs. 4, § 8 Abs. 1 FMedG: Vor Durchführung der heterologen Insemination bzw. IVF muss ein Notar die Wunscheltern ausführlich darüber aufklären, dass der dem Verfahren in Notariatsaktsform zustimmende Ehemann an die Stelle des biologischen Vaters tritt, dass er also familien- und erbrechtlich so behandelt wird, als hätte er das Kind gezeugt. Der Notariatsakt beinhaltet in der Praxis regelmäßig nicht nur die Zustimmungserklärungen von Wunschvater und Wunschmutter, sondern dokumentiert auch den Inhalt des Aufklärungsgesprächs. Die Zustimmung der Wunscheltern in der § 8 Abs. 1 FMedG entsprechenden Form darf im Zeitpunkt der Durchführung der medizinischen Zeugungshilfe nicht älter als zwei Jahre sein (§ 8 Abs. 5 FMedG). Beide können ihre Zustimmung allerdings – auch formlos – „bis zum Einbringen des Samens, der Eizellen oder der entwicklungsfähigen Zellen“<sup>45</sup> in den Körper der Frau“ gegenüber dem Arzt ohne Angabe von Gründen widerrufen (§ 8 Abs. 4 FMedG).<sup>46</sup>

---

<sup>44</sup> 216 BlgNR 18. GP, S. 25 i.V.m. 471 BlgNR 22. GP, S. 19; vgl. § 1600 Abs. 5 BGB, wonach das Kind selbst nach vom Ehemann konsentierter heterologer Insemination die Vaterschaft anfechten kann.

<sup>45</sup> Der Begriff „entwicklungsfähige Zellen“ steht für den Embryo in vitro. Siehe § 1 Abs. 3 FMedG: „Als entwicklungsfähige Zellen sind befruchtete Eizellen und daraus entwickelte Zellen anzusehen.“

<sup>46</sup> § 8 Abs. 4 FMedG i.d.F. des FMedRÄG 2015 unterscheidet nicht danach, ob sich der Widerruf auf die Verwendung eines schon existenten Embryos in vitro oder noch nicht verschmolzener Samen- oder Eizellen bezieht. Vgl. demgegenüber § 8 Abs. 4 FMedG i.d.F. BGBl. 1992/275 „Die Zustimmung kann dem Arzt gegenüber von der Frau und vom Mann bis zur Einbringung von Samen oder Eizellen in den Körper der Frau widerrufen werden; bei der Vereinigung von Eizellen mit Samenzellen außerhalb des Körpers einer Frau kann die Zustimmung von der Frau bis zur Einbringung der entwicklungsfähigen Zellen in ihren Körper, vom Mann jedoch nur bis zur Vereinigung der Eizellen mit Samenzellen widerrufen werden.“

b) *Die Vaterschaft des Wunschvaters aufgrund Vaterschaftsanerkennnisses*

Ist die Wunschmutter mit dem Wunschvater nicht verheiratet, wird das mit Samen eines Dritten gezeugte Kind nicht automatisch nach seiner Geburt dem Wunschvater zugeordnet. Eine statusrechtliche Bindung dieses Mannes kommt in diesem Fall freilich regelmäßig durch ein wissentlich falsches Vaterschaftsanerkennnis zustande.<sup>47</sup> Ein solches Vaterschaftsanerkennnis ist zulässig und somit von der für seine Beurkundung bzw. Beglaubigung zuständigen Stelle<sup>48</sup> auch entgegenzunehmen.<sup>49</sup> Vor Inkrafttreten des FMedG konnte der mit der Wunschmutter nicht verheiratete Wunschvater allerdings nicht „gezwungen“ werden, nach der Geburt des Kindes „zu seinem Wort zu stehen“. Ebenso wenig konnte der Mann, der die Vaterschaft zu dem durch Samen eines Dritten gezeugten Kind im Wissen, dass er nicht der leibliche Vater ist, anerkannt hatte, verhindern, dass Mutter und (oder) Kind gegen das Anerkenntnis Widerspruch erheben (vgl. § 146 ABGB). Aus diesem Grund schuf der Gesetzgeber § 148 Abs. 3 FMedG, der folgenden Wortlaut hat:

„Ist an der Mutter innerhalb der [Empfängniszeit] eine medizinisch unterstützte Fortpflanzung mit dem Samen eines Dritten durchgeführt worden, so ist als Vater der Mann festzustellen, der dieser medizinisch unterstützten Fortpflanzung in Form eines Notariatsakts zugestimmt hat, es sei denn, er weist nach, dass das Kind nicht durch diese medizinisch unterstützte Fortpflanzung gezeugt worden ist.“

§ 148 Abs. 3 ABGB hat nicht die Funktion eines antizipierten Vaterschaftsanerkennnisses, sondern ist als Zeugungsfiktion zu begreifen.<sup>50</sup> Die Bestimmung sorgt dafür, dass sich der mit der Mutter nicht verheiratete Mann, der in der § 8 Abs. 1 FMedG entsprechenden Form der Verwendung von Samen eines Spenders zugestimmt hat, nach der Geburt des so gezeugten Kindes nicht mehr aus seiner familienrechtlichen Verantwortung stehlen kann. Weigert er sich, ein

<sup>47</sup> Siehe dazu schon *Bernat* (Anm. 39), S. 181 ff.

<sup>48</sup> Zur Form des Vaterschaftsanerkennnisses und zu den für die öffentliche Beurkundung oder Beglaubigung des Vaterschaftsanerkennnisses zuständigen Stellen siehe *Erwin Bernat*, in: Michael Schwimann/Georg Kodek (Hrsg.), *ABGB-Praxiskommentar*, Bd. 1a, 4. Aufl. 2013, § 145 ABGB, Rn. 10 f.

<sup>49</sup> *Bernat* (Anm. 48), § 145 ABGB, Rn. 5; vgl. zum deutschen Recht *Rainer Frank*, *Das wissentlich falsche Vaterschaftsanerkennnis aus zivil- und strafrechtlicher Sicht*, ZBlJugR 1972, S. 260 ff.

<sup>50</sup> *Erwin Bernat*, *Das Fortpflanzungsmedizingesetz: Neue Aufgaben für das Notariat*, NZ 1992, S. 244, 245; *Michael Schwimann*, *Neues Fortpflanzungsmedizinrecht in Österreich*, StAZ 1993, S. 169, 180; *Helmut Pichler*, *Probleme der medizinisch assistierten Fortpflanzung*, *Der österreichische Amtsvormund* 1993, S. 53, 54.

Vaterschaftsanerkenntnis abzugeben, so kann er auf Antrag des Kindes (§ 148 Abs. 1 Satz 2 ABGB) im Außerstreitverfahren als Vater festgestellt werden.<sup>51</sup> Der Feststellungsantrag kann nur mit dem Beweis bekämpft werden, dass das Kind „nicht durch diese medizinisch unterstützte Fortpflanzung“, sondern durch Geschlechtsverkehr mit einem anderen Mann gezeugt worden ist.

Die zuvor erwähnten Regeln über das Aufklärungsgespräch des Notars (§ 7 Abs. 4 FMedG), über die Zustimmung des Wunschvaters in Form eines Notariatsakts (§ 8 Abs. 1 FMedG) und über den Widerruf der Zustimmungserklärungen von Wunschvater oder Wunschmutter gelten ebenso im Hinblick auf nicht verheiratete Wunscheltern.<sup>52</sup>

### 3. Die Elternschaft der Co-Mutter

Das FMedRÄG 2015 schloss eine Lücke im Abstammungsrecht, die durch das Erkenntnis des VfGH vom 10. Dezember 2013<sup>53</sup> entstanden ist: Zwar bietet sich der Partnerin der biologischen Mutter, die mit Samen eines Spenders befruchtet worden ist, qua § 197 Abs. 4 ABGB i.d.F. des AdRÄG 2013<sup>54</sup> die Möglichkeit, das so gezeugte Kind zu adoptieren, doch ist die Adoption des Kindes nach dessen Geburt weder die Pflicht noch das kategorische Recht dieser Frau. Aus diesem Grund hat der Gesetzgeber Regeln geschaffen, die die Partnerin der biologischen Mutter so stellen wie einen Mann, der das Kind im Koitus gezeugt hat, wenn diese Frau der Spenderinsemination der biologischen Mutter in Form eines Notariatsakts zugestimmt hat (§ 8 Abs. 1 Satz 2 FMedG i.d.F. FMedRÄG 2015). Diese Regeln wurden in § 144 Abs. 2 ABGB i.d.F. FMedRÄG 2015 verankert und sind das Spiegelbild zu § 144 Abs. 1 ABGB, der bestimmt, aus welchen Gründen ein Mann Vater eines Kindes ist.<sup>55</sup> Die Partnerin der biologischen Mutter erlangt den familienrechtlichen Status einer Co-Mutter (der Gesetzestext spricht wenig glücklich vom „anderen Elternteil“), wenn sie „mit der [biologischen] Mutter im Zeitpunkt der Geburt des Kindes in eingetragener Partnerschaft verbunden ist“ (§ 144 Abs. 2 Ziff. 1 ABGB), wenn sie „die Elternschaft anerkannt hat“ (§ 144 Abs. 2 Ziff. 2 ABGB) oder wenn ihre „Elternschaft gerichtlich festgestellt ist“ (§ 144 Abs. 2 Ziff. 3

---

<sup>51</sup> Vgl. nochmals §§ 81 ff. AußStrG.

<sup>52</sup> Siehe oben unter II. 2. a).

<sup>53</sup> VfGH, Erk. v. 10.12.2013, EF-Z 2014, S. 66 = RdM 2014, S. 65 m. Anm. v. *Christian Kopetzki* = MedR 2014, S. 567 m. Problemstellung v. *Erwin Bernat*; vgl. dazu auch *Constanze Fischer-Czermak*, Medizinisch unterstützte Fortpflanzung für lesbische Paare, EF-Z 2014, S. 61 ff.

<sup>54</sup> Siehe Fn. 27.

<sup>55</sup> Dazu oben unter II. 2.

ABGB). In diesen drei Fällen hängt die Erlangung des familienrechtlichen Status der Co-Mutterschaft allerdings auch davon ab, dass an der biologischen Mutter innerhalb der Empfängniszeit eine medizinisch unterstützte Fortpflanzung durchgeführt worden ist. Kann dies nicht bewiesen werden, ist die Frau, die mit der biologischen Mutter in eingetragener Partnerschaft verbunden ist, nach dem Wortlaut des Gesetzes dem Kind gegenüber eine Fremde. Sie kann den Status der Co-Mutterschaft also nicht einmal durch Anerkenntnis (§ 144 Abs. 2 Ziff. 2 ABGB), sondern bloß durch Stiefkindadoption (§ 197 Abs. 4 ABGB i.d.F. des AdRÄG 2013) erlangen. Diese rigoristische Haltung des Gesetzgebers ist allerdings – jedenfalls mit Blick auf die analoge Geltung der *Pater-est-quem-nuptiae-demonstrant*-Regel (§ 144 Abs. 2 Ziff. 1 ABGB) – aus Gründen des Gleichheitsgrundsatzes bedenklich. Wird ein Kind in aufrechter Ehe geboren, gilt ja der Ehemann fürs Erste auch unabhängig davon als gesetzlicher Vater, ob er seiner Frau innerhalb der Empfängniszeit beigezogen hat. Deshalb hätte für den Gesetzgeber nicht entscheidend sein dürfen, ob an einer verpartnerten Frau innerhalb der Empfängniszeit eine medizinisch unterstützte Fortpflanzung durchgeführt worden ist.<sup>56</sup> Hat eine verpartnerte Frau ein Kind im Koitus oder durch sog. „Becherspende“ empfangen,<sup>57</sup> ohne dass an ihr innerhalb der Empfängniszeit eine medizinisch unterstützte Fortpflanzung durchgeführt worden ist, und würde ihre Partnerin dessen ungeachtet als Co-Mutter gelten, könnte diese Frau ohnedies den Antrag auf Feststellung einbringen, dass sie der Zeugung des Kindes nicht in Form des § 8 Abs. 1 FMedG zugestimmt hat.<sup>58</sup> Dafür sorgte die in § 144 Abs. 3 Satz 1 ABGB i.d.F. FMedRÄG 2015 enthaltene Verweisungsvorschrift, der zufolge alle im ABGB

---

<sup>56</sup> A.A. die amtlichen Erläuterungen zur RV FMedRÄG 2015, 445 BlgNR 25. GP, S. 13, die die Abweichung des § 144 Abs. 2 ABGB vom Konzept des § 144 Abs. 1 ABGB mit dem Recht des Kindes auf Kenntnis seiner genetischen Abstammung rechtfertigen wollen. Dieses Argument ist indes keineswegs überzeugend, weil kein Kind, das durch iatrogene Applizierung gespendeten Samens gezeugt worden ist, von Amts wegen erfährt, wer sein biologischer Vater ist. Siehe dazu ausführlich unter IV.

<sup>57</sup> Von einer sog. „Becherspende“ oder „Heiminsamination“ spricht man, wenn Samenspende und künstliche Insemination im privaten Bereich der Wunschmutter (also nicht in einer Krankenanstalt) stattfinden. In Amerika ist von „turkey-baster babies“ die Rede. Dazu aufschlussreich *Daniel Wikler/Norma J. Wikler*, Turkey-baster babies: The demedicalization of artificial insemination, *The Milbank Quarterly* 69 (1991), S. 5 ff; siehe jetzt auch BGH, Urt. v. 15.5.2013, GesR 2013, S. 511 = NJW 2013, S. 2589 = BGHZ 197, S. 242; *Juana Remus/Doris Liebscher*, Wohnst du noch bei oder sorgst du schon mit? – Das Recht des Samenspenders zur Anfechtung der Vaterschaft, NJW 2013, S. 2558 ff.; *Stefan Arnold*, Zur Bedeutung von Verfassungsrecht und Rechtstheorie im Familienrecht – Die Vaterschaftsanfechtung des nicht anonymen Samenspenders, JR 2015, S. 235 ff.

<sup>58</sup> Zur Frage des rechtsmissbräuchlichen Vorgehens, das in solchen Fällen u.U. zu prüfen ist, siehe unter V. 2.

oder anderen bundesgesetzlichen Bestimmungen enthaltenen Regelungen, die auf den Vater und die Vaterschaft Bezug nehmen, auf die Co-Mutter sinngemäß anzuwenden sind.<sup>59</sup> – Was für den betrogenen Ehemann (das Kind des betrogenen Ehemannes) der Antrag auf „Feststellung der Nichtabstammung vom Ehemann der Mutter“ (§ 151 ABGB) ist, ist für die betrogene Co-Mutter (das Kind der betrogenen Co-Mutter) der Antrag auf „Feststellung, dass das Kind nicht durch medizinisch unterstützte Fortpflanzung, sondern im Koitus gezeugt worden ist“ (§ 151 ABGB analog).

### III. Die rechtliche Stellung der Eispenderin und des Samenspenders

Der Frau, die das Kind geboren hat, ist nach § 143 ABGB ohne Wenn und Aber die rechtliche Mutter des Kindes.<sup>60</sup> Aus abstammungsrechtlicher Sicht ist die Eispenderin gegenüber dem Kind „fremd“.

Der Wunschvater, der in die Vornahme einer heterologen Insemination (bzw. IVF) in Notariatsaktsform eingewilligt hat, genießt aufgrund der §§ 152, 148 Abs. 3 ABGB die rechtliche Stellung wie ein leiblicher Vater des Kindes. Er verdrängt den Samenspender, der gegenüber dem Kind aus abstammungsrechtlicher Sicht ähnlich „fremd“ ist wie die Eispenderin. Dennoch hielt es der Gesetzgeber schon 1992 für angemessen, den Schutz des Samenspenders durch eine zusätzliche Regel zu verstärken, die ihn von Rechts wegen so stellt, als hätte er das Kind gar nicht gezeugt. § 148 Abs. 4 ABGB lautet in der Stamfassung des FMedG:

„Ein Dritter, dessen Samen für eine medizinisch unterstützte Fortpflanzung verwendet wird, kann nicht als Vater des mit seinem Samen gezeugten Kindes festgestellt werden.“

Der Gesetzgeber wollte mit dieser Regelung verhindern, dass Männer aus Angst, dem Kind gegenüber in rechtliche Verantwortung genommen zu werden, davon abgehalten werden, Samen zu spenden.<sup>61</sup> § 148 Abs. 4 ABGB

---

<sup>59</sup> Siehe dazu 445 BlgNR 25. GP, S. 13: „Abs. 3 enthält die Generalklausel, wonach alle auf den Vater und die Vaterschaft Bezug nehmenden Bestimmungen auch auf den weiblichen zweiten Elternteil anzuwenden sind. Die Regelung nimmt keinerlei Einschränkungen auf bestimmte Abschnitte des ABGB oder andere Bundesgesetze vor. Sie gilt daher für alle explizit oder erkennbar (so etwa § 151 ABGB, § 7 StbG oder § 9 PStG) auf den Vater bezugnehmenden Bestimmungen.“

<sup>60</sup> Siehe dazu schon oben unter II. 1.

<sup>61</sup> 216 BlgNR 18. GP, S. 26.

schützt aber auch die Wunscheltern davor, dass der Samenspender (gemeinsam mit Mutter und Kind) versucht, den Mann, der der Spenderinsemination in Form des § 8 Abs. 1 FMedG zugestimmt hat, im Wege eines „durchbrechenden“ Vaterschaftsanerkennnisses (§ 147 Abs. 2 ABGB) zu verdrängen.<sup>62</sup> Bis zum Inkrafttreten des Familien- und Erbrechts-Änderungsgesetzes 2004 (FamErbRÄG 2004)<sup>63</sup> war allerdings äußerst umstritten, ob nur jene Männer unter die Legaldefinition des § 148 Abs. 4 ABGB fallen, die ihren Samen einer *Krankenanstalt* überlassen, die nach § 5 Abs. 2 FMedG<sup>64</sup> befugt ist, Spenderinseminationen durchzuführen.<sup>65</sup> Der Gesetzgeber hat den Streit durch Verankerung einer Legaldefinition des Begriffs Samenspender beigelegt. „Dritter“ (also Samenspender i.S.d. Gesetzes)

„ist, wer seinen Samen einer für medizinisch unterstützte Fortpflanzungen zugelassenen Krankenanstalt mit dem Willen überlässt, nicht selbst als Vater

<sup>62</sup> Das sog. „durchbrechende“ oder „qualifizierte“ Vaterschaftsanerkennnis wurde durch das Kindschaftsrechts-Änderungsgesetz 2001 (BGBl. I 2000/135) eingeführt (damals: § 163e Abs. 2 ABGB, heute: § 147 Abs. 2 ABGB). Mit dieser Regelung verfolgt der Gesetzgeber das Ziel, den beteiligten Personen (Gilt-Vater, mutmaßlich biologischer Vater, Mutter und Kind) einen „Vätertausch“ auf einfache und kostengünstige Art zu ermöglichen: Jener Mann, dessen Vaterschaft bereits feststeht, wird durch Vaterschaftsanerkennnis des mutmaßlich biologischen Vaters verdrängt. Voraussetzung für das Zustandekommen des „Vätertauschs“ ist allerdings, dass das Kind dem Anerkennenden als Vater bezeichnet (§ 147 Abs. 2 ABGB). Liegen entsprechende Erklärungen vor, kann der Mann, der durch das „qualifizierte“ Vaterschaftsanerkennnis verdrängt werden soll, allerdings bei Gericht Widerspruch erheben (§ 147 Abs. 3 ABGB). Tut er dies, hat das Gericht das „qualifizierte“ Vaterschaftsanerkennnis für rechtsunwirksam zu erklären, „es sei denn, es ist erwiesen, dass das Kind vom Anerkennenden abstammt oder – wenn das Kind durch eine medizinisch unterstützte Fortpflanzung mit dem Samen eines Dritten gezeugt worden ist – dass der Anerkennende dem in Form eines Notariatsakts zugestimmt hat“ (§ 154 Abs. 1 Ziff. 2 ABGB). – Zwar kann der Samenspender beweisen, dass das Kind von ihm abstammt, allerdings scheidet die Rechtswirksamkeit seines „qualifizierten“ Vaterschaftsanerkennnisses an § 148 Abs. 4 ABGB.

<sup>63</sup> BGBl. I 2004/85.

<sup>64</sup> Vgl. dazu genauer *Erwin Bernat*, Das Fortpflanzungsmedizingesetz: Neue Rechtspflichten für den österreichischen Gynäkologen, *Gynäkologisch-geburtshilfliche Rundschau* 33 (1993), S. 2 ff.

<sup>65</sup> Dazu *Michael Memmer*, Eheähnliche Lebensgemeinschaften und Reproduktionsmedizin, *JBl* 1993, S. 297, 304 ff.; *Viktor Steininger*, Interpretationsvorschläge für die neuen Normierungen im ABGB über die väterliche Abstammung, *ÖJZ* 1995, S. 121, 132 ff.; *Schwimmann* (Anm. 50), S. 180 f. Amerikanische Gerichte mussten schon häufig entscheiden, ob Samenspender das Recht haben, als Vater des Kindes festgestellt zu werden; siehe etwa: *Jbordan C. v. Mary K.*, 179 Cal. App. 3d 386, 224 Cal. Rptr. 530 (1986); *In the Interest of R.C.*, 775 P.2d 27 (Colo. 1989); *McIntyre v. Crouch*, 98 Ore. App. 462, 780 P.2d 239 (1989).

eines mit diesem Samen gezeugten Kindes festgestellt zu werden“ (§ 148 Abs. 4 Satz 2 ABGB).

Der Gesetzgeber hat sich redlich bemüht, die „Standardfälle“ zufriedenstellend zu lösen. Das ist ihm mit § 148 Abs. 3, § 152, § 148 Abs. 4 ABGB auch sehr gut gelungen. Männer, die ihren Samen nicht einer nach § 5 Abs. 2 FMedG zugelassenen Krankenanstalt, sondern direkt der Wunschmutter spenden (sog. „Becherspende“),<sup>66</sup> müssen damit rechnen, als Vater in rechtliche Verantwortung genommen zu werden. Samenspender i.S.d. § 148 Abs. 4 Satz 2 ABGB sind hingegen vor einer Inanspruchnahme als Vater a priori gefeit. Das kann freilich in einigen – ganz wenigen – Fällen dazu führen, dass das Kind zum *filius nullius* wird, wie sich unschwer zeigen lässt.

*Fall 1:* Ein Ehemann stimmt in einer Krankenanstalt, die für die Durchführung aller in Österreich erlaubten Methoden medizinisch unterstützter Fortpflanzung zugelassen ist (§ 5 Abs. 2 FMedG), einer IVF mit eigenem Samen zu.<sup>67</sup> Aufgrund eines Versehens wird der Samen des Wunschvaters aber mit dem Samen eines „Dritten“ (§ 148 Abs. 4 ABGB) vertauscht. Die IVF mit Samen des „Dritten“ führt zur Geburt eines Kindes. Der Ehemann, der Vater nach § 144 Abs. 1 Ziff. 1 ABGB ist, stellt nun fristgerecht (§ 153 ABGB) einen Antrag nach § 151 ABGB. Der Richter muss dem Antrag stattgeben, weil der Antragsteller ja nicht der Durchführung einer „medizinisch unterstützten Fortpflanzung mit Samen eines Dritten“, sondern nur der Durchführung einer medizinisch unterstützten Fortpflanzung mit seinem eigenen Samen zugestimmt hat.

*Fall 2:* In einer nach § 5 Abs. 2 FMedG für die Durchführung heterologer Inseminationen zugelassenen Krankenanstalt wird eine verheiratete Frau mit Samen eines Dritten inseminiert. Der verantwortliche Frauenarzt hat allerdings vergessen, die Wunschmutter und ihren Ehemann darüber aufzuklären, dass die beiden dem Eingriff auch in Notariatsaktsform (§ 8 Abs. 1 FMedG) zustimmen müssen. Als Folge der Spenderinsemination, der der Wunschvater nur schriftlich (§ 886 ABGB), nicht aber in Form des § 8 Abs. 1 FMedG zugestimmt hat, wird ein Kind geboren. Nun stellt dieser Mann, der Vater nach

---

<sup>66</sup> So stand es etwa in den Fällen, die vom BGH (Urt. v. 15.5.2013, GesR 2013, S. 511 = NJW 2013, S. 2589 = BGHZ 197, S. 242) und vom kalifornischen Court of Appeal in der Rechtssache *Jhordan C. v. Mary K.* (179 Cal. App. 3d 386, 224 Cal. Rptr. 530 [1986]) entschieden worden sind.

<sup>67</sup> Die Zustimmung zur Vornahme einer homologen IVF muss nicht in Form eines Notariatsakts erklärt werden, wenn die Wunscheltern miteinander verheiratet sind, § 8 Abs. 1 FMedG.

§ 144 Abs. 1 Ziff. 1 ABGB ist, fristgerecht (§ 153 ABGB) einen Antrag nach § 151 ABGB. Nach der bislang vorliegenden – allerdings stark kritisierten – Rechtsprechung des OGH muss dem Antrag wohl stattgegeben werden.<sup>68</sup>

*Fall 3:* In einer für die Durchführung aller in Österreich erlaubten Methoden medizinisch unterstützter Fortpflanzung zugelassenen Krankenanstalt (§ 5 Abs. 2 FMedG) wird eine alleinstehende, nicht verheiratete Frau mit Samen eines „Dritten“ (§ 148 Abs. 4 ABGB) – entgegen dem Verbot des § 2 Abs. 1 FMedG – inseminiert. Im Zeitpunkt der Geburt des als Folge dieser Insemination gezeugten Kindes ist seine Mutter nach wie vor alleinstehend und nicht verheiratet.

Auf der einen Seite wird das Kind, das in diesen drei Fällen *filius nullius* ist, kaum verstehen, dass es nur deshalb ex lege zur Vaterlosigkeit verurteilt ist, weil sein biologischer Vater mit seiner Mutter keinen Geschlechtsverkehr hatte.<sup>69</sup> Auf der anderen Seite gibt es gute Gründe, das Vertrauen des Samenspenders auf sorgfältigen Umgang mit seinem Keimgut (Fall 1) und auf Einhaltung der speziellen Rechtsregeln, die Reproduktionsmediziner befolgen müssen (Fälle 2 und 3), zu schützen. Daher ist § 148 Abs. 4 ABGB eine Norm, die verfassungsrechtlich und rechtspolitisch im Ergebnis durchaus vertretbar<sup>70</sup> – und aus utilitaristischer Sicht darüber hinaus sogar empfehlenswert erscheint.<sup>71</sup> Indes

<sup>68</sup> Vgl. OGH, Urt. v. 13.3.1996, JBl. 1996, S. 717 m. Anm. v. *Erwin Bernat*; dazu auch *Brigitta Lurger*, Fortpflanzungsmedizin und Abstammungsrecht, in: *Erwin Bernat* (Hrsg.), *Die Fortpflanzungsmedizin am Prüfstand von Recht und Ethik*, Schriftenreihe Recht der Medizin 11, 2000, S. 108, 135.

<sup>69</sup> Vgl. *Bernat* (Anm. 39), S. 202 f.

<sup>70</sup> A.A. aber *Franz Bydliński*, *System und Prinzipien des Privatrechts*, 1996, S. 385 (Fn. 406): „Zu rechtfertigen wäre die Unterscheidung [zwischen Geschlechtsverkehr und iatrogener Applizierung von Spendersamen] nur, wenn man die Verpflichtung des Vaters gegenüber dem Kind als eine Art Entgelt zugunsten Dritter für den von der Mutter gewährten Beischlaf verstehen wollte. Sollte dies tatsächlich hinter der begründungslosen Differenzierung des [§ 148 Abs. 4 ABGB] stecken, wäre die Verschweigung des eigentlichen Arguments verständlich: Es richtet sich von selbst.“

<sup>71</sup> Aus diesem Grund befürwortete die amerikanische „National Conference of Commissioners on Uniform State Laws“ im Jahr 2000 sogar einen über § 148 Abs. 4 ABGB hinausgehenden Schutz des Samenspenders. Siehe section 701 des Uniform Parentage Act (UPA) 2000: „A donor is not a parent of a child conceived by means of assisted reproduction.“ Dazu heißt es in den amtlichen Erläuterungen: „The Act does not continue the requirement that the donor provide the sperm to a licensed physician. This section of UPA (2000) further opts not to limit nonparenthood of a donor to situations in which the donor provides sperm for assisted reproduction by a married woman. This requirement is not realistic in light of present practices in the field of assisted reproduction. Instead, donors are to be shielded from parenthood in all situations in which either a married woman or a single

sollte erwogen werden, § 148 Abs. 4 ABGB in all jenen Fällen teleologisch zu reduzieren, in denen das durch Samen eines Dritten gezeugte Kind de facto oder de jure keinen Vater hat und der Samenspender – im Einklang mit Mutter und Kind – bereit ist, ein Vaterschaftsanerkennnis abzugeben.

*Fall 4:* Herr V und Frau M sind miteinander verheiratet und wollen, weil V zeugungsunfähig ist, eine heterologe Insemination vornehmen lassen. Sie bitten Herrn B, den Bruder von V, sich als Samenspender zur Verfügung zu stellen. Dieser willigt ein und spendet einer gem. § 5 Abs. 2 FMedG für die Durchführung heterologer Inseminationen zugelassenen Krankenanstalt seinen Samen. Bevor M in dieser Krankenanstalt der Samen ihres Schwagers B eingebracht wird, stimmen V und M dem Eingriff in Form eines Notariatsakts zu (§ 8 Abs. 1 FMedG).<sup>72</sup> M wird als Folge der Spenderinsemination schwanger und neun Monate später von dem Kind K entbunden. V ist nach § 144 Abs. 1 Ziff. 1 ABGB dessen Vater. Zwei Jahre nach der Geburt von K stirbt V völlig unerwartet. Nun kommt es zwischen M und B, der der leibliche Vater von K ist, zu einer Liebesbeziehung. Die beiden heiraten – und wollen, dass B seinen Bruder V als Vater „ersetzt“. § 148 Abs. 4 ABGB steht einer Feststellung der Vaterschaft des B im Wege, weil B nach dem Wortlaut dieser Bestimmung „Dritter“ ist. Die Exemption des B von Vaterrechten und -pflichten ist freilich nur dann angemessen, wenn sich feststellen lässt, dass ein „Vätertausch“, den B und M wünschen, entweder die mutmaßlichen Interessen des verstorbenen V oder die wohlverstandenen Interessen des Kindes K<sup>73</sup> verletzt. Ist weder das eine noch das andere der Fall, spricht nichts dagegen, sondern alles dafür, dass der biologische Vater (B) das Recht bekommt, den rechtlichen Vater (V) durch Abgabe eines „durchbrechenden“ Vaterschaftsanerkennnisses<sup>74</sup> zu ersetzen.

---

woman conceives a child through assisted reproduction.“ Der UPA 2000 ist abgedruckt in *Family Law Quarterly* 35 (2001), S. 83 ff. (hier: S. 160 f.); weiterführend *Marsha Garrison*, Law making for baby making: An interpretive approach to the determination of legal parenthood, *Harv. L. Rev.* 113 (2000), S. 835, 903 ff.; *Richard F. Storrow*, Parenthood by pure intention: Assisted reproduction and the functional approach to parentage, *Hastings L. J.* 53 (2002), S. 597 ff.

<sup>72</sup> Nach der Systematik des FMedG ist die heterologe Insemination auch dann zulässig, wenn die Wunscheltern der Krankenanstalt einen Samenspender „beistellen“, der Samenspender gegenüber den Wunscheltern also gar kein Anonymus ist; dazu ausführlich *Marlene Steininger*, Reproduktionsmedizin und Abstammungsrecht. Fortpflanzung und Elternschaft als Rechtsgeschäft?, 2014, S. 78 ff.

<sup>73</sup> Diese Interessen sind vom Jugendwohlfahrtsträger wahrzunehmen, der für die Zustimmung des minderjährigen Kindes zum „durchbrechenden“ Vaterschaftsanerkennnis dessen gesetzlicher Vertreter ist, § 147 Abs. 4 ABGB.

<sup>74</sup> Siehe dazu genauer oben in Fn. 62.

#### IV. Das Recht des Kindes auf Kenntnis seiner genetischen Abstammung

Fassen wir zusammen: Kinder, die durch Samenspende gezeugt worden sind, werden nach den Zielvorstellungen des Gesetzgebers dem Wunschvater abstammungsrechtlich so zugerechnet, als wäre dieser ihr leiblicher Vater (§ 148 Abs. 3, § 152 ABGB). Gleichzeitig „immunisiert“ das Abstammungsrecht den Samenspender vor einer rechtlichen Verantwortung gegenüber dem mit seinen Keimzellen gezeugten Kind (§ 148 Abs. 4 ABGB). Das soeben Gesagte gilt mutatis mutandis für Kinder eines lesbischen Paares (§ 144 Abs. 2 ABGB i.V.m. § 8 Abs. 1 FMedG). Solche Kinder haben keinen Vater, sondern, wie das Gesetz sagt, einen „anderen Elternteil“ (d.h. eine zweite Mutter), der den leiblichen Vater verdrängt (§ 148 Abs. 4 ABGB).

Allerdings hat der Gesetzgeber dem Kind das Persönlichkeitsrecht eingeräumt, die Identität seines leiblichen Vaters in Erfahrung zu bringen (§ 20 Abs. 2 FMedG). Um dieses Recht entsprechend abzusichern, muss die Krankenanstalt die persönlichen Daten des Spenders dokumentieren (§ 15 Abs. 1 FMedG).<sup>75</sup> Sie darf den Samen des Spenders nur dann verwenden, wenn sich dieser schriftlich (§ 886 ABGB) damit einverstanden erklärt, dass im Fall erfolgreicher Samenverwendung dem Kind ab Vollendung des 14. Lebensjahres auf dessen Verlangen Einsicht in die Spenderdokumentation gewährt und daraus Auskunft erteilt wird (§ 13 Abs. 1 i.V.m. § 20 Abs. 2 FMedG). Hat das Kind entsprechend § 20 Abs. 2 FMedG Auskunft bekommen, kann es mit seinem leiblichen Vater in Kontakt treten. Abstammungsrechtlich bleibt es freilich auch dann, wenn es von diesem Recht Gebrauch macht, ohne Wenn und Aber jenem Mann (bzw. jener Frau) zugeordnet, der (die) der Verwendung des gespendeten Samens in der § 8 Abs. 1 FMedG entsprechenden Form zugestimmt hat. Das Recht des durch Spenderinsemination gezeugten Kindes, mit dem leiblichen Vater in Kontakt zu treten und sich Kenntnis über die eigenen genealogischen Wurzeln zu verschaffen, führt also nur zur Befriedigung ideeller, nicht aber materieller Interessen. Nach Auffassung der amtlichen Erläuterungen zur Re-

---

<sup>75</sup> Nach dieser Vorschrift hat die Krankenanstalt, die den Samen eines Spenders (§ 148 Abs. 4 ABGB) entgegennimmt, folgende Aufzeichnungen zu führen: Namen, Geburtstag und -ort, Staatsangehörigkeit und Wohnort (§ 15 Abs. 1 Ziff. 1 FMedG); Namen der Eltern des Spenders (§ 15 Abs. 1 Ziff. 2 FMedG); Zeitpunkt der Überlassung des Samens (§ 15 Abs. 1 Ziff. 3 FMedG); die Ergebnisse der Untersuchungen, die die Krankenanstalt gem. § 12 FMedG durchzuführen hat (§ 15 Abs. 1 Ziff. 4 FMedG). Diese Untersuchungen haben sicherzustellen, dass der gespendete Samen fortpflanzungsfähig ist und durch seine „Verwendung keine gesundheitlichen Gefahren für die Frau oder das gewünschte Kind entstehen können“ (§ 12 FMedG).

gierungsvorlage des FMedG ist die Verankerung dieses Informationsrechts durch die „Würde des Kindes“ und sein „Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit“ geboten.<sup>76</sup> Das deutsche Bundesverfassungsgericht stuft dieses Recht sogar als einen aus der Verfassung ableitbaren Grundrechtsanspruch ein.<sup>77</sup>

Wie dem auch immer sei: Das in § 20 Abs. 2 FMedG verankerte Recht des Kindes auf Kenntnis seiner genetischen Abstammung ist lediglich ein gegen die Krankenanstalt gerichtetes Auskunftsrecht. Klärt das Kind niemand über die besonderen Umstände seiner Zeugung auf, dann ist sein Auskunftsrecht von vornherein wertlos. Weiß das Kind hingegen, beispielsweise weil es von dritter Seite informiert worden ist, Bescheid, dass es mit gespendetem Samen gezeugt worden ist,<sup>78</sup> dann muss es, um die Identität des biologischen Vaters in Erfahrung zu bringen, zusätzlich wissen, in welcher Krankenanstalt die Spenderinsemination vorgenommen worden ist.<sup>79</sup> Das Kind hat gegen seine Mutter aber keinen Anspruch auf Preisgabe dieses Geheimnisses. Das gebietet ein Größenschluss zur entsprechenden Regelung des § 149 Abs. 1 ABGB: Selbst ein Kind, das im Koitus gezeugt worden ist und ohne Kenntnis von der Identität seines Vaters *filius nullius* bleiben muss, hat nach dieser Bestimmung gegen seine Mutter kein Recht auf Bekanntgabe des Namens des Vaters.<sup>80</sup> Vielmehr hat die Mutter dem Kind gegenüber das Recht zu schweigen. Und da es die Mutter eines im Koitus gezeugten Kindes durch ihr Schweigerecht sogar in der Hand hat, das Kind um materielle Ansprüche (Unterhalt, Erbrecht etc.) zu bringen, kann ihr ein Recht auf Verheimlichung der Krankenanstalt, in der die heterologe Insemination durchgeführt worden ist, umso weniger abgesprochen werden. Einerseits kann der Samenspender gar nicht als Vater im Rechtssinn festgestellt werden (arg. § 148 Abs. 4 ABGB) und andererseits ist dem durch heterologe Insemination gezeugten Kind ohnedies ein anderer Mann als Vater (§ 152,

---

<sup>76</sup> 216 BlgNR 18. GP, S. 23

<sup>77</sup> Vgl. schon BVerfG, Urt. v. 31.1.1989, BVerfGE 79, S. 256 = NJW 1989, S. 891 = JZ 1989, S. 335 m. Anm. v. *Christian Starck*; dazu einlässlich *Bernat* (Anm. 16), S. 111 ff.; *ders.*, Der anonyme Vater im System der Fortpflanzungsmedizin: Vorfindliches, Rechtsethik und Gesetzgebung, in: *ders.* (Hrsg.), Die Reproduktionsmedizin am Prüfstand von Recht und Ethik, Schriftenreihe Recht der Medizin 11, 2000, S. 161, 172 ff., jeweils m.w.N.

<sup>78</sup> Siehe dazu jüngst *Peter Husslein/Erwin Bernat*, Das durch Samenspende gezeugte Kind und die ärztliche Verschwiegenheitspflicht, RdM 2014, S. 328 ff.

<sup>79</sup> Ohne Problemverständnis die amtlichen Erläuterungen zur Regierungsvorlage des FMedRÄG 2015, 445 BlgNR 25. GP, S. 11: „Durch Abs. 2 ist gewährleistet, dass ein Kind nach Vollendung des 14. Lebensjahres – losgelöst von Informationen durch die Eltern – durch Anfragen an die in Frage kommenden Krankenanstalten [...] zu den Daten nach § 15 etwa über die Person des Spenders [...] gelangen kann.“

<sup>80</sup> Vgl. dazu schon *Bernat* (Anm. 39), S. 145 f.

§ 148 Abs. 3 ABGB) bzw. die Partnerin seiner biologischen Mutter als „anderer Elternteil“ (§ 144 Abs. 2 i.V.m. § 8 Abs. 1 FMedG) zugeordnet. Die Nachteile, die das Kind in Kauf nehmen muss, dessen Mutter sich weigert, die Krankenanstalt bekanntzugeben, in der sie mit Samen eines Dritten befruchtet worden ist, sind also im Regelfall weit geringer als die Nachteile eines Kindes, das im Koitus gezeugt wurde und deshalb, weil ihm der Name seines leiblichen Vaters verschwiegen wird, zur (permanenten) Vaterlosigkeit verurteilt ist.

Das FMedRÄG 2015 hat den heterologen Embryotransfer nach Eispende legalisiert.<sup>81</sup> Das Recht des Kindes auf Kenntnis seiner genetischen Abstammung gem. § 20 Abs. 2 FMedG wurde daher konsequent erweitert. Dieses Recht sichert jetzt jedem aus einer Eispende entstandenen Kind den gleichen Auskunftsanspruch zu, der im Wege einer Samenspende gezeugten Kindern schon durch die Stamfassung des FMedG eingeräumt worden ist (§ 20 Abs. 2 FMedG i.d.F. des FMedRÄG 2015).

In Österreich liegen bislang – mehr als 20 Jahre nach Inkrafttreten des FMedG – keine empirischen Studien vor, die darüber Auskunft geben, wie viele durch Samenspende gezeugte Kinder von ihrem Recht nach § 20 Abs. 2 FMedG Gebrauch machen und welche Folgen das Kennenlernen des genetischen Vaters für das Kind und seine Familie eigentlich hat.<sup>82</sup> Wahrscheinlich lässt sich dies damit erklären, dass Eltern in Österreich wohl überwiegend nicht bereit sind, ihren durch Samen eines Dritten gezeugten Kindern reinen Wein einzuschenken, sodass diese Kinder – möglicherweise zeitlebens – annehmen, der Mann, der ihr sozialer Vater ist, sei auch ihr Erzeuger.<sup>83</sup>

## V. Miscellanea

### 1. Die Aufgaben des Notars nach § 7 Abs. 4, § 8 Abs. 1 FMedG

§ 7 Abs. 4, § 8 Abs. 1 FMedG enthalten spezielles Berufsrecht der Notare, das sich aber mittelbar auch an den Reproduktionsmediziner richtet. Dieser hat sich nämlich vor Durchführung des Eingriffs zu vergewissern, ob die Wunsch-

<sup>81</sup> Dazu oben unter I. 3.

<sup>82</sup> Vgl. dazu *Stefan Wehrstedt/Petra Thorn/Karin Werdehausen/Thomas Katzorke*, Vorschläge zur Vorgehensweise bei Auskunftsersuchen nach donogener Zeugung, *J. Reproduktionsmed. Endokrinol.* 9/3 (2012), S. 1 ff.; *Petra Thorn/Ken Daniels*, Pro und Kontra Kindesaufklärung nach donogener Insemination – Neuere Entwicklungen und Ergebnisse einer explorativen Studie, *Geburtshilfe und Frauenheilkunde* 67 (2007), S. 993 ff.

<sup>83</sup> Vgl. schon *Bernat* (Anm. 77), S. 167 ff.

eltern tatsächlich vom Notar aufgeklärt worden sind und dem Eingriff in der § 8 Abs. 1 FMedG entsprechenden Form zugestimmt haben. Führt der Reproduktionsmediziner eine medizinisch unterstützte Fortpflanzung durch, ohne dass § 7 Abs. 4 oder § 8 Abs. 1 FMedG entsprochen worden ist, begeht er eine Verwaltungsübertretung und kann mit einer Geldstrafe bis zu € 50.000,- und bei Uneinbringlichkeit mit Ersatzfreiheitsstrafe bis zu 14 Tagen bestraft werden.<sup>84</sup>

Oben<sup>85</sup> wurde der Telos von § 7 Abs. 4, § 8 Abs. 1 FMedG schon kurz umrissen: Vor Durchführung einer heterologen Insemination (in vivo) muss der Notar die Wunscheltern ausführlich darüber aufklären, dass der dem Eingriff in Notariatsaktsform zustimmende Ehemann bzw. Lebensgefährte der Mutter an die Stelle des biologischen Vaters tritt, dass er also familien- und erbrechtlich so gestellt sein wird, als hätte er das Kind gezeugt (§ 152, § 148 Abs. 3 ABGB).

Durch das FMedRÄG 2015 wurde der Aufgabenbereich der Notare den neuen rechtlichen Zulässigkeitsgrenzen angepasst. Keine neuen Fragen treten auf, soweit der Notar über die Rechtsfolgen einer IVF mit (von dritter Seite) gespendetem Samen aufklären muss. Dieses Verfahren unterscheidet sich ja nur in technischen, nicht aber in abstammungsrechtlichen Belangen von der heterologen Insemination (in vivo). Im Fall der Eispende muss der Notar vor allem darüber aufklären, wer von Rechts wegen die Mutter (§ 143 ABGB) ist. Im Fall geplanter Elternschaft eines lesbischen Paares steht hingegen die Aufklärung über den juristischen Status der Co-Mutter („des anderen Elternteils“) im Vordergrund (§ 144 Abs. 2 ABGB).

Bedauerlicherweise hat der Gesetzgeber des FMedRÄG 2015 eine Regel beibehalten, die schon in der Stammfassung des FMedG enthalten war: Sind die Wunscheltern V und M nicht miteinander verheiratet und wollen die beiden eine Insemination oder IVF mit Samen des V durchführen lassen, müssen sie sich – wie vor einer heterologen Insemination – „eingehend“ durch einen Notar über die rechtlichen Folgen ihrer Zustimmung beraten lassen und sodann die Zustimmung in Notariatsaktsform erklären. Da sich in diesen Fällen die rechtliche Zuordnung des Kindes mit der biologischen Elternschaft deckt, ist kaum ersichtlich, worüber der Notar eigentlich aufklären soll.<sup>86</sup>

---

<sup>84</sup> § 23 Abs. 1 Ziff. 1 lit. d) und e) i.V.m. § 23 Abs. 2 Ziff. 1 FMedG.

<sup>85</sup> Unter II. 2. a).

<sup>86</sup> Sinnvoll aufklären kann der Notar hier allenfalls über die gesetzliche Regel, die besagt, dass die Zustimmung im Zeitpunkt der Vornahme der medizinisch unterstützten Fortpflanzung nicht älter als zwei Jahre sein darf (§ 8 Abs. 5 FMedG) sowie darüber, dass sie jederzeit frei – ohne Angabe von Gründen – widerrufen werden kann (§ 8 Abs. 4 FMedG).

Sind V und M, die eine Insemination oder IVF mit Samen des V durchführen lassen wollen, hingegen miteinander verheiratet, müssen sie dem Eingriff nicht in Notariatsaktsform zustimmen. Entgegen dem Wortlaut des § 8 Abs. 1 FMedG i.d.F. BGBl. 1992/275 unterliegen die an den Arzt adressierten Zustimmungserklärungen von Eheleuten zur Vornahme einer homologen Insemination oder IVF nach § 8 Abs. 1 FMedG i.d.F. FMedRÄG 2015 nicht einmal mehr dem Schriftformgebot. Die unterschiedliche Rechtsstellung verheirateter und nicht verheirateter Wunscheltern ist mit Blick auf die homologen Varianten medizinisch unterstützter Fortpflanzung sachlich nicht gerechtfertigt. Sie sollte daher, wenn schon nicht aus Gründen des Art. 7 B-VG, so doch aus Gründen der praktischen Vernunft beseitigt werden.<sup>87</sup>

a) *Die nichteheliche Lebensgemeinschaft*

Der Gesetzgeber verwendet nicht nur im FMedG den Begriff der Lebensgemeinschaft.<sup>88</sup> Darunter ist jede auf Dauer angelegte, umfassende Beziehung von zwei nicht miteinander verheirateten Personen zu verstehen, mögen sie nun gleichen oder verschiedenen Geschlechts sein.<sup>89</sup>

In der Praxis österreichischer Notare tritt nicht selten folgender Fall auf:

Herr V und Frau M sind beide österreichische Staatsbürger und seit geraumer Zeit durch eine nichteheliche Lebensgemeinschaft verbunden. Herr V ist zeugungsunfähig. Daher entschließen sich V und M, eine Spenderinsemination in einer nach § 5 Abs. 2 FMedG zugelassenen Krankenanstalt durchführen zu lassen. Vor dem Eingriff werden in der Kanzlei des Notars Dr. N die persönlichen Daten von Herrn V und Frau M aufgenommen. Jetzt stellt sich heraus, dass Herr V ledig ist, Frau M hingegen mit Herrn D verheiratet. M ist vor zwei Jahren aus der gemeinsamen Ehwohnung ausgezogen, sie ist scheidungswillig, eine Scheidung scheiterte bislang aber am Widerstand des Herrn D.

Darf der Notar Dr. N einen Notariatsakt gem. § 8 Abs. 1 FMedG errichten? Zwar sind V und M durch eine nichteheliche Lebensgemeinschaft verbunden,

---

<sup>87</sup> Sehr kritisch schon *Erwin Bernat*, Das Fortpflanzungsmedizingesetz: Neue Aufgaben für das Notariat, NZ 1992, S. 244 ff.

<sup>88</sup> Vgl. *Erwin Bernat/Wolfgang Klewein*, Anmerkung zum Urte. des OGH v. 30.11.1988, WoBl. 1991, S. 120 f.

<sup>89</sup> 216 BlgNR 18. GP, S. 16; zur Definition des Begriffs nichteheliche Lebensgemeinschaft weiterführend *Susanne Kissich*, in: Attila Fenyves/Ferdinand Kerschner/Andreas Vonkilch (Hrsg.), Klang-Kommentar, 3. Aufl. 2006, § 44, Rn. 11 ff.; siehe auch EGMR, Urte. v. 24.7.2003 (Appl. 40.016/98 – Karner gegen Österreich), ÖJZ 2004/2 (MRK).

doch erscheint die Vornahme einer heterologen Insemination in diesem speziellen Fall nur ganz ausnahmsweise erlaubt zu sein: Würde Frau M der Samen eines Spenders eingebracht werden, wäre die Vaterschaft des Herrn V (§ 148 Abs. 3 FMedG) ja fürs Erste von der Vaterschaft des Herrn D überlagert (§ 144 Abs. 1 Ziff. 1 ABGB). Das Kind hätte die soziale Stellung eines Ehebruchskindes. Und deshalb würde sich der Notar, der einen Notariatsakt gem. § 8 Abs. 1 FMedG errichtet, der „Mitwirkung am medizinischen Ehebruch“ schuldig machen. Dies kann berufsrechtlich aber nur dann erlaubt sein, wenn der Ehemann der Wunschmutter gegenüber dem Notar erklärt, er sei mit dem „medizinischen Ehebruch“ einverstanden.

Ist der Wunschvater einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft (noch) mit einer anderen Frau verheiratet, gilt das soeben Gesagte mutatis mutandis: Der Notar dürfte am „medizinischen Ehebruch“ nur mitwirken, wenn sich die Ehefrau des Wunschvaters dem Notar gegenüber damit einverstanden erklärt.

Ähnliche Fälle können nach Inkrafttreten des FMedRÄG 2015 auftreten, wenn Frau A mit Frau B eine Lebensgemeinschaft begründet hat, Frau A (oder Frau B) aber (noch) durch eine eingetragene Partnerschaft mit Frau C verbunden ist. Auch in diesen Fällen darf der Notariatsakt (§ 8 Abs. 1 FMedG) nur errichtet werden, wenn Frau C dem Notar gegenüber eine entsprechende Einverständniserklärung abgibt.

#### b) *Ausländische Wunscheltern*

Von den ca. 8,5 Millionen Menschen, die gegenwärtig in Österreich leben, besitzen mehr als eine Million nicht die österreichische Staatsbürgerschaft.<sup>90</sup> Deshalb müssen österreichische Notare nicht selten auch ausländische Wunscheltern betreuen. Typisch ist etwa die folgende Konstellation:

Herr V ist Staatsangehöriger von Bosnien und Herzegowina und seit geraumer Zeit durch eine nichteheliche Lebensgemeinschaft mit Frau M verbunden, die ebenfalls Staatsangehörige von Bosnien und Herzegowina ist. Aufgrund von Zeugungsunfähigkeit des Herrn V entschließen sich V und M, eine Spenderinsemination in einer nach § 5 Abs. 2 FMedG zugelassenen Krankenanstalt durchführen zu lassen. Nachdem Notar Dr. N ermittelt hat, dass V und M Staatsangehörige von Bosnien und Herzegowina sind, stellt er sich die Frage, worüber er die beiden vor Errichtung des Notariatsakts (§ 8 Abs. 1 FMedG) „eingehend“ beraten soll (§ 7 Abs. 4 FMedG). Ein Hinweis auf die Rechtsfol-

---

<sup>90</sup> Siehe *Statistik Austria* (Hrsg.), Statistisches Jahrbuch Österreichs 2015, 2014, S. 51.

gen, die nach § 148 Abs. 3 ABGB eintreten, ist im Fall zweier Wunscheltern mit fremder Staatsangehörigkeit zweifelsohne unzutreffend, weil § 148 Abs. 3 ABGB keine Eingriffsnorm ist. Vielmehr ist die kollisionsrechtliche Norm des § 25 IPRG<sup>91</sup> anzuwenden. Danach sind die Voraussetzungen der Feststellung und der Anerkennung der Vaterschaft zu einem unehelichen Kind im Allgemeinen „nach dessen Personalstatut im Zeitpunkt der Geburt zu beurteilen“ (§ 25 Abs. 1 Satz 1 IPRG). Nach § 7 des Staatsbürgerschaftsgesetzes (StbG 1985)<sup>92</sup> erlangt ein Kind, das von einer Frau mit fremder Staatsangehörigkeit geboren worden ist und dessen Vater ebenfalls nicht österreichischer Staatsbürger ist, niemals durch Geburt die österreichische Staatsbürgerschaft. Aller Wahrscheinlichkeit nach wird das durch gespendeten Samen gezeugte Kind von Frau M Staatsangehöriger von Bosnien und Herzegowina sein. Trifft diese Annahme zu, sind die Voraussetzungen der Feststellung und der Anerkennung der Vaterschaft nach dem Familienrecht von Bosnien und Herzegowina zu beurteilen.

Der Notar, der „eingehend“ (§ 7 Abs. 4 FMedG) über die abstammungsrechtlichen Folgen der heterologen Insemination aufklären soll, wird in Fällen mit Auslandsberührung freilich nur in den seltensten Fällen in der Lage sein, das fremde Recht, auf das § 25 IPRG verweist, ohne zeit- und kostenintensive Recherchen zu ermitteln. In der notariellen Praxis begnügt man sich daher häufig damit, auf die kollisionsrechtliche Norm hinzuweisen, die das fremde Sachrecht beruft, ohne auf den Inhalt der verwiesenen Sachrechtsnorm näher einzugehen. Ob diese Praxis dem Sinn und Zweck des Gesetzes entspricht, ist allerdings fraglich.

## 2. Österreichische Wunscheltern und das im Ausland durch heterologe Insemination gezeugte Kind

Österreichische Gerichte mussten bislang nur sehr selten abstammungsrechtliche Fragen beurteilen, die durch die Möglichkeiten der medizinisch unterstützten Fortpflanzung auftreten.<sup>93</sup> In einem Rechtsstreit, der vom OGH im Jahr 1996 entschieden worden ist, ging es um die Frage der Wirkungen einer nicht dem § 8 Abs. 1 FMedG entsprechenden Zustimmungserklärung zur heterologen Insemination.<sup>94</sup> Folgender Sachverhalt lag der Entscheidung zugrunde:

<sup>91</sup> BG über das internationale Privatrecht (IPRG 1978), Stammfassung: BGBl. 1978/304.

<sup>92</sup> Stammfassung: BGBl. 1985/311.

<sup>93</sup> Vgl. etwa OGH, Urt. v. 16.12.1996, RdM 1997, S. 121 m. Anm. v. *Erwin Bernat* (zur Frage, ob ein Embryo in vitro zum gesetzlichen Erben des Verstorbenen werden kann).

<sup>94</sup> OGH, Urt. v. 13.3.1996, JBl. 1996, S. 717 m. krit. Anm. v. *Erwin Bernat*.

Herr V und seine Ehefrau M sind österreichische Staatsbürger, deren Ehe bislang kinderlos geblieben ist. Deshalb entschlossen sich die beiden, eine künstliche Insemination mit Samen eines Spenders vornehmen zu lassen. Der Eingriff fand am 7. Juni 1993 – also knapp ein Jahr nach Inkrafttreten des FMedG – in der Praxis eines Münchener Gynäkologen statt. Vor Durchführung der Spenderinsemination unterfertigten V und M ein Vertragsformblatt, in dem es u.a. heißt:

„Das aus dieser Behandlung hervorgehende Kind soll in jeder Beziehung und mit allen rechtlichen Konsequenzen unser gemeinsames eheliches Kind sein. Wir wollen es im vollen Bewußtsein unserer elterlichen Verantwortung zu einem gesunden und lebensfrohen, tüchtigen und allseits gebildeten Menschen erziehen.“

Frau M wurde als Folge der Spenderinsemination schwanger und am 10. Februar 1994 vom Kind K entbunden. Das ersehnte Familienglück dauerte allerdings nicht lange: Die Ehe von V und M wurde am 13. Dezember 1994 vor dem Bezirksgericht (BG) Voitsberg im Einvernehmen von V und M geschieden (§ 55a EheG). Im Scheidungsvergleich verpflichtete sich V gegenüber dem nicht von ihm gezeugten Kind sogar zu monatlichen Unterhaltsleistungen i.d.H. von ATS 2000,-. Demgegenüber beehrte er am 23. Januar 1995 beim BG Voitsberg die Feststellung, dass das Kind K nicht von ihm abstamme. Sein Feststellungsbegehren sei fristgerecht (§ 153 ABGB; damals: § 156 Abs. 1 ABGB)<sup>95</sup> eingebracht worden. Weder sei er aufgrund von Unfruchtbarkeit in der Lage, ein Kind zu zeugen, noch sei er von einem Notar über die Folgen seiner Zustimmungserklärung zur heterologen Insemination eingehend aufgeklärt worden. Alle drei Instanzen stehen auf der Seite des V. Der OGH zieht aus § 156a ABGB (der Vorläuferbestimmung des § 152 ABGB)<sup>96</sup> den Umkehrschluss: Nur der qualifizierten Zustimmung des Ehegatten „zu einer künstlichen Befruchtung seiner Frau mit dem Samen eines Dritten [sollen] abstammungsrechtliche Wirkungen [zukommen], weil nur dadurch gewährleistet ist, dass sich der Betroffene über die Bedeutung seiner Zustimmung im Klaren ist.“<sup>97</sup>

---

<sup>95</sup> Nach § 156 Abs. 1 ABGB i.d.F. vor Inkrafttreten des Familien- und Erbrechts-Änderungsgesetz 2004 (FamErbRÄG 2004, BGBl. I 2004/58) betrug die Frist zur Anfechtung der Ehelichkeit des Kindes ein Jahr, heute beträgt sie zwei Jahre (§ 153 Abs. 1 ABGB).

<sup>96</sup> § 156a ABGB i.d.F. BGBl. 1992/275.

<sup>97</sup> OGH, Urt. v. 13.3.1996, JBl. 1996, S. 717, 718.

Diese Begründung wird den Eigentümlichkeiten des Falles nicht gerecht. Die öffentlich-rechtlichen Vorschriften des FMedG gelten nur in Österreich (Territorialitätsprinzip). Deshalb waren weder der Münchener Gynäkologe noch die Wunscheltern in casu Normadressaten der § 7 Abs. 4, § 8 Abs. 1 FMedG. Allerdings hatte der Münchener Gynäkologe die Wunscheltern ohnedies sachrichtig aufgeklärt. Mehr musste er nach deutschem Recht, das nach wie vor kein dem österreichischen FMedG entsprechendes Gesetz kennt,<sup>98</sup> auch nicht tun. Obwohl in diesem Rechtsstreit aufgrund des § 21 IPRG<sup>99</sup> ohne Zweifel die österreichischen Sachrechtsnormen, also auch § 156a ABGB (heute: § 152 ABGB),<sup>100</sup> maßgeblich waren, hätte der OGH die Wertung, die man aus dem österreichischen Formstatut ableiten kann, stärker in den Vordergrund rücken müssen:<sup>101</sup> § 8 Hs. 2 IPRG lässt es genügen, wenn die Formvorschriften des Staates, in dem die Rechtshandlung vorgenommen wird, eingehalten werden. Der Richter sollte aber auch in Fällen ohne Auslandsberührung stets prüfen, ob ein „formeller Zustimmungsmangel durch die tatsächlich erfolgte Beratung

---

<sup>98</sup> Die Bemühungen, ein solches Gesetz zu verankern, reichen bis in die 1980er Jahre zurück; vgl. Entschließung des Bundesrates zur Gen- und Fortpflanzungstechnologie, Bundesrats-Drucksache 382/85 v. 23.8.1985; Sozialdemokratische Vorschläge zur Lösung von Problemen der Unfruchtbarkeit und der Anwendung gentechnologischer Methoden beim Menschen, in: Politik. Aktuelle Informationen der Sozialdemokratischen Partei Deutschlands Nr. 9/1985, S. 4 ff.; Kabinettsbericht zur künstlichen Befruchtung beim Menschen, Bundestags-Drucksache 11/1856 v. 23.2.1988; Abschlussbericht der Bund-Länder-Arbeitsgruppe „Fortpflanzungsmedizin“, Bundesanzeiger Nr. 4a/1989; Gesetzentwurf der Abgeordneten *Däubler-Gmelin* et al. zur Regelung von Problemen der künstlichen Befruchtung beim Menschen und bei Eingriffen in menschliche Keimzellen, Bundestags-Drucksache 11/5710 v. 16.11.1989; *Ulrich Gassner/Jens Kersten/Matthias Krüger/Josef Franz Lindner/Henning Rosenau/Ulrich Schroth*, Fortpflanzungsmedizingesetz, Augsburg-Münchener-Entwurf (AME-FMedG), 2013, S. 19 ff.; aus der ehemaligen DDR: Vorschlag für eine Richtlinie zur Durchführung der artefiziellen donogenen Insemination (ADI), Deutsches Gesundheits-Wesen 38 (1983), S. 860 ff.; Positionsbestimmung zur In-vitro-Fertilisierung und zum Embryotransfer beim Menschen, Z. Klin. Med. 40 (1985), S. 1815 ff.

<sup>99</sup> § 21 IPRG in der damals maßgeblichen Fassung (BGBl. 1978/135) lautet: „Die Voraussetzungen der Ehelichkeit eines Kindes und deren Bestreitung sind nach dem Personalstatut zu beurteilen, das die Ehegatten im Zeitpunkt der Geburt des Kindes oder, wenn die Ehe vorher aufgelöst worden ist, im Zeitpunkt der Auflösung gehabt haben. Bei verschiedenem Personalstatut der Ehegatten ist dasjenige Personalstatut maßgebend, das für die Ehelichkeit des Kindes günstiger ist.“

<sup>100</sup> Siehe Fn. 96.

<sup>101</sup> Ebenso *Gerhard Hopf*, in: Helmut Koziol/Peter Bydliniski/Raimund Bollenberger (Hrsg.), Kurzkomentar zum ABGB, 4. Aufl. 2014, §§ 151-153 ABGB, Rn. 4; *Constanze Fischer-Czermak*, Das Erbrecht des Kindes nach artifizieller Insemination, NZ 1999, S. 262, 265 f.

samt nachfolgender tatsächlicher Zustimmung zur medizinisch unterstützten Fortpflanzung im Wesentlichen als geheilt anzusehen ist“.<sup>102</sup>

Nach dem Urteil des OGH vom 13. März 1996<sup>103</sup> ging der Rechtsstreit zwischen V und K in die „nächste Runde“. Nun führte K aufgrund des zwischen V und M abgeschlossenen Scheidungsvergleiches vom 13. Dezember 1994 Exekution gegen V, die V mit Oppositionsklage (§ 35 EO) bekämpfte. Mit dieser Klage begehrte V gegenüber K die Feststellung, dass das Urteil des OGH vom 13. März 1996 zum Erlöschen seiner Verpflichtung, K Unterhalt zu leisten, geführt habe. Der OGH stellte sich im zweiten Verfahren auf die Seite des beklagten Kindes: Die im Scheidungsvergleich verankerte Unterhaltspflichtung des V bleibe trotz des Umstandes, dass V nicht mehr Vater im abstammungsrechtlichen Sinn ist, aufrecht.<sup>104</sup> Den eigentlichen Verpflichtungsgrund zur Leistung von Unterhalt erblickte das Höchstgericht allerdings in der Einwilligungserklärung zur heterologen Insemination. Dazu heißt es in den Entscheidungsgründen in Anlehnung an ein Urteil des BGH,<sup>105</sup> das 1995 erging:

„Die von den Wunscheltern unterfertigte Erklärung enthält nicht nur die Zustimmung zur Vornahme der heterologen Insemination, sondern auch das Versprechen, dass das aus dieser Behandlung hervorgehende Kind in jeder Beziehung und mit allen rechtlichen Konsequenzen das gemeinsame Kind der betroffenen Eheleute sein soll. Aus diesem Versprechen, dem künftigen Kind Unterhalt zu leisten, gewinnt das Kind im Zeitpunkt seiner Geburt einen vertraglichen Anspruch. Dieser Auffassung (*Bernat*, Rechtsfragen medizinisch assistierter Zeugung [1989] 169 f) ist beizupflichten, weil der der Fremdinsemination zustimmende Ehemann der Mutter mit seinem

---

<sup>102</sup> So zutreffend *Steininger* (Anm. 65), S. 126, 130. Siehe schon oben im Fließtext unter III. bei und in Fn. 68.

<sup>103</sup> OGH, Urt. v. 13.3.1996, JBl. 1996, S. 717 m. krit. Anm. v. *Erwin Bernat*.

<sup>104</sup> OGH, Urt. v. 23.7.1997, SZ 70/155 = RdM 1998, S. 28 m. Anm. v. *Erwin Bernat*.

<sup>105</sup> BGH, Urt. v. 3.5.1995, BGHZ 129, S. 297 = NJW 1995, S. 2028; zu dieser Entscheidung *Johannes Hager*, Die Stellung des Kindes nach heterologer Insemination, 1997; i.S.v. BGHZ 129, S. 297 und OGH SZ 70/155 auch die amerikanischen Entscheidungen *Gursky v. Gursky*, 39 Misc. 2d 1083, 242 N.Y.S.2d 406 (1963); *Anonymous v. Anonymous*, 41 Misc. 2d 886, 246 N.Y.S.2d 835 (1964) und *In re Marriage of Adams*, 174 Ill. App. 3d 595, 528 N.E.2d 1075 (1988), die den Unterhaltsanspruch des wankelmütigen Ehemannes auf „implied contract“ bzw. die „rule of equitable estoppel“ (Verbot des venire contra factum proprium) zurückführen; dazu *Anne Reichman Schiff*, Frustrated intentions and binding biology: Seeking AID in the law, Duke L. J. 44 (1994), S. 524 ff. Siehe vor dem Urt. des BGH v. 3.5.1995, BGHZ 129, S. 297, schon die Entscheidung des LG Duisburg v. 10.10.1986, NJW 1987, S. 1485 = FamRZ 1987, S. 197 m. Anm. v. *Dagmar Coester-Waltjen*.

Verhalten einen Vorgang in Lauf gesetzt hat, der zur Geburt eines Kindes führt, dessen natürlicher Vater gemäß § 163 Abs. 4 [heute: § 148 Abs. 4] ABGB nicht festgestellt und damit auch nicht zu Unterhaltsleistungen herangezogen werden kann.“<sup>106</sup>

Dieses Urteil stellt im Einklang mit der überwiegenden deutschen Lehre<sup>107</sup> zu Recht klar, dass ein Mann, der in die Zeugung eines Kindes mit Samen eines Spenders – wenn auch nur formlos – einwilligt, die Verpflichtung zur Leistung von Kindesunterhalt nicht mehr beseitigen kann. Richtiger Auffassung zufolge bleibt daher ein solcher Mann selbst dem durch sog. „Becherspende“ gezeugten Kind vermögensrechtlich wie ein Erzeuger des Kindes gebunden, obwohl er als Vater abstammungsrechtlich gar nicht unumstößlich in Verantwortung genommen werden kann (arg. § 152 ABGB e contrario). Das gleiche gilt mutatis mutandis im Fall einer sog. „Becherspende“, der die Partnerin der biologischen Mutter zugestimmt hat.

### 3. Die rechtliche Zuordnung eines Kindes, das von einer ausländischen Leihmutter im Ausland geboren worden ist

Das FMedG verbietet nicht nur die künstliche Insemination einer Leihmutter mit Samen des Wunschvaters („partial surrogacy“), sondern auch die Übertragung eines aus den Keimzellen der Wunscheltern entstandenen Embryos auf eine Frau, die bereit ist, das Kind nach dessen Geburt an die Wunscheltern herauszugeben („full surrogacy“) (§§ 2 f. FMedG).<sup>108</sup> Diese Verbote gelten freilich nur innerhalb des Bundesgebietes der Republik Österreich. Aus diesem Grund stellt sich die Frage, welchen familienrechtlichen Status ein aus den Keimzellen inländischer Wunscheltern entstandenes Kind hat, das in vitro gezeugt und von einer im Ausland niedergelassenen Leihmutter ausgetragen und geboren worden ist. Diese Frage stand bereits zweimal auf dem Prüfstand des österreichischen VfGH.

<sup>106</sup> OGH, Urt. v. 23.7.1997, SZ 70/155 = RdM 1998, S. 28 m. Anm. v. *Erwin Bernat*.

<sup>107</sup> Vgl. schon *Hans Dölle*, Die künstliche Samenübertragung, Eine rechtsvergleichende und rechtspolitische Skizze, in: ders./Max Rheinstein/Konrad Zweigert (Hrsg.), Festschrift für Ernst Rabel, Band I: Rechtsvergleichung und Internationales Privatrecht, 1954, S. 187, 204; *Dagmar Coester-Waltjen*, Die künstliche Befruchtung beim Menschen – Zulässigkeit und zivilrechtliche Fragen, Gutachten B für den 56. DJT, 1986, S. 56 f.

<sup>108</sup> Zu sämtlichen im Zusammenhang mit „partial and full surrogacy“ auftretenden ethischen und gesellschaftspolitischen Fragen siehe *Ruth Macklin*, *Surrogates & Other Mothers*, 1994; *Jerry Menikoff*, *Law and Bioethics, An Introduction*, 2001, S. 84 ff.; *Alan Wertheimer*, Two questions about surrogacy and exploitation, *Philosophy & Public Affairs* 21 (1992), S. 211 ff.

*Fall 1:*<sup>109</sup> V ist italienischer Staatsangehöriger und M Österreicherin. Die beiden leben in Österreich und haben zwei Kinder, die von ihnen abstammen. Diese Kinder wurden im US-Bundesstaat Georgia von einer Leihmutter ausgetragen und am 19. August 2006 bzw. 10. April 2009 geboren. Vor ihrer Geburt wurde durch Beschluss eines sachlich zuständigen Gerichts des US-Bundesstaats Georgia festgestellt, dass V der genetische und rechtmäßige Vater („genetic and legal father“) und M die genetische und rechtmäßige Mutter („genetic and legal mother“) des jeweiligen zu erwartenden Kindes sei und dass weder die Leihmutter noch deren Ehemann genetische oder rechtmäßige Eltern der Kinder seien. Die Kinder erhielten aufgrund gleichlautender Geburtsurkunden je einen Staatsbürgerschaftsnachweis (vom 5. September 2006 bzw. 30. April 2009), aus dem hervorgeht, dass sie die österreichische Staatsbürgerschaft besitzen. Nachdem hervorgekommen ist, dass die Kinder, die von V und M abstammen, von einer amerikanischen Leihmutter geboren worden sind, erlässt eine österreichische Behörde am 15. November 2010 einen Bescheid, worin festgestellt wird, dass sie nicht österreichische Staatsbürger geworden sein konnten: Ihre Mutter sei ja aufgrund des § 143 ABGB nicht M, sondern eine Staatsangehörige der Vereinigten Staaten von Amerika.

*Fall 2:*<sup>110</sup> V und M sind österreichische Staatsbürger. Die beiden leben in Österreich und haben Zwillinge, die von ihnen abstammen. Diese Kinder wurden von einer ukrainischen Leihmutter in der Ukraine ausgetragen und im Juni 2010 in der Ukraine geboren. Auf der Grundlage ukrainischer Geburtsurkunden stellte ein österreichisches Standesamt den Zwillingen österreichische Geburtsurkunden aus, in denen M als ihre Mutter und V als ihr Vater eingetragen sind. Im Gegensatz zu Fall 1 wurde die Elternschaft von V und M in der Ukraine nicht im Wege eines gerichtlichen Verfahrens, sondern bloß durch Registrierung im Geburtenbuch festgestellt. Diese Praxis beruht offenbar auf einer unmittelbaren Anwendung von Art. 123 Abs. 2 des Familiengesetzbuchs der Ukraine durch die dortigen Personenstandsbehörden. Die Bestimmung hat folgenden Wortlaut: „Im Fall einer Übertragung der Leibesfrucht, die von den Ehegatten unter Anwendung von Reproduktionstechnologien erzeugt wurde, in den Organismus einer anderen Frau sind die Ehegatten die Eltern des Kindes.“ Nachdem hervorgekommen ist, dass die Kinder von einer ukrainischen Leihmutter ausgetragen worden sind, stellt eine österreichische Behörde – wie im Fall 1 – mit Bescheid fest, dass sie gar nicht österreichische Staatsbürger

---

<sup>109</sup> VfGH, Erk. v. 14.12.2011, RdM 2012, S. 104 m. Anm. v. *Erwin Bernat* = IPrax 2013, S. 275.

<sup>110</sup> VfGH, Erk. v. 11.10.2012, RdM 2013, S. 38 m. Anm. v. *Erwin Bernat* = IPrax 2013, S. 271.

geworden sein konnten: Ihre Mutter sei ja aufgrund des § 143 ABGB nicht M, sondern eine Staatsangehörige der Ukraine.

Der VfGH gab der Bescheidbeschwerde der Kinder und ihrer genetischen Eltern (Art. 144 B-VG) in beiden Fällen statt und stellte fest, dass die Beschwerdeführer im verfassungsgesetzlich gewährleisteten Recht auf Achtung des Familienlebens (Art. 8 EMRK)<sup>111</sup> bzw. im ebenfalls verfassungsgesetzlich gewährleisteten Recht auf Gleichheit aller Staatsbürger vor dem Gesetz (Art. 7 B-VG)<sup>112</sup> verletzt worden seien. Die Entscheidungen des VfGH beruhen im Wesentlichen auf zwei Überlegungen: Zum einen verstoße die Leihmutter-schaft ungeachtet des Umstandes, dass sie in Österreich verboten ist (§§ 2 f. FMedG), nicht gegen den *ordre public*. Und zum anderen seien nicht nur die US-amerikanischen Gerichtsbeschlüsse, sondern auch die auf Grundlage des ukrainischen Geburtenregisters ausgefertigten Geburtsurkunden anerkennungs-fähig.

Die Auffassung, dass die Leihmutter-schaft nicht gegen den *ordre public* verstoße, ist m.E. zutreffend, sie entspricht dem Geist der Rechtsprechung des EGMR, der das im französischen Recht verankerte Verbot, zwischen dem biologischen Vater und seinem im Wege der Leihmutter-schaft im Ausland gezeugten Kind rechtlich ein Vater-Kind-Verhältnis herzustellen, sogar als Verletzung des Rechts eines solchen Kindes auf Achtung seines Privatlebens (Art. 8 EMRK) beurteilt.<sup>113</sup> Zuletzt hat auch der BGH betont, dass allein aus dem Umstand, dass eine ausländische Entscheidung im Fall der Leihmutter-schaft die rechtliche Elternschaft zu dem Kind den Wunscheltern zuweise, „jedenfalls dann kein Verstoß gegen den *ordre public* [folge], wenn ein Elternteil – im Unterschied zur Leihmutter – mit dem Kind genetisch verwandt ist“.<sup>114</sup> Umso weniger liegt richtiger Auffassung zufolge ein *ordre public*-Verstoß vor, wenn, wie in den österreichischen Fällen, die Keimzellen beider Wunscheltern zum Entstehen des Kindes beigetragen haben.

---

<sup>111</sup> So der VfGH im Erk. v. 11.10.2012, RdM 2013, S. 38 m. Anm. v. *Erwin Bernat* = IPrax 2013, S. 271.

<sup>112</sup> So der VfGH im Erk. v. 14.12.2011, RdM 2012, S.104 m. Anm. v. *Erwin Bernat* = IPrax 2013, S. 275.

<sup>113</sup> Vgl. EGMR, Urt. v. 26.6.2014 (Appl. 65.192/11 – *Menesson* gegen Frankreich), NLMR 2014, S. 221 m. Anm. v. *Philip Czech* = FamRZ 2014, S. 1525 m. Anm. v. *Rainer Frank*; EGMR, Urt. v. 26.6.2014 (Appl. 65.941/11 – *Labassée* gegen Frankreich), FamRZ 2014, S. 1526 m. Anm. v. *Rainer Frank*.

<sup>114</sup> BGH, Urt. v. 10.12.2014, NZFam 2015, S. 112, m. Anm. v. *Finn Zwißler* = NJW 2015, S. 479 m. Anm. v. *Bettina Heiderhoff*.

Die Ausführungen des VfGH zur Anerkennungsfähigkeit der US-amerikanischen Gerichtsbeschlüsse sowie der auf der Grundlage des ukrainischen Geburtenregisters ausgefertigten Geburtsurkunden sind indes weit weniger überzeugend ausgefallen als seine Beurteilung der Leihmutterchaft im Hinblick auf ihre Vereinbarkeit mit dem *ordre public*. Ja, dem VfGH wurde nicht zu Unrecht der Vorwurf gemacht, seiner rechtlichen Beurteilung mangle es in diesem Punkt an Problembewusstsein.<sup>115</sup> Denn für eine verfahrensrechtliche Anerkennung der Rechtsakte, die den familienrechtlichen Status eines von einer ausländischen Leihmutter geborenen Kindes festlegen, fehlt es in Österreich an der rechtlichen Grundlage.<sup>116</sup> Weder existieren zwischen Österreich und den Vereinigten Staaten von Amerika bzw. der Ukraine entsprechende völkerrechtliche Verträge, noch wurden entsprechende Anerkennungsregeln im österreichischen internationalen Verfahrensrecht verankert.<sup>117</sup> Ebenso wenig kann es aber *de lege lata* überzeugen, die im Ausland geschaffene Rechtslage entsprechend der Theorie vom „kollisionsrechtlichen Anerkennungsprinzip“ (Theorie von der Rechtslagenanerkennung)<sup>118</sup> so zu behandeln, als wäre sie – gleich einem Datum<sup>119</sup> – eine Tatsache, die man im Inland schlicht „hinnehmen“ müsse. Diese Theorie ist zwar vom geltenden Recht vereinzelt schon anerkannt worden,<sup>120</sup> allerdings sind die wenigen Regeln, die von der Geltung

---

<sup>115</sup> So *Bettina Heiderhoff*, Rechtliche Abstammung im Ausland geborener Leihmutterkinder, NJW 2014, S. 2673, 2678, Fn. 37.

<sup>116</sup> So auch *Brigitte Lurger*, Das österreichische IPR bei Leihmutterchaft im Ausland – das Kindeswohl zwischen Anerkennung, europäischen Grundrechten und inländischem Leihmutterchaftsverbot, IPrax 2013, S. 282, 286.

<sup>117</sup> Im Gegensatz zu §§ 108 f. des deutschen Gesetzes über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FamFG, BGBl. I 2008, S. 2586) finden sich im österreichischen Außerstreitgesetz lediglich spezielle, aber keine allgemeinen Vorschriften über die Anerkennung von ausländischen Entscheidungen und Anerkennungshindernisse. Siehe etwa §§ 91a ff. AußStrG (Anerkennung ausländischer Entscheidungen über die Annahme an Kindes statt).

<sup>118</sup> Dazu  *Dagmar Coester-Waltjen*, Anerkennung im Internationalen Personen-, Familien- und Erbrecht und das Europäische Kollisionsrecht, IPrax 2006, S. 392 ff.; *dies.*, Das Anerkennungsprinzip im Dornröschenschlaf?, in: Heinz-Peter Mansel et al. (Hrsg.), Festschrift für Erik Jayme, Band 1, 2004, S. 121 ff.

<sup>119</sup> Vgl. *Erik Jayme*, Ausländische Rechtsregeln und Tatbestand inländischer Sachnormen – Betrachtungen zu Albert A. Ehrenzweigs Datum-Theorie, in: ders./Gerhard Kegel (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Albert A. Ehrenzweig, Berkeley-Kölner Rechtsstudien, Kölner Reihe 15, 1976, S. 35, 39 ff.

<sup>120</sup> Siehe etwa Art. 23 Abs. 1 Satz 1 des Haager Übereinkommens über den Schutz von Kindern und die Zusammenarbeit auf dem Gebiet der internationalen Adoption, BGBl. III 1999/145: „Eine Adoption wird in den anderen Vertragsstaaten kraft Gesetzes anerkannt, wenn die zuständige Behörde des Staates, in dem sie durchgeführt worden ist, bescheinigt,

des „kollisionsrechtlichen Anerkennungsprinzips“ ausgehen, nicht verallgemeinerungsfähig.<sup>121</sup> Denn durch eine allzu großzügige Anerkennung von Rechtslagen würde man „ein kollisionsrechtliche Erwägungen ganz außer Acht lassen – und damit viel zu breites Einfallstor für ausländisches Recht öffnen.“<sup>122</sup> Aus diesem Grund wird in Österreich wohl überwiegend die Meinung vertreten, dass die Lösung ausländischer Leihmutterchaftsfälle über den Weg des Kollisionsrechts gefunden werden muss.<sup>123</sup>

Keine Rechtsordnung kann wollen, dass ein Kind seiner genetischen Mutter, die das Kind haben will, vorenthalten und vielleicht sogar zum *filius nullius* wird, nur weil seine genetischen Eltern das im Forumstaat geltende Verbot der Leihmutterchaft umgangen haben.<sup>124</sup> Deshalb sollte sich die Auslegung der für Leihmutterchaftsfälle einschlägigen kollisionsrechtlichen Normen stets am verfassungsrechtlich garantierten Anspruch auf Achtung des Privat- und Familienlebens (Art. 8 EMRK) orientieren. An diesem Anspruch haben sowohl die genetischen Wunscheltern als auch ihr von einer ausländischen Leihmutter geborenes Kind teil. Da das Personalstatut der Wunschmutter die Leihmutter, das Personalstatut der Leihmutter aber die Wunschmutter als Mutter im Rechtssinn erfasst, ist nach dem sog. Günstigkeitsprinzip auf jenes Sachrecht abzustellen, das das Kind den Wunscheltern zuweist. In den vom VfGH (nur im Ergebnis) richtig entschiedenen Fällen sind das die Sachrechte des US-Bundesstaates Georgia sowie der Ukraine. Zu eben diesem Ergebnis führt auch eine direkte Anwendung des Grundsatzes der stärksten Beziehung (§ 1 Abs. 1 IPRG): Zum Personalstatut der Leihmutter besteht deshalb eine stärkere Beziehung als zum Personalstatut der Wunschmutter, weil die Wunscheltern die

---

dass sie gemäß dem Übereinkommen zustande gekommen ist.“ Dazu *Claudia Rudolf*, Das Haager Übereinkommen über die internationale Adoption, ZFRV 2001, S. 183 ff.

<sup>121</sup> Ebenso *Heiderhoff* (Anm. 115), S. 2678; a.A. *Lurger* (Anm. 116), S. 287 f., die die Beachtung des „kollisionsrechtlichen Anerkennungsprinzips“ in Leihmutterchaftsfällen u.a. unter dem Blickwinkel der Personenfreizügigkeit (Art. 21 AEUV) einmahnt. Zur Rolle der Personenfreizügigkeit im Namensrecht einlässlich *Volker Lipp*, Die „Anerkennung“ des ausländischen Namens eines Bürgers der Europäischen Union – Von „Konstantinidis“ bis „Runevič-Vardyn/Wardyn“, in: *Essays in Honour of Spyridon Vrellis*, 2014, S. 539 ff.

<sup>122</sup> *Heiderhoff* (Anm. 115), S. 2678.

<sup>123</sup> *Erwin Bernat*, Anm. zum Erk. des VfGH v. 14.12.2011, RdM 2012, S. 107 ff.; *ders.*, Anm. zum Erk. des VfGH v. 11.10.2012, RdM 2013, S. 38 f.; *Lukas Herndl*, Die Abstammung des Kindes einer Leihmutter und ihre Auswirkungen im internationalen Erbrecht, NZ 2014, S. 253 ff.; *Florian Aspöck*, Anerkennung der Leihmutterchaft in Österreich!?, Zak 2013, S. 371 ff.

<sup>124</sup> So auch unmissverständlich *Fritz Sturm*, Dürfen Kinder ausländischer Leihmütter zu ihren genetischen Eltern nach Deutschland verbracht werden?, in: Jürgen F. Baur et al. (Hrsg.), *Festschrift für Gunther Kühne zum 70. Geburtstag*, 2009, S. 919, 930 f.

Dienste dieser im Ausland niedergelassenen Frau nur wegen des Rechts des Staates, dem sie angehört, in Anspruch genommen haben. Für eine Berücksichtigung dieses Rechts spricht des Weiteren das Motiv, das den Gesetzgeber zur Anknüpfung an das Recht des Registerorts beim Tatbestand Eingehung einer eingetragenen Partnerschaft (§ 27a IPRG) bewogen hat. In den amtlichen Erläuterungen zu dieser Bestimmung heißt es:

„Würde auch für die Begründung der eingetragenen Partnerschaft auf das Personalstatut der Partner verwiesen oder auf das Recht ihres gewöhnlichen Aufenthaltsorts, so wären in vielen Fällen in Österreich lebende ausländische Staatsangehörige oder im Ausland lebende Österreicher von der Begründung einer eingetragenen Partnerschaft ausgeschlossen, wenn das Recht des Personalstatuts oder des gewöhnlichen Aufenthalts eine eingetragene Partnerschaft nicht kennt.“<sup>125</sup>

Eine Novelle zum Staatsbürgerschaftsgesetz, die der Gesetzgeber erst verabschiedet hat, nachdem die beiden VfGH-Entscheidungen in Sachen Leihmutterschaft ergangen sind,<sup>126</sup> bekräftigt das Ergebnis, das der VfGH in diesen beiden Entscheidungen erzielt hat, wenigstens teilweise. Unbeschadet des § 7 Abs. 1 StbG<sup>127</sup> erwerben nun Kinder, die im Ausland geboren werden, die österreichische Staatsbürgerschaft, „wenn 1. im Zeitpunkt der Geburt ein österreichischer Staatsbürger nach dem Recht des Geburtslandes Mutter oder Vater des Kindes ist, und 2. sie ansonsten staatenlos sein würden“ (§ 7 Abs. 3 StbG). Diese Norm, die der Gesetzgeber ganz sicher nicht mit Blick auf Leihmutterschaftsfälle verankert hat,<sup>128</sup> könnte dazu führen, dass österreichische Paare vermehrt Leihmütter aus jenen Staaten in Dienst nehmen, die die Staatsbürgerschaft nicht automatisch an alle Kinder verleihen, die auf ihrem Staatsgebiet geboren werden.

---

<sup>125</sup> Amtliche Erläuterungen zu § 27a IPRG, der durch Art. V Ziff. 1 des Eingetragene Partnerschaft-Gesetzes (EPG, BGBl. I 2009/135) eingefügt worden ist, 485 BlgNR 24. GP, S. 17.

<sup>126</sup> BG v. 30.7.2013, mit dem das Staatsbürgerschaftsgesetz 1985 geändert wird, BGBl. I 2013/136.

<sup>127</sup> Nach § 7 Abs. 1 Satz 1 StbG erwerben Kinder die Staatsbürgerschaft mit dem Zeitpunkt der Geburt, „wenn in diesem Zeitpunkt 1. die Mutter gemäß § 143 ABGB Staatsbürgerin ist, 2. der Vater gemäß § 144 Abs. 1 Ziff. 1 ABGB Staatsbürger ist, 3. der Vater Staatsbürger ist und dieser die Vaterschaft gemäß § 144 Abs. 1 Ziff. 2 ABGB anerkannt hat, oder 4. der Vater Staatsbürger ist und dessen Vaterschaft gemäß § 144 Abs. 1 Ziff. 3 ABGB gerichtlich festgestellt wurde“.

<sup>128</sup> Vgl. die amtlichen Erläuterungen, 2303 BlgNR 24. GP, S. 7.

## VI. Schlusswort

Das Recht der Fortpflanzungsmedizin wurde seit Verabschiedung des Fortpflanzungsmedizingesetzes im Jahr 1992 lange nicht,<sup>129</sup> vor kurzem hingegen deutlich liberalisiert.<sup>130</sup> Allerdings beruht diese Entwicklung überwiegend auf Wegmarken, die vom Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte und dem Verfassungsgerichtshof gesetzt worden sind. Politisch hochbrisante Entscheidungen führten zu einem „von außen aufgenötigten“ Umdenkprozess und setzten den österreichischen Gesetzgeber unter starken Zugzwang.<sup>131</sup> Durch die rechtliche Regelung der Fortpflanzungsmedizin kam es aber auch zu einer Verbesserung der rechtlichen Stellung von Paaren, die ärztliche Hilfe benötigen, um sich den Kinderwunsch zu erfüllen. Schon in der Stamfassung des FMedG findet sich die Regel, dass die Frau, die das Kind gebiert, stets Mutter des Kindes ist (§ 143 ABGB), und dass Männer, die der Verwendung von Samen eines Spenders in besonders solenner Form (§ 8 Abs. 1 FMedG) zustimmen, von Rechts wegen so behandelt werden, als hätten sie das Kind gezeugt (§ 152, § 148 Abs. 3 ABGB). In Ergänzung dieses rechtspolitischen Programms hat der Gesetzgeber den Samenspender von jeglicher juristischer Verantwortung gegenüber dem mit seinen Keimzellen gezeugten Kind freigestellt (§ 148 Abs. 4 ABGB). Die eigentliche „kopernikanische Wende“ wurde erst in jüngerer Vergangenheit vollzogen. Das Adoptionsrechts-Änderungsgesetz 2013<sup>132</sup> markiert den ersten Schritt. Mit diesem Gesetz erfuhr der Rechtsbegriff „Eltern eines Kindes“ einen Bedeutungswandel. Er erfasst nun auch gleichgeschlechtliche Paarbeziehungen, mögen sie durch eine eingetragene Partnerschaft verbunden sein oder nicht. Der zweite – und vorläufig letzte – Schritt folgte mit dem Fortpflanzungsmedizinrechts-Änderungsgesetz 2015, das den mit dem Adoptionsrechts-Änderungsgesetz 2013 vollzogenen Paradigmenwandel verstärkt: Die Partnerin der Frau, die einer medizinisch unterstützten Fortpflan-

<sup>129</sup> Die erste Novelle zum FMedG stammt aus dem Jahr 2004 (Fortpflanzungsmedizingesetz-Novelle 2004 – FMedGNov 2004, BGBl. I 2004/163).

<sup>130</sup> FMedRÄG 2015, BGBl. I 2015/35.

<sup>131</sup> Siehe nochmals VfGH, Erk. v. 14.10.1999, MedR 2000, S. 389 m. Anm. v. *Erwin Bernat* = RdM 2000, S. 21 = JBl. 2000, S. 228 = VfSlg. 15.632; EGMR (GK), Urt. v. 3.11.2011 (Appl. 57.813/2000 – S.H. et al. gegen Österreich), EF-Z 2012, S. 24 m. Anm. v. *Erwin Bernat* = iFamZ 2012, S. 5 m. Anm. v. *Markus Váček* = NLMR 2011, S. 339 = MedR 2012, S. 380 = RdM 2012, S. 70 m. Anm. v. *Magdalena Pöschl*; zuletzt VfGH, Erk. v. 10.12.2013, EF-Z 2014, S. 66 = RdM 2014, S. 65 m. Anm. v. *Christian Kopetzki* = MedR 2014, S. 567 m. Problemstellung v. *Erwin Bernat*.

<sup>132</sup> AdRÄG 2013, BGBl. I 2013/179. Auch dieses Gesetz verdankt seine Entstehung einem Urteil aus Straßburg; siehe nochmals EGMR (GK), Urt. v. 19.2.2013 (Appl. 19.010/07 – X u.a. gegen Österreich), EF-Z 2013, S. 115 m. Anm. v. *Barbara Simma* = iFamZ 2013, S. 70 m. Anm. v. *Ulrich Pesendorfer*.

zung in Form des § 8 FMedG zugestimmt hat, wird so gestellt, als hätte sie das Kind gezeugt (§ 144 Abs. 2 ABGB). Das Kind hat zwar keinen Vater (§ 148 Abs. 4 ABGB), dafür aber zwei Mütter.

Die meisten Rechtsfragen, die die Fortpflanzungsmedizin im Abstammungsrecht aufwirft, können heute mithilfe des Gesetzes recht eindeutig und klar beantwortet werden. Dazu zählt die Frage des familienrechtlichen Status von Kindern, die von einer ausländischen Leihmutter im Ausland geboren worden sind, bedauerlicherweise nicht. Ob es ratsam ist, das im FMedG verankerte Verbot der Leihmutterschaft zu lockern oder in diesem Bereich völkerrechtliche Regeln zu schaffen, die zu „internationaler Entscheidungsgerechtigkeit“ führen, wird in nächster Zeit sicherlich noch Gegenstand zahlreicher Diskussionen sein.<sup>133</sup>

---

<sup>133</sup> Vgl. *Andreas Spickhoff*, Maternity for another, in: Jürgen Basedow/Uwe Kischl/Ulrich Sieber (Hrsg.), German National Reports to the 18<sup>th</sup> International Congress of Comparative Law, 2010, S. 63, 71 f.; *Dagmar Coester-Waltjen*, Justizielle Zusammenarbeit, ein Allheilmittel gegen „Justizkonflikte“ – auch bei der Abstammung?, in: Alexander Bruns et al. (Hrsg.), Festschrift für Rolf Stürner zum 70. Geburtstag, Band 2: Internationales, Europäisches und ausländisches Recht, 2013, S. 1197 ff.; *Nina Dethloff*, Leihmütter, Wunscheltern und ihre Kinder, JZ 2014, S. 922, 931 f.; *Martin Engel*, Internationale Leihmutterschaft und Kindeswohl, ZEuP 2014, S. 538, 560 f.; *Yasmine Ergas*, Babies without borders: Human rights, human dignity, and the regulation of international commercial surrogacy, Emory Int'l L. Rev. 27 (2013), S. 117 ff.; *Usha Rengachary Smerdon*, The baby market: Crossing bodies, crossing borders: International surrogacy between the United States and India, Cumberland L. Rev. 39 (2008/09), S. 15 ff.



# Wunschelternschaft und Vertragsgestaltung (Kinderwunschverträge)

*Herbert Grziniotz*

- I. Rechtlicher Ausgangspunkt und Modellcharakter
- II. Ausgangspunkt: Homologe Befruchtung – Die „technische Beiwohnung“
  1. Homologe Insemination bei einem Ehepaar
    - a) Arztvorbehalt bei einvernehmlicher Befruchtung?
    - b) „Technisierung“ des Zeugungsvorgangs und Auskunftspflichten
    - c) Einvernehmen über die Familienplanung und Widerruflichkeit
    - d) Kinderwunscherfüllung und Tod des Mannes
  2. Homologe Insemination bei einem unverheirateten Paar
- III. Heterologe Insemination – Konsentiertere Elternschaft
  1. Verheiratetes Paar
    - a) Regelungen hinsichtlich des Samenspenders und der Befruchtung
    - b) „Vaterschaft auf Zeit“ und Rechte des Kindes
  2. Unverheiratetes Paar
  3. Singlefrau
  4. Heterologe Insemination bei lesbischen Paaren
    - a) Doppelte Mutterschaft nur durch Adoption
    - b) Nicht eingetragene Paare
    - c) Regelungsbereiche
- IV. Kinderwunscherfüllung schwuler Paare
- V. Co-Elternschaft
- VI. Embryo-Adoption („Snowflake-Kinder“)

## **I. Rechtlicher Ausgangspunkt und Modellcharakter**

Das BGB sieht hinsichtlich der Kinderwunscherfüllung derzeit zwei Wege vor: zum einen den natürlichen Weg der Beiwohnung. Es erfolgt hierbei die Vereinigung einer weiblichen Eizelle und einer männlichen Samenzelle aufgrund des Einvernehmens der Wunscheltern. Assistiert ist dies im Körper der Frau (in-vivo) oder im Reagenzglas (in-vitro) möglich. Das Embryonenschutzgesetz erlaubt eine künstliche Befruchtung nur durch einen Arzt (§ 9 Nr. 1 ESchG).

In der Praxis werden allerdings auch die Selbstvornahme<sup>1</sup> und die partnerschaftliche „Hilfestellung“<sup>2</sup> durchgeführt.

Zum anderen kann die Kinderwunscherfüllung durch eine Annahme eines Kindes erfolgen. Während im vorgenannten Fall Ei- und Samenzelle von den rechtlichen Eltern des späteren Kindes stammen oder der Embryo den Wunscheltern zumindest rechtlich zugeordnet wird, betrifft die Adoption die Annahme eines für beide oder zumindest einen Elternteil fremden Kindes. Bei der Adoption tritt an die Stelle des Realaktes der Rechtsakt. Das Gesetz verlangt für ihn ein höchstpersönliches Handeln; die Abgabe der Erklärungen im Zusammenhang mit der Adoption durch einen Vertreter ist somit unzulässig. Zusätzlich ist zum Schutz vor Übereilung, aber auch im Hinblick auf die Rechtssicherheit eine notarielle Beurkundung der Erklärungen der Beteiligten erforderlich. Die Adoption ist Ehepaaren, aber auch Einzelpersonen und eingetragenen Lebenspartnern gestattet. Zwei unverheiratete Personen können nicht gemeinsam adoptieren. Ein adoptiertes minderjähriges Kind kann zu Lebzeiten seines Adoptivelternteils nur von dessen Ehegatten bzw. eingetragenen Lebenspartner adoptiert werden. Eine Adoption eines minderjährigen Kindes durch weitere Personen, insbesondere im Rahmen einer Mehrelternschaft, ist nicht zulässig. Demgegenüber kann ein Kind bei der Erwachsenenadoption mit eingeschränkten Wirkungen gleichzeitig mehrere Elternteile haben. Aus der Adoption als Form einer rechtlich vermittelten Kinderwunscherfüllung lassen sich Wertungen auch für die moderne Reproduktionsmedizin entnehmen. Sie können für sie Gestaltung sog. Kinderwunschverträge, aber auch für kautelarjuristisch nicht lösbare Probleme, die gesetzlich geregelt werden müssen, Hinweise liefern.

---

<sup>1</sup> Vgl. OLG Hamm, Urteil vom 2.2.2007 – 9 UF 19/06, NJW 2007, S. 3733 und BGH, Urteil vom 15.5.2013 – XII ZR 49/11, BGHZ 197, S. 242 = FamRZ 2013, S. 1209 = FF 2013, S. 299. Vgl. auch die entsprechenden „Utensilien“-Shops, z. B. <http://www.inseminationshop.de/> <Stand: 2.2.2015>.

<sup>2</sup> Vgl. <http://www.queer-baby.info/wie-funktioniert-heiminsemination/durchfuehrung-heiminsemination.php> <Stand: 9.2.2015>.

## II. Ausgangspunkt: Homologe Befruchtung – Die „technische Beiwohnung“

### 1. Homologe Insemination bei einem Ehepaar

#### a) *Arztvorbehalt bei einvernehmlicher Befruchtung?*

Während die natürliche Zeugung eines Kindes, abgesehen von dem Inzestverbot (§ 173 Abs. 1 u. 2 StGB), keinen Beschränkungen unterliegt, insbesondere nicht auf Ehegatten beschränkt ist oder im Falle eines Ehebruchs verboten wäre, besteht für die künstlich vorgenommene Befruchtung ein Arztvorbehalt (§ 9 Nr. 1 ESchG). Wer eine künstliche Befruchtung vornimmt, ohne Arzt zu sein, macht sich strafbar (§ 11 Abs. 1 Nr. 1 ESchG). Ein persönlicher Strafausschlussgrund besteht nur für die Frau, die Mutter werden möchte, und für den Samenspender (§ 11 Abs. 2 ESchG).<sup>3</sup> Demgegenüber machen sich ihr Partner oder ihre Partnerin bei Vornahme einer künstlichen Befruchtung strafbar, und zwar auch dann, wenn dies auf ausdrücklichen Wunsch der betroffenen Frau oder zumindest in Übereinstimmung mit dieser erfolgt.

#### b) *„Technisierung“ des Zeugungsvorgangs und Auskunftspflichten*

Die künstliche Befruchtung führt zu einer gewissen „Technisierung“<sup>4</sup> und durch Mitwirkung des Arztes, einer Samenbank, eines Samenspenders und eventuell eines Notars auch zu einer gewissen „Publizität“<sup>5</sup> des Zeugungsvorgangs. Die moderne Psychologie geht davon aus, dass für ein Kind die Kenntnis davon, ob es aus einem „Akt der Liebe“ oder gleichsam „mechanisch“ entstanden ist, von Bedeutung ist. Die Technisierung soll dem Akt den Charakter der Intimität nehmen. Deshalb soll dem so gezeugten Kind ein Auskunftsanspruch über die Art seiner Entstehung zustehen.<sup>6</sup> Dies ist unzutreffend. Die „Quasi-Technisierung“ bei der Erzeugung nimmt diesem Akt nichts von seiner Intimität. Die Beteiligung dritter Personen, insbesondere des behandelnden Arztes, ändert daran nichts. Zudem ist auch die Gegenüberstellung mit dem als „Akt der Liebe“ bezeichneten Geschlechtsverkehr idealtypisch und wenig pra-

<sup>3</sup> Ralf Müller-Terpütz, in: Andreas Spickhoff (Hrsg.), *Medizinrecht*, 2. Aufl. 2014, § 9 ESchG, Rn. 1 a.E.

<sup>4</sup> Marina Wellenhofer, in: Franz Jürgen Säcker/Roland Rixecker (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Bd. 8: Familienrecht II, 6. Aufl. 2012, vor § 1591 BGB, Rn. 32.

<sup>5</sup> Elisabeth Koch, *Der Anspruch des Deszendenten auf Klärung der genetischen Abstammung – ein Paradigmawechsel im Abstammungsrecht*, FamRZ 1990, S. 569, 574.

<sup>6</sup> Vgl. Andreas Bernard, in: *Süddeutsche Zeitung* Nr. 28 v. 2./3.2.2013, S. 6, 7.

xisnah. Demgegenüber kann gerade die Kinderwunscherfüllung mit Hilfe der Fortpflanzungsmedizin ein besonderer „Akt der Liebe“ der Eltern sein, die auf diese Weise die Entstehung werdenden Lebens verantworten wollen. Aus diesem Grund ist ein Auskunftsrecht des Kindes über die Art seiner Zeugung abzulehnen. Dies gilt auch hinsichtlich des Namens eines eventuell beteiligten Arztes. Ein irgendwie geartetes Recht des Kindes auf Kenntnis des Vorgangs seiner Zeugung ist nicht ersichtlich.

c) *Einvernehmen über die Familienplanung und Widerruflichkeit*

Probleme können sich bei der ärztlich assistierten Zeugung („künstliche Besamung“)<sup>7</sup> dadurch ergeben, dass zwischen der „Aufbereitung“ der männlichen und weiblichen Zellen und der Verwendung bei einem oder beiden Beteiligten ein Sinneswandel hinsichtlich des Kinderwunsches eintreten kann. Ein vertraglicher Ausschluss der Widerruflichkeit ist aufgrund der höchstpersönlichen Entscheidung für oder gegen einen Kind jedenfalls bis zu dem Zeitpunkt, zu dem „unumkehrbare Fakten geschaffen worden“ sind, nicht möglich.<sup>8</sup> Ein Widerruf bedarf keiner Gründe, insbesondere kann ein Widerruf auch aus moralisch-sittlich verwerflichen Gründen erfolgen. Dies soll selbst dann gelten, wenn dadurch dem Partner, z.B. wegen einer schweren Krankheit, die eigene Kinderwunscherfüllung nicht mehr möglich ist.<sup>9</sup> Für den mit der Insemination beauftragten Arzt können sich Haftungsrisiken ergeben, wenn er trotz eines Widerrufs durch einen Partner den künstlichen Befruchtungsvorgang vollzieht oder das gelagerte Spermium des Mannes an die Frau herausgibt und dieser eine Selbstvornahme ermöglicht.<sup>10</sup>

Anders als bei der Adoption, aber identisch mit dem natürlichen Zeugungsvorgang besteht für die Einwilligung in die künstliche Kinderwunscherfüllung kein Formzwang. Gleiches gilt für den Widerruf der Einwilligung. Der Bundesgerichtshof hat die Einwilligung in die Zeugung eines Kindes im Fall der Beibehaltung bereits in der Praktizierung des Geschlechtsverkehrs gesehen. Möchte ein Partner die diesbezüglich eventuellen Folgen, nämlich die Entstehung eines Kindes, vermeiden, liegt es danach an ihm, für eine diesbezügliche Verhü-

---

<sup>7</sup> So noch *Manfred Harder*, Wer sind Vater und Mutter? – Familienrechtliche Probleme der Fortpflanzungsmedizin, JuS 1986, S. 505, 506.

<sup>8</sup> BGH, Urteil vom 21.2.2001 – XII ZR 34/99, BGHZ 146, S. 391 = FamRZ 2001, S. 541.

<sup>9</sup> EGMR, Urteil vom 10.4.2007 – Nr. 6339/04 (Evans/Vereinigtes Königreich), NJW 2008, S. 2013.

<sup>10</sup> LG Dortmund, Urteil vom 19.4.2012 – 4 O 320/10, FamRZ 2013, S. 334.

tung zu sorgen.<sup>11</sup> Damit wird demjenigen Partner, der entgegen einer gemeinsamen Absprache ein Kind wünscht, das Recht zugestanden, einseitig und ohne Erklärung gegenüber dem Partner, den Konsens zu kündigen. Bei der Adoption muss die Rücknahme des Adoptionsantrags vor dem richterlichen Ausspruch der Annahme oder sogar bis zur Wirksamkeit des Adoptionsdekrets<sup>12</sup> gegenüber dem Familiengericht erklärt werden. Eine Form ist hierfür nicht vorgesehen, insbesondere keine notarielle Beurkundung wie beim Adoptionsantrag.<sup>13</sup> Haben sich Eltern für ein Kind entschieden und ist auf natürlichem Weg die Befruchtung erfolgt, ist ein Widerruf dieses Einverständnisses dem männlichen Partner nicht mehr möglich, insbesondere kann er eine Partnerin nicht zur Abtreibung zwingen, auch wenn diese legal möglich wäre und er das Kind nicht mehr wünscht. Dies gilt selbst dann, wenn die Voraussetzungen einer Härtefallscheidung (§ 1565 Abs. 2 BGB) bei einer Antragstellung durch ihn gegeben wären. Umgekehrt kann die Frau jedoch, auch wenn sie in einer Ehe dadurch möglicherweise gegen ihre ehelichen Pflichten (§ 1353 BGB) verstößt, eine legale Schwangerschaftsabbruch vornehmen und auf diese Weise durch einseitigen Akt von dem bereits realisierten Kinderwunsch durch Abtreibung des noch nicht geborenen gemeinsamen Kindes Abstand nehmen. In Ausnahmefällen hat die Rechtsprechung dem Mann<sup>14</sup> im Fortlebensinteresse des Kindes die Entscheidungsbefugnis (analog § 1628 BGB) übertragen, um das Vorliegen der behaupteten Indikationslage zu überprüfen. Unklar ist, ob das Recht zum Schwangerschaftsabbruch der Frau durch familienrechtliche Pflichten oder auch das Elternrecht des (künftigen) Vaters eingeschränkt sein kann.<sup>15</sup>

Geht man von der Höchstpersönlichkeit der Entscheidung für ein Kind aus, kann in Kinderwunschvereinbarungen das Recht zum Widerruf nicht generell ausgeschlossen werden. Allerdings wird man das Recht zum Widerruf auf den Zeitraum vor Durchführung des Befruchtungsvorgangs beschränken können, und zwar unabhängig davon, ob eine Vereinigung der Eizelle mit der Samen-

---

<sup>11</sup> BGH, Urteil vom 17.4.1986 – IX ZR 200/85, BGHZ 97, S. 372 = FamRZ 1986, S. 773; BGH, Urteil vom 21.2.2001 – XII ZR 34/99, BGHZ 146, S. 391 = FamRZ 2001, S. 541.

<sup>12</sup> So OLG Düsseldorf, Beschluss vom 19.6.1996 – 3 W 99/96, FamRZ 1997, S. 117.

<sup>13</sup> Siehe nur BayObLG, Beschluss vom 10.9.1981 – BReg. 1 Z 96/81, BeckRS 2010, 1424; *Isabell Götz*, in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch mit Nebengesetzen, 74. Aufl. 2015, § 1752, Rn. 6.

<sup>14</sup> AG Köln, Beschluss vom 15.3.1984 – 53 X 87/84, FamRZ 1985, S. 1173; vgl. auch *Klaus Roth-Stielow*, Nochmals: Der Schwangerschaftsabbruch und die Rolle des künftigen Vaters, NJW 1985, S. 2746.

<sup>15</sup> Siehe hierzu auch  *Dagmar Coester-Waltjen*, Der Schwangerschaftsabbruch und die Rolle des künftigen Vaters, NJW 1985, S. 2175, 2176 f.

zelle danach schon stattgefunden hat. Damit ist die Frau nicht verpflichtet, mit Hilfe der sog. „Pille danach“ oder einer zulässigen Abtreibung die Geburt des so gezeugten Kindes zu verhindern. Das Problem stellt sich nicht anders als beim „natürlichen Akt der Beiwohnung“. Umgekehrt wird man auch hier trotz des zunächst einvernehmlichen Kinderwunsches dem Mann nur in Ausnahmefällen aufgrund der bestehenden Rechtslage das Recht zugestehen, eine einseitige, rechtlich zulässige Abtreibung durch die Frau mit Hilfe der Gerichte zu verhindern.

Wird ein Partner geschäftsunfähig, bevor die Insemination durchgeführt wurde, ist fraglich, ob es sich bei der künstlichen Kinderwunscherfüllung um eine höchstpersönliche Entscheidung handelt oder ob ein Widerruf auch durch einen Betreuer als gesetzlichem Vertreter zulässig ist. In einen Schwangerschaftsabbruch kann auch ein Betreuer einwilligen, wenn die betroffene Frau nicht einwilligungsfähig ist.<sup>16</sup> Demgegenüber handelt es sich beim Adoptionsantrag um eine höchstpersönliche Erklärung, die eine gesetzliche oder gewillkürte Stellvertretung nicht zulässt (§ 1752 BGB). Die Höchstpersönlichkeit soll auch für die Rücknahme des Adoptionsantrags gelten.<sup>17</sup> Eine Rücknahme durch einen Vertreter oder die Erben ist deshalb nicht zulässig. Geht man von dieser Wertung auch bei der Insemination aus, können weder ein Betreuer noch die Erben die Weiterverwendung kryokonservierter Spermien und Eizellen, unabhängig von der diesbezüglichen rechtlichen Zulässigkeit, verhindern. Hat der später nicht mehr geschäftsfähige Mann hinsichtlich der Verwendung seines Spermas für diesen Fall keine Weisung erteilt, kann es weiterhin zur Insemination bei seiner Partnerin trotz seiner Geschäftsunfähigkeit verwendet werden.

Kinderwunschvertrag – regelungsbedürftige Punkte:

- Zustimmung zur medizinisch assistierten Befruchtung;
- Regelung des Widerrufs, insbesondere hinsichtlich der Form, des Zugangs und des Zeitpunkts.<sup>18</sup>

<sup>16</sup> H. M., siehe nur OLG Frankfurt/Main, Beschluss vom 1.9.2008 – 20 W 354/08, NJW 2008, S. 3790, 3791.

<sup>17</sup> BayObLG, Beschluss vom 25.7.1955 – 1 Z BR 168/94, BayObLGZ 1995, S. 245, 249 und *Katharina Dahm*, in: Dagmar Kaiser et al. (Hrsg.), NomosKommentar BGB, Bd. 4: Familienrecht, 3. Aufl. 2014, § 1752, Rn. 13.

<sup>18</sup> Vgl. dazu *Herbert Grziwotz*, in: Heribert Heckschen/Sebastian Herrler/Timm Starke (Hrsg.), Beck'sches Notar-Handbuch, 6. Aufl. 2015, B V, Rn. 84a, 91.

*d) Kinderwunscherfüllung und Tod des Mannes*

§ 4 Abs. 1 Nr. 3 ESchG bestraft die wissentliche Befruchtung einer Eizelle mit dem Samen eines Mannes nach dessen Tode. Dieser Straftatbestand richtet sich gegen denjenigen, der die Befruchtung durchführt. Nicht bestraft wird die Frau, bei der die künstliche Befruchtung vorgenommen wird (§ 4 Abs. 2 ESchG). Entsprechend dem natürlichen Vorgang der Beiwohnung liegt keine künstliche Befruchtung nach dem Tode des Mannes vor, wenn die Imprägnierung der Eizelle mit dem Samen des Mannes noch zu dessen Lebzeiten erfolgt ist.<sup>19</sup>

Die Feststellung des Todes des Mannes muss dem Stand der Erkenntnisse der medizinischen Wissenschaft entsprechen.<sup>20</sup> Dabei wird regelmäßig auf den endgültigen, nicht behebbaren Ausfall der Gesamtfunktion des Großhirns, des Kleinhirns und des Hirnstamms entsprechend den Erkenntnissen der medizinischen Wissenschaft abgestellt.<sup>21</sup> Allerdings ist dieser für die Organspende gesetzlich festgelegte Todeszeitpunkt in der Medizin nicht unumstritten. Es wird dabei auf ein bestimmtes Ereignis im Sterbeprozess abgestellt und – dies vorliegend für die Frage der Zulässigkeit einer Insemination – zum rechtlich maßgebenden erklärt. Es handelt sich somit um keine medizinische Entscheidung, sondern um eine normative Festlegung.<sup>22</sup> Das Abstellen auf den Gesamthirntod hat vor allem Bedeutung für die Transplantationsmedizin.<sup>23</sup> Schutzzweck des § 4 Abs. 1 Nr. 3 ESchG ist dagegen das Kindeswohl. Dessen vermeintliche

---

<sup>19</sup> OLG Rostock, Urteil vom 7.5.2010 – 7 U 67/09, FamRZ 2010, S. 1117 = MedR 2010, S. 874; vgl. auch *Müller-Terpitz* (Anm. 3), § 4, Rn. 4 und *Annette Prehn*, Die Strafbarkeit der post-mortem-Befruchtung nach dem Embryonenschutzgesetz, MedR 2011, S. 559 ff. Zu erbrechtlichen Problemen siehe *Dieter Leipold*, Erbrechtliche Aspekte der künstlichen Befruchtung und der künstlichen Verlängerung des Lebens, in: Walter H. Rehberger/Rudolf Weber (Hrsg.), Festschrift für Winfried Kralik zum 65. Geburtstag, Verfahrensrecht – Privatrecht, 1986, S. 467, 469 ff.

<sup>20</sup> Vgl. § 3 Abs. 1 Nr. 2 TPG.

<sup>21</sup> Vgl. *Claus-Dieter Middell/Karsten Scholz*, in: Andreas Spickhoff (Hrsg.), Medizinrecht, 2. Aufl. 2014, § 3 TPG, Rn. 4; siehe auch *Psyhyrembel*, Klinisches Wörterbuch, 265. Aufl. 2014, s. v. Tod und Hirntod und Richtlinien zur Feststellung des Hirntodes, 3. Fortschreibung 1997 mit Ergänzungen gemäß Transplantationsgesetz (TPG), Dt. Ärzteblatt 95, 1998, S. A 1861 ff.

<sup>22</sup> Vgl. *Leipold* (Anm. 19), S. 467, 481.

<sup>23</sup> OLG Frankfurt/Main, Beschluss vom 11.7.1997 – 20 W 254/95, NJW 1997, S. 3099, 3101. Zur Übernahme im Straf- und Erbrecht siehe *Albin Eser/Detlev Sternberg-Lieben*, in: Adolf Schröder/Horst Eser (Hrsg.), Strafgesetzbuch, 29. Aufl. 2014, vor §§ 211 ff. StGB, Rn. 19 und *Bernd Müller-Christmann*, in: Heinz Georg Bamberger/Herbert Roth (Hrsg.), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 3: §§ 1297 – 2385 EGBGB, 3. Aufl. 2012, § 1922, Rn. 5.

Beeinträchtigung aufgrund der Kenntnis, von einem zurzeit der Zeugung bereits verstorbenen Mann abzustammen, soll vermieden werden.<sup>24</sup> Ausgehend von diesem Gesetzeszweck fällt die Verwendung bereits imprägnierter Eizellen nach dem Tod des Mannes nicht unter das Verbot.<sup>25</sup> Auch wenn der betreffende männliche Partner seinen Todeszeitpunkt nicht selbst definieren kann, ist ihm die ausdrückliche Anordnung lebenserhaltender Maßnahmen bis zur Herbeiführung der Schwangerschaft oder Geburt seiner Partnerin gestattet. Er kann nämlich im Rahmen der medizinischen Selbstbestimmung entscheiden, wie lange lebenserhaltende Maßnahmen durchgeführt werden sollen. Insbesondere kann er den Einsatz maschineller Hilfsmittel zur künstlichen Aufrechterhaltung von Atmung und Kreislauf verlangen, um den irreversiblen Stillstand von Atmung und Kreislauf hinauszuzögern. Hat er diesen Wunsch ausdrücklich erklärt oder entspricht er zumindest seinem mutmaßlichen Willen, z.B. auf eines gegenüber Dritten geäußerten Kinderwunsches bei einer tödlich verlaufenden Krankheit, kann hinsichtlich der Zulässigkeit der Verwendung seines Spermias nicht auf einen abweichenden früheren Todeszeitpunkt abgestellt werden.

Kinderwunschvertrag – bei einer schweren Erkrankung des Mannes sind folgende zusätzliche Punkte regelungsbedürftig:

- Die Durchführung lebenserhaltender Maßnahmen bis zum Eintritt der Schwangerschaft oder der Geburt eines Kindes;
- die Gestattung der Weiterverwendung der mit dem Sperma des Mannes bereits imprägnierten Eizellen im rechtlich zulässigen Umfang;
- die Anordnung der Unwiderruflichkeit hinsichtlich der Weiterverwendung des Samens, um den Widerruf eines Dritten (Betreuer, Erben, totenfürsorgeberechtigte Personen) vorsorglich auszuschließen.

## 2. Homologe Insemination bei einem unverheirateten Paar

Eine Kinderwunscherfüllung unverheirateter Paare durch eine medizinisch assistierte Fortpflanzung unterscheidet sich kaum von derjenigen verheirateter Paare. Zwar ist nach der Zeugung eine Anerkennung der Vaterschaft erforderlich (§ 1592 Nr. 2 BGB). Notfalls kann jedoch die Vaterschaft gerichtlich fest-

<sup>24</sup> Müller-Terpitz (Anm. 3), § 4 ESchG, Rn. 1; Jochen Taupitz, in: Hans-Ludwig Günther/Jochen Taupitz/Peter Kaiser, Embryonenschutzgesetz, 2. Aufl. 2014, § 4, Rn. 26 und Matthias Krüger, Das Verbot der post-mortem Befruchtung, 2010, S. 8 ff.

<sup>25</sup> OLG Rostock, Urteil vom 7.5.2010 – 7 U 67/09, FamRZ 2010, S. 1117 = MedR 2010, S. 874; vgl. auch LG Neubrandenburg, Urteil vom 12.8.2009 – 2 O 111/09, FamRZ 2010, S. 686; Prehn (Anm. 19), S. 560.

gestellt werden (§ 1592 Nr. 3 BGB). Dies gilt auch dann, wenn zum Zeitpunkt der Vornahme der Insemination der männliche Partner damit nicht mehr einverstanden war oder die Insemination nicht medizinisch assistiert, sondern im Wege der Selbstvornahme durch die Frau erfolgte. Der Mann, mit dessen Spermia das Kind gezeugt wurde, ist abstammungsrechtlich der Vater des mit seinem Samen gezeugten Kindes.

Ein gemeinsames Sorgerecht tritt für das „Wunschkind“ bei einem unverheirateten Paar nicht automatisch ein, sondern erfordert die Abgabe diesbezüglicher Sorgeerklärungen (§ 1626a Abs. 1 Nr. 1 BGB). Sie können bereits vor der Geburt, aber erst nach der Zeugung des Kindes abgegeben werden (§ 1626b Abs. 2 BGB). Sie setzen ferner die Anerkennung der Vaterschaft voraus. Werden keine gemeinsamen Sorgeerklärungen abgegeben, hat die Mutter die elterliche Sorge (§ 1626a Abs. 3 BGB). Allerdings kann der Vater des Kindes die gemeinsame elterliche Sorge beantragen (§ 1626a Abs. 2 BGB). Liegen keine Gründe vor, die der Übertragung der gemeinsamen elterlichen Sorge im Interesse des Kindes entgegenstehen, erfolgt die familiengerichtliche Übertragung der gemeinsamen elterlichen Sorge auch auf den Vater des Kindes (§ 1626a Abs. 2 Satz 2 BGB). Die Mutter kann allerdings nach derzeitiger Rechtslage ihre erforderliche Zustimmung zur Vaterschaftsanerkennung verweigern (§ 1595 BGB). In diesem Fall muss der Vater die Vaterschaft gerichtlich feststellen lassen (§ 1592 Nr. 3 BGB). Dabei gilt die Vermutung des § 1600d Abs. 2 BGB zugunsten des Mannes, der der Mutter während der Empfängniszeit beigewohnt hat, auch für den Mann, mit dessen Samen eine einvernehmliche Insemination durchgeführt wurde.<sup>26</sup> Hat zwischenzeitlich bereits ein anderer Mann die Vaterschaft mit Zustimmung der Mutter anerkannt, kann der Vater des Kindes die Vaterschaft anfechten (§ 1600 Abs. 1 Nr. 2 BGB), wenn zwischen dem Kind und seinem rechtlichen Vater keine sozial-familiäre Beziehung besteht (§ 1600 Abs. 2 und 4 BGB).<sup>27</sup> Andernfalls hat der leibliche Vater nur die Möglichkeit nach Feststellung seiner Vaterschaft ein Recht auf Umgang mit seinem Kind und ein Recht auf Auskunft über die persönlichen Verhältnisse seines Kindes zu erhalten (§ 1686a Abs. 1 BGB, § 167a FamFG). Derjenige Mann, der sich nicht nur auf eine bloße Samenspende beschränkt, sondern gemeinsam mit der Frau den beiderseitigen Kinderwunsch im Wege einer konsentierten homologen Insemination erfüllen möchte, kann auch die nach § 167a Abs. 1 FamFG erforderliche Versicherung an Eides Statt hinsichtlich

---

<sup>26</sup> Vgl. BGH, Urteil vom 15.5.2013 – XII ZR 49/11, BGHZ 197, S. 242 = FamRZ 2013, S. 1209 = FF 2013, S. 299 = NJW 2013, S. 2589.

<sup>27</sup> Vgl. auch EGMR, Entscheidung vom 5.11.2013 – 26610/09, NJW 2014, S. 3083 = FamRZ 2014, S. 1257.

der Beiwohnung abgeben. Er muss hierzu den Vorgang darstellen und persönlich eidesstattlich versichern.<sup>28</sup>

Kinderwunschvertrag – zusätzliche Regelungspunkte:

Zusätzlich zu den bei der homologen Insemination von Ehepaaren regelungsbedürftigen Punkten sind eine Vaterschaftsanerkennung (§ 1594 Abs. 3 BGB) und die Abgabe gemeinsamer Sorgeerklärungen (§ 1626b Abs. 1 BGB) vor der Zeugung nicht möglich. Anders ist dies nach der Zeugung und vor der Geburt des Kindes (§§ 1594 Abs. 4, 1626b Abs. 2 BGB). Gleiches gilt für die diesbezügliche Zustimmung (§§ 1595 Abs. 3, 1626b Abs. 1 und Abs. 2 BGB). Sämtliche Erklärungen müssen öffentlich beurkundet werden (§§ 1597 Abs. 1, 1629a Abs. 1 BGB).

### III. Heterologe Insemination – Konsentierete Elternschaft

#### 1. Verheiratetes Paar

##### a) *Regelungen hinsichtlich des Samenspenders und der Befruchtung*

Soll sich der Samenspender auf diese Funktion beschränken, ist also keine Elternschaft durch ihn gewünscht, wird der Spender häufig dennoch nach bestimmten Merkmalen festgelegt, um vor allem sicherzustellen, dass das Wunschkind Ähnlichkeit mit seinem rechtlichen Vater hat. Die Tatsache der Kinderwunscherfüllung mittels einer Samenspende soll möglichst Dritten, auch im Interesse des Kindes, nicht sofort auffallen. Dies betrifft insbesondere die Haut- und Haarfarbe, aber auch die ethnische Herkunft. Ferner können das Alter, bestimmte gesundheitliche Anforderungen, die Blutgruppe oder darüber hinausgehend ein bestimmter Samenspender (z.B. bei einer Insemination eines weiteren Kindes) eine Rolle spielen. Diesbezügliche Vereinbarungen zwischen den Eltern sind zulässig. Auf diese Weise wird die Zustimmung zur Verwendung von Spendersamen auf einen bestimmten Samenspender oder einen bestimmten Kreis beschränkt. Der Ausschluss der Vaterschaftsanfechtung (§ 1600 Abs. 5 BGB) gilt dann nicht, wenn unter Verstoß gegen diese Vereinbarung eine Insemination durchgeführt wird. Unzulässig ist dagegen die Vereinbarung, dass die verwendete Samenzelle nach den in ihr enthaltenen Geschlechtschromosomen ausgewählt wird, sofern nicht medizinische Gründe

---

<sup>28</sup> Vgl. Rolf Schlünder, in: Meo-Micaela Hahne/Jörg Munzig (Hrsg.), BeckOKFamFG, Stand: 1.1.2014, § 167a, Rn. 6.

hierfür vorliegen (§ 3 Satz 2 ESchG), also das Geschlecht des Kindes aufgrund des Kinderwunschvertrages bestimmt wird (§ 3 Satz 1 ESchG).

Die Zustimmung beider Ehegatten zur Durchführung der heterologen Insemination wird sich zudem auf einen bestimmten Arzt bzw. auf ein bestimmtes Kinderwunschzentrum und die dort tätigen Ärzte beschränken. Die Zustimmung zur künstlichen Befruchtung, die zum Ausschluss der Anfechtbarkeit der Vaterschaft führt, betrifft jedoch nicht nur die Vornahme durch einen Arzt, sondern jede künstliche Befruchtung. Künstlich ist jede Befruchtung, die nicht durch Geschlechtsverkehr, sondern unter Einsatz technischer Hilfsmittel erreicht wird.<sup>29</sup> Auch wenn Regelfall die ärztlich assistierte Insemination ist, deckt die Zustimmung des Mannes auch die Selbstvornahme durch die Frau oder eine andere Hilfsperson (z.B. Krankenschwester, Freundin), nicht jedoch den natürlichen Geschlechtsverkehr mit dem „Samenspender“.<sup>30</sup> Willigt der Ehemann ausdrücklich auch in eine private „Samenspende“ durch eine Beibwohnung oder durch Einbringung in den Vaginaltrakt der Ehefrau durch den Samenspender ein, ist fraglich, ob es sich um eine konsentierete Kinderwunscherfüllung handelt, die zum Ausschluss des Anfechtungsrechtes des Mannes führt. Dies ist nach dem Rechtsgedanken des § 1600 Abs. 5 BGB zu bejahen. Der Bundesgerichtshof<sup>31</sup> hat hinsichtlich der Unterhaltsverpflichtung des Mannes die medizinisch assistierte heterologe Insemination mit einer einvernehmlichen unwirksamen Auslandsadoption gleichbehandelt. Auch bei einer nicht künstlichen, sondern natürlichen Befruchtung, die im Einvernehmen mit den Wunscheltern erfolgt, kann ebenso wie bei einer auf Wunsch des Mannes unterbliebenen rechtlich zulässigen Abtreibung nichts anderes gelten. Dass bei einer nicht medizinisch assistierten Insemination ein Verstoß gegen den Arztvorbehalt des § 9 ESchG erfolgt und der Begriff „künstliche Befruchtung“ eine Befruchtung ohne Geschlechtsverkehr meint, kann nicht zu Lasten des auf diese Weise gezeugten Kindes gehen.<sup>32</sup> Entgegen der derzeit herrschenden Meinung<sup>33</sup> ist der Ausschluss des Anfechtungsrechtes der Wunscheltern im

---

<sup>29</sup> *Wellenhofer* (Anm. 4), § 1600 BGB, Rn. 34.

<sup>30</sup> Vgl. *Lore Maria Peschel-Gutzeit*, Das Kinderrechtverbesserungsgesetz – KindRVerbG – vom 9.4.2002, Ein weiterer Schritt auf dem Weg zur Verwirklichung des Kindeswohls, FPR 2002, S. 285, 287.

<sup>31</sup> BGH, Beschluss vom 10.5.1995 – XII ZA 2/95, FamRZ 1995, S. 995; BGH, Urteil vom 3.5.1995 – XII ZR 29/94, BGHZ 129, S. 297 = FamRZ 1995, S. 861.

<sup>32</sup> Zu diesem Argument bei der Anerkennung einer Entscheidung zur Elternstellung bei Leihmuttertschaft BGH, Beschluss vom 10.12.2014 – XII ZB 463/13, BeckRS 2014, 23505, Rn. 39.

<sup>33</sup> Siehe dazu auch *Nina Dethloff*, Leihmütter, Wunscheltern und ihre Kinder, JZ 2014, S. 922, 930.

Fälle einer konsentierten Kinderwunscherfüllung über den Wortlaut des Gesetzes hinaus auf sämtliche Fälle einer einvernehmlichen Kinderwunscherfüllung zu erstrecken, die nicht durch Geschlechtsverkehr zwischen den Ehegatten erfolgt.

b) *„Vaterschaft auf Zeit“ und Rechte des Kindes*

Das mit einer Samenspende gezeugte Kind wird automatisch rechtlich das gemeinsame Kind des verheirateten Wunschelternpaares, wenn es von der Ehefrau geboren wird (§§ 1591, 1592 Nr. 1 BGB). Eine Anfechtung der Vaterschaft durch den Mann oder die Mutter ist ausgeschlossen (§ 1600 Abs. 5 BGB). Durch diese Regelung wird ein gewisser Schutz des Mannes, der sich auf seine Rolle als Samenspender beschränken möchte, erreicht. Umgekehrt kann auch er wegen der regelmäßig bestehenden sozial-familiären Beziehung des rechtlichen Vaters zu seinem Kind (§ 1600 Abs. 2 und Abs. 4 BGB) und wegen der Notwendigkeit der eidesstattlichen Versicherung der Beiwohnung (§ 167a Abs. 1 FamFG) keine Elternrechte einfordern. Insbesondere ein Anfechtungsrecht des Samenspenders als biologischer Vater ist ausgeschlossen.<sup>34</sup> In der Praxis wird er den Namen der Wunscheltern sowie des Kindes regelmäßig nicht wissen wollen und auch nicht erfahren. Umgekehrt möchte auch der Samenspender sicherstellen, dass im Normalfall eine Kontaktaufnahme durch die Wunscheltern unterbleibt. Dieser Interessenlage entsprechen in der Praxis übliche notariell beurkundete Anonymitätszusagen. Beide Seiten verzichten darin auf die Geltendmachung von Auskunftsansprüchen im eigenen Namen.

Der Samenspender ist trotz der Regelung in § 1600 Abs. 5 BGB jedoch nicht vor der Feststellung als Vater geschützt. Das Kind kann nämlich die Vaterschaft später anfechten. Das Recht des Kindes auf Feststellung der Vaterschaft kann auch nicht mittelbar dadurch ausgeschlossen werden, dass diesbezügliche Anonymitätszusagen durch seine Eltern erfolgen. Die Wunscheltern können auch nicht im Namen des Kindes auf dessen unterhalts- und erbrechtliche Ansprüche gegenüber dem später als rechtlichen Vater festgestellten Samenspenden verzichten. Die Wunscheltern können sich allerdings gegenüber dem Samenspender im Wege des Vertrages zugunsten Dritter verpflichten, diesen von Unterhalts- sowie Pflichtteilsansprüchen des mithilfe seines Spendersamens gezeugten Kindes nach einer etwaigen Vaterschaftsfeststellung freizustellen.

---

<sup>34</sup> Vgl. auch EGMR, Entscheidung vom 5.11.2013 – 26610/09 (Hülsmann/Deutschland Nr. 2), FamRZ 2014, S. 1257 = NJW 2014, S. 3083.

Eine Anonymitätszusage auch im Namen des Kindes ist dagegen nicht möglich. Das Kind hat ein verfassungsrechtlich geschütztes Recht auf Kenntnis seiner Abstammung. Eine diesbezügliche Anonymitätszusage ist unwirksam, und zwar auch dann, wenn – von begründeten Ausnahmefällen (z.B. Krankheit) abgesehen – das Kind entsprechend der Regelung im Adoptionsrecht erst mit Vollendung des 16. Lebensjahres Kenntnis von seinem biologischen Vater erhalten soll (§ 63 Abs. 1 Satz 1 PStG).<sup>35</sup> Samenbanken sind verpflichtet, Aufzeichnungen über den Samenspender und dessen Identität zu führen und dem mittels Spendersame gezeugten Kind auf sein Verlangen die nötigen Informationen zu geben, um diesem die Kenntnis über die Person des biologischen Vaters zu verschaffen.<sup>36</sup> Wurde der Samenspender über sein Risiko nicht hinreichend aufgeklärt, können auch Ersatzansprüche des Samenspenders gegen die Samenbank bzw. den mit der Durchführung der Samenspende beauftragten Arzt bestehen.<sup>37</sup> Auch insofern werden von Ärzten vorsorglich Freistellungsverpflichtungen durch die Wunscheltern gefordert. Eine zuverlässige Sicherung der Freistellungsverpflichtung der Wunscheltern gegenüber dem Samenspender, den behandelnden Ärzten und Samenbanken ist praktisch nicht möglich. Insbesondere bei einem (später) vermögenden Samenspender kann die Freistellungsverpflichtung jedenfalls an der mangelnden Zahlungsfähigkeit der Wunscheltern scheitern.<sup>38</sup>

Kinderwunschvereinbarungen dürfen keinesfalls die Rechte des mittels einer Samenspende gezeugten Kindes beeinträchtigen. Von Bedeutung ist insofern vor allem das Recht des Kindes auf Kenntnis seiner Abstammung.<sup>39</sup> Das Kind hat unabhängig von seinem Alter das Recht, Auskunft über die Identität des Samenspenders vom behandelnden Arzt bzw. der Samenbank zu erhalten. Diese sind verpflichtet, entsprechende Aufzeichnungen zu führen und auf Verlangen an das Kind herauszugeben. Dies ist auch dann der Fall, wenn die Wunscheltern im Namen des minderjährigen Kindes auf Auskunft klagen, ob-

---

<sup>35</sup> BGH, Urteil vom 28.1.2015 – XII ZR 201/13, NJW 2015, S. 1098; OLG Hamm, Beschluss vom 13.6.2007 – 3 W 32/07, MedR 2008, S. 213 und OLG Hamm, Urteil vom 6.2.2013 – I-14 U 7/12, FF 2013, S. 233 = FamRZ 2013, S. 637.

<sup>36</sup> Vgl. §§ 8d, 15 TPG.

<sup>37</sup> *Wellenhofer* (Anm. 4), § 1600 BGB, Rn. 43.

<sup>38</sup> *Herbert Grzivotz*, BGH zum Recht auf Kenntnis der Abstammung: Keine Frage des Alters, Legal Tribune ONLINE, 29.1.2015, [http://www.lto.de/persistent/a\\_id/14519/<Stand: 2.2.2015>](http://www.lto.de/persistent/a_id/14519/<Stand: 2.2.2015>).

<sup>39</sup> Siehe nur BVerfG, Urteil vom 31.1.1989 – 1 BvL 17/87, BVerfGE 79, S. 256 = NJW 1989, S. 891; BVerfG, Beschluss vom 18.8.2010 – 1 BvR 811/09, FamRZ 2010, S. 1879, Rn. 14. Vgl. auch BGH, Beschluss vom 29.10.2014 – XII ZB 20/14, FamRZ 2015, S. 39 = NJW 2014, S. 3786.

wohl sie selbst hierauf ausdrücklich verzichtet haben.<sup>40</sup> Das Recht des Samenspenders auf informationelle Selbstbestimmung steht dem Auskunftsanspruch wegen der zwingenden Dokumentationspflichten nicht entgegen. Bereits die Erschwerung der Erlangung diesbezüglicher Informationen kann zu Schadensersatzpflichten gegenüber dem Kind führen. Die Errichtung einer notariellen Urkunde, der die erforderlichen Daten über die Person des Samenspenders beigefügt sind, dürfte jedoch mangels der Existenz eines diesbezüglichen Registers, keine Erschwerung, sondern eine zusätzliche Sicherung für das Kind darstellen.<sup>41</sup> Allerdings muss in diesem Fall sichergestellt werden, dass das Kind jederzeit Auskunft vom Notar bzw. dessen Amtsnachfolger, der die Urkunde verwahrt, erhält und zusätzlich die hinterlegten Daten bei einer etwaigen Anonymisierung auch aussagekräftig sind, was der Notar regelmäßig aber nicht überprüfen kann, da er selbst bei Übergabe einer offenen Schrift nicht feststellen kann, ob der Spendersamen wirklich von der dort genannten Person stammt.

Im Übrigen gilt für den Widerruf der Zustimmung zu der heterologen Insemination nichts anderes als bei der homologen Insemination. Allerdings sind insoweit die Rechtsfolgen einer trotz Widerruf durchgeführten Befruchtung gravierender. Da die biologische Vaterschaft des Wunschvaters anders als bei der homologen Insemination, bei der der Mann nur zu dem künstlichen Befruchtungsvorgang sein Einverständnis erklärt, nicht besteht und mangels einer wirksamen Zustimmung § 1600 Abs. 5 BGB nicht eingreift, ist eine Vaterschaftsanfechtung auch durch die rechtlichen Eltern möglich. „Willensmängel“ in ihrem Verhältnis haben somit für den Samenspender nachteilige Rechtsfolgen.

Kinderwunschvertrag – regelungsbedürftige Punkte bei einer heterologen Insemination eines Ehepaars:

- Zustimmung und Widerruf;
- Umfang der Zustimmung;
- Freistellungsverpflichtung gegenüber dem Samenspender;
- vorsorgliche Freistellungsverpflichtung gegenüber dem behandelnden Arzt bzw. dem Kinderwunschzentrum und der Samenbank;
- Anonymitätszusage der Eltern gegenüber dem Samenspender;

---

<sup>40</sup> Vgl. BGH, Urteil vom 28.1.2015 – XII ZR 201/13, NJW 2015, S. 1098.

<sup>41</sup> Vgl. dazu OLG Karlsruhe, Beschluss vom 7.2.2014 – 16 UF 274/13, NZFam 2014, S. 479 = FamRZ 2014, S. 674.

- kein Verzicht der Wunscheltern auf Unterhaltsansprüche und erbrechtliche Ansprüche des Kindes in dessen Namen;
- kein Verzicht auf eine Vaterschaftsfeststellung namens des Kindes und keine Anonymitätszusagen gegenüber dem Samenspender im Namen des Kindes;
- eventuelle Klarstellung, dass auch eine Klage der Eltern im Namen des minderjährigen Kindes möglich ist.

## 2. Unverheiratetes Paar

Bei der heterologen Insemination eines unverheirateten Paares wird der männliche Partner nicht automatisch rechtlicher Vater des Kindes, sondern muss die Vaterschaft erst anerkennen (§ 1592 Nr. 2 BGB). Eine Anerkennung der Vaterschaft ist zwar vor der Geburt des Kindes zulässig (§ 1594 Abs. 4 BGB). Gleiches gilt für die Zustimmung der Mutter (§ 1595 Abs. 3 BGB). Allerdings ist nach herrschender Meinung eine Anerkennung vor Zeugung nicht zulässig.<sup>42</sup> Eine im Vordringen befindliche Ansicht in der Literatur will demgegenüber bei der heterologen Insemination eine Vaterschaftsanerkennung vor Durchführung der Insemination zulassen.<sup>43</sup> Folgt man der herrschenden Meinung, ist auch eine vertragliche Verpflichtung des Mannes zur Vaterschaftsanerkennung und der Frau zur Zustimmung als Mutter vor Durchführung der Insemination nicht zulässig. Damit besteht sowohl für die Frau als auch für den Samenspender bis zur Anerkennung der Vaterschaft durch den Wunschvater ein Risiko. Die zunächst gegebene Einwilligung in die heterologe Insemination führt allerdings dazu, dass zugunsten des auf diese Weise gezeugten Kindes eine Unterhaltsverpflichtung des Wunschvaters besteht.<sup>44</sup>

### Kinderwunschvertrag – zusätzliche Regelungspunkte:

- Eventuell Vereinbarung einer Unterhaltspflicht für den Fall der Nichtanerkennung der Vaterschaft;

---

<sup>42</sup> Siehe nur *Wellenhofer* (Anm. 4), § 1594 BGB, Rn. 41 und *Thomas Rauscher*, in: J. v. Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Familienrecht, Neubearbeitung 2011, § 1594 BGB, Rn. 50.

<sup>43</sup> Siehe nur *Andreas Spickhoff*, Vaterschaft und konsentiertere Fremdinsemination, AcP 197 (1997), S. 398, 425 und *Andreas Roth*, Der Ausschluss der Vaterschaftsanfechtung nach Einwilligung in die heterologe Insemination (§ 1600 Abs. 2 BGB), DNotZ 2003, S. 805, 808 und *Tobias Wilms*, Die künstliche Befruchtung in der notariellen Praxis, RNotZ 2012, S. 141, 146.

<sup>44</sup> OLG Stuttgart, Urteil vom 4.9.2014 – 13 U 30/14, BeckRS 2014, 17927 = NZFam 2014, S. 960.

- Klarstellung, dass die Freistellungsverpflichtungen auch bei Nichtanerkennung der Vaterschaft bestehen bleiben.

### 3. Singlefrau

Die ärztlichen Standesrichtlinien lassen eine Insemination nur bei verheirateten und in einer festen Beziehung lebenden heterosexuellen Paaren zu. Deshalb ist die Kinderwunscherfüllung alleinstehender Frauen im Wege der medizinischen Assistenz im Inland regelmäßig ausgeschlossen, sofern nicht ein Arzt dennoch bereit ist, die Insemination vorzunehmen. Singlefrauen können ihren Kinderwunsch im Normalfall deshalb nur auf dem privaten Spendermarkt oder im Ausland erfüllen. Bei ihnen bestehen – allerdings auf Dauer - ähnliche Risiken für den Samenspender wie bei der heterologen Insemination eines unverheirateten Paares bis zur Anerkennung der Vaterschaft durch den Wunschvater. Die Vaterschaft kann durch das Kind jederzeit festgestellt werden. Anonymitätszusagen der Mutter gegenüber dem Mann sind unzulässig. Ein besonderes Interesse der Mutter gegenüber dem Kind, den Vater zu verschweigen,<sup>45</sup> dürfte in den Fällen der privaten Samenspende regelmäßig nicht bestehen. Ob die alleinstehende Frau für sich auf die Feststellung der Vaterschaft verbindlich gegenüber dem Samenspender verzichten kann, ist höchst fraglich, da ein derartiger Verzicht zugleich dem Wohl des Kindes widerspricht, das, anders als bei der heterologen Insemination durch ein Ehepaar, keinen rechtlichen Vater hat. Auch verbindliche Zusagen der Wunscheltern auf Wahrung der Anonymität wirken drittbelastend, da dadurch gleichzeitig das Recht des Kindes auf Kenntnis seiner Abstammung beeinträchtigt oder sogar vereitelt wird. Zulässig ist es demgegenüber, wenn die Mutter den Samenspender von Unterhaltsansprüchen und erbrechtlichen Ansprüchen des Kindes freistellt. Auch hier ergibt sich wiederum das Problem der Zahlungsfähigkeit im Falle der Feststellung der Vaterschaft und der Inanspruchnahme des Samenspenders durch das Kind. Zusätzlich steht der Frau selbst, sofern sie wegen der Kinderbetreuung nicht oder nur eingeschränkt arbeiten kann, ein Unterhaltsanspruch gemäß § 1615I BGB gegen den Vater des Kindes zu. Auf diesen Anspruch kann die Mutter ebenfalls nicht mit Wirkung für die Zukunft verzichten (§§ 1615I Abs. 3 Satz 1, 1614 Abs. 1 BGB). Dieses gesetzliche Verbot des Verzichts auf Kinderbetreuungsunterhalt für die Zukunft kann auch durch ein pactum de non pe-

---

<sup>45</sup> Vgl. zu Sonderfällen der Vergewaltigung und des einmaligen „Ausrutschers“ OLG Köln, Urteil vom 30.3.1994 – 26 U 56/92, FamRZ 1994, S. 1997 und BGH, Beschluss vom 2.7.2014 – XII ZB 201/13, FamRZ 2014, S. 1440. BVerfG, Beschluss vom 24.2.2015 – 1 BvR 472/14, BeckRS 2015, 42671 ist im Verhältnis zum Anspruch des Kindes nicht anwendbar.

tendo nicht umgangen werden.<sup>46</sup> Ein derartiger unmittelbarer oder mittelbarer Verzicht würde sich auch zu Lasten des Kindes auswirken, sodass auch aus diesem Grund diesbezügliche Vereinbarungen nicht getroffen werden können.<sup>47</sup>

#### Kinderwunschvertrag – Regelungsgrenze bei Singlefrauen

- Keine Anonymitätszusage;
- kein Verzicht auf Kindebetreuungsunterhalt gemäß § 1615I BGB;
- Freistellung des Samenspenders von Unterhalts- und Erb- bzw. Pflichtteilsansprüchen;
- kein Verzicht auf Feststellung der Vaterschaft.

#### 4. Heterologe Insemination bei lesbischen Paaren

##### a) *Doppelte Mutterschaft nur durch Adoption*

Auch lesbische Paare sind auf Grund des ärztlichen Standesrechts in der Regel auf eine private Samenspende angewiesen, sofern nicht ein Arzt bereit ist, bei einem lesbischen Paar an einer assistierten Insemination mitzuwirken.<sup>48</sup> Im Verhältnis des lesbischen Paares ist zwischen Paaren zu unterscheiden, die eine eingetragene Lebenspartnerschaft begründet haben, und solchen, die nicht in einer eingetragenen Lebenspartnerschaft leben. Anders als bei verheirateten Paaren, wird die Partnerin der Wunschmutter jedoch in beiden Fällen nicht automatisch zweiter Elternteil. Auch eine Mutterschaftsanerkennung der Lebenspartnerin als zweite Mutter ist nicht möglich. Es bleibt nur eine Stiefkindadoption (§ 9 Abs. 7 LPartG). Hierzu muss die annehmende Lebenspartnerin das 21. Lebensjahr vollendet haben (§ 9 Abs. 7 Satz 2 LPartG i.V.m. § 1743 Abs. 1 BGB). Erforderlich ist die Zustimmung der leiblichen Mutter. Sie kann ihre Einwilligung erst erteilen, wenn das Kind acht Wochen alt ist (§ 1748 Abs. 2 Satz 1 BGB). Der nicht bekannte Samenspender muss nicht einwilligen (§ 1748 Abs. 4 Satz 1 2. Hs. BGB). Ein befreundeter Samenspender kann seine Einwilligung bereits vor der Geburt des Kindes erteilen (§ 1748

---

<sup>46</sup> Vgl. BGH, Beschluss vom 29.1.2014 – XII ZB 303/13, FamRZ 2014 S. 629 = NJW 2014, S. 1101.

<sup>47</sup> Vgl. aber das diesbezügliche Muster unter <http://wunschkind-mit-samenspende.de/Spender-Vertraege/Mustervertrag-Fuer-Samenspender-und-Emfaengerin-zum-Download::24.html> <Stand: 2.2.2015>.

<sup>48</sup> Vgl. dazu nur [http://www.queerkids.de/?DER\\_WEG\\_ZUM\\_KIND:INSEMINATION](http://www.queerkids.de/?DER_WEG_ZUM_KIND:INSEMINATION) <Stand: 2.2.2015> und <http://www.cryobank-muenchen.de/Lesben-Singles-Kinderwunsch> <Stand: 2.2.2015>.

Abs. 3 Nr. 1 BGB). Ihm muss vor Ausspruch der Adoption, auch wenn er anonym bleiben will, die Möglichkeit gegeben werden, sich im Adoptionsverfahren zu beteiligen.<sup>49</sup> Die Adoption wird erst mit Entscheidung des Familiengerichts verbindlich. Der Adoptionsantrag kann von der Lebenspartnerin der Mutter allerdings bereits nach der Zeugung gestellt werden. Die Adoption kann auch dann noch ausgesprochen werden, wenn die Lebenspartnerin der Mutter zwischenzeitlich verstirbt (§ 1753 Abs. 2 BGB). Dem Ausspruch der Annahme soll eine angemessene Probezeit vorausgehen (§ 1744 BGB).

Für die Mutter des Kindes und den Samenspender besteht ebenso wie bei der heterologen Insemination eines unverheirateten Hetero-Paares das Risiko, dass sich die zunächst mit der Insemination einverständene Lebenspartnerin von der konsentierten Kinderwunscherfüllung vor Wirksamkeit des Ausspruchs der Adoption wieder lossagt. Eine Verpflichtung der Lebenspartnerin gegenüber der Mutter und dem Samenspender, die Adoption durchzuführen, ist vertraglich nicht möglich. Es handelt sich bei dem Antrag auf Adoption um eine höchstpersönliche Entscheidung, die bis zum Ausspruch der Annahme des Stiefkindes durch das Familiengericht bzw. bis zu dessen Wirksamkeit frei widerruflich ist. Ist die Adoption ausgesprochen, ist allerdings die Rechtslage für den Samenspender besser als bei einer heterologen Insemination. Das Kind kann zwar Auskunft über den Namen seines biologischen Vaters erhalten (§ 63 Abs. 1 Satz 1 PStG); eine Anfechtung der Adoption und die Feststellung der Vaterschaft des Samenspenders mit Rechtswirkungen ihm gegenüber sind dagegen ausgeschlossen. Der Ausspruch der Adoption ist jedoch nur möglich, wenn die Annahme dem Kindeswohl dient.<sup>50</sup> Hierzu wird teilweise von Familiengerichten eine Kindeswohl dienlichkeit verneint, wenn das lesbische Paar durch geeignete Vorkehrungen (z.B. notarielle Beurkundung), nicht sicherstellt, dass das Kind später den Namen seines Vaters erfahren kann. Das diesbezügliche Erfordernis führt jedoch dazu, dass das Kind nur einen Elternteil hat. Dies dürfte schwerlich im Kindesinteresse liegen.

*b) Nicht eingetragene Paare*

Bei nicht in eingetragener Lebenspartnerschaft lebenden lesbischen Paaren scheidet eine Stiefkindadoption aus. Die Adoption durch die Lebenspartnerin würde dazu führen, dass die biologische Mutter ihr Kind verliert.

---

<sup>49</sup> BGH, Beschluss vom 18.2.2015 – XII ZB 473/13, BeckRS 2015, 05740.

<sup>50</sup> OLG Karlsruhe, Beschluss vom 7.2.2014 – 16 UF 274/13, NZFam 2014, S. 479 = FamRZ 2014, S. 674.

*c) Regelungsbereiche*

Eine vertragliche Regelung über die Mitwirkung der Lebenspartnerin an der Durchführung der Insemination der künftigen Mutter ist nicht möglich. Die „liebvolle“ Partnerin macht sich vielmehr strafbar (§ 11 Abs. 1 Nr. 3 ESchG). Eine „Mitberechtigung“ am Sorgerecht ist bei nicht eingetragenen Paaren auch vertraglich nicht zu begründen. Bei eingetragenen Lebenspartnerinnen kann die Stiefmutter auch ohne Adoption ein kleines Sorgerecht im Einvernehmen mit der sorgeberechtigten Mutter erhalten (§ 9 Abs. 1 LPartG). Die Erlangung des Sorgerechts gegen den Willen der Mutter ist dagegen nicht möglich. Gemeinsame Sorgeerklärungen können Lebenspartnerinnen nicht abgeben. Sorgerechtsvollmachten können nur Teilbereiche des Sorgerechts abdecken. Sie können zudem von der sorgeberechtigten Mutter jederzeit widerrufen werden. Demgegenüber sind Unterhaltsvereinbarungen zugunsten des Kindes entsprechend dem Umfang, in dem Unterhalt bei einer Adoption geschuldet wäre, möglich. Derartige Verpflichtungen können sich wie bei heterosexuellen Paaren konkludent aus der Zustimmung zur künstlichen Befruchtung ergeben. Allerdings besteht keine gesetzliche Verpflichtung der Kinderwunschmutter gegenüber der leiblichen Mutter und gegenüber dem Kind zur Unterhaltsgewährung. Aus diesem Grund kann in einer entsprechenden Vereinbarung eine schenkungsteuerpflichtige Zuwendung liegen. Bei in einer eingetragenen Lebenspartnerschaft lebenden Paaren ist dies im Hinblick auf die Freibeträge von Stiefkindern (§§ 15 Abs. 1 Steuerklasse I Nr. 3, 19 Abs. 1 ErbStG) häufig unproblematisch. Bei nicht in eingetragener Lebenspartnerschaft lebenden Paaren handelt es sich um kein echtes Stiefkind und somit um eine Zuwendung, die in die Steuerklasse III bei der Erbschaft- und Schenkungsteuer fällt. Die Verpflichtung zur Unterhaltsgewährung darf zudem nicht Gegenleistung für die Gewährung von Sorge- und Umgangsrechten und die Erteilung einer Sorgerechtsvollmacht sein. Ein Umgangsrecht erhält die (Lebens-)Partnerin lediglich als andere Bezugsperson (§ 1685 Abs. 2 BGB).

Erbe der (Lebens-)Partnerin der Mutter wird das Kind ohne Adoption nur aufgrund einer Verfügung von Todes wegen. Diese kann auch zwischen den Lebenspartnerinnen zugunsten des Kindes bindend durch wechselbezügliche Verfügungen in einem gemeinschaftlichen Testament oder durch vertragliche Verfügungen in einem notariellen Erbvertrag getroffen werden. Bei nicht eingetragenen Paaren sind bindende Verfügungen zugunsten des Wunschkindes nur in einem notariellen Erbvertrag möglich. Hinsichtlich der Erbschaftsteuer gilt dasselbe wie beim Unterhalt. Dem echten Stiefkind von eingetragenen Lebenspartnerinnen stehen dieselben Freibeträge wie einem adoptierten Kind zu. Bei nicht in eingetragener Lebenspartnerschaft lebenden Paaren wird das ge-

meinschaftlich gewünschte Kind wie eine „fremde Person“ in Steuerklasse III mit einem Eingangssteuersatz von 30 % (§ 19 Abs. 1 ErbStG) behandelt.

Kinderwunschverträge – Regelungspunkte bei lesbischen Paaren:

- Keine Mitwirkung der Partnerin bei der künstlichen Befruchtung der Wunschmutter.
- Im Hinblick auf die konkludente Unterhaltspflicht gegenüber dem Kind ist der Widerruf des Einverständnisses in die Insemination der Partnerin zu regeln.<sup>51</sup>
- Keine rechtlich bindende Verpflichtung zur Adoption des Kindes durch die Lebenspartnerin der künftigen Mutter und keine diesbezügliche Verpflichtung zur Zustimmung der Mutter des Kindes. Erst nach Zeugung des Kindes ist ein widerruflicher Adoptionsantrag in notarieller Form durch die Lebenspartnerin möglich. Die Zustimmung der Mutter kann erst acht Wochen nach der Geburt erklärt werden. Die Zustimmung eines bekannten Spendervaters kann nach der Zeugung und bereits vor der Geburt erklärt werden. Der Adoptionsantrag der Lebenspartnerin kann auch mit der Bestimmung verbunden werden, dass der Notar den Antrag einreichen soll (§ 1753 Abs. 2 BGB), sodass der Ausspruch auch im Fall des Todes der Antragstellerin noch erfolgen soll.
- Unterhaltsvereinbarungen zugunsten der Mutter und des Kindes sind bereits vor Durchführung der Insemination möglich.
- Erbrechtlich kann das (künftige) Kind bindend zum Erben oder Vermächtnisnehmer eingesetzt werden. Erbe selbst kann es nur werden, wenn es zum Zeitpunkt des Todes der entsprechenden (Lebens-) Partnerin bereits gezeugt ist.
- Erfolgt bei eingetragenen Lebenspartnerinnen keine Adoption, kann die Lebenspartnerin der Mutter mit deren Zustimmung das kleine Sorgerecht erhalten. Ferner können ihr Sorgevollmachten erteilt werden. Bei nicht in eingetragener Lebenspartnerschaft lebenden lesbischen Paaren kann der Lebenspartnerin der Mutter nur eine Sorgevollmacht erteilt werden.
- Ein Umgangsrecht steht der eingetragenen Lebenspartnerin und der Lebensgefährtin der Mutter gemäß § 1685 BGB als sonstiger Person zu. Regelungen diesbezüglich sind möglich, aber wohl nicht vertraglich bindend.

---

<sup>51</sup> Ausführlich *Herbert Grziwotz*, in: Ludwig Bergschneider (Hrsg.), Beck'sches Formularbuch Familienrecht, 4. Aufl. 2013, Form. O. II. 5.

- Vereinbarungen zum Sorge- und Umgangsrecht dürfen nicht von finanziellen Leistungen abhängen, insbesondere dürfen diesbezügliche Regelungen nicht Gegenleistung für die Verpflichtung zum Unterhalt gegenüber der Mutter und dem Kind darstellen.
- Hinterlegung der Daten des Samenspenders beim Notar oder beim Arzt, um dem Kind die Möglichkeit zu geben, jederzeit, also nicht erst nach Vollendung eines bestimmten Lebensalters, Auskunft über den Namen seines Vaters zu erhalten.
- Freistellung des Samenspenders von Unterhaltsansprüchen und erbrechtlichen Ansprüchen des Kindes für den Fall, dass keine Stiefkindadoption erfolgt.
- Freistellung des behandelnden Arztes und einer eventuellen Samenbank von Ansprüchen des Kindes, insbesondere auch wegen eines Verstoßes gegen ärztliche Standesrichtlinien, um dem lesbischen Paar eine Kinderwunscherfüllung zu ermöglichen.

Regelungen im Zusammenhang mit einem „Yes-Spender“, der zumindest teilweise Vaterrechte und -pflichten übernehmen möchte, werden unter Abschnitt V. dargestellt.

#### IV. Kinderwunscherfüllung schwuler Paare

Die Kinderwunscherfüllung schwuler Paare ist nur mittels einer Leih- bzw. Ersatzmutter möglich, die bereit ist, ihr Kind nach der Geburt zur Adoption durch den Lebenspartner des Samenspenders oder durch beide Lebenspartner, wenn das Kind mit Fremdsamen gezeugt wurde, freizugeben. Eine derartige Leih- bzw. Ersatzmutterschaft ist in Deutschland gesetzlich verboten (§ 1 Abs. 1 Nr. 7 ESchG). Deshalb sind auch diesbezügliche Vereinbarungen, jedenfalls bei Zahlung eines Entgelts oder einer Aufwandsentschädigung, nach überwiegender Ansicht ebenfalls rechtlich nicht wirksam möglich.<sup>52</sup> Unzulässig

---

<sup>52</sup> Vgl. auch §§ 13a, 13c, 13d, 14, 14b AdVermiG; siehe dazu OLG Hamm, Beschluss vom 2.12.1985 – 11 W 18/85, FamRZ 1986, S. 159 = NJW 1986, S. 781; AG Hamm, Beschluss vom 22.2.2011 – XVI 192/08, FamFR 2011, S. 551 = BeckRS 2011, 25140; *Dagmar Kaiser*, Elternglück durch Fremdspende und Leihmutterschaft?, in: Isabell Götz et al. (Hrsg.), *Familie – Recht – Ethik*, Festschrift für Gerd Brudermüller zum 65. Geburtstag, 2014, S. 357; *Christian Müller-Götzmann*, Artificielle Reproduktion und gleichgeschlechtliche Elternschaft, Veröffentlichungen des Instituts für deutsches, europäisches und internationales Medizinrecht, Gesundheitsrecht und Bioethik der Universitäten Heidelberg und Mannheim 35, 2009, S. 259 ff. und *Alexander Diehl*, Leihmutterschaft und Reproduktionstourismus, Schriften zum deutschen und ausländischen Familien- und Erbrecht 11, 2014, zugleich Dissertation jur. Marburg 2013, S. 122 ff. Vgl. zur Historie der Leihmutterschaft *Andreas*

ist auch die Verwendung eines „Samencocktails“ der beiden schwulen Männer zur Befruchtung der Leihmutter. Werden eine Leihmutterschaft und eine Adoption im Ausland rechtlich wirksam vereinbart und gerichtlich ausgesprochen, kann diese auch im Inland anzuerkennen sein.<sup>53</sup> Ob eine Adoption im Inland durch den Lebenspartner des leiblichen Vaters im Hinblick auf § 1741 Abs. 1 Satz 2 BGB ausgesprochen werden kann, bedarf einer besonderen Kindeswohlprüfung. Allerdings werden kaum Gründe ersichtlich sein, dem Kind einen zweiten Elternteil zu versagen, wenn die Mutter aufgrund der Durchführung im Ausland nicht feststeht bzw. diese gegenüber dem Kind keinerlei rechtliche Verpflichtungen hat.

Lebt das schwule Paar nicht in einer eingetragenen Lebenspartnerschaft, ergeben sich zusätzlich dieselben Probleme hinsichtlich der Unmöglichkeit der Adoption, der erbschaftsteuerlichen Belastung und des Sorgerechts wie bei lesbischen Paaren, die keine eingetragene Lebenspartnerschaft begründet haben.

Kinderwunschverträge – Regelungspunkte Leihmutterschaft:

- Wegen des Verbots der Durchführung im Inland praktisch kein Regelungsbedarf, für Durchführung im Ausland dortige Rechtslage beachten;
- Unterhaltspflichten und Erbrecht wie bei lesbischen Paaren, aber Risiko der Sittenwidrigkeit.

## V. Co-Elternschaft

Mitunter sollen mehr als zwei Personen rechtliche Elternpflichten gegenüber einem im Wege der Kinderwunscherfüllung gezeugten Kind übernehmen.<sup>54</sup> Dies betrifft den „Yes-Spender“ bei einem lesbischen Paar, aber auch die Mutter bei einem schwulen Paar. Ferner sind schwul-lesbische Co-Elternschaften nicht selten. Eine Mehrelternschaft lässt das Gesetz bisher nur nach einer Erwachsenenadoption mit „schwachen Wirkungen“ zu (§ 1770 BGB). Gleichzeitig zeigt das Gesetz damit, dass Mehrelternschaften grundsätzlich nicht ausgeschlossen sind. Allerdings ist bei minderjährigen Kindern eine Mehrelternschaft im Wege der gleichzeitigen und sukzessiven Annahme als Kind nicht mög-

---

*Bernard*, Kinder machen, Neue Reproduktionstechnologien und die Ordnung der Familie, Samenspender, Leihmütter, Künstliche Befruchtung, 2014, S. 282 ff.

<sup>53</sup> BGH, Beschluss vom 10.12.2014 – XII ZB 463/13, BeckRS 2014, 23505.

<sup>54</sup> Vgl. das Muster *Grziwotz*, (Anm. 51), Form. O. II. 5.

lich.<sup>55</sup> Hinsichtlich der leiblichen Eltern des Kindes ist auch die rechtliche Elternschaft mit allen sich daraus ergebenden Konsequenzen unproblematisch möglich. Mutter ist selbst bei einer Eizellenspende der lesbischen Partnerin die gebärende Frau (§ 1590 BGB). Rechtlicher Vater ist der Mann, der die Vaterschaft anerkennt (§ 1592 Nr. 2 BGB). Die Vaterschaftsanerkennung ist nur mit Zustimmung der Mutter möglich. Insofern können sich bei lesbischen Paaren Probleme ergeben, wenn der „Yes-Spender“ von seinen Rechten als Vater durch einen „Sperr-Vater“ ausgeschlossen werden soll.<sup>56</sup> Dieser kann nur im Wege der Anfechtung der Vaterschaft des Sperrvaters (§ 1600 Abs. 1 Nr. 2 BGB) und anschließender Feststellung seiner eigenen Vaterschaft Vater werden. Voraussetzung ist allerdings, dass zwischen dem Sperrvater und dem Kind keine sozial-familiäre Beziehung besteht. Umgekehrt kann ein späterer Sinneswandel des schwulen „No-Spenders“, der sich zunächst auf eine reine Samenspende zugunsten des lesbischen Paares beschränken wollte, dazu führen, dass der Spender nunmehr doch seine Vaterschaft feststellen lassen und Vaterrechte geltend machen möchte. Dies widerspricht der Intention des lesbischen Paares, das keine „Dreierbeziehung“ hinsichtlich des Kindes wünschte.

Kinderwunschverträge für eine Co-Elternschaft betreffen vor allem die Rechte der außenstehenden Co-Eltern. Handelt es sich dabei um einen „Yes-Spender“, stehen ihm zumindest die Rechte als biologischer Vater zu (§ 1686a BGB), und zwar auch dann, wenn das Kind adoptiert wurde.<sup>57</sup> Ein vertraglicher Verzicht hierauf ist, da es sich nur um Rechte und nicht um Pflichten handelt, nicht von vornherein ausgeschlossen. Allerdings dürfte eine Bindung an eine derartige Abrede wegen des Gegenstandes der Vereinbarung, die zumindest rudimentäre Elternrechte betrifft, ausscheiden. Unabhängig von den gesetzlichen Rechten können die Rechte des biologischen Vaters im Rahmen einer Vereinbarung umfassender ausgestaltet werden, soweit dies dem Kindeswohl entspricht.

Eine echte Mehrelternschaft ist erst nach Volljährigkeit des Kindes im Wege der Volljährigenadoption mit eingeschränkten Wirkungen möglich. Eine Verpflichtung im Kinderwunschvertrag zur Durchführung dieser Adoption mit Erreichung der Volljährigkeit ist nicht möglich. Sie scheitert zudem daran, dass hierzu auch der Antrag des Kindes erforderlich ist (§ 1786 Abs. 1 BGB) und

---

<sup>55</sup> Vgl. § 1742 BGB und § 9 Abs. 7 LPartG.

<sup>56</sup> Vgl. BGH, Urteil vom 15.5.2013 – XII ZR 49/11, NJW 2013, S. 2589.

<sup>57</sup> Str., wie hier *Barbara Veit*, in: Heinz Georg Bamberger/Herbert Roth (Hrsg.), BeckOKBGB, Stand: 1.11.2014, § 1686a, Rn. 7 und *Lore Maria Peschel-Gutzzeit*, in: Dagmar Kaiser et al. (Hrsg.), NomosKommentar BGB, Bd. 4: Familienrecht, 3. Aufl. 2014, § 1686a, Rn. 8; a.A. *Birgit Hoffmann*, Das Gesetz zur Stärkung der Rechte des leiblichen, nicht rechtlichen Vaters, FamRZ 2013, S. 1077, 1079.

nur von diesem höchstpersönlich gestellt werden kann. Allerdings können die Beteiligten Vereinbarungen treffen, die sie untereinander, aber auch das Kind so stellen, als würde eine Mehrelternschaft aufgrund einer Adoption rechtlich bestehen. Betroffen sind zunächst Unterhaltspflichten gegenüber den kinderbetreuenden Beteiligten, aber auch gegenüber dem im Wege der Kinderwunscherfüllung gezeugten Kind. Wegen der Unterhaltspflichten sollte ferner der Widerruf der Zustimmung zur konsentierten Kinderwunscherfüllung geregelt werden. Auch erbrechtliche Verfügungen sind zugunsten des Kindes möglich. Sie können vertraglich bindend im Wege des Erbvertrages, der auch zwischen mehr als zwei Personen abgeschlossen werden kann, in notarieller Form vereinbart werden. Das Sorgerecht können neben den rechtlichen Eltern dagegen nicht weitere Personen erhalten. Auch ein kleines Sorgerecht zugunsten des jeweiligen Stiefelternteils ist im Hinblick auf das gemeinschaftliche Sorgerecht der rechtlichen Eltern nicht möglich. Allerdings können den Stiefeltern jeweils Sorgevollmachten von beiden Eltern erteilt werden. Umgangsregelungen können ebenfalls getroffen werden. Wird ein Wechselmodell praktiziert, bei dem sich das Kind abwechselnd bei seinen Müttern und Vätern aufhält, kann ein Umgangsrecht bereits aufgrund § 1685 Abs. 2 BGB bestehen. Zu beachten ist, dass die Regelung der Mehrelternschaft auch bei einer Trennung sowohl der Partner des jeweiligen Paares als auch bei einem Zerwürfnis der Beziehungen zwischen den beiden Paaren weitergelten sollten, jedenfalls sofern sie die Rechte des Kindes betreffen. Insbesondere sollte eine erbrechtliche Verfügung zugunsten des Kindes, die dessen fehlendes gesetzliches Erb- und Pflichtteilsrecht ersetzen soll, nicht durch eine Lebenspartnerschaftsaufhebung der am Erbvertrag Beteiligten unwirksam werden.

Das Recht des Kindes auf Kenntnis seines biologischen Vaters darf, insbesondere auch bei einer Dreierbeziehung, bei der der Ehemann der Mutter rechtlicher Vater wird, nicht vereitelt werden. Insoweit bestehen kraft Gesetzes Mitwirkungspflichten zur Feststellung der Vaterschaft (§ 1598a BGB). Anders als bei anonymen Samenspendern und beim No-Spender eines lesbischen Paares sind Freistellungsverpflichtungen gegenüber dem Samenspender bei der Co-Elternschaft regelmäßig nicht gewünscht. Eine Ausnahme betrifft den Fall, dass beide Männer nicht zeugungsfähig sind und die Insemination mit Fremdsamen erfolgt. In diesem Fall kann auch eine rechtliche Vaterschaft bei zwei gleichgeschlechtlichen Paaren nur durch Anerkennung erreicht werden. Freistellungsverpflichtungen gegenüber dem behandelnden Arzt werden üblicherweise vereinbart.

Wunschelternvertrag – Regelungspunkte bei der Mehrelternschaft:

- Zustimmung und deren Widerruflichkeit zur Vornahme der Insemination, aber keine Mitwirkung vor allem der nicht den Samen spendenden Personen;
- Unterhaltsverpflichtungen der Co-Eltern gegenüber den rechtlichen Eltern und gegenüber dem Kind;
- erbrechtliche Regelungen zugunsten des Kindes;
- Vereinbarungen bezüglich des Sorge- und Umgangsrecht, wobei nur Sorgevollmachten denkbar sind. Weder das Sorge- noch das Umgangsrecht dürfen kommerzialisiert werden;
- keine Verpflichtung zur Adoption nach Volljährigkeit.

## VI. Embryo-Adoption („Snowflake-Kinder“)

Ein Embryotransfer ist nach deutschem Recht nicht ausdrücklich verboten. Es handelt sich um die Verwendung überzähliger Embryonen, um diese vor ihrer Vernichtung zu bewahren.<sup>58</sup> Die ärztlichen Standesrichtlinien zur Fortpflanzungsmedizin enthalten hierzu keine ausdrücklichen Regelungen. Diesbezügliche Vereinbarungen müssen zunächst das Recht der biologischen Eltern hinsichtlich der Entscheidung über die Verwendung des Embryos beachten. Eine Verwendung ist nur mit Zustimmung beider Elternteile möglich. Es genügt deshalb nicht, wenn die Mutter oder der Vater in eine Weiterverwendung einwilligt, während der andere Elternteil dies nicht wünscht. Deshalb muss hinsichtlich des Widerrufs auf beide Elternteile abgestellt werden.

Das Recht des Kindes auf Kenntnis seiner Abstammung nach seinem Vater muss auch im Falle einer Embryospende beachtet werden. Gleiches dürfte für das Recht des Kindes auf Kenntnis der Abstammung nach seiner Mutter, von der die Eizelle stammt, gelten. Auch wenn die rechtliche Mutter durch die Geburt festgelegt wird, gelten die Argumente, die für das Recht auf Kenntnis der Abstammung vom Vater sprechen, in gleicher Weise für die Kenntnis hinsichtlich der Abstammung von der Mutter. Der Umstand, dass die Kenntnis keine rechtliche Wirkung für das Kind hat, steht dem nicht entgegen. Auch im Rahmen des § 1686a BGB erkennt der Gesetzgeber ausdrücklich eine Elternfeststellung „light“ an.<sup>59</sup> Das Recht des Kindes ist nur gewahrt, wenn es wie bei einer echten Adoption spätestens mit Vollendung des 16. Lebensjahres, mög-

---

<sup>58</sup> Vgl. BT-Drs. 11/5460, S. 8 und dazu *Eva Schumann*, Elternschaft nach Keimzellenspende und Embryo-Adoption, MedR 2014, S. 736, 738.

<sup>59</sup> Vgl. BT-Drs. 17/12163, S. 12 und *Veit* (Anm. 57), § 1686a, Rn. 2.

licherweise aber auch schon früher,<sup>60</sup> die Möglichkeit hat, zu erfahren, wer seine leiblichen Eltern sind.

Eine Freistellung der Eizellenspenderin von Unterhalts- und Erbansprüchen des Kindes ist aufgrund der gesetzlich eindeutigen Regelung hinsichtlich der Mutterschaft derzeit nicht erforderlich. Allerdings kann vorsichtshalber auch eine Freistellung der Mutter von Unterhalts- bzw. Erbansprüchen des Kindes erfolgen. Hinsichtlich des Vaters gilt nichts anderes als bei einer heterologen Insemination. Anfechtungsrechte der Wunscheltern dürften analog § 1600 Abs. 5 BGB nicht bestehen, da beide mit der künstlichen Befruchtung einverstanden waren. Es handelt sich bei den Embryooptionen auch um eine Samenspende eines Dritten. Die Eizellspende hat der Gesetzgeber wegen der Regelung des § 1591 BGB nicht erwähnt. Geht man nicht von einer analogen Anwendung des § 1600 Abs. 5 BGB aus, ist ein Verzicht auf Anfechtungsrechte wohl nicht möglich.<sup>61</sup>

Auch im Rahmen der Keimzellspende und Embryooption ist eine Mehrelternschaft denkbar, wenn die leiblichen Eltern im Einverständnis mit den rechtlichen Eltern zumindest Teile der Elternverantwortung übernehmen möchten. Insofern gelten die Ausführungen zur Mehrelternschaft entsprechend, wobei jedoch die biologischen Eltern in diesem Fall nicht die rechtlichen Eltern sind und auch keine Stiefelternschaft besteht. Auch hinsichtlich des Erbschaftsteuerrechtes dürfte die Regelung über die Adoption (§ 15 Abs. 1a ErbStG) nicht entsprechend anwendbar sein.

Wunschelternvertrag – Regelungspunkte bei einer Embryo-Adoption:

- Zustimmung zur Weiterverwendung des Embryos durch beide biologischen Eltern und Widerruf der Zustimmung, wobei der Widerruf durch einen Elternteil genügt;
- Zustimmung zur Befruchtung der Frau mittels des Embryos durch die Wunscheltern;
- Recht des Kindes auf Kenntnis seiner Abstammung sowohl hinsichtlich der leiblichen Mutter als auch des leiblichen Vaters;
- Freistellung beider Spendereltern von (etwaigen) Ansprüchen des Kindes (Ausnahme: Co-Elternschaft);

---

<sup>60</sup> BGH, Urteil vom 28.1.2015 – XII ZR 201/13, NJW 2015, S. 1098.

<sup>61</sup> Vgl. BGH, Urteil vom 7.4.1983 – IX 24/82, BGHZ 83, S. 169 = FamRZ 1983, S. 686 = NJW 1983, S. 2073 und BGH, Urteil vom 12.7.1995 – XII ZR 128/94, FamRZ 1995, S. 1272 = NJW 1995, S. 2921.

- Freistellung der behandelnden Ärzte und der „Aufbewahrungsstellen“ von Ersatzansprüchen des durch die Embryooption anderen rechtlichen Eltern zugewiesenen Kindes.



# **Familienbildung mit Spendersamen: Forschungsstand, klinische Erfahrungen und juristische Erfordernisse aus psychosozialer Perspektive \***

*Petra Thorn*

- I. Einführung
- II. Stand der Forschung
  - 1. Körperliche und psychosoziale Entwicklung
  - 2. Aufklärung
  - 3. Interesse an der biologischen Herkunft
  - 4. Kontakt zum Spender bzw. zur Spenderin
  - 5. Halbgeschwister
  - 6. Haltung zur Gametenspende
- III. Psychosoziale Beratung
- IV. Juristische Erfordernisse aus psychosozialer Sicht
  - 1. Auskunftsrecht
  - 2. Freistellung des Samenspenders
  - 3. Dokumentation
  - 4. Öffentliche und zentrale Anlaufstelle, die ein Register führt
  - 5. Pro-aktives Freiwilligen-Register
  - 6. Psychosoziale Beratung
- V. Ausblick

## **I. Einführung**

Die Spendersamenbehandlung ist eine der ältesten medizinischen Eingriffe bei männlicher Unfruchtbarkeit. Hierbei wird die Partnerin mit dem Samen eines in der Regel anonymen Spenders inseminiert. Das so gezeugte Kind wächst mit der genetischen Mutter und dem sozialen Vater auf. Seit einigen Jahren nehmen nicht nur heterosexuelle Paare, sondern zunehmend auch lesbische und alleinstehende Frauen eine Samenspende in Anspruch, um eine Familie zu

---

\* Auch veröffentlicht in *Gesundheit und Pflege (GuP)* 2015, Heft 2, S. 47 ff.

gründen. Sie wenden sich an medizinische Einrichtungen in Deutschland, treffen private Absprachen oder führen eine Behandlung im Ausland durch. Zurzeit kann davon ausgegangen werden, dass in Deutschland im medizinischen System ca. 1000 Kinder pro Jahr geboren werden, deren Zeugung auf eine Samenspende zurückgeht. Über die Anzahl der Kinder, die im privaten System<sup>1</sup> oder im medizinischen System im Ausland gezeugt werden, gibt es keine Angaben. In den letzten 10 bis 20 Jahren wurde diese Form der Familienbildung zunehmend entstigmatisiert und Eltern gehen immer häufiger offen mit der Zeugungsart um: Sie sprechen mit dem Kind und in ihrem sozialen Umfeld über dessen Zeugungsart. Ebenso gab es vermehrt wissenschaftliche Untersuchungen, um die Entwicklung dieser Kinder und die Familiendynamik zu verstehen, und es wurden Empfehlungen für die psychosoziale Beratung der Wunscheltern und Familien ausgesprochen. Die rechtlichen Regelungen für Eltern, Spender und Kinder sind in vielen Ländern, darunter auch in Deutschland, jedoch noch unzureichend. Dieser Beitrag gibt einen Überblick über den Forschungsstand, die Inhalte der psychosozialen Beratung und die juristischen Erfordernisse aus psychosozialer Sicht.

## II. Stand der Forschung

Schon in den 1980er Jahre wurde begonnen, die Entwicklung von Kindern nach Samenspende zu untersuchen. Zunächst fokussierten sich diese Studien auf die körperliche Entwicklung und zeigten auf, dass diese unauffällig war. Zunehmend befassten sich Wissenschaftler mit folgenden Fragen: Wie gehen Eltern mit der Zeugungsart um, wie ist die Bindungsqualität zwischen Vater (als sozialem Elternteil) und Kind und unterscheidet sie sich im Vergleich zur Bindungsqualität zur Mutter (als sozialem und genetischem Elternteil), ist die Aufklärung des Kindes hilfreich und wann ist hierfür ein günstiges Alter. Zunächst waren diese Untersuchungen spärlich, denn aufgrund der Geheimhaltung waren nur wenige Eltern bereit, Außenstehenden – wozu auch Wissenschaftler gehörten – ihre Familienbildung zu offenbaren. Da immer mehr Familien mittlerweile offen mit der Samenspende umgehen, waren jedoch in den letzten zehn Jahren Studien mit größeren Stichproben sowie Langzeitstudien möglich, die den Entwicklungsverlauf von Kindern verfolgten.

---

<sup>1</sup> Die Zeugung im privaten System wird umgangssprachlich mit dem eher abwertenden Begriff der „Becherspende“ umschrieben. In diesem Beitrag wird zwischen der Zeugung im medizinischen System im In- und Ausland und im privaten System unterschieden. Diese Begrifflichkeit ist weniger wertend.

## 1. Körperliche und psychosoziale Entwicklung

Die körperliche, psychische und soziale Entwicklung der Kinder wird in allen Studien als unauffällig beschrieben. Dies wurde sowohl in Untersuchungen mit standardisierten Fragebögen und psychologischen Testverfahren als auch in qualitativen Studien festgestellt. Die Aufklärungsrate wurde in den 1990er und 2000er Jahre als niedrig bis sehr niedrig eingeschätzt. Mittlerweile zeigen einige Untersuchungen, dass immer mehr Eltern offen mit der Zeugungsart umgehen, belastbare Zahlen liegen jedoch bis heute nicht vor. Die niedrige Aufklärungsrate wurde mit dem Stigma der männlichen Unfruchtbarkeit, mit der Angst des Vaters vor einer möglichen Ablehnung durch das Kind und mit der Angst vor einer Stigmatisierung aufgrund der ungewöhnlichen Familienzusammensetzung erklärt (für eine Übersicht der Forschung siehe: Kentenich et al., 2014). Blyth et al. (2012) veröffentlichten eine Übersichtsarbeit, die die Themenbereiche der Aufklärung und der Bedürfnisse der so gezeugten Kinder zusammenfasst. Diese Arbeit basiert auf zwölf qualitativen und quantitativen Untersuchungen. Sie wurden zwischen 2000 und 2011 durchgeführt, hatten Stichprobengrößen von 8 bis 741 Teilnehmern und zielten darauf ab, die Erfahrungen und Einstellungen von Kindern und Erwachsenen zu verstehen, die mittels Gametenspende (Samen-, Eizell- und Embryonenspende) gezeugt waren. Aufgrund der geschichtlichen Entwicklung zeigt diese Übersichtsarbeit einige Besonderheiten auf. So nahmen überwiegend Personen nach Samenspende teil und bei der Mehrheit war der Spender zum Zeitpunkt der Erhebung anonym. In manchen Studien wurde nicht unterschieden, ob er dauerhaft anonym oder mit Volljährigkeit des Kindes identifizierbar ist. Diese Übersichtsarbeit beschreibt die folgenden Themenbereiche als bedeutungsvoll (nachstehend werden die Themenbereiche vor allem auf die in diesem Artikel im Fokus stehende Samenspende bezogen).

## 2. Aufklärung

Eine frühzeitige Aufklärung, d.h. vor dem sechsten Lebensjahr, wird in dieser Übersichtsarbeit empfohlen. Die Aufklärung im Kindergartenalter wurde in keiner Studie als belastend für Kinder oder Eltern beschrieben. Einige Studien wiesen zusätzlich darauf hin, dass die Aufklärung kein einmaliges Gespräch zwischen Eltern und Kind ist, sondern vielmehr als Prozess gestaltet werden sollte: Für junge Kinder ist die Tragweite der Zeugung mittels Gametenspende nicht erfassbar, im Laufe ihrer Entwicklung stellen sie jedoch zunehmend komplexere Fragen. Diejenigen, die über ihre Zeugungsart erst im Erwachsenenalter und nicht im Rahmen eines geplanten Gespräches mit ihren Eltern erfahren haben, beschrieben dies als verstörend. Sie berichteten von Gefühlen wie Schock, hinterfragten ihre Identität und konnten die Abstammung von

einem Spender oder einer Spenderin nur schwer in ihre Persönlichkeit integrieren. Hinzu kamen Gefühle von Wut und Vertrauensverlust gegenüber den Eltern, was sich negativ auf die Familiendynamik auswirkte. Bei manchen Teenagern führte die späte Aufklärung dazu, dass sie ihr Gefühl „anders zu sein“ und „sich nicht zur Familie zugehörig zu empfinden“ nachvollziehen konnten. In einigen wenigen Fällen war die späte Aufklärung eine Erleichterung, denn die Teenager oder jungen Erwachsenen wussten nun, dass sie eine schwerwiegende genetische Erkrankung eines Elternteils nicht geerbt hatten.

### 3. Interesse an der biologischen Herkunft

Das Interesse am Spender war in diesen Studien unterschiedlich ausgeprägt. Junge Kinder zeigten verständlicherweise wenig Interesse, aber auch Kinder lesbischer Eltern hatten eher geringes Interesse. In einer belgischen Studie (dort wird Spendern Anonymität gesetzlich zugesichert) war rund die Hälfte mit der Anonymität zufrieden, in einer amerikanischen Studie bedauerten jedoch 11 der 19 Teilnehmer dessen Anonymität. In vielen Studien äußerten die Teilnehmer großes Interesse an ihrer biologischen Herkunft. Sie wollten vor allem die sozialen, familiären und medizinischen Hintergründe der Spender erfahren, fragten sich jedoch auch, ob es körperliche und charakterliche Ähnlichkeiten gab, wollten die Gründe erfahren, weshalb diese Männer Samen gespendet hatten und wissen, ob sie mit einem Kontakt einverstanden wären. In den meisten Studien wollten die Teilnehmer deren Identität in Erfahrung bringen und Kontakt herstellen. Von manchen wurde dies weniger als Wunsch denn als ihr Recht formuliert.

### 4. Kontakt zum Spender bzw. zur Spenderin

Aufgrund der Anonymisierung und der mangelnden Dokumentation war es bis vor einigen Jahren nur für eine kleine Gruppe von Menschen möglich, Kontakt zum Spender aufzubauen. Dies hat sich in den letzten Jahren geändert. In einigen Ländern ermöglicht die Gesetzgebung mittlerweile die Umsetzung des Auskunftsrechts, in anderen rekrutieren Kliniken und Samenbanken zunehmend Spender, die mit einer (späteren) Kontaktaufnahme einverstanden sind.<sup>2</sup> In den Fällen, in denen es zu Kontakt zwischen Spendern und (erwachsenen) Kindern gekommen war, wurde dies überwiegend als positives Erlebnis geschildert. Nur in Ausnahmefällen war dieses Zusammentreffen problematisch:

---

<sup>2</sup> In Großbritannien wurde beispielsweise 2005 das Gesetz geändert und die amerikanische Samenbank XYTEX bietet seit 2014 auf [www.xytex.com/xyconnects.cfm](http://www.xytex.com/xyconnects.cfm) Kontaktmöglichkeiten zwischen Spendern, Kindern und Familien.

In einem Fall leitete der Spender juristische Schritte ein, um Kontakte zu verhindern, in einem weiteren ignorierte er Briefe oder Telefonate.

### 5. Halbgeschwister

In einigen Studien zeigten die Teilnehmer Interesse an Kontakten zu Halbgeschwistern auf, also zu weiteren Kindern eines Spenders, die per Samenspende gezeugt waren, bzw. zu seinen eigenen Kindern. In den Fällen, in denen ein solcher Kontakt hergestellt werden konnte, wurde auch dieser als positiv und als Bereicherung beschrieben. In einigen wenigen Fällen wurde eine große Anzahl von Halbgeschwistern bekannt. Dies war für alle zunächst irritierend und gewöhnungsbedürftig.

### 6. Haltung zur Gametenspende

Fast alle bezeichneten die Familienbildung mit Gametenspende als eine positive Entscheidung ihrer Eltern, solange die Identität des Spenders nicht anonym bleibt. Überraschend war, dass auch einige wenige Studienteilnehmer der anonymen Spende positiv gegenüberstanden, solange sie zumindest ein nicht-identifizierbares Profil des Spenders erhalten konnten.

## III. Psychosoziale Beratung

Für fast alle Paare, die eine Spendersamenbehandlung erwägen, ist die daraus resultierende Familienzusammensetzung ungewohnt und – zumindest bei heterosexuellen Paaren – zunächst auch ungewollt. Sie setzen sich nicht nur mit ihrer Trauer um ein Kind auseinander, das von beiden Elternteilen genetisch abstammt, sondern fragen sich, ob und wie sie genetische und soziale Elternschaft leben können, wie ihr soziales Umfeld auf die Samenspende reagiert und ob sie das Kind aufklären sollten. Damit heterosexuelle und lesbische Paare sowie alleinstehende Frauen über die langfristigen Folgen dieser Familienbildung informiert sind und sie diese mit Souveränität angehen können, sprechen sich immer mehr Fachverbände für eine psychosoziale Beratung vor der Samenspende aus (Thorn, 2006; Thorn/Wischmann, 2008b). Diese Beratung soll sicherstellen, dass Wunscheltern über medizinische und juristische Basisinformationen verfügen und sich vor allem mit den kurz- und langfristigen Implikationen auseinandergesetzt haben. Hierzu gehört die Unterstützung des o.a. Trauerprozesses, die Auseinandersetzung mit einer Familienzusammensetzung, die lange Zeit tabuisiert war und noch immer als abweichend von der Norm empfunden wird, sowie die Verarbeitung von Ängsten, die mit dieser außergewöhnlichen Zusammensetzung einhergehen (z.B. die Befürchtung, dass der

soziale Elternteil vom Kind abgelehnt wird, dass soziale Elternschaft als weniger wertvoll empfunden wird, dass Außenstehende die Entscheidung zur Samenspende kritisieren). Ein wichtiges Thema, das in der Beratung durchgesprochen wird, ist die Frage, ob und wie Kinder und das Umfeld aufgeklärt werden sollten. Basierend auf wissenschaftlichen Erkenntnissen sprechen psychosoziale Fachkräfte die Empfehlung der frühzeitigen Aufklärung des Kindes aus, zeigen Paaren auf, wie sie mit Kleinkindern altersgemäß darüber sprechen können und erläutern, wie Kinder sich im Laufe ihrer Entwicklung mit der Bedeutung ihrer Zeugung und des Spenders auseinandersetzen. Auch wird mit Wunscheltern besprochen, wie sie mit Familienangehörigen und Freunden über ihre geplante Familienform reden können. In manchen Fällen planen lesbische und alleinstehende Frauen eine Behandlung im Ausland. In diesen Fällen wird in der Beratung zusätzlich die Gesetzgebung des Behandlungslandes, das (gegebenenfalls fehlende) Auskunftsrecht des Kindes, dessen bi-nationale Abstammung sowie die Wahrscheinlichkeit von Halbgeschwistern in anderen Ländern exploriert. Ziel der Beratung vor Behandlungsbeginn ist, dass die Wunscheltern über alle Aspekte informiert sind und Entscheidungen treffen, die für sie auch langfristig tragfähig bleiben. Dazu gehört bei manchen Paaren auch die Entscheidung gegen eine Samenspende, sollten ihnen die Folgen als zu komplex oder schwierig erscheinen.

In den letzten Jahren und vor allem nach dem Urteil des Oberlandesgerichts Hamm (2013) im letzten Jahr suchen immer mehr Eltern eine Beratung auf, die ältere Kinder aufklären möchten. Auch hier sind psychosoziale Fachkräfte, die über entsprechende Kenntnisse verfügen, hilfreiche Anlaufstellen. Die klinische Erfahrung der Autorin zeigt auf, dass Kinder nach der Pubertät die Anonymität des Spenders nicht nur als ungerecht oder sogar als mutwillig vorenthaltene Information empfinden, sondern dies für sie mit Ohnmachtsgefühlen und quälender Ungewissheit einhergehen kann. In Zukunft wird ein weiteres Beratungsfeld möglicherweise die Vorbereitung und Begleitung von Kontakten zwischen Erwachsenen, Spendern und gegebenenfalls deren Familien sein (Crawshaw/Marshall, 2008).

Ähnliche Inhalte hat auch die Beratung vor einer Eizell- oder Embryonenspende.<sup>3</sup> Bei allen Behandlungen, die im Ausland geplant sind, sind zudem die

---

<sup>3</sup> Für die „Embryonenspende“ wird auch der Begriff „Embryonenadoption“ verwendet. Die Unterscheidungen zwischen beiden Begrifflichkeiten werden unterschiedlich begründet. In Bayern nennt sich der Verein, der dieses Thema voranbringen möchte, „Netzwerk Embryonenspende“ (siehe: [www.netzwerk-embryonenspende.de](http://www.netzwerk-embryonenspende.de)). Schumann (2014) verwendet den Begriff der Embryonenadoption mit der Argumentation, dass es sich um menschliches Leben und nicht um Gewebe oder Organe handelt. Im angelsächsischen

dortigen Regelungen bezüglich des Auskunftsrechts des Kindes zu thematisieren (Thorn/Wischmann, 2010). Viele Wunscheltern haben bei Behandlungsbeginn keine Kenntnisse der entsprechenden Gesetzgebung und bedauern im Nachhinein die Anonymität des Spenders/der Spenderin.

#### **IV. Juristische Erfordernisse aus psychosozialer Sicht**

Die momentanen Regelungen der Spendersamenbehandlung in Deutschland sind aus sozialpsychologischer Sicht unzureichend oder zumindest widersprüchlich. Einerseits wird diese Behandlung durch das Embryonenschutzgesetz nicht verboten und ist daher nicht nur für heterosexuelle Paare erlaubt, sondern kann bei lesbischen und alleinstehenden Frauen durchgeführt werden. Andererseits fehlen gesetzliche Regelungen, die den Spender schützen und den so gezeugten Menschen ein Auskunftsrecht einräumen. Zudem spricht sich die Bundesärztekammer (2006) gegen die Behandlung von Lesben und alleinstehenden Frauen aus und argumentiert mit dem Kindeswohl. Die wissenschaftliche Studienlage zeigt jedoch keine Beeinträchtigung dieser Kinder auf (Thorn/Wischmann, 2008a). Möglicherweise ist diese unbefriedigende Regelung zumindest teilweise auf historische Diskussionen zurückzuführen: Laut Fromm (1959) argumentierte die Deutsche Gesellschaft für gerichtliche und soziale Medizin in einer geschlossenen Sitzung des 62. Deutschen Ärztetages gegen eine gesetzliche Regelung, denn mit der Einführung von Gesetzen würde man diese Behandlung propagieren und zu ihrer Verbreitung beitragen. Grundsätzlich, so die damalige Haltung, gehöre aber jegliche Insemination verboten. Die aktuellen Regelungen sind zweideutig und lösen somit Unsicherheit bei allen Beteiligten aus. Seit Einführung des Kindschaftsrechtsverbesserungsgesetzes im Jahr 2002 kann die Vaterschaft durch die Eltern nicht mehr ange-

---

Raum wird „Embryonenspende“ verwendet, wenn die genetischen Erzeuger anonym bleiben, der Begriff „Embryonenadoption“ für eine Konstellation, in denen die abgebenden Eltern die Wunscheltern kennenlernen. International scheint sich noch keine konsistente Terminologie entwickelt zu haben. Da bei einer Adoption immer das Wohl eines bereits geborenen Kindes maßgeblich ist, ist der Begriff „Embryonenadoption“ möglicherweise irreführend, da keine konkrete Kindeswohlüberprüfung durchgeführt werden kann. Zudem haben Adoptierte in den meisten Ländern ein Auskunftsrecht. Dies haben Kinder nach Embryonenspende nicht durchgängig bzw. nicht für beide Erzeuger. So hat sich das bayerische Netzwerk für Embryonenspende vor einiger Zeit dafür ausgesprochen, dass Kinder ein Auskunftsrecht hinsichtlich des Erzeugers, aber nicht der Erzeugerin umsetzen können, da in Deutschland die rechtliche Mutterschaft an die Frau gebunden ist, die das Kind gebärt. Die entsprechenden Dokumente sind allerdings online nicht mehr einsehbar. Zurzeit ist online vermerkt, dass zwischen abgebenden Eltern und Wunscheltern Anonymität herrscht. Das Auskunftsrecht des Kindes wird nicht thematisiert.

fochten werden, solange diese in die Behandlung eingewilligt haben; eine notarielle oder zumindest schriftliche Behandlungseinwilligung ist mittlerweile bei den Samenbanken Standard. Allerdings steht dem Kind nach wie vor ein Anfechtungsrecht zu. Zudem gehen die Spender das Risiko der juristischen Vaterschaft ein, wenn ihr Samen für lesbische Paare verwendet wird. Bei verpartnerten lesbischen Paaren besteht dieses Risiko bis zur Stiefkindadoption durch die soziale Mutter, bei nicht verpartnerten Paaren besteht es grundsätzlich. Ebenso besteht dieses Risiko für Spender, deren Samen für alleinstehende Frauen verwendet wird. Weiterhin ist das Auskunftsrecht nicht gesetzlich geregelt und mit einiger Wahrscheinlichkeit wird die Dokumentation von den ca. 14 Samenbanken in Deutschland nicht einheitlich vorgenommen. Zudem trägt die mangelnde zentrale Dokumentation dazu bei, dass Männer bei mehreren Samenbanken spenden können und somit die Zahl ihrer Nachkommen nicht kontrolliert werden kann.

Nicht nur um juristische und vor allem familienrechtliche Eindeutigkeit zu erlangen, sondern auch um die Familienbildung mit Samenspende umfassend rechtlich zu regeln und so gezeugten Kindern, deren Eltern, den Spendern und Fachkräften einen sicheren juristischen Rahmen zu bieten und damit zur weiteren Entstigmatisierung beizutragen, sind aus psychosozialer Perspektive die folgenden Schritte erforderlich (für eine umfassende Diskussion der unterschiedlichen Stakeholder siehe: Hammel/Thorn, 2014).<sup>4</sup>

## 1. Auskunftsrecht

Ähnlich wie Adoptierte sollten Menschen nach Samenspende mit dem 16. Lebensjahr ein gesetzlich geregeltes Auskunftsrecht eingeräumt bekommen.<sup>5</sup> Es sollte eindeutig geregelt werden, dass und ab welchem Alter so gezeugte Menschen die Identität des Spenders erfahren können. International ist immer wieder argumentiert worden, dass sich die Aufhebung der Spenderanonymität negativ auf die Spendebereitschaft auswirken würde und dass davon auszugehen ist, dass sich die Zahl der Spender verringern wird. Sicherlich sind im Rahmen der Rekrutierung von identifizierbaren Spendern ausführlichere Ge-

---

<sup>4</sup> Für weitere Formen der Gametenspende wie der Embryonenspende oder der Eizellspende sind analoge Regelungen sinnvoll.

<sup>5</sup> Gassner et al. (2013) fordern in ihrem Entwurf für ein Fortpflanzungsmedizingesetz abweichend hiervon ein Auskunftsrecht ab dem 14. Lebensjahr ohne dies zu begründen. Grundsätzlich wäre auch ein Auskunftsrecht ohne festgelegtes Alter, sondern bei „ausreichender persönlicher Reife“ zu überdenken, da dies den Bedürfnissen interessierter jüngerer Kinder und gegebenenfalls derer Eltern entsprechen würde.

sprache zu führen, vor allem auch hinsichtlich möglicher Kontakte zwischen ihnen und den mit ihrem Samen gezeugten Kindern. Allerdings zeigt das englische Beispiel auf, dass sich die Zahl der Spender nicht verringert hat. Dort wurde die Anonymität 2005 aufgehoben und die Zahl der Spender ist in den Folgejahren sogar etwas angestiegen (Wilde/McTavish/Crawshaw, 2013). Die dort aktuell unzureichende Zahl von Spendern hängt damit zusammen, dass in den letzten Jahren zwei neue Gruppen vermehrt auf die Samenspende zugreifen, lesbische Paare und alleinstehende Frauen, und dass dies den Bedarf an Spendersperma deutlich erhöht hat.

## 2. Freistellung des Samenspenders

Männer, die ihren Samen im medizinischen Rahmen für Wunscheltern spenden, tun dies aus unterschiedlichen Gründen. Für viele ist es eine Kombination aus finanziellem Anreiz (Männer erhalten zurzeit ca. € 100,- pro Spende), aus Interesse an ihrer Gesundheit (sie werden umfassend auf Krankheiten und Fruchtbarkeit untersucht) und aus altruistischen Gründen (sie möchten Paare mit Kinderwunsch helfen) (Thorn/Katzorke/Daniels, 2008). Sie haben in der Regel keinerlei Interesse, eine Vaterrolle zu übernehmen, und sollten daher von unterhalts- und erbschaftsrechtlichen Forderungen freigestellt werden, unabhängig davon, ob die Wunscheltern heterosexuell, lesbisch oder alleinstehend sind.<sup>6</sup> Eine solche Regelung gibt es beispielsweise in England. Dort kann auf Männer, deren Samen von einer lizenzierten Einrichtung für eine Spende verwendet wird, keine juristische Vaterschaft übergehen. Diese geht auf den Wunschvater bzw. bei lesbischen Paaren in eingetragener Partnerschaft auf die soziale Mutter über, solange diese ihre Einwilligung zur Behandlung erteilt haben (Human Fertilisation and Embryology [HFE] Act, 2008). Falls Männer ihren Samen jedoch privat spenden, gehen sie das Risiko der Vaterschaft ein bzw. können diese beantragen. Eine ähnliche Regelung wäre auch für Deutschland sinnvoll.

---

<sup>6</sup> Die juristische Terminologie entspricht vielfach dem traditionellen Familienbild und basiert auf der Prämisse, dass der Mann, der ein Kind gezeugt hat, „Vater“ dieses Kind ist und seine „Vaterschaft“ auf unterschiedlichem Wege determiniert wird. Für die Familienbildung mit Gametenspende ist es hilfreich, eine differenzierte Terminologie zu verwenden. Im sozialpsychologischen Diskurs wird immer deutlicher, dass traditionelle Begrifflichkeiten nicht mehr angemessen sind und das Selbstverständnis dieser Familien nicht gebührend widerspiegeln (z.B. Wyverkens/Van Parys/Buysse, 2014). Es wäre sinnvoll, wenn eine solche sprachliche Sensibilität auch im juristischen Diskurs aufgenommen wird und in die Gesetzgebung einfließt. Da es noch keine einheitliche Terminologie gibt, wären Kenntnisse der aktuellen Diskussionen in beiden Bereichen sowie eine gegenseitige Abstimmung hilfreich.

### 3. Dokumentation

Seit 2007 sind Samenbanken bzw. Ärzte verpflichtet, die Dokumente, aus denen die behandelte Frau und der Spender hervorgehen, mindestens 30 Jahre aufzubewahren (Gewebegesetz, 2007; Transplantationsgesetz, 2007). Diese Regelung ist auf eine europäische Richtlinie (Europäische Union, 2004) zurückzuführen, die vor allem die Dokumentation von menschlichem Gewebe für Transplantationen klärt. Gameten, also Samen und Eizellen, wurden ebenso als menschliches Gewebe definiert wie Nieren und weitere Organe und fallen daher unter diese Richtlinie. Allerdings verfolgte diese Richtlinie primär medizinische Ziele: So soll z.B. in Infektionsfällen die Herkunft des Gewebes sichergestellt werden. Die Bedürfnisse von Personen, die mit Hilfe von Samen oder Eizellen gezeugt werden, wurden im Rahmen dieser Richtlinie wenig bis nicht diskutiert. Ihr Interesse ist jedoch auf eine deutlich längere Dokumentationszeit gerichtet, damit sie gegebenenfalls auch nach dem 30. Lebensjahr ein Auskunftsrecht umsetzen können. Eine Dokumentation von mindestens 80 Jahren scheint daher angemessen.

### 4. Öffentliche und zentrale Anlaufstelle, die ein Register führt

Die Einrichtung einer öffentlichen und zentralen Dokumentationsstelle der Spender- und Wunscherdaten, wie dies seit einigen Jahren in Großbritannien und Teilen von Australien der Fall ist (Millbank, 2014), hätte mehrere Vorteile: Spender und Wunscher hätten eine neutrale und unabhängige Anlaufstelle für erste Informationen zur Samenspende und die Möglichkeit, dass Männer in mehreren Einrichtungen spenden, wäre unterbunden. Wie relevant Letzteres ist, zeigt das Donor Sibling Registry in den USA auf. Dort wurde in den letzten Jahren mehrfach festgestellt, dass Kinder eine sehr große Anzahl von Halbgeschwistern haben (Jadva/Freeman/Kramer/Golombok, 2010), was für diese und deren Familien verstörend war. Hinzu kommt, dass DNA-Tests in Familien, die dort oder bei ähnlichen Organisationen registriert sind, zudem aufzeigen, dass Geschwisterkinder, die in einer Familie aufwuchsen und davon ausgingen, vom gleichen Spender abstammen, nur Halbgeschwister sind (Kramer, 2014; van Hooff, 2014). Offensichtlich hat die Samenbank die Zusage des gleichen Spenders für ein Geschwisterkind nicht eingehalten.

Vor allem jedoch böte eine solche Institution den so gezeugten Menschen eine neutrale Anlaufstelle, die sich der Kontaktwünsche zum Spender annehmen würde. Wie oben beschrieben sind viele dieser Kontakte unproblematisch. In den meisten Fällen wird daher eine Vorbereitung und gegebenenfalls eine Begleitung bei ersten Kontakten ausreichend sein. Allerdings sind auch hier problematische Situationen denkbar, und daher ist es erforderlich, dass in diesen

Stellen psychosoziale Fachkräfte angesiedelt sind, die über ausreichend Expertise verfügen, damit auch diese Fälle für alle Beteiligten möglichst wenig belastend verlaufen. Auch ermöglicht eine solche Institution Menschen, die nicht über ihre Zeugungsart aufgeklärt wurden, aber vermuten, dass sie mit Hilfe der Samenspende gezeugt wurden, die Möglichkeit, dies zu klären. Zudem sollten durch diese Institution hergestellte Kontakte wissenschaftlich begleitet werden, denn es fehlen hierfür fachliche Erkenntnisse. Es ist daher wichtig, Kontakte wissenschaftlich auszuwerten, sodass die Vorgehensweise kontinuierlich verbessert und den Bedürfnissen der Beteiligten angepasst werden kann.

## 5. Pro-aktives Freiwilligen-Register

Da seit 2007 die Dokumentation für mindestens 30 Jahre betrieben werden muss und dies sich auch auf die Daten seit 1997 bezieht, konnte zumindest theoretisch – davon ausgehend, dass das Auskunftsrecht mit 16 Jahren umgesetzt werden kann – 2013 die erste Kohorte junger Menschen die Identität ihres biologischen Erzeugers erfahren. Für alle Menschen, deren Zeugung vor 1997 lag, wäre die Einrichtung eines Freiwilligen-Registers sinnvoll. Dieses könnte – gemäß dem Vorbild des Donor-Conceived Register in Großbritannien oder ähnlichen Einrichtungen in Victoria, New South Wales und Western Australia in Australien (Millbank, 2014) – Anstrengungen unternehmen und pro-aktiv Spender, deren Samen vor 1997 zur Zeugung eines Kindes geführt hat, anschreiben, ihnen die Bedeutung des Auskunftsrechts schriftlich und bei Bedarf auch im persönlichen Gespräch darlegen und sie auf die Möglichkeit der Aufnahme in das Freiwilligen-Register hinweisen, sodass ihre Daten den mit ihrem Samen gezeugten Kinder offengelegt werden können. Zudem könnten in einem Freiwilligen-Register auch Kontaktanfragen nach Halbgeschwistern (sowohl weitere durch Samenspende gezeugte Kinder als auch die Kinder des Spenders) aufgenommen werden und im Rahmen von Öffentlichkeitsarbeit könnte auf diese Familienbildung und ihre Spezifika hingewiesen werden, ähnlich wie dies die Bundeszentrale für gesundheitliche Aufgaben für den Themenbereich des unerfüllten Kinderwunsches seit vielen Jahren durchführt.<sup>7</sup>

## 6. Psychosoziale Beratung

Die Spendersamenbehandlung löst bei Wunscheltern viel Unsicherheit aus. Sie sollten daher vor Behandlungsbeginn auf eine psychosoziale Beratung zurückgreifen können. Die Richtlinie der Bundesärztekammer (2006) sieht eine solche

---

<sup>7</sup> Siehe u.a. die Materialien der BZgA: <http://www.familienplanung.de/service/broschueren-der-bzga/kinderwunsch/> und hier: <http://www.familienplanung.de/kinderwunsch/>.

Beratung auch vor, in der Realität verweisen allerdings nur wenige Ärzte darauf (Stöbel-Richter/Thorn/Brähler/Kentenich/Wischmann, 2011). Es gilt daher, diese Beratungsempfehlung besser zu verankern: Für Ärzte sollte es verpflichtend sein, vor Behandlung auf eine Beratung zu verweisen, damit Wunscheltern von dieser Möglichkeit erfahren. Erforderlich wäre zudem eine verpflichtende Kooperation zwischen medizinischen und psychosozialen Fachkräften und der Ausbau von qualifizierter Beratung in diesem Bereich (Revermann/Hüsing, 2010).

## V. Ausblick

Um die Familienbildung mit Spendersamen weiterhin zu entstigmatisieren, wird es erforderlich sein, eindeutige gesetzliche Regelungen zu treffen. Diese hätten wichtige Signalwirkung nicht nur für Wunscheltern und Spender, sondern auch für gesellschaftspolitische Diskussionen. Der Gesetzgeber steht hier vor der Aufgabe, in einem aktualisierten Embryonenschutzgesetz oder einem neuen Fortpflanzungsmedizingesetz nicht nur medizinische Möglichkeiten und Grenzen zu definieren, sondern auch die familienrechtlichen Änderungen vorzunehmen. Damit wären nicht nur alle Beteiligten abgesichert, sondern die Familienbildung mit Spendersamen wäre juristisch gewürdigt und anerkannt. Nicht für alle Eltern und Kinder ist die Information über den Spender wichtig und bedeutungsvoll. Auch ist das Bedürfnis nach dem Informationsumfang individuell unterschiedlich. Da jedoch weltweit – auch in Deutschland – immer mehr Eltern offen mit ihrer Familienbildung umgehen und ihre Kinder über die Zeugungsart aufklären, kann davon ausgegangen werden, dass die Zahl der Auskunftersuche in den nächsten Jahren steigen wird. Mit der Einrichtung eines zentralen Registers und eines Freiwilligen-Registers würde der Gesetzgeber diese Bedürfnisse respektieren und verantwortungsvoll unterstützen – ein weiterer und elementarer Schritt zur Entstigmatisierung und Enttabuisierung.

## Literatur und Quellen

- Blyth, Eric/Crawshaw, Marilyn/Frith, Lucy/Jones, Caroline (2012), Donor-conceived people's views and experiences of their genetic origins: a critical analysis of the research evidence, *J Law Med* 19(4), S. 769-789.
- Bundesärztekammer (2006), (Muster-)Richtlinie zur Durchführung der assistierten Reproduktion – Novelle 2006, *Deutsches Ärzteblatt* 20, S. A1392-A1403.
- Crawshaw, Marilyn/Marshall, Lyndsey (2008), Practice experiences of running UK DonorLink, a voluntary information exchange register for adults related through donor conception, *Hum Fertil (Camb)* 11(4), S. 231-237.
- Europäische Union (2004), EU-Richtlinie 2004/23/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 zur Festlegung von Qualitäts- und Sicherheitsstandards für die Spende, Beschaffung, Testung, Verarbeitung, Konservierung, Lagerung und Verteilung von menschlichen Geweben und Zellen.
- Fromm, Ernst (1959), Artefizielle Insemination. Referat Dr. Fromm in der geschlossenen Sitzung des 62. Deutschen Ärztetages.
- Gassner, Ulrich/Kersten, Jens/Krüger, Matthias/Lindner, Josef Franz/Rosenau, Henning/Schroth, Ulrich (2013), Fortpflanzungsmedizingesetz, Augsburg-Münchener-Entwurf (AME-FMedG), Tübingen: Mohr Siebeck.
- Gesetz über Qualität und Sicherheit von menschlichen Geweben und Zellen (Gewebe-gesetz) (2007).
- Hammel, Andreas/Thorn, Petra (2014), Spendersamenbehandlung in Deutschland. Alles was Recht ist?! Dokumentation der ersten Erlanger Tagung zur Familienbildung mit Samenspende, Mörfelden: FamART.
- Human Fertilisation and Embryology (HFE) Act (2008).
- Jadva, Vasanti/Freeman, Tabitha/Kramer, Wendy/Golombok, Susan (2010), Experiences of offspring searching for and contacting their donor siblings and donor, *Reprod Biomed Online* 20(4), S. 523-532.
- Kentenich, Heribert/Brähler, Elmar/Kowalcek, Ingrid/Strauß, Bernhard/Thorn, Petra/Weblus, Anna Julka et al. (2014), Leitlinie psychosomatisch orientierte Diagnostik und Therapie bei Fertilitätsstörungen (2. Aufl.), Gießen: Psycho-sozial Verlag.
- Kramer, Wendy (2014), DSR – Donor Sibling Registry, mündliche Mitteilung 12.08.2014.
- Millbank, Jenni (2014), Identity disclosure and information sharing in donor conception regimes: the unfulfilled potential of voluntary registers, *International Journal of Law, Policy and the Family* 28, S. 223-256.

- Oberlandesgericht Hamm (2013), I-14 U 7/12, BeckRS 2013, 02505.
- Revermann, Christoph/Hüsing, Bärbel (2010), Fortpflanzungsmedizin. Rahmenbedingungen, wissenschaftlich-technische Entwicklungen und Folgen, 15.09.2012, from <http://www.tab-beim-bundestag.de/de/publikationen/berichte/ab139.html>.
- Schumann, Eva (2014), Elternschaft nach Keimzellspende und Embryooption, MedR 32, S. 736-749.
- Stöbel-Richter, Yve/Thorn, Petra/Brähler, Elmar/Kentenich, Heribert/Wischmann, Tewes (2011), Umfrageergebnisse zum Stellenwert psychosozialer Beratung in reproduktionsmedizinischen Zentren in Deutschland – eine Pilotstudie, J. Reproduktionsmed. Endokrinol. 8(6), S. 416-423.
- Thorn, Petra (2006), Recipient counseling for donor insemination, in: Sharon N. Covington/Linda Hammer Burns (Hrsg.), Infertility Counseling, A comprehensive handbook for clinicians (2. Aufl.), Cambridge, New York: Cambridge University Press, S. 305-318.
- Thorn, Petra/Katzorke, Thomas/Daniels, Ken (2008), Semen donors in Germany: A study exploring motivations and attitudes, Hum Reprod 23(11), S. 2415-2420.
- Thorn, Petra/Wischmann, Tewes (2008a), Eine kritische Würdigung der Novellierung der (Muster-) Richtlinie der Bundesärztekammer 2006 aus der Perspektive der psychosozialen Beratung, J. Reproduktionsmed. Endokrinol. 1, S. 39-44.
- Thorn, Petra/Wischmann, Tewes (2008b), Leitlinien für die psychosoziale Beratung bei Gametenspende, J. Reproduktionsmed. Endokrinol. 3, S. 147-152.
- Thorn, Petra/Wischmann, Tewes (2010), Leitlinien des BKiD „Psychosoziale Beratung für Frauen und Männer, die eine Kinderwunschbehandlung im Ausland beabsichtigen“, J Reproduktionsmed Endokrinol 7(5), S. 394-401.
- Transplantationsgesetz idF. 04.09.2007 (2007).
- van Hooff, Hans (2014), FIOM – Specialist bij ongewenste zwangerschap en afstammingsvragen, mündliche Mitteilung 13.08.2014.
- Wilde, Ruth/McTavish, Alison/Crawshaw, Marilyn (2013), Family building using donated gametes and embryos in the UK: Recommendations for policy and practice on behalf of the British Infertility Counselling Association and the British Fertility Society in collaboration with the Association of Clinical Embryologists and the Royal College of Nurses Fertility Nurses Forum, Hum Fert (Camb), online first.
- Wyverkens, Elia/Van Parys, Hanna/Buysse, Ann (2014), Experiences of Family Relationships Among Donor-Conceived Families: A Meta-Ethnography, Qual Health Res, epub ahead of time.





## Verzeichnis der Teilnehmer des Workshops

Univ.-Prof. Dr. Erwin **Bernat**, Graz  
Rechtsanwältin Dr. Christa **Bienwald**, Oldenburg  
Prof. em. Dr. Werner **Bienwald**, Oldenburg  
Prof. em. Dr. Dagmar **Coester-Waltjen**, LL.M., Universität Göttingen  
Giulia **Conte**, Universität Göttingen  
Vors. Richter am Bundesgerichtshof Joachim **Dose**, Karlsruhe  
Vors. Richter am Kammergericht Rüdiger **Ernst**, Berlin  
Carsten **Fitting**, Universität Göttingen  
Anke **Germerott**, Universität Göttingen  
Ministerialrätin im BMJV Dr. Daniela **Goerdeler**, Berlin  
Notar Prof. Dr. Dr. Herbert **Grziwotz**, Regen  
Richter am Amtsgericht Dr. Stephan **Hammer**, Berlin  
Laura **Hasse**, Universität Göttingen  
Prof. Dr. Tobias **Helms**, Universität Marburg  
Prof. Dr. Waichiro **Iwashi**, Universität Tokyo  
Prof. Dr. Matthias **Jestaedt**, Universität Freiburg i. Br.  
Prof. Dr. Dagmar **Kaiser**, Universität Mainz  
Prof. Dr. Volker **Lipp**, Universität Göttingen  
Simon **Marchlewski**, Universität Göttingen  
Rechtsanwältin Dr. Lore Maria **Peschel-Gutzeit**, Berlin  
Richter am Amtsgericht i.R. Horst-Heiner **Rotax**, Adendorf  
Semra **Sagir**, Universität Göttingen  
apl. Prof. Dr. Adrian **Schmidt-Recla**, Universität Leipzig  
Prof. Dr. Eva **Schumann**, Universität Göttingen  
Rechtsanwalt und Notar Wolfgang **Schwackenberg**, Oldenburg  
Richter am Oberlandesgericht Dr. Alexander **Schwonberg**, Celle  
Prof. Dr. Andreas **Spickhoff**, Universität Göttingen  
Ute **Steiner**, Universität Göttingen  
Dr. Marlene **Steinger**, European Centre of Tort and Insurance Law Wien  
Stefanie **Sucker**, Universität Bonn  
Prof. Dr. Yukiko **Takahashi**, Universität Tokyo  
Dr. Petra **Thorn**, Mörfelden  
Prof. em. Dr. Dr. h.c. Laszlo A. **Vaskovics**, Universität Bamberg  
Prof. Dr. Barbara **Veit**, Universität Göttingen  
Prof. Dr. Claudia **Wiesemann**, Universität Göttingen  
Dipl. Rechtspflegerin Dagmar **Zorn**, Hochschule für Wirtschaft und Recht Berlin

Der vorliegende Band vereinigt die Referate des am 31. Oktober 2014 veranstalteten 13. Göttinger Workshops zum Familienrecht, der sich mit den familienrechtlichen Folgen der Kinderwunschbehandlung mit fremden Keimzellen beschäftigt hat. Da ein deutsches Fortpflanzungsmedizingesetz fehlt, müssen zentrale Fragen des Abstammungsrechts (wie etwa die rechtliche Zuordnung des Kindes zum Wunscherternteil) mit den auf die natürliche Fortpflanzung ausgerichteten Regelungen mehr schlecht als recht gelöst werden. Seit Jahrzehnten werden daher Reformen angemahnt und zunehmend übernimmt die höchstrichterliche Rechtsprechung die Aufgabe, Lösungen im Wege der richterlichen Rechtsfortbildung zu entwickeln. Die Beiträge des vorliegenden Bandes geben einen Überblick über die aktuelle Diskussion um eine Reform des Abstammungsrechts und ergänzen diese durch die Einbindung verfassungsrechtlicher, rechtsvergleichender und interdisziplinärer Aspekte.

Band 17 der Reihe „Göttinger Juristische Schriften“

Die Reihe wird von der Juristischen Fakultät der Georg-August-Universität herausgegeben und macht Veranstaltungen an der Fakultät einer interessierten Öffentlichkeit zugänglich.

ISBN: 978-3-86395-209-9

ISSN: 1864-2128



Universitätsverlag Göttingen