



## beitrag des monats

Herbert Grziwotz

# Rechtsprobleme der „künstlichen“ Befruchtung

Das erste durch extrakorporale künstliche Befruchtung (In-vitro-Fertilisation, IVF)<sup>1</sup> gezeugte Kind Louise Joy Brown wird am 25. Juli dieses Jahres 40 Jahre alt.<sup>2</sup> Mittlerweile sind in Deutschland auf diese Weise ca. 244.000 „Retortenbabys“ gezeugt worden; jedes 40ste Kind im Inland entsteht somit durch diese medizinische Methode.<sup>3</sup> Gleichwohl hat das deutsche Abstammungsrecht nur punktuell auf die zwischenzeitlich viel weitergehenden Möglichkeiten der modernen Reproduktionsmedizin reagiert.<sup>4</sup> In der notariellen Praxis kann deshalb nur versucht werden, aus diesen Regelungen einen Rahmen für Gestaltungen im konkreten Fall zu erarbeiten.

## A. Von der Abstammung zur „Eltern-Kind-Zuordnung“ oder „Abstammung für alle“?

### I. Abstammungsrecht und biologische Elternschaft

Das geltende Abstammungsrecht ist grundsätzlich an der biologischen Elternschaft ausgerichtet. Die rechtliche Zuordnung,

die für das Abstammungsrecht maßgeblich ist, geht, wie insbesondere die rechtliche Zuordnung des Kindes zur gebärenden Frau (§ 1591 BGB) und die Anerkennung der Vaterschaft durch einen Mann (§§ 1592 Nr. 2, 1597a Abs. 5 BGB)<sup>5</sup> zeigen, jedoch bereits darüber hinaus. Die moderne Fortpflanzungsmedizin (Insemination, Leihmutterschaft, Ei- und Embryonenspende), die im Ausland teilweise unbeschränkt zulässig ist, führt dazu, dass die **Abweichung zwischen biologischer und rechtlicher Abstammung** immer größer wird.<sup>6</sup> Der Abschlussbericht des Arbeitskreises zur Entwicklung der Grundlagen eines neuen Abstammungsrechts beim BMJV<sup>7</sup> möchte die §§ 1591 ff. BGB konsequent auch nicht mehr mit „Abstammung“, sondern mit „Eltern-Kind-Zuordnung“ überschreiben. Als rechtliche Mutter soll jedoch weiterhin die gebärende Frau gelten. Dagegen soll die zweite Elternstelle „fungibel“ werden: Hier gilt die Elternschaft für alle. Als zweiter Elternteil soll sowohl ein Mann („Vater“) als auch eine Frau („Mit-Mutter“) in Betracht kommen.<sup>8</sup> Bei der ärztlich assistierten Fortpflanzung mit Spendersamen soll die Person die zweite Elternstelle einnehmen, die in die künstliche Befruchtung eingewilligt hat („konsentierende Elternschaft“). Eine multiple bzw. plurale Elternschaft, d. h. mehr als zwei Eltern, lehnt der Reformarbeitskreis ab, obwohl sie in der

<sup>1</sup> In der Medizin wird der Begriff der künstlichen Befruchtung überwiegend für extrakorporale Befruchtungsvorgänge verwendet (zur umgangssprachlichen Verwendung siehe <https://www.informationsportal-kinderwunsch.de/behandlung/> (Stand: 12.3.2018). Bei der Intra-uterinen-Insemination (IUI) handelt es sich im Kern um einen technischen „Besamungsvorgang“; dabei wird das Ejakulat oder die darin enthaltenen, durch Zentrifugation und Resuspendieren des Sediments in einem Kulturmedium gewonnenen Spermien durch die Scheide hindurch in die Gebärmutter (Uterus) gegeben (siehe dazu Dorn, Gynäkologische Endokrinologie 2, 2012, 121 ff.). Die Verwendung einer Samenspende wird medizinisch als donogene Insemination bezeichnet. Dank gilt Dr. Manfred Schleyer und Dr. Irene von Hertwig vom Kinderwunsch Centrum München für die kritische Durchsicht und für zahlreiche wertvolle Hinweise bzw. Ergänzungen in medizinischer und biologischer Hinsicht.

<sup>2</sup> Siehe dazu nur Bernard, Kinder machen, 2014, 373 ff.

<sup>3</sup> Siehe dazu nur Kentenich, ErbR 2017, 385; vgl. auch Dethloff/Gerhardt, ZRP 2013, 91 ff. Weltweit sind es wohl bereits über 5 Millionen „Retortenbabys“ (vgl. zu den Zahlen Journal für Reproduktionsmedizin und Endokrinologie SoH 1/2017, 275 ff. (mod. ND) = DIR Jb. 2014, 8 ff. u. Lassek, Herber Korrespondenz Spezial 1/2017, 7, 8).

<sup>4</sup> Kritisch zuletzt Löhnig, ZRP 2017, 205 ff.

<sup>5</sup> Ausführlich Sanders, FamRZ 2017, 1189 ff.; Grziwotz, MittBayNot 2018, Heft 3 (erscheint demnächst) und Grziwotz, FamRB 2018 (erscheint demnächst).

<sup>6</sup> Siehe dazu nur Campell, NZFam 2016, 721 ff.; Caspary, NZFam 2016, 296 ff. u. Helms; NJW Beil. 2/2016, 49 ff.

<sup>7</sup> Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz, Arbeitskreis Abstammungsrecht: Abschlussbericht – Empfehlungen für eine Reform des Abstammungsrechts, 2017, 33 ff. (Vorsitzende war die frühere Vorsitzende Richterin des BGH-Familiensenats, Meo-Micaela Hahne); siehe dazu Löhnig; ZRP 2017, 205 ff. und kurz Wellenhofer, NZFam-Editorial, Heft 17/2017. Die Regierungsparteien (CDU, CSU und SPD) wollen nach dem Regierungsvertrag 2018 (Zeile 6263 in der SPD-Version) diese Empfehlungen im Rahmen von Anpassungen des Abstammungsrechts, die durch die zunehmenden Möglichkeiten der Reproduktionsmedizin und Veränderungen der Gesellschaft veranlasst sind, prüfen.

<sup>8</sup> Zur Co-Mutterschaft in Europa kurz Dethloff; NJW 2018, 223/227 u. ausführlich Dethloff; FS f. Coester-Waltjen, 2015, 41, 49f.

Praxis schwul-lesbischer Elternschaften längst praktiziert wird und bei einer Zwei-Elternschaft der biologische Vater, der nicht nur bloßer Samenspende sein will, auf diese Rolle reduziert wird.<sup>9</sup>

## II. Die Möglichkeiten der modernen Fortpflanzungsmedizin

Die moderne Fortpflanzungsmedizin<sup>10</sup> ermöglicht im Rahmen assistierter Fortpflanzung:

- Die **homologe Befruchtung**, bei der die Befruchtung mit dem Samen des Partners entweder im Körper der Frau (in vivo) oder außerhalb im Reagenzglas (in vitro), eigentlich in einem Einmal-Plastikröhrchen oder -schälchen, durchgeführt wird. Probleme ergeben sich bei einem Widerruf der zunächst erteilten Einwilligung<sup>11</sup> und bei einer (in Deutschland verbotenen) postmortalen Befruchtung.<sup>12</sup>
- Die **heterologe Befruchtung**, bei der die Befruchtung der Frau mit dem Samen eines anderen Mannes (Samenspende) als des späteren zweiten rechtlichen Elternteils entweder im Körper der Frau oder in vitro durchgeführt wird.<sup>13</sup> Probleme ergeben sich bei nicht verheirateten verschiedengeschlechtlichen Paaren, wenn der Mann nach der Schwangerschaft die Vaterschaft nicht anerkennt, und bei verheirateten lesbischen Paaren, wenn die Mit-Mutter später das Kind nicht adoptiert. Für den Samenspende kann eine private Samenspende („Becherspende“) zur ungewollten späteren Vaterschaft führen; dies ist bei einer ärztlich unterstützten künstlichen Befruchtung, die bis zum 1.7.2018 durchgeführt wird, ebenfalls noch möglich.<sup>14</sup>
- Die (in Deutschland verbotene) kommerzielle **Eizellen- oder Embryonenspende** (§ 1 Abs. 1 Nr. 1 und 6 ESchG), bei der einer Frau<sup>15</sup> eine Eizelle oder ein Embryo vor Abschluss der Einnistung in die Gebärmutter entnommen und einer anderen Frau eingepflanzt wird.<sup>16</sup>

<sup>9</sup> Siehe dazu *Sanders*, Mehrelternschaft, 2018, 197 ff. u. 432 f.; *dies.*, NJW 2017, 925 ff.; *Plettenberg*, Vater, Vater, Mutter, Kind. Ein Plädoyer für die rechtliche Mehrvaterschaft, 2016, 84 ff.; *Klopstock*, ZRP 2017, 165 ff.

<sup>10</sup> Siehe dazu nur *Dethloff*, JZ 2014, 922 ff.; *Grziwotz*, NZFam 2014, 1065 ff. u. *Wellenhofer*, GuP 2014, 127 ff.; zu psychosozialen Hilfestellungen bei infertilen Frauen und Männern siehe *Wischmann*, Journal für Reproduktionsmedizin und Endokrinologie 1, 2017, 8 ff.; zum männlichen Partner bei der donogenen Insemination instruktiv *Wischmann/Thorn*, Journal für Reproduktionsmedizin und Endokrinologie 3, 2014, 133, 137 ff.

<sup>11</sup> Siehe nur LG Bonn, Urt. v. 19.10.2016 – 1 O 42/16, FamRZ 2017, 447.

<sup>12</sup> § 4 Abs. 1 Nr. 3 ESchG; vgl. OLG Rostock, Urt. v. 7.3.2010 – 7 U 67/09, FamRZ 2010, 1117 u. OLG München, Urt. v. 21.9.2016 – 8 O 2014/16, FamRZ 2017, 904.

<sup>13</sup> Zur steuerlichen Anerkennung bei gleichgeschlechtlichen Paaren siehe BFH, Urt. v. 5.10.2017 – VI R 47/15, FamRZ 2018, 305 = NJW 2018, 492 = DStR 2018, 63.

<sup>14</sup> Vgl. Art. 4 Gesetz zur Regelung des Rechts auf Kenntnis der Abstammung bei heterologer Verwendung von Samen v. 17.7.2017, BGBl I 2017, 2513.

<sup>15</sup> Nach *Kentenich*, ErbR 2017, 385 haben ca. 1-2 % der Frauen unter 40 Jahren in Deutschland keine Eizellen mehr und können deshalb nur über eine (nicht kommerzielle) Eizellspende schwanger werden. Die beteiligten Frauen werden nicht bestraft (§ 1 Abs. 3 Nr. 1 ESchG); der ausführende Arzt macht sich allerdings auch bei einer nicht kommerziellen Eizellspende strafbar; zum versagten Krankenversicherungsschutz siehe BGH, Urt. v. 14.6.2017 – IV ZR 141/16, NJW 2017, 2348.

<sup>16</sup> Vgl. allerdings EGMR, Urt. v. 1.4.2010 – 58813/00, FamRZ 2010, 957; EGMR, Urt. v. 27.8.2015 – 46470/11, FamRZ 2015, 1865 u. EuGH, Urt. v. 18.10.2011 – C 34/10, EuZW 2011, 908; siehe dazu *Schewe*, FamRZ 2014, 90 ff., *Taupitz/Hermes*, NJW 2015, 1802 ff. und *Müller-Terpitz*, ZRP 2016, 51 ff.

- Die **Spende eines** in vitro „geschaffenen“ **Embryos** (§ 8 Abs. 1, 1. Alt. ESchG: befruchtete Eizelle nach Verschmelzung der zwei Vorkerne), der von seinen genetischen Eltern wegen eines abgeschlossenen Kinderwunsches nicht mehr für einen Embryonentransfer in die eigene Gebärmutter der Frau und damit für eine (weitere) eigene Schwangerschaft benötigt wird, fällt in eine rechtliche Grauzone;<sup>17</sup> juristisch ähnelt der Vorgang der Annahme eines Kindes.
- Die **Spende von** in vitro entstandenen kryokonservierten befruchteten (imprägnierten) Eizellen (**Vorkern-Stadien**), die rechtlich noch komplizierter als die Embryonenspende ist;<sup>18</sup> auch hier handelt es sich um befruchtete Eizellen, die von ihren genetischen Eltern nicht mehr zur eigenen Kinderwunscherfüllung benötigt werden; diese imprägnierten Eizellen, die durch In-vitro-Fertilisation oder durch intrazytoplasmatische Spermieninjektion (ICSI) geschaffen wurden und bei denen zwei Vorkerne (Pronuclei) zu sehen sind, müssten aufgetaut und für einen Tag kultiviert werden, damit die Kernverschmelzung zu einem Embryo für eine Spende an eine andere Frau, von der die Eizelle nicht stammt, erfolgt. Dies untersagt aber § 1 Abs. 1 Nr. 2 ESchG.<sup>19</sup>
- Die (in Deutschland verbotene, aber im Ausland vielfach legal mögliche) **Trage- und Leihmutterschaft** (§ 1 Abs. 1 Nr. 2, 6 und 7 ESchG, §§ 13c, 14 b AdVermiG), bei der einer Frau (= Leihmutter) eine fremde Eizelle eingepflanzt wird, die in vitro mit dem Samen des Mannes der Frau, von der die Eizelle stammt, oder mit dem Samen eines Spenders befruchtet wurde.<sup>20</sup> Die genetische Mutter kann nach deutschem Recht nicht als (biologische und rechtliche) Mutter anerkannt werden.<sup>21</sup>
- Die (in Deutschland verbotene, aber im Ausland vielfach legal mögliche) **Ersatzmutterschaft** (auch Leihmutter-schaft genannt),<sup>22</sup> bei der eine Frau ein eigenes Kind, das mit dem Samen des Mannes einer unfruchtbaren Frau, eines Lebenspartners eines schwulen Paares oder eines Dritten befruchtet wird, austrägt und nach der Geburt den Wunschertern vereinbarungsgemäß zur Adoption oder „*Elternfeststellung*“ nach dem Recht des betreffenden ausländischen Staates überlässt.<sup>23</sup> Fraglich ist, ob diese im Inland

<sup>17</sup> Siehe dazu *Schumann*, MedR 2014, 736 ff. u. *Kaiser*, FS. f. Brudermüller, 2014, 357, 362 ff. Faktisch stehen hierfür nur wenige kryokonservierte Embryonen zur Verfügung. Zur (versagten) Vaterschaftsfeststellung hinsichtlich im Ausland extrakorporal eingefrorener Embryonen s. BGH, Beschl. v. 24.8.2016 – XII ZB 351/15, FamRZ 2016, 1849 = NJW 2016, 3174 u. BVerfG, Beschl. v. 11.1.2017 – 1 BvR 2322/16, FamRZ 2017, 207.

<sup>18</sup> Ohne diese Differenzierung kurz *Kaiser*, FS f. Brudermüller, 2014, 357, 360 und *Revermann/Hüsing*, Fortpflanzungsmedizin – Rahmenbedingungen, wissenschaftlich-technische Entwicklungen und Folgen, 2010, 201.

<sup>19</sup> Günther/Taupitz/Kaiser/Günther, ESchG, 2. Aufl. 2014, § 1 Abs. 1 Nr. 2 Rn 15 a. E.

<sup>20</sup> Siehe dazu *Funcke*, NZFam 2016, 207 ff. und *Löhnig*, NZFam 2017, 546 ff.; kritisch zu den Verboten *Hilgendorf*, Einf. in das Medizinstrafrecht, 2016, 7. Kap. Rn 29 ff. und *Tschudin/Griesinger*, Gynäkologische Endokrinologie 2, 2012, 135, 137.

<sup>21</sup> Vgl. VG Berlin, Beschl. v. 5.9.2012 – VG 23 L 283/12, FamRZ 2013, 738.

<sup>22</sup> Zur Verbreitung in Europa siehe nur *Dethloff*, NJW 2018, 23, 26; kritisch zur Leihmutterschaft von *Falkenhayn/Weinberg*, Herder Korrespondenz Spezial 1/2017, 44 ff. und *Patzel-Matten*, Herder Korrespondenz Spezial 1/2017, 40 ff.

<sup>23</sup> Siehe dazu *Duden*, StAZ 2017, 225 ff.; *Funcke*, NZFam 2016, 207 ff.; *Heiderhoff*, NJW 2014, 2673 ff.; *Krefß*, FPR 2013, 240 ff. und *Löhnig*, NZFam 2017, 546 ff.; vgl. auch EGMR, Urt. v. 24.1.2017 – 25358/12, FamRZ 2017, 444 = NJW 2017, 941 (*Paradiso u. Campanelli vs. Italien*) und dazu auch *Hösel*, StAZ 2017, 162 ff.



verbotene Form der Erfüllung des Kinderwunsches aus Gründen des Kindeswohls später anerkannt werden muss.<sup>24</sup>

Die aufgrund der modernen Fortpflanzungsmedizin mögliche „dissoziierte Elternschaft“ führt dazu, dass ein Kind bis zu sechs verschiedene Eltern haben kann, wenn man die Patchworksituation aufgrund späterer Trennungen unberücksichtigt lässt: die Spenderin des Eizellplasmas, die Spenderin des Eizellkerns, den Spender der Samenzelle, die gebärende Frau (= rechtliche Mutter), die soziale Mutter und den rechtlichen Vater.<sup>25</sup>

### III. Das Recht auf Kenntnis der Abstammung

#### 1. Verfassungsrechtliche Rechte des Kindes

Das Recht des Menschen auf **Kenntnis seiner eigenen genetischen Abstammung** folgt aus Art. 2 Abs. 1 und Art. 1 Abs. 1 GG.<sup>26</sup> Auch Art. 7 Abs. 1 UN-Kinderrechtskonvention enthält, soweit möglich, das Recht des Kindes, seine Eltern zu kennen. Das Kind kann von seiner Mutter Auskunft über die Person seines Vaters oder die als Vater in Betracht kommenden Männer fordern.<sup>27</sup> Der titulierte Anspruch auf Nennung des Vaters ist in der Regel auch vollstreckbar, weil durch die Vollstreckung der Eingriff in die Grundrechte der auskunftspflichtigen Kindesmutter im Normalfall kein Maß erreicht, in dem ihre grundrechtlich geschützten Interessen bereits durch die (rechtskräftige) Verurteilung berührt wären.<sup>28</sup> Dem diesbezüglichen Anspruch des Kindes gegen seinen verstorbenen Vater steht dessen postmortales Persönlichkeitsrecht nicht entgegen.<sup>29</sup> Auch von dem Reproduktionsmediziner kann es bereits nach bisheriger Rechtslage Auskunft über die Identität des Samenspenders verlangen.<sup>30</sup>

#### 2. Auskunftsanspruch bei Speicherung im Samenspenderregister

Bei einer Speicherung der Spenderdaten im **Samenspenderregister beim Deutschen Institut für Medizinische Doku-**

**mentation und Information (DIMDI)**, die ab dem 1.7.2018 möglich ist (§ 1 SaRegG), kann das Spenderkind nach Vollendung des 16. Lebensjahres den Anspruch auf Auskunft über die gespeicherten Daten des Samenspenders (§ 10 Abs. 2 SaRegG) nur selbst geltend machen (§ 10 Abs. 1 S. 2 SaRegG), vorher die sorgeberechtigten Eltern.<sup>31</sup> Der Samenspender wird vier Wochen vor der Auskunftserteilung hierüber informiert (§ 10 Abs. 5 S. 1 SaRegG); dies soll ihm die Möglichkeit einräumen, sich auf eine etwaige Kontaktaufnahme durch das Kind einzustellen. Die Empfängerin des Spendersamens ist insbesondere auch auf die Bedeutung hinzuweisen, die die Kenntnis der Abstammung für die Entwicklung eines Menschen hat (§ 4 S. 1 Nr. SaRegG).<sup>32</sup> Hierzu gehört auch der Hinweis auf die Notwendigkeit einer frühzeitigen und altersangemessenen Aufklärung des Kindes über seinen biologischen Vater.<sup>33</sup> Die personenbezogenen Daten der Samenspender und der Empfängerinnen werden über einen Zeitraum von 110 Jahren gespeichert; danach sind sie unverzüglich zu löschen (§ 8 S. 1 und 2 SaRegG). Gespeichert werden an personenbezogenen Daten der Familienname, ggf. ein abweichender Geburtsname, die Vornamen, Geburtstag und Geburtsort sowie die Anschrift von Samenspender und Empfängerin, beim Samenspender zusätzlich die Staatsangehörigkeit (§§ 2 Abs. 2 S. 1, 5 Abs. 2 S. 1 SaRegG). Der Samenspender kann auch seine Motive für die Samenspende sowie weitere Angaben speichern lassen (§ 3 Abs. 2 SaRegG). Er kann jedoch keinen Sperrvermerk oder einen Widerspruch hinsichtlich einer Kontaktaufnahme durch das Spenderkind in das Register eintragen lassen.<sup>34</sup> Aufgrund des Zwecks der Speicherung und der Auswirkungen auf das Kind ist fraglich, ob auch der Wunsch, dass das Spenderkind von einem Kontakt Abstand nehmen soll, oder zumindest die Bitte, keinen Kontakt mit dem biologischen Vater aufzunehmen, speicherungsfähige Wünsche sind. Gleiches gilt für den Hinweis des Samenspenders darauf, dass die Spende allein aus finanziellen Gründen erfolgt sei und er deshalb keinerlei Interesse an dem mittels seiner Spende gezeugten Kind habe. Andererseits kann diese „Ehrlichkeit“ dem Spenderkind eine spätere Enttäuschung ersparen. Unstrittig ist, dass diese Angaben auch später noch gemacht werden können, z. B. nach eigener Familiengründung durch den Samenspender, dem Tod des einzigen weiteren Kindes des Samenspenders, der späteren Zeugungsunfähigkeit oder dem Herausfinden, dass er kein eigenes Kind, sondern nur ein „Kuckuckskind“ hat.<sup>35</sup> Nach der Verwendung des Samens ist auch der Zeitpunkt der Verwendung zu speichern, ebenso eine eingetretene Schwangerschaft und der voraussichtliche Geburtstermin (§ 5 Abs. 3 SaRegG). Die Empfängerin der Samenspende ist verpflichtet, die Einrichtung der medizinischen Versorgung, in der sie die Samenspende empfangen hat, von der Geburt und dem Ge-

<sup>24</sup> So im Ergebnis BGH, Beschl. v. 10.12.2014 – XII ZB 463/13, BGHZ 203, 350 = FamRZ 2015, 1479; BGH, Beschl. v. 17.6.2015 – XII ZB 730/12, BGHZ 206, 86 = FamRZ 2015, 1479 und BGH, Beschl. v. 20.4.2016 – XII ZB 15/15, BGHZ 210, 59 = FamRZ 2016, 1251; vgl. auch OLG Düsseldorf, Beschl. v. 17.3.2017 – II-1 UF 10/16, FamRZ 2017, 976 = NZFam 2017, 404 = MDR 2017, 579 und OLG Braunschweig, Beschl. v. 12.4.2017 – 1 UF 83/13, FamRZ 2017, 972.

<sup>25</sup> Ähnlich Lassek, Herder Korrespondenz Spezial 1/2017, 7.

<sup>26</sup> EGMR, Ur. v. 25.9.2012 – 33783/09, FamRZ 2012, 1935 (Godelli/Italien); BVerfG, Beschl. v. 6.5.1997 – 1 BvR 409/90, BVerfGE 96, 56 = FamRZ 1997, 869 = NJW 1997, 1769; BVerfG, Ur. v. 19.4.2016 – 1 BvR 3309/13, FamRZ 2016, 877; siehe dazu Bayer/Koch/Hohmann-Dennhardt, Aktuelle Fragen des Familienrechts, 2009, 139 ff.; Scherpe, FamRZ 2016, 1824 ff.; Ch. Schmidt, NZFam 2017, 881 ff.

<sup>27</sup> H. M., siehe nur OLG Köln, Ur. v. 30.3.1994 – 26 U 56/92, FamRZ 1994, 1197 = NJW-RR 1994, 1418; AG Wedding, Ur. v. 27.4.2017 – 13 C 259/16, ErbR 2017, 449 = FamRZ 2017, 1582. Ausführlich Frank, FamRZ 2017, 161 ff.

<sup>28</sup> BGH, Beschl. v. 3.7.2008 – 1 ZB 87/06, NJW 2008, 2919 = FamRZ 2008, 1751 = MDR 2008, 1176. Vgl. auch EuGH, Ur. v. 25.9.2012 – 33783/09, FamRZ 2012, 1935 (Godelli/Italien).

<sup>29</sup> BGH, Beschl. v. 29.10.2014 – XII ZB 20/14, FamRZ 2015, 39 = NJW 2014, 3786; vgl. auch BGH, Beschl. v. 18.1.2017 – XII ZB 544/15, FamRZ 2017, 623 = MDR 2017, 478 = NJW 2017, 1480.

<sup>30</sup> So bereits BGH, Ur. v. 28.1.2015 – XII ZR 201/13, BGHZ 204, 479 = FamRZ 2015, 642 = NJW 2015, 1098; OLG Hamm, Ur. v. 6.2.2013 – 14 U 7/12, FamRZ 2013, 637 = NJW 2013, 1167 = MDR 2013, 467; AG Hannover, Ur. v. 17.10.2016 – 432 C 7640/15, NJW-RR 2017, 132; AG Berlin-Wedding, Ur. v. 27.4.2017 – 13 C 259/16, ErbR 2017, 449 = FamRZ 2017, 1582; Helms, Die Feststellung der biologischen Abstammung 1999, 187 f.; Helms, FamRZ 2017, 1537; Fink/Grün, NJW 2013, 1913 ff.; Gruber, ZfPW 2016, 68 ff.; Grziwotz, FF 2013, 233 ff.; Meier, NZFam 2014, 337 ff.; Meier, NZFam 2016, 692 ff.; Pauli, NZFam 2016, 57; Schneider, FamFR 2013, 172 ff.; Zypries/Zeeb, ZRP 2014, 54 ff.

<sup>31</sup> Vgl. Helms, FamRZ 2017, 1537, 1538.

<sup>32</sup> Wird in Deutschland gewonnener Spendersamen in einem anderen Mitgliedstaat der EU bzw. einem Vertragsstaat des Europ. Wirtschaftsraumes oder in einem Drittstaat im Rahmen einer ärztlich unterstützten künstlichen Befruchtung verwendet, gilt nicht § 4 SaRegG, sondern das entsprechende nationale Recht. Ob die deutsche Entnahmeeinrichtung dem DIMI die personenbezogenen Daten des Samenspenders in diesem Fall nicht übermitteln muss (vgl. § 6 Abs. 4 S. 1 SaRegG: auf Verlangen), ist im Hinblick auf das Recht des Kindes auf Kenntnis seiner Abstammung und die Umgehungsmöglichkeit für deutsche Wunscheltern höchst fraglich.

<sup>33</sup> Löhnig, StAZ 2017, 353; vgl. auch BGH, Ur. v. 28.1.2015 – XII ZR 201/13, BGHZ 204, 54 = FamRZ 2015, 642 = NJW 2015, 1098; zur Perspektive der SamenKinder siehe Bernard, Kinder machen, 2014, 124 ff.

<sup>34</sup> Unstr., wie hier auch Helms, FamRZ 2017, 1537, 1539.

<sup>35</sup> Helms, FamRZ 2017, 1537, 1538; Löhnig, StAZ 2017, 353, 354.

burtsdatum innerhalb von drei Monaten nach der Geburt zu unterrichten (§ 4 S. 3 SaRegG). Erfolgt dies nicht durch die Mutter, ist die Einrichtung der medizinischen Versorgung verpflichtet, diesbezüglich bei der Empfängerin der Samenspende nachzufragen (§ 5 Abs. 5 SaRegG). Das Geburtsdatum und die Anzahl der Kinder sind beim DIMDI zu speichern (§ 6 Abs. 2 SaRegG).<sup>36</sup> Die vorstehenden Verpflichtungen gelten auch, wenn Spendersamen vor dem 1.7.2018 gewonnen und danach verwendet werden soll (§ 13 Abs. 1 und 2 SaRegG).

#### PRAXISTIPP

##### Auskunftsanspruch des Kindes nicht disponibel:

Bei sämtlichen Verpflichtungen handelt es sich um zwingende Regelungen; einvernehmliche Abweichungen sind nicht zulässig, da sie das Recht des hieran nicht beteiligten Kindes auf Kenntnis seiner Abstammung vereiteln oder einschränken würden.

Wurde Spendersamen bereits vor dem 1.7.2018 von einer Entnahmeeinrichtung abgegeben oder in einer Einrichtung der medizinischen Versorgung zu einer heterologen Insemination verwandt, sind die personenbezogenen Daten des Spenders bzw. der Empfängerin 110 Jahre nach der Gewinnung des Samens bzw. der Verwendung aufzubewahren und nicht, wie in § 15 Abs. 2 TPG<sup>37</sup> vorgesehen, nur 30 Jahre. Dies gilt auch für Daten aus der Zeit vor Inkrafttreten dieser Aufbewahrungsfrist.<sup>38</sup> Eine (freiwillige) Speicherung dieser Daten beim DIMDI durch die Entnahmeeinrichtung bzw. die Einrichtung der medizinischen Versorgung ist nicht vorgesehen und mangels Einwilligung des Samenspenders datenschutzrechtlich wohl auch nicht möglich.<sup>39</sup>

Der **Auskunftsanspruch** über die im Samenspenderregister gespeicherten Daten steht dem (Verdachts-)Samenspenderkind zu. Bestehen zwischen den sorgeberechtigten Eltern des noch nicht 16 Jahre alten Kindes Meinungsverschiedenheiten über die Geltendmachung des Auskunftsanspruchs des Kindes, ist dieser Konflikt im familiengerichtlichen Verfahren nach § 1628 S. 1 BGB durch Übertragung der diesbezüglichen Befugnis auf einen Elternteil zu entscheiden.<sup>40</sup> Eine Begründung für

das Auskunftsverlangen ist nicht erforderlich. Das (mögliche) Samenspenderkind soll gerade unabhängig von seiner Motivation seinen Anspruch auf Auskunft darüber geltend machen können, ob es mittels einer Samenspende im Rahmen einer ärztlich unterstützten künstlichen Befruchtung gezeugt wurde. Das Kind kann sich auch darauf beschränken zu fragen, ob es durch die Samenspende eines bestimmten Spenders gezeugt wurde, während es im Übrigen von seinem Recht auf Nichtwissen Gebrauch macht. Grund kann ein diesbezüglicher Verdacht, diesbezügliche Äußerungen oder eine geplante Eheschließung bzw. Partnerschaft oder eine Schwangerschaft sein. Der Auskunftsanspruch kann während der Aufbewahrungszeit auch mehrfach geltend gemacht werden (§ 10 Abs. 1 S. 3 SaRegG). Beispiel ist die Geltendmachung durch die Eltern des noch nicht 16 Jahre alten Kindes und später durch das Kind selbst. Ferner kann eine mehrmalige Geltendmachung wegen des Rechts des Samenspenders zu späteren Angaben über seine Beweggründe und seine Person in Einzelfällen im Sinne eines Aktualitätsnachweises sinnvoll sein.

Die **Speicherungsfrist** von 110 Jahren knüpft an ähnliche Regelungen, wie z. B. in § 5 Abs. 1 S. 1 GBBerG an, wonach erfahrungsgemäß davon auszugehen ist, dass das Spenderkind dann nicht mehr lebt. Aufgrund der Möglichkeit, vorher den Auskunftsanspruch geltend zu machen, existiert auch kein Widerspruchsrecht gegen die Löschung der entsprechenden Daten. Nach dem Gesetzeswortlaut steht Enkeln und auch Urenkeln kein Auskunftsanspruch zu, da sie nicht durch heterologe Verwendung von Samen gezeugt worden sind. Ein grundrechtlich geschütztes Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung bis in entfernte Generationen besteht nicht. Kinder haben keinen Anspruch gegenüber ihren Eltern zu erfahren, ob diese durch eine heterologe Insemination gezeugt worden sind. Es bleibt auch unklar, welche Auswirkungen auf die Persönlichkeit der Enkel, Urenkel, Ururenkel usw. dieses Recht haben soll.<sup>41</sup> Der Erteilung einer Zustimmung zur Löschung der Daten durch das Kind selbst, also nicht nur durch seine Eltern vor Vollendung des 16. Lebensjahres, stehen somit etwaige Rechte der Enkel und Urenkel nicht entgegen.<sup>42</sup> Weder das Samenspenderkind noch, sofern man entgegen der hier vertretenen Ansicht diesen einen Auskunftsanspruch gewährt, seinen etwaigen Abkömmlingen steht das Recht zu, über die gespeicherten Daten hinaus Auskunft über die „Verwandtschaft“, d. h. insbesondere über etwaige Halbgeschwister zu erhalten. Das Risiko (genetisch) inzestuöser Beziehungen besteht auch bei einem (verschwiegenen) Seitensprung der Mutter und kann durch eine Anfrage an das DIMDI geklärt werden. Für eine diesbezügliche „Negativanfrage“ („Bin ich mit ... genetisch verwandt?“), wobei die betreffende Person nur der künftige Schwiegervater oder Ehegatte, also der etwaige Samenspender sein kann, dessen Daten allein gespeichert sind, besteht kein Bedarf. Die Frage ist nämlich (umständlich) die nach der Frage der Zeugung durch einen bestimmten Samenspender, wobei es im Übrigen beim Nichtwissen bleiben soll.

<sup>36</sup> Kritisch zu dem bürokratischen Verfahren *Kemper*, FamRB 2017, 438; vgl. ferner das Gesetz zur Umsetzung der Richtlinien (EU) 2015/566 und (EU) 2015/565 zur Einfuhr und zur Kodierung menschlicher Gewebe und Gewebezubereitungen, BGBl I 2016, 2623. Die Kodierungs-Richtlinie hat einen Single European Code (SEC) geschaffen (Art. 2 k RL 2006/86/EG), mit dem menschliches Gewebe dem Spender zugeordnet werden kann. Hierzu dient die EU-Kodifizierungsplattform mit einem Gewebeeinrichtungs- und einem Produktregister; siehe zu dem SEC im Einzelnen [https://ec.europa.eu/health/blood\\_tissues\\_organs/tissues/single\\_european\\_code\\_en](https://ec.europa.eu/health/blood_tissues_organs/tissues/single_european_code_en) (Stand: 12.3.2018) und *Katzorke/Wehrstedt*, gynäkologie + geburthilfe 6, 2017, 24, 27.

<sup>37</sup> Transplantationsgesetz.

<sup>38</sup> Diese Frist ist mit Wirkung zum 1.8.2007 durch Gesetz v. 20.7.2007 (BGBl I, 1574) geregelt worden. § 15 S. 2 TPG a. F. sah vorher nur eine zehnjährige Speicherung der dort genannten Daten vor.

<sup>39</sup> A. A. *Löhnig*, StAZ 2017, 353, 355, der jedoch das Recht auf informationelle Selbstbestimmung (siehe nur den Überblick bei *Schoch*, Jura 2008, 352 ff.) wegen des „Kenntnisrechts“ des Kindes völlig unberücksichtigt lässt. Anders zum Konflikt der berührten Grundrechte aber BVerfG, Urt. v. 19.4.2016 – 1 BvR 2309/13, BVerfGE 141, 186 = FamRZ 2016, 877 = NJW 2016, 1939 = JuS 2016, 1032 m. instruktiver Anm. *Wellenhofer*. Bedauernd *Katzorke/Wehrstedt*, gynäkologie + geburthilfe 6, 2017, 24, 28, bei nicht mehr möglicher Aufklärung und Einwilligung des Spenders in die Meldung seiner Daten im Hinblick auf die dann nicht mehr mögliche Herbeiführung eines Geschwisterkindes innerhalb derselben Familie.

<sup>40</sup> Ebenso *Löhnig*, StAZ 2017, 353, 356.

<sup>41</sup> A. A. *Löhnig*, StAZ 2017, 353, 356 wegen der Bohnenstangenfamilien, die gleichzeitig auf Erden wandeln, bis zur Urenkelgeneration wegen etwaiger Erbkrankheiten und vieler Eigenschaften, die sich vererben. Allerdings hat die Entnahmeeinrichtung gem. §§ 1a Nr. 4 u. 6, 8d Abs. 1 S. 2 Nr. 2 TPG, § 33 AMWHV, und § 3 Abs. 1 i. V. m. Anlage 1 Nr. 2 TPG-GewV die Pflicht, keinen Samen von Spendern mit Erbkrankheiten zu verwenden.

<sup>42</sup> A. A. *Löhnig*, StAZ 2017, 353, 356.



## PRAXISTIPP

**„Pull-Lösung“ beim Recht auf Kenntnis der Abstammung:**

Die gesetzliche „pull-Lösung“ überlässt es dem einzelnen Kind, ob es von seinem Recht auf Kenntnis der Abstammung Gebrauch machen möchte. Es wird nicht, z. B. anlässlich einer Eheschließung, mit dieser Information unfreiwillig konfrontiert (sog. „push-Lösung“).<sup>43</sup> Allerdings dürfte zu diesem Zeitpunkt, folgt man dem Willen des Gesetzgebers und der modernen Kinderpsychologie,<sup>44</sup> das Kind längst über die Existenz seines biologischen Vaters aufgeklärt worden sein. Entgegen der Ansicht der überwiegenden Zahl der verschiedengeschlechtlichen Wunscheltern, deren Auswahl des Samenspenders mit weitgehender Ähnlichkeit zum Wunschvater<sup>45</sup> bereits zeigt, dass sie die Herkunft des Samens eher nicht offenbaren wollen,<sup>46</sup> hat das Kind damit faktisch keine Möglichkeit, von seiner Option auf Nichtwissen, wenn man nicht von einem diesbezüglichen Recht sprechen will, Gebrauch zu machen.

Der **Samenspender** und die **Empfängerin der Samenspende** haben gegenüber dem DIMDI nur einen Anspruch auf Auskunft hinsichtlich ihrer jeweiligen eigenen gespeicherten Daten (§ 5 SaRegG). Führt die ärztlich unterstützte künstliche Befruchtung nicht zur Schwangerschaft, hat die Frau einen Anspruch auf Löschung ihrer Daten (§ 5 Abs. 2 S. 2 SaRegG). Die Daten des Samenspenders sind zu löschen, wenn die heterologe Verwendung seines Samens nicht zur Schwangerschaft geführt hat oder der Samenspender die Löschung seiner zusätzlich gespeicherten Angaben (§ 2 Abs. 3 SaRegG) verlangt (§ 8 S. 4 SaRegG). Ein Auskunftsanspruch über die Person des Samenspenders steht der Mutter nicht zu. Auch der Samenspender kann, wenn er ähnlich wie David Wozniak in der Filmkomödie „Starbuck“ im Zusammenhang mit einer gegen ihn gerichteten Sammelklage Vatergefühle für die mit seinem Spermia gezeugten (im Film 533)<sup>47</sup> Kinder entwickelt, keine Auskunft über die Identität der Spenderkinder erhalten. Damit kann er sich auf eventuelle Kontaktaufnahmen nur in der kurzen Vier-Wochen-Frist des § 10 Abs. 5 S. 1 SaRegG einstellen.<sup>48</sup> Auch in Ausnahmefällen ist kein Recht des Samenspenders anzuerkennen, Kontakt zu den Wunscheltern bzw. dem Spenderkind aufzunehmen. Dies gilt insbesondere auch, wenn der Spender keine leiblichen Kinder hat oder bei einer schweren Erkrankung (z. B. Notwendigkeit einer Knochenmarkspende). Einer Kontaktaufnahme auch über das DIMDI steht die nun-

mehrige Streichung aller familienrechtlichen Folgen der Samenspende und damit die Kommerzialisierung der Samenspende entgegen, die umgekehrt die Wunschfamilie vor einer weiteren Verbindung schützt – auch über das DIMDI, das nur für die Datenspeicherung zuständig ist, aber keine Kontaktvermittlungsfunktion inne hat.<sup>49</sup>

**3. Ansprüche weiterer Beteiligten**

Dem **Scheinvater** steht gegen die Mutter des Kindes derzeit mangels Rechtsgrundlage kein Anspruch auf Auskunft darüber zu, wer ihr in der Empfängniszeit beigeohnt hat.<sup>50</sup> Dies ist unabhängig von einer Unzumutbarkeit der Auskunftserteilung für die Frau, die jedenfalls bei einer Vergewaltigung durch Familienangehörige oder bei einem Beischlaf mit Verwandten nach § 173 StGB anzunehmen wäre.<sup>51</sup>

Unabhängig vom Vaterschaftsanfechtungsverfahren bestehen für den rechtlichen Vater, die Mutter und das Kind – nicht für den potenziellen biologischen Vater<sup>52</sup> – gegenseitige Ansprüche auf **Mitwirkung an einer privat in Auftrag zu gebenden Abstammungsuntersuchung** (§ 1598a BGB).<sup>53</sup> Es handelt sich um ein Verfahren innerhalb der bestehenden rechtlichen Familie.<sup>54</sup> Ziele des Anspruchs sind die Abgabe von Einwilligungserklärungen der anderen Beteiligten und die Entnahme der notwendigen Körperproben, insbesondere Blutproben, und das Einverständnis mit deren Untersuchung. Der Anspruch ist nicht befristet und an keine besonderen Voraussetzungen gebunden.<sup>55</sup> Insbesondere muss der Antragsteller nicht Zweifel an der Abstammung oder ein besonderes Feststellungsinteresse darlegen.<sup>56</sup> Liegt allerdings bereits ein Abstammungsgutachten vor, das keinen Bedenken hinsichtlich einer fehlerhaften Durchführung unterliegt oder das auch nicht nur einen eingeschränkten Grad an Gewissheit beanspruchen kann, ist der (erneute) Anspruch ausgeschlossen.<sup>57</sup> Mit der Einwilligungs- und Mitwirkungsverpflichtung korrespondiert ein Anspruch auf Kenntnis des Untersuchungsergebnisses (§ 1598a Abs. 4 BGB). Eine fehlende Einwilligung kann auf Antrag vom Familiengericht ersetzt werden. Antragsberechtigt sind die vor-

<sup>49</sup> A. A. wiederum Löhnig, StAZ 2017, 353, 356.

<sup>50</sup> BVerfG, Beschl. v. 24.2.2015 – 1 BvR 472/14, FamRZ 2015, 729 = NJW 2015, 1506 = MDR 2015, 465; BVerfG, Beschl. v. 3.3.2014 – 1 BvR 472/14, FamRZ 2014, 1097; OLG Jena, Beschl. v. 2.11.2010 – 1 WF 353/10, NJW-RR 2011, 294; a. A. noch BGH, Urt. v. 9.11.2011 – XII ZR 136/09, FamFR 2012, 46 = MDR 2012, 30; BGH, Urt. v. 11.1.2012 – XII ZR 194/09, BGHZ 191, 259 = FamRZ 2012, 200 = MDR 2012, 288 = NJW 2012, 450; BGH, Beschl. v. 20.2.2013 – XII ZB 412/11, FamRZ 2013, 939 = NJW 2013, 2108 = MDR 2013, 598; BGH, Beschl. v. 2.7.2014 – XII ZB 201/13, FamRZ 2014, 1440 = NJW 2014, 2571; OLG Brandenburg, Beschl. v. 28.3.2013 – 9 UF 148/12, MDR 2013, 916; OLG Schleswig, Urt. v. 23.6.2009 – 8 UF 16/09, FamRB 2010, 8. Siehe dazu Fröschle, FamRZ 2015, 1858 ff. u. Grziwotz, FF 2016, 48 ff.

<sup>51</sup> BT-Drucks 18/10343, S. 20.

<sup>52</sup> BGH, Beschl. v. 26.7.2017 – XII ZB 125/17, FamRB 2017, 377 = NJW 2017, 2829; OLG Nürnberg, Beschl. v. 17.6.2013 – 11 UF 551/13, FamRB 2013, 284 = FamFR 2013, 383.

<sup>53</sup> Vgl. auch OLG Hamburg, Beschl. v. 4.2.2011 – 12 WF 267/10, NJW-RR 2011, 1227. Zu Grenzen des Anspruchs siehe OLG Stuttgart, Beschl. v. 10.8.2009 – 17 WF 181/09, NJW-RR 2010, 77.

<sup>54</sup> Helms, FamRZ 2008, 1033 und Wellenhofer, NJW 2008, 1185, 1188.

<sup>55</sup> OLG München, Beschl. v. 14.6.2011 – 33 UF 772/11, FamRZ 2011, 1878; OLG Karlsruhe, Beschl. v. 8.5.2012 – 2 WF 93/12, FamRZ 2012, 1734; OLG Koblenz, Beschl. v. 21.6.2013 – 13 WF 522/13, NJW-RR 2013, 1349 = MDR 2013, 980; zum Verzicht auf eine Abstammungsklärung siehe OLG Nürnberg, Beschl. v. 13.3.2014 – 7 UF 187/14, FamRZ 2014, 1214.

<sup>56</sup> OLG Frankfurt, Beschl. v. 25.11.2015 – 2 UF 251/15, FamRZ 2016, 918.

<sup>57</sup> BGH, Beschl. v. 30.11.2016 – XII ZB 173/16, FamRZ 2017, 219 = MDR 2017, 165 = NJW 2017, 2196; OLG Frankfurt, Beschl. v. 9.3.2016 – 2 UF 327/15, NZFam 2016, 575.

<sup>43</sup> Zustimmung Löhnig, StAZ 2017, 353, 358.

<sup>44</sup> Siehe nur BT-Drucks 18/11291, S. 17; siehe auch ferner Thom/Wischmann, Journal für Reproduktionsmedizin und Endokrinologie 3, 2008, 147 ff. und Helms, FamRZ 2017, 1537, 1540.

<sup>45</sup> Vgl. zur Erfassung von phänotypischen Merkmalen wie Augenfarbe, Haarfarbe, Körpergröße, Körperstatur und Ethnie die (Muster-)Richtlinie der Bundesärztekammer v. 17.2.2006 (Dt. Ärzteblatt, Jg. 103 v. 19.5.2006, A 1392, 1397 – Ziff. 5.3.1. letzter Abs.).

<sup>46</sup> Siehe dazu Revermann/Hüsing, Fortpflanzungsmedizin – Rahmenbedingungen, wissenschaftlich-technische Entwicklungen und Folgen, 2010, 160, die nach einer Studie nur von 8,6 % der Eltern ausgehen, die mit den Samenspenderkindern über ihre Herkunft gesprochen haben.

<sup>47</sup> Nach der überarbeiteten (Muster-)Richtlinie der Bundesärztekammer v. 17.2.2006 (Dt. Ärzteblatt, Jg. 103 v. 19.5.2006, A 1392, 1397 – Ziff. 5.3.1. a. E.) dürfen mit dem Spermia eines Spenders maximal zehn Schwangerschaften erzeugt werden. Nach Hammel/Katzorke/Schreiber/Thom, Empfehlungen des Arbeitskreises für donogene Insemination (DI) zur Qualitätssicherung der Behandlung von Spendersamen in Deutschland i. d. F. v. 8.2.2006, Journal für Reproduktionsmedizin und Endokrinologie 3, 2006, 166 ff. sollen es maximal 15 Kinder sein; siehe dazu auch Revermann/Hüsing, Fortpflanzungsmedizin – Rahmenbedingungen, wissenschaftlich-technische Entwicklungen und Folgen, 2010, 159.

<sup>48</sup> Ähnlich Löhnig, StAZ 2017, 353, 356.

genannten Personen.<sup>58</sup> Zudem kann beantragt werden, dass das Gericht die Duldung der Probeentnahme anordnet. Jede Person hat Untersuchungen, insbesondere die Entnahme von Blutproben, zu dulden, soweit es zur Feststellung der Abstammung erforderlich ist, es sei denn, dass ihr die Untersuchung nicht zugemutet werden kann (§ 178 FamFG). Bei wiederholter unberechtigter Verweigerung der Untersuchung kann auch unmittelbar Zwang angewendet, insbesondere die zwangsweise Vorführung zur Untersuchung angeordnet werden.<sup>59</sup> In außergewöhnlichen Fällen kann das Verfahren zur Wahrung des Kindeswohls vorübergehend ausgesetzt werden. Betroffen sind Fälle, in denen zu befürchten ist, dass die Konfrontation mit dem Ergebnis des Abstammungsgutachtens aufgrund außergewöhnlicher Umstände atypische, besonders schwere Folgen für das minderjährige Kind auslöst. Beispiele sind insoweit Selbstmordgefahr und die Verschlechterung einer bestehenden Krankheit. Das Abstammungsverfahren hat keine unmittelbaren Rechtsfolgen. Es geht allein um die Kenntniserlangung über die bestehende bzw. nicht bestehende Abstammung. Die rechtliche Vaterschaft wird davon nicht berührt. Den Beteiligten steht es aber frei, nun ein Vaterschaftsanfechtungsverfahren einzuleiten, sofern die diesbezüglichen Fristen noch nicht abgelaufen sind. Spätestens mit dem Ergebnis des Abstammungsklarungsverfahrens liegt die diesbezügliche Kenntnis vor. Der Wortlaut des § 1598a BGB lässt auch ein Abstammungsklarungsverfahren zur Feststellung der Mutterschaft zu. Ob dieses Verfahren auch für die Klärung der Mutterschaft gilt, ist höchststrichterlich noch nicht geklärt.<sup>60</sup>

Der potenzielle **biologische Vater**, der ein ernsthaftes Interesse an seinem Kind gezeigt hat, hat das Recht, im Rahmen einer Beweiserhebung seine leibliche Vaterschaft zu klären.<sup>61</sup> Hierzu müssen Untersuchungen zur Klärung der biologischen Abstammung geduldet werden, wenn der leibliche Vater ein Recht auf Umgang und Auskunft hinsichtlich seines Kindes (§ 1686a BGB) geltend macht.<sup>62</sup> Es soll verhindert werden, dass die Mutter des Kindes oder eine sonstige Person den Anspruch des biologischen Vaters auf Umgang und Auskunft vereiteln kann, indem die erforderlichen Untersuchungen verweigert werden (§ 167a Abs. 2 FamFG). Das Kind ist in dem Verfahren grundsätzlich anzuhören.<sup>63</sup>

Ein **isoliertes Verfahren auf Klärung der genetischen Abstammung** außerhalb der rechtlichen Familie (§ 1598a BGB) und des Umgangs- und Auskunftsverfahrens des biologischen Vaters (§ 1686a BGB)<sup>64</sup> sieht das Gesetz derzeit nicht vor.

Insbesondere besteht kein Anspruch auf förmliche rechtsfolgenlose Feststellung der biologischen Elternschaft.<sup>65</sup> Auch eine Vaterschaftsfeststellung vor Geburt des Kindes ist gesetzlich nicht vorgesehen.<sup>66</sup>

Sie ist nach § 15 Abs. 1 GenDG i. V. m. § 17 Abs. 6 GenDG verboten, wenn keine rechtswidrige Tat nach den §§ 176 bis 178 StGB vorliegt, die zur Schwangerschaft geführt hat.<sup>67</sup>

#### PRAXISTIPP

##### Kein Anspruch des Samenspenders oder des Spenderkindes auf Klärung der Abstammung analog zu § 1598a BGB:

Weder dem Samenspender<sup>68</sup> noch dem Spenderkind steht ein rechtsfolgenloser Anspruch auf Klärung der Abstammung analog § 1598a BGB zu.

#### IV. Grenzen für Vereinbarungen

Die Regeln über die Abstammung und das Recht auf Kenntnis der (eigenen) Abstammung sind **zwingendes Recht**. Die (Wunsch-)Eltern können weder die Empfängniszeit bestimmen noch die Abstammungsvermutungen ausschließen und Abstammungsvermutungen begründen. Deshalb kann eine Mann-zu-Frau-Transsexuelle, mit deren Samen ein Kind gezeugt wurde, das nach rechtskräftiger Entscheidung über die Änderung der Geschlechtszugehörigkeit geboren worden ist, abstammungsrechtlich nur Vater, nicht aber Mutter des Kindes sein.<sup>69</sup> Umgekehrt kann ein Frau-zu-Mann-Transsexueller, der nach der rechtskräftigen Entscheidung über die Änderung der Geschlechtszugehörigkeit ein Kind geboren hat, nur Mutter des Kindes sein, nicht aber seine Partnerin.<sup>70</sup> Trotz der Anerkennung der gleichgeschlechtlichen Ehe (§ 1353 Abs. 1 S. 1 BGB) wird die Ehefrau der Mutter eines Kindes nicht automatisch nach § 1592 Nr. 1 BGB „Mit-Mutter“ oder „Co-Mutter“ des Kindes;<sup>71</sup> auch eine vereinbarte Elternschaft scheidet insoweit aus. Ebenso ist auch das Recht auf Kenntnis der Abstammung nicht disponibel. Insbesondere können die (Wunsch-) Eltern diesbezüglich keine Regelungen zur Sicherung der Anonymität des (privaten) Samenspenders treffen. Derartige Vereinbarungen würden in das Recht des Kindes eingreifen und sich deshalb als (unzulässiger) Vertrag zu Lasten Dritter auswirken. Gleiches gilt für diesbezügliche „Geheimhaltungsabreden“, d. h. Regelungen, die dazu dienen, dem Kind die biologische Vaterschaft des Samenspenders bestmöglich zu „verschleiern“.

<sup>58</sup> Antragsgegner bei einem Antrag des Kindes ist nicht der mögliche biologische Vater, sondern der rechtliche Vater (OLG Karlsruhe, Beschl. v. 17.7.2009 – 2 UF 49/09, FamRZ 2010, 221).

<sup>59</sup> Siehe dazu nur Krause, FamRB 2009, 180, 182.

<sup>60</sup> Bejahend Frank, FamRZ 2015, 1149, 1150; Muscheler, FPR 2008, 257, 259 u. Palandt/Brudermüller, BGB, 77. Aufl. 2018, § 1598 Rn 6; teilw. abw. Helms, FamRZ 2008, 1033 (§ 169 Nr. 1 FamFG).

<sup>61</sup> Vgl. BVerfG, Beschl. v. 23.5.2013 – 1 BvR 2059/12, FamRZ 2013, 1195; FGMR, Entsch. v. 8.12.2016 – Nr. 7949/11 u. 45522/13, FamRZ 2017, 385 (L. D. und P. K. vs. Bulgarien); zur Entwicklung siehe Helms, FamRZ 2010, 1 ff.

<sup>62</sup> Zur Kindeswohl dienlichkeit siehe BVerfG, Beschl. v. 19.11.2014 – 1 BvR 2843/14, FamRZ 2015, 119 = FamRB 2015, 52; zum Umgang des biologischen Vaters siehe OLG Bremen, Beschl. v. 10.10.2014 – 5 UF 89/14, FamRB 2015, 14; zum Auskunftsanspruch des Samenspenders (aus Internetportal) siehe OLG Hamm, Beschl. v. 7.3.2014 – 13 WF 22/14, FamRZ 2014, 1386 = NJW 2014, 2369 = MDR 2014, 838 u. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 14.3.2017 – II 5 WF 29-16, FamRZ 2017, 809 = NZFam 2017, 380.

<sup>63</sup> BGH, Beschl. v. 5.10.2016 – XII ZB 280/15, FamRZ 2016, 2082 = NJW 2017, 160.

<sup>64</sup> Siehe dazu BGH, Beschl. v. 5.10.2016 – XII ZB 280/15, BGHZ 212, 155 = FamRZ 2016, 2082 = NJW 2017, 160; OLG Frankfurt, Beschl. v. 20.7.2016 – 6 UF 98/16, FamRZ 2017, 307.

<sup>65</sup> BVerfG, Urt. v. 19.4.2016 – 1 BvR 3309/13, FamRB 2016, 230; OLG Frankfurt, Beschl. v. 12.8.2016 – 6 UF 143/16, NJW 2017, 92; vgl. Heiderhoff, NJW 2016, 1918 ff.

<sup>66</sup> BGH, Beschl. v. 24.8.2016 – XII ZB 351/15, FamRZ 2016, 1849 = NJW 2016, 3174 zu einem extrakorporal aufbewahrten Embryo; ebenso bereits OLG Düsseldorf, Beschl. v. 31.7.2015 – 1 UF 83/14, FamRZ 2015, 1979; vgl. auch BVerfG, Beschl. v. 11.1.2017 – 1 BvR 2322/16, FamRZ 2017, 207.

<sup>67</sup> Erbs/Kohlhaas/Häberle, GenDG, Stand: Okt. 2017, § 17 Rn 29; Spickhoff/Fenger, Medizinrecht, 2. Aufl. 2014, § 17 GendDG Rn 1; vgl. auch § 16 Abs. 1 Nr. 6 GenDG.

<sup>68</sup> Ausgenommen im Fall des § 1686a BGB, bei dem die Vaterschaft implizit festgestellt wird (§ 167a FamFG); vgl. auch BGH, Beschl. v. 15.5.2013 – XII ZR 49/11, BGHZ 197, 242 = FamRZ 2013, 1209 = NJW 2013, 2589.

<sup>69</sup> BGH, Beschl. v. 29.11.2017 – XII ZB 459/16, FamRZ 2018, 290 = NJW 2018, 471.

<sup>70</sup> BGH, Beschl. v. 6.9.2017 – XII ZB 660/14, NJW 2017, 3379.

<sup>71</sup> Palandt/Brudermüller, BGB, 77. Aufl. 2018, § 1592 Rn 3 u. Schmidt, NZFam 2017, 832 ff.; a. A. Löhnig, NZFam 2017, 643 ff.; Engelhardt, NZFam 2017, 1042 ff. u. Binder/Kiehnle, NZFam 2017, 742, 743; Zschiebsch, notar 2017, 363; vgl. auch OLG Hamburg, Beschl. v. 14.3.2017 – 2 UF 160/16, FamRZ 2017, 1234.



## PRAXISTIPP

**Recht auf Kenntnis der Abstammung nicht disponibel:** Verpflichtungen der Wunscheltern über die Geheimhaltung der biologischen Vaterschaft gegenüber dem Samenspenders sind unwirksam. Dies gilt auch für „Nicht-Offenbarungsabreden“ vor einem bestimmten Lebensalter des Kindes.

Davon zu unterscheiden ist die **konsentiente Elternschaft**, deren Zulässigkeit sich bereits aus der Regelung der Vaterschaftsanerkennung ergibt. Nicht die biologische Elternschaft macht nämlich den (rechtlichen) Vater, sondern die Übereinstimmung von gebärender Frau und dem Mann, den sie sich als Vater ihres Kindes „wünscht“. Auch eine bewusst unwahre Vaterschaftsanerkennung ist wirksam – abgesehen von der (ausländerrechtlich) missbräuchlichen Vaterschaftsanerkennung (§ 1597a BGB, § 85a AufenthG). Es geht bei ihr nämlich nicht um die Bestätigung einer biologischen Elternschaft, sondern um die Begründung eines Statusverhältnisses zu dem betreffenden Kind.<sup>72</sup> Der Notar darf die Beurkundung eines Vaterschaftsanerkennnisses und die Zustimmung der Mutter deshalb auch nicht ablehnen, wenn er positive Kenntnis davon hat, dass der Anerkennende nicht der Vater des Kindes ist.<sup>73</sup> Eine Korrektur konnte (bisher) nur später das Kind durch eine Vaterschaftsanfechtung und eine gerichtliche Feststellung des biologischen Vaters als rechtlicher Vater erreichen.<sup>74</sup> Diese familiengerichtliche biologische „Wahrheitsfeststellung“ mit rechtlichen Wirkungen verhindert bei einer medizinisch assistierten heterologen Insemination künftig § 1600d Abs. 4 BGB. Bereits bisher war die Anfechtung der biologisch unzutreffenden Vaterschaft bei einer künstlichen Befruchtung mittels Samenspende eines Dritten nicht möglich (§ 1600 Abs. 5 BGB). Dies zeigt, dass nicht die Zeugung (in bisheriger Diktion „Beibehaltung“) den „Vater“ macht, sondern in vielen Fällen die willentliche Entscheidung von (Wunsch-)Vater und Mutter. Bei verschiedengeschlechtlichen Ehepaaren und, wenn man einer in der Literatur vertretenen Ansicht folgt (vgl. A.IV.), auch bei gleichgeschlechtlichen Ehepaaren ist die konsentiente Elternschaft bei einer Kinderwunscherfüllung im Wege der ärztlich assistierten heterologen Insemination nicht mehr regelungsbedürftig. Bis zu ihrer erfolgreichen Durchführung bei nicht verheirateten Paaren, bei gleichgeschlechtlichen Ehepaaren, wenn man § 1592 Nr. 1 BGB auf sie nicht (analog) anwendet, und bei einer nicht medizinisch assistierten Verwendung von Spendersamen besteht weiterhin Regelungsbedarf.

## B. Die „zweigeteilte“ Samenspende

### I. Die medizinisch assistierte Samenspende und ihre Folgen

#### 1. Ausschluss der Feststellung der Vaterschaft des Samenspenders bei Inseminationen ab dem 1.7.2018

Während nach bisheriger Rechtslage der Samenspender, der bei einer sog. Samenbank (künftig: Entnahmeeinrichtung)

spendete, riskierte, später (unfreiwilliger) Vater mit allen rechtlichen Konsequenzen zu werden,<sup>75</sup> ist dies künftig ausgeschlossen. Die gerichtliche Feststellung der Vaterschaft des Samenspenders ist gemäß § 1600d Abs. 4 BGB n. F. ausgeschlossen, wenn das Spenderkind durch eine ärztlich unterstützte künstliche Befruchtung in einer Einrichtung der medizinischen Versorgung unter heterologer Verwendung von Samen gezeugt wurde, den der Spender einer Entnahmeeinrichtung zur Verfügung gestellt hat. Bei der Einrichtung der medizinischen Versorgung handelt es sich nach der Definition in § 1a Nr. 9 TPG um „ein Krankenhaus oder eine andere Einrichtung mit unmittelbarer Patientenbetreuung, die fachlich-medizinisch unter ständiger ärztlicher Leitung steht und in der ärztliche medizinische Leistungen erbracht werden“. Hierunter fallen insbesondere alle ärztlichen Kinderwunschzentren bzw. -kliniken. Die Entnahmeeinrichtung wird in § 2 Abs. 1 S. 1 SaRegG als eine „Einrichtung, in der Samen zur heterologen Verwendung für eine ärztlich unterstützte künstliche Befruchtung gewonnen wird“ legal definiert. Eine **gerichtliche Feststellung des Samenspenders**, insbesondere aufgrund eines diesbezüglichen Antrags des Spenderkindes, ist nach § 1600d Abs. 4 BGB n. F. ausgeschlossen.

Da die Neuregelung allein die gerichtliche Feststellung der Vaterschaft ausschließt,<sup>76</sup> bleibt eine **Anerkennung der Vaterschaft** durch den Samenspender, z. B. nach einer Kontaktaufnahme durch das Spenderkind, gemäß § 1592 Nr. 2 BGB möglich.<sup>77</sup> Rechtliche Wirkungen hat sie allerdings erst, wenn eine (rechtliche) Vaterschaft des Wunschvaters nicht (mehr) besteht (§ 1594 Abs. 2 BGB).<sup>78</sup> Besteht keine rechtliche Vaterschaft, z. B. bei einer lesbischen Ehe, hängt die Wirksamkeit der rechtlichen Vaterschaft des Samenspenders von der Zustimmung der Mutter ab und falls dieser die rechtliche Sorge nicht zusteht, z. B. wegen Volljährigkeit des Kindes, auch von der Zustimmung des Kindes (§ 1595 Abs. 1 und 2 BGB). Gegen den Willen der Empfängerin der Samenspende und, soweit die Zustimmung des Kindes erforderlich ist, auch nicht gegen den Willen des Kindes kann der Samenspender somit nicht rechtlicher Vater werden.<sup>79</sup> Eine familiengerichtliche Feststellung seiner (rechtlichen) Vaterschaft ist ihm aufgrund des § 1600d Abs. 4 BGB n. F. nicht möglich.

<sup>72</sup> Siehe nur BVerfG, Beschl. v. 17.12.2013 – 1 BvL 6/10, BVerfGE 135, 48/52 Rn 2 = FamRZ 2014, 449.

<sup>73</sup> Siehe nur, Würzburger Notarhdb./G. Müller, 4. Aufl. 2015, Teil 3 Kap. 4 Rn 10 und Beck'sches Notarhdb./Grziwotz, 6. Aufl. 2015, Kap. B V. Rn 9; zu einem Ausnahmefall siehe Lerch, BeurkG, 5. Aufl. 2015, § 4 Rn 16; auch bei einer (ausländerrechtlich) missbräuchlichen Anerkennung oder Zustimmung ist nur das Verfahren der Aussetzung gem. § 1597a Abs. 2 BGB gegeben.

<sup>74</sup> Siehe nur P. Meier, NZFam 2014, 337 ff. u. Taupitz, ZRP 2011, 161 ff.

<sup>75</sup> Siehe nur Motejl, FamRZ 2017, 345 ff. u. Spickhoff, ZFPW 2017, 257, 270 ff. Der vielfach wiederholte Hinweis, dass kein Fall einer Vaterschaftsfeststellung durch ein Samenspenderkind bekannt sei (Helms, FamRZ 2017, 1537, 1541 und ihm folgend Löhmg, StAZ 2017, 353, 358), trifft in dieser Pauschalität nicht zu; vgl. nur OLG Karlsruhe, Beschl. v. 8.3.2017 – 2 UF 180/16, FamRZ 2017, 2023 = NZFam 2017, 414 = FamRB 2017, 256; zur Vertretung des Kindes durch die Mutter siehe BGH, Beschl. v. 2.11.2016 – XII ZB 583/15, FamRZ 2017, 123 = MDR 2017, 34.

<sup>76</sup> Helms, FamRZ 2017, 1537, 1541; Kemper, FamRB 2017, 438, 439.

<sup>77</sup> Helms, FamRZ 2017, 1537, 1541; Kemper, FamRB 2017, 438, 439.

<sup>78</sup> Zur Unzulässigkeit einer Anfechtung der Vaterschaft bei bestehender sozial-familiärer Beziehung des Kindes zu seinem rechtlichen Vater siehe BGH, Urt. v. 6.12.2006 – XII ZR 164/04, BGHZ 170, 161 = FamRZ 2007, 538 = MDR 2007, 723 = NJW 2007, 167 u. BGH, Beschl. v. 18.10.2017 – XII ZB 525/16, FamRZ 2018, 41 = MDR 2018, 34 = NJW-RR 2018, 68; BGH, Urt. v. 15.11.2017 – XII ZB 389/16, FamRZ 2018, 275 = MDR 2018, 151; vgl. bereits Remus/Liebscher, NJW 2013, 2558 ff.

<sup>79</sup> Verfassungsrechtliche Bedenken äußert MüKo-BGB/Wellenhofer, 7. Aufl. 2017, § 1595 Rn 3 ff., wenn Vater und Kind die Vaterschaftsanerkennung wünschen, aber die Mutter widerspricht.

**PRAXISTIPP****Verwendung des Samens entscheidend für zeitliche Anwendbarkeit des § 1600d BGB:**

§ 1600d Abs. 4 BGB n. F. ist nur auf Inseminationen anwendbar, wenn der Samen ab dem 1.7.2018 verwendet wird. Wann er gewonnen wurde, ist unerheblich (Art. 4 Gesetz zur Regelung des Rechts auf Kenntnis der Abstammung bei heterologer Verwendung von Samen).<sup>80</sup> Dies gilt auch bei einer Verwendung von „Alt-Sperma“ unter Verstoß gegen die Anforderungen nach § 13 Abs. 1 und 2 SaRegG.

**2. Verbleibende Risiken – Einwilligung mit Widerrufsrecht**

Der gesetzgebende Leitgedanke der heterologen Samenspende ist die Einwilligung eines verheirateten Wunschwaters in die heterologe Befruchtung seiner Ehefrau.<sup>81</sup> Dieser ist gemäß § 1592 Nr. 1 BGB automatisch rechtlicher Vater des mit seiner Zustimmung gezeugten Kindes.<sup>82</sup> Eine Anfechtung der Vaterschaft ist den Wunscheltern, insbesondere dem Wunschwater, bei einer künstlichen Befruchtung (später) nicht (mehr) möglich (§ 1600 Abs. 5 BGB). Lediglich bis zur Vornahme der künstlichen Befruchtung sind die Wunscheltern berechtigt, ihre Einwilligung zu widerrufen.<sup>83</sup> Dieses Modell funktioniert nicht, wenn der Wunschwater und die Wunschmutter im Zeitpunkt der Geburt des Kindes nicht (mehr) verheiratet sind.<sup>84</sup> In diesem Fall gilt nämlich die Vermutung des § 1592 Nr. 1 BGB nicht. Bei nicht verheirateten verschiedengeschlechtlichen Paaren ist zudem eine präkonzeptionelle Anerkennung der Vaterschaft (§ 1592 Nr. 2 BGB) nicht zulässig.<sup>85</sup> Bei gleichgeschlechtlichen Paaren gilt nach h. M. (siehe oben) § 1592 Nr. 1 BGB nicht. Eine Anerkennung der Co-Elternschaft ist nicht möglich.<sup>86</sup> Eine gemeinsame Elternschaft ist bei nicht verheirateten verschieden- und gleichgeschlechtlichen Paaren und nicht in eingetragener gleichgeschlechtlicher Lebenspartnerschaft lebenden Paaren nicht möglich, insbesondere nicht über eine Adoption.<sup>87</sup> Bei gleichgeschlechtlichen Ehepaaren und bei eingetragenen Lebenspartnern ist zwar eine Stiefkindadoption möglich (§ 1742 Abs. 2 S. 3 BGB, § 9 Abs. 7 LPartG), jedoch kann der Adoptionsantrag trotz der konsentierten Elternschaft bis zum Wirksamwerden des Annahmebeschlusses (§ 197 Abs. 2 FamFG) zurückgenommen werden.<sup>88</sup> § 1600 Abs. 5 BGB ist nicht in der Form entsprechend anwendbar, dass eine Rücknahme eines

Adoptionsantrags, der wohl ohnehin erst nach der Geburt wirksam gestellt werden kann,<sup>89</sup> ausgeschlossen wäre.

**PRAXISTIPP****Bindende Verpflichtung bei heterologer Insemination zur Vaterschaftsanerkennung nicht möglich:**

Bei einer heterologen Insemination einer unverheirateten Frau mit Zustimmung ihres männlichen Partners und bei einem lesbischen Paar riskiert die Wunschmutter, dass beim konsentierenden anderen Elternteil ein Sinneswandel eintritt. Eine bindende Verpflichtung zur Anerkennung der Vaterschaft bzw. zur Adoption des Stiefkindes ist nicht zulässig.<sup>90</sup>

Bei der heterologen Insemination handelt es sich um einen adoptionsähnlichen Vorgang.<sup>91</sup> Gleichwohl bestehen hinsichtlich der **Einwilligung des zweiten Elternteils** keine gesetzlichen Regelungen, insbesondere keine Formerfordernisse.<sup>92</sup> Lediglich § 4 Abs. 1 Nr. 1 ESchG erwähnt die Einwilligung, die eine strafbare eigenmächtige Befruchtung durch einen Arzt ausschließt.<sup>93</sup> Bei ihr ist nach h. M. keine Geschäftsfähigkeit, sondern lediglich eine natürliche Einsichts- und Urteilsfähigkeit erforderlich, die auch die entstehenden familienrechtlichen Beziehungen und die entstehenden Pflichten umfassen muss.<sup>94</sup> Eine Vertretung wird für zulässig gehalten.<sup>95</sup> Das Einverständnis muss bei Vornahme der künstlichen Befruchtung durch den Arzt (noch) vorliegen.<sup>96</sup> Die Einwilligung in die heterologe Insemination unterscheidet sich danach von einer Annahme als Kind hinsichtlich des Erfordernisses der Geschäftsfähigkeit (§ 1741 Abs. 2 S. 4 BGB), des Alterserfordernisses (§ 1743 BGB) und der Höchstpersönlichkeit (§ 1741 Abs. 2 S. 1, 2. Alt. BGB). Sie nimmt damit eine Zwischenstellung zwischen dem Zeugungsakt und dem Adoptionsantrag ein, wobei sie trotz ihres Charakters als Rechtsakt dem natürlichen Akt mehr ähnelt. Damit könnte auch ein Vorsorgebevollmächtigter mit dem Bereich „Gesundheitssorge“ die Einwilligung erteilen; die Ehefrau könnte also als Bevollmächtigte bei einer Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB auch eine Einwilligung zur heterologen „*Eigenbefruchtung*“ erteilen. Damit könnte sie (im Interesse ihres Partners) allein die gemeinsame Lebensplanung „umsetzen“. Eine Einwilligung könnte vor dem Hintergrund einer möglichen natürlichen Vaterschaft auch ein 17-jähriger erteilen.<sup>97</sup> Die Einwilligung in die

<sup>80</sup> BGBl I 2017, 2513, 2518; vgl. dazu auch *Kemper*, FamRB 2017, 438, 439.

<sup>81</sup> Siehe nur *Löhnig/Runge-Rannow*, FamRZ 2018, 10.

<sup>82</sup> Voraussetzung ist die Geburt während bestehender Ehe, also nach der Eheschließung (nicht nur am selben Tag) und vor Auflösung der Ehe. Eine Legitimation durch eine spätere Ehe erfolgt nicht mehr; zum Ganzen siehe *Rauscher*, FPR 2002, 352, 353 und kurz *Pauli*, NZFam 2016, 57, 58.

<sup>83</sup> Vgl. nur BGH, Urt. v. 3.5.1995 – XII ZR 29/94, BGHZ 129, 297 = FamRZ 1995, 861 = MDR 1995, 712 = NJW 1995, 2028; zur homologen Insemination siehe auch LG Bonn, Urt. v. 19.10.2016 – 1 O 42/14, FamRZ 2017, 447, 449.

<sup>84</sup> A. A. *Pauli*, NZFam 2016, 57, 58.

<sup>85</sup> *Staudinger/Rauscher*, BGB Neubearb. 2011, § 1594 Rn 50; *van de Loo*, FamRB 2015, 230, 231; *Löhnig*, StAZ 2017, 353, 357; DNotI-Report 2009, 91, 92; a. A. *MüKo-BGB/Wellenhofer*, 7. Aufl. 2017, § 1594 Rn 43; *NK-BGB/Gutzeit*, 3. Aufl. 2014, § 1594 Rn 14; *Spickhoff*, FS f. Schwab, 2005, 923, 942; *Taupitz/Schlüter*, AcP 205, 2005, 591, 595 und *Wilms*, RNotZ 2012, 141, 145.

<sup>86</sup> Siehe dazu nur *Pauli*, NZFam 2016, 57, 58.

<sup>87</sup> BGH, Beschl. v. 8.2.2017 – XII ZB 586/15, FamRZ 2017, 626 = DNotZ 2017, 375 = NJW 2017, 1672; vgl. auch OLG Hamburg, Beschl. v. 14.3.2017 – 2 UF 160/16, NZFam 2017, 382.

<sup>88</sup> Siehe nur, *Müller/Sieghörtner/Emmerling de Oliveira/Sieghörtner*, Adoptionsrecht in der Praxis, 3. Aufl. 2016, Rn 174; *MüKo-BGB/Maurer*, 7. Aufl. 2017, § 1752 Rn 22; *Staudinger/Frank*, BGB Neubearb. 2007, § 1752 Rn 6; *Soergel/Liemann*, BGB, 13. Aufl. 2000, § 1752 Rn 3; zur Gerichtsgebührenermäßigung in diesem Fall siehe Nr. 1321 Nr. 2 KV FamGKG.

<sup>89</sup> Eine Adoption ist bereits unmittelbar nach der Geburt möglich (HK-Adopt/*Kemper*, 2. Aufl. 2015, § 1741 Rn 3). Die Antragstellung ist vor Vorliegen der Einwilligungserklärungen zulässig (BayObLG, Beschl. v. 30.6.1977 – Allg.Reg. 28/77, FamRZ 1978, 65, 66). Allerdings ist der Antrag wie die Vaterschaftsanerkennung bedingungsfeindlich (§ 1752 Abs. 2 S. 1 BGB), sodass eine Antragstellung vor Geburt die (stillschweigende) Bedingung der Geburt enthält (unklar NK-BGB/*Dahm*, 3. Aufl. 2014, § 1752 Rn 6; zu jeder Zeit).

<sup>90</sup> Zu den Nachteilen für die gebärende Frau und das Kind *Pauli*, NZFam 2016, 57, 58.

<sup>91</sup> So bereits BGH, Urt. v. 3.5.1995 – XII ZR 29/94, BGHZ 129, 297 = FamRZ 1995, 861 = MDR 1995, 712 = NJW 1995, 2028; vgl. auch BGH, Urt. v. 23.9.2015 – XII ZR 99/14, BGHZ 207, 135 = FamRZ 2015, 2134 = MDR 2015, 1301 = NJW 2015, 3434.

<sup>92</sup> BGH, Urt. v. 23.9.2015 – XII ZR 99/14, BGHZ 207, 135 = FamRZ 2015, 2134 = MDR 2015, 1301 = NJW 2015, 3434.

<sup>93</sup> Vgl. auch § 4 Abs. 1 Nr. 2 ESchG zur Embryoübertragung.

<sup>94</sup> *Spickhoff/Müller-Terpitz*, Medizinrecht, 2. Aufl. 2014, § 4 ESchG Rn 2; *Keller/Günther/Kaiser/Keller*, ESchG, 1992, § 4 Rn 8; *Günther/Taupitz/Kaiser/Taupitz*, ESchG, 2. Aufl. 2014, § 4 Rn 7.

<sup>95</sup> *Keller/Günther/Kaiser/Keller*, ESchG, 1992, § 4 Rn 12 u. *Günther/Taupitz/Kaiser/Taupitz*, ESchG, 2. Aufl. 2014, § 4 Rn 11, die beide die Fälle einer Vertretung nicht für praktisch halten.

<sup>96</sup> Vgl. *Spickhoff/Müller-Terpitz*, Medizinrecht, 2. Aufl. 2014, § 4 ESchG Rn 2; *Keller/Günther/Kaiser/Keller*, ESchG, 1992, § 4 Rn 9; *Günther/Taupitz/Kaiser/Taupitz*, ESchG, 2. Aufl. 2014, § 4 Rn 10.

<sup>97</sup> Der allerdings gem. § 1303 S. 1 BGB nicht (mehr) verheiratet sein kann (anders noch § 1303 Abs. 2 BGB a. F.).



heterologe Insemination wird wie eine rechtstatsächliche Willenskundgabe behandelt, ähnlich dem Betreuungsvorschlag gemäß § 1897 Abs. 4 S. 1 BGB.<sup>98</sup> Der BGH<sup>99</sup> hat zwar von einer Willenserklärung des einwilligenden Wunschvaters gesprochen, aber offengelassen, ob wegen der besonderen Natur der Erklärung die allgemeinen Regeln über Willenserklärungen uneingeschränkte Anwendung finden oder der Modifikation bedürfen, insbesondere im Hinblick auf die Geschäftsfähigkeit. Hinsichtlich des erforderlichen Zugangs der Erklärung bei der Wunschmutter soll auch die Erklärung gegenüber dem behandelnden Arzt genügen, da diese der Frau zur Kenntnis gebracht wird. Allerdings ist es fraglich, ob nicht doch, ähnlich dem Adoptionsantrag, für die Einwilligung in die heterologe Insemination Geschäftsfähigkeit und zudem ein Ausschluss der Vertretung zu fordern sind.<sup>100</sup> Folgt man der letztgenannten Ansicht, ist insbesondere eine Zustimmung der Ehefrau aufgrund einer diesbezüglichen Ermächtigung nicht möglich.

Unabhängig von dieser Streitfrage soll für die Wirksamkeit des Einverständnisses in eine heterologe Insemination zudem eine vorangehende, hinreichend umfassende **Aufklärung** über Wesen, Bedeutung und Tragweite der Behandlung erforderlich sein. Bei unzureichender oder falscher Information kann das Einverständnis unwirksam sein.<sup>101</sup> Die Einwilligung des Wunschvaters, die materiell-rechtlich letztlich ein Einverständnis zur Begründung einer neuen Eltern-Kind-Zuordnung enthält, könnte bei einer Beurkundung folgenden Wortlaut haben:

#### FORMULIERUNGSVORSCHLAG

##### Einwilligung des Wunschvaters:

*Ich, ..., willige in die ärztlich unterstützte künstliche Befruchtung meiner Ehefrau ... mit dem Samen eines Mannes, der in eine dafür zugelassene Entnahmeeinrichtung gewonnen wurde, bei ... (Arztin/Arzt ergänzen) der Kinderwunschpraxis ... ein. Ich weiß, dass ich diese Einwilligung bis zur Durchführung dieser Befruchtung<sup>102</sup> jederzeit formfrei widerrufen kann. Der Widerruf sollte zu Beweis Zwecken schriftlich erfolgen; ein Nachweis in anderer Form ist jedoch möglich.<sup>103</sup> Der gegenüber meiner Ehefrau erteilte Widerruf sollte in Ablichtung auch der/dem vorgenannten Ärztin/Arzt/der vorgenannten Kinderwunschpraxis ... mitgeteilt werden.*

<sup>98</sup> Vgl. Wanitzek, FamRZ 2003, 730/733 f.; zum Betreuungsvorschlag siehe BGH, Beschl. v. 7.8.2013 – XII ZB 131/13, FamRZ 2013, 1798 = NJW-RR 2013, 1475; BGH, Beschl. v. 14.1.2015 – XII ZB 352/14, FamRZ 2015, 648 = NJW-RR 2015, 450; BGH, Beschl. v. 3.8.2016 – XII ZB 616/15, FamRZ 2016, 1758 = MDR 2016, 1145 = NJW-RR 2016, 1156; BGH, Beschl. v. 21.6.2017 – XII ZB 237/17, FamRZ 2017, 1612 = MDR 2017, 1247 = NJW 2017, 3302 u. BGH, Beschl. v. 19.7.2017 – XII ZB 390/16, FamRZ 2017, 1779 = MDR 2017, 1188 = NZFam 2017, 993.

<sup>99</sup> Zuletzt BGH, Urt. v. 23.9.2015 – XII ZR 99/14, BGHZ 207, 135 (Rn 11–13) = FamRZ 2015, 2134 = MDR 2015, 1301 = NJW 2015, 3434; ausführlich zu der Problematik Brudermüller, Verh. d. 71. DJT 2016, P 41/49 ff.

<sup>100</sup> So Roth, DNotZ 2003, 805, 811 f.; vgl. auch OLG Oldenburg, Beschl. v. 30.6.2014 – 11 UF 179/13, FamRZ 2015, 67, 68, wonach aber lediglich von einer Einwilligungsfähigkeit und einer nicht vorliegenden Geschäftsunfähigkeit gesprochen wird.

<sup>101</sup> Siehe dazu Frommel, FS f. Hassemer, 2010, 831, 839; Günther/Taupitz/Kaiser/Taupitz, ESchG, 2. Aufl. 2014, § 4 Rn 7 a. E.

<sup>102</sup> Unrichtig ist, dass der Widerruf bis zur erfolgreichen Befruchtung (so aber Wilms, RNotZ 2012, 141, 155) erfolgen kann; der einwilligende Vater kann bereits dann die Einwilligung nicht mehr widerrufen, wenn die Einbringung des Samens in die Partnerin oder die Injektion in ihre Eizelle im Reagenzglas vorgenommen wurde (so auch Löhnig/Runge-Rammow, FamRZ 2018, 10, 13). Von der Frau kann nicht verlangt werden, dass diese die Entstehung des Kindes durch Notfallkontrazeptiva („Pille danach“) verhindert.

<sup>103</sup> Eine Widerrufserklärung zu notarieller Urkunde ist nicht nötig (a. A. die Empfehlung von Wilms, RNotZ 2012, 141, 155). Zur Wirksamkeit ist auch keine zusätzliche Erklärung gegenüber dem behandelnden Arzt erforderlich; diese ist nur empfehlenswert, um eine einwilligungslose Befruchtung zu verhindern.

*Die Notarin/Der Notar hat mich darüber belehrt, dass ich meine Einwilligung in die heterologe Insemination nur bis zur Durchführung der Befruchtung durch ... widerrufen kann und dass ich nach § 1592 Nr. 1 BGB automatisch (rechtlicher) Vater des auf diese Weise entstandenen und von meiner Ehefrau geborenen Kindes werde. Das Kind ist mir gegenüber insbesondere unterhalts- und erbberechtigt. Eine Anfechtung der Vaterschaft durch mich und meine Ehefrau ist ausgeschlossen (§ 1600 Abs. 5 BGB). Der Samenspender kann weder auf seinen Antrag noch auf Antrag des Kindes später als Vater dieses Kindes durch das Familiengericht festgestellt werden (§ 1600d Abs. 3 BGB).<sup>104</sup>*

## II. Die private Samenspende („Becherspende“) und ihre Folgen

Die Nichtzuordnung des Samenspenders als rechtlicher Vater zu seinen Spendenkindern (§ 1600d Abs. 4 BGB n. F.) gilt nur für die medizinisch assistierte künstliche Befruchtung in einem reproduktionsmedizinischen Zentrum oder durch einen niedergelassenen Arzt mit Sperma, das von einer Entnahmeeinrichtung zur Verfügung gestellt wurde. Sie wird der Vaterschaft durch Beischlaf gleichgestellt.<sup>105</sup> Sie gilt nicht, wenn ein Arzt – unter Verstoß gegen seine standesrechtlichen Richtlinien und die Vorschriften des SaRegG – mit einer Spende, die nicht aus einer Entnahmeeinrichtung stammt, eine donogene Insemination vornimmt. Und sie gilt vor allem nicht bei einer nicht ärztlich assistierten künstlichen Befruchtung, d. h. einer intravaginalen Insemination mittels einer privaten Samenspende.<sup>106</sup> Ein bindender **Verzicht** eines privaten **Samenspenders** auf seine Vaterrechte und eine Befreiung von seinen Vaterpflichten auch bei Mitwirkung gegenüber dem Samenspenderkind sind nicht möglich.<sup>107</sup> Eine freiwillige Registrierung beim DIMDI ist ebenfalls nicht zulässig.<sup>108</sup>

Ob der **Ausschluss der Anfechtbarkeit der Vaterschaft durch die Wunscheltern** (§ 1600 Abs. 4 BGB) auch diese Vorgänge erfasst, ist, nachdem auf die „künstliche Befruchtung mittels Samenspende eines „Dritten“ hinsichtlich der Zeugung abgestellt wird, fraglich. Nahezu unstrittig ist nur, dass es auf die Methode der künstlichen Befruchtung nicht ankommt.<sup>109</sup> Unerheblich soll nach h. M. auch sein, ob die Insemination durch einen Arzt, die Beteiligten selbst oder mit Hilfe eines Dritten vorgenommen wird.<sup>110</sup> Entscheidend soll nur sein, dass der Vorgang künstlich, also unter Einsatz technischer Hilfsmittel und nicht

<sup>104</sup> Diese Belehrung betrifft ärztlich unterstützte künstliche Befruchtungen in einer Einrichtung der medizinischen Versorgung (§ 1a Nr. 9 TPG), die ab 1.7.2018 durchgeführt werden. Bei Erteilung der Einwilligung durch eine bevollmächtigte Person oder einen nicht geschäftsfähigen Ehemann sollte der Notar auf die Möglichkeit der Unwirksamkeit der Einwilligung und die sich hieraus ergebenden Folgen, insbesondere für die „Wunschmutter“, das Kind und den behandelnden Arzt (auch dessen Strafbarkeit) eindringlich hinweisen.

<sup>105</sup> Pauli, NZFam 2016, 57, 60.

<sup>106</sup> Siehe nur Kemper, FamRB 2017, 438, 439 und Rütz, Heterologe Insemination – Die rechtliche Stellung des Samenspenders, 2008, 162 ff.; vgl. den Fall OLG Bamberg, Beschl. v. 26.4.2017 – 2 UF 70/17, FamRZ 2017, 1236 = NJW-RR 2017, 840; zur intra-uterinen Insemination aus medizinischer Sicht siehe Dom, Gynäkologische Endokrinologie 2, 2012, 121 ff.

<sup>107</sup> Kritisch deshalb Löhnig, StAZ 2017, 353, 357.

<sup>108</sup> Kritisch deshalb ebenfalls Löhnig, StAZ 2017, 353, 354.

<sup>109</sup> Spickhoff, FS f. Schwab, 2005, 923, 932; Staudinger/Rauscher, BGB Neubearb. 2011, § 1600 Rn 77; MüKo-BGB/Wellenhofer, 7. Aufl. 2017, § 1600 Rn 60.

<sup>110</sup> Siehe nur OLG Hamm, Urt. v. 2.2.2007 – 9 UF 19/06, FamRZ 2008, 630 = NJW 2007, 3733 (Selbstvornahme mit Kinderspritze); Spickhoff, FS f. Schwab, 2005, 923, 932; MüKo-BGB/Wellenhofer, 7. Aufl. 2017, § 1600 Rn 60; Staudinger/Rauscher, BGB Neubearb. 2011, § 1600 Rn 77; a. A. Wanitzek, FamRZ 2003, 730, 732.

durch Geschlechtsverkehr, erfolgt ist.<sup>111</sup> Nach § 9 Nr. 1 ESchG besteht für die künstliche Befruchtung ein Arztvorbehalt. Nach § 11 Abs. 1 Nr. 1 ESchG ist ein Verstoß hiergegen mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe sanktioniert. Nicht bestraft werden können jedoch die Frau, die eine künstliche Insemination bei sich vornimmt, und der Samenspende (§ 11 Abs. 2 ESchG); anders ist dies hinsichtlich eines „assistierenden“ Wunscherternteils.<sup>112</sup> Ein Verstoß gegen diesen Arztvorbehalt und auch gegen die entsprechenden Strafvorschriften kann nicht zugunsten eines späteren Sinneswandels des Wunschvaters und damit zu Lasten des Kindes gehen.<sup>113</sup> Ebenso ist es aus diesem Grund gleichgültig, ob die Eizelle von der Wunschmutter stammt.<sup>114</sup> Nimmt man das Argument des Kindeswohls ernst, muss der Ausschluss der Vaterschaftsanfechtung durch die Wunschertern auch für andere Fälle einer konsentierten Elternschaft gelten, insbesondere auch den einvernehmlichen Geschlechtsverkehr mit einem Dritten.<sup>115</sup> Liegt der Grund für die ungewollte Kinderlosigkeit eines heterosexuellen Paares nämlich beim Mann, ist zur „Abhilfe“ lediglich ein (anderer) männlicher Sexualpartner erforderlich.<sup>116</sup> Jedenfalls bei der Annahme eines (konkludenten) Unterhaltsanspruchs zugunsten des Kindes im Rahmen einer konsentierten Kinderwunscherfüllung stellt der BGH nicht auf den künstlichen Zeugungsvorgang ab.<sup>117</sup> Geht man von der Anwendbarkeit des § 1592 Nr. 1 BGB auch auf die Ehegatten gleichen Geschlechts aus (vgl. oben A. IV.), so muss bei einem lesbischen Paar § 1600 Abs. 4 BGB analog angewendet werden, auch wenn der Wortlaut nur den Mann und die Mutter erwähnt. Aber auch wenn man der hier vertretenen Ansicht folgt, dass § 1592 Nr. 1 BGB nicht auf gleichgeschlechtliche Paare anwendbar ist, verbietet das Kindeswohl jedenfalls hinsichtlich der unterhaltsrechtlichen Gleichstellung des so entstandenen Kindes eine spätere Abstandnahme von der gemeinsamen Kinderwunscherfüllung, und zwar gleichgültig, in welcher Form diese vorgenommen wurde. Künstlich in diesem Sinne ist jede Form der Kinderwunscherfüllung, die nicht durch Geschlechtsverkehr zwischen den beteiligten Eltern erfolgt. Während allerdings bei verschiedengeschlechtlichen Ehepaaren bereits die heterologe Insemination allein eine Stiefkindadoption ersetzt, ist diese bei der Insemination eines lesbischen Ehepaares noch zusätzlich erforderlich. Bei einem nicht verheirateten Hetero-Paar ist, wenn man eine vorkonzeptionelle Einwilligung nicht zulässt, nach erfolgreicher Schwangerschaft der Frau ein Vaterschaftsanerkennnis gemäß § 1592 Nr. 2 BGB erforderlich. Insofern bestehen dieselben Probleme wie bei einer ärztlich unterstützten künstlichen Befruchtung (siehe dazu oben B. I. 2.).

<sup>111</sup> Palandt/Brudermüller, BGB, 77. Aufl. 2018, § 1600 Rn 11; MüKo-BGB/Wellenhofer, 7. Aufl. 2017, § 1600 Rn 60; Erman/Hammermann, BGB, 15. Aufl. 2017, § 1600 Rn 24 („alle, die technische Mittel zu Hilfe nehmen“).

<sup>112</sup> Verfassungsrechtlich bedenklich, vgl. Grziwotz, NZFam 1065, 1069.

<sup>113</sup> Zutreffend MüKo-BGB/Wellenhofer, 7. Aufl. 2017, § 1600 Rn 60; Erman/Hammermann, BGB, 15. Aufl. 2017, § 1600 Rn 24.

<sup>114</sup> So OLG Hamburg, Beschl. v. 23.4.2012 – 12 UF 180/11, FamRZ 2013, 228 = NJW-RR 2012, 128; zur Kinderwunscherfüllung lesbischer Paare siehe nur Hartung/Mohr/Paulick, Berliner Blätter SoH 51/2010, 113, 117 ff. und Müller-Götzmann, Artifizielle Reproduktion und gleichgeschlechtliche Elternschaft, 2009, S. 11 ff.

<sup>115</sup> So bereits Coester-Waltjen/Lipp/Schumann/Veit/Grziwotz, „Kinderwunschmedizin“ – Reformbedarf im Abstammungsrecht?, 2015, 103, 113 u. Grziwotz, NZFam 2014, 1065, 1069.

<sup>116</sup> Vgl. Grziwotz/Dethloff, Notarielle Gestaltung bei geänderten Familienstrukturen, 2012, 7, 20.

<sup>117</sup> Zur unwirksamen Auslandsadoption siehe BGH, Beschl. v. 10.5.1995 – XI ZR 2/95, FamRZ 1995, 995 = NJW-RR 1995, 1089.

Für den Notar besteht, sofern zumindest zur Absicherung des Kindes und eventuell zur Regelung der Unterhaltspflicht sowie wegen erbrechtlicher Verfügungen die Einwilligung in die private Insemination beurkundet werden soll, das **Problem der Strafbarkeit** von Wunschvater und Wunschmutter sowie einer lesbischen Co-Mutter. Nach Ansicht des Gesetzgebers handelt es sich bei jeder Befruchtung, „die nicht durch Geschlechtsverkehr herbeigeführt wird und zu deren Erreichung technische Hilfsmittel eingesetzt werden“, um eine künstliche Befruchtung.<sup>118</sup> Der Notar darf gemäß § 4 BeurkG, § 14 Abs. 2 BNotO die Beurkundung der Einwilligung in die strafbewehrte Vornahme der privaten künstlichen Insemination sowie, damit zusammenhängend, die Freistellung des privaten Samenspenders von Unterhalts- und Erbsprüchen des Kindes nicht vornehmen. Hält er die gesetzliche Regelung (zumindest teilweise) für verfassungswidrig, kann er den Beteiligten einen Bescheid über die Ablehnung der Beurkundung erteilen, den diese dann mit der Notarbeschwerde (§ 15 Abs. 2 BNotO) anfechten können. Das LG kann, wenn es sich den verfassungsrechtlichen Bedenken anschließt und deshalb von einer Amtspflicht zur Mitbeurkundung der Einwilligung in die verbotene private Insemination ausgeht, die Frage der Verfassungswidrigkeit durch das BVerfG klären lassen. Unterhaltsvereinbarungen und erbrechtliche Verfügungen zugunsten des (künftigen) Kindes kann der Notar dagegen beurkunden; man wird ihm aber das Recht zugestehen müssen, solange die entsprechenden Strafvorschriften für privat vorgenommene heterologe Inseminationen bestehen, eine diesbezügliche Beurkundung abzulehnen.

#### FORMULIERUNGSVORSCHLAG

##### **Ablehnung der Beurkundung der Einwilligung zu einer privat vorgenommenen künstlichen heterologen Insemination:**

##### **Bescheid über die Ablehnung der Beurkundung**

##### **Betreff: Einwilligungs- und Freistellungserklärungen zu einer privat vorgenommenen künstlichen heterologen Insemination**

Sehr geehrte Frau..., sehr geehrter Herr...

Sie haben am ... bei mir den Antrag auf Beurkundung der Einwilligung von Herrn ... in die heterologe Insemination von Ihnen, seiner Ehefrau, mittels einer über eine Adresse im Internet/einer von einem befreundeten Mann erhaltenen Samenspende im Wege der Selbstvornahme samt Freistellung des Samenspenders von Unterhalts- und Erbsprüchen des Kindes gestellt. Ich habe Sie darauf hingewiesen, dass nach den §§ 9 Nr. 1, 11 Abs. 1 Nr. 1 ESchG die Vornahme einer künstlichen Befruchtung, unabhängig von der Straffreiheit der Frau und des Samenspenders (nicht des Ehemannes der künftigen Mutter!), strafbar ist und ich trotz meiner eigenen verfassungsrechtlichen Bedenken hinsichtlich dieser Vorschriften hieran nicht mitwirken darf. Sie wollen jedoch den Antrag nicht zurücknehmen, insbesondere aus Kosten- und persönlichen Gründen nicht auf eine ärztlich vorgenommene künstliche Befruchtung ausweichen. Ich muss aus den vorgenannten Gründen die gewünschte

**Beurkundung ablehnen.**

<sup>118</sup> BT-Drucks 11/5460, 8; dem folgend Günther/Taupitz/Kaiser/Günther, ESchG, 2. Aufl. 2014, § 1 Abs. 1 Nr. 2 Rn 14; zu Unrecht zweifelnd Helms, FamRZ 2017, 1537, 1539; man kann höchstens vertreten, dass es sich um eine Form des Geschlechtsverkehrs handelt, wenn der (künftige) zweite Elternteil oder der Samenspende die (künstliche) Befruchtung „vornehmen“ (vgl. Grziwotz, NZFam 2014, 1065, 1069).



*Rechtsbehelfsbelehrung: Gegen diesen Bescheid können Sie Beschwerde nach § 15 BNotO einlegen. Über die Beschwerde, die bei mir, Notar ... in (Adresse/n der Geschäftsstelle/n) in deutscher Sprache schriftlich oder zur Niederschrift eingelegt werden muss, entscheidet das Landgericht .... Sie ist nur zulässig, wenn sie binnen eines Monats nach schriftlicher Bekanntgabe dieser Entscheidung eingelegt wird.*

..., Notar

Unabhängig von der Frage der Zulässigkeit einer Beurkundung einer Vereinbarung über eine privat vorgenommene heterologe Insemination muss die Regelung, falls eine solche getroffen werden soll, folgende **Punkte** behandeln:<sup>119</sup>

- Einwilligung des zweiten Elternteils gegenüber der (künftigen) Mutter in deren (künstliche) heterologe Insemination mit Regelung des Widerrufs (Form, Adressat und Zeitraum).
- Regelung der Kenntnis der genetischen Abstammung des Samenspenderkindes (Aufbewahrung der Daten mindestens entsprechend der Regelung gemäß § 8 Abs. 1 SaRegG 110 Jahre und Auskunftsrecht analog § 10 SaRegG, wobei unklar bleibt, wie sichergestellt wird, dass das Spenderkind, wenn es nicht von seinen rechtlichen Eltern hierüber informiert wird oder dies bei lesbischen Eltern ohnehin weiß, dass es einen biologischen Vater hat, der vom rechtlichen abweicht, diesbezüglich eine Auskunft erhält und wo es sich darüber informieren kann. Jedenfalls keine „Verschwiegenheitsabreden“, die das Recht des Kindes auf Kenntnis seiner Abstammung unzulässig einschränken könnten). Einschränkung der Offenbarung gegenüber dritten Personen (evtl. problematisch in gerader Linie und bei Geschwistern).
- Bei nicht verheiratetem Hetero-Paar Hinweis auf Notwendigkeit der späteren (nach Vorliegen der Schwangerschaft) Vaterschaftsanerkennung und Risiko der Nichtanerkennung für die Wunschmutter. Bei lesbischem Ehepaar/Lebenspartnerinnen Hinweis auf Notwendigkeit der späteren Stiefkindadoption, wenn keine automatische Co-Mutterschaft eintritt und Risiko des Unterbleibens der Adoption für die Wunschmutter; in beiden Fällen Regelung der Unterhaltspflicht des zweiten Elternteils gegenüber dem Samenspenderkind und eventuell auch gegenüber der Wunschmutter.
- Freistellung des Samenspenders von Unterhalts- und Erb- bzw. Pflichtteilsansprüchen des Samenspenderkindes durch die Wunscheltern und ggf. Versuch einer Sicherstellung dieser Verpflichtung; Hinweis des Samenspenders auf die diesbezüglichen Risiken einer privaten Samenspende, insbesondere die spätere familiengerichtliche Feststellung der Vaterschaft auf Antrag des Kindes.
- Falls gewünscht, erbrechtliche Regelung zugunsten des Kindes zwischen den Wunscheltern, die – falls keine rechtliche Zuordnung des Kindes zum zweiten Elternteil erfolgt (unterbliebene oder bei nicht verheirateten Paaren nicht mögliche Adoption als gemeinschaftliches Kind) – auch nach einer Trennung der Wunscheltern Bestand hat, um das gesetzliche Erb- und Pflichtteilsrecht gegenüber dem zweiten Elternteil „nachzubilden“.

<sup>119</sup> Vgl. das Muster Beck'sches Formularbuch-FamR/Grziwotz, 5. Aufl. 2017, O. II. 5 zu einem lesbischen Paar.

## C. Fortpflanzungsmedizin zwischen Markt und Kindeswohl

Der Wandel der familiären Lebensformen hat in den letzten fünfzig Jahren zu einer zunehmenden Entkoppelung von Partnerschaft, insbesondere in Form einer Ehe, und Elternschaft geführt.<sup>120</sup> Zudem fallen, auch verstärkt durch die Möglichkeiten der modernen Fortpflanzungsmedizin einerseits sowie die häufig in das vierte Lebensjahrzehnt verschobene Familienphase und die damit verbundene Abnahme der Fertilität andererseits, biologische, rechtliche und soziale Elternschaft immer mehr auseinander.<sup>121</sup> Die Familien sind durch die modernen Entwicklungen nicht gestärkt, sondern geschwächt worden. Es ist nicht in erster Linie der Staat, sondern vielmehr der Markt, der dadurch gestärkt wurde.<sup>122</sup> Er greift immer mehr in die Gestaltung des Liebes- und Sexuallebens des Einzelnen und auch in seine Familienplanung ein. Er behandelt sie wie (andere) Konsumgegenstände, die optimiert werden müssen, der eigenen Befriedigung des Konsumenten dienen und wirtschaftsverträglich sein müssen. Das *Social Freezing*, das unabhängig von medizinischen Gründen arbeitsmarktkonform eine Mutterschaft jenseits der 50 ermöglichen soll,<sup>123</sup> und bereits der Begriff der Kinderwunscherfüllung zeigen, dass Elternschaft zwischenzeitlich (zumindest teilweise) den Kriterien des Marktes folgt.<sup>124</sup> Singles, Paare und auch Mehrpersonenbeziehungen gehen von einem „*Recht auf ein Wunschkind*“<sup>125</sup> aus. Zur Verwirklichung dienen längst nicht mehr nur moderne Verhütungsmethoden und nachträgliche Korrekturen bei ungewollten Schwangerschaften. Die nahezu unvorstellbaren medizinischen Möglichkeiten lassen eine „*Schöne neue Welt*“<sup>126</sup> zu, in der die Zeiten roher Fortpflanzung durch Lebendgebären Vergangenheit sind. Ursache dieser Entwicklung sind nicht so sehr die assistierenden Verfahren der modernen Fortpflanzungsmedizin, die lediglich als Substitution ausgefallener Körperfunktionen dienen. Sie gehen allerdings bereits insofern darüber hinaus, als sie eine Kinderwunscherfüllung auch ohne Partnerschaft und ebenso für gleichgeschlechtliche Paare ermöglichen. Weitergehend können diagnostische Verfahren

<sup>120</sup> Siehe nur Dethloff, NJW 2018, 23.

<sup>121</sup> Feige/Rempfen/Würfel/Jawny/Rohde, Frauenheilkunde. Fortpflanzungsmedizin, Geburtsmedizin, Onkologie, Psychosomatik, 3. Aufl. 2006, 161 ff.; Raith-Paula/Frank-Hermann/Freund/Strowitzki, Natürliche Familienplanung heute: Modernes Zykluswissen für Beratung und Anwendung, 2013, 9 ff.; <http://www.gesundheitslexikon.com/printarticle.php?subcatid=2586&mode=showarticle&artid=14352&Stand:13.2.2018>).

<sup>122</sup> Instrukтив Harari, Eine kurze Geschichte der Menschheit, 2015, 439 f.

<sup>123</sup> Nawroth/Dittrich/Kupka/Lawrenz/Montag/Wolff, Kryokonservierung von unbefruchteten Eizellen bei nichtmedizinischen Indikationen („social freezing“), Frauenarzt 53, 2012, 528 ff.; von Wolff, Social freezing, Sinn oder Unsinn?, Gynäkologische Endokrinologie, 2013, 222 ff.; Nawroth, Social Freezing, 2015, 3 ff.; van der Ven/Pohlmann/Höfle, Social Freezing, 2017, 23 ff.

<sup>124</sup> Vgl. auch die „Offers & Discounts“ auf der Homepage IVF Clinics Worldwide (<http://www.ivfclinicsworldwide.com/fertility-offers-prices-discounts/>) (Stand: 12.3.2018). Zu den Preisen von Leihmüttern siehe auch Kaiser, FS f. Brudermüller, 2014, 357, 358 und allg. Diel, Leihmutterschaft und Reproduktionstourismus, 2014, 229 ff. Zur ähnlichen Entwicklung im Bereich von Liebe, Erotik und Sexualität instruktiv Baumann, Moderne und Ambivalenz, 2005, 320 ff. und Baumann, Flüchtige Moderne, 7. Aufl. 2016, 193 f.

<sup>125</sup> Entgegen Lassek, Herder Korrespondenz Spezial 1/2017, 7, geht es nicht mehr nur um das „Recht auf Fortpflanzung“; kritisch Enderer-Steinfurt, gynäkologie + geburtshilfe 2, 2017.

<sup>126</sup> Vgl. Huxley, Schöne neue Welt, 1971, 18 ff.; vgl. auch Harari, Eine kurze Geschichte der Menschheit, 2015, 487 ff.

morphologische und genetische Störungen ermitteln und „verdächtige“ Eizellen, Zygoten und Embryonen aus dem weiteren Entwicklungsprozess ausschließen.<sup>127</sup> Die Grenze zwischen der Vermeidung von Krankheiten und der Optimierung des Wunschkindes wird allerdings langfristig, auch im Hinblick auf die internationale Entwicklung, kaum haltbar sein. Die Vertragsgestaltung wird ohne zeitgemäße Vorgaben im Recht der Eltern-Kind-Zuordnung hinsichtlich dieser Entwicklung der modernen Fortpflanzungsmedizin kaum „gegensteuernd“ wirken können.<sup>128</sup> Trotz der einer Adoption ähnlichen oder sogar weitergehenden Wirkungen und der vor allem für unverhei-

ratete Frauen bestehenden Risiken des Sinneswandels des anderen Elternteils, existiert nämlich bisher überwiegend kein gesetzliches Beurkundungserfordernis.



Prof. Dr. Dr. Herbert Grziwotz  
ist Notar in Regen.  
E-Mail: [info@notare-grziwotz.de](mailto:info@notare-grziwotz.de)

## Impressum

### notar

Monatsschrift für die gesamte notarielle Praxis und Mitteilungsblatt des Deutschen Notarvereins

### Herausgeber

Prof. Dr. Walter Bayer, Jena  
Notar Dr. Peter Schmitz, Köln  
Notar Dr. Oliver Vossius, München  
Richter am BGH a.D. Roland Wendt, Karlsruhe

### Schriftleiter

Notarassessor Dr. Stefan Schmitz, Berlin  
Notar Andreas Schmitz-Vormoor, Remscheid

### Redaktion

Carola Vohnhof-Stolz

### Bildnachweis

Notar Dr. Jens Jeep (Rubrikköpfe), außer S. 197),  
CCO Public Domain (S. 197)

### Fachredakteure

Handelsregister  
Notar Dr. Thomas Kilian, Aichach

Steuerrecht  
Notar Dr. Jörg Ihle, Bergisch Gladbach-Bensberg

Bausträgerrecht  
Notar Christian Esbjörnsson, Rosenheim

Gesellschaftsrecht  
Notar Prof. Dr. Heribert Heckschen, Dresden  
Korina Strnad, LL. M., Dresden

Wohnungseigentum  
Notarin Dr. Ingrid Naumann, LL.M. (Harvard),  
Hamburg

Beurkundungs- und Berufsrecht  
Notar Dr. Tobias Genske, Erfurt

### Erbrecht

Notar Dr. Christoph Röhl, Wegscheid

### Grundbuch

Rechtsanwalt und Notar Ulrich Spieker, Bielefeld

### Notarkosten

Dipl.-Rpfl. (FH) Harald Wudy, Leipzig

### Immobilienkauf

Notar Dr. Hans-Frieder Krauß, LL. M. (Michigan),  
München

### Immobilienzuwendung

Notar Richard Rachlitz, Roding

### Familienrecht

Notarassessorin Karin Raude, Würzburg

### Manuskripteinsendungen bitte an folgende Anschrift:

E-Mail: [schriftleitungnotar@notarverlag.de](mailto:schriftleitungnotar@notarverlag.de)

### Manuskripte

Der Verlag haftet nicht für unverlangt eingesandte Manuskripte. Mit der Annahme zur Veröffentlichung erhält der Verlag das ausschließliche Verlagsrecht. Eingeschlossen sind insbesondere die Befugnis zur Einspeisung in eine Datenbank sowie das Recht der weiteren Vervielfältigung.

### Urheber- und Verlagsrechte

Alle Rechte zur Vervielfältigung und Verbreitung einschließlich der Mikroverfilmung sind dem Verlag vorbehalten. Der Rechtsschutz gilt auch gegenüber Datenbanken oder ähnlichen Einrichtungen.

### Erscheinungsweise

Monatlich

### Anzeigenverwaltung

Deutscher Notarverlag GmbH  
Rochusstraße 2–4, 53123 Bonn  
E-Mail: [anzeigen@notarverlag.de](mailto:anzeigen@notarverlag.de)

### Bezugspreis

Jahresabonnement: 137,00 EUR (zzgl. MwSt., zzgl. Versandkosten)  
Einzelheft: 16,20 EUR (zzgl. MwSt., zzgl. Versandkosten)

### Bestellungen

Über jede Buchhandlung und beim Verlag.  
Abbestellungen müssen 6 Wochen zum Jahresende erfolgen.

### Verlag

Deutscher Notarverlag  
Rochusstraße 2–4, 53123 Bonn  
Tel. 0 800 - 66 82 78 30  
Fax 0 800 - 66 82 78 39  
E-Mail: [riedel@notarverlag.de](mailto:riedel@notarverlag.de)

### Koordination im Verlag

Jana Riedel

### Satz

Reemers Publishing Services GmbH,  
Krefeld

### Druck

Hans Soldan Druck GmbH, Essen

### ISSN

1860-8760

### Hinweis

Namensbeiträge, Leserbriefe o. Ä. geben nicht notwendig die Meinung der Redaktion oder des Deutschen Notarvereins wieder.