



Internationale Göttinger Reihe

Herausgeber: J.-P. Cuvillier

RECHTSWISSENSCHAFTEN

Patricia Huth

**Die statusrechtliche Zuordnung des Kindes
nach heterologer Insemination**

Band 50



Cuvillier Verlag Göttingen
Internationaler wissenschaftlicher Fachverlag



Internationale Göttinger Reihe
Rechtswissenschaften
Band 50





Patricia Huth

Die statusrechtliche Zuordnung des Kindes nach heterologer Insemination



Cuvillier Verlag Göttingen
Internationaler wissenschaftlicher Fachverlag



Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

1. Aufl. - Göttingen : Cuvillier, 2014

Zugl.: Gießen, Univ., Diss., 2013

978-3-95404-641-6

© CUVILLIER VERLAG, Göttingen 2014

Nonnenstieg 8, 37075 Göttingen

Telefon: 0551-54724-0

Telefax: 0551-54724-21

www.cuvillier.de

Alle Rechte vorbehalten. Ohne ausdrückliche Genehmigung des Verlages ist es nicht gestattet, das Buch oder Teile daraus auf fotomechanischem Weg (Fotokopie, Mikrokopie) zu vervielfältigen.

1. Auflage, 2014

Gedruckt auf umweltfreundlichem, säurefreiem Papier aus nachhaltiger Forstwirtschaft.

978-3-95404-641-6



Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde vom Fachbereich Rechtswissenschaften der Justus-Liebig-Universität Gießen im Wintersemester 2012/2013 als Dissertation angenommen. Rechtsprechung und Literatur sind bis November 2013 berücksichtigt.

Mein Dank gilt insbesondere meinem Doktorvater Herrn Prof. Dr. Christoph Benicke für die Anregung zu dem Thema und seine Unterstützung bei der Anfertigung der Dissertation. Danken möchte ich auch Herrn Prof. Dr. Günther Weick für die zügige Erstattung des Zweitgutachtens.

Weiterhin möchte ich meinen Eltern für ihre Unterstützung während des Studiums, des Referendariats und der Promotion danken.

Frankfurt, im November 2013

Patricia Huth





Einleitung	1
Erster Teil: Grundlagen der heterologen Insemination	4
I. Terminologie und Abgrenzung zu anderen Reproduktionsmethoden	4
II. Geschichte und Verbreitung der artifiziiellen Insemination	11
III. Motive zur Durchföhrung der heterologen Insemination	13
IV. Gesellschaftliche Akzeptanz der heterologen Insemination	16
V. Indikationen für eine heterologe Insemination und Erfolgsquote	19
VI. Kriterien der Spenderauswahl	20
VII. Gesetzgebungskompetenzen und rechtliche Grundlagen im Bereich der heterologen Insemination	23
VIII. Zulässigkeit der heterologen Insemination	32
Zweiter Teil: Die abstammungsrechtliche Zuordnung des Kindes	39
I. Die abstammungsrechtliche Zuordnung des Kindes bei heterosexuellen Paaren	39
II. Notwendigkeit eines neuen Vaterschaftstatbestandes	80
III. Ausgestaltung des neuen Vaterschaftstatbestandes	83
IV. Abstammungsrechtliche Zuordnung nach dem Tod eines Beteiligten	115
V. Abstammungsrechtliche Zuordnung des Kindes bei einer alleinstehenden Frau	125
VI. Abstammungsrechtliche Zuordnung des Kindes bei einer in einer Lebenspartnerschaft lebenden Frau	127
VII. Abstammungsrechtliche Zuordnung des Kindes bei einem nicht in Lebensgemeinschaft lebenden weiblichen Paar	145
VIII. Abstammungsrechtliche Zuordnung des Kindes bei in einer Lebenspartnerschaft lebenden Männern	146
IX. Abstammungsrechtliche Zuordnung des Kindes bei nicht in einer registrierten Lebenspartnerschaft lebenden Männern	150
Dritter Teil: Anfechtung der Vaterschaft bei Einwilligung in die künstliche Befruchtung mittels Samenspende eines Dritten	152
I. Gesetzgebungshintergründe	152
II. Rechtsentwicklung im europäischen Ausland	154
III. Rechtslage vor Erlass des Kinderrechteverbesserungsgesetzes	154
IV. Bewertung des § 1600 Abs. 5 BGB in der Literatur	159
V. Anwendbarkeit des § 1600 Abs. 5 BGB auch auf Altfälle	164
VI. Voraussetzungen des § 1600 Abs. 5 BGB	165
VII. Rechtsfolgen aus § 1600 Abs. 5 BGB	222
VIII. Unterhaltsansprüche gegen den Mann bei wirksamer Anfechtung der Vaterschaft	254
Zusammenfassung und Gesamtergebnis	270
Literaturverzeichnis	XXIII





Einleitung	1
Erster Teil: Grundlagen der heterologen Insemination	4
I. Terminologie und Abgrenzung zu anderen Reproduktionsmethoden	4
A. Der Begriff der artifiziellen Insemination	4
1. Homologe Insemination	5
2. Heterologe Insemination	5
B. Abgrenzung der artifiziellen Insemination zu anderen Methoden bzw. begleitenden Maßnahmen der medizinisch unterstützten Fortpflanzung	6
1. In-Vitro-Fertilisation und Embryonentransfer	6
2. Intra-cytoplasmatische Spermien-Injektion (ICSI)	7
3. Gametentransfer	7
4. Intravaginale Eizell-/Embryokultur (IVC)	8
5. In-Vitro-Maturation (IVM)	8
6. Ersatz-/Leihmutterschaft	8
7. Kryokonservierung	9
8. Präimplantationsdiagnostik	10
II. Geschichte und Verbreitung der artifiziellen Insemination	11
III. Motive zur Durchführung der heterologen Insemination	13
A. Samenspender	13
B. Wunscheltern	14
IV. Gesellschaftliche Akzeptanz der heterologen Insemination	16
V. Indikationen für eine heterologe Insemination und Erfolgsquote	19
VI. Die Kriterien der Spenderauswahl	20
A. Medizinische Voraussetzungen	20
B. Persönliche Voraussetzungen	21
VII. Gesetzgebungskompetenzen und rechtliche Grundlagen im Bereich der heterologen Insemination	23
A. Gesetzgebungskompetenzen nach dem Grundgesetz	23
B. Rechtliche Grundlagen im Bereich der heterologen Insemination	25
1. Bürgerliches Gesetzbuch	25
2. Embryonenschutzgesetz	25
3. Adoptionsvermittlungsgesetz	27
4. Sozialgesetzbuch V	27
5. Gewebegesetz	28
a) EU-Geweberichtlinie 2004/23/EG vom 31.03.2004	28
b) Die Änderungen des Transplantationsgesetzes durch das Gewebegesetz	29
c) TPG-Gewebeverordnung	30
C. Ärztliches Standesrecht	30
D. Richtlinien privater Organisationen	31



E. Zusammenfassung	31
VIII. Zulässigkeit der heterologen Insemination	32
A. Gesetzesrecht	32
B. Ärztliche Standesregeln	34
1. Anforderungen bei einer verheirateten Frau	34
2. Anforderungen bei einer unverheirateten Frau	35
3. Folgeerscheinungen: Heterologe Inseminationen im Ausland	35
C. Richtlinien des Arbeitskreises für Donogene Insemination	36
D. Bewertung der Richtlinien in Bezug auf die Behandlung alleinstehender Frauen und homosexueller Paare	37
E. Zusammenfassung	37
Zweiter Teil: Die abstammungsrechtliche Zuordnung des Kindes	39
I. Die abstammungsrechtliche Zuordnung des Kindes bei heterosexuellen Paaren	39
A. Mutterschaft gemäß § 1591 BGB	39
Exkurs 1: Kritik an § 1591 BGB	40
Exkurs 2: Mutterschaftsbegründung bei künstlicher Gebärmutter	41
Exkurs 3: Mutterschaft bei Gebären durch einen Mann	43
B. Vaterschaft	45
1. Die Vaterschaft des einwilligenden Partners der Mutter	45
a) Vaterschaft aufgrund Ehe mit der Mutter, § 1592 Nr. 1 BGB	45
b) Vaterschaft aufgrund Anerkennung, § 1592 Nr. 2 BGB	47
1) Anerkennungserklärung	47
a. Höchstpersönlichkeit	49
b. Form der Anerkennungserklärung	49
c. Bedingungs- und Befristungsfeindlichkeit	50
d. Zeitpunkt der Anerkennung	50
i. Regelung des § 1594 Abs. 4 BGB	50
ii. Präkonzeptionelle Anerkennung	51
(1) Zulässigkeit der präkonzeptionellen Anerkennung	51
(2) Unzulässigkeit der präkonzeptionellen Anerkennung	52
(3) Stellungnahme	54
2) Zustimmungserklärung	56
a. Zustimmungserklärung der Mutter	57
b. Zustimmungserklärung des Kindes	57
c. Voraussetzungen einer wirksamen Zustimmung	57
d. Verweigerung der Zustimmungserklärung	58
3) Präkonzeptionelle Zustimmung	59
a. Formanforderungen	59
b. Widerruf der Anerkennungserklärung	59
c) Gerichtliche Vaterschaftsfeststellung, § 1592 Nr. 3 BGB	60
1) Das Vaterschaftsfeststellungsverfahren	60



2) Zwischenergebnis _____	64
2. Die Vaterschaft des Samenspenders _____	64
a) Anerkennung durch den Samenspender _____	64
b) Gerichtliche Vaterschaftsfeststellung _____	65
c) Gesetzlicher Ausschluss der Feststellung der Vaterschaft des Samenspenders _____	68
d) Ausländische Regelungen _____	69
e) Stellungnahme _____	72
f) Ausschluss der finanziellen Verantwortlichkeit des Samenspenders _____	76
g) Zwischenergebnis _____	78
3. Einbindung des nichtehelichen Lebenspartners in die elterliche Verantwortung _____	78
a) Keine Möglichkeit der Einbindung des nichtehelichen Lebenspartners _____	78
b) Präkonzeptionelle Verpflichtung zur Anerkennung _____	79
c) Stellungnahme _____	79
II. Notwendigkeit eines neuen Vaterschaftstatbestandes _____	80
III. Ausgestaltung des neuen Vaterschaftstatbestandes _____	83
A. Normierung der präkonzeptionellen Anerkennung _____	84
B. Anknüpfung an die nichteheliche Lebenspartnerschaft _____	84
C. Die Zustimmung zur Befruchtung mit Spendersamen als Ansatzpunkt für die rechtliche Zuordnung _____	85
1. Vaterschaftsvermutung aufgrund Einwilligung _____	86
2. Vaterschaftsfeststellungsverfahren _____	86
3. Fazit _____	87
4. Vaterschaftsfeststellungsverfahren versus Vaterschaftsfiktion _____	87
a) Ausländische Regelungen zur Einbindung des nichtehelichen Vaters in die rechtliche Elternstellung _____	87
1) Die Begründung der Vaterschaft des nichtehelichen Lebenspartners im Wege einer Vaterschaftsfeststellungsklage _____	88
a. Die Begründung der Vaterschaft im österreichischen Recht bei medizinisch unterstützter Fortpflanzung mit Spendersamen _____	88
b. Die Vaterschaft des Einwilligenden nach niederländischem Recht _____	90
c. Die Vaterschaft des Einwilligenden nach spanischem Recht _____	90
d. Die Vaterschaft des Einwilligenden nach französischem Recht _____	91
e. Die Vaterschaft des Einwilligenden nach finnischem Recht _____	92
2) Die Begründung der Vaterschaft aufgrund erklärter Einwilligung _____	92
a. Die Vaterschaft des Einwilligenden im englischen Recht _____	93
i. Section 28 (3) des Human Fertilisation and Embryology Act 1990 _____	93
(1) Keine anderweitig bestehende Vaterschaft _____	94
(2) Voraussetzungen von section 28 (3) HFEA 1990 _____	94
(01) „Treatment together“ _____	94
(02) Inhaber einer Lizenz _____	95
ii. Section 36 des Human Fertilisation and Embryology Act 2008 _____	95
b. Die Vaterschaft des Einwilligenden im italienischen Recht _____	96
c. Die Vaterschaft des Einwilligenden im griechischen Recht _____	97
d. Die Vaterschaft des Einwilligenden im schwedischen Recht _____	97
e. Die Vaterschaft des Einwilligenden in weiteren europäischen Rechtsordnungen _____	98
3) Fazit _____	98



b)	Abwägung zwischen den beiden vorgestellten Möglichkeiten zur Einbindung des zustimmenden Lebensgefährten in die rechtliche Elternstellung _____	99
c)	Die Prinzipien des deutschen Abstammungsrechts _____	100
1)	Das Prinzip der Statuswahrheit _____	100
2)	Das Prinzip der Statusklarheit _____	103
3)	Das Prinzip der Statusbeständigkeit _____	103
4)	Ein-Vater-Prinzip _____	104
d)	Zusammenfassung _____	104
5.	Die Anforderungen an den neuen Vaterschaftstatbestand _____	105
a)	Formelle Anforderungen _____	105
1)	Urteil des österreichischen OGH vom 13.03.1996 _____	107
a.	Formelle Anforderungen nach österreichischem Recht _____	107
b.	Entscheidungsgründe des OGH _____	108
2)	Entscheidung des High Court of Justice _____	108
3)	Bewertung _____	110
b)	Materielle Anforderungen _____	111
1)	Höchstpersönlichkeit _____	111
2)	Geschäftsfähigkeit _____	111
3)	Vorherige umfassende medizinische und rechtliche Beratung _____	112
4)	Zustimmung unter einer Bedingung bzw. Befristung der Erklärung _____	113
5)	Anfechtbarkeit der Einwilligung _____	113
6)	Widerrufsrecht _____	114
6.	Möglicher Zeitpunkt zur Einleitung des Vaterschaftsfeststellungsverfahrens _____	114
7.	Wortlaut von § 1600d Abs. 4 BGB n.F. _____	115
IV.	Abstammungsrechtliche Zuordnung nach dem Tod eines Beteiligten _____	115
A.	Vaterschaftszuordnung bei Versterben des Samenspenders vor der künstlichen Befruchtung _____	115
B.	Zuordnung des Kindes bei Versterben des einwilligenden Partners _____	118
1.	Versterben des Ehemannes der Mutter _____	119
a)	Tod des Ehemannes nach Zeugung des Kindes _____	119
b)	Tod des Ehemannes vor Zeugung des Kindes _____	119
1)	Erweiterung der bestehenden Vaterschaftstatbestände _____	120
2)	Regelung im österreichischen Recht _____	120
3)	Bewertung _____	122
2.	Versterben des Lebenspartners der Mutter _____	123
a)	Versterben des Lebenspartners nach Zeugung des Kindes _____	123
b)	Versterben des Lebenspartners nach Abgabe der Einwilligungserklärung, aber vor Zeugung des Kindes _____	123
3.	Vaterschaftsbegründung bei Versterben des Kindes vor der Anerkennung _____	124
4.	Zusammenfassung _____	125
V.	Abstammungsrechtliche Zuordnung des Kindes bei einer alleinstehenden Frau _____	125
VI.	Abstammungsrechtliche Zuordnung des Kindes bei einer in einer Lebenspartnerschaft lebenden Frau _____	127
A.	Derzeitige Gesetzeslage _____	128



B.	Die Eltern-Kind-Zuordnung de lege ferenda	131
1.	Änderung des § 1592 Nr. 1 BGB	132
2.	Automatische Zuordnung aufgrund Einwilligung zur künstlichen Befruchtung der Lebenspartnerin	133
3.	Änderung des § 1592 Nr. 2 BGB	134
4.	Europäische Regelungen zur Einbindung der Lebenspartnerin in die rechtliche Elternstellung	136
a)	Regelung im spanischen Recht	137
b)	Regelung im schwedischen Recht	139
c)	Regelung im englischen Recht	141
d)	Regelung im norwegischen Recht	143
e)	Entwicklung in den Niederlanden	143
C.	Zwischenergebnis	144
VII.	Abstammungsrechtliche Zuordnung des Kindes bei einem nicht in Lebensgemeinschaft lebenden weiblichen Paar	145
VIII.	Abstammungsrechtliche Zuordnung des Kindes bei in einer Lebenspartnerschaft lebenden Männern	146
A.	Derzeitige Gesetzeslage	146
B.	Die Eltern-Kind-Zuordnung de lege ferenda	148
IX.	Abstammungsrechtliche Zuordnung des Kindes zu nicht in einer registrierten Lebenspartnerschaft lebenden Männern	150
Dritter Teil: Anfechtung der Vaterschaft bei Einwilligung in die künstliche Befruchtung mittels Samenspende eines Dritten		
I.	Gesetzgebungshintergründe	152
II.	Rechtsentwicklung im europäischen Ausland	154
III.	Rechtslage vor Erlass des Kinderrechteverbesserungsgesetzes	154
A.	Urteil des Bundesgerichtshofs vom 07.04.1983	155
B.	Fortführung der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs	156
IV.	Bewertung des § 1600 Abs. 5 BGB in der Literatur	159
A.	Ungleichbehandlung von Ehemann und nichtehelichem Lebensgefährten	159
B.	Rechtswirkung der Einwilligung im Verhältnis zu § 1592 BGB	160
C.	Der Wille als entscheidendes Element der Zuordnung	162
D.	Reduzierung der Interessen auf rein finanzielle Aspekte	162
E.	Fehlen einer Übergangsregelung	163
F.	Bewertung	163
V.	Anwendbarkeit des § 1600 Abs. 5 BGB auch auf Altfälle	164
VI.	Voraussetzungen des § 1600 Abs. 5 BGB	165



A. Bestehende rechtliche Vaterschaft	165
B. Die Einwilligung	165
1. Erklärung der Einwilligung von „Mutter und Vater“	166
a) Einwilligungserklärung der Wunschmutter	166
b) Einwilligungserklärung des Wunschvaters	167
c) Wirksamkeit der Einwilligungserklärungen	167
2. Rechtsnatur der Einwilligungserklärung	168
a) Einwilligung im Sinne des § 183 BGB	168
b) Die Einwilligung als Willenserklärung	170
c) Die Einwilligung als geschäftsähnliche Handlung	171
d) Die Einwilligung als willensgetragener Realakt	171
e) Stellungnahme und Zwischenergebnis	173
3. Gegenstand der Einwilligung	174
4. Ausreichende ärztliche Aufklärung	175
5. Form der Einwilligung	176
a) Gesetzliche Formanforderungen	176
b) Formanforderungen ärztlicher Institutionen	177
1) Formanforderungen nach ärztlichem Standesrecht	177
2) Formanforderungen nach den Richtlinien privater Organisationen	178
c) Einführung einer Formvorschrift	178
1) Urteil des OGH vom 13.03.1996	180
2) Kritik am Urteil des OGH	181
d) Stellungnahme	181
6. Der Adressat der Einwilligungserklärung	184
7. Einwilligung einer geschäftsunfähigen bzw. in der Geschäftsfähigkeit beschränkten Person	185
a) Einwilligung eines Geschäftsunfähigen	186
b) Einwilligung durch den gesetzlichen Vertreter des Geschäftsunfähigen	186
c) Einwilligung eines beschränkt Geschäftsfähigen	189
d) Änderungen in der Geschäftsfähigkeit nach erklärter Einwilligung	192
e) Zusammenfassung und Zwischenergebnis	192
8. Widerrufsrecht	192
a) Bestehen eines Widerrufsrechtes	192
b) Widerrufsempfänger	196
c) Form des Widerrufs	199
d) Zusammenfassung und Zwischenergebnis	200
9. Anfechtbarkeit der Einwilligungserklärung	200
a) Keine Anwendbarkeit der Anfechtungsvorschriften	200
b) Anwendbarkeit der Anfechtungsvorschriften	201
c) Bewertung	201
d) Eingeschränkte Anwendbarkeit der Anfechtungsvorschriften	202
e) Stellungnahme	203
f) Anfechtungsgrund nach §§ 119 ff. BGB	203
1) Anfechtung nach § 119 Abs. 1 BGB	204
a. Inhaltsirrtum	204
b. Rechtsfolgenirrtum	205
c. Erklärungsirrtum	206
2) Anfechtung nach § 119 Abs. 2 BGB	208
a. Irrtum über Eigenschaften des Kindes	208



b.	Irrtum über die eigene Zeugungsfähigkeit	210
c.	Irrtum über die Person des Spenders	211
g)	Anfechtung nach § 123 Abs. 1 BGB	213
1)	Anfechtung wegen arglistiger Täuschung	213
2)	Anfechtung wegen widerrechtlicher Drohung	216
h)	Anfechtungsgegner	217
i)	Anfechtungsfristen	217
j)	Zusammenfassung und Zwischenergebnis	219
10.	Erlöschen der Einwilligungserklärung mit dem Tod des Einwilligenden	220
C.	Zeugung durch künstliche Befruchtung mittels Samenspende eines Dritten	221
VII.	Rechtsfolgen aus § 1600 Abs. 5 BGB	222
A.	Ausschluss des Anfechtungsrechts für den einwilligenden Mann und die Mutter	223
B.	Anfechtungsausschluss bei Selbstvornahme der heterologen Insemination	224
1.	Kein Anfechtungsausschluss bei fehlender ärztlicher Kontrolle	224
2.	Unterschiedslose Anwendung von § 1600 Abs. 5 BGB auf jede künstliche Befruchtung	224
3.	Bewertung	225
C.	Anfechtungsausschluss bei konsentiertem Ehebruch	225
D.	Anfechtungsausschluss bei Seitensprung der Mutter	228
E.	Anfechtungsausschluss bei vorgetäuschter Einwilligung	229
F.	Anfechtungsausschluss bei Irrtum über das verwendete Sperma	229
G.	Ausschluss des Anfechtungsrechts des Kindes	230
1.	Derzeitige Gesetzeslage	230
2.	Vertraglicher Ausschluss des Anfechtungsrechts zum Schutz des Samenspenders	232
3.	Ausschluss des Anfechtungsrechts de lege lata	233
4.	Stellungnahme	236
a)	Abstammungsverfahren nach § 1598a BGB	237
b)	Folgen für das Anfechtungsrecht des Kindes	239
H.	Anfechtungsrecht des Samenspenders	240
1.	Kein Ausschluss aufgrund § 1600 Abs. 5 BGB	240
2.	Konkludent erklärter Verzicht durch Teilnahme an Samenspende	241
3.	Voraussetzungen des § 1600 Abs. 1 Nr. 2 BGB i.V.m. § 1600 Abs. 2 BGB	242
a)	Eidesstattliche Versicherung der Beiwohnung durch den Samenspender	242
1)	Keine Beiwohnung	243
2)	Gleichsetzung von Beiwohnung und Samenspende	243
3)	Stellungnahme	244
b)	Keine sozial-familiäre Beziehung zwischen Wunschvater und Kind	246
c)	Vaterschaft des Anfechtenden (§ 1600 Abs. 2 2. Alt. BGB)	247
d)	Einordnung der Anfechtungsvoraussetzungen	247
e)	Zwischenergebnis	248
I.	Anfechtungsrecht der Behörde	249
1.	Voraussetzungen des behördlichen Anfechtungsrechts	249
a)	Vaterschaft durch Anerkennung	249
b)	Nichtbestehen einer sozial-familiären Beziehung	249



c) Ausländerrechtlicher Vorteil _____	250
d) Fehlende biologisch-genetische Abstammung _____	251
e) Anfechtungsfristen _____	251
2. Auswirkungen auf die Vaterschaft des künstlich gezeugten Kindes _____	251
J. Zusammenfassung und Zwischenergebnis _____	253
VIII. Unterhaltsansprüche gegen den Mann bei wirksamer Anfechtung der Vaterschaft _____	254
A. Bisherige Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Begründung einer vertraglichen Unterhaltspflicht auf Seiten des Wunschvaters _____	254
B. Bewertung in der Literatur _____	256
C. Bewertung _____	257
D. Unterhaltsverpflichtungen auf Seiten des Vaters nach Einführung des § 1600 Abs. 5 BGB _____	258
1. Anfechtung durch das Kind _____	258
a) Entfallen des Unterhaltsanspruchs wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage _____	259
b) Modifizierungsbedarf der Rechtsprechung nach Einführung von § 1600 Abs. 5 BGB _____	259
c) Bewertung _____	260
2. Anfechtung durch den Vater _____	263
a) Unwirksamkeit der Einwilligungserklärung des rechtlichen Vaters _____	263
b) Unwirksamkeit der Einwilligungserklärung der Kindesmutter _____	264
3. Anfechtung durch die Mutter _____	268
a) Unwirksamkeit der Einwilligungserklärung der Kindesmutter _____	268
b) Unwirksamkeit der Einwilligungserklärung des rechtlichen Vaters _____	268
E. Unterhaltsansprüche gegen den einwilligenden unverheirateten Vater mangels Anerkennung _____	268
F. Zusammenfassung und Zwischenergebnis _____	269
Zusammenfassung und Gesamtergebnis _____	270
Literaturverzeichnis _____	XXIII



Abkürzungsverzeichnis

a.A.	andere Ansicht
ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch
Abl. EU	Amtsblatt der Europäischen Union
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
a.D.	außer Dienst
AdVermiG	Gesetz über die Vermittlung der Annahme als Kind und über das Verbot der Vermittlung von Ersatzmüttern (Adoptionsvermittlungsgesetz)
a.F.	alte Fassung
AG	Amtsgericht
AID	artificial insemination with semen derived from a donor
AIH	artificial insemination with semen derived from the husband
Anh.	Anhang
AnwKomm	Anwaltskommentar
Art.	Artikel
AT	Allgemeiner Teil
Az.	Aktenzeichen
BAG	Bundesarbeitsgericht
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BayVBl	Bayerische Verwaltungsblätter
BB	Betriebsberater
BBl	Bundesblatt der Schweiz
BbmHG	Gesetz über die Ehe- und Familienbeziehungen vom 26.5. 1976
BeUrkG	Beurkundungsgesetz



BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BNotO	Bundesnotarordnung
BR-Drs.	Bundesratsdrucksache
BSGE	Entscheidungen des Bundessozialgerichtes
BT-Drs.	Bundestagsdrucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BW	Burgerlijk Wetboek (Niederländisches Bürgerliches Gesetzbuch)
bzw.	beziehungsweise
CDU	Christlich Demokratische Union Deutschlands
Cost.	Costituzione italiana (italienische Verfassung)
CSU	Christlich-Soziale Union in Bayern e.V.
DÄBl	Deutsches Ärzteblatt
d.h.	das heißt
DNA	Desoxyribonukleinsäure
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
DEuFamR	Deutsches und Europäisches Familienrecht
DIJuF	Deutsches Institut für Jugendhilfe und Familienrecht
DNotZ	Deutsche Notar-Zeitschrift
EG	Europäische Gemeinschaften
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche



EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
EGZPO	Gesetz betreffend die Einführung der Zivilprozessordnung
EheG	Ehegesetz
Einf.	Einführung
Einl.	Einleitung
EJCL	Electronic Journal of Comparative Law
ElternG	Elterngesetz
EmK	Evangelisch-methodistische Kirche in Deutschland
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
ESCHG	Embryonenschutzgesetz
etc.	et cetera
EU	Europäische Union
EUGRZ	Europäische Grundrechte Zeitschrift
e.V.	eingetragener Verein
FamErbRÄG	Familien- und Erbrechtsänderungsgesetz
FamFG	Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit
FamFR	Familienrecht und Familienverfahrensrecht
FamGB	russisches Familiengesetzbuch
FamRÄndG	Gesetz zur Vereinheitlichung und Änderung familienrechtlicher Vorschriften
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht mit Betreuungsrecht, Erbrecht, Verfahrensrecht, Öffentlichem Recht



FamPra.ch	Die Praxis des Familienrechts /La pratique du droit de la famille / La prassi del diritto di famiglia
FDP	Freie Demokratische Partei
FF	Forum Familienrecht
FMedG	Fortpflanzungsmedizingesetz
FN	Fußnote
FPR	Familie, Partnerschaft, Recht
FuR	Familie und Recht
FuRinfo	Familie und Recht Info
GG	Grundgesetz
HFEA	Human Fertilisation and Embryology Act
HIV	Humanes Immundefizienz-Virus
Hrsg.	Herausgeber
HS	Halbsatz
ICSI	Intra-cytoplasmatische Spermien-Injektion
IPRax	Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts
IPRG	Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht
IVC	Intravaginale Eizell-/Embryokultur
IVF	In-vitro-Fertilisation
IVM	In-vitro-Maturation
i.V.m.	in Verbindung mit
JA	Juristische Arbeitsblätter
JAmt	Das Jugendamt – Zeitschrift für Jugendhilfe und Familienrecht
JBl	Juristische Blätter
JN	Jurisdiktionsnorm (Österreich)



JR	Juristische Rundschau
JURA	Juristische Ausbildung
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
Kind-Prax	Kindschaftsrechtliche Praxis
KindRVerbG	Kinderrechteverbesserungsgesetz
KOV-AnpG	Gesetz über die neunzehnte Anpassung der Leistungen nach dem Bundesversorgungsgesetz sowie zur Änderung weiterer Vorschriften (KOV-Anpassungsgesetz)
L.	Lection
LG	Landgericht
LPartG	Gesetz über die Eingetragene Lebenspartnerschaft
LTRHA	Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
MedR	Medizinrecht
Mio.	Million
MI	Milliliter
MittBayNot	Mitteilungen des Bayerischen Notarvereins, der Notarkasse und der Landesnotarkammer Bayern
MüKo	Münchener Kommentar
n.F.	neue Fassung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	NJW-Rechtsprechungs-Report Zivilrecht
Nr.	Nummer
NZ	Österreichische Notariats-Zeitung



NZZ	Neue Zürcher Zeitung
ÖA	Der österreichische Amtsvormund
ÖJZ	Österreichische Juristen-Zeitung
OBMPG	slowenisches Familienrecht
OGH	Oberster Gerichtshof
OLG	Oberlandesgericht
PStG	Personenstandsgesetz
Rdn.	Randnummer
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
Rh-Unverträglichkeit	Rhesus-Unverträglichkeit
RNotZ	Rheinische Notar-Zeitschrift
Rpfleger	Der Deutsche Rechtspfleger
RPfIG	Rechtspflegergesetz
S.	Seite
Sec.	Section
SGB	Sozialgesetzbuch
SPD	Sozialdemokratische Partei Deutschlands
StAZ	Das Standesamt
StGB	Strafgesetzbuch
SZ	Süddeutsche Zeitung
TPG	Transplantationsgesetz
u.a.	unter anderem
Überbl.	Überblick
UhVorschussG	Gesetz zur Sicherung des Unterhalts von Kindern allein stehender Mütter und Väter durch



	Unterhaltsvorschüsse oder –ausfallleistungen (Unterhaltsvorschussgesetz)
USA	Vereinigte Staaten von Amerika
v. Chr.	vor Christus
Vgl.	Vergleiche
Vorbem.	Vorbemerkung
WDR	Westdeutscher Rundfunk
Z.	Ziffer
z.B.	zum Beispiel
ZGB	Zivilgesetzbuch
gr. ZGB	griechisches Zivilgesetzbuch
ZKJ	Zeitschrift für Kindschaftsrecht und Jugendhilfe
ZPO	Zivilprozessordnung
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik





Einleitung

In Deutschland bleiben 10 bis 15% aller Ehen ungewollt kinderlos.¹ Dies entspricht einer Zahl von ca. 850.000 betroffenen Paaren.² Teilweise wird sogar von 1,2 bis 1,6 Mio.³ bzw. 1,5 bis 2 Mio.⁴ betroffenen Paaren in Deutschland gesprochen. Zugleich hat sich in den letzten Jahren die Zahl der Kinder, die zur Adoption freigegeben werden -bedingt durch den verstärkten Einsatz von empfängnisverhütenden Mitteln, die wachsende Zahl von Abtreibungen⁵ sowie das veränderte gesellschaftliche Verständnis, das es auch unverheirateten Frauen ermöglicht, ein nichteheliches Kind allein zu erziehen⁶,- stetig reduziert. Um den Paaren dennoch ihren Kinderwunsch zu erfüllen, erlebt die Reproduktionsmedizin⁷ seit Jahren einen Boom.

Ein schon lange gebräuchliches und weit verbreitetes reproduktionsmedizinisches Verfahren stellt die heterologe Insemination, d.h. die Befruchtung mit Spendersamen, dar.⁸ Geschätzt wird, dass in Deutschland seit 1956 etwa 100.000 Kinder aufgrund dieser Methode geboren wurden.⁹ Nach Angaben der Ärztekammer Nordrhein wurden allein in Nordrhein-Westfalen

-
- ¹ Brähler: Familie, Kinderwunsch, Unfruchtbarkeit, S. 54; Bernat: Rechtsfragen medizinisch assistierter Zeugung, S. 17; http://www.familienhandbuch.de/cmain/f_Aktuelles/a_Gesundheit/s_204.html; letzter Zugriff am 25.11.2009; auch Ebeling/Zimmermann, DEuFamR 1999, S. 25; bereits auch schon BT-Drs. 11/1856, S. 3.
- ² So für 1987 Rjosk: Ursachen und Behandlungsmöglichkeiten der Sterilität, in: Dietrich-Reichart (Hrsg.): Insemination, In-vitro- Fertilisation, S. 13.
- ³ Günther/Taupitz/Kaiser/Kaiser, ESchG, Einf. A, Rdn. 166; Dr. Hajimohammad vom Kinderwunschzentrum Mittelhessen sprach daher in seinem Vortrag vom 04.03.2009 im Rahmen des 52. Symposium der Deutschen Gesellschaft für Endokrinologie von einer Quote von 15-20% ungewollt kinderlosen Paaren in Deutschland.
- ⁴ <http://www.wunschkind.de/fuer-alle/daten-und-fakten/daten-und-fakten/fakten-ungewollte-kinderlosigkeit/index.html>; letzter Zugriff am 25.11.2009; Kowalcek/Rohde/Kentenich: Psychologie des Kinderwunschaares, in: Felberbaum/Bühler/ van der Ven (Hrsg.): Das Deutsche IVF-Register 1996-2006, S. 157.
- ⁵ Backmann, S. 1.
- ⁶ Snowden/Mitchell/Snowden, S. 6.
- ⁷ Unter Reproduktionstechnologien sind dabei alle Formen medizinischer Eingriffe und Hilfen zu verstehen, die nach derzeitigem medizinischen Kenntnisstand durchführbar sind, um ein Kind zu bekommen oder aber gerade um eine Konzeption zu verhindern; vgl. Peuckert, S. 398. Für die folgende Arbeit soll jedoch nur der Bereich der heterologen Befruchtungstechniken von Interesse sein.
- ⁸ Daneben existieren auch noch die extrakorporalen Verfahren, d.h. die Befruchtung wird außerhalb des Mutterleibes vorgenommen. Während die intrakorporale Insemination auch von einem Laien vorgenommen werden kann, sind die Betroffenen bei der extrakorporalen Befruchtung auf die Hilfe eines Arztes angewiesen. Auch die extrakorporale Befruchtung kann homolog oder heterolog erfolgen.
- ⁹ Weinbrecht: Rechtsprobleme der heterologen Insemination de lege lata und de lege ferenda, in: Löhnig/Gietl (Hrsg.): Beiträge zur Reform des Familien- und Erbrechts, S. 258 (262); ZDF Sendung Frontal vom 05.12.2007; Berndt, Christina: Auf der Suche nach dem Ich, in: Süddeutsche Zeitung vom 17.12.2007, S. 10; Fink/Grün, NJW 2013, S. 1913; Katzorke, Journal für Reproduktionsmedizin und Endokrinologie 2008, S. 14 (18); Katzorke, Der Gynäkologe 2007, S. 807; in seinem Aufsatz „Donogene Insemination“ spricht Katzorke dagegen nur von 60.000 nach donogener Insemination geborenen Kindern, vgl. Katzorke, Gynäkologische Endokrinologie 2003, S. 85. 2000 wurde noch eine Zahl von 60.000-70.000 Kindern angegeben, Günther/Fritzsche, Reproduktionsmedizin 2000, S. 249 (250).



2005 mehr als 1.000 Fälle von erfolgreichen heterologen Inseminationen gemeldet.¹⁰ Geschätzt wird zudem, dass täglich durchschnittlich 10 Frauen in Deutschland durch einen Gynäkologen mit Spendersamen befruchtet werden.¹¹ Trotz leicht rückläufiger Tendenz aufgrund der Verbesserung von anderen homologen Reproduktionsverfahren wird sich die Zahl der Kinder, die nach einer Behandlung mit Spendersamen in Deutschland geboren werden, auch in den nächsten Jahren voraussichtlich jährlich um mindestens 500 erhöhen.¹²

Obwohl die Verwendung von Spendersamen bei künstlichen Befruchtungen seit jeher erheblichen Vorbehalten begegnet, da sie zu einer Aufspaltung der genetischen und sozialen Vaterschaft führt und eine Beziehung zwischen dem Mann, der die Samenzellen zur Verfügung stellt, und der Frau, von der die Eizelle stammt, nicht festgestellt werden kann,¹³ wird das Verfahren seit Jahrzehnten erfolgreich durchgeführt, da es Vorteile bietet, die eine Adoption nicht aufweisen kann: Sie ermöglicht einem Paar die Erfüllung seines Kinderwunsches in der Weise, dass das Kind zumindest von einem der beiden Elternteile genetisch abstammt.¹⁴ Zudem erweckt die Geburt des Kindes in die bestehende Partnerschaft im gesellschaftlichen Umfeld der Eltern den Anschein einer normalen Elternschaft.¹⁵

Aufgrund des Auseinanderfallens von biologischer und sozialer Elternschaft drängen sich zahlreiche Fragen in unterschiedlichen Fachdisziplinen auf, die, obwohl seit Jahrzehnten in Literatur und Gesellschaft diskutiert, immer noch nicht zufriedenstellend gelöst sind. Im juristischen Bereich betrifft dies auch nach der Reform des Kindschaftsrechts und dem Erlass des Kinderrechteverbesserungsgesetzes insbesondere die Frage der abstammungsrechtlichen Zuordnung der mit Spendersamen gezeugten Kinder. Gegenstand dieser Abhandlung sind daher die Begründung sowie die Auflösung der rechtlichen Elternschaft der an einer heterologen Insemination beteiligten Personen. Über die Darstellung des Status quo hinaus werden des Weiteren Vorschläge für eine weitere Reform des Familienrechts -auch mit Blick auf die Rechtsentwicklung in anderen europäischen Staaten- erarbeitet.

¹⁰ Wehrstedt, DNotZ 2005, S. 649; so auch Focus online: Spermien außer Kontrolle, abrufbar: http://www.focus.de/wissen/wissenschaft/fortpflanzung-spermien-ausser-kontrolle_aid_214819.html; letzter Zugriff am 27.02.2009; Katzorke, Gynäkologische Endokrinologie 2003, S. 85; Katzorke, Journal für Reproduktionsmedizin und Endokrinologie 2008, S. 14 (18 f.); Katzorke, Der Gynäkologe 2007, S. 807.

¹¹ Vu, Vanessa: Im Zeugungsstand, in: Süddeutsche Zeitung vom 06.05.2012, abrufbar: <http://jetzt.sueddeutsche.de/texte/anzeigen/546142/Im-Zeugungsstand>; letzter Zugriff am 07.05.2012.

¹² Thorn: Familiengründung mit Spendersamen, in: Das Familienhandbuch des Staatsinstituts für Frühpädagogik, abrufbar: http://www.familienhandbuch.de/cmain/f_Aktuelles/a_Elternschaft/s_1713.html; letzter Zugriff am 23.02.2010.

¹³ Snowden/Mitchell/Snowden, S. 6 f.

¹⁴ Backmann, S. 1.

¹⁵ Weyrauch, S. 2.



Die Abhandlung ist in drei Abschnitte unterteilt. Im ersten Teil werden die Grundlagen der heterologen Insemination erläutert: Dies erfordert zunächst die Klärung des Begriffs der artifiziellen Insemination sowie die Abgrenzung dieser Methode gegen andere reproduktionsmedizinische Verfahren. Des Weiteren werden nach einem kurzen geschichtlichen Abriss die Motive der beteiligten Personen untersucht sowie die Indikationen, die aus medizinischer Sicht eine Behandlung mit Spendersamen erfordern, vorgestellt. Im Anschluss werden die Gesetzgebungskompetenz im Bereich der künstlichen Fortpflanzung, die rechtlichen Grundlagen der heterologen Insemination sowie die rechtliche Zulässigkeit der künstlichen Befruchtung mit Spendersamen thematisiert.

Der zweite Teil ist der abstammungsrechtlichen Zuordnung des mit Spendersamen gezeugten Kindes gewidmet. Besonderes Augenmerk wird in diesem Abschnitt auf die Frage gelegt, wer dem Kind als rechtlicher Vater zuzuordnen ist, wenn die Mutter des Kindes im Zeitpunkt der Geburt nicht verheiratet war und der in die heterologe Insemination einwilligende Lebensgefährte nach der Geburt des Kindes nicht mehr bereit ist, die rechtliche Verantwortung für das Kind zu übernehmen. Aufgrund der insoweit bestehenden Gesetzeslücke wird nach Darstellung der rechtlichen Lage in anderen europäischen Ländern die Schaffung eines neuen Vaterschaftszuordnungstatbestandes diskutiert. Nachgegangen wird in diesem Abschnitt zudem der Frage, ob die rechtliche Elternschaft auch für die Lebenspartnerin der Mutter bzw. für den Lebenspartner des Vaters bei Geburt des Kindes in eine gleichgeschlechtliche Partnerschaft gesetzlich normiert werden sollte und wie diese rechtlich ausgestaltet werden könnte. Insoweit wird wiederum exemplarisch auf einige ausgewählte europäische Rechtsordnungen Bezug genommen.

Der dritte große Komplex dieser Abhandlung beschäftigt sich mit dem Problem der Bestandskräftigkeit der rechtlichen Zuordnung des mit Spendersamen gezeugten Kindes. Um den Besonderheiten der künstlichen Befruchtung mit Spendersamen gerecht zu werden, hat der Gesetzgeber bereits 2002 mit dem jetzigen § 1600 Abs. 5 BGB eine Vorschrift in das Bürgerliche Gesetzbuch aufgenommen, die die Anfechtung der Vaterschaft für die in eine Behandlung mit Spendersamen Einwilligenden ausschließt und damit korrigierend in das allgemeine Vaterschaftsanfechtungsrecht eingreift. Die Untersuchung der Vorschrift, d.h. deren Voraussetzungen sowie Rechtsfolgen, bildet daher den Schwerpunkt des dritten Abschnitts. Vor dem abschließenden Fazit werden zudem die unterhaltsrechtlichen Folgen einer erfolgreichen Vaterschaftsanfechtung dargestellt.



Erster Teil: Grundlagen der heterologen Insemination

I. Terminologie und Abgrenzung zu anderen Reproduktionsmethoden

Wie bereits einleitend bemerkt, handelt es sich bei der ungewollten Kinderlosigkeit eines Paares um kein vereinzelt auftretendes Phänomen. Vielmehr steigt deren Zahl in den letzten Jahren kontinuierlich an. Neben genetischen Defekten oder anderen Erbkrankheiten können psychische Faktoren die Ursache für die Unfruchtbarkeit eines oder beider Partner sein. Die unterschiedlichen Indikationen der Kinderlosigkeit verlangen nach verschiedenen Behandlungsmethoden. Die artifizielle Insemination stellt von allen gebräuchlichen reproduktionsmedizinischen Verfahren die älteste¹⁶ Technik dar. Nachfolgend wird der Begriff der artifiziellen Insemination zunächst definiert und im Anschluss von anderen Methoden der medizinisch unterstützten Fortpflanzung abgegrenzt.

A. Der Begriff der artifiziellen Insemination

Unter dem Begriff der artifiziellen bzw. künstlichen Insemination wird die Einführung des männlichen Samens mittels eines Katheters in die weiblichen Genitalorgane verstanden.¹⁷ Es wird damit eine Konzeption ohne Sexualverkehr ermöglicht. Je nach dem Verbringungsort der Spermien wird zwischen intravaginaler (in die Vagina), intracervikaler (in den Gebärmutterhals), intratubarer (in den Eileiter), intraperitonealer (in die Bauchhöhle) und intrauteriner (in die Gebärmutter) Insemination unterschieden.¹⁸ Entgegen der sprachlichen Assoziation geschieht nur die Einbringung des Samens auf künstlichem Wege; die Konzeption vollzieht sich hingegen auf natürliche Weise.¹⁹ Bei der artifiziellen Insemination handelt es sich um ein verhältnismäßig einfaches Verfahren. Deshalb kann eine Insemination nicht nur von einem ausgebildeten Mediziner durchgeführt werden. Die erfolgreiche Einbringung des Samens mittels einer Kanüle ist vielmehr auch einem Laien möglich.

¹⁶ Siehe S. 11 ff.; Knoop, S. 36; Staudinger/Rauscher, § 1591 Rdn. 2.

¹⁷ Junghans, S.1; Weinbrecht: Rechtsprobleme der heterologen Insemination de lege lata und de lege ferenda, in: Löhnig/Gietl (Hrsg.): Beiträge zur Reform des Familien- und Erbrechts, S. 258 (263); Bundesärztekammer: (Muster-)Richtlinie zur Durchführung der assistierten Reproduktion, Deutsches Ärzteblatt 2006, A 1392 (1393); Nelen: Insemination, in: Bettendorf/Breckwoldt (Hrsg.): Reproduktionsmedizin, S. 512.

¹⁸ Neulen: Insemination, in: Bettendorf/Breckwoldt (Hrsg.): Reproduktionsmedizin, S. 512; May, S. 18; Günther/Taupitz/Kaiser/Kaiser, ESchG, Einf. A, Rdn. 178.

¹⁹ Weinbrecht: Rechtsprobleme der heterologen Insemination de lege lata und de lege ferenda, in: Löhnig/Gietl (Hrsg.): Beiträge zur Reform des Familien- und Erbrechts, S. 258 (263); Coester-Waltjen, Gutachten B zum 56. Deutschen Juristentag, B 9; Vasterling: Die heterologe Insemination als Therapie, in: Rippmann (Hrsg.): Die ehefremde künstliche Befruchtung der Frau, S. 27 (29); Heiss, S. 5; Ebeling/Zimmermann, DEuFamR 1999, S. 25 (26); Staudinger/Rauscher, § 1591 Rdn. 2.



Der Begriff der artifiziiellen bzw. künstlichen Insemination sagt jedoch nichts über die Beziehung zwischen der Frau, von der die Eizelle stammt, und dem Mann, dessen Samenzellen verwendet werden, aus. Die künstliche Insemination wird daher grundsätzlich in zwei Fallgruppen unterteilt: die homologe und die heterologe Insemination.

1. *Homologe Insemination*

Als homolog²⁰ wird eine In-vivo-Insemination heute bezeichnet, wenn der Samen des Ehemannes oder des festen Lebenspartners der Frau in die Fortpflanzungsorgane der zukünftigen Mutter übertragen wird²¹. Damit hat der Begriff der homologen Insemination in den letzten Jahren eine Ausweitung erfahren. Während früher nur in den Fällen, in denen der Samen des Ehemannes verwendet wurde, von einer homologen Insemination gesprochen werden konnte, wird heute auch die Befruchtung mit Samen des festen Lebenspartners²² von dem Begriff der homologen Insemination erfasst.²³ Anwendung findet das homologe Verfahren vor allem dann, wenn der Mann aufgrund körperlicher Anomalien zum Zeugungsakt nicht in der Lage ist. Angewendet wird das homologe Verfahren auch in den Fällen, in denen das Sperma des Partners aufgrund ärztlicher Empfehlung kryokonserviert wurde. Die Kryokonservierung ist beispielsweise angezeigt, wenn aufgrund einer Krebserkrankung mit anschließender Behandlung mittels Chemotherapie zu befürchten ist, dass der Partner dauerhaft zeugungsunfähig wird.²⁴

2. *Heterologe Insemination*

Während bei einer homologen Insemination der Samen, mit dem die Frau befruchtet wird, von ihrem Partner stammt, wird bei der heterologen²⁵ Insemination Samen eines Dritten, also eines für die Mutter fremden, unbekanntem oder jedenfalls nicht eng verbundenen Mannes, verwendet.²⁶ Der entstehende Embryo bzw. das Kind ist daher mit dem für die

²⁰ Teilweise wird diese Art der künstlichen Insemination auch als maritogen bezeichnet, vgl. Vasterling: Die heterologe Insemination als Therapie, in: Rippmann (Hrsg.): Die ehefremde künstliche Befruchtung der Frau, S. 27 (29 f.). Im anglo-amerikanischen Sprachraum wird sie als „artificial insemination with semen derived from the husband“, kurz: AIH bezeichnet.

²¹ Zierl, DRiZ 1985, S. 337 (339).

²² Früher wurde die Verwendung des Samens des nichtehelichen Partners zunächst unter den Begriff der heterologen Insemination gefasst, später dann als quasi-homologe Insemination bezeichnet.

²³ Deutsch/Spickhoff, Rdn. 756; Spickhoff, Medizinrecht, Vorb. § 1591 BGB Rdn. 10; auch Weyrauch, S. 4.

²⁴ Günther/Taupitz/Kaiser/Kaiser, ESchG, Einf. A, Rdn. 195; <http://www.apothekenumschau.de/Therapien/Die-Chemotherapie-A050829ANONI013527.html>, letzter Zugriff am 23.02.2010. Auf diese Möglichkeit haben die Ärzte vor einer Chemotherapie hinzuweisen, ansonsten machen sie sich schadensersatzpflichtig, OLG Frankfurt am Main vom 26.04.2002, Az. 25 U 120/01, Leitsatz abgedruckt auch in MDR 2002, S. 1192. Darauf hinweisend auch Spickhoff, Medizinrecht, Vorb. § 1591 BGB Rdn. 10.

²⁵ Für diese Art der künstlichen Befruchtung wird auch der Begriff donogen verwendet, vgl. Vasterling: Die heterologe Insemination als Therapie, in: Rippmann (Hrsg.): Die ehefremde künstliche Befruchtung der Frau, S. 27 (29 f.); Wendehorst: Die rechtliche Regelung donogener Art in Deutschland und Österreich, in: Bockenheimer-Lucius/Thorn/Wendehorst (Hrsg.): Umwege zum eigenen Kind, S. 103 (105). Im anglo-amerikanischen Sprachraum ist sie unter der Bezeichnung „artificial insemination with semen derived from a donor“, kurz AID bekannt.

²⁶ Deutsch/Spickhoff, Rdn. 756.

Vaterrolle vorgesehenen Mann genetisch nicht verwandt.²⁷ Die Verwendung von Spendersamen ist indiziert, wenn der Ehemann/Lebenspartner der Wunschmutter zeugungsunfähig ist bzw. in seiner Familie eine schwere Erbkrankheit verbreitet oder sein Sperma aufgrund Alkohol- oder Drogenmissbrauchs geschädigt ist²⁸ oder eine Rhesusfaktor-Inkompatibilität vorliegt²⁹.

B. Abgrenzung der artifiziellen Insemination zu anderen Methoden bzw. begleitenden Maßnahmen der medizinisch unterstützten Fortpflanzung

Neben der artifiziellen Insemination sind weitere Reproduktionsverfahren gebräuchlich, um die ungewollte Kinderlosigkeit zu überwinden. Die wichtigsten Methoden werden nachfolgend kurz erläutert und ihre Unterschiede zur artifiziellen Insemination aufgezeigt.

1. *In-Vitro-Fertilisation und Embryonentransfer*

Die In-Vitro-Fertilisation (IVF) wird auch unter dem Stichwort „extrakorporale Befruchtung“³⁰ diskutiert. Ihr folgt das spätere Einbringen der befruchteten Zellen in die inneren weiblichen Genitalorgane, der so genannte Embryotransfer, nach.³¹ Die IVF kommt zur Anwendung, wenn die Gründe für die ungewollte Kinderlosigkeit auf Seiten der Frau bestehen, z.B. weil deren Eileiter funktionsuntüchtig sind³².

Der Ablauf des IVF-Verfahrens gestaltet sich folgendermaßen: Nach hormoneller Stimulierung werden der Frau unter Vollnarkose bei einer Laparoskopie (Bauchspiegelung) mehrere Eizellen entnommen.³³ Alternativ kann die Entnahme der Eizellen auch durch ultraschallgesteuerte vaginale Punktion erfolgen.³⁴ Im Anschluss werden Eizelle und Samen, der zuvor aufbereitet wurde, in einem Reagenzglas oder in einem Petrischälchen in einem speziellen Kulturmedium zusammengebracht.³⁵ Der so außerhalb des Mutterleibes

²⁷ Zierl, DRiZ 1985, S. 337 (340).

²⁸ Coester-Waltjen, Gutachten B zum 56. Deutschen Juristentag, B 12.

²⁹ Snowden/Mitchell/Snowden, S. 5.

³⁰ Bundesärztekammer: (Muster-)Richtlinie zur Durchführung der assistierten Reproduktion, Deutsches Ärzteblatt 2006, A 1392 (1393); Coester-Waltjen, FamRZ 1984, S. 230 (231); Ratzel/Lippert: Kommentar zur Musterberufsordnung der deutschen Ärzte, Anhang I; Richtlinien zur Durchführung der assistierten Reproduktion (Novelle 2006), S. 528.

³¹ Günther/Taupitz/Kaiser/Kaiser, ESchG, Einf. A, Rdn. 186; Diedrich/Ludwig: Überblick über die medizinischen Aspekte der Reproduktionsmedizin, in: Bundesministerium für Gesundheit (Hrsg.): Fortpflanzungsmedizin in Deutschland, S. 32 (34).

³² Zierl, DRiZ 1985, S. 337 (341). Die Undurchgängigkeit der Eileiter ist regelmäßig auf entzündliche Erkrankungen des weiblichen Genitals (Adnexitis, Salpingitis) zurückzuführen. Daneben sprechen auch noch andere Indikationen für die extrakorporale Befruchtung: einige andologisch bedingte Sterilitätsursachen, immunologische sowie die idiopathische Sterilität, vgl. Günther/Taupitz/Kaiser/Kaiser, ESchG, Einf. A, Rdn. 187.

³³ Reinke, S. 6.

³⁴ Günther/Taupitz/Kaiser/Kaiser, ESchG, Einf. A, Rdn. 188.

³⁵ Günther/Taupitz/Kaiser/Kaiser, ESchG, Einf. A, Rdn. 190.



gezeugte³⁶ Embryo³⁷ wird im Zwei- bis Achtzellenstadium, also innerhalb von 48 Stunden nach der Befruchtung, in die Gebärmutter oder in den Eileiter mit Hilfe eines weichen Plastikkatheters eingepflanzt.³⁸

Im Gegensatz zur artifiziellen Insemination findet bei dieser Methode der eigentliche Befruchtungsvorgang nicht im Körper der Frau, sondern außerhalb des weiblichen Körpers, d.h. *in vitro*, statt.³⁹

2. *Intra-cytoplasmatische Spermien-Injektion (ICSI)*

Die intra-cytoplasmatische Spermien-Injektion (ICSI) wird heute routinemäßig bei besonders schweren männlichen Fertilitätsstörungen angewandt und ergänzt die herkömmliche *in vitro*-Befruchtung⁴⁰. Bei dieser Methode werden die männlichen Gameten zumeist durch Punktion aus den Hoden oder Nebenhoden gewonnen.⁴¹ Mit Hilfe von Mikromanipulationen wird in der Folgezeit ein Spermium in eine Eizelle injiziert, nachdem die Eizelle mit einer Haltepipette so fixiert wurde, dass das Spermium über eine Injektionskanüle in die Eizelle eingeführt werden kann.⁴² Nach erfolgreicher Befruchtung der Eizelle wird der Embryo in den Körper der Wunschmutter verpflanzt. Wie bereits ausgeführt, handelt es sich damit bei der ICSI-Methode um eine spezielle Behandlung im Rahmen der extrakorporalen Befruchtung⁴³, mit der nach drei bis vier Versuchen Geburtenraten von etwa 50% zu erzielen sind, so dass der Kinderwunsch bei etwa der Hälfte der Paare tatsächlich verwirklicht werden kann⁴⁴.

3. *Gametentransfer*

Unter Gametentransfer versteht man das instrumentelle Einbringen von Ei- und Samenzellen in die Gebärmutter (intrauteriner Gametentransfer) oder in den Eileiter (intratubarer

³⁶ Zum Zwecke der Therapie der vermuteten männlichen Unfruchtbarkeit im Rahmen der IVF wurden drei spezielle Techniken entwickelt, durch die spezielle Stadien des Befruchtungsprozesses übersprungen werden: die intrazytoplasmatische Spermieninjektion (ICSI), das Zona drilling und die Subzonale Injektion; ausführlich dazu May, S. 20 f.

³⁷ Nach dem vorherrschenden Sprachgebrauch wird dieser Begriff bereits für die ersten, sich der Befruchtung anschließenden Befruchtungsstadien verwendet, vgl. Wohn, S. 27.

³⁸ May, S. 21 f.; Günther/Taupitz/Kaiser/Kaiser, ESchG, Einf. A, Rdn. 193.

³⁹ Grundsätzlich führt eine extrakorporale Befruchtung unter Verwendung von Spendersamen zu keinen weiteren Besonderheiten gegenüber der heterologen Insemination. Sofern keine expliziten anders lautenden Aussagen getroffen werden, kann daher das zur heterologen Insemination Ausgeführte auch auf das *In-vitro* mittels Spendersamen gezeugte Kind übertragen werden.

⁴⁰ May, S. 20.

⁴¹ Günther/Taupitz/Kaiser/Kaiser, ESchG, Einf. A Rdn. 191; Diedrich/Ludwig: Überblick über die medizinischen Aspekte der Reproduktionsmedizin, in: Bundesministerium für Gesundheit (Hrsg.): Fortpflanzungsmedizin in Deutschland, S. 32 (35).

⁴² May, S. 20.

⁴³ May, S. 20 f.

⁴⁴ Diedrich/Ludwig: Überblick über die medizinischen Aspekte der Reproduktionsmedizin, in: Bundesministerium für Gesundheit (Hrsg.): Fortpflanzungsmedizin in Deutschland, S. 32 (35).



Gametentransfer) der Frau.⁴⁵ Mit der artifiziellen Insemination ist dieser Technik gemein, dass sie auf dem Transfer von Gameten beruht.⁴⁶ Die Gewinnung und Aufbereitung der Keimzellen stimmen jedoch in den wesentlichen Punkten mit dem Vorgehen bei der IVF überein.⁴⁷ Damit nimmt der Gametentransfer eine Zwischenstellung zwischen artifizieller Insemination und IVF ein. Diese Art der Behandlung wird heute nur noch selten vorgenommen, nämlich in den Fällen, in denen der Grund für die Unfruchtbarkeit nicht geklärt werden kann.⁴⁸ Der Vorteil dieser Methode gegenüber der In-Vitro-Fertilisation besteht in ihrem geringeren technischen Aufwand und in der Umgehung der Fertilisation in vitro.⁴⁹

4. *Intravaginale Eizell-/Embryokultur (IVC)*

Bei dieser in der Praxis kaum noch gebräuchlichen Methode werden Ei- und Samenzellen in einer luftdicht verschlossenen Kapsel in die Scheide eingeführt, in der die Befruchtung erfolgt. Nach etwa 48 Stunden werden die entstandenen Embryonen in den Eileiter oder in den Uterus verbracht.⁵⁰ Auch bei Verwendung dieser Methode vollzieht sich die Befruchtung auf natürliche Weise; im Unterschied zur Insemination werden jedoch männliche und weibliche Keimzellen transferiert.

5. *In-Vitro-Maturation (IVM)*

Die In-Vitro-Maturation stellt eine neuere reproduktionsmedizinische Methode dar. Die Besonderheit dieser Methode ist, dass die Eizellen nicht im Körper der Frau heranreifen; der Frau werden vielmehr unreife Eizellen entnommen. Das Reifen der Eizellen geschieht in der Folgezeit außerhalb des weiblichen Körpers in einer Nährlösung. Die auf diese Weise herangereiften Eizellen werden nach ein bis zwei Tagen befruchtet und in die Gebärmutter übertragen. Besonders vorteilhaft an dieser Methode ist, dass sich die Frau den Risiken der hormonellen Stimulierung nicht mehr aussetzen muss.⁵¹ Bei der In-Vitro-Maturation handelt es sich ebenfalls um ein extrakorporales Verfahren.

6. *Ersatz-/Leihmutterschaft*

Die Leih- bzw. Ersatzmutterschaft ist keine eigene fortpflanzungsmedizinische Methode. Dennoch soll sie an dieser Stelle kurz erläutert werden. Als Leihmutterschaft bezeichnet man

⁴⁵ Günther/Taupitz/Kaiser/Kaiser, ESchG, Einf. A, Rdn. 180; Ratzel/Lippert: Kommentar zur Musterberufsordnung der deutschen Ärzte, Anhang I, Richtlinien zur Durchführung der assistierten Reproduktion (Novelle 2006), S. 528; Bundesärztekammer: (Muster-)Richtlinie zur Durchführung der assistierten Reproduktion, Deutsches Ärzteblatt 2006, A 1392 (1393); auch Lurger, DEuFamR 1999, S. 210 (211).

⁴⁶ May, S. 22.

⁴⁷ Günther/Taupitz/Kaiser/Kaiser, ESchG, Einf. A, Rdn. 182.

⁴⁸ Beckhove, S. 4.

⁴⁹ Günther/Taupitz/Kaiser/Kaiser, ESchG, Einf. A, Rdn. 184.

⁵⁰ Beckhove, S. 4.

⁵¹ Beckhove, S. 5.

das Austragen und Gebären eines Kindes durch eine Frau, die nicht die biologisch-genetische Mutter des Kindes ist. Die Leihmutter übergibt das Kind nach der Entbindung an die biologischen oder sozialen Eltern.⁵² Bei der Ersatzmutterchaft stammt die Eizelle hingegen von der gebärenden Frau. In der Regel wird die Ersatzmutter mit dem Samen des Wunschvaters per artifizierlicher Insemination befruchtet. Nach der Geburt des Kindes gibt sie dieses jedoch an das Wunschelternpaar ab. Genetische Eltern sind die Ersatzmutter und der Wunschvater.⁵³

7. Kryokonservierung

Unter dem Begriff der Kryokonservierung wird die Gefrierkonservierung von Gameten bei -196° Celsius verstanden.⁵⁴ Mit dieser Methode können sowohl Eizellen, imprägnierte Eizellen, befruchtete Eizellen bis zum Blastozystenstadium als auch Spermien langfristig aufbewahrt werden.⁵⁵

Auch bei der Kryokonservierung handelt es sich –wie bei der Leih-/Ersatzmutterchaft– um keine eigenständige fortpflanzungsmedizinische Methode, sondern vielmehr um eine begleitende Maßnahme. Die Kryokonservierung von Samenzellen bereitet heute keine größeren Schwierigkeiten mehr und ist eine wichtige Voraussetzung für eine erfolgreiche künstliche Befruchtung mit Spendersamen.

Das Einfrieren der Samenproben erfolgt in einem einfachen und schnellen Verfahren: Die Keimzellen werden in der Dampfphase über flüssigem Stickstoff unter Zusatz und Equilibration von Glycerin und anderen Kryoprotektiva über stufenweise Temperaturerniedrigung bei -196° Celsius eingefroren.⁵⁶ Nach dem Auftauen steht das konservierte Material wieder für Fortpflanzungszwecke zur Verfügung. Die Wiederbelebungsrate der Samenzellen beträgt nach dem Auftauvorgang jedoch nur noch etwa 50-70%.⁵⁷ Daher können bei Verwendung von kryokonserviertem Material nicht die gleichen Erfolgsraten wie bei Verwendung von frischem Material erzielt werden.⁵⁸

Die Kryokonservierung von Gameten eröffnet die Möglichkeit, Kinder eines bereits Verstorbenen zu zeugen. 1958 berichteten Zeitungen über die erste bekannte postmortale (homologe) Insemination, die eine französische Biologin erfolgreich an sich selbst ausgeführt

⁵² Günther/Taupitz/Kaiser/Kaiser, ESchG, Einf. A, Rdn. 215; Fahrenhorst, EuGRZ 1988, S. 125 (127); Lurger, DEuFamR 1999, S. 210 (212); Mansees, S. 212.

⁵³ Weyrauch, S. 6; Mansees, S. 211; Fahrenhorst, EuGRZ 1988, S. 125 (127); Snowden/Mitchell/Snowden, S. 8.

⁵⁴ May, S. 23.

⁵⁵ Günther/Taupitz/Kaiser/Kaiser, ESchG, Einf. A, Rdn. 195.

⁵⁶ Montag/Isachenko/Isachenko/Al-Hasani/van der Ven/Dorn/von Otte/Diedrich/van der Ven/von Wolff/Schultze-Mosgau: Methoden der Kryokonservierung in der Reproduktionsmedizin, in: Felberbaum/Bühler/van der Ven (Hrsg.): Das Deutsche IVF-Register 1996-2006, S. 65 (70).

⁵⁷ Memmer, JBl 1992, S. 361; Schill: Der männliche Sterilitätsfaktor – Diagnostik und Therapie, in: Dietrich-Reichart (Hrsg.): Insemination, In-vitro-Fertilisation, S. 83 (115).

⁵⁸ Keller/Günther/Kaiser/Kaiser, ESchG, Einf. A, Rdn. 195; May, S. 23.

hatte.⁵⁹ Eine postmortale Insemination ist zwar aufgrund Kryokonservierung von Sperma technisch möglich. In Deutschland ist sie jedoch verboten und wird gemäß § 4 Abs. 1 Nr. 3 ESchG bestraft⁶⁰, sofern sie vorsätzlich nach dem Tod des Mannes vorgenommen wird. Nur die Frau bleibt gemäß § 4 Abs. 2 ESchG straflos. Die postmortale Verwendung von Samen ist allerdings nicht in allen europäischen Ländern verboten. Sowohl das spanische Gesetz über Abstammungen Nr. 35/1988 vom 22.11.1988 sowie das katalanische Gesetz vom 27.04.1991 erlauben eine postmortale Zeugung unter engen Voraussetzungen.⁶¹ Ebenso sind in den Niederlanden und in Griechenland postmortale homologe Zeugungen möglich.⁶² Dennoch ist das deutsche Verbot der postmortalen Insemination nur folgerichtig: Die tiefgefrorenen Gameten unterfallen dem Restbestand des Persönlichkeitsrechtes des Verstorbenen. Seinen nächsten Verwandten kann zur Wahrung des Persönlichkeitsrechtes zwar das Recht zugestanden werden, den Samen aus der Samenbank zu holen oder diesen dort vernichten zu lassen; ihnen kommt jedoch nicht das Recht zu, über eine weitere Verwendung des Samens und damit über die Fortpflanzung des Verstorbenen zu entscheiden. Dieses Bestimmungsrecht steht als Teil des Persönlichkeitsrechts nur dem Gametenspender selbst zu. Dieses Recht erlischt mit dem Tod des Betroffenen. Daher stellt sich jede postmortale Verwendung von Samen als rechtswidrig dar.⁶³

8. Präimplantationsdiagnostik

Mit dem Gesetz zur Regelung der Präimplantationsdiagnostik (Präimplantationsdiagnostikgesetz) vom 21.11.2011⁶⁴ hat der Gesetzgeber die Änderung des Embryonenschutzgesetzes dahingehend beschlossen, dass unter engen Voraussetzungen die Präimplantationsdiagnostik, d.h. die Untersuchung des von einem Embryo entnommenen Gewebes auf genetische Fehlbildungen vor dessen Einnistung in die Gebärmutterhöhle⁶⁵, erlaubt ist. Der Gesetzgeber folgte damit dem Vorschlag der begrenzten Zulassung der Präimplantationsdiagnostik bei der Gefahr einer schweren Erbkrankheit.⁶⁶ Ebenso wie bei der Kryokonservierung handelt es sich bei der Präimplantationsdiagnostik um keine eigenständige fortpflanzungsmedizinische Methode, sondern vielmehr um eine begleitende Maßnahme, die zudem nur bei In-Vitro-Verfahren Anwendung finden kann.

⁵⁹ Sauer, S. 97. Nach geltendem französischem Recht ist die postmortale Insemination jedoch verboten, Debove/Salomon/Janville, Rdn. 601.

⁶⁰ MüKoBGB/Wellenhofer, § 1592 Rdn. 20.

⁶¹ Sauer, S. 97.

⁶² Breemhaar: Streit um die Abstammung im niederländischen Recht, in: Spickhoff/Schwab/Henrich/Gottwald (Hrsg.): Der Streit um die Abstammung, S. 149 (166) und Koutsouardis: Zum aktuellen Stand des griechischen Abstammungsrechts, in: Spickhoff/Schwab/Henrich/Gottwald (Hrsg.): Der Streit um die Abstammung, S. 205 (213).

⁶³ Memmer, JBl 1992, S. 361 (363).

⁶⁴ BGBl. I, S. 2228 f.

⁶⁵ Keller/Günther/Kaiser/Kaiser, ESchG, Einf. A, Rdn. 197.

⁶⁶ BT-Drs. 17/5451.

II. Geschichte und Verbreitung der artifiziellen Insemination

Die artifizielle Insemination ist die älteste Form der medizinisch unterstützten Fortpflanzung⁶⁷ und eng verbunden mit der Erforschung der Befruchtungsabläufe. Bereits Aristoteles (384-321 v. Chr.) beschäftigte sich mit ihr.⁶⁸ Im zweiten Jahrhundert nach Christus wurde auch von den Rabbinern die Möglichkeit der künstlichen Befruchtung in Erwägung gezogen.⁶⁹ Nachdem die katholische Kirche jedoch jegliche Forschung auf diesem Gebiet unterbunden hatte, wurde die Erforschung der menschlichen Fortpflanzung erst im Mittelalter von Paracelsus (1493-1541) fortgesetzt.⁷⁰ Einer Legende zufolge sollen im 14. Jahrhundert Araber die künstliche Befruchtung in der Pferdezucht praktiziert haben.⁷¹ Die Methode wurde nachweislich auch in der Fischzucht eingesetzt.⁷² Gesichert ist schließlich, dass im Jahre 1780 eine Hündin von dem italienischen Arzt Lazaro Spallanzini erfolgreich künstlich befruchtet wurde.⁷³

Wenige Jahre später glückte John Hunter die erste homologe Insemination beim Menschen.⁷⁴ Die erste in Deutschland erfolgreich vorgenommene homologe Insemination datiert auf das Jahr 1885.⁷⁵ Bereits ein Jahr zuvor soll die erste erfolgreiche heterologe Insemination von Pancoast⁷⁶ in Philadelphia/USA vorgenommen worden sein.⁷⁷ In Deutschland glückte eine heterologe Insemination erstmals 1956,⁷⁸ drei Jahre nachdem weltweit die erste Schwangerschaft nach Insemination mit kryokonservierten menschlichen Samen herbeigeführt werden konnte.⁷⁹

International praktiziert wurde die artifizielle Insemination bereits am Ende des 19. Jahrhunderts.⁸⁰ Zu dieser Zeit befassten sich erstmals auch europäische Gerichte mit

⁶⁷ Knoop, S. 36; Staudinger/Rauscher, § 1591 Rdn. 2.

⁶⁸ Marian, S. 7.

⁶⁹ Pasquay, S. 90; Heiss, S. 7.

⁷⁰ Marian, S. 7.

⁷¹ Marian, S. 8, FN 54; Pasquay, S. 91; Katzorke, Journal für Reproduktionsmedizin und Endokrinologie 2008, S. 14; Heiss, S. 6.

⁷² Heiss, S. 6.

⁷³ Marian, S. 8, Katzorke, Journal für Reproduktionsmedizin und Endokrinologie 2008, S. 14.

⁷⁴ Der Zeitpunkt wird teils mit 1770, 1785, 1790 bzw. 1799 angegeben, vgl. Marian, S. 8 sowie Snowden/Mitchell/Snowden, S. 3; Weinbrecht: Rechtsprobleme der künstlichen Insemination de lege lata und de lege ferenda, in: Löhnig/Gietl (Hrsg.): Beiträge zur Reform des Familien- und Erbrecht, S. 258 (263); Bispink: Reproduktionsmedizinische Aspekte, in: Duttge Engel/Lipp/Zoll (Hrsg.): Heterologe Insemination, S. 1; Pasquay, S. 91. Streitig ist auch, wie und durch wen die künstliche Insemination vorgenommen wurde, vgl. Pasquay, S. 91; Marian, S. 8.

⁷⁵ Marian, S. 9.

⁷⁶ Zum Teil wird auch angegeben, sie könne von Dickinson durchgeführt worden sein.

⁷⁷ Pasquay, S. 92; Marian, S. 9; Brähler: Familie, Kinderwunsch, Unfruchtbarkeit, S. 61; Bispink: Reproduktionsmedizinische Aspekte, in: Duttge Engel/Lipp/Zoll (Hrsg.): Heterologe Insemination, S. 1.

⁷⁸ Marian, S. 9; Snowden/Mitchell/Snowden, S. 5.

⁷⁹ Van der Ven/Jeyendran/Kennedy/Zaneveld/Al-Hasani/Diedrich: Kryokonservierung menschlicher Spermatozoen in verschiedenen Medien, in: Schill/Bollmann (Hrsg.): Spermakonservierung, Insemination, In-vitro-Fertilisation, S. 69.

⁸⁰ Marian, S. 8 f.



Streitigkeiten aus artifiziiellen Inseminationen. Dem ersten aus Frankreich bekannten Gerichtsurteil aus dem Jahre 1883 lag eine Honorarforderung eines Arztes für eine ohne Erfolg vorgenommene Insemination zugrunde.⁸¹ Erste Gerichtsurteile in Bezug auf heterologe Inseminationen sind aus den Jahren 1905, 1907 und 1908 bekannt.⁸²

Massenhafte Verbreitung fand die artifiziielle (homologe) Insemination während des Zweiten Weltkrieges, als tausende amerikanische Soldaten ihr Sperma in die Heimat verschickten.⁸³ Auch während des ersten Golfkrieges sollen zahlreiche Soldaten ihr Sperma in Samenbanken eingelagert haben, um ihren Frauen die Möglichkeit einer Schwangerschaft nach ihrem Tod zu ermöglichen.⁸⁴

Aus diesen Ausführungen ergeben sich jedoch noch keine konkreten Aussagen zur internationalen Verbreitung der heterologen Insemination. Obwohl sich die künstliche Befruchtung mit Spendersamen als medizinische Methode etabliert hat, sind genaue Zahlen über deren Häufigkeit nicht vorhanden.⁸⁵ Jedoch sollen bereits 1959 in den USA etwa 100.000 Kinder mit Spendersamen gezeugt worden sein.⁸⁶ In Frankreich werden pro Jahr etwa 2.000 erfolgreiche heterologe Inseminationen durchgeführt. Die Gesamtzahl der mit Spendersamen gezeugten Kinder beläuft sich in Frankreich insgesamt auf 20.000 bis 30.000.⁸⁷ In Deutschland wird deren Zahl auf ca. 100.000 geschätzt.⁸⁸ Es wird weiterhin angenommen, dass jährlich in Deutschland aufgrund heterologer Insemination ca. 1.000⁸⁹ Kinder zur Welt kommen.⁹⁰ Derzeit ist ein leichter aber kontinuierlicher Rückgang bei der Verwendung von Spendersamen in Praxen bzw. Kliniken zu beobachten. Als Ursache werden die verbesserten Techniken und Möglichkeiten für eine homologe Insemination bzw. eine

⁸¹ Giesen, S. 99.

⁸² Giesen, S. 179.

⁸³ Pasquay, S. 94; Marian, S. 9.

⁸⁴ Beitzke: Rechtsvergleichende Bemerkungen zum künstlich gezeugten Kind, in: Gaul (Hrsg.): Familienrecht in Geschichte und Gegenwart, S. 49 (50).

⁸⁵ Pasquay, S. 95.

⁸⁶ Marian, S. 10.

⁸⁷ Helms: Die Feststellung der biologischen Abstammung, S. 114.

⁸⁸ Weinbrecht: Rechtsprobleme der heterologen Insemination de lege lata und de lege ferenda, in: Löhnig/Gietl (Hrsg.): Beiträge zur Reform des Familien- und Erbrechts, S. 258 (262); Katzorke, Journal für Reproduktionsmedizin und Endokrinologie 2008, S. 14 (18); Fink/Grün, NJW 2013, S. 1913; Katzorke, Der Gynäkologe 2007, S. 807; dagegen geht Katzorke in einem weiteren Aufsatz nur von 60.000 mit Spendersamen gezeugten Kindern aus, vgl. Katzorke, Gynäkologische Endokrinologie 2003, S. 85.

⁸⁹ Teilweise wird die Zahl auch nur noch mit 500 bis 700 Geburten pro Jahr angegeben, vgl.: Katzorke: Keimzellspende, in: Bundesministerium für Gesundheit (Hrsg.): Fortpflanzungsmedizin in Deutschland, S. 122 (123).

⁹⁰ Katzorke, Journal für Reproduktionsmedizin und Endokrinologie 2008, S. 14 (18f.); Katzorke, Der Gynäkologe 2007, S. 807; Katzorke, Gynäkologische Endokrinologie 2003, S. 85. Nach Umfragen unter den Mitgliedern des Arbeitskreises für Donogene Insemination e.V. sollen 2001 4.913 heterologe Inseminationen durchgeführt worden sein, die zu 915 Geburten führten; 2002 sollen 4.763 Inseminationen durchgeführt worden sein, aus denen insgesamt 886 Kinder hervorgingen, Katzorke, Gynäkologische Endokrinologie 2003, S. 85.



homologe In-Vitro-Fertilisation genannt.⁹¹ Weiterhin tragen die immer noch bestehenden erheblichen rechtlichen Unsicherheiten zu dem Rückgang bei. Aufgrund der ethischen und rechtlichen Kontroversen halten sich die Ärzteschaft sowie die Samenbanken mit genauen Auskünften jedoch zurück.⁹² Es ist daher davon auszugehen, dass aufgrund des vielfältigen Angebots im Ausland sowie im Internet zumindest die Dunkelziffer konstant bleibt.

III. Motive zur Durchführung der heterologen Insemination

Im Folgenden soll dargestellt werden, welche Motive den Samenspender bewegen, seine Keimzellen ihm unbekanntem Paaren zwecks Zeugung eines Kindes zur Verfügung zu stellen. Zudem soll beleuchtet werden, welche Motive die späteren Wunscheltern leiten, die psychisch anstrengende Prozedur der heterologen Insemination auf sich zu nehmen.

A. Samenspender

Die Gründe, die Männer zu einer Samenspende bewegen, sind durchaus vielschichtig. In mehreren Studien wurden folgende Motive genannt: der Wunsch, einem unfruchtbaren Paar zu einem Kind zu verhelfen⁹³, das Interesse, Kenntnis über die eigene Fruchtbarkeit zu erhalten bzw. sich fortzupflanzen sowie schließlich rein finanzielle Erwägungen.⁹⁴ Nach Studien im angloamerikanischen Raum sind die meisten Samenspender Studenten.⁹⁵ Diese sind zur Teilnahme in einem Samenspendeprogramm nur in den seltensten Fällen aus altruistischen Motiven bereit. Rein altruistische Motive sind eher bei den Männern vorherrschend, die bereits eine eigene Familie gegründet haben.⁹⁶ Studien Anfang und Mitte der 90-er Jahre belegen, dass vielmehr vor allem finanzielle Motive⁹⁷ bei den Spendern überwiegen. Besonders Medizinstudenten bessern ihr Einkommen durch Samenspenden auf.⁹⁸ Die Höhe der Vergütung ist in Deutschland nicht gesetzlich⁹⁹ geregelt; sie bewegt sich

⁹¹ Insbesondere wird seit 1993 die intrazytoplasmatische Spermieninjektion (ICSI) eingesetzt, Katzorke, *Der Gynäkologe* 2007, S. 807; Katzorke, *Gynäkologische Endokrinologie* 2003, S. 85. Katzorke, *Journal für Reproduktionsmedizin und Endokrinologie* 2008, S. 14 (18).

⁹² Marian, S.10.

⁹³ Stepan: Rechtsvergleichende Gedanken zur Regelung der heterologen Insemination, in: Stoffel/Volken (Hrsg.): *Festschrift für von Overbeck*, S. 545 (571); Wieck, Sörre: *Big Spender*, in: *Maxi*, Dezember 2011, S. 130 (131).

⁹⁴ Bernat: *Der anonyme Vater im System der Fortpflanzungsmedizin: Vorfindliches, Rechtsethik und Gesetzgebung*, in: Bernat (Hrsg.): *Reproduktionsmedizin*, S. 161 (166).

⁹⁵ Bernat: *Der anonyme Vater im System der Fortpflanzungsmedizin: Vorfindliches, Rechtsethik und Gesetzgebung*, in: Bernat (Hrsg.): *Reproduktionsmedizin*, S. 161 (165).

⁹⁶ Bernat: *Der anonyme Vater im System der Fortpflanzungsmedizin: Vorfindliches, Rechtsethik und Gesetzgebung*, in: Bernat (Hrsg.): *Reproduktionsmedizin*, S. 161 (166).

⁹⁷ Insofern verweist Krause auf verschiedene Studien, Krause, *Reproduktionsmedizin* 1999, S. 165; ebenso Bernat: *Der anonyme Vater im System der Fortpflanzungsmedizin: Vorfindliches, Rechtsethik und Gesetzgebung*, in: Bernat (Hrsg.): *Reproduktionsmedizin*, S. 161 (166); Günther/Fritzsche, *Reproduktionsmedizin* 2000, S. 249 (251).

⁹⁸ Spickhoff: *Vaterschaft und Fortpflanzungsmedizin*, in: Hofer/Klippel/Walter (Hrsg.): *Festschrift für Dieter Schwab*, S. 923 (944).

⁹⁹ In Ländern, in denen die heterologe Insemination ausdrücklich geregelt ist, wird die Höhe der Geldzahlung auf den organisatorischen Aufwand des Spenders begrenzt. Dadurch soll die Samenspende durch

in der Praxis zwischen 50-105 Euro pro verwertbarer Spende¹⁰⁰. Bei der Erueierung und Beurteilung der Motive darf jedoch ein weiterer wichtiger Faktor nicht vernachlässigt werden: Gerade ältere, angesehene und etablierte Ärzte üben oft erheblichen psychischen Druck auf junge Medizinstudenten aus, wenn sie sich mit der Bitte um Beteiligung an einem Samenspendeprogramm an ihre Studenten wenden.¹⁰¹ Um keine Nachteile zu erleiden, kommen viele junge Männer dieser Aufforderung nach. In anderen wenigen Fällen engagieren kinderlose Ehepaare selbst ihre Spender. Bei diesen handelt es sich dann meist um nahe Verwandte des späteren sozialen Vaters.¹⁰² Die sich daraus ergebenden familiären Komplikationen werden von den Paaren regelmäßig jedoch nicht bedacht¹⁰³.

B. Wunscheltern

Der Wunsch nach einem eigenen Kind, der auf natürlichem Weg nicht erfüllbar ist, ist treibendes Motiv in allen Inseminationsfällen.¹⁰⁴ Ungewollte Kinderlosigkeit wird auch noch in unserer modernen Industriegesellschaft als Makel verstanden. Dies kann zu Minderwertigkeitsgefühlen bei den betroffenen (Ehe-)Paaren führen und Auslöser für psychische Erkrankungen sein¹⁰⁵. Als Alternative bleibt kinderlosen Ehepaaren nur die Adoption. Die Zahl der adoptionswilligen Paare und der zur Adoption freigegebenen Kinder klafft jedoch erheblich auseinander,¹⁰⁶ da schwangerschaftsverhütende Mittel kontinuierlich verbessert wurden, der Schwangerschaftsabbruch liberalisiert wurde¹⁰⁷ und sich die Bedingungen für alleinerziehende Mütter kontinuierlich verbessert haben.¹⁰⁸

ungeeignete Spender (Alkoholiker oder Depressivkranke) unterbunden werden, vgl. insoweit Krause, Reproduktionsmedizin 1999, S. 165 (166).

¹⁰⁰ <http://www.erlanger-samenbank.de/> Rubrik: Info Samenspender; letzter Zugriff am 21.04.2008; <http://www.berliner-samenbank.de/spender/verguetung.html>; letzter Zugriff am 21.04.2008; http://www.samenbank-berlin.de/samenbank_spender_info.html; letzter Zugriff am 21.04.2008; <http://www.cryostore.de/4833.html>; letzter Zugriff am 21.04.2008; <http://www.irc-hamburg.de/3-Spender/Verguetung.php>; letzter Zugriff am 21.04.2008; Focus online: Spermien außer Kontrolle, abrufbar: http://www.focus.de/wissen/wissenschaft/fortpflanzung-spermien-ausser-kontrolle_aid_214819.html; letzter Zugriff am 27.02.2009.

¹⁰¹ Snowden/Mitchell/Snowden, S. 77 f.

¹⁰² Der Wunsch dazu geht zumeist von den potentiellen Vätern aus, vgl. Krause, Reproduktionsmedizin 1999, S. 165 (166).

¹⁰³ Durch die Heranziehung naher Verwandter werden zum einen die verwandtschaftlichen Verhältnisse unnötig verkompliziert; zum anderen wird das soziale Umfeld erheblich belastet, da das Kind und der genetische Vater zwangsläufig in persönlichen Kontakt treten. Dadurch wird es auch schwieriger, die tatsächliche Abstammung geheim zu halten. Thielicke spricht insoweit von der Angst vor dem Dazwischentreten eines Dritten. Befürchtet wird die Bindung der Mutter an den biologischen Vater, auch wenn dieser ein naher Verwandter des rechtlichen Vaters ist; Thielicke, S. 781, Ziffer 2849.

¹⁰⁴ Pasquay, S. 101.

¹⁰⁵ Pasquay, S.101.

¹⁰⁶ Inhoffen: Kinderwunsch, Wunschkinder und künstliche Zeugung im Lichte katholischer Moraltheologie, in: Bernat (Hrsg.): Die Reproduktionsmedizin am Prüfstand von Recht und Ethik, S. 40.

¹⁰⁷ Brähler: Motivationen und Behandlungsverläufe bei heterologer Insemination, S. 63.

¹⁰⁸ Snowden/Mitchell/Snowden, S. 6.

Viele Paare lehnen zudem eine Adoption ab. Sie möchten, dass ihr Kind wenigstens von einem der Partner genetisch abstammt.¹⁰⁹ Deshalb lässt sich auch erklären, dass viele Männer einen mit ihnen verwandten Mann¹¹⁰ als Spender vorziehen.¹¹¹ Viele Paare möchten zudem Schwangerschaft und Geburt erleben.¹¹² Sie verbinden damit die Hoffnung, dass die Bindung des Mannes an das Kind stärker sein wird, wenn dieser Schwangerschaft und Geburt miterleben durfte.¹¹³ Aus diesem Grund beteiligen viele in der Reproduktionsmedizin tätige Ärzte den Partner der Frau von Anfang an. Zudem wird das Risiko einer physischen, geistigen oder charakterlichen Fehlbildung des Kindes, soweit diese auf den Erbanlagen beruhen kann, von den Betroffenen als geringer als bei einer Adoption eingeschätzt, da nach ihrer Ansicht der Arzt und die Samenbank die Spender gewissenhaft aussuchen und alle möglichen Risikofaktoren ausschalten.¹¹⁴ Die Paare gehen außerdem davon aus, dass es der Frau nach einer Behandlung mit Spendersamen leichter fällt, sich als vollwertige Frau zu fühlen.¹¹⁵

Besondere Bedeutung messen viele Paare auch dem Umstand bei, dass die heterologe Insemination im Gegensatz zur Adoption diskreter abläuft und somit die Unfruchtbarkeit des Paares nicht öffentlich bekannt wird.¹¹⁶ Bei einer heterologen Insemination erhält das Umfeld des Paares den Eindruck, dass das Kind auf natürlichem Weg entstanden ist. Das Paar und sein Kind werden daher in der Öffentlichkeit als ganz normale Familie wahrgenommen.¹¹⁷ Zudem ist eine heterologe Insemination -nach Meinung der betroffenen Paare- mit weniger Formalitäten verbunden.¹¹⁸ Weiterhin entspricht die heterologe Insemination viel eher den Bedürfnissen des Wunschelternpaares als eine Adoption: Die Adoption steht unter der Prämisse, dass für ein elternloses Kind ein geeignetes Elternpaar gefunden werden soll. Es werden daher Elternpaare gesucht, die den Kindern die familiäre Geborgenheit geben werden, die diese bisher entbehren mussten. Kinderlose Paare sind hingegen an einem eigenen Kind interessiert. Die Adoption soll deshalb nur dem Zweck

¹⁰⁹ Junghans, S. 25; Günther/Fritzsche, Reproduktionsmedizin 2001, S. 214 (217); auf die Blutsverwandschaft als entscheidendes Merkmal gegenüber der Adoption hinweisend, Deutsch/Spickhoff, Rdn. 756;

¹¹⁰ Diese Möglichkeit war nach dem Ehegesetz, das erst 1998 aufgehoben wurde, nicht denkbar. Aus der Vorschrift des § 4 Abs. 1 EheG wurde geschlossen, dass der Samen eines Verwandten im Sinne dieser Vorschrift für eine künstliche Insemination nicht genutzt werden durfte, vgl. Pasquay, S. 186.

¹¹¹ Der Wunsch dazu geht zumeist von den potentiellen Vätern aus, vgl. Krause, Reproduktionsmedizin 1999, S. 165 (166). Diese Möglichkeit wird aber in den meisten Fällen von ihren Partnerinnen abgelehnt. Zu berücksichtigen ist in diesen Fällen vor allem der schwierige familiäre Umgang, wenn z.B. der Bruder des Mannes gleichzeitig genetisch der Vater des Kindes und „rechtlich“ der Onkel dieses Kindes ist, vgl. Marian, S. 15. Auch wird befürchtet, die Mutter des Kindes könnte Gefühle für den genetischen Vater ihres Kindes entwickeln, wenn sie diesen persönlich kennt, Junghans, S. 33.

¹¹² Junghans, S. 25; Günther/Fritzsche, Reproduktionsmedizin 2001, S. 214 (217).

¹¹³ Snowden/Mitchell/Snowden, S. 40.

¹¹⁴ Pasquay, S. 102 f.

¹¹⁵ Peuckert, S. 402; Fahrenheitst führt in EuGRZ 1988, S. 125 (127) aus, dass die Erfahrung von Schwangerschaft und Geburt Frauen eine große Befriedigung verschaffe.

¹¹⁶ Pasquay, S. 103; Günther/Fritzsche, Reproduktionsmedizin 2001, S. 214 (217).

¹¹⁷ Snowden/Mitchell/Snowden, S. 41; Peuckert, S. 403.

¹¹⁸ Pasquay, S. 102.



dienen, die bisher bestehende Kinderlosigkeit zu überwinden. Damit kommt es den Paaren darauf an, ihre eigenen Wünsche, und nicht die des Kindes zu befriedigen.¹¹⁹

Zudem stellt die Adoption ein großes Opfer für die Frau dar, wenn die Ursache für die Kinderlosigkeit allein auf Seiten des Mannes zu finden ist.¹²⁰ Dennoch entscheiden sich in Einzelfällen betroffene Frauen aus Angst vor den Folgen ihrer Entscheidung bzw. aus Rücksicht auf die Empfindungen ihres Lebenspartners bewusst gegen eine heterologe Insemination.¹²¹

Die Unfruchtbarkeit des Partners ist zwar der augenfälligste, aber nicht der einzige Grund, warum sich Paare für eine Befruchtung mit Spendersamen entscheiden: Auch die Gefahr der Übertragung von bekannten Erbkrankheiten, die Rh-Unverträglichkeit sowie das Ansteckungsrisiko bei einer HIV-Infektion des Mannes können durch eine heterologe Insemination ausgeschlossen werden.¹²² Weiterhin stellt die heterologe Insemination in den Fällen, in denen sich der Partner nach erfülltem Kinderwunsch in einer anderen Partnerschaft einer Vasektomie unterzogen hatte, eine Alternative zur Adoption dar, da trotz Vasovasostomie in etwa 20 % der Fälle¹²³ eine Schwangerschaft nur noch unter Inanspruchnahme von Spendersamen realisiert werden kann.¹²⁴

IV. Gesellschaftliche Akzeptanz der heterologen Insemination

Während die homologen Verfahren sowohl gesellschafts- als auch rechtspolitisch als zulässig angesehen werden, sind die heterologen Verfahren immer noch Gegenstand kontroverser Diskussionen. Neben den rechtlichen Schwierigkeiten tragen vor allem die psychischen Auswirkungen auf die Entwicklung des Kindes, die daraus folgen, dass die Elternschaft in eine genetische und soziale Dimension aufgespalten wird, sowie der Aufwand und die drohende Ausbeutung der Spender zur Ablehnung dieser Methode bei.

Noch 1962 wollte der Gesetzgeber deshalb die heterologe Insemination in einem neu zu schaffenden § 203 StGB unter Strafe stellen; zuvor hatte auch die deutsche Ärzteschaft betont, dass es sich bei der heterologen Insemination um eine standeswidrige Behandlungsmethode handele.¹²⁵ Begründet wurde das damalige Gesetzesvorhaben im Wesentlichen mit einer naturrechtlichen Sichtweise, die derartige Praktiken als Bedrohung für die Sittenordnung und die menschliche Kultur ansah¹²⁶ bzw. die traditionelle Ordnung – die biologische Verwandtschaft als bindendes Glied zwischen den Eltern und ihren

¹¹⁹ Snowden/Mitchell/Snowden, S. 39.

¹²⁰ Pasquay, S. 104.

¹²¹ Pasquay, S. 104.

¹²² Backmann, S. 7; Deutsch/Spickhoff, Rdn. 755.

¹²³ Siehe <http://www.klinikum.uni-heidelberg.de/Andrologie.107137.0.html>; letzter Zugriff am 22.10.2008.

¹²⁴ Snowden/Mitchell/Snowden, S. 6. Zu den psychischen Folgeproblemen siehe Pasquay, S. 110 f.

¹²⁵ Weyrauch, S. 94 f. Näher zu dem Entwurf Baumann, in: Günther/Keller (Hrsg.): Fortpflanzungsmedizin und Humangenetik, S. 177. Forderungen nach einem Verbot der heterologen Insemination wurden auch noch 1988 erhoben, siehe die Position Bayerns: Berghofer-Weichner, BayVBl 1988, S. 449 (451).

¹²⁶ Günther/Taupitz/Kaiser/Taupitz, ESchG, Einf. B, Rdn. 2.

Nachkommen– durch sämtliche heterologe Reproduktionsverfahren gefährdet sah¹²⁷. Der Gesetzentwurf scheiterte jedoch, und auch die Stimmung unter den deutschen Juristen schwenkte um: Strafvorschriften, deren Zweck nur in dem Verbot „unmoralischer“ Verhaltensweisen bestand, wurden nicht mehr als opportun angesehen.¹²⁸

Zwar wurde in der Folgezeit die strafrechtliche Sanktionierung der heterologen Verfahren nicht mehr aktiv verfolgt; davon unberührt blieb jedoch die Erklärung des deutschen Ärztetages aus dem Jahr 1959, in der die heterologe Insemination als standeswidrig eingestuft worden war.¹²⁹ Erst 1970 revidierte der Deutsche Ärztetag seinen Beschluss von 1959 und bezeichnete die Durchführung einer heterologen Insemination nur noch als nicht empfehlenswert.¹³⁰ Deshalb wurden Leitlinien für den Umgang mit der heterologen Insemination erarbeitet. 1979 wurde ein Vorschlag für die gesetzliche Regelung der heterologen Insemination von einem medizinisch-juristischen Sachverständigenausschuss vorgelegt, der jedoch nie verabschiedet wurde.¹³¹

Erwähnung fand die heterologe Insemination schließlich auch im Bericht der so genannten Benda-Kommission¹³². Trotz erheblicher Bedenken wurde die Methode in dem Bericht nicht für generell unvertretbar gehalten oder als Verstoß gegen die Menschenwürde gewertet.¹³³ Auch der 56. Deutsche Juristentag, der im September 1986 in Berlin stattfand, sprach sich für die Zulässigkeit der heterologen Insemination aus.¹³⁴ Die Bund-Länder-Arbeitsgruppe Fortpflanzungsmedizin empfahl in ihrem Abschlussbericht 1988, die heterologe Insemination nur bei Ehepaaren im Rahmen eines im Detail geregelten Verfahrens zuzulassen.¹³⁵ Diese Entwicklung ignorierend sah ein in den Bundesrat eingebrachter bayerischer „Entwurf eines Gesetzes zur Regelung der künstlichen Befruchtung beim Menschen“¹³⁶ nur die rechtliche Zulässigkeit der homologen Verfahren vor.¹³⁷ Dennoch konnte sich der Gesetzgeber auch bei Erlass des Embryonenschutzgesetzes nicht zu einem Verbot der heterologen Befruchtungsmethoden durchringen.

¹²⁷ Bernat: Rechtsfragen medizinisch assistierter Zeugung, S. 87.

¹²⁸ Günther/Taupitz/Kaiser/Taupitz, ESchG, Einf. B, Rdn. 2.

¹²⁹ Weyrauch, S. 95.

¹³⁰ Weyrauch, S. 95; BT-Drs. 11/1856, S. 10.

¹³¹ Weyrauch, S. 95.

¹³² Gemeinsame Arbeitsgruppe des Bundesministers für Forschung und Technologie und des Bundesministers der Justiz. Die Kommission befasste sich mit den ethischen und rechtlichen Fragestellungen von In-vitro-Fertilisation, Genomanalyse und Gentherapie sowie mit dem daraus abzuleitenden gesetzgeberischen Handlungsbedarf, Günther/Taupitz/Kaiser, ESchG, Einf. B, Rdn. 3.

¹³³ Weyrauch, S. 96.

¹³⁴ Coester-Waltjen, Gutachten B zum 56. Deutschen Juristentag, B 45 ff. und B 74; siehe auch BT-Drs. 11/1856, S. 10.

¹³⁵ Günther/Taupitz/Kaiser/Günther, ESchG, Einf. B, Rdn. 83.

¹³⁶ BR-Drs. 535/88. Zur Begründung der Nichtberücksichtigung der heterologen Verfahren siehe S. 19 f.

¹³⁷ Ebenso war in einem SPD-Entwurf eines Fortpflanzungsmedizingesetzes vorgesehen, dass künstliche Befruchtungen mit Spendersamen unter Strafe gestellt werden sollten, Günther/Taupitz/Kaiser/Günther, ESchG, Einf. B, Rdn. 83.



Dass die heterologe Insemination immer noch rechtlich und ethisch umstritten ist, zeigt auch das wissenschaftliche Symposium zur Frage der Fortpflanzungsmedizin in Deutschland im Jahre 2000. Dort stieß die heterologe Insemination aufgrund ethischer Bedenken, die sich vor allem in der Verletzung der Würde des Kindes durch die Instrumentalisierung seiner Zeugung manifestierten, auf Ablehnung.¹³⁸

Entschiedene Gegner der heterologen Insemination sind die auch katholische¹³⁹ und die evangelische Kirche¹⁴⁰. Nach Auffassung der Kirchen ist die heterologe Insemination vor allem deshalb ethisch unvertretbar, weil die Ehe durch die Einbeziehung eines Dritten schwer belastet werden kann sowie bei Mehrfachspenden die Gefahr von Verwandtenehen erhöht wird. Neben der Trennung von Zeugung und ehelicher Gemeinschaft führe die Verwendung von Spendersamen zur Entwürdigung von Menschen; Frauen und Kinder würden durch sie als bloßes Mittel zur Erfüllung von Wünschen missbraucht und die entstehenden menschlichen Beziehungen missachtet. Diese Methode berge zudem die Gefahr, dass „Kinderzeugen zum Geschäft und Kinder zur Ware werden“.¹⁴¹ Hauptkritikpunkt der beiden Kirchen ist jedoch, dass durch die Einbeziehung des Samenspenders das Wesen der Ehe als exklusiver Lebensform zweier verschiedengeschlechtlicher Personen verletzt

¹³⁸ Baumann-Hölzle: Elternschaft außerhalb der Ehe, in: Bundesministerium für Gesundheit (Hrsg.): Fortpflanzungsmedizin in Deutschland, S. 163 (165).

¹³⁹ Zentrales Dokument ist insoweit die Instruktion der Kongregation für die Glaubenslehre *Donum vitae* vom 22.2.1987, in dem es heißt: „Die menschliche Fortpflanzung erfordert das verantwortliche Mitwirken der Eheleute mit der fruchtbaren Liebe Gottes; das Geschenk des menschlichen Lebens muss innerhalb der Ehe mittels der spezifischen und ausschließlichen Akte der Eheleute verwirklicht werden gemäß den Gesetzen, die ihnen als Personen und ihrer Vereinigung eingeprägt sind.“, siehe Strasser: Ethik der Fortpflanzung, in: Bernat (Hrsg.): Die Reproduktionsmedizin am Prüfstand von Recht und Ethik, S. 31 f.

¹⁴⁰ Siehe Pasquay, S. 119 ff.; siehe auch die umfassenden Ausführungen bei Giesen zu der Haltung der verschiedenen protestantischen Kirchen sowie der römisch-katholischen Kirche, Giesen, S. 64 ff.; Heiss, S. 224 ff. Die katholische Kirche steht sogar der homologen Insemination ablehnend gegenüber. Hauptgrund dafür ist, dass die Zeugung mit Hilfe eines Dritten, nämlich des Arztes zustande kommt, vgl. Inhoffen: Kinderwunsch, Wunsch Kinder und künstliche Zeugung im Lichte katholischer Moraltheologie, in: Bernat (Hrsg.): Die Reproduktionsmedizin am Prüfstand von Recht und Ethik, S. 40 (42) bzw. dass die homologe Insemination als künstlicher Ersatz für den natürlichen Geschlechtsakt immer abgelehnt werden müsse. Jede künstliche Insemination ist als widernatürlich abzulehnen, siehe Giesen, S. 88 und Heiss, S. 233. Der Hauptzweck der Ehe bestehe nach kanonischem Recht zwar in der Erzeugung und Erziehung von Nachkommen; um diesen zu erreichen, genüge jedoch nicht die Erzeugung in jeglicher Art, wie z.B. durch eine homologe Insemination. Vielmehr sei der dieser zugrunde liegende Befruchtungsakt entscheidend. Dies verlange, dass dieser durch die körperliche Vereinigung der Ehegatten geschehe, vgl. Heiss, S. 241. Jedoch ist sowohl die künstliche Erleichterung des natürlichen Aktes als auch die künstliche Hilfe (*adiuvatio*) nach vollzogener Beiwohnung auch nach römisch-katholischer Ansicht erlaubt. Der Arzt darf also insoweit hilfstellend (bezeichnet auch als *fecundatio artificialis improprie* = bloße Hilfe für die Natur bzw. *adiutorium artificiale inseminationis naturalis*) eingreifen, vgl. Giesen, S. 92 f.; siehe auch Heiss, S. 228 f.; mit weiteren Nachweisen Laufs, JZ 1986, S. 769 (771) sowie S. 233 f.; Inhoffen: Kinderwunsch, Wunsch Kinder und künstliche Zeugung im Lichte katholischer Moraltheologie, in: Bernat (Hrsg.): Die Reproduktionsmedizin am Prüfstand von Recht und Ethik, S. 40 (42). Demgegenüber wird die homologe Insemination in den protestantischen Kirchen bis auf wenige Ausnahmen gebilligt, vgl. Heiss, S. 251 f.

¹⁴¹ Stellungnahme der Evangelisch-methodistischen Kirche zu Fragen der künstlichen Befruchtung und der Gentechnologie, erschienen in Heft 54 der EmK heute, Nov. 1987, abrufbar: http://www.emk.de/fileadmin/glaube_in_aktion/stellungnahmen/870000_gentechnik.pdf; letzter Zugriff am 23.05.2009.

wird. Eine dritte Person könne an der Ehe nicht teilnehmen.¹⁴² Nur das Sakrament der Ehe biete die einzige und ausschließliche Grundlage für eine geschlechtliche Beziehung.¹⁴³ Daher berühre die heterologe Insemination das tradierte Verständnis von Familie in ihren Grundvoraussetzungen.¹⁴⁴

V. Indikationen für eine heterologe Insemination und Erfolgsquote

Die menschliche Fortpflanzungsfähigkeit ist von vielen Einflussfaktoren abhängig. Daher kann sich auch der Krankheitsprozess (Pathogenese) der Sterilität sehr vielgestaltig darstellen.¹⁴⁵ Neben pathologischen Veränderungen im Bereich der Genitalorgane kommen psychische Faktoren als Ursache für die ungewollte Kinderlosigkeit in Betracht.¹⁴⁶

Eine heterologe Insemination ist angezeigt, wenn auf Seiten des Ehemannes bzw. des nichtehelichen Lebenspartners eine irreversible Sterilität gegeben ist. Diese kann in Form einer völligen Zeugungsunfähigkeit (Azoospermie¹⁴⁷) bzw. einer eingeschränkten Zeugungsfähigkeit (Oligozoospermie¹⁴⁸, Asthenospermie¹⁴⁹ oder Teratozoospermie¹⁵⁰) vorliegen. Aber auch in Fällen der immunologischen Sterilität sowie bei Vorliegen von schweren Erbkrankheiten in der Familie des Wunschvaters wird zu einer heterologen Insemination geraten¹⁵¹. Bei diesen Erkrankungen handelt es sich zumeist um eine autosomal dominante Erkrankung des männlichen Partners mit einem 50%igen Erkrankungsrisiko bei nicht möglicher oder abgelehnter Pränataldiagnostik oder um eine Heterozygotie beider Partner für ein autosomal rezessives Leiden mit einem 25%igen Erkrankungsrisiko unter den gleichen Bedingungen.¹⁵² Aber auch in den Fällen einer irreversiblen Vasektomie kann eine heterologe Insemination in Betracht gezogen werden.¹⁵³

¹⁴² Giesen ausführlich zu den Meinungen der unterschiedlichen protestantischen Kirchen, S. 68 f., S. 72, S. 76 ff. sowie der römisch-katholischen Kirche, S. 79 ff. und Heiss zu den protestantischen Kirchen, S. 245 ff. Lediglich die Vertreter der Modern Churchmen's Union führen aus, dass die gegen den Ehebruch und die Blutschande vorgetragenen Argumente im Fall der heterologen Insemination nicht tragen können. Daher könne sie als nicht sündhaft eingeordnet werden, vgl. Giesen, S. 76 f. sowie Heiss, S. 254.

¹⁴³ Heiss, S. 232 und S. 252.

¹⁴⁴ Backmann, S. 1.

¹⁴⁵ Brähler: Familie, Kinderwunsch, Unfruchtbarkeit, S. 54.

¹⁴⁶ Brähler: Familie, Kinderwunsch, Unfruchtbarkeit, S. 54 f.

¹⁴⁷ Azoospermie bezeichnet das vollständige Fehlen von Samenreifungszellen und Samenzellen im Ejakulat. Daneben kommt auch das Krankheitsbild des Aspermatismus (kein Ejakulat), Aspermie (keine Zellen) sowie die Pervisemie (Ejakulatvolumen unter 1 ml) in Betracht.

¹⁴⁸ Unter Oligozoospermie bezeichnet man eine anormal niedrige Anzahl von Spermien in der Samenflüssigkeit, d.h. weniger als 10 Mio. Spermien pro ml.

¹⁴⁹ Unter einer Asthenozoospermie versteht man eine verminderte Beweglichkeit (Motilität) der Spermien im Ejakulat. Eine Asthenozoospermie liegt nach den WHO-Kriterien für ein normales Spermogramm vor, wenn weniger als 50% der Spermien progressiv motil und weniger als 25 % schnell progressiv sind.

¹⁵⁰ Dabei handelt es sich um einen verminderten Anteil morphologisch normaler Spermatozoen.

¹⁵¹ Brähler: Familie, Kinderwunsch, Unfruchtbarkeit, S. 65.

¹⁵² Günther/Taupitz/Kaiser/Kaiser, ESchG, Einf. A, Rdn. 177.

¹⁵³ Snowden/Mitchell/Snowden, S. 6. Zu den Indikationen, wenn die heterologe Insemination die einzige Behandlungsmöglichkeit darstellt, Katzorke, Gynäkologische Endokrinologie 2003, S. 85 f.; Katzorke, Der Gynäkologe 2007, S. 807.



In etwa 30% der Fälle von männlicher Infertilität ist eine physische Ursache nach heutigem Wissensstand nicht festzustellen; insoweit spricht man von idiopathischer Sterilität.¹⁵⁴ Auch bei diesem Krankheitsbild wird von Medizinern zu einer heterologen Insemination geraten.

Die durchschnittliche Erfolgsrate einer heterologen Insemination beträgt etwas mehr als 40% und ist abhängig von der zugrunde liegenden Indikation.¹⁵⁵ Aufgrund der medizinischen Fortschritte im Bereich der physischen Indikationen haben heterologe Inseminationen in bestehenden heterosexuellen Partnerschaften kontinuierlich abgenommen. Dagegen ist die Verwendung von Spendersamen für alleinstehende Frauen und für in einer Lebenspartnerschaft lebende Frauen¹⁵⁶ sowie bei Paaren, bei denen eine idiopathische Sterilität vorliegt, uneingeschränkt von Interesse.

VI. Die Kriterien der Spenderauswahl

Um das Übertragungsrisiko von Krankheiten zu minimieren, verwenden Reproduktionsmediziner statt Frischsperma kryokonserviertes Sperma, das mindestens sechs Monate tiefgefroren war. Kryokonserviertes Sperma wird zur Verwendung freigegeben, wenn die Blutwerte des Spenders sechs Monate nach der letzten Spende unauffällig sind.¹⁵⁷ Vor der Kryokonservierung von Spermaproben müssen zunächst geeignete Spender gefunden werden. Jeder behandelnde Arzt hat die Möglichkeit, geeignete Spender selbst anzuwerben und Proben selbst einzufrieren. Im Regelfall greifen die Mediziner aber auf die Bestände einer der mehr als 20 deutschen Samenbanken zurück.¹⁵⁸

A. Medizinische Voraussetzungen

Der Spender bzw. die Spermaprobe werden in der Regel von dem behandelnden Arzt ausgewählt.¹⁵⁹ Weitgehende Einigkeit besteht in der Literatur über die medizinischen Auswahlkriterien:

In der Familie des Spenders dürfen keine Erbkrankheiten oder Missbildungen aufgetreten sein.¹⁶⁰ Der Spender darf nicht an einer Geschlechtskrankheit leiden „noch endokrine

¹⁵⁴ Günther/Taupitz/Kaiser/Kaiser, ESchG, Einf. A, Rdn. 173.

¹⁵⁵ Snowden/Mitchell/Snowden, S. 31 mit Tabelle 4.1 (S. 91).; Neulen: Insemination, in: Bettendorf/Breckwoldt (Hrsg.): Reproduktionsmedizin, S. 512 (514).

¹⁵⁶ Da diesen die heterologe Insemination aufgrund des ärztlichen Standesrechts in Deutschland derzeit nicht offen steht, begeben sich viele Frauen bzw. homosexuelle Paare ins Ausland, um dort eine heterologe Insemination vornehmen zu lassen bzw. nutzen die modernen Kommunikationsmethoden (Internet), um sich bei ausländischen Samenbanken Sperma zu bestellen, vgl. Katzorke, Journal für Reproduktionsmedizin und Endokrinologie 2008, S. 14 (19). Das gelieferte Sperma injizieren sie sich dann mit Hilfe einer Spritze.

¹⁵⁷ <http://www.erlanger-samenbank.de/>; letzter Zugriff am 22.10.2008.

¹⁵⁸ Tauber ermittelte 1983 einen Bestand von 20 Samenbanken für die damalige Bundesrepublik; Tauber: Humanspermabanken in der Bundesrepublik in: Schill/Bollmann (Hrsg.): Spermakonservierung, Insemination, In-vitro-Fertilisation, S. 151.

¹⁵⁹ Junghans, S. 30.

¹⁶⁰ Brähler: Familie, Kinderwunsch, Unfruchtbarkeit, S. 68; Hammel/Bispink/Katzorke/Schreiber/Thorn: Richtlinien des Arbeitskreises für Donogene Insemination, S. 24, abrufbar: http://www.donogene-insemination.de/downloads/Richtl_Druckfassung.pdf; letzter Zugriff am 02.12.2009.



Störungen, Tuberkulose, Diabetes, Bluterkrankungen, geistige Störungen, neurotische Neigungen oder Epilepsie aufweisen“¹⁶¹. Empfohlen wird weiterhin die serologische Untersuchung auf Hepatitis und Syphilis.¹⁶² Der Spender darf zudem nicht HIV-positiv sein. Um dieses Risiko wirksam auszuschließen, muss das Blut des Spenders sowohl nach Abgabe der ersten Samenspende als auch 6 Monate nach der letzten Spende auf HIV-Erreger getestet werden. Nur wenn das Blut frei von Erregern ist, darf der Samen zur Verwendung freigegeben werden.¹⁶³ Getestet werden weiterhin das Blutbild, der Blutdruck, der Urin sowie der Augenhintergrund.¹⁶⁴ Daher scheidet Drogenkonsumenten bzw. Alkoholabhängige aus dem Kreis der potentiellen Spender aus.¹⁶⁵ Der Samen muss weiterhin von guter Qualität sein: Voraussetzung ist, dass die Spermatozoenzahl bei mehr als 40 Mio./ml liegt. Von den Spermatozoen müssen mehr als 60% beweglich sein. Weiterhin dürfen weniger als 20% pathologisch geformt sein.¹⁶⁶

B. Persönliche Voraussetzungen

Hinsichtlich der persönlichen Voraussetzungen des Samenspenders werden unterschiedliche Ansichten vertreten.

Einigkeit besteht jedoch insoweit, dass die Spender heterosexuell¹⁶⁷ und jung sein müssen.¹⁶⁸ Über das Alter eines Samenspenders gab es früher unterschiedliche Ansichten¹⁶⁹; mittlerweile setzt man die Altershöchstgrenze bei 40 Jahren¹⁷⁰ an, um eine gute Qualität des Spermas gewährleisten zu können. Da es sich bei den Spendern meist um Medizinstudenten handelt, liegt der Altersdurchschnitt in der Praxis derzeit unter 30 Jahren.¹⁷¹ Einigkeit besteht unter Reproduktionsmedizinern auch insoweit, dass aufgrund der erheblichen psychischen Belastungen aller Beteiligten der Samenspender kein naher Verwandter des Wunschvaters sein darf.¹⁷²

Kontrovers wird dagegen die Frage diskutiert, welchen Bildungsstand sowie welchen sozialen Status der Samenspender haben muss. Während von einem Teil der Ärzte vor allem

¹⁶¹ Marian, S. 13.

¹⁶² Balerna/van Kooij/Dietz-Helmers/Campana: Minimalanforderungen zur Anlage von Spermakonserven und Möglichkeiten der Qualitätsverbesserung von Kryosperma, in: Schill/Bollmann (Hrsg.): Spermakonservierung, Insemination, In-vitro-Fertilisation, S. 23 (26).

¹⁶³ http://www.hautexperte.de/Donogene_Insemination.pdf; letzter Zugriff am 21.04.2008; Katzorke, Gynäkologische Endokrinologie 2003, S. 85 (86); Katzorke: Der Gynäkologe 2007, S. 807.

¹⁶⁴ Marian, S. 14.

¹⁶⁵ <http://www.erlanger-samenbank.de/>, Rubrik: Infos für Spender; letzter Zugriff am 21.04.2008.

¹⁶⁶ Marian, S. 14; siehe auch Brähler: Familie, Kinderwunsch, Unfruchtbarkeit, S. 68.

¹⁶⁷ Um die Gefahr der Übertragbarkeit von sexuellen Krankheiten zu minimieren.

¹⁶⁸ <http://www.erlanger-samenbank.de/>, Rubrik: Infos für den Spender; letzter Zugriff am 21.04.2008.

¹⁶⁹ Vgl. Marian, S. 14.

¹⁷⁰ Katzorke, Der Gynäkologe 2007, S. 807.

¹⁷¹ Marian, S. 14 f.

¹⁷² Marian, S. 15. Im serbischen Recht findet sich dazu eine detaillierte Regelung. Blutsverwandte in gerader Linie kommen ungeachtet des Grades als Spender per se nicht in Betracht; dieses Verbot greift jedoch auch bei Verwandtschaft in der Seitenlinie bis zum vierten Grad, vgl. Cvejić Jančić, FamRZ 2010, S. 1509 (1510).

Akademiker als Spender bevorzugt werden, lehnen andere Mediziner die Verwendung von Samen eines Akademikers ab, da ein überdurchschnittlich begabtes Kind bei geringer ausgebildeten Eltern erhebliche Nachteile zu befürchten hätte.¹⁷³ Für die Eltern bedeutender ist, dass das Wunschkind in seinem Phänotyp und in der Blutgruppe seinem Wunschvater gleicht. Daher wird bei der Auswahl des Spenders auf eine Annäherung an den Typ des Wunschvaters geachtet. Neben der ethnischen Herkunft ist insbesondere eine Übereinstimmung von Blutgruppe, Augenfarbe, Haarfarbe, Körpergröße und Körperstatur zwischen Wunschvater und Samenspender von Interesse.¹⁷⁴

Strittig ist unter den Medizinerinnen weiterhin, ob der Samenspender bereits eigene Kinder haben muss. Eine Regelung zu dieser Frage findet sich im französischen Recht. Gemäß Art. L. 673-2, eingefügt in den Code de la Santé Publique durch das französische Gesetz über die Bioethik vom 29.07.1994, muss der Spender nicht nur mit einer Partnerin zusammenleben, sondern auch mit dieser zumindest ein gemeinschaftliches Kind besitzen.¹⁷⁵ Diese Bestimmung soll späteren Kontroversen über den Umgang mit dem Kind vorbeugen, wenn der Donor kinderlos bleiben sollte.¹⁷⁶ Nachteilhaft ist, dass sich nicht genügend geeignete Spender finden, die diese Voraussetzung erfüllen.¹⁷⁷ Daher erhalten französische Paare schneller eine Behandlung, wenn sie einen geeigneten Spender benennen.¹⁷⁸ In Deutschland zeichnet sich zu dieser Frage kein einheitliches Bild ab. Tatsächlich sind die deutschen Samenspender wohl überwiegend kinderlos.

Diskutiert wird weiterhin die Gefahr von späteren Inzestfällen bei Mehrfachverwendung des Samens eines Spenders. Um dieses Risiko zu minimieren, kommen beispielsweise in Israel jüdische Spender für ein jüdisches Empfängerpaar nicht in Betracht.¹⁷⁹ Theoretisch ist zwar die Wahrscheinlichkeit späterer „Verwandtenbeziehungen“ höher als bei natürlichen außerehelichen Zeugungen, da der Spenderkreis klein ist und jeder Spender in der Regel mehrere Spendenzyklen durchläuft.¹⁸⁰ In Anbetracht der Tatsache, dass in Deutschland jährlich nur etwa 500 bis 1.000 Kinder nach einer heterologen Insemination geboren werden, ist diese Gefahr jedoch als eher gering einzustufen.¹⁸¹ Um die Gefahr von

¹⁷³ Junghans, S. 30 f. Im Allgemeinen wird wohl auf eine Ähnlichkeit des sozio-kulturellen Bezugfeldes von Samenspender und Wunschvater geachtet, vgl. Bernat: Der anonyme Vater im System der Fortpflanzungsmedizin, in: Bernat (Hrsg.): Die Reproduktionsmedizin am Prüfstand von Recht und Ethik, S. 161 (162); Heiss, S. 143.

¹⁷⁴ Katzorke, Der Gynäkologe 2007, S. 807; Brähler: Familie, Kinderwunsch, Unfruchtbarkeit, S. 69.

¹⁷⁵ Helms: Die Feststellung der biologischen Abstammung, S. 113.

¹⁷⁶ Marian, S. 15.

¹⁷⁷ Marian, S. 15.

¹⁷⁸ Brähler: Familie, Kinderwunsch, Unfruchtbarkeit, S. 69.

¹⁷⁹ Brähler: Familie, Kinderwunsch, Unfruchtbarkeit, S. 69.

¹⁸⁰ Marian, S. 15.

¹⁸¹ 2009 kamen in Deutschland etwa 651.000 Kinder zur Welt, Pressemitteilung Nr. 176 des Statistischen Bundesamtes vom 17.05.2010, abrufbar: http://destatis.de/jetspeed/portal/cms/Sites/destatis/Internet/DE/Presse/pm/2010/05/PD10_176_126,templated=renderPront.psml; letzter Zugriff am 15.08.2011. Damit betrug das Verhältnis der Zahl der Kinder,

inzestuösen Verbindungen weiter zu verringern, werden nach ärztlichen Standesregeln maximal 12-15 Spenden zugelassen.¹⁸² In den deutschsprachigen Nachbarländern wurde die Anzahl der Schwangerschaften, die auf einen Spender zurückgehen dürfen, sogar gesetzlich begrenzt. Gemäß Art. 22 S. 2 des Schweizerischen Fortpflanzungsmedizingesetzes dürfen in der Schweiz die Samenzellen eines Spenders höchstens zur Entstehung von acht Kindern verwendet werden. In Österreich darf gemäß § 14 FMedG¹⁸³ der Samen eines Dritten in höchstens drei Ehen oder eheähnlichen Lebensgemeinschaften genutzt werden.¹⁸⁴ In Frankreich dürfen höchstens 10 Kinder mit dem Samen eines Spenders gezeugt werden.¹⁸⁵

VII. Gesetzgebungskompetenzen und rechtliche Grundlagen im Bereich der heterologen Insemination

Nachfolgend wird dargestellt, welche Gesetzgebungskompetenzen im Bereich der künstlichen Befruchtung mit Spendersamen bestehen sowie welche Gesetze Normen enthalten, die von Relevanz für die heterologen Befruchtungsmethoden sowie die abstammungsrechtliche Zuordnung des Kindes sind.

A. Gesetzgebungskompetenzen nach dem Grundgesetz

Auf dem Gebiet der medizinisch unterstützten Erzeugung menschlichen Lebens besteht gemäß Art. 74 Abs. 1 Nr. 26 GG die konkurrierende Gesetzgebungskompetenz des Bundes.

die durch heterologe Insemination gezeugt wurden, im Verhältnis zur Gesamtgeburtenszahl zwischen 0,077 und 0,15 %.

¹⁸² Süddeutsche Zeitung Magazin, Nummer 51, 21. Dezember 2007, S. 26; Hammel/Bispink/Katzorke/Schreiber/Thorn: Richtlinien des Arbeitskreises für Donogene Insemination, S. 25, abrufbar http://www.donogene-insemination.de/downloads/Richtl_Druckfassung.pdf; letzter Zugriff am 02.12.2009. Nach Nr. 5.3.1. der (Muster-)Richtlinie der Bundesärztekammer zur Durchführung der assistierten Reproduktion soll die Ärztin/der Arzt darauf achten, dass ein Spender nicht mehr als 10 Schwangerschaften erzeugt, Bundesärztekammer: (Muster-)Richtlinie zur Durchführung der assistierten Reproduktion, Deutsches Ärzteblatt 2006, A 1392 (A 1397); ebenso Ärztekammer des Saarlandes: Richtlinien zur Durchführung der assistierten Reproduktion 2006, S. 9; abrufbar: http://aerztekammer-saarland.de/public/filecache/Rili_assistierte_Reproduktion_AEKS.pdf; letzter Zugriff am 15.08.2011. Auch Katzorke geht von maximal 10 Schwangerschaften, die durch einen Spender erzeugt werden dürfen, aus, Katzorke, Gynäkologische Endokrinologie 2003, S. 85 (86), Katzorke: Keimzellspende, in: Bundesministerium für Gesundheit (Hrsg.): Fortpflanzungsmedizin in Deutschland, S. 122 (124); Günther/Fritzsche/Carol/Reiher/Winkler, Reproduktionsmedizin 2001, S. 271 (274); Günther/Fritzsche, Reproduktionsmedizin 2000, S. 249 (251), die insoweit auf die European Association for Tissue Banks Bezug nehmen; Focus online: Spermien außer Kontrolle, abrufbar: http://www.focus.de/wissen/wissenschaft/fortpflanzung-spermien-ausser-kontrolle_aid_214819.html; letzter Zugriff am 27.02.2009; es wird darauf hingewiesen, dass diese Selbstbeschränkung von Ärzten und Samenbanken sehr leicht umgangen werden kann: In Deutschland existiert derzeit kein zentrales Register, in dem tatsächlich festgehalten wird, für wie viele Inseminationen der Samen eines Mannes verwendet wurde. Zudem kann der Samenspender nach Erreichen der zulässigen Höchstzahl die Samenbank wechseln.

¹⁸³ Bundesgesetz über die medizinisch unterstützte Fortpflanzung (Fortpflanzungsmedizingesetz, FMedG vom 18. Dezember 1998 (Stand 13. Juni 2006).

¹⁸⁴ In einer Ehe oder Lebenspartnerschaft jedoch auch mehr als dreimal, vgl. Pichler, ÖA 1993, S. 53.

¹⁸⁵ Debove/Salomon/Janville, Rdn. 613.

Die 1994¹⁸⁶ geschaffene Kompetenz bietet die Möglichkeit, das schon lange in Literatur und Rechtsprechung geforderte Fortpflanzungsmedizingesetz zu erlassen. Trotz vielfältiger Bestrebungen und Gesetzesvorschläge hat der Gesetzgeber von seiner Kompetenz bisher jedoch noch keinen Gebrauch gemacht. Dies ist umso erstaunlicher, als bereits in der Zeit des Nationalsozialismus ein Gesetz verabschiedet, aber nicht publik gemacht worden war, in dem Durchführungsvorschriften für heterologe Inseminationen normiert waren.¹⁸⁷

Die 1994 in Art. 74 Abs. 1 Nr. 26 GG eingefügte Vorschrift gab dem Bundesgesetzgeber die Gesetzgebungskompetenz bei „künstlichen Befruchtungen beim Menschen“. Die Bundesregierung verstand darunter die „medizinisch-technische Behandlung ungewollter Kinderlosigkeit“.¹⁸⁸ Diese Auslegung wurde einerseits als zu eng¹⁸⁹, andererseits als zu weit kritisiert.¹⁹⁰ Dennoch hielt die Bundesregierung an ihrer Auslegung fest, dass vom Anwendungsbereich der Nummer 26 alle Bereiche der modernen Reproduktionsmedizin unter Einschluss der Embryonenforschung und des Embryonentransfers nach natürlicher Zeugung umfasst werden.¹⁹¹ Mit der Neuformulierung des Art. 74 Abs. 1 Nr. 26 GG hat der Bundesgesetzgeber dies nochmals klargestellt.¹⁹² Damit ist der Bundesgesetzgeber ermächtigt, Regelungen hinsichtlich aller artifiziellen Inseminationen zu treffen, unabhängig von dem Umstand, ob diese der Erzeugung eines neuen menschlichen Lebens oder Forschungszwecken¹⁹³ dienen.¹⁹⁴

Bereits vor der Kompetenzzuweisung in Art. 74 Abs. 1 Nr. 26 GG war der Gesetzgeber aufgrund konkurrierender Gesetzgebungskompetenz aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG befugt, Regelungen im bürgerlichen Recht und im Strafrecht mit Bezug zur heterologen Insemination zu erlassen.¹⁹⁵ Von dieser Kompetenz hat der Gesetzgeber erstmals 1990 mit der Verabschiedung des Embryonenschutzgesetzes Gebrauch gemacht: Das Embryonenschutzgesetz als Strafgesetz trifft jedoch nur Aussagen zum strafrechtlichen Schutz von Embryonen.¹⁹⁶

¹⁸⁶ Eingeführt durch das 42. Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes.

¹⁸⁷ Meyhöfer/ Künzel, S. 3. Die Intention bestand wohl darin, die Züchtung eines Elitemenschen zu ermöglichen.

¹⁸⁸ BT-Drs. 11/1856, S. 2; Beck'scher Onlinekommentar/Seiler, GG, Art. 74 Rdn. 94.

¹⁸⁹ Dreier/Stettner, GG II, Art. 74 Rdn. 117 sowie in Supplementum 2007, Art. 74 Rdn. 127.

¹⁹⁰ Sachs/Degenhart, Art. 74 Rdn. 109 mit FN 574.

¹⁹¹ Dreier/Stettner, GG II, Art. 74 Rdn. 117 sowie ausdrücklich in Supplementum 2007, Art. 74 Rdn. 127; v. Münch/Kunig/Kunig, III, Art. 74 Rdn. 109; v. Mangoldt/Klein/Starck/Oeter: GG II, Art. 74 Rdn. 170.

¹⁹² BT-Drs. 16/813, S. 14; Beck'scher Onlinekommentar/Seiler, GG, Art. 74 Rdn. 94.

¹⁹³ Insoweit kritisch Sachs/Degenhart, Art. 74 Rdn. 109; Beck'scher Onlinekommentar/Seiler, GG, Art. 74 Rdn. 94.

¹⁹⁴ v. Mangoldt/Klein/Starck/Oeter: GG II, Art. 74 Rdn. 170; Dreier/Stettner, GG II, Supplementum 2007, Art. 74 Rdn. 127; Sachs/Degenhart, Art. 74 Rdn. 109.

¹⁹⁵ Auf dem Gebiet der Gentechnik hatte sich der Gesetzgeber bereits vor Schaffung dieser Kompetenzgrundlage betätigt. 1990 wurde das Gentechnikgesetz erlassen, vgl.

v. Mangoldt/Klein/Starck/Oeter: GG II, Art. 74 Rdn. 169.

¹⁹⁶ v. Mangoldt/Klein/Starck/Oeter: GG II, Art. 74 Rdn. 170.

B. Rechtliche Grundlagen im Bereich der heterologen Insemination

Gesetzliche Regelungen, die Auswirkungen auf die heterologe Insemination haben bzw. haben könnten bzw. für die Frage der rechtlichen Zuordnung des Kindes zu seinen rechtlichen Eltern von Interesse sind, sind in verschiedenen Gesetzen vorhanden.

1. Bürgerliches Gesetzbuch

Die zivilrechtlichen Regelungen zur Klärung der Abstammung eines Kindes sind in den §§ 1591 ff. des Bürgerlichen Gesetzbuches normiert. Seit der Kindschaftsrechtsreform 1998 hat das Familienrecht -auch aufgrund der Fortschritte in der Reproduktionsmedizin- kontinuierlich Neuerungen erfahren. Von besonderer Relevanz für die heterologe Insemination ist § 1600 Abs. 5 BGB, der durch das Gesetz zur weiteren Verbesserung von Kinderrechten (Kinderrechteverbesserungsgesetz = KindRVerbG) vom 09.04.2002¹⁹⁷ in das Bürgerliche Gesetzbuch eingefügt wurde und im Dritten Teil dieser Abhandlung näher untersucht wird.

2. Embryonenschutzgesetz

Das Gesetz zum Schutz von Embryonen¹⁹⁸ (Embryonenschutzgesetz, kurz: ESchG) vom 13.12.1990 ist am 01.01.1991 in Kraft getreten¹⁹⁹ und geht in weiten Teilen auf den Bericht der Benda-Kommission („Arbeitsgruppe In-vitro-Fertilisation, Genomanalyse und Gentherapie“) zurück.²⁰⁰ Das Embryonenschutzgesetz ist die Reaktion des Gesetzgebers auf die neuen technischen Möglichkeiten in der Reproduktionsmedizin und hat den Schutz von

¹⁹⁷ Gesetz zur weiteren Verbesserung von Kinderrechten, BGBl., S. 1239 f.

¹⁹⁸ Das Gesetz war nötig geworden, da der Schutz des ungeborenen menschlichen Lebens erst mit der Nidation des Embryos im Mutterleib, also der Einnistung des befruchteten Eis in der Gebärmutter, beginnt. Erst dann kann von einer Schwangerschaft im Sinne der §§ 218 ff. StGB gesprochen werden, Keller/Günther/Kaiser, ESchG, Einf. B Rdn. 1. Vor Erlass des Embryonenschutzgesetzes war die Rechtslage hinsichtlich der künstlichen Fortpflanzung sehr umstritten. 1962 wollte der Gesetzgeber die heterologe Insemination in einem § 203 StGB-E sogar unter Strafe stellen, nachdem auch die deutsche Ärzteschaft beschlossen hatte, dass es sich insofern um eine standeswidrige Behandlungsmethode handele; näher zu dem Entwurf Baumann, in: Günther/Keller (Hrsg.): Fortpflanzungsmedizin und Humangenetik, S. 177. Begründet wurde das Gesetzesvorhaben im Wesentlichen durch eine naturrechtliche Sichtweise, die derartige Praktiken als Bedrohung für die Sittenordnung und die menschliche Kultur sah. Der Gesetzentwurf scheiterte jedoch an gegensätzlichen Positionen. Zudem kippte die Stimmung unter den deutschen Juristen. Die Tendenz ging nun dahin, dass Strafvorschriften, die nur „unmoralische“ Verhaltensweisen verbieten sollten, nicht mehr erlassen werden sollten, Günther/Taupitz/Kaiser/Taupitz, ESchG, Einf. B, Rdn. 2.

¹⁹⁹ Als die Notwendigkeit eines Fortpflanzungsmedizingesetzes in die Diskussion geriet, fehlte dem Bund die Zuständigkeit. Art. 74 Abs. 1 Nr. 26 GG wurde erst 1994 in das Grundgesetz eingefügt und damit die Kompetenz des Bundes für die künstliche Befruchtung beim Menschen, die Untersuchung und die künstliche Veränderung von Erbinformationen sowie für die Regelungen zur Transplantation von Organen und Geweben geschaffen. Dagegen bestand zugunsten des Bundes gemäß Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG eine Kompetenz auf dem Gebiet des Strafrechts, vgl. Lippert: Der deutsche Sonderweg in der Fortpflanzungsmedizin – eine Bestandsaufnahme, in: Bernat (Hrsg.): Die Reproduktionsmedizin am Prüfstand von Recht und Ethik, S. 74 (76 f.).

²⁰⁰ Günther/Taupitz/Kaiser/Taupitz, ESchG, Einf. B, Rdn. 3.



Embryonen, der nicht durch das Strafgesetzbuch sichergestellt war, zum Gegenstand.²⁰¹ Das Strafgesetz legt fest, welche Therapiemöglichkeiten, die durch die Fortschritte in der Fortpflanzungsmedizin und Humangenetik möglich sind und die nicht nur zu Verbesserungen im Bereich der medizinischen Versorgung, sondern auch zu erheblichem Missbrauch, z.B. im Bereich der Präimplantationsdiagnostik, führen können, in Deutschland erlaubt sind.

Ziel des Embryonenschutzgesetzes ist allein der Schutz des Kindes und seiner Familie. Reproduktionstechniken werden daher nur in begrenztem Umfang zugelassen. Dadurch soll vor allem die Aufspaltung der Elternschaft in eine soziale und biologische Dimension verhindert werden. Das Praktizieren von Reproduktionsmethoden ist an strenge Voraussetzungen gebunden.²⁰² Zu der sowohl rechtspolitisch als auch moralisch umstrittenen Frage der Zeugung eines Kindes mit Spendersamen nimmt das Embryonenschutzgesetz jedoch keine Stellung.²⁰³ Lediglich die postmortale Insemination wurde in § 4 Abs. 1 Nr. 3 ESchG verboten.²⁰⁴ Im Gegensatz zur gespaltenen Mutterschaft²⁰⁵ ist damit die gesplante Vaterschaft nicht explizit durch das Gesetz untersagt.²⁰⁶

Mit Gesetz zur Regelung der Präimplantationsdiagnostik vom 21.11.2011²⁰⁷ wurde das Embryonenschutzgesetz dahingehend geändert, dass bei Durchführung einer In-Vitro-Fertilisation nunmehr unter engen Voraussetzungen die sogenannte Präimplantationsdiagnostik erlaubt ist. Darunter versteht man gemäß § 3a Abs. 1 ESchG die

²⁰¹ Ebeling/Zimmermann, DEuFamR 1999, S. 25 (26).

²⁰² Büchler, FamPra.ch 2005, S. 437 (441 mit FN 17).

²⁰³ Es wurde immer wieder darauf hingewiesen, dass deren Zulässigkeit und rechtliche Folgen in einem Fortpflanzungsmedizingesetz geregelt werden. Aus der Nichterwähnung der heterologen Insemination im Embryonenschutzgesetz sowie dem aus § 9 Nr. 1 ESchG und aus der Regelung des § 1600 Abs. 5 BGB schließen jedoch einige Autoren, dass die heterologe Insemination in Deutschland erlaubt ist, vgl. Roth, DNotZ 2003, S. 805 (806); siehe auch: Lurger: Fortpflanzungsmedizin und Abstammungsrecht, in: Bernat: Die Reproduktionsmedizin am Prüfstand von Recht und Ethik, S. 108 (129); Helms: Die Feststellung der biologischen Abstammung, S. 114; Backmann, S. 11. Demgegenüber gibt Luh berechtigterweise zu bedenken, dass allein aus dem Umstand, dass der Gesetzgeber das Anfechtungsrecht bei vorheriger Einwilligung in die heterologe Insemination ausgeschlossen hat, noch nicht folgt, dass das Verfahren in Deutschland wirklich zulässig ist. Der Gesetzgeber müsse auch in den Fällen eine Statusklärung vornehmen, in denen das Kind verbotswidriger Weise im Inland bzw. legalerweise im Ausland gezeugt wurde. Aus der Regelung in § 1600 Abs. 5 BGB zu schließen, dass das Verfahren in Deutschland erlaubt sei, würde eine Überinterpretation der Norm darstellen. Aus der Regelung könne lediglich geschlossen werden, dass der Gesetzgeber die heterologe Insemination nicht für sittenwidrig halte, vgl. Luh, S. 80. Eindeutig geklärt haben hingegen der italienische und der türkische Gesetzgeber die rechtliche Lage und die heterologe Insemination explizit verboten, vgl. insoweit Dethloff § 10 Rdn. 112.

²⁰⁴ Meyer, S. 165.

²⁰⁵ Nach dem Embryonenschutzgesetz sind sowohl die Eispende als auch die Embryonenspende bzw. Leihmutterschaft verboten. Die Ungleichbehandlung von Eispende und Samenspende ohne objektive und vernünftige Gründe sowie ohne Beachtung der Verhältnismäßigkeit ist nach Auffassung der 1. Sektion des EuGHMR nicht rechtmäßig. Diese Entscheidung wurde allerdings von der Großen Kammer des EuGHMR nicht bestätigt, vgl. MüKoBGB/Wellenhofer, § 1591 Rdn. 28.

²⁰⁶ Lippert: Der deutsche Sonderweg in der Fortpflanzungsmedizin – eine Bestandsaufnahme, in: Bernat (Hrsg.): Die Reproduktionsmedizin am Prüfstand von Recht und Ethik, S. 74 (78); Günther/Taupitz/Kaiser/Günther, ESchG, Einf. B Rdn. 81.

²⁰⁷ BGBl. I, S. 2228 f.

genetische Untersuchung der Zellen eines Embryos in vitro vor seinem intrauterinen Transfer. Auswirkungen auf die heterologe Insemination hat die Änderung des Embryonenschutzgesetzes jedoch nicht.²⁰⁸

3. Adoptionsvermittlungsgesetz

Das 1976 erlassene und 1989 neu gefasste Adoptionsvermittlungsgesetz enthält keine expliziten Regelungen zu fortpflanzungsmedizinischen Verfahren. In § 13a AdVermiG wird jedoch -ebenso wie in § 1 Abs. 1 Nr. 7 ESchG- der Begriff der Ersatzmutter legaldefiniert.²⁰⁹ Gemäß § 13 a AdVermiG ist Ersatzmutter „eine Frau, die aufgrund einer Vereinbarung bereit ist, (...) sich einer künstlichen oder natürlichen Befruchtung zu unterziehen oder (...) einen nicht von ihr stammenden Embryo auf sich übertragen zu lassen oder sonst auszutragen und das Kind nach der Geburt Dritten zur Annahme als Kind oder zur sonstigen Aufnahme auf Dauer zu überlassen“. Dagegen ist gemäß § 1 Abs. 1 Nr. 7 ESchG Ersatzmutter eine Frau, die bereit ist, ihr Kind nach der Geburt Dritten auf Dauer zu überlassen. Daher wird gemäß § 1 Abs. 1 Nr. 7 ESchG bestraft, wer trotz dieses Wissens um die Absicht der Frau an ihr eine künstliche Befruchtung durchführt. Die unterschiedlichen Definitionen von Ersatzmutterschaft sind Folge der divergierenden Intentionen der beiden Gesetze: Während § 1 Abs. 1 Nr. 7 ESchG die Befruchtung der Ersatzmutter unter Strafe stellen soll, verbietet § 13a AdVermiG die Vermittlung von Ersatzmutterschaften.²¹⁰ Da das Adoptionsvermittlungsgesetz nur eine Regelung bezüglich Ersatzmutterschaften enthält, verspricht es für das Verfahren der heterologen Insemination keinen Erkenntnisgewinn.

4. Sozialgesetzbuch V

Rückwirkend zum 01.01.1989 wurde § 27a durch das KOV-AnpG 1990²¹¹ in das Sozialgesetzbuch V eingefügt. Mit der Einführung eines Leistungsanspruches im Falle der Inanspruchnahme von Verfahren der künstlichen Befruchtung sollte eine Regelungslücke im Leistungsrecht der gesetzlichen Krankenkassen geschlossen werden.²¹²

Einen Anspruch auf Leistungen der gesetzlichen Krankenversicherung hat in der Regel nur das Mitglied der Krankenkasse, bei dem ein regelwidriger Körper- oder Geisteszustand vorliegt. Von diesem Grundsatz weicht § 27a SGB V ab. In § 27a SGB V wird ein eigenständiger Versicherungsfall normiert, dessen Anknüpfungsgegenstand allein das

²⁰⁸ Es erscheint jedoch zukünftig möglich, dass von den Eltern nach Durchführung einer Präimplantationsdiagnostik und danach erfolgtem Abbruch der Schwangerschaft eine heterologe Insemination in Betracht gezogen wird.

²⁰⁹ Lippert: Der deutsche Sonderweg in der Fortpflanzungsmedizin – eine Bestandsaufnahme, in: Bernat (Hrsg.): Die Reproduktionsmedizin am Prüfstand von Recht und Ethik, S. 74 (79).

²¹⁰ Lippert: Der deutsche Sonderweg in der Fortpflanzungsmedizin – eine Bestandsaufnahme, in: Bernat (Hrsg.): Die Reproduktionsmedizin am Prüfstand von Recht und Ethik, S. 74 (80).

²¹¹ Gesetz über die neunzehnte Anpassung der Leistungen nach dem Bundesversorgungsgesetz sowie zur Änderung weiterer Vorschriften (KOV-Anpassungsgesetz – KOVAnpG 1990) vom 26.06.1990, BGBl I 1990, S. 1211.

²¹² BT-Drs. 11/6760, S. 10; Engelmann/Schlegel/Fahlbusch, jurisPraxiskommentar-SGB V, § 27a Rdn. 3.

ungeschriebene Merkmal der ungewollten Kinderlosigkeit bzw. Unfruchtbarkeit eines Ehepaares ist.²¹³ Die Bedeutung des § 27a SGB V liegt mithin darin, dass auch die Ehepartner die Kosten von Befruchtungsmaßnahmen gegenüber der Krankenkasse geltend machen können, die gesund sind. Wäre der Anspruch nur bei einem regelwidrigen Gesundheitszustand begründet, müssten gesunde Ehepartner, die reproduktionsmedizinische Verfahren in Anspruch nehmen, die Kosten der Behandlungen selbst tragen.²¹⁴

Da sich die Regelung des SGB V nur mit der Frage der Kostenerstattung für Maßnahmen der künstlichen Befruchtung befasst, können aus dieser Norm keine weiteren Erkenntnisse insbesondere für die abstammungsrechtliche Zuordnung eines Kindes nach heterologer Insemination gezogen werden.

5. Gewebegesetz

Mit Wirkung zum 01.08.2007 ist das so genannte „Gewebegesetz“²¹⁵ in Kraft getreten. Das Gesetz dient der Umsetzung der Geweberichtlinie 2004/23/EG sowie den Richtlinien 2006/17/EG und 2006/86/EG. Durch das Gewebegesetz wurden das Transplantationsgesetz, das Arzneimittelgesetz, das Transfusionsgesetz und die Apothekenbetriebsordnung sowie die Betriebsverordnung für Arzneimittelgroßhandelsbetriebe geändert und ergänzt.²¹⁶

a) EU-Gewerberichtlinie 2004/23/EG vom 31.03.2004²¹⁷

Die Richtlinie 2004/23/EG, die bis zum 07.04.2006 von den Mitgliedstaaten in nationales Recht umzusetzen war, zielt darauf ab, Qualitäts- und Sicherheitsstandards bei der Verwendung von menschlichem Gewebe festzulegen, um ein hohes Gesundheitsniveau für die Bevölkerung zu gewährleisten. Damit diese Qualitäts- und Sicherheitsstandards erreicht werden können, werden in der Richtlinie strenge Anforderungen an den Umgang mit Spenden aufgestellt.²¹⁸ Neben einem speziellen Kennzeichnungssystem wird vorgeschrieben, dass notwendige Untersuchungen des Spenders nur in ausgewiesenen Speziallaboren

²¹³ BSGE 88, S. 62 (64); Becker/Kingreen/Lang, SGB V, § 27a Rdn. 3; Hänlein/Kruse/Schuler/Kuhlmann, SGB V, § 27a Rdn. 2.

²¹⁴ Becker/Kingreen/Lang, SGB V, § 27a Rdn. 3.

²¹⁵ Gesetz über Qualität und Sicherheit von menschlichen Geweben und Zellen (Gewebegesetz), BGBl. I, S. 1574 ff.

²¹⁶ BT-Drs. 16/3146, S.1 und 21. Die Umsetzung der Richtlinie durch Einarbeitung der Vorgaben in unterschiedliche bereits bestehende Gesetze ist auf Kritik gestoßen. Die unübersichtliche Aufteilung der von der Richtlinie aufgestellten Anforderungen auf mehrere Gesetze sowie die zum Teil uneinheitliche Verwendung der Begrifflichkeiten führt dazu, dass wieder vermehrt ein Fortpflanzungsmedizinengesetz gefordert wird, Weinbrecht: Rechtsprobleme der künstlichen Insemination de lege lata und de lege ferenda, in: Löhnig/Gietl (Hrsg.): Beiträge zur Reform des Familien- und Erbrechts, S. 258 (316 f.).

²¹⁷ Richtlinie 2004/23/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31.03.2004 zur Festlegung von Qualitäts- und Sicherheitsstandards für die Spende, Beschaffung, Testung, Verarbeitung, Konservierung, Lagerung und Verteilung von menschlichen Geweben und Zellen (ABl. EU Nr. L 102 vom 7. April 2004 S. 48).

²¹⁸ Weinbrecht: Rechtsprobleme der künstlichen Insemination de lege lata und de lege ferenda, in: Löhnig/Gietl (Hrsg.): Beiträge zur Reform des Familien- und Erbrechts, S. 258 (313).

durchgeführt werden dürfen. Um den Handel mit Spenden zu unterbinden, soll sichergestellt werden, dass Spenden unentgeltlich und freiwillig erfolgen.²¹⁹

Nach dem Willen des europäischen Gesetzgebers soll die Geweberichtlinie auch auf Keimzellen Anwendung finden: In Artikel 3a der Richtlinie wird der Begriff der Zelle legaldefiniert. Zellen sind einzelne Zellen oder Zellansammlungen, die durch keine Art von Bindegewebe zusammengehalten werden. Dementsprechend wird in Erwägungsgrund 7 festgestellt, dass unter dem Begriff der Zellen auch Keimzellen, also Ei- und Samenzellen, verstanden werden sollen.²²⁰

Dies hat zur Konsequenz, dass Art. 8 Abs. 4 der Richtlinie seit dessen Umsetzung in nationales Recht auch für die Samenspende von Relevanz ist: Um die Rückverfolgung der Spende zu erleichtern, müssen daher die Spenderdaten mindestens 30 Jahre lang aufbewahrt werden. Dagegen findet der Grundsatz der Spenderanonymität im Falle einer Gametenspende keine Anwendung. Insofern sollen nach dem Willen des europäischen Gesetzgebers die nationalen Regelungen der Mitgliedstaaten unberührt bleiben.²²¹

b) Die Änderungen des Transplantationsgesetzes durch das Gewebegesetz

Mit der Umsetzung der EG-Richtlinie wurde der Anwendungsbereich des Transplantationsgesetzes auf Knochenmark, embryonale und fötale Organe und Gewebe sowie menschliche Zellen erweitert.²²² Zellen sind die Bestandteile des menschlichen Körpers, die durch eine Zellmembran umschlossen, metabolisch aktiv und weder Organe noch Gewebe sind. Bei jeder Keimzelle handelt es sich um eine menschliche Zelle.²²³

Nach der Ausweitung des Anwendungsbereiches des Transplantationsgesetzes auf Keimzellen ist dieses in Teilbereichen nun auch auf die künstliche Befruchtung mit Spendersamen anwendbar.²²⁴ Dies betrifft die Mindestaufbewahrungsfrist von 30 Jahren für Spenderdaten gemäß § 15 Abs. 2 TPG. Zudem findet der Grundsatz der Spenderanonymität im Fall der Gametenspende gemäß § 14 Abs. 3 TPG keine Anwendung.²²⁵

²¹⁹ Weinbrecht: Rechtsprobleme der künstlichen Insemination de lege lata und de lege ferenda, in: Löhnig/Gietl (Hrsg.): Beiträge zur Reform des Familien- und Erbrechts, S. 258 (313 f.).

²²⁰ Abl. EU Nr. L 102 vom 7. April 2004, S. 48, Erwägungsgrund 7; siehe auch Weinbrecht: Rechtsprobleme der künstlichen Insemination de lege lata und de lege ferenda, in: Löhnig/Gietl (Hrsg.): Beiträge zur Reform des Familien- und Erbrechts, S. 258 (314).

²²¹ Siehe auch Weinbrecht: Rechtsprobleme der künstlichen Insemination de lege lata und de lege ferenda, in: Löhnig/Gietl (Hrsg.): Beiträge zur Reform des Familien- und Erbrechts, S. 258 (315).

²²² BT-Drs. 16/3146, S. 1.

²²³ BT-Drs. 16/3146, S. 24.

²²⁴ Weinbrecht: Rechtsprobleme der künstlichen Insemination de lege lata und de lege ferenda, in: Löhnig/Gietl (Hrsg.): Beiträge zur Reform des Familien- und Erbrechts, S. 258 (315).

²²⁵ Daneben steht das ärztliche Berufsrecht, das die gesetzlichen Maßgaben teilweise reflektiert, teilweise aber auch in wesentlichen Aspekten präzisiert und ergänzt, Wendehorst: Die rechtliche Regelung donogener ART in Deutschland und Österreich, in: Bockenheimer/Thorn/Wendehorst (Hrsg.): Umwege zum eigenen Kind, S. 103 (106).

Folge der Aufbewahrungspflicht sowie der Nichtanwendbarkeit des Grundsatzes der Spenderanonymität wird sein, dass das mit Spendersamen gezeugte Kind zukünftig sein Recht auf Kenntnis seiner genetischen Herkunft leichter durchsetzen können wird.²²⁶

c) TPG-Gewebeverordnung

Die im Gewebegesetz enthaltenen Regelungen werden durch die TPG-Gewebeverordnung²²⁷ ergänzt. Deren § 6 trägt die Überschrift „Voraussetzungen für die Verwendung von Keimzellen im Rahmen von Maßnahmen einer medizinisch unterstützten Befruchtung“. Geregelt sind darin die allgemeinen Anforderungen an die Verwendung von Keimzellen. § 6 Absatz 2 stellt folgende Voraussetzungen für die heterologe Verwendung von Samenzellen auf: Der Spender muss nach ärztlicher Einschätzung aufgrund seines Alters, seines Gesundheitszustandes und seiner Anamnese für die Samenspende geeignet sein, um Gesundheitsrisiken für Kind und Mutter ausschließen zu können. Nähere Regelungen zur Zulässigkeit und Durchführung der heterologen Insemination sind in der Verordnung jedoch nicht enthalten.

C. Ärztliches Standesrecht

Da es trotz umfangreicher Diskussionen in Literatur und Praxis bisher nicht zur Verabschiedung eines Fortpflanzungsmedizingesetzes, in dem auch die Voraussetzungen der heterologen Insemination geregelt sind, gekommen ist, und spezielle Regelungen über die Zulässigkeit und die Verwendung von Spendersamen auch nicht in bestehenden Regelwerken vorhanden sind, hat im Jahre 1985 die Bundesärztekammer die Ergebnisse der „Arbeitsgruppe zur Entwicklung berufsrechtlicher Leitlinien der Reproduktionsmedizin“ unter dem Titel „Richtlinien zur Durchführung von In-vitro-Fertilisation und Embryotransfer als Behandlungsmethode der menschlichen Sterilität“ veröffentlicht. Ziel der Richtlinie war es, eine einheitliche Durchführung der heterologen Insemination und anderer medizinisch unterstützter Fortpflanzungsmethoden im Bundesgebiet zu ermöglichen. Die Bundesärztekammer hat es sich seitdem zur Aufgabe gemacht, die Entwicklungen auf dem Gebiet der Fortpflanzungsmedizin kritisch zu beobachten, und bei Bedarf die Richtlinie den tatsächlichen Gegebenheiten anzupassen²²⁸. Die standesrechtlichen Vorschriften wurden daher seit 1985 mehrmals überarbeitet. Ihre letzte Novellierung datiert auf das Jahr 2006.

Die Anforderungen der Bundesärztekammer an den Umgang mit reproduktionsmedizinischen Methoden werden heute unter dem Titel „(Muster-)Richtlinie

²²⁶ Siehe insofern auch das Urteil des OLG Hamm vom 06.02.2013, in dem das Gericht dem Kind zur Verwirklichung seines Rechts auf Kenntnis seiner Abstammung einen Auskunftsanspruch gegenüber dem die Behandlung durchführenden Reproduktionsmediziner sowie auf Einsicht in dessen Akten zugestanden hatte, OLG Hamm, NJW 2013, S. 1167 ff.

²²⁷ TPG-Gewebeverordnung vom 26.03.2008 (BGBl. I S. 512 ff.).

²²⁸ Vorwort der (Muster-)Richtlinie zur Durchführung der assistierten Reproduktion, Bundesärztekammer: (Muster-)Richtlinie zur Durchführung der assistierten Reproduktion, Deutsches Ärzteblatt 103, A 1392.

zur Durchführung der medizinisch assistierten Reproduktion“²²⁹ herausgegeben. In ihr wird der Umgang mit der heterologen Insemination sowohl aus medizinischer, ethischer als auch juristischer Sicht thematisiert.²³⁰ Die Musterrichtlinie dient den Landesärztekammern als Leitschnur. Diese haben bereits ähnliche Richtlinien erlassen.

D. Richtlinien privater Organisationen

1995 wurde in Fulda der Arbeitskreis „Donogene Insemination“ gegründet. Mitglieder des Vereins sind Ärzte, Juristen und Psychologen, deren Arbeitsgebiet die Behandlung mit Spendersamen umfasst. Die Ziele des Vereins bestehen in der Förderung und Wahrnehmung der medizinischen, juristischen und wissenschaftspolitischen Interessen der Ärzte und Wissenschaftler, die Behandlungen mit Fremdsperma durchführen, sowie in der Förderung der gesellschaftlichen Akzeptanz der heterologen Fortpflanzungsmethoden.²³¹ Zur Erreichung ihrer Ziele hat sich der Arbeitskreis Richtlinien gegeben. Die Richtlinien, die 2006 novelliert wurden, um sie dem medizinischen, rechtlichen bzw. gesellschaftlichen Fortschritt anzupassen, stellen von Seiten des Vereins „den Versuch dar, ein verbindliches, praktikables und ethisch allgemein akzeptiertes Regelwerk für die Durchführung einer Spendersamenbehandlung in Deutschland zu schaffen“.²³² Auch bei der Fortschreibung dieser Richtlinien werden ethische, juristische und psychologische Aspekte beachtet.²³³

E. Zusammenfassung

Trotz anhaltender Forderungen in Literatur und Praxis nach einem Fortpflanzungsmedizingesetz und eindeutiger Gesetzgebungskompetenz hat der deutsche Gesetzgeber -im Gegensatz zu anderen europäischen Gesetzgebern²³⁴- bisher keine rechtliche Grundlage geschaffen, in der die Zulässigkeit, Voraussetzungen sowie abstammungsrechtlichen Folgen der heterologen Insemination bzw. der Befruchtung mit Spendersamen explizit geregelt sind.²³⁵ Es wurden bisher lediglich Regelungen für Teilaspekte der Befruchtung mit Spendersamen in unterschiedlichen Gesetzen geschaffen.

²²⁹ Abrufbar unter: http://www.bundesaerztekammer.de/downloads/Kuenstbefrucht_pdf.pdf; letzter Zugriff am 19.12.2011.

²³⁰ Inwiefern ärztliches Standesrecht Allgemeingültigkeit verlangt, vgl. Rütz, S. 79 ff.

²³¹ <http://www.donogene-insemination.de/verein.html>; letzter Zugriff am 04.03.2008.

²³² Hammel/Bispink/Katzorke/Schreiber/Thorn: Richtlinien des Arbeitskreises für Donogene Insemination, S. 6, abrufbar: http://www.donogene-insemination.de/downloads/Richtl_Druckfassung.pdf; letzter Zugriff am 04.03.2008.

²³³ Hammel/Bispink/Katzorke/Schreiber/Thorn: Richtlinien des Arbeitskreises für Donogene Insemination, S. 6, abrufbar: http://www.donogene-insemination.de/downloads/Richtl_Druckfassung.pdf; letzter Zugriff am 04.03.2008.

²³⁴ In Großbritannien wurde 1990 der Human Fertilisation and Embryology Act erlassen, in Österreich ist 1992 das Fortpflanzungsmedizingesetz in Kraft getreten. Auch die Schweiz hat den Bereich der medizinisch unterstützten Fortpflanzung in einem eigenen Fortpflanzungsmedizingesetz 1998 geregelt. Eine abstammungsrechtliche Sonderregelung wurde jedoch bereits 1978 im Schweizer Zivilgesetzbuch normiert. Durch Art. 256 Abs. 3 ZGB wurde das Anfechtungsrecht der Beteiligten im Fall der konsentierten medizinisch unterstützten Fortpflanzung ausgeschlossen.

²³⁵ Lurger, DEuFamR 1999, S. 210 (212).

Im Hinblick auf die abstammungsrechtliche Zuordnung des Kindes sind die Regelungen gemäß §§ 1591 ff. BGB und darunter vor allem § 1600 Abs. 5 BGB von Interesse.

Aufgrund praktischer Notwendigkeit haben die ärztlichen Standesvertretungen sich bereits frühzeitig eigene Richtlinien gegeben, die eine einheitliche Herangehensweise an die reproduktionsmedizinischen Techniken ermöglichen sollen. In diesen Vorschriften kann jedoch nur festgelegt werden, unter welchen Voraussetzungen einem Arzt die Durchführung von Reproduktionsmethoden empfohlen wird. Die rechtliche Zulässigkeit sowie die Voraussetzungen der einzelnen Verfahren können in dieser Richtlinie jedoch ebenso wenig wie die abstammungsrechtliche Zuordnung des Kindes geregelt werden. Hinsichtlich dieser Frage muss auf die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches zurückgegriffen werden.

VIII. Zulässigkeit der heterologen Insemination

Das Praktizieren der heterologen Befruchtungsmethoden gibt noch keine Auskunft über deren rechtliche Zulässigkeit. Nachfolgend soll daher untersucht werden, ob die Verwendung von Spendersamen auch ohne explizite rechtliche Regelung nach derzeitigem Recht zulässig ist. Zudem wird dargestellt, unter welchen Voraussetzungen das ärztliche Standesrecht sowie die Richtlinien privater Organisationen die Verwendung von Spendersamen erlauben.

A. Gesetzesrecht

Die Zulässigkeit bzw. Unzulässigkeit der heterologen Insemination ist nicht explizit gesetzlich geregelt. Das Embryonenschutzgesetz enthält zwar Aussagen zur Zulässigkeit einzelner fortpflanzungsmedizinischer Verfahren; die heterologe Insemination findet im Gesetz jedoch keine Erwähnung. Aus § 4 Abs. 1 Nr. 3 ESchG folgt lediglich, dass eine postmortale Insemination verboten ist, d.h. die Verwendung des Samens eines bereits Verstorbenen wird zum Schutz des Kindes ausgeschlossen. Unerheblich ist insoweit, ob der Samen von dem Partner der Frau oder einem Samenspender stammt.

Aus der Nichterwähnung der heterologen Insemination im Embryonenschutzgesetz, aus dem Arztvorbehalt bei künstlichen Befruchtungen gemäß § 9 Nr. 1 ESchG sowie aus § 1600 Abs. 5 BGB wird in der Literatur geschlossen, dass die heterologe Insemination an sich ein erlaubtes Verfahren darstellt.²³⁶ Luh²³⁷ gibt jedoch berechtigterweise zu bedenken, dass allein aus dem Umstand, dass der Gesetzgeber das Anfechtungsrecht der sozialen Eltern in § 1600 Abs. 5 BGB ausgeschlossen hat, noch lange nicht gefolgert werden kann, dass die heterologe Insemination in Deutschland erlaubt ist. Vielmehr müsse der Gesetzgeber auch in den Fällen eine Statusklärung vornehmen, in denen das Kind entgegen eines Verbots im Inland oder

²³⁶ Roth, DNotZ 2003, S. 805 (806); Lurger: Fortpflanzungsmedizin und Abstammungsrecht, in: Bernat (Hrsg.): Die Reproduktionsmedizin am Prüfstand von Recht und Ethik, S. 108 (129); Helms: Die Feststellung der biologischen Abstammung, S. 114; Backmann, S. 11.

²³⁷ Luh, S. 80.

legalerweise im Ausland gezeugt wurde. Die Zulässigkeit der heterologen Insemination aus § 1600 Abs. 5 BGB herauszulesen, führe deshalb zu einer Überinterpretation der Norm.

Die Zulässigkeit ärztlicher Behandlungsmaßnahmen ist grundsätzlich nicht davon abhängig, dass der Gesetzgeber deren Erlaubnis explizit ausspricht. Vielmehr garantieren die Freiheitsrechte sowohl die Erbringung ärztlicher Leistungen als auch ihre Inanspruchnahme durch die Betroffenen, so dass alle Methoden, die nicht gesetzlich verboten wurden und sich im Rahmen allgemeiner rechtlicher Mindestanforderungen halten, als erlaubt anzusehen sind.²³⁸ Die Nichterwähnung der heterologen Insemination im Embryonenschutzgesetz kommt daher der expliziten Zulassung der Methode gleich. Dies ergibt sich auch aus der rechtlichen Einordnung des Embryonenschutzgesetzes als Strafgesetz: Im Strafrecht gilt der im Grundgesetz in Art. 103 Abs. 2 GG niedergelegte Grundsatz „nulla poena sine lege“. Von dem Verbot einzelner Methoden darf deshalb nicht auf das Verbot anderer Methoden geschlossen werden, auch wenn sich diese in der Ausführung als ähnlich erweisen.²³⁹ Das Verbot der Eizell- bzw. Embryonenspende kann damit nicht als Begründung für ein implizites Verbot der Verwendung von Samenspenden herangezogen werden, auch wenn dem Gesetzgeber grundsätzlich daran gelegen ist, ein Auseinanderfallen von biologischer und rechtlicher Elternschaft zu verhindern. Zudem spricht auch § 4 Abs. 1 Nr. 1 ESchG für die Zulässigkeit der heterologen Insemination: Gemäß § 4 Abs. 1 Nr. 1 ESchG müssen sowohl die Frau, an der die Insemination vorgenommen werden soll, als auch der Samenspender vor der Insemination in diese Behandlung eingewilligt haben. Da die Person des Samenspenders nicht näher definiert wird, muss davon ausgegangen werden, dass auch Samen eines Mannes verwendet werden darf, der mit der Mutter in keiner persönlichen Beziehung steht, sofern er in die Verwendung seines Samens eingewilligt hat. Zumindest als Indiz für die Zulässigkeit der heterologen Insemination kann auch § 1600 Abs. 5 BGB gewertet werden. In der Gesetzesbegründung finden sich keine Anhaltspunkte, dass ein Verbot der heterologen Insemination von Seiten des Gesetzgebers erwogen wurde bzw. deren Unzulässigkeit für ihn feststand. Im Hinblick auf die zahlreichen Diskussionen in Literatur und Rechtsprechung sowie den zahlreichen Gesetzentwürfen, die ein Verbot der heterologen Befruchtungsmethoden vorsahen, wäre zumindest eine eindeutige Stellungnahme von Seiten des Gesetzgebers notwendig gewesen, wenn er von deren Unzulässigkeit ausginge.

²³⁸ Wendehorst: Die rechtliche Regelung donogener ART in Deutschland und Österreich, in: Bockenheimer-Lucius/Thorn/Wendehorst (Hrsg.): Umwege zum eigenen Kind, S. 103 (106); Heun: Restriktionen assistierter Reproduktion aus verfassungsrechtlicher Sicht, in: Bockenheimer-Lucius/Thorn/Wendehorst (Hrsg.): Umwege zum eigenen Kind, S. 49 (S. 51 f., 60 und 61).

²³⁹ Wendehorst: Die rechtliche Regelung donogener ART in Deutschland und Österreich, in: Bockenheimer-Lucius/Thorn/Wendehorst (Hrsg.): Umwege zum eigenen Kind, S. 103 (106).

B. Ärztliche Standesregeln

Die ärztlichen Standesvertretungen propagieren die Zulässigkeit des Verfahrens. In den Standesregeln sind daher detaillierte Regelungen²⁴⁰ hinsichtlich der Voraussetzungen und der Anforderungen an die Verwendung von Spendersamen enthalten. Unterschiede werden zwischen verheirateten und unverheirateten Frauen gemacht.

1. Anforderungen bei einer verheirateten Frau

Methoden der assistierten Reproduktion sollen unter Beachtung des Kindeswohles grundsätzlich nur bei Ehepaaren und bei fachlicher Qualifikation des Arztes durchgeführt werden.²⁴¹ Vorrangig soll der Samen des Ehemannes verwendet werden. Gemäß Nr. 2.1.6. der „(Muster-)Richtlinie zur Durchführung der assistierten Reproduktion“ ist die Verwendung von Spendersamen nur in den Fällen indiziert, in denen schwere Formen männlicher Fertilitätsstörungen, eine erfolglose Behandlung einer männlichen Fertilitätsstörung mit intrauteriner und/oder intratubarer Insemination und/oder In-Vitro-Fertilisation und/oder intrazytoplasmatischer Spermieninjektion im homologen System bzw. ein nach humangenetischer Beratung festgestelltes hohes Risiko für ein Kind mit schwerer genetisch bedingter Erkrankung vorliegen.²⁴²

Sofern eine heterologe Insemination geplant ist, müssen zusätzlich die in Nr. 5.3. der „(Muster-)Richtlinie zur Durchführung der assistierten Reproduktion“²⁴³ aufgestellten Voraussetzungen beachtet werden. Danach darf Sperma eines Dritten nur verwendet werden, sofern dies medizinisch veranlasst ist²⁴⁴, die Wunscheltern umfassend über die rechtlichen und psychosozialen Risiken unterrichtet wurden sowie die Dokumentation, die Aufklärung der Wunscheltern und deren Einverständnis mit der Verwendung von Spendersamen sowie die Daten über den Samenspender gesichert sind. Dadurch soll nicht nur gewährleistet werden, dass sich alle Beteiligten der rechtlichen und psychosozialen Probleme des heterologen Systems bewusst werden; es soll vielmehr auch sichergestellt werden, dass eine heterologe Insemination nur bei den Paaren durchgeführt wird, deren Beziehung hinsichtlich der zu erwartenden rechtlichen und psychologischen Probleme als hinreichend tragfähig erscheint.²⁴⁵ Das Spendersperma muss serologisch untersucht worden

²⁴⁰ Wendehorst: Die rechtliche Regelung donogener ART in Deutschland und Österreich, in: Bockenheimer-Lucius/Thorn/Wendehorst (Hrsg.): Umwege zum eigenen Kind, S. 103 (114).

²⁴¹ Nr. 3.1.1. der (Muster-)Richtlinie der Bundesärztekammer zur Durchführung der assistierten Reproduktion, Deutsches Ärzteblatt 2006, A 1392 (A 1395).

²⁴² Bundesärztekammer: (Muster-)Richtlinie zur Durchführung der assistierten Reproduktion, Deutsches Ärzteblatt 2006, A 1392 (1394).

²⁴³ Bundesärztekammer: (Muster-)Richtlinie zur Durchführung der assistierten Reproduktion, Deutsches Ärzteblatt 2006, A 1392 (1397 f.).

²⁴⁴ Die Reproduktion auf homologe Weise muss vorher gescheitert sein.

²⁴⁵ Kommentar zu 3.1.1. der (Muster-)Richtlinie der Bundesärztekammer zur Durchführung der assistierten Reproduktion, Deutsches Ärzteblatt 2006, A 1392 (1400).

sein und einer Quarantänezeit unterlegen haben; es darf kein Mischsperma verwendet werden. Auf eine Übereinstimmung der phänotypischen Merkmale soll geachtet werden.²⁴⁶

2. Anforderungen bei einer unverheirateten Frau

Nach der ärztlichen Standesrichtlinie darf eine heterologe Insemination auch bei einer unverheirateten Frau durchgeführt werden. Um die rechtliche und soziale Vaterlosigkeit des Kindes zu verhindern, soll die heterologe Insemination jedoch nur dann vorgenommen werden, wenn der behandelnde Arzt/die behandelnde Ärztin zu der Einschätzung gelangt, dass die die Behandlung verlangende Frau mit einem unverheirateten Mann in einer stabilen Partnerschaft zusammenlebt und dieser Mann die Vaterschaft zu dem mit Spendersamen gezeugten Kind anerkennen wird.²⁴⁷ Daher wird dem behandelnden Arzt/der behandelnden Ärztin bzw. einer Klinik geraten, dem Wunsch eines nicht verheirateten Paares nach einer heterologen Insemination zunächst mit Zurückhaltung zu begegnen. Eine Befruchtung mit Spendersamen soll nur durchgeführt werden, wenn eine spätere stabile Beziehung des Kindes zu beiden sozialen Elternteilen gesichert erscheint.²⁴⁸ Aufgrund dieser Voraussetzung sind alleinstehende Frauen sowie Frauen, die in einer Lebenspartnerschaft leben, nach der ärztlichen Richtlinie von einer heterologen Insemination ausgeschlossen.²⁴⁹

3. Folgeerscheinungen: Heterologe Inseminationen im Ausland

Gleichgeschlechtliche Paare, alleinstehende Frauen sowie Paare, die den Nachweis nicht erbringen können, in einer festen nichtehelichen Lebenspartnerschaft zu leben, sind nach der Musterrichtlinie von der Inanspruchnahme reproduktionsmedizinischer Maßnahmen mit Spendersamen ausgeschlossen. Um diese Restriktionen zu umgehen, wird von den Betroffenen bisweilen der Gang in das liberalere Ausland angetreten.²⁵⁰ Dies hat in den letzten Jahren zu einer Art „Befruchtungstourismus“ geführt.²⁵¹

²⁴⁶ Vgl. auch Nr. 5.5 der (Muster-)Richtlinie der Bundesärztekammer zur Durchführung der assistierten Reproduktion, Deutsches Ärzteblatt 2006, A 1392 (1397 f.).

²⁴⁷ Bundesärztekammer: (Muster-)Richtlinie zur Durchführung der assistierten Reproduktion, Deutsches Ärzteblatt 2006, A 1392 (1395).

²⁴⁸ Kommentar zu 3.1.1. der (Muster-)Richtlinie der Bundesärztekammer zur Durchführung der assistierten Reproduktion, Deutsches Ärzteblatt 2006, A 1392 (1400).

²⁴⁹ Kommentar zu 3.1.1. der (Muster-)Richtlinie der Bundesärztekammer zur Durchführung der assistierten Reproduktion, Deutsches Ärzteblatt 2006, A 1392 (1400). Dem folgend Ärztekammer des Saarlandes: Richtlinien zur Durchführung der assistierten Reproduktion 2006, S. 5, abrufbar unter: http://aerztekammer-saarland.de/public/filecache/Rili_assistierte_Reproduktion_AEKS.pdf; letzter Zugriff am 15.08.2011.

²⁵⁰ Das Phänomen des Fortpflanzungstourismus wird auch aus anderen Staaten mit restriktiven Gesetzen beschrieben, so für Italien nach Verabschiedung des Gesetzes Nr. 1514, Robertson, Human Reproduction 2004, S. 1693 (1695 f.); Benöhr-Laqueur: Urlaubsmitbringsel: Kind, in: Istanbul Post vom 12.12.2006, <http://www.istanbulpost.nez/06/12/02/SusanneBenoehrLaqueur.html>; letzter Zugriff am 04.06.2009; für Frankreich: Debove/Salomon/Janville, Rdn. 597; auf mehrere reproduktionsmedizinische Pauschalangebote hinweisend, Knoll: So weit gehen für ein Kind, in: Bockenheimer-Lucius/Thorn/Wendehorst (Hrsg.): Umwege zum eigenen Kind, S. 63 (67 f.).

²⁵¹ Backmann, S. 1.

Restriktive Regelungen bzw. Verbote haben daher nicht die Wirkung, dass die von ihnen Betroffenen ihren Kinderwunsch aufgeben; durch sie wird vielmehr der Fortpflanzungstourismus²⁵² gefördert.²⁵³ Zudem geben sie keine Antworten auf Folgefragen, die sich aus der „verbotswidrigen“ Zeugung von Kindern im Inland bzw. aus der legalen Zeugung im Ausland ergeben. Das Recht muss jedoch zum Schutz der Kinder auch auf diese Entwicklung Antworten geben können.²⁵⁴

C. Richtlinien des Arbeitskreises für Donogene Insemination

Auch nach den Richtlinien des Arbeitskreises für Donogene Insemination²⁵⁵ soll eine heterologe Insemination nur bei verheirateten oder unverheirateten heterosexuellen Paaren, die in einer tragfähigen, auf Dauer ausgerichteten, gemeinschaftlichen Beziehung leben, vorgenommen werden.²⁵⁶ Die Richtlinien sehen zudem vor, dass die Wunscheltern vor der Behandlung eingehend über die medizinischen, rechtlichen und psychosozialen Gesichtspunkte aufgeklärt werden.²⁵⁷

Bemerkenswert ist, dass eine heterologe Insemination bei einer alleinstehenden Frau bzw. bei einer in einer Lebenspartnerschaft lebenden Frau nach den Richtlinien des Arbeitskreises nicht kategorisch ausgeschlossen zu sein scheint. Von Einzelfällen wurde bereits berichtet.²⁵⁸ Die Verfasser der Richtlinien gehen davon aus, dass es sich insofern um eine relative Indikation zur heterologen Insemination handelt. Der Samen eines Spenders darf jedoch nur dann verwendet werden, wenn der Spender entsprechend aufgeklärt wurde und eine unterzeichnete Einverständniserklärung des Samenspenders zur Verwendung seines

²⁵² Die Europäische Gesellschaft für Menschliche Reproduktion und Embryologie schlägt vor, lieber von „grenzüberschreitender reproduktiver Betreuung (Cross-border reproductive care) zu sprechen, siehe Müller-Lissner, Adelheid: Kinderwunsch - Weiter Weg zum Nachwuchs, in: Der Tagesspiegel vom 30.06.2011, abrufbar: <http://www.tagesspiegel.de/wissen/kinderwunsch-weiter-weg-zum-nachwuchs-/4338566.html>; letzter Zugriff am 31.12.2011.

²⁵³ Günther/Fritsche, Reproduktionsmedizin 2000, S. 249 (250).

²⁵⁴ Siehe insofern das italienische Abstammungsrecht. Trotz des Verbotes der heterologen Insemination hat der Gesetzgeber Regelungen bezüglich der Frage der Abstammung des Kindes geschaffen. Insofern kann auch auf die Regelung der rechtlichen Mutterschaft in § 1591 BGB hingewiesen werden, obwohl die Ei- und Embryonenspende in Deutschland gemäß § 1 Nr. 1, Nr. 2 und Nr. 6 ESchG verboten ist.

²⁵⁵ Hammel/Bispink/Katzorke/Schreiber/Thorn: Richtlinien des Arbeitskreises für Donogene Insemination zur Qualitätssicherung der Behandlung mit Spendersamen in Deutschland in der Fassung vom 08. Februar 2006, abrufbar: http://www.donogene-insemination.de/downloads/Richtl_Druckfassung.pdf; letzter Zugriff am 02.12.2009; auch abgedruckt in: Journal für Reproduktionsmedizin und Endokrinologie 2006, S. 166 ff.

²⁵⁶ Hammel/Bispink/Katzorke/Schreiber/Thorn: Richtlinien des Arbeitskreises für Donogene Insemination, S. 10, abrufbar: http://www.donogene-insemination.de/downloads/Richtl_Druckfassung.pdf; letzter Zugriff am 02.12.2009.

²⁵⁷ Hammel/Bispink/Katzorke/Schreiber/Thorn: Richtlinien des Arbeitskreises für Donogene Insemination, S. 14, abrufbar: http://www.donogene-insemination.de/downloads/Richtl_Druckfassung.pdf; letzter Zugriff am 02.12.2009.

²⁵⁸ Vgl. Mansees, S. 40 mit FN 48, der insofern auf eine Sendung des WDR vom 4.8.1985 verweist, in dem sich der Gynäkologe Dr. Mutke eindeutig dazu bekannt hat, Inseminationen auch an alleinstehenden Frauen vorzunehmen.

Spermas für ein homosexuelles Paar bzw. eine alleinstehende Frau bei Behandlungsbeginn vorliegt.²⁵⁹

D. Bewertung der Richtlinien in Bezug auf die Behandlung alleinstehender Frauen und homosexueller Paare

Der Ausschluss alleinstehender Frauen vom Verfahren der heterologen Insemination ist gerechtfertigt. Der Wunsch nach einem eigenen Kind wird in diesen Fällen nur von einem (weiblichen) Elternteil getragen. Die Übernahme der Elternrolle durch einen Wunschvater ist nicht beabsichtigt. Vielmehr soll der biologische Vater von der Elternrolle ausgeschlossen sein. Dieses Vorhaben der Wunschmutter darf aus Kindeswohlgesichtspunkten nicht noch durch die Ärzteschaft legitimiert werden.

Für den Ausschluss alleinstehender Frauen von der Behandlung mit Spendersamen spricht weiterhin, dass nicht die Folgen der Fortpflanzungsunfähigkeit eines Partners abgemildert werden sollen. Vielmehr soll der fehlende männliche Partner selbst ersetzt werden. Mithin fehlt bei der alleinstehenden Frau jegliche medizinische Indikation, um die Behandlung rechtfertigen zu können.²⁶⁰ Die Wunschmutter beabsichtigt vielmehr die Geburt eines Kindes in eine unvollständige Familie.²⁶¹

Ähnlich verhält es sich, wenn ein homosexuelles Paar beschließt, ein Kind durch künstliche Befruchtung mit Spendersamen zu bekommen. Auch in diesem Fall soll das Verfahren nicht zur Überwindung der Sterilität eines Partners in Anspruch genommen. Da im Fall einer bestehenden Lebenspartnerschaft jedoch zwei potentielle Elternteile vorhanden sind, ist in diesen Fällen zumindest sichergestellt, dass das Kind zwei soziale Elternteile erhält und es mithin in eine „vollständige“ Familie hineingeboren wird.

E. Zusammenfassung

Explizite gesetzliche Regelungen zur Frage der Zulässigkeit der heterologen Insemination sind nicht vorhanden. Dennoch ist die Verwendung von Spendersamen rechtlich zulässig. Um die rechtlichen Unsicherheiten zu überwinden, hat sich die Ärzteschaft Regelungen gegeben, unter welchen Voraussetzungen Spendersamen eingesetzt werden darf.

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass heterologe Inseminationen bei verheirateten Paaren sowie bei Paaren in stabilen heterosexuellen Partnerschaften nach ärztlichen Standesregeln zulässig sind und von der Ärzteschaft praktiziert werden. Homosexuelle bzw. alleinstehende Frauen sind dagegen von dem Verfahren grundsätzlich ausgeschlossen. Dennoch wäre eine eindeutige Stellungnahme des Gesetzgebers zu der Frage der

²⁵⁹ Hammel/Bispink/Katzorke/Schreiber/Thorn: Richtlinien des Arbeitskreises für Donogene Insemination, S. 11 f. und S. 19, abrufbar: http://www.donogene-insemination.de/downloads/Richtl_Druckfassung.pdf; letzter Zugriff am 02.12.2009.

²⁶⁰ Vgl. auch Bernat: Rechtsfragen medizinisch assistierter Zeugung, S. 191.

²⁶¹ Bernat: Rechtsfragen medizinisch assistierter Zeugung, S. 177.



Zulässigkeit der heterologen Insemination sowie zu deren Voraussetzungen beispielsweise in einem neugeschaffenen Fortpflanzungsmedizingesetz wünschenswert. Nur so können die noch immer bestehenden rechtlichen Unsicherheiten in Bezug auf die Zulässigkeit der heterologen Insemination ausgeräumt werden.



Zweiter Teil: Die abstammungsrechtliche Zuordnung des Kindes

I. Die abstammungsrechtliche Zuordnung des Kindes bei heterosexuellen Paaren

Die Zulässigkeit der heterologen Befruchtungsmethoden bei einem verheirateten Paar bzw. einem heterosexuellen Paar, das in einer stabilen Lebenspartnerschaft lebt, gibt noch keine Auskunft über die rechtliche Zuordnung des Kindes nach dessen Geburt. Der Gesetzgeber hat –abgesehen von der Regelung des § 1600 Abs. 5 BGB– bisher keine besonderen abstammungsrechtlichen Regelungen für die medizinisch unterstützte Fortpflanzung erlassen. Die künstliche Zeugung steht der natürlichen Zeugung daher rechtlich gleich.²⁶² Das Abstammungsrecht ist zwingendes Recht und deshalb nicht disponibel.²⁶³ Es knüpft grundsätzlich an die biologisch-genetische Abkunft an.²⁶⁴ Die abstammungsrelevanten Zuordnungsregelungen sind in §§1591 ff. BGB normiert. Als mögliche rechtliche Elternteile kommen die gebärende Frau, der einwilligende Wunschvater sowie der Samenspender in Betracht.

A. Mutterschaft gemäß § 1591 BGB

Mit § 1591 BGB wurde 1998²⁶⁵ erstmals eine Regelung zur rechtlichen Mutterschaft in das Bürgerliche Gesetzbuch aufgenommen. Vor 1998 erübrigte sich nach Ansicht des Gesetzgebers eine gesetzliche Regelung. Er ging von dem alten römischen Rechtssatz²⁶⁶, dass nie ungewiss sein könne, wer die genetische und damit rechtliche Mutter eines Kindes ist,²⁶⁷ aus. Erst die Fortschritte in der modernen Fortpflanzungstechnik, die ein Auseinanderfallen von biologisch-genetischer Abstammung aufgrund Ei- bzw. Embryonenspende ermöglichen und damit zu einer doppelten bzw. gespaltenen Mutterschaft führen können, machten nach Ansicht des Gesetzgebers eine explizite Regelung der rechtlichen Mutterschaft notwendig²⁶⁸. Obwohl die Ei- und Embryonenspende in Deutschland gemäß § 1 Nr. 1, Nr. 2 und Nr. 6 ESchG bereits verboten war, trug der Gesetzgeber mit der Normierung der gesetzlichen Mutterschaft der Befürchtung Rechnung, dass entsprechende ärztliche Eingriffe im Ausland²⁶⁹ oder verbotenerweise im Inland vorgenommen werden könnten.²⁷⁰

²⁶² Gernhuber/Coester-Waltjen, § 53 II Rdn. 7.

²⁶³ Genenger, S. 37.

²⁶⁴ MükoBGB/Wellenhofer, Vorbem. zu § 1591 ff. Rdn. 19; Schwab, § 47 Rdn. 533.

²⁶⁵ Eingefügt durch Gesetz zur Reform des Kindschaftsrechtes (Kindschaftsrechtsreformgesetz - KindRG) vom 16.12.1997, BGBl. I, S. 2942 ff. Es trat am 01.07.1998 in Kraft.

²⁶⁶ Paulus, Digesten 2.4.5: mater semper certa est.

²⁶⁷ MükoBGB/Wellenhofer, § 1591 Rdn. 3.

²⁶⁸ BT-Drs. 13/4899, S. 82; MükoBGB/Wellenhofer, § 1591 Rdn. 1. Vor der Reform waren beim Auseinanderfallen von genetischer und gebärender Mutter zwei Zuordnungswege denkbar: einerseits konnte auf den genetischen Beitrag der Frau zum Befruchtungsvorgang abgestellt werden, andererseits auf Schwangerschaft und Geburt, vgl. MükoBGB/Seidel, 5. Auflage, § 1591 Rdn. 9.

²⁶⁹ Siehe dazu Beschluss des OLG Stuttgart vom 07.02.2012, NJW-RR 2012, S. 389 f. Dem Beschluss lag die begehrte Nachbeurkundung einer Geburt im Ausland zugrunde. Das OLG Stuttgart entschied, dass die Beurkundung eines in den USA von einer Leihmutter geborenen Kindes mit biologisch-genetischen Eltern deutscher Staatsangehörigkeit und gewöhnlichem Aufenthalt im Inland nicht erfolgen kann, da die



Gemäß § 1591 BGB wird dem Kind die gebärende Frau als Mutter unanfechtbar zugeordnet. Das Abstellen auf den Geburtsakt schien dem Gesetzgeber im Hinblick auf die abstammungsrechtlichen Prinzipien der Statusklarheit und Statusbeständigkeit der richtige Anknüpfungspunkt zu sein, da die Geburt eines Kindes ein eindeutig und leicht erkennbarer Vorgang ist. Dem Kind wird daher sofort, unkompliziert, endgültig und in der Mehrzahl der Fälle die richtige Frau als Mutter zugeordnet.²⁷¹

Als Zwischenergebnis bleibt daher festzuhalten: Mutter des mit Spendersamen gezeugten Kindes ist gemäß § 1591 BGB die Frau, die das Kind zur Welt bringt.

Exkurs 1: Kritik an § 1591 BGB

Gegen die Entscheidung des Gesetzgebers, die gebärende Frau unabänderlich als Mutter im rechtlichen Sinn festzulegen, können einige Argumente vorgebracht werden: Mit der unveränderlichen²⁷² Zuordnung der Mutterschaft zu der gebärenden Frau²⁷³ ist zugleich ein Bruch mit dem im Abstammungsrecht herrschenden Prinzip der Abstammungswahrheit verbunden, nach dem die Verwandtschaft auf der Blutsverwandtschaft, also der genetischen Abstammung, beruht. Zudem hat der Gesetzgeber mit der unabänderlichen Zuordnung einen konträren Weg zum Vaterschaftsrecht eingeschlagen: Mit der Regelung des § 1599 BGB hat der Gesetzgeber im Vaterschaftsrecht am Prinzip der Statuswahrheit festgehalten. Zudem wird das Geburtsmutterprinzip nicht uneingeschränkt im Recht durchgehalten.²⁷⁴

deutsche Staatsangehörigkeit aufgrund der Einschaltung der Leihmutter nicht von den biologisch-genetischen Eltern erworben werden konnte. Ein ähnlich gelagerter Fall lag auch dem Urteil des VG Köln vom 20.02.2013 zugrunde, NJW 2013, S. 2617 ff.

²⁷⁰ BT-Drs. 13/4899, S. 82; MükoBGB/Wellenhofer, § 1591 Rdn. 1 und 14.

²⁷¹ Gernhuber/Coester-Waltjen, § 51 Rdn. 2.

²⁷² Nach geltendem Recht kann die Mutterschaft nicht angefochten werden. Jedoch sollte in den Fällen, in denen alle Beteiligten zustimmen, erwogen werden, ähnlich dem Rechtsgedanken aus section 30 des englischen Human Fertilisation and Embryology Act 1990 bzw. dessen Fortführung und Erweiterung in section 54 des Human Fertilisation and Embryology Act 2008 zu verfahren und eine gerichtliche Feststellung der Mutter- bzw. Elternschaft zuzulassen.

²⁷³ Eine Statuskorrektur ist allenfalls über § 1755 BGB mit dem damit verbundenen aufwendigen Verfahren möglich, da die Anfechtung der Mutterschaft vom Gesetzgeber ausdrücklich nicht zugelassen wurde. Das Kind kann nach Ansicht des Gesetzgebers lediglich einen Feststellungsantrag i.S.v. § 256 ZPO erheben, vgl. BT-Drs. 13/4899, S. 83. Ob die Möglichkeit eines isolierten Mutterschaftsfeststellungsverfahrens tatsächlich gegeben ist, ist umstritten. Ablehnend äußern sich dazu Gernhuber/Coester-Waltjen § 51 Rdn. 7-9; Gaul, FamRZ 1997, S. 1441 (1464), Schwab/Wagenitz, FamRZ 1997, S. 1375 (1377 f.); Musielak/Borth/Borth, FamFG, § 169 Rdn. 4; dagegen hält Quantius ein solches Verfahren für zulässig, vgl. Quantius, FamRZ 1998, S. 1145 (1150). Das OLG Hamm hatte eine isolierte Abstammungsfeststellungsklage eines potentiellen Vaters vor Einführung des § 1598a BGB als unzulässig abgewiesen, vgl. OLG Hamm FamRZ 1999, S. 1365 f. Jedoch dürfte nach der Einführung des § 1598a BGB eine Feststellung der Mutterschaft zulässig sein. Zwar steht die Norm im Kontext der Vorschriften über die Begründung der Vaterschaft. Auch bezieht sich die der Norm zugrunde liegende Entscheidung des Bundesverfassungsgerichtes wie auch die Gesetzesbegründung allein auf die Klärung der Vaterschaft. Eine Anwendung der Vorschrift nur für die Klärung väterlichen Abstammung ist jedoch nicht mit Art. 3 Abs. 2 GG vereinbar. Zudem besteht der Anspruch des Kindes auf Kenntnis der eigenen Abstammung auch für die mütterliche Abstammung, MükoBGB/Wellenhofer, § 1598 a Rdn. 22; Borth, FPR 2007, S. 381 (382).

²⁷⁴ Insoweit sei auf das Ehehindernis nach § 1307 BGB bei Blutsverwandtschaft verwiesen.



Sofern in strafrechtlichen Vorschriften auf die Verwandtschaft abgestellt wird, kommt es auf die tatsächliche genetische mütterliche Abstammung an.²⁷⁵

Dennoch hat der Gesetzgeber mit der Normierung des Geburtsmutterprinzips die richtige Entscheidung getroffen. Dafür spricht nicht nur, dass das Kind der Mutter schnell und eindeutig zugeordnet werden kann. Die Begründung der rechtlichen Mutterschaft zugunsten der Geburtsmutter rechtfertigt sich vor allem aus dem Umstand, dass die Verantwortung für das Kind der Frau übertragen wird, die bereits durch das Austragen des Kindes für dessen Wohl verantwortlich war und damit bereits in der Schwangerschaft Verantwortung für das Kind übernommen hatte.²⁷⁶ Bei Bevorzugung des ansonsten im Abstammungsrecht herrschenden Prinzips der Abstammungswahrheit hätte die Gefahr bestanden, dass das Kind zunächst mutterlos wäre bzw. dies auch bliebe.

Exkurs 2: Mutterschaftsbegründung bei künstlicher Gebärmutter

Die erheblichen Fortschritte in der Fortpflanzungsmedizin lassen erahnen, dass es in einigen Jahren gelingen könnte, einen in-vitro gezeugten²⁷⁷ Embryo in einer künstlichen Gebärmutter und damit außerhalb des menschlichen Körpers aufzuziehen (Ektogenese).²⁷⁸

Die extrakorporale Weiterentwicklung eines Embryos, die nicht dem Zweck der Herbeiführung einer Schwangerschaft in einem weiblichen Körper dient, ist gemäß § 2 Abs. 2 ESchG verboten. Demnach dürfte auch die vollständige Entwicklung eines Embryos außerhalb des Mutterleibes verboten sein. Dennoch kann nicht ausgeschlossen werden, dass auch in Deutschland eine künstliche Gebärmutter zum Austragen eines Kindes genutzt werden wird.

In diesem Fall läuft die Mutterschaftszuordnung nach § 1591 BGB ins Leere, da ein Geburtsvorgang nicht stattfindet. Das herangewachsene Kind verlässt weder auf natürlichem Wege noch per Kaiserschnitt einen mütterlichen Körper; das Kind wird vielmehr von Apparaturen abgenommen und einer Nährlauge entnommen. Bei strenger Anwendung des § 1591 BGB wäre das Kind mithin mutterlos, da ein Geburtsakt fehlt. Aus der Mutterlosigkeit des Kindes würde zudem die rechtliche Vaterlosigkeit des Kindes resultieren, da die

²⁷⁵ Für die Strafbarkeit in § 173 Abs. 1 StGB bzw. § 174 Abs. 1 Nr. 3 StGB kommt es auf die biologische Abstammung an, Beck'scher Onlinekommentar/Ziegler, § 173 Rdn. 3; Leipziger Kommentar/Dippel, § 173 Rdn. 18; Leipziger Kommentar/Hörnle, § 174 Rdn. 37; MüKoStGB/Ritscher, § 173 Rdn. 11; MüKoStGB/Renzikowski, § 174 Rdn. 33, MüKoBGB/Wellenhofer, § 1591 Rdn. 6.

²⁷⁶ MüKoBGB/Wellenhofer, § 1591 Rdn. 4.

²⁷⁷ Zum Verfahren: Bernat: Rechtsfragen medizinisch assistierter Zeugung, S. 18 f.

²⁷⁸ Siehe: http://www.innovations-report.de/html/berichte/medizin_gesundheit/bericht-7653.html; letzter Zugriff am 29.10.2008; http://www.pm-magazin.de/de/wissensnews/wn_id778.htm; letzter Zugriff am 29.10.2008. Zu den bisherigen Erfolgen bei Tieren sowie ersten Forschungsergebnissen bei menschlichen Embryonen sowie dem Stand von Wissenschaft und Technik, vgl. Heim, S. 41 ff.



Zuordnung des Kindes zu einer Frau die Art der väterlichen Zuordnung nach § 1592 BGB bedingt.²⁷⁹

Im Falle der Erzeugung eines lebensfähigen Kindes ohne vorheriges Austragen durch einen menschlichen mütterlichen Organismus müssen daher neue Zuordnungskriterien gefunden werden. Denkbar wäre es in diesem Fall, dem Prinzip des § 1589 BGB zu folgen, das Kind also seiner biologisch-genetischen Mutter zuzuordnen.²⁸⁰ Grund dafür ist, dass diese Frau mit ihrer Spende einen eindeutigen Beitrag zur Entstehung des Kindes geleistet hat. Auch entspricht die Zuordnung des Kindes zu seiner biologisch-genetischen Mutter dem Prinzip der Abstammungswahrheit. Diese Zuordnung widerspricht jedoch dem eindeutigen Wortlaut des § 1591 BGB und der Intention des Gesetzgebers. Sie wird dem Erfordernis der Statusklarheit nicht gerecht.

Auch die Ärztin bzw. Laborantin, die das Kind aus der Nährlösung entnimmt, kann dem Kind nicht als rechtliche Mutter zugeordnet werden. Eine solche Annahme widerspräche jeglichen Vorstellungen von Mutterschaft. Die Entnahme des Kindes aus der Nährlösung ist eine tatsächliche Handlung und kann nicht als ein Akt der Erzeugung eines neuen Menschen gewertet werden. Zudem beinhaltet diese Lösung ein erhebliches Zufallsmoment.²⁸¹

Näher liegend erscheint es deshalb, der Frau die Verantwortung für das Kind zu übertragen, die die Erzeugung des Kindes maßgeblich veranlasst hat. Dies dürfte im Regelfall die spätere soziale Mutter sein. Um die rechtlichen Unsicherheiten zu minimieren, könnte diese Frau die Mutterschaft für das Kind bereits vor bzw. während der Durchführung der reproduktionsmedizinischen Maßnahmen unwiderruflich übernehmen. Insoweit könnte das Verfahren der Vaterschaftsanerkennung analog angewendet werden.²⁸²

Gegen die Zuordnung des Kindes zu seiner sozialen Mutter spricht jedoch, dass auf diese Weise die Adoptionsvorschriften umgangen werden. Zudem wäre die tatsächliche Zuordnung des Kindes zur sozialen Mutter aufgrund des Anerkennungserfordernisses ungewiss. Eine präkonzeptionelle Vaterschaftsanerkennung ist nach derzeitigem Recht nicht möglich.²⁸³ Demnach ist auch eine präkonzeptionelle Mutterschaftsanerkennung nicht denkbar. Damit dürfte auch keine Möglichkeit bestehen, die zunächst einwilligende Frau an ihrem Entschluss festzuhalten. Das Kind könnte damit nach der Geburt mutterlos werden.

Trotz Verstoßes gegen den Wortlaut des § 1591 BGB wird deshalb in der Literatur die Zuordnung des Kindes zu seiner biologisch-genetischen Mutter favorisiert. Das Kind habe aufgrund der blutsmäßigen Verwandtschaft die engste Beziehung zu dieser Frau. Durch das

²⁷⁹ Gernhuber/Coester-Waltjen, § 51 Rdn. 1.

²⁸⁰ Coester-Waltjen: Die Eltern-Kind-Zuordnung bei künstlicher Befruchtung, in: Lanz-Zumstein (Hrsg.): Gentechnologie, Band 9, S. 80 (84); Wohn, S. 149.

²⁸¹ Wohn, S. 146 f.

²⁸² Coester-Waltjen: Die Eltern-Kind-Zuordnung bei künstlicher Befruchtung, in: Lanz-Zumstein (Hrsg.): Gentechnologie, Band 9, S. 80 (84).

²⁸³ Siehe S. 51 ff.

Befruchtenlassen der eigenen Keimzelle entstehe auf Seiten der Spenderin eine Elternpflicht und eine Elternverantwortung.²⁸⁴ Diese Auffassung widerspricht jedoch dem in dieser Abhandlung vertretenen Verständnis von Elternverantwortung. Bei Inanspruchnahme von Reproduktionsmethoden müssen als Eltern eines Kindes die Personen angesehen werden, die die Entstehung des Kindes aktiv betrieben haben, d.h. aufgrund deren Wille die Zeugung des Kindes erst ermöglicht wurde. Diesen Willen kann nur die Wunschmutter geäußert haben. Bei Zuordnung der Elternschaft zur biologisch-genetischen Mutter würden zudem die Unterschiede der Elternschaftszuordnung zwischen Mutter und Vater weiter verstärkt werden: Während der Samenspender aufgrund von § 1600 Abs. 5 BGB im Regelfall nicht mehr als Vater festgestellt werden kann, würde die Eizellenspenderin an einer Verantwortung, die sie niemals übernehmen wollte, festgehalten werden. Damit würden die Beiträge von Eizellenspenderin und Samenspender zur Entstehung eines Kindes unterschiedlich bewertet werden. Daher ist die Zuordnung des Kindes zur biologisch-genetischen Mutter abzulehnen.

Um die Zuordnung der Mutterschaft auch im Falle der Ektogenese eindeutig zu ermöglichen, sollte, sobald das Austragen eines Kindes in einer künstlichen Gebärmutter technisch möglich wird, in § 1591 BGB ein zweiter Absatz mit folgendem Wortlaut eingefügt werden:

„Mutter eines Kindes ist auch die Frau, mit deren schriftlichem Einverständnis ein Kind in einer künstlichen Gebärmutter aufgezogen wurde.“

Exkurs 3: Mutterschaft bei Gebären durch einen Mann

Die gesetzliche Mutterschaftszuordnung stößt auch in den Fällen an ihre Grenzen, in denen ein Mann ein Kind zur Welt bringt. Ein solcher Fall wurde aus den USA bekannt:²⁸⁵ Der gebärende Mann wurde ursprünglich als Frau geboren. Da er sich als Frau fühlte, nahm er an mehreren Hormontherapien teil und ließ sich die Brüste, nicht jedoch die Eierstöcke und die Gebärmutter entfernen. Nach Abschluss der Behandlungen wurde sein Geschlecht in der Abstammungsurkunde geändert. Als seine Frau keine Kinder bekommen konnte, ließ er eine seiner Eizellen mit dem Samen eines Spenders befruchten. Die Schwangerschaft verlief weitgehend unkompliziert und er brachte auf natürlichem Weg ein Kind zur Welt. Wenige Monate später folgte ein zweites gesundes Kind.

Gemäß § 10 Abs. 1 Transsexuellengesetz richten sich die vom Geschlecht abhängigen Rechte und Pflichten ab Rechtskraft einer gerichtlichen Entscheidung nach dem neuen Geschlecht. Gemäß § 10 Abs. 1 Transsexuellengesetz hat demnach ein Mann das Kind geboren. Da nach dem Wortlaut des § 1591 BGB Mutter eines Kindes nur eine Frau sein kann, sollte § 1591 BGB nach einer gerichtlichen Entscheidung nicht mehr anwendbar sein. Auch der Partnerin

²⁸⁴ Wohn, S. 149.

²⁸⁵ Süddeutsche Zeitung vom 10.06.2009; abrufbar: <http://www.sueddeutsche.de/panorama/176/471709/text/>; letzter Zugriff am 04.12.2009; Spiegel-Online vom 10.06.2009, abrufbar: <http://www.spiegel.de/panorama/leute/0,1518,629677,00.html>; letzter Zugriff am 04.12.2009.



des gebärenden Mannes kann das Kind nicht zugeordnet werden, da diese das Kind nicht geboren hat.

In der deutschen Literatur wurde 2008 ein ähnlich gelagerter Fall²⁸⁶ diskutiert: Ein Mann hatte sich in eine Frau umoperieren lassen. Vor seiner Geschlechtsumwandlung hatte er seinen Samen bei einer Samenbank hinterlegt. Später wurde die Lebenspartnerin des früheren Mannes mit dem kryokonservierten Samen befruchtet. Bei dem Transsexuellen handelte es sich daher um den biologischen Vater der im Jahre 1997 geborenen Zwillinge. Deshalb wollte er die Vaterschaft zu den Zwillingen anerkennen.

Einer wirksamen Anerkennung sollte grundsätzlich der Wortlaut des § 1592 BGB entgegenstehen, wonach Vater eines Kindes nur ein „Mann“ sein kann. Eine andere Ansicht wurde 2008 in einem DIJuF-Rechtsgutachten²⁸⁷ vertreten. Darin wurde ausgeführt, dass auch der Transsexuelle die Vaterschaft zu den beiden Kindern anerkennen könne. § 1592 BGB, nach dem nur ein Mann die Vaterschaft zu einem Kind anerkennen könne, stünde einer wirksamen Anerkennung nur auf den ersten Blick entgegen. Zwar sei in § 10 Abs. 1 Transsexuellengesetz bestimmt, dass sich ab der Rechtskraft einer gerichtlichen Entscheidung die vom Geschlecht abhängigen Rechte und Pflichten nach dem neuen Geschlecht richten; dies gelte jedoch nur, soweit durch Gesetz nichts anderes bestimmt sei. Eine solche andere gesetzliche Regelung könnte in § 11 Transsexuellengesetz zu sehen sein. Gemäß § 11 Transsexuellengesetz lässt die Entscheidung, dass der Antragsteller als dem anderen Geschlecht zugehörig anzusehen ist, das Rechtsverhältnis zwischen Antragsteller und seinen Kindern unberührt. Zwar habe der Gesetzgeber mit § 11 Transsexuellengesetz das Abstammungsverhältnis zu Kindern regeln wollen, die im Zeitpunkt der rechtskräftigen Entscheidung bereits geboren waren. Jedoch habe der Gesetzgeber die streitige Fallgestaltung augenscheinlich nicht bedacht.²⁸⁸ Sie könne auch ohne weiteres unter den Wortlaut der Vorschrift subsumiert werden. Zudem spreche der Sinn und Zweck der Regelung für dieses Ergebnis, da anderenfalls eine rechtliche Abstammungsklä rung ausgeschlossen sei, obwohl im biologisch-genetischen Sinne eindeutig feststehe, wer der Erzeuger des Kindes sei. Deswegen müsse gelten: Unbeschadet einer Geschlechtsumwandlung, nach der die Betroffene nun als Frau zu behandeln sei, müsse sie „hinsichtlich der Abstammung der mit ihrem Samen gezeugten Kinder als Mann behandelt werden.“²⁸⁹ Dies gebietet sich auch vor dem Hintergrund, dass der Transsexuelle die Samenspende noch als Mann abgegeben hat. Zudem würde § 11 Transsexuellengesetz bei enger Auslegung ein gewisses Zufallsmoment zukommen.

Aufgrund der dargelegten Gründe sollte § 11 Transsexuellengesetz analog auch bei der Geburt eines Kindes durch einen Mann angewendet werden. Mutter des Kindes ist daher der

²⁸⁶ DIJuF-Rechtsgutachten vom 06.05.2008, JAmt 2008, S. 362.

²⁸⁷ DIJuF-Rechtsgutachten vom 06.05.2008, JAmt 2008, S. 362.

²⁸⁸ DIJuF-Rechtsgutachten vom 06.05.2008, JAmt 2008, S. 362.

²⁸⁹ DIJuF-Rechtsgutachten vom 06.05.2008, JAmt 2008, S. 362.



Transsexuelle. Hinsichtlich der Zuordnung des Kindes zur Ehefrau des Transsexuellen sollten die später besprochenen Regeln für homosexuelle Paare zur Anwendung gelangen.²⁹⁰

B. Vaterschaft

Als potentielle rechtliche Väter kommen bei einer künstlichen Befruchtung mit Spendersamen in einer heterosexuellen Beziehung sowohl der einwilligende Partner der Mutter als auch der Samenspender in Betracht. Die Zuordnung des Kindes zu seinem rechtlichen Vater erfolgt nach § 1592 BGB.²⁹¹ Danach kann die Vaterschaft auf drei Weisen begründet werden: kraft Vaterschaftsvermutung, aufgrund Vaterschaftsanerkennung sowie aufgrund gerichtlicher Feststellung.

1. Die Vaterschaft des einwilligenden Partners der Mutter

Wie bereits ausgeführt, kann die Zuordnung eines Kindes zu einem Mann als rechtllichem Vater auf drei Weisen erfolgen. Im nachfolgenden Abschnitt soll untersucht werden, ob diese drei Zuordnungsalternativen geeignet und ausreichend sind, um die Vaterschaft des Mannes zu begründen, der die Entstehung eines Kindes gemeinsam mit seiner Partnerin gewünscht hat und daher seine Einwilligung zu einer Befruchtung mit Spendersamen gegeben hat.

a) Vaterschaft aufgrund Ehe mit der Mutter, § 1592 Nr. 1 BGB

Gemäß § 1592 Nr. 1 BGB ist Vater eines Kindes der Mann, „der im Zeitpunkt der Geburt mit der Mutter des Kindes verheiratet ist“. Bei Bestehen einer Ehe greift der Gesetzgeber auch nach der Kindschaftsrechtsreform auf die römische Regel „pater (vero) is est, quem nuptiae demonstrant“²⁹² zurück.²⁹³

Voraussetzung für die Vaterschaftszuordnung zugunsten des Ehemannes der Mutter nach § 1592 Nr. 1 BGB ist, dass der Mann im Zeitpunkt der Geburt des Kindes mit der Mutter verheiratet ist. Die Ehe der Kindeseltern muss wirksam geschlossen worden sein. Unerheblich ist, ob sie aufhebbar ist²⁹⁴. Nur eine Nichtehe²⁹⁵ erzeugt keine Rechtswirkungen. Daher greift allein bei einer Nichtehe die Vaterschaftsvermutung des § 1592 Nr. 1 BGB nicht

²⁹⁰ Siehe S. 127 ff.

²⁹¹ Genenger, S. 32.

²⁹² Niedergelegt in den Digesten 2,4,5 (Paulus); siehe Gaul, FamRZ 1997, S. 1441 (1446).

²⁹³ Schlegel äußert sich kritisch zur Vaterschaftsbegründung des Ehemannes in den Fällen der Ersatzmutterchaft, Schlegel, FuR 1996, S. 116 f.

²⁹⁴ Palandt/Brudermüller, § 1592 Rdn. 3. Die Wirkungen der Eheaufhebung treten nur ex nunc gemäß § 1313 S. 2 BGB ein und haben daher keinen Einfluss auf die vor der Aufhebungsentscheidung erfolgte Vaterschaftszurechnung nach § 1592 Nr. 1 BGB; Palandt/Brudermüller, § 1593 Rdn. 1.

²⁹⁵ Eine solche ist immer dann gegeben, wenn schwere formelle oder materielle Mängel, wie z.B. Nichtabgabe der Eheschließungserklärungen, Abgabe der Eheschließungserklärungen durch ein homosexuelles Paar, Abgabe der Eheschließungserklärungen im privaten Kreis oder nur vor einem Geistlichen, dazu führen, dass der Versuch der Eheschließung ohne jede familienrechtliche Wirkung bleibt; Palandt/Brudermüller, Einf. vor § 1313 Rdn. 5 f. Zur Klärung von Streitfragen über das Vorliegen einer Nichtehe oder aufhebbaren Ehe finden die §§ 121 ff. FamFG Anwendung.

ein.²⁹⁶ Die Ehe der Eltern muss im Zeitpunkt der Geburt des Kindes noch bestehen.²⁹⁷ Maßgebend sind die tatsächlichen Gegebenheiten.²⁹⁸ Die Vaterschaft des Ehemannes wird daher nicht aufgrund der Zeugung des Kindes mit der Mutter, sondern allein aufgrund der Tatsache des Bestehens einer Ehe mit der Mutter des Kindes begründet.²⁹⁹ Wird das Kind vor der Eheschließung geboren, findet die Vaterschaftsvermutung deshalb keine Anwendung. Ebenso verhält es sich, wenn das Kind nach Rechtskraft der Scheidung oder Aufhebung der Ehe geboren worden ist.³⁰⁰

Von dem Erfordernis einer bestehenden Ehe im Zeitpunkt der Geburt des Kindes wird nur im Rahmen von § 1593 BGB eine Ausnahme gemacht, d.h. wenn die Ehe der Eltern durch den Tod der Ehefrau in der Geburtsphase³⁰¹ oder durch den Tod des Ehemannes aufgelöst wurde und das Kind innerhalb von 300 Tagen nach dem Tod des Ehemannes geboren wurde.³⁰²

Festzuhalten ist deshalb, dass dem aus Spendersamen entstandenen Kind einer verheirateten Frau der Ehemann der Mutter automatisch mit der Geburt als Vater zugeordnet wird.³⁰³ Dies gilt selbst dann, wenn die medizinisch unterstützte Zeugung ohne Wissen und/oder Willen des Ehemannes vorgenommen wurde, da das Gesetz nicht zwischen natürlicher Zeugung und Insemination mit Spendersamen unterscheidet.³⁰⁴ Deshalb ist auch das Auseinanderfallen von rechtlicher und genetischer Vaterschaft für die Wirksamkeit der Zuordnung ohne Bedeutung.³⁰⁵ Aus Gründen der Rechtssicherheit und im Hinblick auf den Familienfrieden erfolgt durch die Vaterschaftsvermutung aufgrund Ehe eine eindeutige, schnelle und klare Zuordnung des Kindes.³⁰⁶

²⁹⁶ Grün, Rdn. 26; MükoBGB/Wellenhofer, § 1592 Rdn. 6; Schwab, § 49 Rdn. 539; Staudinger/Rauscher, § 1592 Rdn. 27; Palandt/Brudermüller, § 1593 Rdn. 1.

²⁹⁷ Staudinger/Rauscher, § 1592 Rdn. 21 und 25a.

²⁹⁸ Wohn, S. 168.

²⁹⁹ MükoBGB/Wellenhofer, § 1592 Rdn. 13; Staudinger/Rauscher, § 1592 Rdn. 15 und 23; Palandt/Brudermüller, § 1592 Rdn. 3.

³⁰⁰ Genenger, S. 41; Schwab, § 49 Rdn. 541; Grün, Rdn. 29; Staudinger/Rauscher, § 1592 Rdn. 28a; Erman/Hammermann, § 1592 Rdn. 9.

³⁰¹ Grün, Rdn. 34; Staudinger/Rauscher, § 1593 Rdn. 10; MükoBGB/Wellenhofer, § 1593 Rdn. 5.

³⁰² Insofern siehe S. 119 f.

³⁰³ Erwähnenswert ist, dass sich ähnliche Regelungen in anderen europäischen Rechtsordnungen finden: Gemäß Art. 255 Abs. 1 ZGB gilt im Schweizer Recht der Ehemann der Mutter als Vater des Kindes, wenn die Mutter verheiratet ist. An dieser originären Zuordnung zugunsten des Ehemannes der Mutter ändert sich auch nichts, wenn das Kind mittels medizinisch assistierter Behandlungsmethoden entstanden ist, vgl. Bächler, FamPra.ch 2005, S. 437 (455). In Österreich kommt § 144 ABGB n.F. zur Anwendung, vgl. Koziol/Welser, S. 521 f.

³⁰⁴ Marian, S. 33.

³⁰⁵ Eckersberger, MittBayNot 2002, S. 261 (262).

³⁰⁶ Bernat, MedR 1986, S. 245 (247).



b) **Vaterschaft aufgrund Anerkennung, § 1592 Nr. 2 BGB**

Allein das Bestehen einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft stellt keinen hinreichend konkreten Anknüpfungspunkt dar³⁰⁷, der die Zuordnung eines Kindes aufgrund einer Vaterschaftsvermutung zugunsten des nichtehelichen Lebenspartners rechtfertigen würde.³⁰⁸ Zwar spricht für die biologisch-genetische Vaterschaft des Lebenspartners bei Bestehen einer intakten Lebensgemeinschaft zum Zeitpunkt der Empfängnis des Kindes eine größere Wahrscheinlichkeit als für die Vaterschaft des Ehemannes bei nur faktischem Bestand des Ehebandes; dennoch könnte eine automatische Zuordnung des Kindes zum Lebenspartner der Mutter zu vielen Zweifeln und Streitigkeiten führen.³⁰⁹ Deshalb existiert im deutschen Recht keine Vaterschaftsvermutung „kraft bestehender Lebensgemeinschaft“ zugunsten des festen Lebenspartners der Mutter.³¹⁰

Daher wird auch dem mit Spendersamen gezeugten Kind, dessen Eltern im Zeitpunkt seiner Geburt nicht miteinander verheiratet sind, nicht automatisch mit der Geburt der nichteheliche einwilligende Lebenspartner der Mutter als rechtlicher Vater zugeordnet.³¹¹

Es bedarf vielmehr, wie in § 1592 Nr. 2 BGB vorgesehen, eines positiven Zuordnungsaktes, um die Vaterschaft des einwilligenden Lebenspartners der Mutter herbeizuführen³¹². Voraussetzung für eine wirksame Vaterschaftsanerkennung ist mithin, dass der nichteheliche Lebenspartner seine Anerkennungserklärung in öffentlich beurkundeter Form abgibt und die Mutter ihre Zustimmung zur Anerkennung erteilt.

1) **Anerkennungserklärung**

Die Anerkennungserklärung kann nur von einem Mann³¹³ abgegeben werden. Eine Anerkennung des Kindes durch eine Frau³¹⁴ ist grundsätzlich nicht möglich³¹⁵.

³⁰⁷ Dies widerspricht dem Abstammungsprinzip der Statusklarheit, da nicht festgelegt werden kann, nach welcher Dauer bzw. bei welcher Intensität eine nichteheliche Lebensgemeinschaft der Ehe gleichgesetzt werden kann.

³⁰⁸ Schlegel, FuR 1996, S. 284 (285).

³⁰⁹ Gernhuber/Coester-Waltjen, § 52 II Rdn. 27.

³¹⁰ Spickhoff, AcP 1997, S. 398 (424).

³¹¹ Anders z.B. das australische Recht in den Staaten New South Wales, Victoria, South Australia, Western Australia und Tasmania. Bei konsentierter heterologer Insemination wird der zustimmende feste heterosexuelle Partner der Mutter unwiderleglich als Vater des Kindes vermutet. Zudem wird die Zustimmung des Ehemannes bzw. Partners, allerdings widerleglich, vermutet, wenn sich eine Frau mit Spendersamen inseminieren lässt, vgl. Wiesenbart: Australien, in: Eser/Koch/Wiesenbart (Hrsg.): Regelungen der Fortpflanzungsmedizin und Humangenetik, Band 1, S. 174 f.

³¹² Grün, Rdn. 35.

³¹³ Eine andere Regelung wurde im spanischen Recht getroffen. Es wurde in Art. 7 des Gesetzes 14/2006 v. 26.5 über Techniken der assistierten menschlichen Fortpflanzung ein dritter Absatz eingefügt. Danach kann eine Frau, die mit einer anderen schwangeren Frau verheiratet ist, vor dem Standesbeamten des ehelichen Wohnsitzes ihre Zustimmung dazu erklären, dass bei der Geburt des Kindes ihrer Ehegattin die Abstammung des Geborenen auch zu ihren Gunsten festgestellt wird. Durch die neue Regelung sollen Diskriminierungen unterbunden werden. Art. 8 des Gesetzes 14/2006 i.V.m. Art. 6.3. des Gesetzes 14/2006 regelt die Abstammung für die verheiratete oder die mit einem Lebenspartner zusammenlebende Mutter,



Streitig ist die Rechtsnatur der Anerkennungserklärung. Bruder Müller³¹⁶ geht von der Doppelnatur der Anerkennung aus. Einerseits handele es sich um eine Wissenserklärung. Der Anerkennende erkläre, das Kind als von ihm gezeugt anzusehen, weil er der Mutter in der Empfängniszeit beigewohnt habe. Andererseits stelle sich die Erklärung als Willenserklärung dar; der Anerkennende äußere den rechtsgeschäftlichen Willen, der Vater des Kindes zu sein. Die Anerkennung sei hinsichtlich ihrer Abgabe privatautonomer Akt; ihr Inhalt jedoch sei der Privatautonomie entzogen.³¹⁷ Die Rechtsfolgen der Erklärung träten von Gesetzes wegen ein und nicht weil sie von dem Betreffenden gewünscht seien.³¹⁸

Dagegen wird überwiegend vertreten, es handele sich bei der Anerkennungserklärung um eine einseitige, nicht empfangsbedürftige Willenserklärung.³¹⁹ Durch die Anerkennungserklärung bekunde der Mann, die Rechtswirkungen der Vaterschaft auf sich nehmen zu wollen.³²⁰ Sein Wille müsse sich jedoch nicht auf die mit der Anerkennung verbundenen gesetzlichen Folgen erstrecken.³²¹ Weiterhin sei es nicht erforderlich, dass der Mann der Frau tatsächlich beigewohnt habe.³²² Deshalb sei die biologische Richtigkeit der Erklärung irrelevant.³²³ Auch die bewusst wahrheitswidrig abgegebene Anerkennungserklärung sei rechtlich wirksam.³²⁴ Sie werde von der Rechtsordnung toleriert, obwohl durch sie die Adoptionsvorschriften umgangen werden, und auch strafrechtlich nicht gemäß § 169 StGB sanktioniert.³²⁵

Die Ansicht von Bruder Müller stellt sich als inkonsequent dar und ist daher abzulehnen. Sollte dieser gefolgt werden, ist eine wirksame Anerkennung des einwilligenden Lebenspartners der Mutter nicht möglich: Der anerkennende Lebenspartner hat bereits vor

wenn das Kind durch medizinisch unterstützte Fortpflanzung entstanden ist. Allerdings reicht die bloße Zustimmung zur Vornahme der künstlichen Befruchtung für die Zuordnung nur bei verheirateten homosexuellen Paaren aus. Die Möglichkeit zur Begründung der doppelten Mutterschaft steht im Belieben der homosexuellen Paare, denn die nicht austragende Ehegattin ist lediglich zur Zustimmung zur Zuordnung berechtigt, indes aber nicht verpflichtet. Daraus folgt, dass die homosexuelle verheiratete Frau ohne Einwilligung oder Teilhabe ihrer Partnerin sich einer künstlichen Befruchtung unterziehen kann (im Gegensatz zu einer verheirateten heterosexuellen Frau), vgl. Ferrer I Riba, FamRZ 2007, S. 1513 (1515).

³¹⁴ Z.B. durch die gleichgeschlechtliche Lebenspartnerin der Mutter, siehe auch S. 128.

³¹⁵ Rauscher, FPR 2002, S. 359 (362).

³¹⁶ Palandt/Bruder Müller, § 1594 Rdn. 4; so auch LG Düsseldorf, NJW 2008, S. 388 (389); Firsching, Rpfleger 1970, S. 8 (15); Fehrenbach, S. 23.

³¹⁷ Palandt/Bruder Müller, § 1594 Rdn. 4.

³¹⁸ Palandt/Diederichsen, bis 66. Auflage, § 1594 Rdn. 4.

³¹⁹ Rauscher, FPR 2002, S. 359 (363); MükoBGB/Wellenhofer, § 1594 Rdn. 4 und 6; Gernhuber/Coester-Waltjen § 52 III Rdn. 42 und 44; Schwab, § 49 Rdn. 545; Dethloff, § 10 Rdn. 14; Grün, FuR 2006, S. 497; Zimmermann, S. 387; BayOblG, StAZ 2000, S. 369 (370) = NJW-RR 2000, S. 1602 (1603).

³²⁰ MükoBGB/Wellenhofer, § 1594 Rdn. 4; Staudinger/Rauscher, § 1592 Rdn. 51; Grün, Rdn. 36; Zimmermann, S. 387.

³²¹ MükoBGB/Wellenhofer, § 1594 Rdn. 4; Zimmermann, S. 387.

³²² Rauscher, FPR 2002, S. 359 (363);

³²³ Rauscher, FPR 2002, S. 359 (360).

³²⁴ Palandt/Bruder Müller, § 1598 Rdn. 2; Gernhuber/Coester-Waltjen, § 52 III Rdn. 43; OLG Koblenz, FamRZ 2007, S. 2098; Grün, FuR 2006, S. 497; Zimmermann, S. 388.

³²⁵ Gernhuber/Coester-Waltjen, § 52 III Rdn. 43; LG Düsseldorf, NJW 2008, S. 388 (389).



der Zeugung positive Kenntnis, dass das Kind biologisch nicht von ihm abstammen wird. Damit gibt er bewusst eine unrichtige Vaterschaftserklärung ab und bringt mit seiner Erklärung zum Ausdruck, dass er auch unter diesen Umständen die rechtliche Verantwortung für das Kind übernehmen möchte.³²⁶ Da Bruder Müller³²⁷ der Erklärung eine Wissenskomponente zuschreibt, müsste sie bei strenger Auslegung als unwirksam behandelt werden. Bruder Müller erkennt jedoch an, dass auch eine bewusst wahrheitswidrige Anerkennung wirksam ist und Rechtswirkungen erzeugt.³²⁸ Zudem besteht in Rechtsprechung und Literatur Einigkeit, dass auch der Anerkennende, der bereits bei Abgabe der Erklärung wusste, dass er nicht der biologische Vater des Kindes ist, zur Anfechtung der Vaterschaft gemäß § 1600 BGB berechtigt bleibt.³²⁹ Gegen die von Bruder Müller vertretene Ansicht spricht weiterhin, dass auch der Mann, der weiß, dass er der Mutter während der Empfängniszeit beigewohnt hat, seine Vaterschaft nur vermuten kann.³³⁰ Daher ist die Ansicht, die der Anerkennungserklärung eine Doppelnatur zuschreibt, abzulehnen. Bei der Anerkennungserklärung handelt es sich um eine einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung.

Mithin ist es dem einer heterologen künstlichen Befruchtung zustimmenden Lebenspartner nicht verwehrt, die Anerkennungserklärung für das Kind abzugeben. Damit die Anerkennung wirksam ist, müssen die weiteren in den §§ 1594 ff. BGB aufgestellten Voraussetzungen erfüllt sein.

a. Höchstpersönlichkeit

Bei der Anerkennungserklärung handelt es sich um eine höchstpersönliche Erklärung. Sie kann daher nicht von einem Bevollmächtigten abgegeben werden, § 1596 Abs. 4 BGB. Auch der unter Betreuung stehende bzw. nur beschränkt geschäftsfähige Lebenspartner kann die Vaterschaft nur selbst anerkennen, § 1596 Abs. 1 S. 1, Abs. 3 BGB.³³¹ Für den Geschäftsunfähigen gibt der gesetzliche Vertreter, der mit Genehmigung des Familiengerichtes handelt, die Anerkennungserklärung ab, § 1596 Abs. 1 S. 3 BGB.

b. Form der Anerkennungserklärung

Um den Formanforderungen des § 1597 Abs. 1 BGB zu genügen, muss die Anerkennungserklärung des nichtehelichen Lebenspartners öffentlich beurkundet werden.

³²⁶ Luh, S. 104.

³²⁷ Zuvor bereits Diederichsen in der Palandt-Kommentierung, Palandt/Diederichsen, 69. Auflage, § 1594 Rdn. 4.

³²⁸ Palandt/Bruder Müller, § 1594 Rdn. 4; darauf auch hinweisend, Zimmermann, S. 388.

³²⁹ Rauscher, FPR 2002, S. 359 (363); MüKoBGB/Wellenhofer, § 1594 Rdn. 4; Gernhuber/Coester-Waltjen, § 52 III Rdn. 43; Dethloff, § 10 Rdn. 32; Muscheler, FPR 2005, S. 177; Zimmermann, S. 388; OLG Köln, FamRZ 2006, S. 1280 (1281); OLG Köln, FamRZ 2007, S. 2098.

³³⁰ Zimmermann, S. 58.

³³¹ Der beschränkt Geschäftsfähige bedarf dazu allerdings der Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters, § 1596 Abs. 1 S. 2 BGB.



Bei Nichtbeachtung dieser Formvorschrift ist die Anerkennungserklärung gemäß § 125 S.1 BGB nichtig.

c. Bedingungs- und Befristungsfeindlichkeit

Gemäß § 1594 Abs. 3 BGB ist die Anerkennung bedingungs- und befristungsfeindlich. Sie darf daher weder unter einer Bedingung im Sinne von § 158 BGB noch unter einer Zeitbestimmung im Sinne von § 163 BGB abgegeben werden. Diese Anforderung an die Erklärung folgt aus dem Sinn und Zweck der Anerkennung, „den Personenstand mit Wirkung für und gegen jedermann festzustellen“³³². Auf die inhaltliche Richtigkeit der Erklärung kommt es nicht an.³³³ Die Anerkennungserklärung kann grundsätzlich nicht vor der Zeugung eines Kindes abgegeben werden; anderenfalls stünde die Anerkennung unter der Bedingung eines Schwangerschaftseintritts.³³⁴

d. Zeitpunkt der Anerkennung

Fraglich bleibt dennoch, ab welchem Zeitpunkt die Anerkennungserklärung des in eine künstliche Befruchtung mit Spendersamen einwilligenden Lebenspartners wirksam abgegeben werden kann.

i. Regelung des § 1594 Abs. 4 BGB

Gemäß § 1594 Abs. 4 BGB kann die Anerkennung bereits vor der Geburt eines Kindes erklärt werden (pränatale Anerkennung) und wird daher regelmäßig im Zeitraum zwischen Zeugung und Geburt³³⁵, bei einer natürlichen Zeugung frühestens jedoch nach Feststellung der Schwangerschaft erfolgen³³⁶. Ihre rechtliche Wirkung entfaltet die Erklärung auch bei pränataler Anerkennung erst mit der Vollendung der Geburt³³⁷, sofern die erforderlichen Zustimmungserklärungen vorliegen. Sollten diese fehlen, treten die Rechtsfolgen der Anerkennung erst in dem Zeitpunkt ein, in dem die letzte notwendige Zustimmungserklärung abgegeben wird.³³⁸

In den Fällen der künstlichen Befruchtung mit Spendersamen könnte ein berechtigtes Interesse aller Beteiligten daran bestehen, die Vaterschaft bereits vor der Zeugung des Kindes abschließend zu klären.

³³² Rauscher, FPR 2002, S. 359 (363).

³³³ Genenger, S. 45.

³³⁴ MükoBGB/Wellenhofer, § 1594 Rdn. 41; Muscheler, FPR 2005, S. 177.

³³⁵ BT-Drs. 5/2370, S. 27; Spickhoff, AcP 1997, S. 398 (425).

³³⁶ Taupitz/Schlüter, AcP 2005, S. 591 (594).

³³⁷ MükoBGB/Wellenhofer, § 1594 Rdn. 41; Rauscher, FPR 2002, S. 359 (362); Staudinger/Rauscher, § 1594 Rdn. 51; Grün, Rdn. 46.

³³⁸ Grün, Rdn. 46.

ii. Präkonzeptionelle Anerkennung

Der Wortlaut des § 1594 Abs. 4 BGB gibt keinen Aufschluss, ob im Fall einer heterologen Insemination die Anerkennung der Vaterschaft bereits vor der Zeugung des Kindes, d.h. eine präkonzeptionelle Anerkennung möglich ist. Die Zulässigkeit der präkonzeptionellen Anerkennung ist deshalb in der Literatur umstritten.

(1) Zulässigkeit der präkonzeptionellen Anerkennung

Nach einer Ansicht³³⁹ ist die präkonzeptionelle Anerkennung bei einer heterologen Insemination zulässig. Sinnvollerweise müsse die Anerkennung der Vaterschaft und die Einwilligung in die Befruchtung mit Spendersamen sogar in einem Zug, d.h. uno actu, erklärt werden können.³⁴⁰ § 1594 Abs. 4 BGB stehe nach seinem Wortlaut der präkonzeptionellen Anerkennung nicht entgegen,³⁴¹ da die Zeugung vor der Geburt des Kindes liege.³⁴² Einschränkend wird von einigen Vertretern dieser Ansicht jedoch gefordert, dass sich die Anerkennung auf eine konkret bevorstehende Zeugung beziehen müsse.³⁴³

Vertreter dieser Ansicht weisen zudem darauf hin³⁴⁴, dass der Wortlaut des § 1594 Abs. 3 BGB teleologisch reduziert werden müsse, um die Bedingungs- und Befristungsfeindlichkeit zu überwinden. Für die teleologische Reduktion der Vorschrift spreche, dass der Gesetzgeber die Anerkennung des Kindes vor der Geburt in § 1594 Abs. 4 BGB erlaubt habe, um die seelischen Belastungen für die Mutter zu verringern, die Unsicherheiten hinsichtlich der väterlichen Abstammung zu beseitigen und eine rasche und unkomplizierte Klärung des Personenstandes sowie der Unterhaltsansprüche herbeizuführen.³⁴⁵ Die besondere Situation bei einer künstlichen Befruchtung mit Spendersamen habe der Gesetzgeber bei der

³³⁹ MükoBGB/Wellenhofer, § 1594 Rdn. 41, Spickhoff, AcP 1997, S. 398 (427), Palandt/Brudermüller, 72. Auflage, § 1594 Rdn. 9; Dethloff, § 10 Rdn. 85; Rütz, S. 108 f.; Roth, DNotZ 2003, S. 805 (808); Taupitz/Schlüter, AcP 2005, S. 591 (595); Wellenhofer, § 31 Rdn. 16; wohl auch für den Fall der homologen In-vitro-Fertilisation: DIJuF-Rechtsgutachten vom 10.08.2005, JAmt 2005, S. 451; Erman/ Hammermann, § 1600 Rdn. 26; Erman/Hammermann, § 1594 Rdn. 14: danach muss sich die Anerkennung aber auf eine konkret bevorstehende Zeugung beziehen; wohl auch Stepan, der die Zustimmung zur künstlichen Befruchtung als antizipierte Anerkennung verstehen möchte, vgl. Stepan: Rechtsvergleichende Gedanken zur Regelung der heterologen Insemination, in: Stoffel/Volken (Hrsg.): Festschrift für von Overbeck, S. 545 (571).

³⁴⁰ Roth, DNotZ 2003, S. 805 (808); MükoBGB/Wellenhofer, § 1594 Rdn. 41.

³⁴¹ Spickhoff, AcP 1997, S. 398 (425).

³⁴² Taupitz/Schlüter, AcP 2005, S. 591 (594).

³⁴³ Erman/Hammermann, § 1594 Rdn. 14; Rütz, S. 109. Nach MükoBGB/Wellenhofer, § 1594 Rdn. 41 müsse es dem Mann sogar ermöglicht werden, seine Einwilligung und Anerkennung auf einen bestimmten Behandlungszeitraum zu beschränken.

³⁴⁴ Spickhoff, AcP 1997, S. 398 (426); Taupitz/Schlüter, AcP 2005, S. 591 (594 f.); Weinbrecht: Rechtsprobleme der künstlichen Insemination de lege lata und de lege ferenda, in: Löhnig/Gietl (Hrsg.): Beiträge zur Reform des Familien- und Erbrechts, S. 258 (300 f.); Rütz, S. 108 f.

³⁴⁵ BT-Drs. 5/2370, S. 27; Weinbrecht: Rechtsprobleme der künstlichen Insemination de lege lata und de lege ferenda, in: Löhnig/Gietl (Hrsg.): Beiträge zur Reform des Familien- und Erbrechts, S. 258 (300); Soergel/Gaul, 12. Auflage, § 1600b Rdn. 6; dagegen geht Schmidt-Recla davon aus, dass sich der Gesetzgeber bei Normierung der pränatalen Anerkennung lediglich vom Regelfall leiten ließ. Die Begründung der Norm mit der seelischen Entlastung der Mutter stelle dagegen eine altväterliche Erwägung dar, Soergel/Schmidt-Recla, § 1594 Rdn. 29.



Normierung des § 1594 Abs. 3 BGB nicht bedacht.³⁴⁶ Die von ihm angeführten schützenswerten Belange seien nicht nur vor der Geburt, sondern bereits vor der Zeugung des Kindes gegeben.³⁴⁷ Daher sei die teleologische Reduktion von § 1594 Abs. 3 BGB geboten. Zudem bestehe bei Zulassung der präkonzeptionellen Anerkennung auch nicht die Gefahr vor vorschnellen und unüberlegten Handlungen, da die Formanforderungen des § 1597 Abs. 1 BGB eingehalten werden müssten.³⁴⁸ Letztendlich bedeute die präkonzeptionelle Anerkennung nur eine geringfügige Vorverlagerung des Anerkennungszeitpunktes.³⁴⁹ Dadurch werde kein Mehr an Pflichten auf Seiten des einwilligenden Partners begründet, da die Anerkennungserklärung erst im Zeitpunkt der Geburt des Kindes wirksam werde³⁵⁰.

Roth³⁵¹ möchte die Vaterschaftsanerkennung vor der Zeugung analog zu dem in § 1594 Abs. 4 BGB geregelten Fall behandeln. Dafür spreche, dass für die heterologe Insemination bisher keine abstammungsbegründende Regelung erlassen worden sei. Zudem sei die Interessenlage vergleichbar: Auch die pränatale Anerkennung erfolge unter einer Bedingung bzw. Wirksamkeitsvoraussetzung, da das bereits gezeugte Kind lebend zur Welt kommen müsse.³⁵² Die zur pränatalen Anerkennung zeitlich vorverlagerte präkonzeptionelle Anerkennung entscheide sich von dieser nur insofern, dass bei ihr nicht nur die Geburt eines Kindes, sondern auch der Eintritt einer Schwangerschaft vorausgesetzt werde. Bedenken aufgrund der Unwiderruflichkeit der Anerkennung seien auch nicht angezeigt, da zumindest die Einwilligung in die Befruchtung mit Spendersamen bis zur Vornahme der Behandlung widerrufen werden könne. Nach Widerruf der Einwilligungserklärung werde eine Befruchtung nicht mehr vorgenommen. Daher komme es zu keiner Schwangerschaft, so dass auch die Anerkennung ins Leere liefe.³⁵³

(2) Unzulässigkeit der präkonzeptionellen Anerkennung

Nach anderer Ansicht ist eine präkonzeptionelle Anerkennung unzulässig.³⁵⁴ Bei der Anerkennung handele es sich ausweislich § 1594 Abs. 3 BGB um ein bedingungsfeindliches

³⁴⁶ Spickhoff, AcP 1997, S. 398 (426).

³⁴⁷ Taupitz/Schlüter, AcP 2005, S. 591 (595).

³⁴⁸ Taupitz/Schlüter, AcP 2005, S. 591 (595).

³⁴⁹ Weinbrecht: Rechtprobleme der künstlichen Insemination de lege lata und de lege ferenda, in: Löhnig/Gietl (Hrsg.): Beiträge zur Reform des Familien- und Erbrechts, S. 258 (300).

³⁵⁰ MüKoBGB/Wellenhofer, § 1594 Rdn. 41.

³⁵¹ Roth, DNotZ 2003, S. 805 (808).

³⁵² Roth, DNotZ 2003, S. 805 (808).

³⁵³ Roth, DNotZ 2003, S. 805 (808).

³⁵⁴ Gernhuber/Coester-Waltjen, § 53 II Rdn.7; Staudinger/Rauscher, § 1594 Rdn. 50; Fachausschuss Nr. 3612, StAZ 2002, S. 125 (126); Eckersberger, MittBayNot 2002, S. 261 (262); Kirchmeier, FamRZ 1998, S. 1281 (1286); Schumacher, FamRZ 1987, S. 313 (317); Sauer, S. 140; Wanitzek, S. 56 und 333; Wehrstedt, RNotZ 2005, S. 109 (111); Wohn, S. 61; Helms: Familienrechtliche Grundlagen, in: Duttge/Engel/Lipp/Zoll (Hrsg.): Heterologe Insemination, S. 37 (40); wohl auch DIJuF-Rechtsgutachten vom 13.05.2002, JAmt 2002, S. 242 (243); Coester-Waltjen, Reproduktionsmedizin 2002, S. 183 (190); Muscheler, Rdn. 548; Wellenhofer, FamRZ 2013, S. 825 (830); noch zum Familienrecht vor der Reform Coester-Waltjen: Die

Gestaltungsgeschäft.³⁵⁵ Die präkonzeptionelle Anerkennung stehe jedoch unter der stillschweigenden Bedingung, dass es zur Zeugung eines Kindes komme.³⁵⁶ Das Kind, das anerkannt werden soll, existiere noch gar nicht und könne mithin auch nicht eindeutig identifiziert werden.³⁵⁷ Da das Anerkenntnis nicht mit einer Bedingung versehen werden könne, resultiere daraus ein objektloses Anerkenntnis. Damit würde ein neues Rechtsinstitut geschaffen.³⁵⁸ Auch solle durch die präkonzeptionelle Anerkennung die Entstehung eines Kindes erst ermöglicht werden. Die Anerkennung stehe daher nicht nur unter der stillschweigenden Bedingung der Zeugung eines Kindes; vielmehr solle die Zustimmung erst die Voraussetzung für eine Befruchtung mit Spendersamen schaffen. Damit werde der Sinn der Anerkennung verändert und die vom Gesetzgeber mit der Regelung des § 1594 Abs. 4 BGB verfolgte Intention verfehlt.³⁵⁹

Zudem könne die Erklärung des Mannes auch kaum in der Weise verstanden werden, dass er rechtlicher Vater jedes Kindes seiner Lebensgefährtin –auch des Kindes, das seine Lebensgefährtin mit einem anderen Mann auf natürliche Weise zeugen werde– sein wolle.³⁶⁰ Anderenfalls müsste dies eindeutig aus der Erklärung des Mannes hervorgehen und der nichteheliche Lebenspartner damit eine „Blanko“-Anerkennung abgeben. Im Regelfall werde eine Blanko-Anerkennung jedoch nicht dem Willen des Wunschvaters entsprechen, da er nur die Kinder anerkennen wolle, die durch künstliche Befruchtung mit Spendersamen entstanden seien. Eine solche Einschränkung der Erklärung verstoße aber unbestritten gegen den ausdrücklichen Wortlaut des § 1594 Abs. 3 BGB.³⁶¹

Weiterhin wird betont, dass die Widerruflichkeit der Einwilligung dem Wesen der Anerkennung widerspreche.³⁶² Zwar müsse dem nichtehelichen Lebenspartner der Widerruf der Einwilligungserklärung möglich sein, solange eine Befruchtung noch nicht erfolgt sei.³⁶³ Einer derartigen Widerrufsmöglichkeit stehe jedoch die Rechtsnatur der Anerkennungserklärung als abgegebene, aber nicht empfangsbedürftige Willenserklärung, von der sich der Anerkennende vor der Geburt des Kindes nur durch deren Anfechtung lösen könne, entgegen.³⁶⁴

Eltern-Kind-Zuordnung bei künstlicher Befruchtung, in: Lanz-Zumstein (Hrsg.): Gentechnologie – Chancen und Risiken, Band 9: Embryonenschutz und Befruchtungstechnik, S. 80 (81).

³⁵⁵ Zimmermann, DNotZ 1998, S. 404 (409).

³⁵⁶ Eckersberger, MittBayNot 2002, S. 261 (262).

³⁵⁷ Luh, S. 103; Wanitzek, S. 56 und 333.

³⁵⁸ Kirchmeier, FamRZ 1998, S. 1281 (1286).

³⁵⁹ Fachausschuss Nr. 3612, StAZ 2002, S. 125 (126).

³⁶⁰ Helms: Familienrechtliche Grundlagen, in: Duttge/Engel/Lipp/Zoll (Hrsg.): Heterologe Insemination, S. 37 (39). Vielmehr wolle der Zustimmende nur das Kind anerkennen, das von der näher bezeichneten Frau unter Verwendung von Spendersamen geboren werde.

³⁶¹ Wehrstedt, RNotZ 2005, S. 109 (113).

³⁶² Roth, DNotZ 2003, S. 805 (808).

³⁶³ BGH, NJW 1995, S. 2028 (2030).

³⁶⁴ Spickhoff, AcP 1997, S. 398 (426).

(3) Stellungnahme

Die präkonzeptionelle Anerkennung ist abzulehnen. Zwar könnte durch eine präkonzeptionelle Anerkennung das Kind seinem Wunschvater schnell, einfach und möglichst frühzeitig zugeordnet und damit die Intention der pränatalen Anerkennung³⁶⁵ bereits vor der Zeugung des Kindes umgesetzt werden. Dies läge vor allem im Interesse der noch werdenden Mutter, die sich bei frühzeitiger Vaterschaftszuordnung nicht der drohenden Vaterlosigkeit und damit der möglicherweise fehlenden finanziellen Absicherung für ihr Kind ausgesetzt sähe.

Dieses Interesse an Absicherung kann jedoch nicht zur Zulässigkeit der präkonzeptionellen Anerkennung führen. Gegenstand der Anerkennung ist die Vaterschaft an dem Kind und nicht die Herbeiführung der Schwangerschaft.³⁶⁶ Anerkennen kann man nur das, was tatsächlich besteht oder schon vorhanden ist, da es sich bei der Anerkennung um „eine besonders intensive Form des Erkennens“ handelt. Damit ist Gegenstand der Anerkennung „nicht der Wille zur Vaterschaft, sondern die Vaterschaft selbst“.³⁶⁷ Der werdenden Mutter sollen nach der Ratio des § 1594 Abs. 4 BGB zusätzliche seelische Belastungen durch eine schnelle Klärung des Personenstandes erspart werden. Da bei einer heterologen Insemination die Schwangerschaft der Anerkennung nachfolgen soll, kann die Ratio des § 1594 Abs. 4 BGB nur teilweise erreicht werden.³⁶⁸ Schließlich ist die werdende Mutter den beschriebenen Belastungen tatsächlich erst nach Eintritt der Schwangerschaft ausgesetzt.

Die Einwilligung in eine künstliche Befruchtung mit Spendersamen stellt im Gegensatz zu der Anerkennung nicht die Übernahme der Elternschaft für ein bereits gezeugtes oder geborenes Kind dar; vielmehr soll durch sie die Zeugung eines Kindes erst veranlasst werden.³⁶⁹ Damit besteht der Sinn der Einwilligung darin, die heterologe Insemination und damit die Entstehung eines Kindes zu ermöglichen.³⁷⁰ Die Anerkennung kann ihr daher zeitlich nur nachfolgen, da nur ein bereits tatsächlich existierendes Kind anerkannt werden kann. Die Zulassung der präkonzeptionellen Anerkennung würde daher den Sinn der Anerkennung verändern: Sie würde sich nicht mehr auf die Folgen einer Schwangerschaft beziehen, sondern diese erst ermöglichen. Damit wird die Reichweite der die Mutter begünstigenden Regelung des § 1594 Abs. 4 BGB überschritten.³⁷¹

Auch die sonstigen Argumente, die für die Zulässigkeit der präkonzeptionellen Anerkennung aufgeführt werden, tragen nicht. Die Einhaltung der Formvorschrift des § 1597 Abs. 1 BGB, die den nichtehelichen Lebenspartner vor vorschnellen und unüberlegten Handlungen schützen soll, scheint ohne eindeutige gesetzliche Normierung der Voraussetzungen einer

³⁶⁵ MüKoBGB/Wellenhofer, § 1594 Rdn. 40.

³⁶⁶ MüKoBGB/Wellenhofer, § 1594 Rdn. 41.

³⁶⁷ Muscheler, Rdn. 548.

³⁶⁸ Muscheler, Rdn. 548.

³⁶⁹ Coester-Waltjen, NJW 1983, S. 2059; BGH NJW 1983, 2073 (2074).

³⁷⁰ Fachausschuss Nr. 3612, StAZ 2002, S. 125 f.

³⁷¹ Fachausschuss Nr. 3612, StAZ 2002, S. 125 (126).

heterologen Insemination nicht sichergestellt. Nach der derzeitigen ärztlichen Praxis werden die Einwilligungserklärungen der Beteiligten sowie die Erklärung des Mannes, dass er die Vaterschaft zu dem Kind anerkennen werde, nur schriftlich festgehalten. Es ist zwar davon auszugehen, dass die öffentlichen Stellen, die für die öffentliche Beurkundung der Anerkennung zuständig sind³⁷², eine Beurkundung der Anerkennung allein aufgrund der Vorlage der schriftlichen Erklärung nicht vornehmen werden. Die umgekehrte Annahme, dass Reproduktionsmediziner stets die Behandlung erst nach Vorlage der beurkundeten präkonzeptionellen Anerkennungserklärung ohne gesetzliche Verpflichtung durchführen werden, erscheint jedoch lebensfremd. Eine Aufweichung der Formvorschrift könnte die Folge in den Fällen sein, in denen der nichteheliche Lebenspartner zwar schriftlich in die Behandlung eingewilligt und dabei auch die Verpflichtung zur späteren Anerkennung des Kindes abgegeben hat, jedoch später nicht mehr bereit ist, diese Erklärung vor einer öffentlichen Stelle zu wiederholen. Insoweit könnte argumentiert werden, dass auch diesen Müttern und Kindern der Schutz des Gesetzes zukommen müsse, weswegen die Einhaltung der Form im Fall der präkonzeptionellen Anerkennung bei einer heterologen Insemination ausnahmsweise entbehrlich sei.

Auch kann die Argumentation nicht überzeugen, dass die Einwilligung als Ausgleich für die Unwiderruflichkeit der Anerkennungserklärung bis zur Vornahme der Behandlung widerrufen werden könne. Die Anerkennung selbst kann nicht widerrufen werden³⁷³; sie kann nur vor der Geburt des Kindes angefochten werden. Bei Widerruf der Einwilligungserklärung wäre daher eine funktionslose rechtliche Erklärung vorhanden. Der Lebenspartner ist trotz Widerruf der Einwilligung auch nicht zwingend vor den Folgen seiner ursprünglichen Erklärung geschützt. Falls seine Partnerin trotz Widerruf eine Behandlung vornehmen ließe, könnte er sich nur noch durch die Anfechtung der Vaterschaft von dem nicht mehr mit seinem Willen gezeugten Kind lossagen. Die Beweislast für den wirksamen Widerruf der Einwilligung würde ihm obliegen. Weiterhin wäre der Einwilligende bereits mit Abgabe der präkonzeptionellen Anerkennungserklärung den Ansprüchen aus §§ 1615n S. 1 2. Fall und 1615l BGB³⁷⁴ ausgesetzt. Insoweit hätte die Erklärung keine statusbegründende Wirkung³⁷⁵, würde aber dennoch Rechtsfolgen nach sich ziehen.

Zudem handelt es sich nicht nur um eine geringfügige Vorverlegung des Anerkennungszeitpunktes. Bei dieser Argumentation wird nämlich übersehen, dass selbst unter günstigsten Umständen die Konzeptionsrate nur bei 30% liegt.³⁷⁶ Damit wird also in

³⁷² Zuständig sind der Standesbeamte gemäß § 44 Abs. 1 PStG, der Notar gemäß § 20 BNotO, der Rechtspfleger des Amtsgerichts gemäß § 62 Abs. 1 Nr. 1 BeurkG i.V.m. § 3 Nr. 1 lit. f RPfIG sowie das Jugendamt gemäß § 59 Abs. 1 Nr. 1 SGB VIII.

³⁷³ Spickhoff, AcP 1997, S. 398 (426); Wachsmann, StAZ 2002, S. 177 (178); Hepting/Gaaz, Band 2, V 73.

³⁷⁴ Ungeachtet seiner moralischen Verpflichtung aufgrund Zustimmung zur Behandlung mittels heterologer Insemination.

³⁷⁵ Staudinger/Rauscher, § 1594 Rdn. 50.

³⁷⁶ Andere Quellen sprechen von einer etwa 50% Wahrscheinlichkeit einer Schwangerschaft, Günther/Fritzsche/Carol/Reiher/Winkler, Reproduktionsmedizin 2001, S. 271 und S. 274.

zwei von drei Fällen eine präkonzeptionelle Anerkennung zunächst ins Leere laufen. Zwar könnte dieses Ergebnis nivelliert werden, wenn man die präkonzeptionelle Anerkennung nicht nur für eine unmittelbar bevorstehende Befruchtung gelten lassen würde. In Anbetracht der niedrigen Konzeptionsraten müsste die Anerkennung auch nicht vor jeder weiteren Behandlung wiederholt werden.³⁷⁷ Dennoch wäre die Anerkennung nicht nur mit erheblicher Unsicherheit und mit einem Verstoß gegen die Bedingungsfeindlichkeit des § 1594 Abs. 3 BGB verbunden, sondern sie erwiese sich auch als ungeeignet und unpraktikabel, um mehr Rechtssicherheit zu gewährleisten. Zudem könnte der Zeitraum zwischen Anerkennung und erfolgreicher Befruchtung beliebig festgelegt werden. Damit wäre aber nicht nur eine geringfügige Vorverlegung des Anerkennungszeitpunktes verbunden. Bei Beschränkung der Anerkennung auf eine bestimmte künstliche Befruchtung mit Spendersamen andererseits wird der Verstoß gegen § 1594 Abs. 3 BGB weiter manifestiert, da die Anerkennung mit der zusätzlichen Bedingung verknüpft werden müsste, dass nur das Kind anerkannt werde, das innerhalb des anvisierten Befruchtungszeitraumes entstanden ist. In der Mehrzahl der Fälle würde zudem versucht, den Personenstand einer Person zu klären, die tatsächlich nicht existieren wird.

Eine präkonzeptionelle Anerkennung muss auch nicht aus Gleichbehandlungsgesichtspunkten für zulässig gehalten werden. Sicherheit, dass im Zeitpunkt der Geburt tatsächlich der Ehemann der Mutter dem Kind als Vater zugeordnet werden kann, besteht auch bei Kindern, deren Eltern im Zeitpunkt der Behandlung verheiratet sind, nicht, da eine Auflösung der Ehe durch Scheidung, z.B. aufgrund der Härtefallregelung gemäß § 1565 Abs. 2 BGB, vor der Geburt des Kindes möglich ist.

Letztendlich handelt es sich bei der Bejahung der Zulässigkeit der präkonzeptionellen Anerkennung nur um einen Versuch der Literatur, die Folgen einer zunächst einvernehmlich gewollten Insemination, später aber einseitig aufgekündigten Vereinbarung abzumildern. Diese Aufgabe obliegt jedoch dem Gesetzgeber, der im Hinblick auf die Problematik seit Jahren untätig bleibt und sich auch im Rahmen des Kinderrechteverbesserungsgesetzes zu keiner entsprechenden Regelung entschließen konnte.

2) Zustimmungserklärung

Die Mutter und das Kind brauchen sich auch im Fall einer künstlichen Befruchtung mit Spendersamen den Anerkennenden nicht als Vater „aufzwingen“ zu lassen³⁷⁸. Vielmehr müssen gemäß § 1595 BGB die Mutter bzw. das Kind der Anerkennung durch den Mann zustimmen.

³⁷⁷ Beachtet werden muss aber, dass auch bei natürlicher Zeugung die Anerkennung nicht länger als 10 Monate zurückliegen darf, da die sich anderenfalls nicht auf diese Schwangerschaft bzw. dieses Kind gerichtet war, MükoBGB/Wellenhofer, § 1594 Rdn. 41.

³⁷⁸ Palandt/Brudermüller, § 1595 Rdn. 1.



a. Zustimmungserklärung der Mutter

Die Anerkennungserklärung des Mannes bedarf der Zustimmung durch die Mutter, § 1595 Abs. 1 BGB. Insoweit handelt die Mutter aus eigenem Recht.³⁷⁹ Das Zustimmungserfordernis gilt bei allen Anerkennungen, also auch bei der Anerkennung eines Kindes, das durch eine künstliche Befruchtung mit Spendersamen gezeugt wurde.

b. Zustimmungserklärung des Kindes

Die Zustimmung des Kindes ist nach der Reform des Kindschaftsrechts 1998 nur noch in Ausnahmefällen notwendig. Gemäß § 1595 Abs. 2 BGB ist seine Zustimmung vonnöten, wenn der Mutter die elterliche Sorge insoweit³⁸⁰ nicht zusteht³⁸¹, z.B. weil das Kind bereits volljährig ist, die elterliche Sorge der Mutter gemäß § 1666 BGB entzogen ist,³⁸² die elterliche Sorge der Mutter gemäß § 1673 BGB ruht³⁸³ oder die Mutter nach §§ 1795 Abs. 1 Nr. 1, 1629 Abs. 2 S. 1 BGB von der Vertretung des Kindes ausgeschlossen ist, weil der Anerkennende ihr Ehemann ist.³⁸⁴ Jedoch gilt das Zustimmungserfordernis nicht anstelle der Zustimmung der Mutter, sondern tritt selbstständig neben die Zustimmungserklärung der Mutter.³⁸⁵ Im Regelfall dürfte die Zustimmung des Kindes bei einer heterologen Insemination aufgrund des Nichtvorliegens der oben aufgezeigten Ausnahmen jedoch nicht notwendig sein.

c. Voraussetzungen einer wirksamen Zustimmung

Die Zustimmungserklärung gleicht der Anerkennungserklärung. Sie ist eine einseitige Willenserklärung, die zeitlich vor oder nach der Anerkennung erklärt werden kann,³⁸⁶ sich aber auf die Anerkennung der Vaterschaft durch einen konkreten Mann beziehen muss.³⁸⁷ Die Zustimmung ist unwiderruflich und unanfechtbar.³⁸⁸ Sie ist bedingungs- und befristungsfeindlich, §§ 1595 Abs. 3, 1594 Abs. 3 BGB. Ihre Abgabe ist bereits vor der Geburt des Kindes möglich, §§ 1595 Abs. 3, 1594 Abs. 4 BGB. Wie die Anerkennung ist sie höchstpersönlich zu erklären. Bei beschränkter Geschäftsfähigkeit oder Geschäftsunfähigkeit findet § 1596 BGB Anwendung. Sofern die Mutter im Zustimmungszeitpunkt noch

³⁷⁹ Rauscher, FPR 2002, S. 359 (364); Palandt/Brudermüller, § 1595 Rdn. 3; MükoBGB/Wellenhofer, § 1595 Rdn. 7.

³⁸⁰ „Insoweit“ bezieht sich auf die Vertretung im Rahmen der Vaterschaftsfeststellung, vgl. Staudinger/Rauscher, § 1595 Rdn. 20; Grün, Rdn. 56.

³⁸¹ Die Mutter entscheidet also stets allein, wenn ihr das Sorgerecht zusteht, vgl. BT-Drs. 13/4899, S. 54; MükoBGB/Wellenhofer, § 1595 Rdn. 2.

³⁸² Palandt/Brudermüller, § 1595 Rdn. 4; Grün Rdn. 56.

³⁸³ Grün, Rdn. 56; Rauscher, FPR 2002, S. 359 (365).

³⁸⁴ Erman/Hammermann, § 1595 Rdn. 10; Staudinger/Rauscher, § 1595 Rdn. 22; a.A. Grün, Rdn. 57; Gernhuber/Coester-Waltjen, § 52 III Rdn. 51, da kein Rechtsgeschäft mit dem Ehegatten vorliege. Zudem stelle § 1595 Abs. 2 BGB nicht auf eine hypothetische Vertretung in der jeweiligen Angelegenheit ab.

³⁸⁵ Grün, Rdn. 58; Palandt/Brudermüller, § 1595 Rdn. 4.

³⁸⁶ Palandt/Brudermüller, § 1595 Rdn. 2; MükoBGB/Wellenhofer, § 1595 Rdn. 6.

³⁸⁷ Rauscher, FPR 2002, S. 359 (366); Grün, Rdn. 59.

³⁸⁸ MükoBGB/Wellenhofer, § 1595 Rdn. 12.



beschränkt geschäftsfähig sein sollte, muss ihr gesetzlicher Vertreter seine Zustimmung zu ihrer Zustimmungserklärung erteilen, § 1596 Abs. 1 S. 4 i.V.m. § 1596 Abs. 1 S. 1, 2 BGB.³⁸⁹ Seit 2002 findet § 1596 Abs. 1 S. 3 BGB gemäß § 1596 Abs. 1 S. 4 BGB auch für die geschäftsunfähige Mutter Anwendung. Für die Mutter kann daher ihr gesetzlicher Vertreter mit Genehmigung des Familiengerichtes die Zustimmung erklären. Sofern zusätzlich die Zustimmung des Kindes notwendig sein sollte, muss das bereits 14 Jahre alte Kind selbst zustimmen. Seine Zustimmung bedarf jedoch der Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters, § 1596 Abs. 2 S. 2 BGB. Für ein jüngeres Kind kann nur der gesetzliche Vertreter zustimmen, § 1596 Abs. 2 S.1 BGB.³⁹⁰

d. Verweigerung der Zustimmungserklärung

Eine Ersetzung der Zustimmung der Mutter ist weder im Falle der Verweigerung der Zustimmung noch bei unbekanntem Aufenthalt der Mutter möglich.³⁹¹ Bei Verweigerung einer der erforderlichen Zustimmungserklärungen muss der Anerkennungswillige daher den Weg der gerichtlichen Feststellung nach § 1600d BGB beschreiten. Die Betreibung eines gerichtlichen Vaterschaftsfeststellungsverfahrens verspricht für den anerkennungswilligen Mann im Fall der heterologen Insemination jedoch keinen Erfolg, da er nicht der biologisch-genetische Vater des Kindes ist.³⁹² Nichts anderes würde sich ergeben, wenn eine gerichtliche Ersetzung der Zustimmung zulässig wäre. Das Gericht würde die Ersetzung nämlich nur in den Fällen aussprechen, in denen die biologisch-genetische Vaterschaft nachgewiesen werden konnte.³⁹³

Zwar besteht in der Literatur Einigkeit, dass die Zustimmung der Mutter nicht ersetzt werden kann. Diskutiert wird jedoch, ob bei Bejahung eines Interessengegensatzes zwischen der Mutter und ihrem Kind der Mutter das Sorgerecht nach §§ 1629 Abs. 2 S. 3, 1796 BGB für den Bereich der Vaterschaftsanerkennung entzogen werden kann. Auf diese Weise könnten die Voraussetzungen des § 1595 Abs. 2 BGB geschaffen werden, wonach die Zustimmung des Kindes neben der Zustimmung der Mutter erforderlich wäre. Dadurch könnten die Kindesrechte im Einzelfall gewahrt werden.³⁹⁴ Dies hilft im Fall der verweigerten Zustimmung jedoch nicht weiter. Durch die Entziehung der elterlichen Sorge im Bereich der

³⁸⁹ Diese Möglichkeit scheint im Fall der heterologen Insemination eher ausgeschlossen. Denkbar ist die beschränkte Geschäftsfähigkeit der Mutter nur in den Fällen, in denen die Insemination durch die Minderjährige selbst vorgenommen wurde.

³⁹⁰ In der Praxis dürften diese Vorschriften nach einer künstlichen Befruchtung mit Spendersamen nicht relevant sein.

³⁹¹ Palandt/Brudermüller, § 1595 Rdn. 3; Staudinger/Rauscher, § 1595 Rdn. 15; Grün, Rdn. 55; Muscheler, FPR 2005, S. 177 (178); MükoBGB/Wellenhofer, § 1595 Rdn. 8; Gaul, FamRZ 1997, S. 1441 (1450); Will, FPR 2005, S. 172 (174); Gernhuber/Coester-Waltjen, § 52 III Rdn. 48; Dethloff, § 10 Rdn. 16; Schlüter, § 22 Rdn. 277; Schwab, § 49 Rdn. 548; Muscheler/Beisenherz, JR 1999, S. 356 (359).

³⁹² Siehe S. 60 ff.

³⁹³ MükoBGB/Wellenhofer, § 1595 Rdn. 8; Gaul, FamRZ 1997, S. 1441 (1450 mit FN 92).

³⁹⁴ MükoBGB/Wellenhofer, § 1595 Rdn. 10, die jedoch § 1629 Abs. 2 S. 3 Hs. 2 BGB nur auf die Vaterschaftsfeststellung im engeren Sinn beziehen will, also nur auf das Verfahren nach § 1600d Abs. 1 BGB.

Vaterschaftsanerkennung wird lediglich die Zustimmungspflicht des Kindes begründet, vgl. § 1595 Abs. 2 BGB; eine Ersetzung der Zustimmung der Mutter kann auf diesem Weg aber nicht erfolgen. Daher bleibt dem nichtehelichen Lebenspartner bei Verweigerung der Zustimmung nur das gerichtliche Vaterschaftsfeststellungsverfahren,³⁹⁵ welches aufgrund der fehlenden biologisch-genetischen Abstammung nicht erfolgreich sein kann.

3) Präkonzeptionelle Zustimmung

Obwohl die zukünftige Mutter vor der künstlichen Befruchtung den Willen bekundet hat, das mit Spendersamen gezeugte Kind als gemeinsames Kind mit ihrem einwilligenden Lebenspartner aufzuziehen, ist sie nach der Geburt des Kindes nicht verpflichtet, ihre Zustimmung zu der Anerkennungserklärung ihres Lebenspartners abzugeben. Eine Ersetzung der Zustimmung ist auch nach erfolgter künstlicher Befruchtung mit Spendersamen nicht vorgesehen.³⁹⁶ Um das Risiko der Verweigerung der Zustimmung zu minimieren, wird die Zulässigkeit einer präkonzeptionellen Zustimmung erwogen. Sie sei dann möglich, wenn man die Zeugung mit Spendersamen nicht als Bedingung im Sinne von § 1595 Abs. 3 BGB i.V.m. § 1594 Abs. 3 BGB auffasse.³⁹⁷ Sinnvoll sei es, die Zustimmung der Mutter mit der Anerkennung des Kindes sowie mit der Einwilligung zur Verwendung von Spendersamen zu verknüpfen.³⁹⁸ Diese pragmatische Vorgehensweise stellt sich zwar aus rechtspolitischen Gründen als wünschenswert dar; letztendlich ist sie jedoch aus den gleichen Gründen, die auch gegen die Zulässigkeit einer präkonzeptionellen Anerkennung sprechen, abzulehnen.³⁹⁹

a. *Formanforderungen*

Wegen ihrer personenstandsrechtlichen Auswirkungen muss jede Zustimmungserklärung gemäß § 1597 Abs. 1 BGB öffentlich beurkundet werden.⁴⁰⁰ Bei der Zustimmungserklärung handelt es sich wie bei der Anerkennungserklärung um eine nichtempfangsbedürftige Willenserklärung; Kenntnis von ihrer Erteilung erhält der nichteheliche Lebenspartner daher durch die Übersendung einer beglaubigten Abschrift, § 1597 Abs. 2 BGB. Aufgrund ihres Charakters als nichtempfangsbedürftige Willenserklärung⁴⁰¹ ist die Zustimmung jedoch auch dann wirksam, wenn sie entgegen des Erfordernisses in § 1597 Abs. 2 BGB nicht übermittelt wird.⁴⁰²

b. *Widerruf der Anerkennungserklärung*

Eine Frist für die Zustimmung ist im Gesetz nicht vorgesehen. Die Zustimmung kann daher solange erfolgen, wie eine wirksame Anerkennung des einwilligenden Lebenspartners

³⁹⁵ Dazu S. 60 ff.

³⁹⁶ Siehe S. 58 f.

³⁹⁷ Taupitz/Schlüter, AcP 2005, S. 591 (596).

³⁹⁸ Taupitz/Schlüter, AcP 2005, S. 591 (596).

³⁹⁹ Siehe S. 54 ff.

⁴⁰⁰ MüKoBGB/Wellenhofer, § 1597 Rdn. 1.

⁴⁰¹ Dies gilt auch für die Anerkennungserklärung.

⁴⁰² Palandt/Brudermüller, § 1597 Rdn. 3.



vorliegt. Dem anerkennenden Mann wird in § 1597 Abs. 3 S. 1 BGB eine eingeschränkte Widerrufsmöglichkeit seiner Anerkennungserklärung eröffnet. Sofern die notwendigen Zustimmungserklärungen nicht innerhalb eines Jahres nach Abgabe der Anerkennungserklärung vorliegen, kann der Mann seine Erklärung in öffentlich beurkundeter Form widerrufen.⁴⁰³ Anderenfalls bleibt die Anerkennungserklärung des Mannes unbefristet gültig.

c) Gerichtliche Vaterschaftsfeststellung, § 1592 Nr. 3 BGB

Sofern die Vaterschaft nicht bereits aufgrund Ehe mit der Mutter gemäß § 1592 Nr. 1 BGB zugunsten des Ehemannes bzw. im Wege der Anerkennung gemäß § 1592 Nr. 2 BGB zugunsten des nichtehelichen Lebenspartners der Mutter begründet wurde, besteht gemäß § 1592 Nr. 3 BGB nur noch die Möglichkeit, die rechtliche Zuordnung des Kindes zu dem Einwilligenden durch eine gerichtliche Vaterschaftsfeststellung zu erreichen. Die gerichtliche Vaterschaftsfeststellung⁴⁰⁴ stellt damit die letzte in § 1592 BGB vorgesehene Möglichkeit zur Vaterschaftsbegründung dar.⁴⁰⁵

1) Das Vaterschaftsfeststellungsverfahren

Die gerichtliche Vaterschaftsfeststellung⁴⁰⁶ ist nur realisierbar, wenn kein anderer Vaterschaftszuordnungstatbestand eingreift.⁴⁰⁷ Das Vaterschaftsfeststellungsverfahren kann daher nur dann erfolgreich durchgeführt werden, wenn das Kind weder in eine bestehende Ehe der Kindesmutter, noch innerhalb von 300 Tagen nach Auflösung der Ehe der Kindesmutter durch den Tod des Ehemannes geboren wurde noch ein wirksames

⁴⁰³ Gernhuber/Coester-Waltjen, § 52 III Rdn. 63. Für die sonstigen Anforderungen an den Widerruf gelten gemäß § 1597 Abs. 3 S. 2 BGB die §§ 1594 Abs. 3, 1596 Abs. 1, 3 und 4 BGB entsprechend.

⁴⁰⁴ Bei der gerichtlichen Vaterschaftsfeststellung handelt es sich -nach Aufhebung der §§ 640 ff. ZPO- um eine Abstammungssache im Sinne von § 169 FamFG. Der Beschluss kann nach Rechtskraft nur bei Wiederaufnahme des Verfahrens abgeändert werden. Insofern besitzt diese Vaterschaftszuordnung grundsätzlich mehr Bestandskraft als die Vaterschaftszuordnung durch Anerkennungserklärung.

⁴⁰⁵ Kirchmeier, FPR 2002, S. 370.

⁴⁰⁶ Daher kann der Erzeuger eines Kindes bei Bestehen einer anderen Vaterschaft keine gerichtliche Feststellung seiner Vaterschaft begehren. Biologische und rechtliche Vaterschaft können deshalb auseinanderfallen. Aufgrund des Beschlusses des BVerfG vom 09.04.2003 (abgedruckt in NJW 2003, S. 2151) wurde, um das Grundrecht des tatsächlichen Erzeugers aus Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG nicht zu unterlaufen, mit Gesetz vom 23.04.2004 in § 1600 Abs. 1 Nr. 2 BGB das Anfechtungsrecht des biologischen Erzeugers normiert. Bei gleichzeitiger Beseitigung der Vaterschaft des rechtlichen Vaters steht nun für diesen der Weg offen, die gerichtliche Vaterschaftsfeststellung zu betreiben.

⁴⁰⁷ Grün, Rdn. 91; Kirchmeier, FPR 2002, S. 370.



Anerkenntnis vorliegt.⁴⁰⁸ Das Verfahren ist an keine Frist gebunden.⁴⁰⁹ Antragsbefugt⁴¹⁰ sind das Kind, die Mutter und der vermeintliche Erzeuger.⁴¹¹

Nach h.M. dient das Verfahren der Ermittlung des biologisch-genetischen Erzeugers.⁴¹² Sie stellt bei der Zuordnung des Kindes damit auf die rein genetische Abstammung ab. Diese Auslegung geht zwar nicht eindeutig aus dem Wortlaut von § 1600d Abs. 1 BGB hervor. Im Hinblick auf § 1589 BGB und dem darin enthaltenen Abstammungsprinzip⁴¹³ kann jedoch nur die biologisch-genetische Erzeugerschaft von Relevanz für das Verfahren sein.⁴¹⁴ Auch die Aufhebung des § 1600o Abs. 1 BGB, der noch ausdrücklich vorsah, dass der Mann als Vater des Kindes festzustellen ist, der das Kind gezeugt hat, durch das Kindschaftsrechtsreformgesetz 1998 hat an diesem Ergebnis nichts geändert.⁴¹⁵ Bei Zugrundelegung des rein genetischen Abstammungsbegriffs kann der Antrag auf Vaterschaftsfeststellung keinen Erfolg haben.

Wanitzek⁴¹⁶ vertritt einen davon abweichenden und die Besonderheiten der heterologen Fortpflanzungsverfahren berücksichtigenden Abstammungsbegriff, der sich auf anteiliges Zeugungshandeln und den Willen zur Elternschaft stützt.⁴¹⁷ Der Begriff der Abstammung vereinige grundsätzlich zwei Merkmale in sich: die genetische Beziehung und das Zeugungshandeln. Im Gegensatz zur natürlichen Zeugung fielen diese beiden relevanten Begründungsmerkmale der Vaterschaft bei den heterologen Fortpflanzungsverfahren auseinander: Die Keimzellen stammten von einem Samenspender. Der genetische Anteil gehe somit auf diesen zurück. Das Zeugungshandeln sei dagegen anteilig auf Arzt, Samenspender und Wunschvater aufgeteilt,⁴¹⁸ deren Beiträge sich erheblich in Intention und Intensität unterschieden.⁴¹⁹ Sowohl Samenspender als auch Arzt agierten nur aufgrund des Willens des Wunschvaters, den dieser durch seine Zustimmung zur Behandlung seiner Partnerin mit Spendersamen zum Ausdruck gebracht habe. Die Zeugung des Kindes werde mithin durch dessen Zustimmung veranlasst und gehe damit auf dessen Willen zur

⁴⁰⁸ BGH, NJW 1999, S. 1632; MükoBGB/Wellenhofer, § 1600d Rdn. 1.

⁴⁰⁹ Kirchmeier, FPR 2002, S. 370. Sofern jedoch zunächst die Vaterschaft eines anderen Mannes im Wege der Anfechtungsverfahrens beseitigt werden muss, unterliegt das Vaterschaftsfeststellungsverfahren mittelbar einer Befristung, da die Anfechtung der Vaterschaft nur innerhalb der Fristen von § 1600b BGB betrieben werden kann.

⁴¹⁰ Die Antragsbefugnis folgt aus materiellem Recht.

⁴¹¹ MükoZPO/Coester-Waltjen/Hilbig-Lugani, § 169 FamFG, Rdn. 27; Löhnig, FamRZ 2009, S. 1798 f.; Gernhuber/Coester-Waltjen, § 52 IV Rdn. 75. Die Annahme einer völlig freien Antragsbefugnis würde dem für das Abstammungsverfahren in § 171 FamFG normierten strengen Antragsprinzip zuwiderlaufen.

⁴¹² Grün, Rdn. 81; Kirchmeier, FPR 2002, S. 370; Palandt/Brudermüller, § 1600d Rdn. 1; Gernhuber/Coester-Waltjen, § 52 IV Rdn. 82.

⁴¹³ Staudinger/Rauscher, Einl. zu §§ 1589 Rdn. 1.

⁴¹⁴ Palandt/Brudermüller, § 1600d Rdn. 1; Rauscher, Rdn. 809.

⁴¹⁵ MükoZPO/Coester-Waltjen/Hilbig-Lugani, § 169 FamFG, Rdn. 21.

⁴¹⁶ Zur Herleitung Wanitzek, S. 285 ff.

⁴¹⁷ Wanitzek, S. 335.

⁴¹⁸ Wanitzek, S. 281.

⁴¹⁹ Wanitzek, S. 285.

rechtlichen Elternschaft für dieses Kind zurück.⁴²⁰ Die anderen beteiligten Personen wollten hingegen die Elternschaft nicht übernehmen. Sie handelten vielmehr in dem Wissen, dass nicht sie, sondern der Wunschvater die Verantwortung für das Kind tragen werde.⁴²¹ Mithin könne eine Behandlung mit Spendersamen nur erfolgen, wenn auf Seiten des Wunschvaters der Wille zur Elternschaft gegeben sei; der Sinn und Zweck der heterologen Fortpflanzungsmethoden bestehe darin, den Wunscheltern ihren Wunsch nach einem eigenem Kind zu erfüllen. Sofern den Wunscheltern jedoch erlaubt werde, durch ihre Zustimmung die Entstehung eines Kindes zu veranlassen, müsse ihnen im Gegenzug die Verantwortung für ihr Handeln zugewiesen werden. Auf dieser Prämisse basiere das Handeln von Arzt und Samenspender. Damit stelle das Handeln des Wunschvaters den wichtigsten Beitrag im Rahmen des Zeugungshandelns dar.⁴²² Bei Auseinanderfallen der beiden relevanten Merkmale und damit dem Vorhandensein von zwei potentiellen Vätern müsse die genetische Beziehung zugunsten des Zeugungshandelns zurücktreten. Die Zustimmung des Wunschvaters stelle den maßgeblichen Anteil am Zeugungshandelns dar, das zusätzlich von einem Willen zur Elternschaft getragen und voraussichtlich zu einer sozial-affektiven Vater-Kind-Beziehung führen werde. Demgegenüber stelle der Samenspender „nur“ seine Gameten zur Verfügung. Damit müsse der Beitrag des Wunschvaters als gewichtiger als der Beitrag des Samenspenders eingestuft werden.⁴²³ Daraus folgert Wanitzek, dass bei heterologen Fortpflanzungsmethoden nicht der genetische Vaterschaftsbegriff im Vaterschaftsfeststellungsverfahren, sondern ein modifizierter Abstammungsbegriff zur Anwendung gelangen muss.

Nach dieser Ansicht könnte der zustimmende Lebensgefährte der Mutter als Vater des Kindes festgestellt werden, da er die von ihr aufgestellten Anforderungen erfüllt.⁴²⁴

Obwohl das Ergebnis von Wanitzek, den zustimmenden Lebensgefährten an seiner mit der Einwilligung übernommenen Verantwortung auch in einem gerichtlichen Vaterschaftsfeststellungsverfahren durch Anpassung des Vaterschaftsbegriffes festzuhalten, begrüßenswert ist, kann es mit dem geltenden Recht nicht erreicht werden.

Im gerichtlichen Vaterschaftsfeststellungsverfahren kann nach der derzeitigen gesetzlichen Lage nur der biologisch-genetische Erzeuger als Vater des Kindes festgestellt werden: Die Möglichkeit zur Vaterschaftsanfechtung stellt das notwendige Korrektiv zu den Vaterschaftsbegründungstatbeständen dar, die an bestimmte Vorgänge der sozialen Wirklichkeit anknüpfen.⁴²⁵ Mithin besteht in den Fällen der Nichtübereinstimmung von rechtlicher und biologisch-genetischer Vaterschaft eine Loslösungsmöglichkeit. Daraus muss jedoch der Umkehrschluss gezogen werden, dass der Richter im Rahmen der gerichtlichen

⁴²⁰ Wanitzek, S. 286 und 289.

⁴²¹ Wanitzek, S. 289.

⁴²² Wanitzek, S. 289 f.

⁴²³ Wanitzek, S. 293.

⁴²⁴ Wanitzek, S. 335.

⁴²⁵ Schulte-Bunert/Weinreich/Schwonberg, FamFG, § 169 Rdn. 13.

Vaterschaftsfeststellung die Vaterschaft nur bei biologisch-genetischer Abstammung feststellen darf. Nur wenn dies sichergestellt ist, kann die grundsätzlich endgültige⁴²⁶ Zuordnung des Kindes aufgrund gerichtlicher Vaterschaftsfeststellung gerechtfertigt sein.⁴²⁷

Gestützt wird dieses Ergebnis durch die verfahrensrechtlichen Vorgaben im Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, FamFG. In § 169 FamFG wird festgelegt, welche Verfahren vom Begriff der Abstammungssache umfasst werden. Abstammungssachen sind danach nicht nur die gerichtliche Feststellung der Vaterschaft gemäß § 169 Nr. 1 FamFG, sondern auch die Klärungsverfahren⁴²⁸ auf Ersetzung der Einwilligung in eine genetische Abstammungsuntersuchung und Anordnung der Duldung einer Probeentnahme gemäß § 169 Nr. 2 FamFG sowie die Verfahren auf Einsicht in ein Abstammungsgutachten oder Aushändigung einer Abschrift gemäß § 169 Nr. 3 FamFG. Aus diesem Kontext ergibt sich, dass es im Rahmen des in § 169 Nr. 1 FamFG genannten Vaterschaftsfeststellungsverfahrens nur auf die biologisch-genetische Abstammung ankommen kann. Zudem wurde im neuen § 178 FamFG normiert, dass Untersuchungen zur Feststellung der Abstammung von den betroffenen Personen geduldet werden müssen. Damit geht auch aus dieser Vorschrift hervor, dass in Abstammungssachen allein die biologisch-genetische Abstammung von Relevanz ist, da anderenfalls Untersuchungen von Blut bzw. DNA entbehrlich sind.

Das Bemühen des deutschen Abstammungsrechts grundsätzlich den Personen die rechtliche Elternschaft zuzuweisen, die die biologisch-genetischen Eltern eines Kindes sind, zeigt sich nicht nur in § 1589 BGB. Auch aus § 1600d Abs. 1 BGB folgt, dass für die Zuordnung der Vaterschaft nur die biologisch-genetische Abkunft relevant sein kann, da im Vaterschaftsfeststellungsverfahren der Beweis der Vaterschaft auf zwei Weisen geführt werden kann, nämlich als direkter Abstammungsnachweis durch ein Vaterschaftsgutachten und als mittelbarer Abstammungsnachweis durch die Abstammungsvermutung des § 1600d Abs. 2 S. 2 BGB.⁴²⁹ Die alleinige Relevanz der biologisch-genetischen Abstammung zeigt sich schließlich in § 1598a BGB. Zudem hätten auch frühere Vaterschaftsanfechtungsverfahren scheitern müssen, wenn der von Wanitzek favorisierte Abstammungsbegriff tragen würde. In mehreren Verfahren hatte der Bundesgerichtshof ausgeführt, dass trotz Zustimmung des Mannes zu einer Befruchtung mit Spendersamen die Anfechtung der Vaterschaft aufgrund der fehlenden genetischen Beziehung des Wunschvaters zu diesem Kind möglich bleibt.

Bei Zugrundelegung des modifizierten Abstammungsbegriffes in einem Vaterschaftsfeststellungsverfahren ohne Änderung der erwähnten Regelungen würde man den Richter zudem zwingen, etwas objektiv Falsches festzustellen. Daher muss der

⁴²⁶ Abgesehen von der Möglichkeit eines Restitutionsantrages gemäß § 185 FamFG.

⁴²⁷ MüKoBGB/Wellenhofer, Vorbem. zu §§ 1591 ff. Rdn. 20.

⁴²⁸ Kemper/Schreiber/Fritsche, FamFG, § 169 Rdn. 14.

⁴²⁹ Vorrang kommt stets dem direkten Abstammungsnachweis zu, Kirchmeier, FPR 2002, S. 370; Palandt/Brudermüller, § 1600d Rdn. 9.



Gesetzgeber tätig werden, wenn in den Fällen einer künstlichen Befruchtung mit Spendersamen im Vaterschaftsfeststellungsverfahren ausnahmsweise ein anderer Abstammungsbegriff zugrunde gelegt werden soll.

Zudem scheint Wanitzek selbst von der Nichtdurchsetzbarkeit ihres Ansatzes nach geltendem Recht auszugehen, da sie die Einführung eines vierten Vaterschaftstatbestandes fordert.⁴³⁰ Sofern der zustimmende nichteheliche Lebensgefährte problemlos in einem Vaterschaftsfeststellungsverfahren nach derzeitiger Gesetzeslage festgestellt werden könnte, wäre die Schaffung eines weiteren Vaterschaftstatbestandes überflüssig.

Abschließend ist deshalb festzuhalten, dass nach derzeitigem Gesetzesrecht die Feststellung der Vaterschaft des nichtehelichen Lebensgefährten der Mutter, der der heterologen Insemination zugestimmt hat, nicht möglich ist.⁴³¹

2) Zwischenergebnis

Das mit Spendersamen gezeugte Kind kann aufgrund der Vaterschaftsvermutung in § 1592 Nr. 1 BGB bzw. aufgrund erfolgter Anerkennung dem Einwilligenden zugeordnet werden. Sofern der nichteheliche Lebenspartner der Mutter nach der Geburt nicht bereit ist, das mit seiner Einwilligung mit Spendersamen gezeugte Kind anzuerkennen bzw. die Mutter ihre Zustimmung zu der Anerkennung verweigert, bleibt das Kind nach derzeitiger Gesetzeslage (zunächst) vaterlos. Es besteht keine Möglichkeit für die Mutter und das Kind bzw. den Einwilligenden, die Vaterschaft feststellen zu lassen, da nur der biologisch-genetische Erzeuger als Vater festgestellt werden kann⁴³².

2. Die Vaterschaft des Samenspenders

Im nachfolgenden Abschnitt soll untersucht werden, ob auch ein Vaterschaftsbegründungstatbestand des § 1592 BGB zugunsten bzw. zulasten des Samenspenders eingreifen könnte.

Die Begründung der Vaterschaft aufgrund der Vaterschaftsvermutung gemäß § 1592 Nr. 1 BGB ist ausgeschlossen. Anderenfalls müsste es sich bei dem Samenspender um den Ehemann der Mutter des Kindes handeln bzw. dieser nach erfolgter Befruchtung und Eintritt der Schwangerschaft die Mutter des Kindes heiraten. In diesem Fall handelt es sich aber um kein heterologes Verfahren mehr. Daher können Untersuchungsgegenstand nur § 1592 Nr. 2 und Nr. 3 BGB sein.

a) Anerkennung durch den Samenspender

Eine Vaterschaftsanerkennung durch den Samenspender ist nur in den Fällen möglich, in denen keine anderweitige Vaterschaft eines anderen Mannes, d.h. des einwilligenden

⁴³⁰ Wanitzek, S. 336 ff.

⁴³¹ Gernhuber/Coester-Waltjen § 53 II Rdn. 8 und 10.

⁴³² Palandt/Brudermüller, § 1600d Rdn. 1 und 9.



Mannes, besteht.⁴³³ Dies folgt aus der Sperrwirkung des § 1594 Abs. 2 BGB. In den Fällen des Nichtbestehens einer anderweitigen Vaterschaft scheint eine Anerkennung durch den Samenspender dennoch unwahrscheinlich zu sein. Der Samenspender wird im Regelfall keine Kenntnis von dem mit seinem Samen gezeugten Kind haben.⁴³⁴ Zudem ist er normalerweise nicht an der Begründung einer rechtlichen Vater-Kind-Beziehung interessiert. Seine Motive für die Samenspende bestanden vielmehr darin, anderen kinderlosen Paaren eine eigene Familie zu ermöglichen bzw. seine Finanzen aufzubessern.⁴³⁵ Der Samenspender stellt seinen Samen deshalb nicht für die Begründung einer eigenen, sondern für die Schaffung einer fremden Vaterschaft zur Verfügung.⁴³⁶ Sofern sich ein Samenspender dennoch zur Begründung seiner rechtlichen Vaterschaft durch Anerkennung entschließen sollte, kann die Mutter die Anerkennung durch Verweigerung ihrer Zustimmung⁴³⁷ verhindern. Die Mutter entscheidet mithin über Erfolg bzw. Misserfolg der Anerkennung durch den Samenspender.⁴³⁸

b) Gerichtliche Vaterschaftsfeststellung

Auch ein gerichtliches Vaterschaftsfeststellungsverfahren kann nur dann Erfolg haben, wenn eine andere rechtliche Vaterschaft nicht bereits besteht.⁴³⁹ Damit kommt die gerichtliche Vaterschaftsfeststellung nur in den Fällen in Betracht, in denen das Kind aus einer heterologen Insemination hervorgegangen ist und keine rechtliche Vaterschaft eines anderen Mannes aufgrund Vaterschaftsvermutung aus § 1592 Nr. 1 BGB bzw. durch Anerkennung begründet ist bzw. diese durch Anfechtung der Vaterschaft wieder beseitigt werden konnte.⁴⁴⁰

⁴³³ Bei Einführung eines neuen Vaterschaftstatbestandes kommt dies nur noch in den Fällen in Betracht, in denen die heterologe Insemination an einer unverheirateten Frau vorgenommen wurde bzw. kein Partner zugestimmt hat bzw. in den Fällen, in denen nach dem Versterben des Ehemannes die Behandlung durchgeführt wurde bzw. in den Fällen, in denen trotz § 1600 Abs. 5 BGB eine Anfechtung der Vaterschaft möglich war. Auch gibt es derzeit keine Elternschaftsvermutung zugunsten der Partnerin einer in einer Lebenspartnerschaft lebenden Frau.

⁴³⁴ Siehe stellvertretend für die meisten Samenspender: Haberl, Tobias: Der unsichtbare Dritte, in: Süddeutsche Zeitung Magazin vom 21. Dezember 2007, S. 17. Eine Anerkennung der Vaterschaft wäre jedoch in dem in der NZZ berichteten Fall möglich, in dem ein niederländischer Samenspender einige seiner Kinder bei einem Treffen in Maastricht kennenlernte, Batthyany: Der Muttermacher von Maastricht in: NZZ Online vom 23. November 2008, abrufbar: http://www.nzz.ch/nachrichten/panorama/der_muttermacher_von_maastricht_1.1300881.html; letzter Zugriff am 22.04.2009.

⁴³⁵ Siehe S. 13 f.

⁴³⁶ Wanitzek, S. 315.

⁴³⁷ Sie kann auch nicht ersetzt werden, siehe S. 58 f.

⁴³⁸ Ebenso Wanitzek, S. 340.

⁴³⁹ Zu der Gefahrprognose hinsichtlich der Wahrscheinlichkeit der tatsächlichen Vaterschaftsfeststellung, vgl. Rütz, S. 114 ff.

⁴⁴⁰ Siehe Fußnote 433.



Da das Vaterschaftsfeststellungsverfahren auf die Feststellung des genetischen Vaters gerichtet ist⁴⁴¹, kann der Samenspender als biologisch-genetischer Erzeuger als Vater des Kindes festgestellt werden.⁴⁴²

Die Vaterschaftsfeststellung mag von dem Samenspender immer dann erwünscht sein, wenn er selbst ein entsprechendes Verfahren betreibt. Hingegen wird sie seinen Vorstellungen und Interessen zuwiderlaufen, wenn das Verfahren von Mutter oder Kind betrieben wird, um ihn als Unterhaltsschuldner in Anspruch nehmen zu können. Schließlich hat der Samenspender seinen Samen dem Arzt und den Wunscheltern nur unter der Prämisse überlassen, weder soziale noch rechtliche Vaterpflichten übernehmen zu müssen.⁴⁴³ Da die Vaterschaftsfeststellung des Samenspenders –trotz entsprechender Forderungen, die Rechtsbeziehungen zwischen Samenspender und Kind de lege ferenda auszuschließen⁴⁴⁴– auch nicht wirksam eingeschränkt oder ausgeschlossen werden kann⁴⁴⁵, kann der Samenspender durch Freistellungsvereinbarungen nur vor den gesetzlichen Folgen der Vaterschaftsfeststellung (Unterhaltsansprüche sowie gesetzliche Erbrechte und Pflichtteilsansprüche eventuell auch Regressansprüche des Wunschvaters) „geschützt“ werden. Diese Freistellungsvereinbarungen sind in der Regel in dem zwischen dem die Befruchtung durchführenden Arzt und den Wunscheltern geschlossenen Vertrag als Vertrag zugunsten Dritter gemäß § 328 BGB enthalten.⁴⁴⁶ Dagegen sind Regelungen in einem Vertrag zwischen dem Samenspender und einem beteiligten Arzt bzw. der Samenbank, durch die dem Kind Rechte genommen werden sollen oder den späteren Wunscheltern Pflichten auferlegt werden, als Vertrag zu Lasten Dritter unzulässig.⁴⁴⁷

⁴⁴¹ Gernhuber/Coester-Waltjen, § 52 IV Rdn. 82.

⁴⁴² Dieses Ergebnis gilt auch, wenn man den von Wanitzek propagierten Abstammungsbegriff zugrunde legt. Sollte kein Wunschvater vorhanden sein bzw. eine Einwilligung von diesem fehlen, verbleibt nun nur noch der Zeugungsbeitrag des Samenspenders, der durch ein Verhalten des Wunschvaters nicht verdrängt werden kann. Der fehlende Kinderwunsch des Samenspenders führt auch zu keinem anderen Ergebnis, da ansonsten das Kind vaterlos bliebe und er insoweit an seinem Zeugungsbeitrag festgehalten werden müsse, Wanitzek, S. 341.

⁴⁴³ Helms: Entkoppelung von Abstammungsklärung und Vater-Kind-Zuordnung – der neue § 1598a BGB, in: Helms/Zeppernick (Hrsg.): Lebendiges Familienrecht, Festschrift für Rainer Frank, S. 225 (243).

⁴⁴⁴ Art. 7 des Resolutionsentwurfes des Europarates von 1979, vgl. Balz, S. 5 f. sowie Bernat: Zivilrechtliche Fragen um die künstliche Humanreproduktion, in: Bernat (Hrsg.): Lebensbeginn durch Menschenhand, S. 125 (156).

⁴⁴⁵ Da das Abstammungsrecht zwingende Regelungen enthält, kann weder der Samenspender rechtswirksam auf seine Vaterschaft verzichten noch kann das Recht des Kindes und der Mutter auf Feststellung seiner Vaterschaft durch ein Rechtsgeschäft abbedungen werden, Wanitzek, S. 343.

⁴⁴⁶ Taupitz/Schlüter, AcP 2005, S. 591 (600). Als zweite Möglichkeit wird von Rütz die sogenannte „Stellvertretungslösung“ diskutiert, bei der die Freistellungsvereinbarung direkt zwischen den Wunscheltern und dem Samenspender, vertreten durch den Befruchtungsarzt, abgeschlossen wird, vgl. Rütz, S. 160.

⁴⁴⁷ Taupitz/Schlüter, AcP 2005, S. 591 (599).

Durch eine Freistellungsvereinbarung⁴⁴⁸ in Form eines kumulativen Schuldbeitritts kann sich der Samenspender jedoch nicht im Außenverhältnis seinen gesetzlichen Unterhaltspflichten⁴⁴⁹ gegenüber dem Kind entziehen.⁴⁵⁰ Vielmehr kann der Samenspender die Wunscheltern nur im Innenverhältnis gemäß § 426 Abs. 1 BGB in Regress nehmen, wenn er Unterhaltsleistungen an das Kind erbracht hat.⁴⁵¹ Insofern trägt der Samenspender das Risiko der Zahlungsunfähigkeit der Wunscheltern.⁴⁵² Dieses Risiko besteht vor allem dann, wenn der Samenspender solventer als die Wunscheltern ist, da sich der Unterhaltsanspruch des Kindes an der Leistungsfähigkeit des Unterhaltsverpflichteten gemäß § 1603 BGB bemisst.⁴⁵³ Das Risiko der Inanspruchnahme des Samenspenders wird seinerseits durch den Umstand erhöht, dass in Deutschland nach den ärztlichen Richtlinien der Samen eines Spenders für 12 bis 15 Spenden⁴⁵⁴ verwendet werden darf. Die Inanspruchnahme durch mehrere Kinder könnte sich für den Samenspender als existenzvernichtend erweisen, wenn er zunächst in Vorleistung gehen muss und erst nach Zahlung seine Regressansprüche gegen die Wunscheltern geltend machen kann.⁴⁵⁵ Weiterhin besteht für den Spender das zusätzliche Risiko, dass sein Samen zur Befruchtung einer alleinstehenden Frau benutzt wird. Grundsätzlich ist zwar auch die Haftungsfreistellung durch diese Frau zugunsten des Samenspenders möglich.⁴⁵⁶ Jedoch ist das Risiko der Zahlungsunfähigkeit einer alleinstehenden Frau höher als das eines Paares einzuschätzen. Zudem stehen dem Samenspender bei einem heterosexuellen Paar -im Gegensatz zu einer alleinstehenden Frau- zwei Schuldner gegenüber, die er in Anspruch nehmen kann. Dies gilt selbst dann, wenn der nichteheliche Lebenspartner nach der Geburt des Kindes nicht mehr zur Anerkennung der Vaterschaft bereit ist, da die Verweigerung der Anerkennung allein keine rechtlichen

⁴⁴⁸ Dabei wird es sich aufgrund der Interessenlage in der Regel um einen Schuldbeitritt der Wunscheltern handeln, Taupitz/Schlüter, AcP 2005, S. 591 (606 ff.). Zu den unterschiedlichen rechtlichen Möglichkeiten der Begründung der Freistellung, vgl. Taupitz/Schlüter, AcP 2005, S. 591 (600 ff.) und Rütz, S. 160 ff.

⁴⁴⁹ Zu dem Ausschluss von Erbansprüchen vgl. Rütz, S. 182 ff. sowie Taupitz/Schlüter, AcP 2005, S. 591 (611 ff.), die darauf hinweisen, dass die Wunscheltern den Erbverzicht einschließlich des Pflichtteilverzichts nach der Geburt des Kindes erklären können. Dieser Verzicht unterliegt jedoch der Genehmigung durch das Familiengericht, die nur bei Zahlung einer Abfindung als realistisch zu erlangen zu sein scheint. Vor der Zeugung des Kindes können die Eltern sich hingegen nur in einem Vertrag zu Gunsten des Samenspenders verpflichten, ihre Vertretungsmacht gegenüber dem Kind nach dessen Geburt zur Erklärung eines Erbverzichts einzusetzen. Insofern verbleibt aber auf Seiten des Samenspenders das Restrisiko der Erfüllung der schuldrechtlichen Verpflichtung sowie der Genehmigung durch das Vormundschaftsgericht, Taupitz/Schlüter, AcP 2005, S. 591 (612 f.). Hingegen ist eine Vereinbarung zwischen den Wunscheltern und dem Samenspender, die darauf abzielt, das Kind aus der erbrechtlichen Stellung nach dem Samenspender in eine erbrechtliche Stellung nach dem Wunschvater zu bringen, nicht möglich, Taupitz/Schlüter, AcP 2005, S. 591 (616). Zur Herleitung dieses Ergebnisses, vgl. Taupitz/Schlüter, AcP 2005, S. 591, (613 ff.) sowie Rütz, S. 209 ff.

⁴⁵⁰ Wanitzek, S. 345.

⁴⁵¹ Rütz, S.177.

⁴⁵² Taupitz/Schlüter, AcP 2005, S. 591 (608); Rütz, S. 177; Taupitz, ZRP 2011, S. 161 (163); so auch Merz, S. 201 sowie Dethloff/Gerhardt, ZRP 2013, S. 91 (92).

⁴⁵³ Rütz, S. 178.

⁴⁵⁴ Siehe S. 21 ff.

⁴⁵⁵ Rütz, S. 178.

⁴⁵⁶ Rütz, S. 181.

Auswirkungen auf den Regressanspruch gegen den Lebenspartner hat, wenn der Lebenspartner vor der Befruchtung seiner Lebenspartnerin eine entsprechende Haftungsfreistellung des Samenspenders erklärt hat.⁴⁵⁷

Letztendliche Sicherheit vor einer Inanspruchnahme kann dem Samenspender jedoch nur ein gesetzlicher Ausschluss der Feststellung seiner Vaterschaft bieten.

c) Gesetzlicher Ausschluss der Feststellung der Vaterschaft des Samenspenders

Die Motive des Samenspenders zur Spende sind rein finanzieller bzw. altruistischer Art.⁴⁵⁸ Auch hat die Mutter im Regelfall den Samenspender vor der Zeugung des Kindes nicht gekannt, obwohl er der biologisch-genetische Vater des Kindes ist.⁴⁵⁹ Fraglich ist daher, ob aus Gründen des Kindeswohles an der Vaterschaftsfeststellung zulasten des Samenspenders festzuhalten ist oder ob nicht vielmehr eine gesetzliche Ausnahmeregelung⁴⁶⁰ geschaffen werden sollte.

Die Feststellung der Vaterschaft ist in der Regel mit erheblichen psychischen Belastungen für ein Kind verbunden. Dieser Umstand allein vermag eine gesetzliche Ausnahmeregelung jedoch nicht zu rechtfertigen. Auch die Kinder, die aus einem flüchtigen sexuellen Kontakt ihrer Mütter hervorgehen, sind erheblichen psychischen Belastungen ausgesetzt, wenn es ihnen nicht gelingt, eine familiäre Verbindung zu ihrem biologisch-genetischen Vater aufzubauen.⁴⁶¹

Auch aus anderen Gründen scheint der gesetzliche Ausschluss der Vaterschaftsfeststellung nicht angezeigt. Zwar wird der Samenspender nur als Mittel zur Erreichung eines bestimmten Zwecks eingesetzt. Bei der Zeugung eines Kindes handelt es sich jedoch um einen Realakt, dessen Rechtsfolgen vom Willen des Erzeugers gänzlich unabhängig sind.⁴⁶² Auch der Mann, der ohne Vaterschaftswillen auf natürlichem Weg ein Kind gezeugt hat, wird an seiner Vaterschaft festgehalten. Auch die Betonung der altruistischen Beweggründe des Samenspenders darf nicht zu einem gesetzlichen Ausschluss der Vaterschaft des Samenspenders führen.⁴⁶³

Des Weiteren kann auch das wiederholt vorgetragene drohende Fehlen von geeigneten Spendern den Ausschluss der Vaterschaftsfeststellung zugunsten des Samenspenders nicht rechtfertigen. Eine Samenspende darf in Deutschland aufgrund des Rechts des Kindes auf

⁴⁵⁷ Rütz, S. 181 f.; Taupitz/Schlüter, AcP 2005, S. 591 (617 f.); Coester-Waltjen, Gutachten B zum 56. Deutschen Juristentag, B 77; Kirchmeier, FamRZ 1998, S. 1281 (1286).

⁴⁵⁸ Kritisch Balz, S. 24. Siehe auch S. 13 f.

⁴⁵⁹ Bernat: Rechtsfragen medizinisch assistierter Zeugung, S. 179.

⁴⁶⁰ Wellenhofer hält einen Ausschluss nach österreichischem Vorbild zumindest dann für gerechtfertigt, wenn sich der Gesetzgeber nicht zu einem Ausschluss des Anfechtungsrechts des Kindes entschließen kann, vgl. Wellenhofer, FamRZ 2013, S. 825 (829).

⁴⁶¹ Bernat: Rechtsfragen medizinisch assistierter Zeugung, S. 179.

⁴⁶² Bernat: Rechtsfragen medizinisch assistierter Zeugung, S. 202.

⁴⁶³ Bernat: Rechtsfragen medizinisch assistierter Zeugung, S. 202.

Kenntnis seiner Abstammung nicht anonym erfolgen. Aufgrund dieses Verbotes muss der Spender mit seiner späteren Vaterschaftsfeststellung rechnen.⁴⁶⁴ Dennoch gibt es von Seiten der Ärzteschaft keine Klagen über fehlende Spenden. Zudem zeigt eine Umfrage in einem schwedischen Krankenhaus nach Aufgabe der Anonymitätszusage in Schweden, dass gut 33% der Spender auch unter diesen Umständen bereit sind, weiterhin ihr Sperma zur Verfügung zu stellen.⁴⁶⁵ Schließlich würde der gesetzliche Ausschluss der Vaterschaftsfeststellung bedeuten, dass gerade die Kinder mit Vaterlosigkeit bestraft werden, „die ihre Entstehung der iatrogenen Applizierung⁴⁶⁶ des Spermas und nicht einer Beiwohnung ihres Erzeugers verdanken“.⁴⁶⁷ Wenig überzeugend ist auch das Argument, dass der Samenspender über die spätere Verwendung seines Spermas keine Kontrolle hat⁴⁶⁸, weshalb seine Feststellung ausgeschlossen sein müsse. Der Schutz des Samenspenders wird bereits dadurch sichergestellt, dass sich der Arzt bei pflichtwidriger Verwendung des Samens gegenüber dem Samenspender schadensersatzpflichtig macht. Eines weitergehenden Schutzes bedarf es daher nicht.

Dagegen ist in den meisten europäischen Ländern, die den nichtehelichen Lebenspartner an seiner Einwilligung in eine heterologe Befruchtung festhalten und daher einen neuen Vaterschaftszuordnungstatbestand geschaffen haben, eine Feststellung der Vaterschaft des Samenspenders nicht möglich. Obwohl die Identität des Samenspenders bekannt ist, drohen ihm daher keine statusrechtlichen Konsequenzen.⁴⁶⁹

d) Ausländische Regelungen

In vielen europäischen Rechtsordnungen kann der Samenspender nicht als Vater des Kindes festgestellt werden. Nach Ansicht dieser Gesetzgeber sind die mit Spendersamen gezeugten Kinder sowohl statusrechtlich als auch finanziell durch entsprechende Regelungen hinreichend abgesichert, so dass eine Inanspruchnahme des Samenspenders nicht mehr notwendig erscheint.

Daher ist sowohl im belgischen⁴⁷⁰ als auch im schwedischen⁴⁷¹ Recht eine Regelung vorhanden, nach der eine Vaterschaftsklage gegen den Samenspender ausgeschlossen bzw. unzulässig ist. Auch das Gesetz über Ehe und Familienbeziehungen der Sozialistischen Republik Kroatien verbietet in seinem Art. 132 die Vaterschaftsfeststellung bei einem

⁴⁶⁴ Dies hervorhebend auch OLG Hamm, NJW 2013, S. 1367 (1169).

⁴⁶⁵ Siehe Bernat: Rechtsfragen medizinisch assistierter Zeugung, S. 207.

⁴⁶⁶ D.h. aufgrund ärztlicher Einbringung.

⁴⁶⁷ Bernat: Rechtsfragen medizinisch assistierter Zeugung, 203.

⁴⁶⁸ Schumacher, FamRZ 1987, S. 313 (317).

⁴⁶⁹ In anderen europäischen Staaten wird der Schutz des Samenspenders dadurch gewährleistet, dass eine Vaterschaftsanfechtungsklage des Kindes nicht zugelassen wird bzw. dass die Anonymität des Samenspenders sichergestellt wird.

⁴⁷⁰ Pintens: Die Abstammung im belgischen Recht, in: Spickhoff/Schwab/Henrich/Gottwald (Hrsg.): Der Streit um die Abstammung, S. 119 (135).

⁴⁷¹ Siehe Elterngesetzbuch 1. Kapitel § 5, abgedruckt bei: Carsten: Schweden, in: Bergmann/Ferid/Henrich (Hrsg.): Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht, S. 1 (65), Stand 01.07.2013.

künstlich gezeugten Kind.⁴⁷² Ebenso ist nach slowenischem Recht die Feststellung der Vaterschaft zu einem mit Spendersamen gezeugten Kind untersagt. Daher kann gemäß Art. 42 BbmHG keine rechtliche Verbindung zwischen dem Samenspender und dem aus seinen Samenzellen gezeugten Kind hergestellt werden. In Art. 28 BbmHG wird zudem ausdrücklich ausgeführt, dass die Spender keine Rechts- oder anderen Pflichten gegenüber dem mit ihrem Samen gezeugten Kind haben.⁴⁷³ Gemäß Art. 311-19 Abs. 1 des französischen Code civil kann eine statusrechtliche Beziehung zu dem Keimzellenspender nicht begründet werden. Zudem kann auch keine Haftungsklage gegen den Samenspender erhoben werden,⁴⁷⁴ da gemäß Art. 311-19 Abs. 2 Code civil jegliche Haftung für nachteilige Folgen einer Befruchtung ausgeschlossen ist. Damit werden im französischen Recht sämtliche Ansprüche gegen den Keimzellenspender ausgeschlossen, obwohl ihm bereits von Gesetzes wegen Anonymität zugesichert wird.

Im finnischen Recht findet sich die Regelung, dass selbst bei Behandlung einer alleinstehenden Frau nur dann der Mann, dessen Samenzellen verwendet wurden, als Vater festgestellt werden kann, wenn er die nach dem Gesetz notwendige Zustimmung zur Feststellung der Vaterschaft erteilt hat⁴⁷⁵. Daraus kann wohl in einem Umkehrschluss geschlossen werden, dass die Feststellung der Vaterschaft gegen den Samenspender nicht möglich ist.

Nach niederländischem Recht kann zwar grundsätzlich die Vaterschaft des Mannes festgestellt werden, der zu einer Handlung seine Zustimmung gegeben hat, die die Zeugung eines Kindes als Folge gehabt haben kann. Die Vaterschaftsklage gegen den Samenspender ist im niederländischen Recht jedoch ebenfalls ausgeschlossen, obwohl der Samenspender der genetische Vater des Kindes und die genetische Abstammung grundsätzlich das entscheidende Kriterium für die Begründetheit einer Vaterschaftsfeststellungsklage ist.⁴⁷⁶ Eine ähnliche Regelung findet sich auch im englischen Recht. In section 41 HFEA⁴⁷⁷ 2008 ist festgehalten, dass der Samenspender, der seine Zustimmung zur Verwendung seines Samens für medizinische Reproduktionsverfahren den Vorschriften entsprechend abgegeben hat, nicht als Vater angesehen werden kann.⁴⁷⁸

⁴⁷² Hlača, FamRZ 2010, S. 1494 (1495).

⁴⁷³ Zupančič/Novak: Slowenien, in: Bergmann/Ferid/Henrich (Hrsg.): Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht, S. 1 (45), Stand 01.12.2008.

⁴⁷⁴ Ferrand: Streit um die Abstammung in Frankreich, in: Spickhoff/Schwab/Henrich/Gottwald (Hrsg.): Der Streit um die Abstammung, S. 93 (100).

⁴⁷⁵ Vgl. § 3a finnisches Vaterschaftsgesetz, Seite 92.

⁴⁷⁶ Breemhaar: Streit um die Abstammung im niederländischen Recht, in: Spickhoff/Schwab/Henrich/Gottwald (Hrsg.): Der Streit um die Abstammung, S. 149 (161).

⁴⁷⁷ Human Fertilisation and Embryology Act.

⁴⁷⁸ Scherpe, FamRZ 2010, S. 1513 (1514). Bereits nach section 28 (6) HFEA 1990 war vorgesehen, dass der lizenzierte Samenspender nicht als Vater des im Wege der heterologen Insemination entstandenen Kindes angesehen werden konnte. Das Erfordernis der Lizenzierung erfüllte der Samenspender, wenn er seinen Samen einer formal lizenzierten Klinik überlassen hatte, vgl. Lowe: Issues of Descent – The Position in

Nach dem modifizierten Art. 1479 Abs. 2 gr. ZGB ist jedem sonst zur Einleitung eines Vaterschaftsfeststellungsverfahrens Berechtigten (Mutter, Kind, Großvater und Großmutter) die Möglichkeit zur gerichtlichen Vaterschaftsfeststellung des Samenspenders verwehrt, selbst wenn die Identität des Spenders bekannt sein sollte.⁴⁷⁹ Um die Vaterschaft zu dem im heterologen System gezeugten Kind zu begründen, verbleibt deshalb nur die Möglichkeit der freiwilligen Anerkennung der Vaterschaft durch den Samenspender. Zu diesem Vaterschaftsanerkennnis muss die Mutter ihre Zustimmung gemäß Art. 1475 Abs. 1 S. 1 gr. ZGB erteilen. Damit genügt nach griechischem Recht für die Begründung der Vaterschaft zwischen dem Kind und dem Spender ebenfalls nicht die tatsächliche biologische Abstammung, vielmehr ist dafür der explizit geäußerte Wille des Spenders erforderlich.⁴⁸⁰

Im österreichischen Recht wird in § 148 Abs. 4 S. 1 ABGB⁴⁸¹ die Vaterschaftsfeststellung eines Dritten ausgeschlossen. Daher kann der Samenspender im Regelfall auch in Österreich nicht als Vater des mit seinem Samen gezeugten Kindes festgestellt werden. Mit dem FamErbRÄG⁴⁸² 2004 wurde der Begriff des „Dritten“ im Gesetz legaldefiniert. § 148 Abs. 4 S. 2 ABGB hat folgenden Wortlaut:

„Dritter⁴⁸³ ist, wer seinen Samen einer für medizinisch unterstützte Fortpflanzungen zugelassenen Krankenanstalt mit dem Willen hinterlässt, nicht selbst als Vater eines mit diesem Samen gezeugten Kindes festgestellt zu werden.“

Grund für die Legaldefinition des Begriffs war die umfangreiche Diskussion in der österreichischen Literatur, wie die aufgrund aus der Anwendung des § 148 Abs. 4 S. 1 ABGB resultierende Vaterlosigkeit eines Kindes verhindert werden könne. Aus dem Wortlaut der Definition folgt, dass derjenige, der „privat“ seinen Samen den Wunscheltern zur Verfügung stellt, sehr wohl als Vater festgestellt werden könnte.⁴⁸⁴ Dagegen kann der Samenspender bei Einhaltung der dargestellten Anforderungen unter keinen Umständen als rechtlicher

English Law, in: Spickhoff/Schwab/Henrich/Gottwald (Hrsg.): Der Streit um die Abstammung, S. 319 (322); Büttner, FamRZ 1997, S. 464 (467).

⁴⁷⁹ Kiriakaki, MedR 2005, S. 143 (151); Koutsouardis: Zum aktuellen Stand des griechischen Abstammungsrechts, in: Spickhoff/Schwab/Henrich/Gottwald (Hrsg.): Der Streit um die Abstammung, S. 205 (244).

⁴⁸⁰ Kiriakaki, MedR 2005, S. 143 (151 mit FN 78).

⁴⁸¹ Zuvor § 163 Abs. 3 ABGB, geändert aufgrund 15. Bundesgesetz, mit dem das Allgemeine bürgerliche Gesetzbuch, das Außerstreitgesetz, das Ehegesetz, das Justizbetreuungsagentur-Gesetz, das Rechtspflegergesetz, das Gerichtsgebührengesetz, das Bundesgesetz zur Durchführung des Übereinkommens vom 25. Oktober 1980 über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführung und das Namensänderungsgesetz geändert werden (Kindeschafts- und Namensrechts-Änderungsgesetz 2013 – KindNAmRÄG 2013), BGBl. I Nr. 15/2013.

⁴⁸² Familien- und Erbrechtsänderungsgesetz 2004, BGBl. 2004, Teil I, S. 710.

⁴⁸³ Dritter ist mithin grundsätzlich derjenige, der nicht mit dem Zustimmenden identisch ist, Rummel/Stabentheiner, ABGB III, § 163 Rdn. 1c.

⁴⁸⁴ Ferrari: Streit um die Abstammung – die Rechtslage in Österreich, in: Spickhoff/Schwab/Henrich/Gottwald (Hrsg.): Der Streit um die Abstammung, S. 183 (191); Koziol/Welser/Kletečka, S. 525; Kerschner, S. 115 f. Rdn. 3/14.

Vater des Kindes festgestellt werden.⁴⁸⁵ Die Bestimmung des § 148 Abs. 4 S. 2 ABGB soll zudem sicherstellen, dass heterologe Inseminationen nur in dazu befugten Krankenanstalten vorgenommen werden (§ 4 Abs. 2 FMedG⁴⁸⁶).⁴⁸⁷ Im Gegensatz zum griechischen Recht kann der Samenspender die Vaterschaft nach österreichischem Recht auch nicht freiwillig anerkennen.⁴⁸⁸

Nach Schweizer Recht ist die Vaterschaftsklage gegen einen Mann, der sein Sperma für ein Verfahren der künstlichen Befruchtung zur Verfügung gestellt hat, ebenfalls grundsätzlich ausgeschlossen (Art. 23 Abs. 2 FMedG).⁴⁸⁹ Eine Vaterschaftsklage gegen den Samenspender ist jedoch dann ausnahmsweise zulässig, wenn „die Samenspende wissentlich bei einer Person erfolgt ist, die keine Bewilligung für Fortpflanzungsverfahren oder für die Konservierung und Vermittlung gespendeter Samenzellen hatte“.⁴⁹⁰ Nach Ansicht des Schweizer Gesetzgebers verdient der Samenspender in diesem Fall keinen Schutz. Deshalb wird er wie ein unverheirateter Mann behandelt, der auf natürliche Weise ein Kind gezeugt hat.⁴⁹¹ Der Ausschluss der Vaterschaftsfeststellung gilt dagegen auch in den Fällen, in denen sich eine alleinstehende Frau dem Verfahren unterzogen hat, der Samenspender sich gesetzeskonform verhalten hat und eine andere Person die Samenspende in gesetzeswidriger Weise benutzt hat.⁴⁹²

e) **Stellungnahme**

Zwar könnte der gesetzliche Ausschluss der Vaterschaftsfeststellung des Samenspenders ernsthaft in Betracht gezogen werden, wenn sich der Gesetzgeber zur Einführung eines neuen Vaterschaftstatbestandes⁴⁹³, der an den vom Ehemann/Lebenspartner geäußerten Willen anknüpft, entschließen würde. Jedoch darf auch bei Normierung eines solchen Tatbestandes nicht übersehen werden, dass dadurch die Vaterlosigkeit des Kindes in einigen Fällen, vor allem in den Fällen, in denen die heterologe Insemination an einer alleinlebenden

⁴⁸⁵ So wohl Lurger: Fortpflanzungsmedizin und Abstammungsrecht, in: Bernat (Hrsg.): Die Reproduktionsmedizin am Prüfstand von Recht und Ethik, S. 108 (123).

⁴⁸⁶ Bundesgesetz über die medizinisch unterstützte Fortpflanzung (Fortpflanzungsmedizingesetz, FMedG vom 18. Dezember 1998 (Stand 13. Juni 2006).

⁴⁸⁷ Ferrari: Streit um die Abstammung – die Rechtslage in Österreich, in: Spickhoff/Schwab/Henrich/Gottwald (Hrsg.): Der Streit um die Abstammung, S. 183 (191); Fischer-Czermak, JBl 2005, S. 1 (7); Schwimann/Kodeck, ABGB, § 163 Rdn. 13.

⁴⁸⁸ Schwimann, NZ 2005, S. 33 (38 und 41); Lurger/Schwimann: Österreich; in: Bergmann/Ferid/Henrich (Hrsg.): Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht, S. 1 (78 f.), Stand 01.03.2008; a.A. Schwimann/Kodeck, ABGB, § 163 Rdn. 14; Rummel/Stabentheiner, ABGB III, § 163 Rdn. 1c.

⁴⁸⁹ Aebi-Müller/Jaggi: Streit um die Abstammung – Länderbericht Schweiz, in: Spickhoff/Schwab/Henrich/Gottwald (Hrsg.): Der Streit um die Abstammung, S. 343 (354); Bächler/Vetterli, S. 198; Basler Kommentar: Zivilgesetzbuch I, Art. 256 Rdn. 12.

⁴⁹⁰ Basler Kommentar/Schwenzer: Zivilgesetzbuch I, Art. 261 Rdn. 10; Bächler, FamPra.ch 2005, S. 437 (460).

⁴⁹¹ Reusser, DEuFamR 2000, S. 222 (229).

⁴⁹² Reusser, DEuFamR 2000, S. 222 (229) mit Verweis auf BBl 1996 III 205 ff., Ziff. 322.462. In diesen Fällen steht es dem Samenspender jedoch frei, das Kind freiwillig anzuerkennen.

⁴⁹³ Siehe S. 80 ff.

unverheirateten Frau –illegal im Inland bzw. legal im Ausland– vorgenommen wird,⁴⁹⁴ erst ermöglicht wird.⁴⁹⁵ Sie droht des Weiteren in den Fällen, in denen eine Einwilligungserklärung des rechtlichen Vaters vor der Befruchtung nicht vorliegt oder die Vaterschaft aufgrund eines Mangels bei Abgabe der Einwilligungserklärung angefochten werden kann bzw. sich die Einwilligungserklärung nicht auf die Vornahme einer heterologen Insemination bezieht.⁴⁹⁶ Rechtliche Vaterlosigkeit des Kindes könnte auch die Folge sein, wenn die Ehe der Mutter vor der Geburt des Kindes geschieden wird, da die Vaterschaftsvermutung des § 1592 Nr. 1 BGB nur bei im Zeitpunkt der Geburt des Kindes bestehender Ehe eingreift.⁴⁹⁷ Denkbar ist diese Konstellation vor allem bei Behandlung mittels IVF unter Verwendung von Spendersamen.⁴⁹⁸ Die Vaterlosigkeit des Kindes „sehenden Auges“ in Kauf zu nehmen, erscheint rechtspolitisch fragwürdig.⁴⁹⁹ Auch der Umstand, dass die Zahl der betroffenen Kinder verschwindend gering sein dürfte –vor allem bei Normierung eines neuen Vaterschaftstatbestandes– kann einen gesetzlichen Ausschluss der Vaterschaftsfeststellung nicht rechtfertigen. Der Gesetzgeber ist dem Kindeswohl verpflichtet. Dem Kindeswohl kann dadurch am besten entsprochen werden, dass sowohl eine rechtliche Mutter als auch ein rechtlicher Vater für das Kind vorhanden sind. Dementsprechend ist es aber auch angezeigt, den Samenspender an seiner Verantwortung zur Zeugung des Kindes festzuhalten. Schließlich bleibt –wenn keine wirksame Einwilligung vorhanden ist– nur der Beitrag des Samenspenders. Insoweit gerät –trotz eventuell bestehender psychischer Belastungen– die Feststellung des Samenspenders als Vater zum Vorteil des Kindes, da ein weiterer Unterhaltsschuldner vorhanden ist.⁵⁰⁰

Folgeprobleme könnten sich zudem insbesondere bei der Auslegung der neu zu schaffenden Norm ergeben, die als Konsequenz ein weiteres Eingreifen des Gesetzgebers notwendig machen könnte. Bis zur Klarstellung der Bestimmung durch den Gesetzgeber würde in einem der sensibelsten Bereiche des deutschen Rechts Rechtsunsicherheit herrschen. Dass

⁴⁹⁴ Für das englische Recht Büttner, FamRZ 1997, S. 464 (467) sowie für das österreichische Recht: Lurger: Fortpflanzungsmedizin und Abstammungsrecht, in: Bernat (Hrsg.): Die Reproduktionsmedizin am Prüfstand von Recht und Ethik, S. 108 (140); ebenso dieses Problem zum Entwurf des Fortpflanzungsgesetzes diskutierend: Bydlinski, JBl 1990, S. 741 (742), der die Norm und damit den Ausschluss des Samenspenders von der Vaterschaftsfeststellung sowie der Befreiung von den Vaterpflichten als einen echten gesetzlichen Willkürakt bezeichnet.

⁴⁹⁵ So auch Coester-Waltjen, Reproduktionsmedizin 2002, S. 183 (191).

⁴⁹⁶ Vgl. dazu die Ausführungen im österreichischen Recht, Lurger: Fortpflanzungsmedizin und Abstammungsrecht, in: Bernat (Hrsg.): Die Reproduktionsmedizin am Prüfstand von Recht und Ethik, S. 108 (139 f.).

⁴⁹⁷ Sofern man davon ausgeht, dass der Gesetzgeber einen Vaterschaftszuordnungstatbestand schafft, der an die wirksame Einwilligung des Partners der Mutter anknüpft, ist das Kind auch dann nicht vor der Vaterlosigkeit geschützt, wenn der Ex-Ehemann keine wirksame Einwilligung in die Behandlung abgegeben hat.

⁴⁹⁸ Coester-Waltjen, Reproduktionsmedizin 2002, S. 183 (191). Bei Schaffung eines neuen Tatbestandes, der an die Einwilligung zur heterologen Insemination die Einbindung in die rechtliche Vaterstellung vorsieht, bliebe der geschiedene Ehemann dem Kind als rechtlicher Vater des Kindes erhalten.

⁴⁹⁹ Coester-Waltjen, Reproduktionsmedizin 2002, S. 183 (191).

⁵⁰⁰ Bernat: Rechtsfragen medizinisch assistierter Zeugung, S. 180.

Auslegungsschwierigkeiten realistischere zu befürchten sind, zeigen die Erfahrungen zu § 148 Abs. 4 ABGB des österreichischen Rechts. Die Auslegung von § 148 Abs. 4 S. 1 ABGB⁵⁰¹ war bis zur Einführung der Legaldefinition des Dritten 2004 äußerst umstritten. Vor allem durch eine teleologische Reduktion der Vorschrift wurde versucht, die drohende rechtliche Vaterlosigkeit des Kindes zu verhindern.⁵⁰²

Finanziell ist bei einem gesetzlichen Ausschluss der Vaterschaftsfeststellung des Samenspenders vor allem das Kind einer alleinstehenden Frau sowie das Kind, das ohne Zustimmung eines Mannes gezeugt wurde, benachteiligt, da dem Kind in diesen Fällen gerade kein vertraglich begründeter Unterhaltsanspruch gegen einen Wunschvater zusteht. Um die finanzielle Benachteiligung des Kindes zu verhindern, wurden in der österreichischen Literatur zwei Lösungsmöglichkeiten diskutiert: Entweder sollte anstelle des Samenspenders der Staat die finanziellen Lasten von Unterhalt und erbrechtlichem Pflichtteil übernehmen oder der Samenspender trotz der eindeutigen gesetzlichen Regelung als Vater des Kindes mit allen rechtlichen Konsequenzen festgestellt werden können.⁵⁰³ Für die zweite Lösung wurde angeführt, dass sie sich nahtlos in das österreichische Abstammungsrecht einfügen lasse und aus dem Wegfall des § 148 Abs. 4 ABGB keine negative Wirkung auf die Spendebereitschaft zu befürchten sei.⁵⁰⁴ Für die erste Lösung sprach, dass die Spende

⁵⁰¹ Zuvor § 163 Abs. 4 S. 1 ABGB.

⁵⁰² Da es auch im österreichischen Recht zu einer rechtlichen Vaterlosigkeit des Kindes kommen kann (Vornahme der Behandlung an einer alleinstehenden Frau im Ausland oder verbotenerweise im Inland bzw. Unwirksamkeit der Einwilligungserklärung aufgrund formeller oder materieller Mängel), wurde diskutiert, wie der Samenspender trotz § 148 Abs. 4 ABGB in die rechtliche Vaterschaft eingebunden werden kann. Es wurde vorgeschlagen, den Samenspender in diesen Fallkonstellationen trotz des eindeutigen Wortlauts der Bestimmung dennoch als biologischen Vater heranzuziehen. Dagegen wurde jedoch angeführt, dass der Gesetzgeber mit § 148 Abs. 4 ABGB den Samenspender gerade vor seiner familienrechtlichen Inanspruchnahme schützen wollte. Es wurden deshalb zwei verschiedene Auslegungsvarianten der Bestimmung diskutiert: Einerseits wurde die Bestimmung dahingehend interpretiert, dass der Samenspender niemals gegen seinen Willen in eine familienrechtliche Stellung zu dem Kind eingebunden werden könne, andererseits wurde von dem Umstand ausgegangen, dass der Gesetzgeber nur bei der absolut vorschriftskonformen Durchführung der heterologen Insemination die Bestimmung eingreifen lassen wollte. Diese wurde dann angenommen, wenn ein Wunschvater vorhanden war, der materiell und formell der heterologen Insemination zugestimmt hatte. Nur in diesen Fällen war eine Inanspruchnahme des Samenspenders undenkbar, da die Vaterschaft des Wunschvaters nicht beseitigt werden konnte, vgl. Lurger: Fortpflanzungsmedizin und Abstammungsrecht, in: Bernat (Hrsg.): Die Reproduktionsmedizin am Prüfstand von Recht und Ethik, S. 108 (140 f.); so auch: Bydlinski, JBI 1990, S. 741 (743). Diese Ausführungen waren auch schon vor der Klarstellung in § 148 Abs. 4 ABGB abzulehnen. Die Annahme einer vorschriftskonformen Durchführung der heterologen Insemination war als naive Unterstellung an den Gesetzgeber zu werten. Auch ging aus den Gesetzgebungsmaterialien eindeutig hervor, dass die Vaterschaft des Samenspenders auch dann ausgeschlossen sein sollte, wenn das Kind keinen sozialen Vater erhielt. Die Anzahl der Kinder, die ohne rechtlichen Vater gezeugt wurden, ist minimal und musste daher als unschönes Ergebnis hingenommen werden, Lurger: Fortpflanzungsmedizin und Abstammungsrecht, in: Bernat (Hrsg.): Die Reproduktionsmedizin am Prüfstand von Recht und Ethik, S. 108 (141).

⁵⁰³ Lurger: Fortpflanzungsmedizin und Abstammungsrecht, in: Bernat (Hrsg.): Die Reproduktionsmedizin am Prüfstand von Recht und Ethik, S. 108 (143).

⁵⁰⁴ Lurger: Fortpflanzungsmedizin und Abstammungsrecht, in: Bernat (Hrsg.): Die Reproduktionsmedizin am Prüfstand von Recht und Ethik, S. 108 (144).

unentgeltlich erfolgt; daher sei es recht und billig, dass der Staat für die unterhalts- und erbrechtlichen Folgen des Verfahrens einstehe. Der Staat müsse die Risiken und Gefahren tragen, die aus der staatlichen Erlaubnis der heterologen Insemination folgen.⁵⁰⁵ Der österreichische Gesetzgeber hat mit der Legaldefinition des Dritten eindeutig zu der Diskussion Stellung genommen: Er möchte die Verantwortlichkeit des Samenspenders nur dann ausschließen, wenn dieser sich an die gesetzlichen Voraussetzungen gehalten hat, d.h. seinen Samen einer Krankenanstalt im Rahmen eines staatlichen Programms zur Verfügung gestellt hat.⁵⁰⁶

Gerechtfertigt werden kann ein gesetzlicher Ausschluss der Vaterschaftsfeststellung auch nicht mit Hinweis auf die Entwicklung des Spenderverhaltens. Jeder Spender muss sich des Restrisikos der Feststellung seiner Vaterschaft bewusst sein und dementsprechend umfassend über die rechtlichen Risiken vor der Samenspende aufgeklärt werden.⁵⁰⁷ Unberechtigt wäre es deshalb im Hinblick auf die Interessen des Samenspenders die Vaterlosigkeit des Kindes durch einen Rechtsakt möglich zu machen. Der Feststellungsausschluss würde stets den Falschen, nämlich das Kind treffen. Dieses ist jedoch für die Umstände seiner Zeugung keinesfalls verantwortlich. Die Möglichkeit der juristischen Vaterlosigkeit kann vom Gesetzgeber daher in keiner Weise gerechtfertigt werden. Die Privilegierung des Samenspenders, die durch einen gesetzlichen Ausschluss der Feststellungsmöglichkeit zweifelsohne gegeben wäre, würde zu einer Diskriminierung einer kleinen Gruppe von Kindern führen. Dadurch würde aber sowohl das Kindeswohlprinzip als auch der Gleichheitssatz verletzt.⁵⁰⁸ Zudem muss festgehalten werden, dass mit der Möglichkeit der Inanspruchnahme des Samenspenders auch der Zweck verfolgt wird, einen verantwortungsvollen Umgang mit der Samenspende zu gewährleisten. Bei einem Ausschluss der Vaterschaftsfeststellung des Samenspenders erscheint es mehr als fraglich, ob dieses natürliche Regulativ noch gegeben wäre.⁵⁰⁹ Zudem hat der Samenspender mit der wissentlichen und willentlichen Zurverfügungstellung seiner Gameten einen erheblichen Beitrag zur Entstehung des Kindes geleistet.⁵¹⁰ Dieser Beitrag ist auch unter Zugrundelegung des modifizierten Abstammungsbegriffs von Wanitzek bei Nichtvorhandensein eines Wunschvaters bzw. nicht wirksamer Einwilligung eines Mannes als der letztendlich entscheidende Beitrag zu der Entstehung des Kindes zu werten, da er nicht durch eine Verantwortlichkeit des Wunschvaters überlagert wird. Der Samenspender wird letztendlich an der Verantwortung festgehalten, die nicht den Willen zu einem Kind voraussetzt, sondern für die ausreichend ist, dass der Samenspender um den Zeugungserfolg durch Verwendung

⁵⁰⁵ Lurger: Fortpflanzungsmedizin und Abstammungsrecht, in: Bernat (Hrsg.): Die Reproduktionsmedizin am Prüfstand von Recht und Ethik, S. 108 (144).

⁵⁰⁶ Schwimann/Kodack, ABGB, § 163 Rdn. 13.

⁵⁰⁷ Darauf hinweisend auch OLG Hamm, NJW 2013, S. 1167 (1169).

⁵⁰⁸ So bereits für das österreichische Recht Memmer, JBl 1992, S. 361 (371).

⁵⁰⁹ Coester-Waltjen, Reproduktionsmedizin 2002, S. 183 (192).

⁵¹⁰ Coester-Waltjen, FamRZ 1984, S. 230 (233).

seiner Spende wusste. Insoweit wiegt sein Beitrag schwerer als die Handlung des die Insemination ausführenden Arztes.⁵¹¹

Aus den aufgezeigten Gründen sowie dem Umstand, dass gerade bei Normierung eines weiteren Vaterschaftstatbestandes zugunsten des Einwilligenden das Risiko der Vaterschaftsfeststellung des Samenspenders als gering einzustufen ist, muss der Forderung⁵¹² nach einem gesetzlichen Ausschluss der Vaterschaftsfeststellung des Samenspenders eine Absage erteilt werden.

f) Ausschluss der finanziellen Verantwortlichkeit des Samenspenders

Anders könnte jedoch die Frage zu beurteilen sein, ob der Samenspender vom Gesetzgeber von der finanziellen Verantwortung gegenüber dem Kind freigestellt werden sollte. Nach gerichtlicher Feststellung der Vaterschaft des Samenspenders besteht für den Samenspender das Risiko, unterhalts- und erbrechtliche Ansprüche des Kindes befriedigen zu müssen. Da der Samenspender das Risiko der Zahlungsunfähigkeit der Wunscheltern trägt, könnte sich die Freistellungsverpflichtung der Wunscheltern als wertlos für den Samenspender erweisen. Für die Freistellung des Samenspenders von sämtlichen finanziellen Ansprüchen des Kindes trotz statusrechtlicher Vaterschaftsfeststellung⁵¹³ sprechen die Motivation des Samenspenders zur Teilnahme am Samenspendeprogramm, die Unentgeltlichkeit der Spende sowie die rechtliche Zulässigkeit des Verfahrens in Deutschland. Bei Erlaubnis eines bestimmten Verfahrens muss der Staat auch für deren Gefahren und Risiken einstehen.⁵¹⁴ Positiver Nebeneffekt der Freistellung von den finanziellen Verpflichtungen könnte die Zunahme von Samenspenden sein.⁵¹⁵

Die Entlassung des Samenspenders aus der finanziellen Verantwortlichkeit erscheint jedoch bedenklich. Damit würde durch den Gesetzgeber eine neue Art von Vaterschaft geschaffen werden. Von der eigentlichen Konzeption der Vaterschaftstatbestände bliebe nur noch das

⁵¹¹ Wanitzek, S. 341.

⁵¹² So Büttner, FamRZ 1997, S. 464 (467); Rütz, S. 157; Schumacher, FamRZ 1987, S. 313 (318); Marian, S. 154; wohl auch Geisthövel, Reproduktionsmedizin 2001, S. 301 (302); Helms: Die Feststellung der biologischen Abstammung, S. 126; Ramm geht sogar davon aus, dass der Beitrag des Samenspenders gar nicht geeignet sei, die rechtliche Vaterschaft zu begründen. Insoweit könne nicht nur auf den genetischen Beitrag abgestellt werden, Ramm, JZ 1989, S. 861 (871).

⁵¹³ So in dem Zwischenbericht der Bund-Länder-Arbeitsgruppe „Fortpflanzungsmedizin“, Keller, MedR 1988, S. 59 (65); so auch für den Fall der Embryonenspende, Lanz-Zumstein, S. 341, FN 900; dagegen bei Übertragung der Samenzellen auf eine unverheiratete Frau bereits Beschlüsse des 56. Deutschen Juristentages, NJW 1986, S. 3069 (3070); zu den erbrechtlichen Ansprüchen des Kindes, Leipold: Erbrechtliche Aspekte der künstlichen Befruchtung, in: Rechberger/Welser (Hrsg.): Festschrift für Kralik, S. 467 (470 f.).

⁵¹⁴ Lurger: Fortpflanzungsmedizin und Abstammungsrecht, in: Bernat (Hrsg.): Die Reproduktionsmedizin am Prüfstand von Recht und Ethik, S. 108 (144).

⁵¹⁵ Nach empirischen Schätzungen ist die Furcht der Spender größer vor der finanziellen Verantwortlichkeit als vor einer späteren Kontaktaufnahme durch das Kind, vgl. Bernat: Der anonyme Vater im System der Fortpflanzungsmedizin, in: Bernat (Hrsg.): Die Reproduktionsmedizin am Prüfstand von Recht und Ethik, S. 161 (166).

statusrechtliche Gewand ohne Innenleben übrig.⁵¹⁶ Von besonderer Brisanz wäre diese Ausgestaltung, wenn der Samenspender zwar nicht für die finanziellen Folgen seiner biologisch-genetischen Vaterschaft aufkommen müsste, aber die elterlichen Rechte für sich beanspruchen würde. Zudem müssten, um einen gerechten Ausgleich zwischen den Interessen des Kindes und des Samenspenders herzustellen, auch die Ansprüche des Samenspenders gegen das Kind ausgeschlossen werden, d.h. Unterhalts- und Erbansprüche dürften auch im Verhältnis Kind-Samenspender nicht entstehen.

Auch könnte die gesetzliche Freistellung des Samenspenders von sämtlichen finanziellen Ansprüchen des Kindes einen zusätzlichen Anreiz bieten, vermehrt heterologe Inseminationen in Deutschland vorzunehmen, die nach ärztlichem Standesrecht nicht erlaubt sind. Schadensersatzansprüche des Samenspenders gegen den Arzt als Folge dieses Verhaltens müssten die handelnden Ärzte nicht mehr befürchten. Einherginge dieses Handeln wohl auch mit einem weniger verantwortungsvollen Umgang mit der Samenspende von Seiten der Spender. Sofern der Staat für die unterhalts- und erbrechtlichen Ansprüche des Kindes eintreten würde, müsste zudem eine spezielle Art des „Sozialbetruges“ ausgeschlossen werden können. Anderenfalls ist nicht auszuschließen, dass staatliche Leistungen unter Vortäuschung einer heterologen Insemination in Anspruch genommen würden bzw. bewusst Kinder gezeugt würden, um staatliche Leistungen beanspruchen zu können. Der gesetzliche Ausschluss der finanziellen Verantwortlichkeit des Samenspenders ginge letztendlich mit erheblichen und unüberschaubaren finanziellen Verpflichtungen für den Staat einher.⁵¹⁷ Aufgrund dessen sowie aufgrund der Unpraktikabilität der Umsetzung der Ansprüche muss der gesetzliche Ausschluss der finanziellen Verantwortlichkeit des Samenspenders ebenfalls abgelehnt werden.⁵¹⁸

Das Restrisiko des Samenspenders, tatsächlich finanziell in Anspruch genommen zu werden, dürfte zudem als gering einzuordnen sein. Das Interesse des Kindes bezieht sich in den

⁵¹⁶ Ähnlich äußert sich auch Leipold: Erbrechtliche Aspekte der künstlichen Befruchtung, in: Rechberger/Welser (Hrsg.): Festschrift für Kralik, S. 469 (470 f.).

⁵¹⁷ Hübner, S. 224.

⁵¹⁸ Insoweit müsste die Höhe der Ansprüche für jeden Einzelfall wohl neu bestimmt werden, um dem Kind einen „echten“ Unterhalts- bzw. Erbanspruch nach seinem leiblichen Vater zu geben. Dies kann der Staat jedoch nicht leisten. Insofern müsste eine Pauschalsumme für die Ansprüche festgelegt werden. Jedoch dürfte auch deren Festlegung strittig sein. Hinsichtlich der Unterhaltsleistungen könnte auf § 2 Unterhaltsvorschussgesetz zurückgegriffen werden. Danach wird Unterhaltsvorschuss auch als Unterhaltsausfallleistung gewährt. In seiner Ausgestaltung richtet sich der Unterhaltsanspruch nach § 1612a BGB. Als Mindestunterhalt werden derzeit gemäß § 2 Abs. 1 UhVorschussG für Kinder, die das 6. Lebensjahr noch nicht vollendet haben, 317 €, für Kinder, die das 12. Lebensjahr noch nicht vollendet haben, 364 € gewährt. Darauf muss sich der alleinerziehende Elternteil jedoch gemäß § 2 Abs. 2 UhVorschussG seinen Anspruch auf Kindergeld anrechnen lassen. Daraus folgt, dass die Mindestzahlbeträge derzeit bei 133 €/monatlich für Kinder unter 6 Jahren und bei 180 €/monatlich bei Kindern unter zwölf Jahren liegen. Für die Höhe der Erbansprüche ist keine derzeit bestehende Regelung ersichtlich. Letztendlich handelt es sich dabei jedoch um eine nicht wünschenswerte Herangehensweise, da sie zu erheblichen Benachteiligungen für die aus einer heterologen Insemination hervorgegangenen Kinder führen dürfte.

meisten Fällen auf die Kenntnis seiner Abstammung. Bei ordnungsgemäßer Dokumentation seiner Entstehung kann das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung bereits durch die Einsichtnahme in die Dokumente⁵¹⁹ und eventuell durch einen persönlichen Kontakt mit dem Samenspender befriedigt werden, ohne dass eine Vaterschaftsfeststellung des Samenspenders nötig erscheint.⁵²⁰ Dem Interesse des Kindes auf Kenntnis seiner Abstammung dürfte durch die Umsetzung der EU-Richtlinien in § 14 Abs. 3 bzw. § 15 Abs. 2 TPG nun auch (noch) leichter nachzukommen sein.

Damit besteht kein gesetzgeberischer Handlungsbedarf, die finanzielle Verantwortlichkeit des Samenspenders für das mit seinem Samen gezeugte Kind auszuschließen.⁵²¹

g) Zwischenergebnis

Eine Vaterschaftsfeststellung kommt damit nur gegen den Samenspender als biologisch-genetischen Vater in Betracht. Dieser kann grundsätzlich auch als Vater des Kindes festgestellt werden, da nach einer heterologen Insemination die Vaterschaftsfeststellung nicht ausgeschlossen ist.⁵²² Die Vaterschaftsfeststellung des Samenspenders wird in der Regel jedoch nicht dem Willen der Mutter entsprechen und ein entsprechendes Verfahren daher nicht betrieben werden. Weder der gesetzliche Ausschluss der Vaterschaftsfeststellung noch der Ausschluss der finanziellen Verantwortlichkeit des Samenspenders ist deshalb aus Kindeswohlgesichtspunkten angezeigt.

3. Einbindung des nichtehelichen Lebenspartners in die elterliche Verantwortung

Wie bereits ausgeführt, greift eine Vaterschaftsvermutung wie in § 1592 Nr. 1 BGB zugunsten bzw. zulasten des Partners der verheirateten Frau nicht ein. Weiterhin kann aufgrund der fehlenden genetischen Abstammung auch ein Feststellungsverfahren keinen Erfolg haben. Dennoch soll nachfolgend interessieren, ob nach derzeitigem Gesetzesrecht eine andere Möglichkeit besteht, den nichtehelichen Lebenspartner in die elterliche Verantwortung einzubinden.

a) Keine Möglichkeit der Einbindung des nichtehelichen Lebenspartners

Nach einer Ansicht besteht bei Weigerung des Lebenspartners zur Anerkennung des Kindes keine weitere Möglichkeit, den nichtehelichen einwilligenden Lebensgefährten statusmäßig in die Vaterrolle einzubinden. Sofern der nichteheliche Lebensgefährte nach erfolgter Einwilligung nicht bereit sei, das Kind nach der Geburt anzuerkennen, bliebe nur die gerichtliche Vaterschaftsfeststellung. Da insofern jedoch auf die genetische Abstammung

⁵¹⁹ Siehe insofern das Urteil des OLG Hamm, in dem dieses entschieden hat, dass das mit Spendersamen gezeugte Kind vom behandelnden Arzt Auskunft über seine genetische Abstammung verlangen kann und der behandelnde Arzt dem Kind Einsicht in vorhandene Unterlagen zu gewähren hat, vgl. OLG Hamm vom 06.02.2013, Az.: I-14 U 7/12, NJW 2013, S. 1167 ff.

⁵²⁰ So auch Hübner, S. 225.

⁵²¹ So auch Hübner, S. 225.

⁵²² Siehe Palandt/Brudermüller, § 1600d Rdn. 10.

abzustellen sei, könne seine Vaterschaft auch nicht gerichtlich festgestellt werden.⁵²³ § 1600 Abs. 5 BGB wiederum begründe keine originäre Vaterschaftszuordnung, sondern verhindere nur unter bestimmten Voraussetzungen eine Statuskorrektur.⁵²⁴

b) Präkonzeptionelle Verpflichtung zur Anerkennung

Dagegen wird vorgeschlagen, dass jedenfalls eine präkonzeptionelle Verpflichtung zur Anerkennung nach der Empfängnis als wirksam angesehen werden müsse, wenn man die präkonzeptionelle Anerkennung wegen Verstoßes gegen § 1594 Abs. 3 BGB für unwirksam halte. In diesen Fällen könne es nicht zu einem objektlosen Anerkenntnis kommen, weil der Wunschvater seine Verpflichtung nur im Falle der Empfängnis zu erfüllen habe.⁵²⁵ Auch Rauscher⁵²⁶ erwog aus Konsistenzgründen eine Anerkennungspflicht des zustimmenden Mannes jedenfalls dann anzunehmen, wenn man dem der heterologen Insemination zustimmenden Ehemann die Vaterschaftsanfechtung verwehren sollte.⁵²⁷

c) Stellungnahme

Diesem Vorschlag ist zwar hinsichtlich seiner Intention grundsätzlich zuzustimmen. Die Annahme einer Anerkennungspflicht des Wunschvaters erweist sich jedoch als systemwidrig, da diesem Ansatz „der Charakter der Vaterschaftsanerkennung“ als höchstpersönliche Willenserklärung entgegensteht.⁵²⁸ Personale Pflichten setzen wegen ihres moralischen Hintergrunds stets Freiwilligkeit voraus.⁵²⁹ Eine wirksame Verpflichtung zur Vaterschaftsanerkennung kann daher nicht bewirkt werden.⁵³⁰ Selbst wenn man eine wirksame Verpflichtung zulassen wollte, könnte diese Verpflichtung zur Anerkennung der Vaterschaft jedenfalls nicht eingeklagt werden⁵³¹. Eine Klage auf Abgabe der Anerkennungserklärung ist daher ausgeschlossen.⁵³² Schließlich ist allen statusbegründenden Rechtsgeschäften gemein, dass eine Klagbarkeit der Verpflichtung zur Vornahme bzw. Nichtvornahme dieser Rechtsgeschäfte nicht gegeben ist bzw. eine Klagbarkeit, aber keine Vollstreckbarkeit gegeben ist.⁵³³

⁵²³ Gernhuber/Coester-Waltjen, § 53 II Rdn.10; im Ergebnis auch Roth, DNotZ 2003, S. 805 (807 f.).

⁵²⁴ Gernhuber/Coester-Waltjen, § 53 II FN 14.

⁵²⁵ Taupitz/Schlüter, AcP 2005, S. 591 (596); Weinbrecht: Rechtsprobleme der künstlichen Insemination de lege lata und de lege ferenda, in: Löhnig/Gietl (Hrsg.): Beiträge zur Reform des Familien- und Erbrechts, S. 258 (301).

⁵²⁶ Staudinger/Rauscher (1997), Einl. zu §§ 1589 ff. BGB (a.F.) Rdn. 123; Wanitzek, S. 336.

⁵²⁷ Später führte Rauscher aus, dass die Einwilligung in die künstliche Befruchtung mit Spendersamen entweder als Anerkennung verstanden werden müsste oder der Mann so behandelt werden müsste, als könne die Vermutungsregel des § 1600d Abs. 2 S. 1 BGB auf ihn Anwendung finden, Staudinger/Rauscher, § 1600 Rdn. 71; Wanitzek, S. 336.

⁵²⁸ Wanitzek, S. 336.

⁵²⁹ Muscheler, Rdn. 165.

⁵³⁰ Wanitzek, S. 333.

⁵³¹ Muscheler, Rdn. 100.

⁵³² Staudinger/Rauscher, § 1592 Rdn. 12; Muscheler, Rdn. 162; Helms: Familienrechtliche Grundlagen, in: Duttge/Engel/Lipp/Zoll (Hrsg.): Heterologe Insemination, S. 37 (40).

⁵³³ Muscheler, Rdn. 111 und Rdn. 162.

II. Notwendigkeit eines neuen Vaterschaftstatbestandes

Damit besteht nach derzeitigem Gesetzesrecht keine Möglichkeit, den nichtehelichen Lebenspartner, der die Anerkennung des Kindes nach der Zeugung bzw. Geburt des Kindes verweigert bzw. zu dessen Anerkennung die Mutter ihre Zustimmung verweigert, in die rechtliche Elternstellung einzubinden.⁵³⁴ Dieses Ergebnis erscheint nicht interessengerecht. Während das Kind die Umstände seiner Zeugung nicht zu verantworten hat, entscheidet sich der nichteheliche Lebenspartner bewusst für die Zeugung eines ihm genetisch fremden Kindes und setzt mit seiner Einwilligung eine entscheidende Ursache für die Existenz des Kindes. Zudem hängt das Lebensschicksal eines Kindes maßgeblich von der rechtlichen Zuordnung zu einem Elternpaar ab. Die Statusregeln dürfen daher nicht zur rechtlichen Vaterlosigkeit des Kindes führen.⁵³⁵ Die derzeitige Gesetzeslage sowie die bestehende gesetzgeberische Untätigkeit benachteiligen damit den Falschen.⁵³⁶ Deshalb muss die rechtliche Zuordnung der Vaterschaft in einer nichtehelichen Partnerschaft im Bereich der heterologen Fortpflanzungstechniken überdacht werden. Zum Schutz des Kindes sollte ein neuer Vaterschaftstatbestand geschaffen werden. Ansatzpunkt für die Entwicklung eines neuen Vaterschaftstatbestandes könnte die Einwilligung des Mannes zur Verwendung von Spendersamen sein.

Ein Kind hat aufgrund biologischer Gegebenheiten einen Vater und eine Mutter. Damit steht jedoch noch nicht fest, welchen Personen die Elternschaft juristisch zugeordnet wird. „Elternschaft ist kein natürliches Faktum, sondern eine gesellschaftliche Konstruktion“⁵³⁷, die zeitlichen Schwankungen unterworfen ist. Das Konzept der Elternschaft ist auch im modernen europäischen Verwandtschaftsrecht tief in biologisch-genetischen Strukturen verwurzelt; dennoch war es nie ein bloßes Abbild der biologischen Realitäten.⁵³⁸ Vielmehr erfährt das Kindesverhältnis eine eigenständige normative Begründung.⁵³⁹ Daraus folgt, dass

⁵³⁴ Aufgrund des Umstandes, dass eine rechtliche Einbindung nach derzeitigem Gesetzesrecht nicht möglich ist und dem im Wege der heterologen Insemination gezeugten Kind daher nicht garantiert werden kann, dass von seiner Geburt an ein Elternpaar bereit ist, die Elternpflichten für es zu übernehmen, kann vor allem den beteiligten Ärzten bis zur Beendigung der gesetzgeberischen Untätigkeit nur geraten werden, von der heterologen Insemination in nichtehelichen Lebensgemeinschaften nur zurückhaltend Gebrauch zu machen, Kopper-Reifenberg, S. 163.

⁵³⁵ Memmer, JBl 1992, S. 361 (371).

⁵³⁶ Daher ist in den ärztlichen Standesrichtlinien vorgesehen, dass eine heterologe Insemination normalerweise nur bei Ehepaaren durchgeführt werden darf. Lediglich in den Fällen, in denen feststeht, dass die nichtehelichen Lebenspartner in einer festen Beziehung leben und es zu erwarten ist, dass der nichteheliche Lebensgefährte der Mutter das Kind anerkennt, darf ausnahmsweise die Behandlung auch bei einem unverheirateten Paar vorgenommen werden, vgl. 3.1.1 und 5.3 der (Muster-)Richtlinie der Bundesärztekammer zur Durchführung der assistierten Reproduktion, Deutsches Ärzteblatt 2006, A 1392 (1395 und 1397). Inwieweit ein Arzt jedoch dies feststellen bzw. überprüfen können soll, erscheint außerordentlich fraglich. Das Fehlen einer gesetzlichen Regelung geht mithin zu Lasten des Paares, da dem Arzt immer zu raten ist, bei bestehenden Zweifeln von der Vornahme der Behandlung abzusehen.

⁵³⁷ Bächler/Vetterli: Ehe Partnerschaft Kinder, S. 187. Rusch bezeichnet sie als rechtstheoretisches Konstrukt, Rusch, S. 35.

⁵³⁸ Bächler/Vetterli, S. 187.

⁵³⁹ Bernat, MedR 1986, S. 245.

die Zuordnung des Kindes zum nichtehelichen Lebenspartner aufgrund dessen erklärter Zustimmung durchaus möglich erscheint.

In diesem Kontext sind die Ausführungen französischer Gerichte zum Ausschluss des Anfechtungsrechts eines konsentierenden Mannes von Interesse: Aufgrund der kontinuierlichen Entwicklung der gesellschaftlichen Anschauungen sowie der Fortschritte in der Reproduktionsmedizin könnten die Begriffe „Mutter“ und „Vater“ nicht mehr allein im biologisch-genetischen Sinne verstanden werden. Vielmehr müssten psychologische und soziale Bindungen in die Betrachtung einbezogen werden. Dementsprechend sei der Wille zur Elternschaft als die entscheidende Grundlage für die Eltern-Kind-Zuordnung anzusehen: Die heterologe Insemination habe als Ziel, durch den gemeinsamen Willen des Paares eine Ersatzvaterschaft zu schaffen, die trotz ihrer Nichtübereinstimmung mit den biologischen Gegebenheiten akzeptiert werde.⁵⁴⁰ In ähnlicher Weise äußerte sich auch das Tribunale Neapel 1997 in einem Vorlagebeschluss an den Italienischen Verfassungsgerichtshof. Es führte aus, dass die „genitori“⁵⁴¹ nach Art. 30 Abs. 1 Cost.⁵⁴² das Recht und die Pflicht haben, für den Unterhalt und die Erziehung eines Kindes zu sorgen. Unter „genitori“ seien alle Personen zu verstehen, die die Verantwortung für die Zeugung eines Kindes übernommen haben. Daher müsse die Begründung der Vaterschaft in der Tatsache gesehen werden, dass ein Mann zusammen mit der zukünftigen Mutter des Kindes den Entschluss gefasst hat, ein Kind mit Spendersamen entstehen zu lassen.⁵⁴³ Auch auf dem Deutschen Juristentag 1992 wurde ausgeführt, dass derjenige, der in die Übernahme der Elternschaft für ein mit Spendersamen gezeugtes Kind in qualifizierter Form eingewilligt hat, an seiner Erklärung - ähnlich einer Adoption- festgehalten werden müsse.⁵⁴⁴

Zudem spricht die Intention des Gesetzgebers bei der Verabschiedung des Kinderrechteverbesserungsgesetzes für das Festhalten des Lebenspartners an seiner mit der Einwilligung in die Zeugung mit Spendersamen übernommenen Verantwortung. So ist in der Gesetzesbegründung ausgeführt, dass von Paaren, die im Einvernehmen in eine Fortpflanzungsmethode mit dem Samen eines Dritten eingewilligt haben, erwartet werden müsse, dass sie zu der gemeinsam übernommenen Verantwortung für das Kind auch nach der Geburt und unter veränderten Lebensumständen einstehen werden.⁵⁴⁵ Durch den Ausschluss des Anfechtungsrechts sollte den mit Spendersamen gezeugten Kindern eine Rechtsstellung im Verhältnis zu dem als ihrem Vater geltenden Mann verschafft und erhalten werden, wie sie angenommene minderjährige Kinder haben.⁵⁴⁶ Sie bedürften „in

⁵⁴⁰ Helms: Die Feststellung der biologischen Abstammung, S. 117 f.

⁵⁴¹ Übersetzung: Eltern.

⁵⁴² Costituzione italiana.

⁵⁴³ Battes, DEuFamR 1999, S. 256 (257).

⁵⁴⁴ Dieser Beschluss wurde mit 57:12:10 Stimmen angenommen, Beschlüsse des 59. Deutschen Juristentages Hannover 1992, FuR 1992, S. 278 (279).

⁵⁴⁵ BT-Drs. 14/2096, S. 6.

⁵⁴⁶ BT-Drs. 14/2096, S. 7.

rechtlicher und sozialer Hinsicht des Schutzes“.⁵⁴⁷ Um eine Benachteiligung des Kindes, dessen Eltern nicht verheiratet sind, gegenüber einem ehelichen Kind zu verhindern, wurde das Anfechtungsrecht sowohl für den Ehemann als auch für den nichtehelichen Lebenspartner ausgeschlossen.⁵⁴⁸

Der Gesetzgeber hat jedoch übersehen, dass er die von ihm formulierten Ziele durch das Kinderrechteverbesserungsgesetz nicht in vollem Umfang erreicht hat. Das mit Spendersamen gezeugte Kind nichtverheirateter Eltern steht nämlich immer noch wesentlich schlechter als das in eine Ehe hineingeborene Kind. Während das Kind, das in eine bestehende Ehe hineingeboren wird, automatisch mit der Geburt aufgrund der Vaterschaftsvermutung des § 1592 Nr. 1 BGB den Ehegatten der Mutter als rechtlichen Vater erhält, ist bei einem Kind, dessen „Eltern“ nicht verheiratet sind, noch ein positiver Zuordnungsakt vonnöten. An diesem Zustand hat auch die Einführung des jetzigen § 1600 Abs. 5 BGB nichts geändert. Denn § 1600 Abs. 5 BGB begründet gerade keine originäre Vaterschaftszuordnung, sondern verhindert nur unter bestimmten Voraussetzungen eine Korrektur des bestehenden Status.⁵⁴⁹ Da nach derzeit geltendem Recht weder die Möglichkeit eines präkonzeptionellen Anerkenntnisses besteht noch sich der konsentierende Mann wirksam zur Abgabe einer Anerkennungserklärung verpflichten, noch aus einem solchen Versprechen auf Abgabe der Erklärung geklagt werden kann⁵⁵⁰, besteht die Gefahr, dass das mit Spendersamen gezeugte Kind vaterlos bleiben wird. Damit ist das Kind aber erheblich schlechter gestellt; zudem scheint sich der Aufbau einer sozialen Beziehung zwischen konsentierendem Mann und Kind schwieriger zu gestalten.

Aus diesen Ausführungen folgt aber letztendlich, dass die Nichtbegründung der Vaterschaft des einwilligenden Mannes und die daraus resultierende Rechtlosigkeit des Kindes in familien- und erbrechtlicher Hinsicht nicht nur unverhältnismäßig, sondern unbegründbar ist. Sofern der Gesetzgeber das Verfahren der heterologen Insemination nicht ausdrücklich verbietet⁵⁵¹, hat er dafür Sorge zu tragen, dass dem Kind ein rechtlicher Vater zur Seite gestellt wird.⁵⁵² Wenn ein Staat die künstliche Zeugung von Kindern ermöglicht, kann dies nur angehen, wenn Mutter- und Vaterschaft sichergestellt werden. Gerade auch das künstlich gezeugte Kind hat einen Anspruch auf Mutter und Vater von Geburt an.⁵⁵³ Dieser Anspruch muss sich bei der heterologen Befruchtung gegen die Personen richten, die der heterologen Insemination zugestimmt und durch ihr Handeln die Existenz des Kindes erst

⁵⁴⁷ BT-Drs. 14/2096, S. 7; BR-Drs. 369/99, Anlage, S. 9

⁵⁴⁸ BT-Drs. 14/2096, S. 7; BR-Drs. 369/99, Anlage, S. 8.

⁵⁴⁹ Gernhuber/Coester-Waltjen, § 53 II FN 13.

⁵⁵⁰ Staudinger/Rauscher, § 1592 Rdn. 12.

⁵⁵¹ Dies dürfte aufgrund der bereits seit Jahrzehnten geduldeten Praxis in Deutschland kaum mehr möglich sein.

⁵⁵² So im Hinblick auf die EMRK Kopper-Reifenberg, S. 161; ähnlich auch Wanitzek, S. 290. Sofern ein einwilligender Mann vorhanden ist, muss diesen und nicht den Samenspender diese Verantwortung treffen.

⁵⁵³ So im Hinblick auf die EMRK Kopper-Reifenberg, S. 161.

ermöglicht haben. Von diesen Personen muss erwartet werden, dass sie ihrer Verantwortung auch noch nach der Geburt des Kindes nachkommen.⁵⁵⁴ Dagegen kann die Elternverantwortung nicht die übrigen Beteiligten (Arzt und Samenspender⁵⁵⁵) treffen. Ihr Handeln wurde durch den Willen der Wunscheltern veranlasst bzw. ihr Beitrag von deren Handeln überlagert. Arzt und Samenspender wollten selbst keine Elternverantwortung für das Kind übernehmen. Sie handelten vielmehr im Hinblick auf die Übernahme der Elternverantwortung durch die Wunscheltern und daher im Einvernehmen mit den Wunscheltern auf Grundlage der Übernahme der Verantwortung durch den Wunschvater.⁵⁵⁶

Aufgrund der Ratifizierung der EMRK ist der deutsche Gesetzgeber zudem verpflichtet, das Familienleben gesetzlich zu regeln. Dies folgt neben der tatsächlichen Notwendigkeit auch aus dem Umstand, dass nur so die Achtung des Familienlebens garantiert werden kann. Der Gesetzgeber muss dafür Sorge tragen, dass jedes Kind von seiner Geburt an in eine rechtliche Familie integriert wird. Damit müssen aber auch die von der modernen Fortpflanzungsmedizin aufgeworfenen Fragen durch den Gesetzgeber umfassend geklärt werden. Insoweit treffen den Gesetzgeber die Pflichten aus Art. 8 EMRK gegenüber dem unter Zuhilfenahme von medizinischen Techniken gezeugten Kind.⁵⁵⁷

Der Gesetzgeber muss daher tätig werden, um die Rechtlosigkeit des nichtehelichen Kindes zu beenden, und tragbare, interessengerechte und verfassungsgemäße Antworten auf die abstammungsrechtlichen Fragen für das mit Spendersamen gezeugte Kind und dessen Familien geben.⁵⁵⁸

III. Ausgestaltung des neuen Vaterschaftstatbestandes

In der deutschen Literatur werden in den letzten Jahren unterschiedliche Möglichkeiten diskutiert, wie der nichteheliche Vater in die Elternverantwortung eingebunden werden könnte.

In Betracht wird sowohl die gesetzliche Normierung der präkonzeptionellen Anerkennung der Vaterschaft als auch eine erweiterte Vaterschaftsvermutung im Vaterschaftsfeststellungsverfahren für heterolog erzeugte Kinder gezogen.⁵⁵⁹ Auch die Zuordnung aufgrund Anknüpfung an das Bestehen einer Lebenspartnerschaft sowie die

⁵⁵⁴ So im Hinblick auf Art. 8 EMRK Kopper-Reifenberg, S. 161 f.

⁵⁵⁵ Vor allem der Samenspender besitzt keinen Elternschaftswillen, vgl. Wanitzek, S. 293. Ihn bewegen dagegen wohl finanzielle oder altruistische Motive. Er möchte durch seine Spende die Vervollständigung einer anderen Familie ermöglichen. Daher hat der Gesetzgeber dafür Sorge zu tragen, dass eine Kommerzialisierung der Samenspende verhindert wird, vgl. Stepan: Rechtsvergleichende Gedanken zur Regelung der heterologen Insemination, in: Stoffel/Volken (Hrsg.): Festschrift für von Overbeck, S. 545 (571).

⁵⁵⁶ Wanitzek, S. 290.

⁵⁵⁷ Kopper-Reifenberg, S. 169.

⁵⁵⁸ Lurger, DEuFamR 1999, S. 210 (211).

⁵⁵⁹ Kirchmeier, FamRZ 1998, S. 1281 (1286).

automatische Zuordnung des Kindes aufgrund der Einwilligung in die Verwendung von Spendersamen werden diskutiert.

A. Normierung der präkonzeptionellen Anerkennung

Vorgeschlagen wird, die präkonzeptionelle Anerkennung ausdrücklich gesetzlich zu normieren. Für die Zulassung der präkonzeptionellen Anerkennung spricht, dass die pränatale Anerkennung eines Kindes bereits möglich ist. Die gesetzliche Erlaubnis der präkonzeptionellen Anerkennung würde mithin nur noch eine Vorverlagerung des Anerkennungszeitpunktes bedeuten. Sie hätte den Vorteil, dass sie gleichzeitig mit der Einwilligungserklärung abgegeben⁵⁶⁰ bzw. in der Einwilligungserklärung selbst gesehen werden könnte⁵⁶¹.

Die gesetzliche Bestätigung des präkonzeptionellen Anerkenntnisses durch dessen ausdrückliche Normierung würde jedoch gleichzeitig bedeuten, dass § 1594 Abs. 3 BGB geändert werden müsste, da die Anerkennung unter der Bedingung erklärt würde, dass es zur Zeugung eines Kindes kommt, das aufgrund einer konsentierten künstlichen Befruchtung entstanden ist. Bei Nichtänderung des Wortlautes von § 1594 Abs. 3 BGB würde man ansonsten ein objektloses Anerkenntnis und damit ein neues Rechtsinstitut schaffen.⁵⁶² Diese Ausführungen zeigen jedoch bereits die Schwächen dieses Vorschlages. Zudem müsste das Verhältnis zu Kindern, die auf natürlichem Weg gezeugt werden, grundsätzlich überdacht werden. Daher muss insgesamt die präkonzeptionelle Anerkennung abgelehnt werden.

B. Anknüpfung an die nichteheliche Lebenspartnerschaft

Zudem besteht die Möglichkeit, die Vaterschaft dem Lebenspartner aufgrund einer auf die Tatsache des bloßen Zusammenlebens abstellenden Vaterschaftsvermutung zuzuordnen.⁵⁶³

Dies ist im Ergebnis abzulehnen. Die Tatsache des bloßen Zusammenlebens zweier Personen stellt keinen hinreichend objektiven Anknüpfungspunkt dar, der die angedachte Rechtsfolge rechtfertigen könnte. Für Außenstehende ist zumeist nicht eindeutig erkennbar, ob tatsächlich eine nichteheliche Lebensgemeinschaft vorliegt. Aus Gründen der Rechtssicherheit ist dies aber erforderlich, um das Kind abstammungsrechtlich zuordnen zu können.⁵⁶⁴ Zudem konnte sich eine an die nichteheliche Lebensgemeinschaft anknüpfende Vaterschaftsvermutung bisher im europäischen Rechtsraum generell nicht etablieren.⁵⁶⁵

⁵⁶⁰ Kirchmeier, FamRZ 1998, S. 1281 (1286).

⁵⁶¹ Schumacher, FamRZ 1987, S. 313 (317).

⁵⁶² Kirchmeier, FamRZ 1998, S. 1281 (1286).

⁵⁶³ Schumacher, FamRZ 1987, S. 313 (316).

⁵⁶⁴ Kopper-Reifenberg, S. 170; Deutscher Juristinnenbund, FuRinfo 4/92, S. 1 (3).

⁵⁶⁵ Entsprechende Abstammungsvermutungen existieren derzeit nur in Ontario und New South Wales, vgl. Henrich: Kollisionsrechtliche Fragen bei medizinisch assistierter Zeugung, in: Helms/Zeppernick (Hrsg.): Lebendiges Familienrecht, Festschrift für Rainer Frank, S. 249 (253), der insoweit für Ontario auf den Children's Law Reform Act, R.S.O. 1990, C. 12, Sec. 8 Abs. 1 Nr. 4 und für New South Wales auf den



Weder dem natürlich noch dem künstlich gezeugten Kind wird der nichteheliche Partner der Mutter aufgrund des bloßen Zusammenlebens des Paares automatisch als Vater zugeordnet. Um rechtlich als Vater angesehen zu werden, muss der nichteheliche Lebensgefährte der Mutter vielmehr entsprechende Verfahrensschritte einleiten oder die Vaterschaft wird gerichtlich festgestellt.⁵⁶⁶ Ein Blick auf die internationale Rechtsentwicklung zeigt zudem, dass auch nur wenige außereuropäische Rechtsordnungen Vaterschaftsvermutungen bei Geburt eines Kindes in eine bestehende Lebenspartnerschaft vorsehen. So wird lediglich in Ontario (Kanada) oder in New South Wales (Australien) die Vaterschaft des nichtehelichen Lebenspartners einer Gebärenden vermutet, wenn dieser zur Zeit der Geburt des Kindes in einer eheähnlichen Verbindung mit der Mutter lebte.⁵⁶⁷ Abschließend bleibt daher festzuhalten, dass ein Vaterschaftszuordnungstatbestand, der allein an das bloße Zusammenleben eines Paares anknüpft, nur „im Rahmen eines Gesamtkonzeptes zur Verrechtlichung nichtehelicher Lebensgemeinschaften“, nicht aber aufgrund eines Ausnahmefalles eingeführt werden sollte.⁵⁶⁸

C. Die Zustimmung zur Befruchtung mit Spendersamen als Ansatzpunkt für die rechtliche Zuordnung

Ansatzpunkt für die rechtliche Zuordnung des Kindes kann daher nur der Willensentschluss der Lebenspartner sein. Aufgrund dieses Entschlusses wird die Zeugung des Kindes veranlasst. Daher gebietet der Wille zur Elternschaft die primäre Zuweisung von Elternschaft.⁵⁶⁹ Denkbar ist die Zuordnung des Kindes zu dem zustimmenden Mann auf zwei Weisen: Entweder wird das Kind dem nichtehelichen Lebenspartner automatisch mit der Geburt aufgrund der Einwilligung in die Befruchtung mit Spendersamen oder in einem Vaterschaftsfeststellungsverfahren, das auf die Einwilligung in die Befruchtung mit Spendersamen gestützt wird, zugeordnet.

Children (Equality of Status) Act 1975 Sec. 10 verweist sowie Schwenzer: Vom Status zur Realbeziehung, S. 231 f. In Schweden wird derzeit beraten, ob der registrierte Lebenspartner der Mutter nicht direkt mit der Geburt dem Kind als Elternteil zugeordnet werden soll, vgl. Singer: Between genetic and social parenthood, in: Spickhoff/Schwab/Henrich/Gottwald (Hrsg.): Der Streit um die Abstammung, S. 139 (147).

⁵⁶⁶ Kopper-Reifenberg, S. 158.

⁵⁶⁷ Staudinger/Henrich, Art. 19 EGBGB, Rdn. 59; Copur, S. 195; siehe auch FN 565; dagegen BT-Drs. 13/4899, S. 52 eine Vaterschaftsvermutung bei bestehender Lebenspartnerschaft sei auszuschließen, da insoweit kein fester Anknüpfungspunkt für deren Feststellung gegeben sei.

⁵⁶⁸ Schumacher, FamRZ 1987, S. 313 (316 f. mit FN 41).

⁵⁶⁹ Büchler, AJP 2004, S. 1175 (1183); ablehnend für das Schweizer Recht, Wildhaber: Auf dem Weg zu einem eidgenössischen Fortpflanzungsmedizinengesetz, in: Bernat (Hrsg.): Die Reproduktionsmedizin am Prüfstand von Recht und Ethik, S. 84 (102).

1. *Vaterschaftsvermutung aufgrund Einwilligung*

Um eine Gleichstellung zwischen Kindern verheirateter Eltern und nicht verheirateter Eltern zu erzielen, schlägt Wanitzek⁵⁷⁰ die automatische Zuordnung des Kindes allein aufgrund der abgegebenen Einwilligungserklärungen der Frau und des nichtehelichen Lebensgefährten vor. Diese automatische Zuordnung sei aufgrund der Besonderheiten des Verfahrens der heterologen Insemination gerechtfertigt.

Einen ähnlichen Vorschlag hatte bereits der Deutsche Juristinnenbund 1992 unterbreitet. Danach sollte folgender Absatz 3 in § 1592 BGB eingeführt werden:

„Als Vater gilt auch der Mann, der in notarieller Urkunde einer Maßnahme künstlicher Befruchtung zugestimmt hat mit dem Willen, das so gezeugte Kind mit der Mutter als gemeinsames aufzuziehen.“⁵⁷¹

Die Einführung eines solchen Tatbestandes rechtfertigte sich nach Ansicht des Juristinnenbundes aus dem Umstand, dass der nichteheliche Lebenspartner, der der Befruchtung seiner Lebenspartnerin mit Spendersamen zugestimmt hat, nicht besser gestellt werden dürfe als der Ehemann, der die Vaterschaft aufgrund seiner Zustimmung nicht mehr anfechten kann. Daher sollte in einem neuen Vaterschaftstatbestand eine unwiderlegliche Vaterschaftsvermutung für den Mann vorgesehen werden, der seine Zustimmung zu einer heterologen Insemination mit dem Willen abgegeben hat, das auf diese Weise entstandene Kind mit der Mutter als gemeinsames aufzuziehen, selbst wenn er nach der Geburt nicht mehr bereit ist, dieses Kind freiwillig als seines anzuerkennen.⁵⁷² Dieser Forderung nach einem neuen Tatbestand haben sich auch Hübner für den Fall der Embryonenadoption⁵⁷³ sowie der 18. Deutsche Familiengerichtstag⁵⁷⁴ angeschlossen.

Demzufolge müsste ein neuer Vaterschaftstatbestand im Bürgerlichen Gesetzbuch mit dem Inhalt eingefügt werden, dass auch der Mann als Vater eines Kindes gilt, der unter Beachtung von noch näher zu definierenden Formanforderungen freiwillig in die Befruchtung mit Spendersamen eingewilligt hat.

2. *Vaterschaftsfeststellungsverfahren*

Andererseits wäre auch die Zuordnung des Kindes im Rahmen eines Vaterschaftsfeststellungsverfahrens möglich. Feststellungsgegenstand dürfte insoweit nicht die biologisch-genetische Abstammung des Kindes von dem Einwilligenden, sondern

⁵⁷⁰ Wanitzek, S. 337. Stepan sieht deshalb die Zustimmung als antizipierte Anerkennung, vgl. Stepan: Rechtsvergleichende Gedanken zur Regelung der heterologen Insemination, in: Stoffel/Volken (Hrsg.): Festschrift für von Overbeck, S. 545 (571).

⁵⁷¹ Siehe Deutscher Juristinnenbund, FuRinfo 4/92, S. 1 (2).

⁵⁷² Deutscher Juristinnenbund, FuRinfo 4/92, S. 1 (3).

⁵⁷³ Hübner, S. 206 ff.

⁵⁷⁴ 18. Deutscher Familiengerichtstag – Empfehlungen des Vorstandes, FamRZ 2009, S. 1967 (1970). Eine diesbezügliche Änderung des Familienrechts fordert auch Dethloff, Dethloff/Gerhardt, ZRP 2013, S. 91 (93).

vielmehr die wirksame Einwilligung in die künstliche Befruchtung mit Spendersamen sein. Für die Umsetzung dieses Vorschlages müsste ebenfalls ein neuer Vaterschaftsbegründungstatbestand –ähnlich dem österreichischen Vorbild- im Bürgerlichen Gesetzbuch geschaffen werden. Darin zeigt sich aber bereits die Schwäche dieses Vorschlages. Der neue Tatbestand würde nach der Konzeption des derzeitigen Vaterschaftsrechts, das allein darauf abstellt, den biologisch-genetischen Vater eines Kindes zu ermitteln, einen Fremdkörper darstellen. Zudem müsste das rechtliche Verhältnis zwischen Samenspender und zustimmendem Mann grundsätzlich geklärt werden.⁵⁷⁵

3. Fazit

Es stehen grundsätzlich zwei verschiedene Möglichkeiten zur Einbindung des Einwilligenden in die rechtliche Elternstellung zur Verfügung: das Vaterschaftsfeststellungsverfahren sowie die Vaterschaftsfiktion aufgrund Einwilligungserklärung.

4. Vaterschaftsfeststellungsverfahren versus Vaterschaftsfiktion

Bevor die Vor- und Nachteile der beiden Möglichkeiten gegeneinander abgewogen und eine Lösung für das deutsche Recht erarbeitet wird, soll in den folgenden Abschnitten aufgezeigt werden, in welcher Weise und aufgrund welcher Intention in verschiedenen europäischen Rechtsordnungen die rechtliche Einbindung des konsentierenden Mannes erfolgt ist und welche Rückschlüsse daraus für das deutsche Recht gezogen werden können.

a) **Ausländische Regelungen zur Einbindung des nichtehelichen Vaters in die rechtliche Elternstellung**

Auch wenn die Zuordnung eines Kindes zu dem konsentierenden Mann ein Novum im deutschen Rechtssystem darstellen würde, zeigt ein Blick auf andere europäische Rechtsordnungen, dass ein solcher Vaterschaftstatbestand bereits in deren Rechtssystemen integriert ist.⁵⁷⁶ Dabei werden von den europäischen Gesetzgebern –soweit ersichtlich– die beiden bereits aufgezeigten Herangehensweisen verfolgt.

⁵⁷⁵ Kirchmeier, FamRZ 1998, S. 1281 (1287).

⁵⁷⁶ Anders in der Schweiz: Da mit geltendem Schweizer Recht –die Stiefkindadoption gemäß Art. 264a Abs. 3 ZGB ist nur verheirateten Paaren möglich ist– die Einführung eines neuen Vaterschaftstatbestandes nicht in Einklang zu bringen ist, dürfen unverheiratete Paare in der Schweiz eine Behandlung mit Spendersamen nicht vornehmen lassen, Reusser, DEuFamR 2000, S. 222 (227); Reusser, Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins 1997, S. 472 (487). So auch: Wildhaber: Auf dem Weg zu einem eidgenössischen Fortpflanzungsmedizinengesetz, in: Bernat (Hrsg.): Die Reproduktionsmedizin am Prüfstand von Recht und Ethik, S. 84 (102). In Anbetracht des Umstandes, dass heterologe Inseminationen bei unverheirateten Paaren sowohl in verbotswidriger Weise im Inland als auch legal im Ausland durchgeführt werden könnten, fordert Schwenzer jedoch aus Gründen der Gleichbehandlung de lege ferenda eine Vaterschaftszuordnung aufgrund Zustimmung zur heterologen Insemination, vgl. Basler Kommentar/Schwenzer: Zivilgesetzbuch I, Vorbemerkungen zu Art. 260-263 Rdn. 3.

1) Die Begründung der Vaterschaft des nichtehelichen Lebenspartners im Wege einer Vaterschaftsfeststellungsklage

In einigen europäischen Staaten kann die Vaterschaft des einwilligenden nichtehelichen Lebenspartners durch eine Vaterschaftsfeststellungsklage bzw. in einem Vaterschaftsfeststellungsverfahren begründet werden. Allen diesen Rechtsordnungen ist gemein, dass zunächst die freiwillige Anerkennung des Kindes vorgesehen ist. Nur wenn der Lebensgefährte sich weigert, das Kind anzuerkennen und damit seiner durch die Einwilligung übernommenen Verantwortung nachzukommen, ist eine Klage bzw. ein Verfahren auf Feststellung der Vaterschaft als ultima ratio vorgesehen.

a. Die Begründung der Vaterschaft im österreichischen Recht bei medizinisch unterstützter Fortpflanzung mit Spendersamen

Grundsätzlich kann auch im österreichischen Recht nur der biologisch-genetische Erzeuger als Vater eines Kindes festgestellt werden, § 148 Abs. 1 ABGB.⁵⁷⁷ Dieses Prinzip wird im Bereich der medizinisch-unterstützten Fortpflanzung mit Spendersamen aufgrund § 148 Abs. 3 ABGB, der 1992 als § 163 Abs. 3 ABGB aus sozialpolitischen und rechtsethischen Erwägungen durch „Bundesgesetz, mit dem Regelungen über die medizinisch unterstützte Fortpflanzung (Fortpflanzungsmedizinengesetz – FMedG) sowie das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch, das Ehegesetz und die Jurisdiktionsnorm geändert wurden“,⁵⁷⁸ in das ABGB eingeführt wurde, durchbrochen. Als Vater eines Kindes kann seit 1992 daher auch der Mann festgestellt werden, der der künstlichen Zeugung in der vom Gesetz verlangten Form zugestimmt hat.⁵⁷⁹

§ 148 Abs. 3 ABGB hat folgenden Wortlaut:

„Ist an der Mutter innerhalb der im Abs. 2⁵⁸⁰ genannten Frist 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.“

Die Vaterschaft des konsentierenden Mannes kann in Österreich daher sowohl durch Anerkenntnis als auch durch Urteil begründet werden.⁵⁸¹ Die Zustimmung zur heterologen Insemination allein stellt jedoch noch kein wirksames (antizipiertes und

⁵⁷⁷ Koziol/Welser, S. 525; Kerschner, S. 114, Rdn. 3/13.

⁵⁷⁸ Bundesgesetzblatt für die Republik Österreich 1992, Band 2, S. 155 ff.

⁵⁷⁹ Ferrari: Streit um die Abstammung – die Rechtslage in Österreich, in: Spickhoff/Schwab/Henrich/Gottwald (Hrsg.): Der Streit um die Abstammung, S. 183 (191). Bei einer medizinisch unterstützten Fortpflanzung mit homologen Samen greift § 148 Abs. 2 ABGB ein, wonach der Mann als Vater festgestellt wird, dessen Samen für die Insemination verwendet wurde.

⁵⁸⁰ Nicht mehr als 300 und nicht weniger als 180 Tage vor der Geburt des Kindes.

⁵⁸¹ Memmer, JBl 1993, S. 297 (305).

wahrheitswidriges⁵⁸²) Anerkenntnis dar⁵⁸³; vielmehr wird für dieses die Zeugung eines Kindes vorausgesetzt⁵⁸⁴. Die Zustimmung nach § 8 Abs. 1 FMedG zur Verwendung von Spendersamen muss aber bereits vor der Behandlung erfolgen^{585 586}.

Trotz der Möglichkeit der gerichtlichen Feststellung der Vaterschaft des konsentierenden Mannes geht der österreichische Gesetzgeber grundsätzlich davon aus, dass der Lebensgefährte nach Zeugung oder Geburt des Kindes ein freiwilliges Anerkenntnis abgibt.⁵⁸⁷ Erst wenn sich der Wunschvater weigert, soll das Vaterschaftsfeststellungsverfahren durchgeführt werden. Damit wird die Vermutungsregel in § 148 Abs. 3 ABGB nur in all den Fällen bedeutsam, in denen der Lebensgefährte das Anerkenntnis verweigert.⁵⁸⁸ § 148 Abs. 3 ABGB liegt ein sozialer Vaterbegriff zugrunde.⁵⁸⁹ Rechtstechnisch handelt es sich um eine Zeugungsfiktion.⁵⁹⁰ Allein die förmliche Zustimmung zur heterologen Insemination ist der Zuordnungsgrund für die Vaterschaft des Lebenspartners im gerichtlichen Verfahren.⁵⁹¹ Aufgrund der Bestimmung muss das Gericht daher etwas objektiv Unrichtiges feststellen.

⁵⁸² Bernat, NZ 1992, S. 244 (245). Das Gesetz geht vielmehr davon aus, dass der Zustimmungende nach Zeugung oder nach der Geburt des Kindes ein Anerkenntnis abgibt, das von ihm nicht mehr angefochten werden kann, da er schon im Zeitpunkt der Geburt wusste, dass er nicht der biologische Vater des Kindes ist. § 148 Abs. 3 ABGB wird somit erst dann relevant, wenn der Wunschvater das Anerkenntnis verweigert.

⁵⁸³ Koziol/Bydliniski/Bollenberger/Hopf, § 163 c Rdn. 6; Schwimann/Kodeck, ABGB, § 163 Rdn. 7.

⁵⁸⁴ Eine präkonzeptionelle Anerkennung ist daher auch nach österreichischem Recht nicht möglich.

⁵⁸⁵ Pichler, ÖA 1993, S. 53 (54).

⁵⁸⁶ Vor der Änderung des ABGB durch das Bundesgesetz über Änderungen des Abstammungs- und Erbrechts im allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch 2004 griff § 163 Abs. 3 ABGB a.F. auch in den Fällen ein, in denen die Mutter oder das Kind gegen das Anerkenntnis des Lebensgefährten gemäß § 163d Abs. 1 ABGB a.F. Widerspruch eingelegt hatten. Dies war immer dann der Fall, wenn sich die Lebenspartner bereits vor der Geburt des Kindes getrennt hatten und die Mutter keinerlei Beziehung mehr zu ihrem früheren Lebenspartner wünschte, vgl. Memmer, JBl 1993, S. 297 (305). Da die Mutter gerade auch in den Fällen dem Anerkenntnis ihres (früheren) Lebenspartners widersprechen konnte, in denen sie ihr Einverständnis zu der heterologen Insemination erteilt hatte, wurde in der Literatur die Meinung vertreten, dass dieses Widerspruchsrecht der Mutter hätte ausgeschlossen werden müssen, vgl. Lurger: Fortpflanzungsmedizin und Abstammungsrecht, in: Bernat (Hrsg.): Die Reproduktionsmedizin am Prüfstand von Recht und Ethik, S. 108 (123). Zwar wurde durch das Änderungsgesetz 2004 nicht das Widerspruchsrecht der Mutter beseitigt. Es wurden jedoch die Folgen eines eingelegten Widerspruches abgeändert. Während nach altem Recht vom Gericht die Rechtsunwirksamkeit des Anerkenntnis nach § 164 ABGB a.F. auszusprechen war und daher der Lebensgefährte eine Feststellungsklage erheben musste, damit das Gericht die Feststellung des Lebensgefährten als Vater des Kindes trotz Widerspruches aussprechen konnte, vgl. Lurger, DEuFamR 1999, S. 210 (214), wird nach neuem Recht den Parteien die Möglichkeit eröffnet, die Rechtsunwirksamkeitserklärung des Anerkenntnisses durch den Beweis, dass der Anerkennende der Zeugung des im Wege der heterologen Insemination entstandenen Kindes in der qualifizierten Form zugestimmt hat, zu verhindern, vgl. Simotta, ÖA 2004, S. 175 (182) und Schwimann, NZ 2005, S. 33 (40). Kritisch insgesamt zu diesem neuen Verfahren Schwimann, NZ 2005, S. 33 (38 f.), der bemängelt, dass die Zustimmung bereits durch einfache Auskunft zu ermitteln sei und daher nicht einzusehen sei, warum diese zum Gegenstand eines Beweisverfahrens gemacht wird. Vielmehr hätte bereits die Widerspruchseinlegung ausgeschlossen werden müssen.

⁵⁸⁷ Memmer, JBl 1993, S. 297 (305); Bernat, NZ 1992, S. 244 (245).

⁵⁸⁸ Memmer, JBl 1993, S. 297 (305).

⁵⁸⁹ Memmer, JBl 1993, S. 297 (305).

⁵⁹⁰ Bernat, NZ 1992, S. 244 (245).

⁵⁹¹ Memmer, JBl 1993, S. 297 (305).

b. Die Vaterschaft des Einwilligenden nach niederländischem Recht

In den Niederlanden wurde 1998 die Möglichkeit einer Vaterschaftsfeststellungsklage gegen den einwilligenden Lebenspartner in das Bürgerliche Gesetzbuch aufgenommen. Gemäß Art. 207 Abs. 1 niederländisches Zivilgesetzbuch kann die gerichtliche Feststellung der Vaterschaft auch in den Fällen betrieben werden, in denen ein Mann einer Handlung zugestimmt hat, die die Zeugung eines Kindes zur Folge gehabt haben kann. Folge dieser Bestimmung ist mithin, dass die rechtliche Vaterschaft eines Mannes, der einer heterologen Insemination oder einer In-Vitro-Fertilisation unter Verwendung von Spendersamen seiner Lebensgefährtin zugestimmt hat, seit 1998 in den Niederlanden gerichtlich festgestellt werden kann⁵⁹², obwohl dieser Mann nicht der biologisch-genetische Vater des Kindes ist. Aufgrund dieser Bestimmung kann selbst dann die Vaterschaft eines Mannes festgestellt werden, wenn der Mann seiner Partnerin die Erlaubnis zu einem Seitensprung⁵⁹³ und damit zu einer außerpartnerschaftlichen Zeugung eines Kindes⁵⁹⁴ gegeben hat. Die Zustimmung muss nicht schriftlich erteilt worden sein; ausreichend ist vielmehr, dass sie mündlich oder konkludent abgegeben wurde.⁵⁹⁵ Der Begriff der konkludenten Zustimmung wird in der niederländischen Rechtsprechung sehr weit interpretiert. So wurde vom „Hoge Raad“ als ausreichend angesehen, dass der Lebenspartner der Mutter diese veranlasst hatte, als Prostituierte zu arbeiten und die Ausübung dieses Gewerbes zur Zeugung und Geburt eines Kindes führte.⁵⁹⁶ Der Antrag auf gerichtliche Feststellung kann von der Mutter, sofern das Kind das 16. Lebensjahr noch nicht vollendet hat, oder dem Kind eingereicht werden. Der Antrag der Mutter ist nur innerhalb von fünf Jahren nach Geburt des Kindes möglich⁵⁹⁷; der Antrag des Kindes ist dagegen unbefristet möglich.⁵⁹⁸ Die Vaterschaft des Samenspenders als biologisch-genetischem Erzeuger des Kindes kann dagegen nicht festgestellt werden.

c. Die Vaterschaft des Einwilligenden nach spanischem Recht

Nach spanischem Recht darf eine unverheiratete Frau entweder allein oder mit einem Mann, der nicht notwendigerweise ihr Lebensgefährte sein muss, medizinisch unterstützte Fortpflanzungsmethoden in Anspruch nehmen. Stimmt ein Mann der Behandlung zu, kann ihm die Vaterschaft zugeordnet werden. Die Zustimmung des Mannes bewirkt jedoch nicht die automatische Vaterschaftszuordnung. Der Mann muss vielmehr das Kind nach der

⁵⁹² Breemhaar: Streit um die Abstammung im niederländischen Recht, in: Spickhoff/Schwab/Henrich/Gottwald (Hrsg.): Der Streit um die Abstammung, S. 149 (161); Evers, StAZ 2002, S. 269 (272); siehe auch Vonk, Utrecht Law Review, Volume 4, Issue 2 (June) 2008, S. 117 (122 sowie 124 und 132).

⁵⁹³ Junghans, S. 42 f.

⁵⁹⁴ Bernat: Rechtsfragen medizinisch assistierter Zeugung, S. 136; Junghans, S. 43; Breemhaar: Streit um die Abstammung im niederländischen Recht, in: Spickhoff/Schwab/Henrich/Gottwald (Hrsg.): Der Streit um die Abstammung, S. 149 (155); Vonk, Utrecht Law Review, Volume 4, Issue 2 (June) 2008, S. 117 (131).

⁵⁹⁵ Vonk, Utrecht Law Review, Volume 4, Issue 2 (June) 2008, S. 117 (124).

⁵⁹⁶ Siehe Vonk, Utrecht Law Review, Volume 4, Issue 2 (June) 2008, S. 117 (124).

⁵⁹⁷ Breemhaar: Streit um die Abstammung im niederländischen Recht, in: Spickhoff/Schwab/Henrich/Gottwald (Hrsg.): Der Streit um die Abstammung, S. 149 (161).

⁵⁹⁸ Breemhaar: Streit um die Abstammung im niederländischen Recht, in: Spickhoff/Schwab/Henrich/Gottwald (Hrsg.): Der Streit um die Abstammung, S. 149 (162).

Geburt und unter Beachtung der allgemeinen Anerkennungsvorschriften anerkennen. Im Falle der Verweigerung der Anerkennung nach der Geburt kann die Vaterschaft im Wege einer Vaterschaftsfeststellungsklage begründet werden. Die Klage wird auf die Zustimmung zur Fortpflanzung mit Spendersamen gestützt.⁵⁹⁹

Das spanische Recht enthält zudem eine explizite Regelung für den Fall, dass der zustimmende Mann vor der Geburt des Kindes oder dessen Anerkennung verstirbt. In diesem Fall reicht gemäß Art. 8 Abs. 2 LTRHA⁶⁰⁰ das von einem medizinischen Zentrum ausgestellte Dokument, in dem der Mann seine Zustimmung erklärte, als Beweismittel für seinen Willen, die soziale Vaterschaft für das Kind zu übernehmen, aus. Daher muss eine Vaterschaftsklage nicht zwingend erhoben werden; vielmehr kann dieses Dokument Grundlage für das Verfahren zur Registrierung der Abstammung sein.⁶⁰¹

d. Die Vaterschaft des Einwilligenden nach französischem Recht

Gemäß Art. 311-20 Abs. 4 Code civil kann der nichteheliche Partner, der sich nach der Geburt des Kindes weigert, die Anerkennungserklärung gegenüber Mutter und Kind abzugeben, als Vater des Kindes in einem gerichtlichen Verfahren festgestellt werden,⁶⁰² sofern er seine Zustimmungserklärung⁶⁰³ vor einem Notar bzw. Richter abgegeben hat, nachdem er umfassend über die rechtlichen Konsequenzen in Bezug auf das Abstammungsrecht unterrichtet worden war.⁶⁰⁴ Zudem darf die Zustimmungserklärung gemäß Art. 311-20 Abs. 3 Code civil nicht bis zur Vornahme der Behandlung von dem Zustimmungenden widerrufen worden sein.⁶⁰⁵ Ziel der Klage ist auch im französischen Recht nicht die Ermittlung des genetischen Erzeugers des Kindes, sondern die Einbindung des Mannes in die rechtliche Elternstellung, der für die Zeugung des Kindes verantwortlich ist.⁶⁰⁶

Bei Erhebung der Vaterschaftsklage durch das Kind besteht für dieses ein Wahlrecht. Es kann entweder die Vaterschaft des zustimmenden Mannes gerichtlich feststellen lassen oder eine

⁵⁹⁹ Ferrer i Riba: Die Abstammung in den spanischen Rechtsordnungen, in: Spickhoff/Schwab/Henrich/Gottwald (Hrsg.): Der Streit um die Abstammung, S. 293 (305); Henrich: Kollisionsrechtliche Fragen bei medizinisch assistierter Zeugung, in: Helms/Zeppernick (Hrsg.): Lebendiges Familienrecht, Festschrift für Rainer Frank, S. 249 (254).

⁶⁰⁰ Abkürzung für Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida; Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, Anexo A.2 (Boletín Oficial del Estado Nr. 126, 27.5.2006).

⁶⁰¹ Ferrer i Riba: Die Abstammung in den spanischen Rechtsordnungen, in:

Spickhoff/Schwab/Henrich/Gottwald (Hrsg.): Der Streit um die Abstammung, S. 293 (305 f.).

⁶⁰² Ferrand: Streit um die Abstammung in Frankreich, in: Spickhoff/Schwab/Henrich/Gottwald (Hrsg.): Der Streit um die Abstammung, S. 93 (101).

⁶⁰³ Die Einwilligung des Lebenspartners wird ungültig, wenn der Partner verstirbt sowie bei faktischer Trennung des Paares vor Vornahme der künstlichen Befruchtung, Ferrand: Streit um die Abstammung in Frankreich, in: Spickhoff/Schwab/Henrich/Gottwald (Hrsg.): Der Streit um die Abstammung, S. 93 (101), Debove/Salomon/Janville, Rdn. 608.

⁶⁰⁴ Ferrand: Streit um die Abstammung in Frankreich, in: Spickhoff/Schwab/Henrich/Gottwald (Hrsg.): Der Streit um die Abstammung, S. 93 (101), Debove/Salomon/Janville, Rdn. 615.

⁶⁰⁵ Ferrand: Streit um die Abstammung in Frankreich, in: Spickhoff/Schwab/Henrich/Gottwald (Hrsg.): Der Streit um die Abstammung, S. 93 (101), Debove/Salomon/Janville, Rdn. 608.

⁶⁰⁶ Helms: Die Feststellung der biologischen Abstammung, S. 119.

Unterhaltsklage gegen diesen Mann erheben. Bei Erhebung der Unterhaltsklage wird der zustimmende Mann zwar nicht als Vater des Kindes festgestellt, muss aber für den Unterhalt des Kindes aufkommen.⁶⁰⁷ Für das französische Recht ist diese Wahlmöglichkeit konsequent, da auch für das Kind, das auf natürlichem Weg gezeugt wurde, eine vergleichbare Wahlmöglichkeit im Gesetz vorgesehen ist.⁶⁰⁸

e. Die Vaterschaft des Einwilligenden nach finnischem Recht

Durch das Gesetz vom 22.12.2006/1238 wurden in das finnische Vaterschaftsgesetz Vorschriften eingefügt, die das Abstammungsverhältnis bei medizinisch unterstützter Fortpflanzung neu regelten.⁶⁰⁹ Von besonderem Interesse ist § 3a. Dieser bestimmt:

„Wurden bei der Mutter eines Kindes Maßnahmen zur unterstützten Fortpflanzung im Sinne des § 1 des Gesetzes über Maßnahmen zur unterstützten Fortpflanzung (1237/2006) angewendet und kann es als erwiesen angesehen werden, dass das Kind infolge der Maßnahmen geboren wurde, so ist als Vater des Kindes der Mann festzustellen, der einvernehmlich mit der Mutter seine Einwilligung zu den Maßnahmen erteilt hatte. Galt die Behandlung allein einer Frau, so ist als Vater des Kindes der Mann festzustellen, dessen Spermazellen eingesetzt wurden, wenn er die in § 16 Abs. 2 des Gesetzes angeführte Zustimmung zur Feststellung der Vaterschaft erteilt hat. Ist das Kind während einer Ehe geboren oder innerhalb des in § 2 dieses Gesetzes genannten Zeitraums nach Beendigung der Ehe durch den Tod des Mannes, so ist der Ehemann Vater des Kindes gemäß § 2. Die Vorschriften dieses Gesetzes sind auf die Ermittlung, Feststellung und Aufhebung der Vaterschaft auch dann anzuwenden, wenn Maßnahmen zur unterstützten Fortpflanzung angewendet worden sind.“⁶¹⁰

Aus dieser Regelung folgt, dass auch im finnischen Recht der nichteheliche Lebenspartner der Mutter im Wege einer Vaterschaftsfeststellungsklage in die rechtliche Elternstellung eingebunden werden kann.

2) Die Begründung der Vaterschaft aufgrund erklärter Einwilligung

In anderen europäischen Ländern wählten die Gesetzgeber einen anderen Weg, um den nichtehelichen Lebenspartner in die elterliche Verantwortung einzubinden: Allein aufgrund der Zustimmung zu der Befruchtung ihrer Lebenspartnerin mit Spendersamen statuierten sie eine nicht widerlegbare Vaterschaftsvermutung. Zu dieser Art der Vaterschaftsbegründung sahen sich die Gesetzgeber veranlasst, da derjenige, der trotz seiner Zustimmung zu einer

⁶⁰⁷ Helms: Die Feststellung der biologischen Abstammung, S. 119.

⁶⁰⁸ Helms: Die Feststellung der biologischen Abstammung, S. 119.

⁶⁰⁹ Arends: Finnland, in: Bergmann/Ferid/Henrich (Hrsg.): Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht, Stand 18.03.2013, S. 1 (31).

⁶¹⁰ Arends: Finnland, in: Bergmann/Ferid/Henrich (Hrsg.): Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht, Stand 18.03.2013, S. 1 (65 f.).

Behandlung mit Spendersamen nicht bereit sei, das Kind nach der Geburt anzuerkennen, des Schutzes des Rechtes nicht würdig sei.⁶¹¹

a. Die Vaterschaft des Einwilligenden im englischen Recht

Zwar gilt auch im englischen Recht grundsätzlich die Regel, dass der biologische Erzeuger eines Kindes dessen rechtlicher Vater ist. Jedoch begegnet das englische Recht seit jeher dem Fortschritt in der Reproduktionsmedizin viel unbefangener als das deutsche Recht und betont stärker das Prinzip der sozialen Elternschaft. Daher gab es vom Grundsatz der biologischen Elternschaft bereits 1990, eingeführt durch den Human Fertilisation and Embryology Act 1990 (HFEA 1990), zwei Ausnahmen: Gemäß section 28 (6) HFEA 1990 galt der Mann nicht als rechtlicher Vater, dessen Spermia postmortal zur Zeugung eines Kindes verwendet wurde bzw. der ein lizenziertes Samenspende, mithin ein Mann, dessen Spermia mit seinem Einverständnis bei einer künstlichen Befruchtung mit Spendersamen in einer lizenzierten Klinik verwendet wurde, war.^{612 613}

i. Section 28 (3) des Human Fertilisation and Embryology Act 1990

Statt des lizenzierten Samenspenders wurde gemäß section 28 (3) des Human Fertilisation and Embryology Act 1990 (HFEA 1990) ein Mann, obwohl er weder mit der Mutter verheiratet noch der genetische Vater des Kindes war, als Vater angesehen, wenn sich die Mutter einer medizinischen Behandlung mit dem Willen der Beteiligten, diese als Paarbehandlung zu sehen, in einer lizenzierten Klinik unterzogen hatte und das Kind keinen anderen rechtlichen Vater hatte.⁶¹⁴ Damit wurde im englischen Recht bereits 1990 die bloße soziale Elternschaft anerkannt. Der Wunsch nach einem Kind wurde höher gewichtet als die tatsächliche genetische Abstammung.⁶¹⁵

Zwar schien diese Regelung sehr weit zu gehen. Die Praxis bei der Anwendung der Norm darf jedoch nicht außer Acht gelassen werden. Auf die Einhaltung der in section 28 (3) HFEA 1990 aufgestellten Voraussetzungen wurde streng geachtet. Daher dürfte die Anzahl der Paare, die in den Genuss der Regelung kamen, als äußerst gering einzuschätzen sein.⁶¹⁶ Nachfolgend soll section 28 (3) HFEA 1990 näher dargestellt werden.

⁶¹¹ Böhler, FamPra.ch 2005, S. 437 (461).

⁶¹² Daher konnte es auch im englischen Recht zu Konstellationen kommen, in denen das Kind keinen rechtlichen Vater hatte, nämlich immer dann, wenn die Behandlung an einer alleinlebenden unverheirateten Frau vorgenommen wurde.

⁶¹³ Lowe: Issues of Descent – The Position in English Law, in: Spickhoff/Schwab/Henrich/Gottwald (Hrsg.): Der Streit um die Abstammung, S. 319 (322 f.).

⁶¹⁴ Steiner: The tensions between legal, biological and social conceptions of parenthood in English law, in: Schwenger (Hrsg.): Tensions between legal, biological and social conceptions of parentage, S. 159 (164).

⁶¹⁵ Büttner, FamRZ 1997, S. 464 (467).

⁶¹⁶ Büttner, FamRZ 1997, S. 464 (467).

(1) Keine anderweitig bestehende Vaterschaft

Die Vaterschaftszuordnung nach section 28 (3) HFEA 1990 konnte nur erfolgen, wenn section 28 (2) HFEA 1990 keine Anwendung fand. Section 28 (3) HFEA 1990 griff daher nur ein, wenn die Mutter des Kindes unverheiratet war⁶¹⁷ und damit keine anderweitige Vaterschaft bestand.

Zudem mussten folgende weitere Voraussetzungen erfüllt sein:

(2) Voraussetzungen von section 28 (3) HFEA 1990

Section 28 (3) HFEA 1990 setzte in seinem Buchstaben a) voraus, dass sich das Paar gemeinsam der Behandlung unterzogen hatte. Zudem musste die Behandlung von einer Person vorgenommen worden sein, die Inhaber einer Lizenz zur künstlichen Befruchtung mit Spendersamen war.

(01) „Treatment together“

Für ein „Treatment together“ war lange Zeit strittig, was ein unverheirateter Mann gesagt oder getan haben musste, damit eine künstliche Befruchtung der Frau als gemeinsame Behandlung („treatment together“) angesehen werden konnte.

Im Urteil *U. v. W. (Attorney-General Intervening)* [1998] Fam. 29 wurde festgestellt, dass dies jedenfalls nicht bedeuten konnte, dass sich der Mann selbst einer medizinischen Behandlung unterzogen hatte.⁶¹⁸ Erforderlich war auch nicht, dass der Mann mit der Frau tatsächlich zusammenlebte.⁶¹⁹ Ausschlaggebend war vielmehr, ob die Behandlung von dem ersten Besuch bei einem Arzt bis zur erfolgreichen Durchführung der Behandlung als gemeinsames Vorhaben des Paares erschien.⁶²⁰

Die Voraussetzung „treatment together“ enthielt damit ein subjektives Moment. Entscheidend war, ob der Lebensgefährte der Verwendung von Spendersamen zugestimmt hatte.⁶²¹ Unerheblich war hingegen, ob der Mann die rechtlichen Konsequenzen seines Handelns erkannt hatte. Vielmehr kam es darauf an, ob die künstliche Befruchtung mit Spendersamen von einem Arzt vorgenommen wurde, weil das nichtverheiratete Paar dies so

⁶¹⁷ Siehe Möller-Gulland, DEuFamR 1999, S. 257 (258).

⁶¹⁸ Möller-Gulland, DEuFamR 1999, S. 257 (258). Anders noch Johnson in *Re Q (Parental Order)* [1996] 1 FLR 369, 372, Möller-Gulland, DEuFamR 1999, S. 257 (258), verweisend auf *Re Q (Parental Order)* [1996] 1 FLR 369, 372.

⁶¹⁹ Möller-Gulland, DEuFamR 1999, S. 257 (258), verweisend auf *Re Q (Parental Order)* [1996] 1 FLR 369, 372; Büttner, FamRZ 1997, S. 464 (467) FN 47.

⁶²⁰ Sheldon, *Feminist Legal Studies* 2005, S. 349 (354), verweisend auf *Re B (Parentage)* [1996] 2 FLR 15, diesem nachfolgend *U v. W* [1997] 2 F.L.R. 282, *Re R (Contact: H.F.E.A.)* (2001) 1 F.L.R. 247 und *The Leeds Teaching Hospitals NHS Trust v. Mr A, Mrs A and Others* [2003] E.W.C.A. 259 (Q.B.D.); das House of Lords hat in *R (IVF: Paternity of Child)*(2005) klargestellt, dass eine gemeinsame Behandlung auch nicht vorgelegen hat, wenn sich das Paar nach der Einwilligung des Mannes in die Behandlung getrennt hat und die Behandlung in der Folge ohne Kenntnis des Mannes stattgefunden hat, Welstead/Edwards, S. 254, 9.12.

⁶²¹ Siehe Möller-Gulland, DEuFamR 1999, S. 257 (258).

wünschte.⁶²² Zu dieser Feststellung waren alle Umstände heranzuziehen, die Auskunft über alle Motive der involvierten Beteiligten gaben.⁶²³ In den Fällen, in denen die Beziehung des Paares nachweislich vor der erfolgreichen Befruchtung endete, wurde kein gemeinsames Vorhaben des Paares und damit kein „treatment together“ angenommen.⁶²⁴ Die Beweislast für den Umstand, dass eine Behandlung gemeinsam erfolgt war, lag auf Seiten des Klägers.⁶²⁵

(02) *Inhaber einer Lizenz*

Weiterhin setzte section 28 (3) HFEA 1990 voraus, dass die die Behandlung vornehmende Person Inhaber einer Lizenz für die Behandlung mit Spendersamen war. Hintergrund des Lizenzerfordernisses war die staatliche Kontrollierbarkeit von heterologen Fortpflanzungsmethoden. Die Vergabe der Lizenz war an die Erfüllung bestimmter Voraussetzungen geknüpft und erfolgte durch die Human Fertilisation and Embryology Authority. Um eine wirksame staatliche Kontrolle sicherzustellen, konnte die Lizenz nicht an Ärzte, die außerhalb des Vereinigten Königreichs praktizierten, vergeben werden.⁶²⁶

ii. **Section 36 des Human Fertilisation and Embryology Act 2008**

2008 wurde der Human Fertilisation and Embryology Act grundlegend überarbeitet und den Fortschritten der modernen Reproduktionsmedizin angepasst. Auch aus den neuen Vorschriften zur medizinisch unterstützten Fortpflanzung, normiert im Human Fertilisation and Embryology Act 2008 (HFEA 2008), geht hervor, dass der Schwerpunkt bei der Begründung der rechtlichen Elternschaft auf der Zustimmung der prospektiven Eltern liegt. Der Gesetzgeber gibt in diesem Bereich mithin weiterhin der sozialen Elternschaft den Vorzug vor der biologisch-genetischen Elternschaft.⁶²⁷ Demgemäß wurden die Voraussetzungen für die rechtliche Vaterschaft des einwilligenden Lebenspartners noch genauer in den sections 36 ff. HFEA 2008 definiert.

Für das Eingreifen der Vaterschaftsvermutung gemäß section 36 HFEA 2008 ist auch nach Überarbeitung der Vaterschaftsvorschriften weiterhin Voraussetzung, dass keine anderweitige Vaterschaft, insbesondere aufgrund Ehe oder aufgrund Vermutung aus section 42 HFEA 2008⁶²⁸, besteht. Weiterhin setzt section 36 HFEA 2008 voraus, dass die Behandlung im Vereinigten Königreich von einer Person vorgenommen wurde, die für diese Art der Behandlung eine Lizenz besaß (section 36 letter a HFEA 2008), die „agreed fatherhood conditions“ im Sinne von section 37 HFEA 2008 beachtet wurden (section 36 letter b HFEA

⁶²² Siehe Möller-Gulland, DEuFamR 1999, S. 257 (258).

⁶²³ Sheldon, Feminist Legal Studies 2005, S. 349 (355).

⁶²⁴ Sheldon, Feminist Legal Studies 2005, S. 349 (355); Welstead/Edwards, S. 254, 9.12.

⁶²⁵ Siehe Möller-Gulland, DEuFamR 1999, S. 257 (258).

⁶²⁶ Siehe Möller-Gulland, DEuFamR 1999, S. 257 (259). In dem besprochenen Urteil reichte die Behandlung in einer italienischen Klinik, die auf entsprechende Reproduktionsmethoden spezialisiert war, nicht aus, um die Voraussetzungen von section 28 (3) HFEA 1990 zu erfüllen. Folge war, dass das Kind vaterlos blieb.

⁶²⁷ Scherpe, FamRZ 2010, S. 1513 (1516).

⁶²⁸ Siehe S. 141 f.

2008), der einwilligende Mann zum Zeitpunkt der Behandlung lebte (section 36 letter c HFEA 2008) und es sich nachweisbar um eine heterologe Befruchtung handelte (section 36 letter d HFEA 2008).

In section 37 HFEA 2008 ist abschließend festgeschrieben, wann die agreed fatherhood conditions vorliegen: Dazu muss die Erklärung des Einwilligenden, die gegenüber der für die Behandlung verantwortlichen Person abzugeben ist, die Aussage enthalten, dass der Einwilligende den Willen besitzt, jedes Kind, das von seiner Partnerin aufgrund der Behandlung geboren wird, als sein eigenes Kind zu behandeln und deshalb als dessen rechtlicher Vater angesehen werden möchte (section 37 (1) letter a HFEA 2008). Weiterhin muss die Partnerin des Mannes gegenüber der verantwortlichen Person erklärt haben, dass sie mit der rechtlichen Vaterschaft ihres Lebenspartners einverstanden ist (section 37 (1) letter b HFEA 2008). Die Einwilligungserklärungen des einwilligenden Mannes sowie der gebärenden Frau dürfen zudem nicht gegenüber der verantwortlichen Person widerrufen worden sein (section 37 (1) letter c HFEA 2008), wobei zu beachten ist, dass der Widerruf einer wirksam erteilten Zustimmung während eines Behandlungszyklus nicht möglich ist. Ein wirksamer Widerruf kann allerdings nach der erfolglosen Beendigung eines Zyklusses und damit vor dem Beginn eines neuen Versuches erfolgen.⁶²⁹ Schließlich darf die gebärende Frau zwischenzeitlich weder ihre Zustimmung zu der Vaterschaft eines anderen Mannes noch ihre Zustimmung zu der Elternschaft einer anderen Frau gemäß section 44 HFEA 2008 gegeben haben (section 37 (1) letter d HFEA 2008). Alle genannten Erklärungen müssen, um rechtliche Wirksamkeit zu erlangen, schriftlich festgehalten und von dem Erklärenden unterzeichnet worden sein (section 37 (2) HFEA 2008). Weitere Voraussetzung für das Eingreifen der Vaterschaftsvermutung zugunsten des einwilligenden Mannes ist, dass er und die gebärende Frau in keinem „verbotenen“ Verwandtschaftsverhältnis zueinander stehen (section 37 (1) letter e HFEA 2008).

b. Die Vaterschaft des Einwilligenden im italienischen Recht

Obwohl die heterologe Insemination durch das Gesetz Nr. 40 aus 2004 verboten worden ist, enthält das italienische Recht eine Zuordnungsnorm für Kinder unverheirateter Paare, die durch künstliche Befruchtung mit Spendersamen entstanden sind. Danach erhält das Kind den Status eines vom Vater anerkannten Kindes, wenn es sich bei dem Zustimmenden um den Lebensgefährten der Mutter handelt.⁶³⁰ Aus dem Gesetzeswortlaut geht allerdings nicht hervor, wann von einem Lebensgefährten der Mutter gesprochen werden kann.⁶³¹

⁶²⁹ Scherpe, FamRZ 2010, S. 1513 (1515).

⁶³⁰ Patti: Wahrheit und Beweis im italienischen Abstammungsrecht, in: Spickhoff/Schwab/Henrich/Gottwald (Hrsg.): Der Streit um die Abstammung, S. 279 (290).

⁶³¹ Patti: Wahrheit und Beweis im italienischen Abstammungsrecht, in: Spickhoff/Schwab/Henrich/Gottwald (Hrsg.): Der Streit um die Abstammung, S. 279 (290).

c. Die Vaterschaft des Einwilligenden im griechischen Recht

Gemäß des durch Art. 2 Nr. 8 des Gesetzes 3089/2002 modifizierten Art. 1475 Abs. 2 S. 1 gr. ZGB i.V.m. Art. 1456 Abs. 1 S. 2 gr. ZGB hat die notariell beurkundete Einwilligung des Lebenspartners, d.h. des festen Partners einer allein lebenden Frau, zur Vornahme einer medizinischen Fortpflanzungsbehandlung ex lege die Wirkung einer freiwilligen Anerkennung der Vaterschaft des noch nicht geborenen außerehelichen Kindes (sog. automatische freiwillige Anerkennung⁶³²).⁶³³ Da nach griechischem Recht alle abstammungsbegründenden und –aufhebenden Handlungen dem Formzwang unterliegen,⁶³⁴ muss auch die Einwilligungserklärung der Frau und ihres Partner gemäß Art. 1475 Abs. 1 S. 2 gr. ZGB vor der Behandlung notariell beurkundet worden sein. Nach griechischem Verständnis entspricht das Aufwachsenlassen eines Kindes ohne rechtliche Eltern nicht dem Kindeswohl. Deshalb soll durch das Formerfordernis sichergestellt werden, dass ein Kind nicht ohne rechtliche Zuordnung zu seinen Eltern bleibt.⁶³⁵ Durch die Gleichstellung der Einwilligung in eine heterologe Insemination mit der freiwilligen Anerkennung räumt auch der griechische Gesetzgeber der aus freiem Willen der beteiligten Lebenspartner begründeten sozialen Verwandtschaft den Vorrang vor der biologisch-genetischen Verwandtschaft ein⁶³⁶ und sichert gleichzeitig die Rechte und Bedürfnisse des Kindes ab.

d. Die Vaterschaft des Einwilligenden im schwedischen Recht

In Schweden⁶³⁷ wurde 2006 Kapitel 1 § 6 in das Elterngesetz⁶³⁸ eingefügt. Danach ist der Mann als rechtlicher Vater des Kindes anzusehen, der seine Zustimmung zu einer

⁶³² Das Anerkenntnis vollzieht sich durch die notariell festgehaltene Zustimmung der Frau zu der künstlichen Befruchtung in Bezug auf den Lebenspartner, die als Annahme des Vaterschaftsanerkenntnisses seinerseits gilt (Art. 1475 Abs. 2 S. 2 gr. ZGB). Der Schwerpunkt liegt dabei auf dem Willen der Frau und des Mannes, gemeinsam ein Kind zu zeugen und nicht auf der genetischen Wahrheit, vgl. Kiriakaki, MedR 2005, S. 143 (151 mit FN 76).

⁶³³ Koutsouardis: Zum aktuellen Stand des griechischen Abstammungsrechts, in: Spickhoff/Schwab/Henrich/Gottwald (Hrsg.): Der Streit um die Abstammung, S. 205 (213 ff.); Kiriakaki, MedR 2005, S. 143 (151).

⁶³⁴ Koutsouardis: Zum aktuellen Stand des griechischen Abstammungsrechts, in: Spickhoff/Schwab/Henrich/Gottwald (Hrsg.): Der Streit um die Abstammung, S. 205 (212).

⁶³⁵ Koutsouardis: Zum aktuellen Stand des griechischen Abstammungsrechts, in: Spickhoff/Schwab/Henrich/Gottwald (Hrsg.): Der Streit um die Abstammung, S. 205 (213). Durch Art. 1475 Abs. 2 i.V.m. Art. 1456 Abs. 1 S. 2 gr. ZGB soll die Berücksichtigung des Kindeswohles in ausreichendem Maße sichergestellt werden. Daher muss jedes Kind einem Mann als Vater und einer Frau als Mutter zugeordnet werden. Ein Kind ohne rechtliche Eltern aufwachsen zu lassen, entspricht nicht dem Kindeswohl. Daher wurde im Gesetz die notarielle Einwilligung des Mannes zur Vornahme der heterologen Insemination der freiwilligen Anerkennung der Vaterschaft gleichgestellt, Koutsouardis: Zum aktuellen Stand des griechischen Abstammungsrechts, in: Spickhoff/Schwab/Henrich/Gottwald (Hrsg.): Der Streit um die Abstammung, S. 205 (214).

⁶³⁶ Kiriakaki, MedR 2005, S. 143 (151).

⁶³⁷ Die vaterschaftsrechtlichen Konsequenzen der heterologen Insemination wurden in Schweden bereits frühzeitig geregelt. Anlass dazu bot 1983 ein vom schwedischen Höchsten Gerichtshof zu entscheidender Fall, in dem der Ehemann die Vaterschaft zu einem im Wege der heterologen Insemination gezeugten Kind anfechten wollte. Daraufhin wurde 1984 eine Zusatzbestimmung in das schwedische Elterngesetz

heterologen Insemination abgegeben hat. Voraussetzung für die Zuordnung ist, dass bei der Mutter eine heterologe Insemination mit der Zustimmung des Mannes, mit dem sie zusammenlebt, durchgeführt worden und es nach den Umständen wahrscheinlich ist bzw. der Sozialausschuss zu der Überzeugung gelangt, dass das Kind durch künstliche Befruchtung mit Spendersamen entstanden ist.⁶³⁹

e. Die Vaterschaft des Einwilligenden in weiteren europäischen Rechtsordnungen

Nach serbischem Recht gilt als Vater eines mit biomedizinischer Hilfe gezeugten Kindes der nichteheliche Lebenspartner der Frau, der zu dem Verfahren seine schriftliche Zustimmung gegeben hat.⁶⁴⁰ Ebenso erhält auch das durch biomedizinische Hilfe erzeugte Kind nach slowenischem Recht den nichtehelichen Lebenspartner der Mutter als Vater zugeordnet, sofern dieser vor der assistierten Befruchtung der Behandlung bewusst und frei von Zwängen zugestimmt hatte.⁶⁴¹ Auch im slowenischen Recht stützt sich die Vaterschaftsvermutung allein auf die qualifizierte Einwilligung des Lebenspartners in das Verfahren, ungeachtet des Umstandes, ob es sich um ein heterologes oder homologes Verfahren handelt.⁶⁴²

3) Fazit

Um den Schutz des Kindes vor rechtlicher Vaterlosigkeit sicherzustellen und dem Kind Unterhalts- und Erbsprüche zu gewährleisten, halten viele europäische Gesetzgeber den Einwilligenden an seiner übernommenen Verantwortung aus rechts- und sozialpolitischen Erwägungen fest. Je nach Rechtstradition und Überzeugung wird in den einzelnen Rechtsordnungen entweder die Vaterschaft aufgrund Zustimmung zur Befruchtung mit Spendersamen oder aufgrund einer Zeugungsfiktion im Rahmen einer Vaterschaftsklage begründet.

eingefügt. Danach war für die Zwecke der Vaterschaftsfeststellung der Lebensgefährte der Mutter als Vater dieses Kindes anzusehen, wenn er sich zuvor mit der heterologen Insemination einverstanden erklärt hatte, Singer: *Between genetic and social parenthood*, in: Spickhoff/Schwab/Henrich/Gottwald (Hrsg.): *Der Streit um die Abstammung*, S. 139 (147).

⁶³⁸ Die Änderung des Elterngesetzes geht auf das Gesetz (2006:351) über die genetische Integrität u.a. zurück. Das Gesetz gilt auch für Zusammenlebende sowie registrierte Partner.

⁶³⁹ Henrich: *Kollisionsrechtliche Fragen bei medizinisch assistierter Zeugung*, in: Helms/Zeppernick (Hrsg.): *Lebendiges Familienrecht*, Festschrift für Rainer Frank, S. 249 (253 f.); Singer: *Between genetic and social parenthood* in: Spickhoff/Schwab/Henrich/Gottwald (Hrsg.): *Der Streit um die Abstammung*, S. 139 (142 f.); Jäntherä-Jareborg, *FamRZ* 2006, S. 1329.

⁶⁴⁰ Kraljić/Kraljić: *Serbien*, in: Bergmann/Ferid/Henrich (Hrsg.): *Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht*, S. 1 (33), Stand 30.06.2006.

⁶⁴¹ Nowak: *Das Abstammungsrecht in Slowenien*, in: Spickhoff/Schwab/Henrich/Gottwald (Hrsg.): *Der Streit um die Abstammung*, S. 259 (273); Zupančič/Novak: *Slowenien*, in: Bergmann/Ferid/Henrich (Hrsg.): *Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht*, S. 1 (45), Stand 01.12.2008.

⁶⁴² Zupančič/Novak: *Slowenien*, in: Bergmann/Ferid/Henrich (Hrsg.): *Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht*, S. 1 (45), Stand 01.12.2008.



b) Abwägung zwischen den beiden vorgestellten Möglichkeiten zur Einbindung des zustimmenden Lebensgefährten in die rechtliche Elternstellung

Die Zuordnung des Kindes zu dem in die Behandlung einwilligenden nichtehelichen Lebensgefährten ist im deutschen Recht grundsätzlich sowohl in einem Vaterschaftsfeststellungsverfahren, das allein auf die Einwilligung des Partners zu stützen ist, als auch aufgrund der Normierung einer Vaterschaftsfiktion, deren alleiniger Ansatzpunkt die Einwilligungserklärung ist, denkbar.

Zwar ist dem Ansatz von Hübner und Wanitzek⁶⁴³ zuzugestehen, dass aufgrund einer Vaterschaftsvermutung sofort mit der Geburt die Zuordnung des Kindes zu seinem nichtehelichen Vater erfolgen könnte. Dennoch erscheint die Zuordnung des Kindes in einem Vaterschaftsfeststellungsverfahren vorzugswürdig.

Zum einen bleibt die freiwillige Begründung der Vaterschaft durch den konsentierenden Mann und seine Lebensgefährtin im Wege der Anerkennung möglich. Nur bei Weigerung des Partners bzw. Verweigerung der Zustimmung durch die Mutter müsste das gerichtliche Verfahren durchlaufen werden. Zum anderen wird durch das Vaterschaftsfeststellungsverfahren sichergestellt, dass die Zuordnung des Kindes zu dem Partner per Feststellungsbeschluss nur dann erfolgt, wenn für den Richter eindeutig feststeht, dass der Mann seine Einwilligung zur Befruchtung mit Spendersamen rechtswirksam abgegeben hat. Diese Zuordnung erwiese sich auch als bestandsfest, da eine Abänderung des Feststellungsbeschlusses nach Rechtskraft gemäß § 184 Abs. 1 S. 2 FamFG ausgeschlossen ist.⁶⁴⁴ Zudem werden auf diese Weise zukünftige Vaterschaftsanfechtungsverfahren vermieden, da alle gegen die Wirksamkeit der Einwilligung sprechenden Gründe bereits im Zuordnungsverfahren untersucht würden. Damit scheint es ausgeschlossen, dass in einem späteren bzw. für ein späteres Vaterschaftsanfechtungsverfahren noch Gründe vorgetragen werden können, die gegen die materielle und formelle Wirksamkeit der Einwilligung sprechen. Des Weiteren muss auch im Feststellungsverfahren der Einwand des Mannes berücksichtigt werden, dass das Kind aus keiner künstlichen Befruchtung mit Spendersamen stamme. Daher dürfte auch insoweit Präklusion eintreten. Zudem wird durch die Einbindung eines Richters die Zuordnung des Kindes gerichtlich festgehalten und offiziell dokumentiert. Dagegen kann die Beurteilung der Wirksamkeit der Einwilligung nicht der das Personenregister führenden Stelle zugemutet werden.

Schließlich muss berücksichtigt werden, dass alle statusbezogenen Handlungen aufgrund ihrer weitreichenden Wirkungen der gesteigerten Erkennbarkeit bedürfen.⁶⁴⁵ Die Ehe, an die die Vaterschaftsvermutung gemäß § 1592 Nr. 1 BGB anknüpft, ist „ein öffentlich vollzogener,

⁶⁴³ Siehe S. 86.

⁶⁴⁴ Es verbleibt nur die Möglichkeit der Wiederaufnahme des Verfahrens nach § 185 FamFG.

⁶⁴⁵ Muscheler, Rdn. 520.

in Registern eingetragener Tatbestand“; die Anerkennung der Vaterschaft zu einem Kind bedarf aufgrund ihrer Wirkung der öffentlichen Beurkundung gemäß § 1597 Abs. 1 BGB. Die Feststellung bzw. Anfechtung der Vaterschaft kann nur in einem gerichtlichen Verfahren verfolgt werden.⁶⁴⁶ Daher erscheint es nur folgerichtig, wenn die rechtliche Zuordnung eines mit Spendersamen gezeugten Kindes in einem gerichtlichen Verfahren erfolgt. Die automatische Zuordnung der Vaterschaft mit der Geburt des Kindes aufgrund der Einwilligung würde demgegenüber den Anforderungen an die gesteigerte Erkennbarkeit nicht genügen bzw. könnte selbst bei Einführung einer Formvorschrift zu erheblichen Unsicherheiten bei staatlichen Stellen⁶⁴⁷ führen. Zudem würden Einwände gegen die Wirksamkeit der Einwilligung in ein späteres Vaterschaftsanfechtungsverfahren verlagert. Am Schwersten wiegt jedoch, dass bei automatischer Zuordnung des Kindes einer rein privaten Willenserklärung, die zudem lange Zeit vor der Zeugung des Kindes abgegeben sein könnte, unmittelbare statusbegründende Wirkung zukommen würde. Eine insoweit wirkende private Willenserklärung ist dem geltenden deutschen Recht jedoch fremd.⁶⁴⁸

Folglich sprechen die überzeugenderen Argumente für die Begründung der Vaterschaft des nichtehelichen Lebenspartners in einem gerichtlichen Vaterschaftsfeststellungsverfahren. Ein derartiger Vaterschaftstatbestand lässt sich auch in das geltende Abstammungsrecht integrieren.

c) Die Prinzipien des deutschen Abstammungsrechts

Das deutsche Abstammungsrecht basiert auf drei grundsätzlichen Prinzipien: das Prinzip der genetischen Wahrheit, das Prinzip der Statusklarheit und das Prinzip der Statusbeständigkeit. Weiterhin folgt das deutsche Abstammungsrecht dem Ein-Vater- bzw. Ein-Mutter-Prinzip. Die rechtliche Zuordnung kann daher nur zu einem Mann als Vater bzw. einer Frau als Mutter erfolgen.

1) Das Prinzip der Statuswahrheit

Aufgrund der Bedeutung der statusbegründenden Verfahren fühlt sich die deutsche Rechtsordnung der absoluten Wahrheit verpflichtet.⁶⁴⁹ Grundlage des Abstammungsrechts

⁶⁴⁶ Muscheler, Rdn. 520.

⁶⁴⁷ Beispielsweise bei dem zuständigen Standesbeamten, der für die Erstellung einer der Geburtsurkunde gemäß § 18 PStG verantwortlich ist.

⁶⁴⁸ Wehrstedt weist jedoch darauf hin, dass der Gesetzgeber durch die Einführung des jetzigen § 1600 Abs. 5 BGB die Bedeutung rechtsgeschäftlicher Erklärungen für Statusfragen anerkannt habe. Der Gesetzgeber habe sich dadurch für die statusrechtlich bindende Wirkung einer rechtsgeschäftlichen Erklärung entschieden, Wehrstedt, RNotZ 2005, S. 109 (113). Eine wirksame Einwilligungserklärung im Sinne des § 1600 Abs. 5 BGB vermag jedoch nur die Statusauflösung einer wirksam begründeten Vaterschaft zu verhindern. Unmittelbar statusbegründende Wirkung kommt ihr dagegen nicht zu. Insoweit scheint auch unter Berücksichtigung der Argumentation Wehrstedts eine automatische Elternschaftszuordnung allein aufgrund erklärter Zustimmung nicht in Betracht zu kommen. Einer nur rechtsgeschäftlichen Erklärung der Beteiligten sollte keine unmittelbare statusrechtliche Wirkung eingeräumt werden.

⁶⁴⁹ Muscheler, Rdn. 190.



ist daher die biologische Verwandtschaft⁶⁵⁰. Die einzelnen Vaterschaftstatbestände sollen zur Ermittlung des wirklichen biologisch-genetischen Erzeugers führen.⁶⁵¹ Die rechtliche Elternschaft ist der genetischen Elternschaft nachgebildet.

Die Zuordnung des Kindes zu dem einwilligenden Mann in einem Vaterschaftsfeststellungsverfahren ist mit dem Grundsatz der Statuswahrheit augenscheinlich nicht vereinbar. Der Richter muss bei entsprechender gesetzlicher Verankerung eines derartigen Vaterschaftszuordnungstatbestandes eine biologisch-genetische unrichtige Zuordnung wider besseres Wissen feststellen.

Das Prinzip der Statuswahrheit wird jedoch bereits im geltenden Abstammungsrecht mehrfach durchbrochen. In den Fällen der Adoption, des bewusst unrichtig abgegebenen Vaterschaftsanerkennnisses sowie der Nichtbestreitung der Vaterschaft beim scheinhehlichen Kind lässt der Gesetzgeber das Auseinanderfallen von biologisch-genetischer Abstammung und rechtlicher Zuordnung zu.⁶⁵² Auch in den Fällen, in denen aufgrund der Trennung der Eheleute, der Unfruchtbarkeit des Ehemannes, der Strafhaft oder Verschollenheit des Ehemannes eine Vaterschaft des Ehemannes bereits rein tatsächlich ausscheidet, hält der Gesetzgeber an der Vaterschaftsvermutung des § 1592 Nr. 1 BGB fest. Damit verleiht das Gesetz der Tatsache der Geburt eines Kindes in einer Ehe eine Art Urteilsqualität.⁶⁵³ Auch durch das Kindschaftsrechtsreformgesetz 1998 kam zum Ausdruck, dass der Gesetzgeber im Hinblick auf die Fortschritte in der Reproduktionsmedizin nicht sklavisch am Prinzip der Statuswahrheit festhalten möchte. 1998 wurde erstmals eine Regelung zur rechtlichen Mutterschaft im Bürgerlichen Gesetzbuch getroffen. Danach wird die Verwandtschaft und damit die rechtliche Zuordnung allein aufgrund des Faktums der Geburt begründet.⁶⁵⁴ Eine Anfechtungsmöglichkeit der rechtlichen Mutterschaft wurde trotz Kenntnis von Leihmutterschaften nicht zugelassen. Auch durch den gesetzlichen Ausschluss des Anfechtungsrechts bei wirksamer Einwilligung der Wunscheitern in eine künstliche Befruchtung mit Spendersamen gemäß § 1600 Abs. 5 BGB wird das Prinzip der Abstammungswahrheit weiter durchbrochen. Daher wurde bereits vor der Reform des Kindschaftsrechts die Ansicht vertreten, dass das deutsche Abstammungsrecht gar nicht auf die Feststellung der wahren Erzeugerschaft gerichtet sei.⁶⁵⁵ Das Prinzip der Statuswahrheit könne nämlich nur dann umfassend verwirklicht werden, wenn das Recht dem Anerkennungssystem folge.⁶⁵⁶

⁶⁵⁰ Rauscher, Rdn. 758 und 767.

⁶⁵¹ Rauscher, Rdn. 767.

⁶⁵² Bernat, MedR 1986, S. 245 (248).

⁶⁵³ Frank, StAZ 2003, S. 129.

⁶⁵⁴ Muscheler, Rdn. 53.

⁶⁵⁵ Frank: Abstammung und Status, in: Ramm/Grandke (Hrsg.): Zur Familienrechtspolitik nach der Wiedervereinigung, S. 71 (83); Weyrauch, S. 12.

⁶⁵⁶ Weyrauch, S. 12.



Ziel des deutschen Statussystems ist es, einem Kind bereits mit der Geburt möglichst bestandsfest zwei Elternteile zuzuordnen und damit eine Zeit des Schwebezustandes zu verhindern.⁶⁵⁷ Auch historisch gesehen findet sich keine Stütze für ein absolut gefasstes Prinzip der Beachtlichkeit der genetischen Abstammung.⁶⁵⁸ Vielmehr stehen die Prinzipien des deutschen Abstammungsrechts in einem Spannungsverhältnis zueinander⁶⁵⁹ und müssen zueinander daher in einen Ausgleich gebracht werden. Zwar lässt sich feststellen, dass der genetischen Abstammung traditionellerweise bei der Bestimmung des Kindesstatus eine erhebliche Bedeutung zukommt. Das Prinzip kann jedoch nicht uneingeschränkt verwirklicht werden. Die Blutsverwandtschaft stellt nicht das einzige Kriterium für die Festlegung der Elternschaft dar.⁶⁶⁰ Dies zeigt sich auch an den bestehenden Vaterschaftstatbeständen. Zwar bietet die Zuordnung der Vaterschaft aufgrund § 1592 Nr. 1 BGB bzw. § 1592 Nr. 2 BGB in der überwiegenden Zahl der Fälle die Gewähr dafür, dass das Kind seinem biologisch-genetischen Erzeuger zugeordnet wird. Letztendlich kann aber nur durch die gerichtliche Vaterschaftsfeststellung gemäß § 1600d BGB sichergestellt werden, dass dem Kind tatsächlich sein biologisch-genetischer Erzeuger als rechtlicher Vater zugeordnet wird.

Von den bisherigen Vaterschaftstatbeständen unterscheidet sich der neue Zuordnungstatbestand zwar insofern, dass wissentlich eine rechtliche Zuordnung begründet wird, die in keinem Fall mit den biologischen Gegebenheiten übereinstimmen und aufgrund des Ausschlusses des Anfechtungsrechts gemäß § 1600 Abs. 5 BGB auch später nicht mehr zu einer Übereinstimmung zwischen biologisch-genetischer und rechtlicher Abstammung gebracht werden kann. In diesem speziellen Fall überlagert jedoch der Wille zur Elternschaft die Zuordnung aufgrund biologisch-genetischer Erzeugerschaft. Die entgegen der biologischen Wahrheit erfolgende Zuordnung ist aufgrund der Tatsache gerechtfertigt, dass der Wille des Lebenspartners frei, eindeutig und in Kenntnis aller rechtlichen Konsequenzen geäußert wurde. Die Zeugung des Kindes wird durch diesen Willen und die damit erklärte Verantwortungsübernahme veranlasst. Darum erscheint es nur folgerichtig, die Beteiligten an ihren Entscheidungen festzuhalten und dem nichtehelichen Lebenspartner die rechtliche Vaterschaft zuzuordnen. Damit kann auch dem Kindeswohl am besten entsprochen werden.

Des Weiteren werden nur die rechtlichen Eltern des Kindes an ihrem Willen festgehalten.⁶⁶¹ Dem Kind verbleibt das Recht zur Vaterschaftsanfechtung. Deshalb scheint es recht und billig, einen dem Abstammungsprinzip entgegenstehenden Zuordnungstatbestand zu schaffen. Zudem dürfte aufgrund der geringen Anzahl der Fälle diese weitere Abweichung vom Abstammungsprinzip hinzunehmen sein. Da der Wille bereits im derzeitigen Abstammungsrecht ein wichtiges Zuordnungskriterium darstellt, muss das Prinzip der

⁶⁵⁷ Weyrauch, S. 12.

⁶⁵⁸ Weyrauch, S. 14.

⁶⁵⁹ Muscheler, Rdn. 190 und Rdn. 517.

⁶⁶⁰ Weyrauch, S. 15.

⁶⁶¹ So auch bei Zuordnung des Kindes aufgrund Ehe, vgl. Luh, S. 174 f.



Eigenverantwortlichkeit und die damit einhergehende Relevanz des Willens der Beteiligten im Fall der künstlichen Befruchtung mit Spendersamen Vorrang vor der biologisch-genetischen Abstammung erhalten. Das Prinzip der Abstammungswahrheit muss in diesen Fällen zurücktreten.

2) Das Prinzip der Statusklarheit

Das zweite grundlegende Prinzip des Abstammungsrechtes ist das Prinzip der Statusklarheit. Die Vaterschaft muss eindeutig, schnell und einfach feststellbar sein.⁶⁶² Dem Neugeborenen soll mit der Geburt ein Vater zugeordnet werden. Ein Schwebezustand, in dem Unklarheit herrscht, soll vermieden werden.⁶⁶³ Deshalb muss ein objektives Kriterium für die Zuordnung des Kindes gegeben sein,⁶⁶⁴ das Unsicherheiten über die Abstammung des Kindes vermeidet.⁶⁶⁵

Auch das Prinzip der Statusklarheit wird durch die Einführung des neuen Vaterschaftstatbestandes nicht optimal verwirklicht, da die Zuordnung des Kindes zu seinem rechtlichen Vater nicht automatisch im Zeitpunkt der Geburt erfolgt.⁶⁶⁶ Jedoch soll der neue Tatbestand –ähnlich wie der jetzige § 1592 Nr. 3 BGB– nur die Funktion eines Auffangtatbestandes erfüllen. Er soll nur in den Fällen eingreifen, in denen eine Zuordnung aufgrund der Ehe der Mutter gemäß § 1592 Nr. 1 BGB bzw. aufgrund Anerkennung der Vaterschaft gemäß § 1592 Nr. 2 BGB nicht möglich ist.

3) Das Prinzip der Statusbeständigkeit

Weiteres Prinzip des deutschen Abstammungsrechtes ist das Prinzip der Statusbeständigkeit (Bestandskraft der statusrechtlichen Zuordnung),⁶⁶⁷ d.h. ein Kind soll möglichst dauerhaft einem Elternpaar zugeordnet werden.⁶⁶⁸

⁶⁶² MükoBGB/Wellenhofer, Vorbem. zu § 1591 ff. Rdn. 21; Gernhuber/Coester-Waltjen, § 52 I Rdn. 1; Frank: Abstammung und Status, in: Ramm/Grandke (Hrsg.): Zur Familienrechtspolitik nach der Wiedervereinigung, S. 71 (72); Helms: Die Feststellung der biologischen Abstammung, S. 55; Gaul: Die pater-est-Regel der §§ 1591, 1592 BGB in ihrer herkömmlichen Bedeutung und in der Reformdiskussion, in: Lange/Nörr/Westermann (Hrsg.): Festschrift für Gernhuber, S. 619 (639); Bernat, MedR 1986, S. 245 (247); Laufs, JZ 1986, S. 769 (776); Coester-Waltjen, FamRZ 1984, S. 230 (232); Mutschler, FamRZ 1996, S. 1381 (1382); Muscheler, Rdn. 516.

⁶⁶³ BT-Drs. 13/4899, S. 52; Muscheler/Beisenherz, JR 1999, S. 356 (357); Gaul, FamRZ 1997, S. 1441 (1446); Weyrauch, S. 16.

⁶⁶⁴ Edenfeld, FuR 1996, S. 190 (192); Muscheler/Beisenherz, JR 1999, S. 356 (357); Weyrauch, S. 16.

⁶⁶⁵ BT-Drs. 13/4899, S. 52; Muscheler/Beisenherz, JR 1999, S. 356 (357); Gaul, FamRZ 1997, S. 1441 (1446); Weyrauch, S. 16.

⁶⁶⁶ Anders, wenn der Gesetzgeber die hier abgelehnte Möglichkeit zur Vaterschaftsbegründung umsetzen würde.

⁶⁶⁷ Frank: Abstammung und Status, in: Ramm/Grandke (Hrsg.): Zur Familienrechtspolitik nach der Wiedervereinigung, S. 71 (74); Gaul: Die pater-est-Regel der §§ 1591, 1592 BGB in ihrer herkömmlichen Bedeutung und in der Reformdiskussion, in: Lange/Nörr/Westermann (Hrsg.): Festschrift für Gernhuber, S. 619 (639 f.); Gaul, FamRZ 1997, S. 1441 (1446); MükoBGB/Wellenhofer, Vorbem. zu §§ 1591 ff. Rdn. 21; Weyrauch, S. 15.

⁶⁶⁸ Weyrauch, S. 15; MükoBGB/Wellenhofer, Vorbem. zu §§ 1591 ff. Rdn. 21.



Besonderen Ausdruck hat dieses Prinzip in den engen Anfechtungsregeln der §§ 1600 ff. BGB gefunden. Die Kleinfamilie soll als dem staatlichen Eingriff weithin entrückte Intimgruppe nur dann wieder aufgespalten werden können, wenn einzelne Mitglieder der Familie dies wünschen. Deshalb kann die Vaterschaft nur von einem eng begrenzten Personenkreis und innerhalb kurzer Fristen angefochten werden.⁶⁶⁹

Mit dem geforderten neuen Vaterschaftstatbestand wird dem Prinzip der Statusbeständigkeit in vollem Umfang Genüge getan. Das Kind wird dem zustimmenden Mann mit Rechtskraft des Feststellungsbeschlusses gemäß § 184 Abs. 1 S. 1 FamFG dauerhaft zugeordnet. Eine Abänderung des Feststellungsbeschlusses ist nach Rechtskraft ausgeschlossen, § 184 Abs. 1 S. 2 FamFG.

4) Ein-Vater-Prinzip

Von der Rechtsordnung ist einerseits gewünscht, dass jedem Kind ein Mann als Vater zugeordnet wird. Andererseits soll jedes Kind nur einen rechtlichen Vater haben.⁶⁷⁰ Solange die Vaterschaft aufgrund eines der in § 1592 BGB abschließend aufgezählten Vaterschaftsbegründungstatbestände besteht, kann dem Kind kein weiterer Vater zugeordnet werden, selbst wenn es sich bei dem die Vaterschaftszuordnung fordernden Mann um den genetischen Vater des Kindes handelt. Bei Einführung eines neuen Vaterschaftstatbestandes wird das Ein-Vater-Prinzip nicht verletzt. Erst bei Nichteingreifen von § 1592 Nr. 1 und § 1592 Nr. 2 BGB darf die Vaterschaft des Einwilligenden in einem Vaterschaftsfeststellungsverfahren begründet werden.

Gemäß § 1592 Nr. 1 BGB wird die Vaterschaft des Ehemannes automatisch mit der Geburt des Kindes begründet. Sowohl § 1592 Nr. 2 BGB als auch § 1592 Nr. 3 BGB sind nachrangig zu § 1592 Nr. 1 BGB. Ebenso ist das Verhältnis zwischen § 1592 Nr. 2 BGB und dem neuen Vaterschaftstatbestand festzulegen: Der Regelfall soll die freiwillige Anerkennung der Vaterschaft sein; erst bei Verweigerung der Anerkennung bzw. Verweigerung der Zustimmung zur Anerkennung soll die Vaterschaft in einem Vaterschaftsfeststellungsverfahren begründet werden können.

d) Zusammenfassung

Der Gesetzgeber ist aufgefordert, einen neuen Vaterschaftstatbestand für das Verfahren der künstlichen Befruchtung mit Spendersamen im Abstammungsrecht zu normieren, um die bestehende Ungleichbehandlung zwischen Kindern, die in eine Ehe geboren werden, und Kindern, deren Eltern nicht verheiratet sind, zu unterbinden. Der Tatbestand sollte in der Weise gefasst werden, dass ein Vaterschaftsfeststellungsverfahren auch gegen den Mann

⁶⁶⁹ Weyrauch, S. 15. Das neu eingeführte Anfechtungsrecht der Behörden ändert an dieser Beurteilung grundsätzlich nichts, da die Vaterschaft nur in Fällen mit ausländerrechtlichem Hintergrund und bei Nichtbestehen einer sozial-familiären Beziehung angefochten werden kann.

⁶⁷⁰ Gernhuber/Coester-Waltjen, § 52 I Rdn. 5.

durchgeführt werden kann, der seine Einwilligung in eine künstliche Befruchtung mit Spendersamen abgegeben hat.

5. Die Anforderungen an den neuen Vaterschaftstatbestand

Fraglich ist jedoch, welche Anforderungen formell und materiell an die Einwilligung des Mannes gestellt werden müssen, damit eine Zuordnung in einem Vaterschaftsfeststellungsverfahren erfolgen kann.

a) Formelle Anforderungen

Bisher hat der Gesetzgeber im Bereich der medizinisch unterstützten Fortpflanzung keine Formerfordernisse aufgestellt. Damit das Anfechtungsrecht des Ehemannes bzw. Lebensgefährten wirksam ausgeschlossen ist, kann die Einwilligung in die künstliche Befruchtung mit Spendersamen gemäß § 1600 Abs. 5 BGB auch formlos erklärt werden.⁶⁷¹ Die Formlosigkeit der Erklärung ist nach Ansicht des Gesetzgebers erforderlich, um eine absichtliche Umgehung der Formvorschriften durch die Beteiligten und damit die Anfechtung der Vaterschaft trotz Einwilligung zu verhindern.⁶⁷²

Damit jedoch ein eindeutiger Ansatzpunkt für die Elternschaftszuordnung des Mannes gegeben bzw. die bestandskräftige Zuordnung der Vaterschaft in einem Vaterschaftsfeststellungsverfahren möglich ist, wird die Einhaltung der Schriftform, besser noch der notariellen Beurkundung der Erklärung, gefordert.⁶⁷³ Nur bei Abgabe einer formgebundenen Erklärung ist eine sichere Grundlage für die Zuordnung der Vaterschaft im gerichtlichen Feststellungsverfahren gegeben; zudem wird Beweisschwierigkeiten⁶⁷⁴ vorgebeugt. Durch die Pflicht zur notariellen Beurkundung der Erklärungen wird weiterhin sichergestellt, dass den Einwilligenden die Tragweite ihres Entschlusses deutlich vor Augen geführt wird. Damit erfüllen die Formanforderungen überdies eine Warnfunktion.⁶⁷⁵ Auch in den ärztlichen Richtlinien ist zumindest die Schriftlichkeit der Einwilligung vorgesehen, um den Beteiligten ihr Handeln nachhaltig begreiflich zu machen und die Ärzte vor Regressansprüchen zu schützen.⁶⁷⁶

Weiterhin ist festzustellen, dass für alle drei Fälle⁶⁷⁷, in denen eine Übernahme der Elternschaft allein durch Willensbetätigung möglich ist,⁶⁷⁸ formelle Anforderungen im

⁶⁷¹ Siehe S. 176 f.

⁶⁷² Siehe S. 178 ff.

⁶⁷³ Hübner, S. 207 f. Ähnlich auch Wanitzek, die jedoch die automatische Zuordnung des Kindes im Zeitpunkt der Geburt aufgrund der erklärten Zustimmung präferiert, Wanitzek, S. 338. Zur alten Rechtslage bereits Meyer, S. 172.

⁶⁷⁴ Schlüter, § 22 Rdn. 293.

⁶⁷⁵ Bernat: Zivilrechtliche Fragen um die künstliche Humanreproduktion, in: Bernat (Hrsg.): Lebensbeginn durch Menschenhand, S. 125 (152 f.); Wanitzek, S. 338.

⁶⁷⁶ Nr. 5.3.3.2 der (Muster-)Richtlinie der Bundesärztekammer zur Durchführung der assistierten Reproduktion, Deutsches Ärzteblatt 2006, A 1392 (1398).

⁶⁷⁷ Dies sind die Adoption des Kindes gemäß §§ 1741 ff. BGB, die wahrheitswidrige Anerkennung der Vaterschaft zu einem nichtehelichen Kind gemäß §§ 1592 Nr. 2 i.V.m. 1594 ff. BGB und die



Bürgerlichen Gesetzbuch normiert sind. Aufgrund dessen ist nicht nur eine starke Bindung des Betroffenen an seinen Willen gerechtfertigt; die Betroffenen werden auch vor der Eingehung dieser Bindung besonders geschützt, entweder durch die Einschaltung eines Gerichtes⁶⁷⁹, durch strenge Formanforderungen an die Erklärungen⁶⁸⁰ oder durch die Gewährung von speziellen Fristen^{681 682}.

Von den genannten Fällen unterscheidet sich die Einwilligung des Lebensgefährten in die Befruchtung mit Spendersamen. Während es sich in diesen Fällen um die Übernahme der Elternschaft zu einem bereits gezeugten bzw. geborenen Kind handelt, sollen durch die Einwilligung Handlungen legitimiert werden, die zur Geburt eines Kindes führen sollen; es soll mithin die Grundlage für die Zeugung eines Kindes geschaffen werden.⁶⁸³ Daher muss erst recht der Lebensgefährte vor einer übereilten Abgabe seiner Einwilligungserklärung geschützt werden.

Schließlich zeigt auch die Rechtsentwicklung in anderen europäischen Ländern, dass in den meisten Staaten, in denen die Befruchtung mit Spendersamen erlaubt ist, die Wirksamkeit der Einwilligungserklärung und damit die Zuordnung des Kindes zu dem konsentierenden Mann von formellen Anforderungen abhängig ist: Nach dem österreichischen Fortpflanzungsmedizinengesetz ist vor der Durchführung der heterologen Insemination zwingend der Abschluss eines notariellen Vertrages bzw. die Herbeiführung eines Gerichtsentscheids vonnöten.⁶⁸⁴ Gemäß Art. 311-20 Code civil müssen Ehegatten bzw. Lebensgefährten in Frankreich, bevor eine künstliche Befruchtung mit Spendersamen vorgenommen wird, ihre Zustimmung gegenüber einem Notar oder einem Richter erklärt haben, nachdem sie über die rechtlichen Konsequenzen ihrer Entscheidung im Hinblick auf das Abstammungsrecht unterrichtet wurden.⁶⁸⁵ Auch in einem italienischen Gesetzentwurf aus dem Jahre 1985 war vorgesehen, dass die Zustimmungserklärung des Mannes mit einer beglaubigten Unterschrift versehen sein muss.⁶⁸⁶ Das griechische Recht stellt die

Nichtanfechtung der Vaterschaft beim scheinehelichen Kind innerhalb des Überlegungszeitraumes von zwei Jahren ab Kenntnis der Nichtvaterschaft gemäß §§1592, 1600 ff. BGB.

⁶⁷⁸ Coester-Waltjen, Gutachten B zum 56. Deutschen Juristentag, B 50.

⁶⁷⁹ § 1752 Abs. 1 BGB.

⁶⁸⁰ § 1752 Abs. 2 S. 2 BGB; § 1597 Abs. 1 BGB.

⁶⁸¹ § 1600b Abs. 1 S. 1 BGB.

⁶⁸² Coester-Waltjen, NJW 1983, S. 2059; Bernat: Zivilrechtliche Fragen um die künstliche Humanreproduktion, in: Bernat (Hrsg.): Lebensbeginn durch Menschenhand, S. 125 (138); Coester-Waltjen, Gutachten B zum 56. Deutschen Juristentag, B 51.

⁶⁸³ Coester-Waltjen, NJW 1983, S. 2059; Bernat: Zivilrechtliche Fragen um die künstliche Humanreproduktion, in: Bernat (Hrsg.): Lebensbeginn durch Menschenhand, S. 125 (138).

⁶⁸⁴ Ferrari: Streit um die Abstammung – Rechtslage in Österreich, in: Spickhoff/Schwab/Henrich/Gottwald (Hrsg.): Der Streit um die Abstammung, S. 183 (193).

⁶⁸⁵ Ferrand: Streit um die Abstammung in Frankreich, in: Spickhoff/Schwab/Henrich/Gottwald (Hrsg.): Der Streit um die Abstammung, S. 93 (117).

⁶⁸⁶ Patti: Einwilligung zur heterologen Insemination und venire contra factum proprium, in: Gottwald (Hrsg.): Festschrift für Dieter Henrich, S. 443 (446). Dieser Gesetzentwurf wurde jedoch nie in geltendes Recht umgesetzt.

Anforderung auf, dass die Zustimmungserklärungen des Paares beurkundet werden müssen.⁶⁸⁷ Im schwedischen⁶⁸⁸, norwegischen⁶⁸⁹ und serbischen Recht⁶⁹⁰ wird eine schriftliche Zustimmung verlangt. Das englische Recht fordert das Vorhandensein einer Lizenz für den behandelnden Arzt.⁶⁹¹

Das Erfordernis der notariellen Beurkundung kann jedoch –wie beispielsweise die Erfahrungen in Österreich zeigen– auch zu einigen Problemen führen. 1996 wurde in Österreich der Oberste Gerichtshof angerufen, weil die formellen Anforderungen aufgrund einer Behandlung im Ausland nicht beachtet wurden. Auch der englische High Court of Justice musste kurze Zeit später zu einem ähnlich gelagerten Sachverhalt Stellung nehmen. In beiden Fällen war zwischen den Parteien jedoch nicht die Begründung der Vaterschaft streitig. Vielmehr versuchten die rechtlichen Väter ihre Vaterschaft, die aus der Vaterschaftsvermutung aufgrund Ehe mit der Mutter resultierte, durch Anfechtung zu beseitigen, indem sie sich auf die Nichtbeachtung formeller Anforderungen beriefen.

1) Urteil des österreichischen OGH vom 13.03.1996

Dem in Österreich entschiedenen Fall⁶⁹² lag folgender Sachverhalt zugrunde: Die österreichischen Ehegatten ließen 1993 eine heterologe Insemination bei einem Frauenarzt in München durchführen. Vor der heterologen Insemination wurde die Zustimmungserklärung der Ehegatten schriftlich festgehalten. Die Insemination führte zur Geburt eines Kindes am 10.02.1994. Im Dezember 1994 wurde die Ehe des Paares geschieden und die Ehelichkeit des Kindes vom Ehemann angefochten.

a. Formelle Anforderungen nach österreichischem Recht

1992 wurde das Fortpflanzungsmedizingesetz (FMedG)⁶⁹³ vom österreichischen Gesetzgeber erlassen. Es enthält hauptsächlich allgemeine Bestimmungen zur Durchführung der unterschiedlichen Arten medizinisch unterstützter Fortpflanzung,⁶⁹⁴ darunter auch Regelungen, die sich mit der formellen Wirksamkeit der Einwilligung in eine Befruchtung mit

⁶⁸⁷ Koutsouardis: Zum aktuellen Stand des griechischen Abstammungsrechts, in: Spickhoff/Schwab/Henrich/Gottwald (Hrsg.): Der Streit um die Abstammung, S. 205 (213); Kiriakaki, MedR 2005, S. 143 (151).

⁶⁸⁸ Singer: Between genetic and social parenthood, in: Spickhoff/Schwab/Henrich/Gottwald (Hrsg.): Der Streit um die Abstammung, S. 139 (147); Ryrstedt: Legal Status of Cohabitants in Sweden, in: Scherpe/Yassari (Hrsg.): Die Rechtsstellung nichtehelicher Lebensgemeinschaften, S. 415 (432).

⁶⁸⁹ Ryrstedt: Legal Status of Cohabitants in Norway, in: Scherpe/Yassari (Hrsg.): Die Rechtsstellung nichtehelicher Lebensgemeinschaften, S. 439 (448).

⁶⁹⁰ Cvejić Jančić, FamRZ 2010, S. 1509 (1510).

⁶⁹¹ Möller-Gulland, DEuFamR 1999, S. 257 (259).

⁶⁹² JBl 1996, S. 717 ff.

⁶⁹³ Am 14. Mai 1992 verabschiedete der Nationalrat das „Bundesgesetz, mit dem Regelungen über die medizinisch unterstützte Fortpflanzung sowie das ABGB, das EheG und die JN geändert werden“. Das Fortpflanzungsmedizingesetz trat am 01.07.1992 in Kraft.

⁶⁹⁴ Bernat, NZ 1992, S. 244.



Spendersamen beschäftigen. Gemäß § 8 FMedG muss vor der Behandlung der Partner⁶⁹⁵ der Mutter der heterologen Insemination in notarieller Form zugestimmt haben.⁶⁹⁶ Die Erklärung muss zudem den in § 8 Abs. 3 FMedG vorgeschriebenen Inhalt aufweisen.⁶⁹⁷

b. Entscheidungsgründe des OGH

Der österreichische OGH stellte in seinem Urteil fest, dass die nur schriftlich festgehaltene Zustimmung des Ehemannes nicht den österreichischen Formvorschriften genüge. Der OGH begründete sein Urteil mit dem Zweck der österreichischen Formvorschrift. Dieser bestehe darin, den Eltern die Folgen der Verwendung von Spendersamen jedenfalls so deutlich zu machen, dass die Bestreitung der Ehelichkeit des Kindes versagt werden könne⁶⁹⁸. Diese Vorgaben könnten nur durch eine qualifizierte Zustimmung erfüllt werden. Allein durch die Einhaltung des Formerfordernisses könne gewährleistet werden, dass sich der Ehemann der rechtlichen Bedeutung seines Tuns genügend bewusst werde.⁶⁹⁹ Der Reproduktionsmediziner dürfe die heterologe Insemination deshalb erst dann durchführen, wenn die Zustimmungserklärungen der Wunscheltern in Form eines gerichtlichen Protokolls oder Notariatsaktes abgegeben wurden.⁷⁰⁰ Bei Verletzung des Formerfordernisses bleibe die Anfechtung weiterhin möglich.

Das Urteil des österreichischen OGH wurde in der Literatur vor allem im Hinblick auf die Nichtbeachtung der Regeln des Internationalen Privatrechts als Fehlurteil kritisiert.⁷⁰¹

2) Entscheidung des High Court of Justice

Das englische Recht sieht als weitere formelle Voraussetzung neben der formellen Wirksamkeit der Einwilligung die Behandlung in einer lizenzierten Klinik vor.

Der englische High Court of Justice hatte über folgenden Sachverhalt zu befinden: Die nicht miteinander verheirateten Parteien begaben sich aufgrund der Zeugungsunfähigkeit des Lebensgefährten zuerst in Bristol, später dann in Nottingham in medizinische Behandlung. Dort wurde versucht, durch IVF mit dem Samen des Lebensgefährten eine Schwangerschaft herbeizuführen. Alle Versuche blieben jedoch ohne Erfolg. Durch Zeitungsartikel wurde die

⁶⁹⁵ Die Befruchtung mit Spendersamen ist ausnahmsweise erlaubt, wenn auf Seiten des Partners der Frau eine In- bzw. Subfertilität vorliegt, Schwimann, StAZ 1993, S. 169 (176).

⁶⁹⁶ Diese Formerfordernisse dienen dem Zweck, den Wunschvater auf die aus seiner Zustimmung resultierenden zivilrechtlichen Folgen hinzuweisen, vgl. Schwimann, StAZ 1993, S. 169 (176).

⁶⁹⁷ Die Mindestanforderungen der Zustimmungserklärung bestehen in der ausdrücklichen Zustimmung zur Vornahme der Fortpflanzungshilfe (§ 8 Abs. 3 Z. 1 FMedG), der Zustimmung zur Verwendung des Samens eines Spenders (§ 8 Abs. 3 Z. 2 FMedG), der Fixierung von Vor- und Familiennamen, Geburtstag und Geburtsort, Staatsangehörigkeit und Wohnort der Ehefrau und ihres Ehemannes oder Lebensgefährten (§ 8 Abs. 3 Z. 3 FMedG) sowie in der Festlegung des Zeitraumes, in dem die medizinisch unterstützte Fortpflanzung durchgeführt werden darf (§ 8 Abs. 3 Z. 4 FMedG).

⁶⁹⁸ OGH vom 13.03.1996, JBl 1996, S. 717 (718).

⁶⁹⁹ OGH vom 13.03.1996, JBl 1996, S. 717 (718).

⁷⁰⁰ Bernat, JBl 1996, S. 717 (719).

⁷⁰¹ Bernat, JBl 1996, S. 717 (719 f.); siehe auch S. 181.

Lebensgefährtin auf einen italienischen Arzt aufmerksam, der versprach, eine IVF mit dem Samen ihres Lebenspartners aufgrund erheblicher Fortschritte in der Reproduktionsmedizin erfolgreich vornehmen zu können. Während der Behandlung stellte sich jedoch heraus, dass die Chance auf eine Schwangerschaft mit einem homolog erzeugten Embryo als äußerst gering einzuschätzen sei. Daher wurde dem Paar geraten, auch solche Embryonen übertragen zu lassen, die aus Drittsperma entstanden seien. Dadurch werde die Überlebenschance für den mit dem Sperma des Lebensgefährten befruchteten Embryo gesteigert. Trotz dieser ernüchternden Nachricht beschloss das Paar nach einer Bedenkfrist, die Behandlung in der vorgeschlagenen Weise fortzusetzen. Der Lebensgefährte unterschrieb eine vorgedruckte Erklärung mit dem Inhalt, die Vaterschaft zu dem mit Spendersamen gezeugten Kind anzuerkennen und auch nicht anzufechten. Bei der anschließenden Übertragung der Embryonen stellte sich heraus, dass der mit dem Sperma des Lebensgefährten erzeugte Embryo zwischenzeitlich abgestorben war. Daher konnten der Lebensgefährtin nur die mit Spendersamen befruchteten Embryonen übertragen werden. Einige Zeit nach der Rückkehr aus Italien trennten sich die Parteien. Die Lebensgefährtin brachte im Februar 1995 Zwillinge zur Welt.⁷⁰²

Zwischen den Parteien war streitig, ob der Lebensgefährte als rechtlicher Vater des Kindes anzusehen sei. Gemäß section 28 (3) HFEA 1990 konnte die rechtliche Vaterschaft einem Mann zwar zugeordnet werden, obwohl dieser weder mit der Mutter verheiratet noch mit dem Kind genetisch verwandt war. Im konkreten Fall wurde die Feststellung der Vaterschaft jedoch abgelehnt, da die Voraussetzungen von section 28 (3) HFEA nicht erfüllt waren.

Section 28 (3) HFEA 1990 forderte⁷⁰³, dass die behandelnde Person Inhaber einer Lizenz für die Behandlung mit Spendersamen ist. Der italienische Arzt besaß die im englischen Recht geforderte Lizenz nicht. Der High Court of Justice stellte zudem fest, dass eine solche Lizenz aus Kontrollgründen nicht an Ärzte vergeben werden könne, die außerhalb des britischen Hoheitsgebietes praktizieren. Der Einwand der Mutter, dass section 28 (6) HFEA 1990 zur Anwendung gelangen müsse,⁷⁰⁴ wurde nicht berücksichtigt, da section 28 (6) HFEA 1990 nur

⁷⁰² Siehe Möller-Gulland, DEuFamR 1999, S. 257 f.

⁷⁰³ Daneben wurde in section 28 (3) HFEA 1990 die Voraussetzung aufgestellt, dass die Behandlung als gemeinsame Behandlung des Paares erscheine („treatment together“). Dies bedeutete jedoch nicht zwingend, dass sich auch der Mann einer Behandlung unterziehen muss. Vielmehr beinhaltete diese Voraussetzung ein subjektives Element, das dann als erfüllt angesehen wurde, wenn der Mann sich mit dem Gebrauch von Spendersamen einverstanden erklärte. Im streitigen Fall hatten die Richter insoweit Zweifel, obwohl der Lebensgefährte sein Einverständnis zu der Übertragung von Embryonen, die mit Spendersamen gezeugt worden waren, gegeben und sich bereits vor der Übertragung der Embryonen zur Anerkennung des Kindes verpflichtet hatte. Fraglich war nach Ansicht der Richter dennoch, ob sich der Lebensgefährte auch des Umstandes bewusst gewesen sei, dass sein Handeln in Italien zu einer Vaterschaftszuordnung nach englischem Recht führen könne. Diese Unkenntnis des Lebensgefährten wurde letztendlich jedoch als nicht erheblich eingestuft, da beide Partner die Behandlung in Italien wünschten und section 28 (3) HFEA 1990 nur die Voraussetzung aufstelle, dass die Behandlung für beide Partner gemeinsam vorgenommen wurde, Möller-Gulland, DEuFamR 1999, S. 257 (258).

⁷⁰⁴ Gemäß section 28 (6) HFEA 1990 ist es für die Anwendbarkeit des Abschnitts unerheblich, ob die Behandlung in Großbritannien oder im Ausland vorgenommen worden ist.

auf section 28 (2) HFEA 1990 verweise.⁷⁰⁵ Auch dem Vorbringen der Mutter, section 28 (3) HFEA 1990 verstoße gegen die in Art. 49 EGV normierte Dienstleistungsfreiheit und sei daher europarechtswidrig, folgten die Richter nicht. Das englische Gericht erkannte zwar eine mittelbare Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit an, da die Regelung geeignet sei, nicht verheiratete Paare davon abzuhalten, eine künstliche Befruchtung mit Spendersamen im Ausland vornehmen zu lassen.⁷⁰⁶ Diese Beschränkung sei jedoch durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigt: Die Begründung der Vaterschaft im Sinne von section 28 (3) HFEA 1990 habe eine Neuerung im englischen Recht dargestellt und dem Mann erhebliche Pflichten (Unterhalt, Erbensprüche) aufgebürdet, denen keine Rechte (Sorgerecht) in Bezug auf das Kind gegenüberstünden. Daher hätte der Mann eindeutig vor den Konsequenzen seines Verhaltens gewarnt werden müssen. Das Erreichen dieses Zieles sei durch das Lizenzerfordernis für den behandelnden Arzt sichergestellt worden. Gemäß section 13 (6) HFEA 1990 habe dem Arzt die Pflicht obliegen, die Parteien umfassend über die Behandlung und ihre rechtlichen Folgen aufzuklären. Zudem hätte er dafür Sorge tragen müssen, dass der Mann eine Erklärung mit dem Inhalt, dass die Behandlung gemeinsam für das Paar erfolgt, unterzeichne. Die Tatsache der gemeinsamen Behandlung hätte auf diese Weise sicher bewiesen werden können. Eine Aufklärung über die spezifischen Rechtsfolgen des englischen Rechtes hätte im Ausland nicht erwartet werden können. Dies habe gerade der in Streit stehende Sachverhalt, bei dem sich der Lebensgefährte gerade nicht der Tatsache bewusst gewesen sei, dass sein Verhalten in Italien Rechtsfolgen nach englischem Recht hervorrufen könne, gezeigt. Durch das Lizenzerfordernis sei eine verhältnismäßige Regelung geschaffen worden. Mit dieser Begründung wurde die Europarechtswidrigkeit der Vorschrift vom High Court verneint.⁷⁰⁷

3) Bewertung

Beide Urteile können nicht dazu führen, auf eine Formgebundenheit der Einwilligungserklärung zu verzichten. Um einen eindeutigen Ansatzpunkt für die Zuordnung der rechtlichen Vaterschaft im Vaterschaftsfeststellungsverfahren zu schaffen, muss die notarielle Beurkundung der Erklärung vorgesehen werden. Durch diese Anforderung wird sichergestellt, dass sich der Einwilligende der Rechtserheblichkeit seiner Erklärung bewusst wird. Zudem kann durch sie eine umfassende Aufklärung der Parteien durch einen Notar sichergestellt werden. Gleichzeitig wird durch das Formerfordernis die Rechtssicherheit erhöht. Der Notar wird die Beurkundung nur vornehmen, wenn er von der Geschäftsfähigkeit des Einwilligenden überzeugt ist. Der Einwilligende wird deshalb im späteren Feststellungsverfahren wohl nicht mehr mit dem Einwand gehört werden, dass er

⁷⁰⁵ Möller-Gulland, DEuFamR 1999, S. 257 (259).

⁷⁰⁶ Sowohl Mutter als auch nichtehelicher Lebensgefährte hätten ein Interesse an der rechtlichen Vaterschaft des Lebenspartners, da dies das Zusammengehörigkeitsgefühl innerhalb der Familie stärke. Zudem könne nur bei Feststellung der Vaterschaft von Seiten der Mutter und des Kindes Unterhalts- und Erbensprüche geltend gemacht werden.

⁷⁰⁷ Möller-Gulland, DEuFamR 1999, S. 257 (259 f.).

im Zeitpunkt der Einwilligungserklärung geschäftsunfähig war. Der Richter kann im Feststellungsverfahren somit aus dem Vorliegen einer formgerechten Einwilligung grundsätzlich auch auf deren materielle Wirksamkeit schließen. Damit wird durch das Erfordernis bereits frühzeitig der rechtliche Status des Kindes abgesichert.

Das Formerfordernis dürfte in der Praxis auch nicht dazu führen, dass bei Sachverhalten mit Auslandsbezug eine Vaterschaftszuordnung aufgrund fehlender notarieller Beurkundung der Erklärung unterbleibt. Insoweit sollte Art. 11 EGBGB zur Anwendung gelangen.⁷⁰⁸ Daher wird der deutsche Richter auch in den Fällen eine formell wirksame Einwilligung annehmen, in denen die Einwilligung die Formanforderungen des Rechts des Behandlungsstaates erfüllt. Insoweit müssen beide besprochenen Urteile als Fehlurteile gewertet werden: In Österreich wurden die Vorschriften des Internationalen Privatrechts nicht beachtet; der High Court of Justice hätte sich der Ansicht der Mutter anschließen müssen, dass section 28 (6) HFEA 1990 auch auf section 28 (3) HFEA 1990 verweist.

Um sicherzustellen, dass die Behandlung nicht vor der Abgabe von notariell beurkundeten Einwilligungserklärungen durchgeführt wird, sollte der behandelnde Arzt in einem Fortpflanzungsmedizingesetz unter Strafandrohung verpflichtet werden, sich die notariell beurkundeten Erklärungen vorlegen zu lassen.

b) Materielle Anforderungen

Folgende materielle Anforderungen sollten zudem an die Wirksamkeit der Einwilligungserklärungen gestellt werden:

1) Höchstpersönlichkeit

Allen statusbegründenden Rechtsgeschäften ist gemein, dass diese nur höchstpersönlich vorgenommen werden können⁷⁰⁹, mithin eine Stellvertretung ausgeschlossen ist. Zwar führt die Einwilligung nicht per se zu einer Statusbegründung. Sie bildet aber die Grundlage für die Vaterschaftszuordnung in einem Vaterschaftsfeststellungsverfahren. Daher darf die Einwilligung nur von dem nichtehelichen Partner selbst abgegeben werden. Eine Stellvertretung ist ausgeschlossen.

2) Geschäftsfähigkeit

Um eine wirksame Einwilligung abgeben zu können, muss der Einwilligende geschäftsfähig sein. Nur ein Geschäftsfähiger kann die Bedeutung und Konsequenzen, die sich aus der Erklärung ergeben, überblicken. Ein Rückgriff auf § 1596 BGB ist dagegen nicht möglich, da den Vorschriften zur Vaterschaftsanerkennung eine andere Interessenlage zugrunde liegt. Das Kind, zu dem die Vaterschaft anerkannt werden soll, ist bereits vorhanden. Die biologisch-genetische Erzeugerschaft des Geschäftsunfähigen bzw. beschränkt

⁷⁰⁸ Palandt/Thorn, Art. 19 EGBGB, Rdn. 7.

⁷⁰⁹ Muscheler, Rdn. 111 und Rdn. 167.

Geschäftsfähigen könnte zudem in einem Vaterschaftsfeststellungsverfahren bestätigt werden. Die Möglichkeit der Anerkennung der Vaterschaft bei fehlender oder beschränkter Geschäftsfähigkeit stellt daher nur eine Erleichterung im Falle der natürlichen Zeugung dar. Dagegen soll durch die Erklärung die Zeugung eines Kindes erst veranlasst werden. Dieser Unterschied in der Ausgangslage gebietet es, die Regelungen über die Vaterschaftsanerkennung nicht analog auf die Einwilligung anzuwenden. Aus ähnlichen Gründen scheidet auch die Anwendung von § 1600a BGB aus. Zum Schutz des Kindes ist es erforderlich, nur den Personen die Teilnahme an reproduktionsmedizinischen Methoden zu gestatten, die sich der Rechtserheblichkeit ihres Handelns bewusst sind und die Gewähr dafür bieten, für das Kind sorgen zu können. Daher kann nur ein Geschäftsfähiger eine wirksame Einwilligung abgeben. Geschäftsfähigkeit ist daher eine unabdingbare Voraussetzung, um an reproduktionsmedizinischen Maßnahmen mit Spendersamen teilnehmen zu können.

3) Vorherige umfassende medizinische und rechtliche Beratung

Die Einwilligung sollte weiterhin erst nach Aufklärung über wesentliche Aspekte der künstlichen Befruchtung mit Spendersamen abgegeben werden. Zur Normierung entsprechender Pflichten wird dem Gesetzgeber zumindest geraten. Der Inhalt dieses Aufklärungsgesprächs sollte schriftlich aufgezeichnet werden und folgende Aspekte medizinischer und rechtlicher Art umfassen:

- die Feststellung, dass eine natürliche Befruchtung bisher erfolglos geblieben und nach medizinischer Indikation aussichtslos ist,
- eine eingehende Rechtsbelehrung über die zivilrechtlichen Konsequenzen im Bereich des Familien- und Erbrechts, insbesondere zur neuen Abstammungsregel sowie zum Ausschluss des Vaterschaftsanfechtungsrechts beider Partner nach erfolgter Einwilligung,
- das Bestehen eines Widerrufsrechts und dessen Ausgestaltung,
- der Hinweis auf das Auskunftsrecht des Kindes auf Kenntnis seiner Abstammung⁷¹⁰,
- eine eingehende medizinische und psychologische Beratung über Art und Auswirkung der Behandlungsmethode. Es sollte daher eine entsprechende fachärztliche und psychologische Bescheinigung über die Durchführung mindestens je einer medizinischen Beratung und therapeutischen Behandlung vorgelegt werden.⁷¹¹

Zudem ist den Einwilligenden zu raten, dass sie sich vor der Abgabe der Einwilligungserklärung bzw. dem Beginn der Behandlung eine mehrwöchige Bedenkzeit

⁷¹⁰ Zimmermann: Neue Vertragsgestaltungen im Kindschaftsrecht, in: Bundesnotarkammer (Hrsg.): Festschrift für Helmut Schippel, S. 341 (352).

⁷¹¹ Zimmermann: Neue Vertragsgestaltungen im Kindschaftsrecht, in: Bundesnotarkammer (Hrsg.): Festschrift für Helmut Schippel, S. 341 (353 f.).

geben.⁷¹² Dadurch wird es den Beteiligten ermöglicht, das Für und Wider einer Befruchtung mit Spendersamen nach Kenntnis aller rechtlichen und medizinischen Risiken hinreichend abzuwägen.

4) Zustimmung unter einer Bedingung bzw. Befristung der Erklärung

Alle statusbegründenden Rechtsgeschäftsakte zeichnen sich dadurch aus, dass sie bedingungs- und befristungsfeindlich sind.⁷¹³ Daher kann auch eine Einwilligungserklärung, die unter einer Bedingung, wie z.B., dass die Befruchtung nur unter Verwendung des Samens eines bestimmten Dritten (z.B. Verwandter, Freund oder Bekannter des Paares) vorgenommen werden darf, nicht wirksam sein. Klarstellend sollte deshalb in den Wortlaut des neuen Vaterschaftstatbestandes aufgenommen werden, dass die Einwilligung unter einer Bedingung nicht zulässig ist.

Anders könnte hingegen die Frage zu bewerten sein, ob die Einwilligung einer Befristung unterliegen sollte. Nach Ablauf der Frist müsste die Erklärung gegebenenfalls erneuert werden. Dadurch könnte den Parteien die Rechtserheblichkeit ihres Handelns in regelmäßigen Abständen vor Augen geführt werden.⁷¹⁴ Dennoch ist eine Befristung aus Kinderschutzgesichtspunkten abzulehnen. Der Zweck des neuen Vaterschaftstatbestandes besteht darin, denjenigen, der wirksam in eine künstliche Befruchtung mit Spendersamen eingewilligt hat, in die rechtliche Elternschaft einzubinden und dem Kind zu einem rechtlichen Vater und den damit verbundenen Rechten zu verhelfen. Eine Befristung der Einwilligung könnte zu Streitigkeiten über die Frage führen, ob die Befruchtung innerhalb des benannten Zeitraumes durchgeführt wurde. Letztendlich würde damit dem Arzt nicht nur die Prüfpflicht bezüglich des Vorliegens einer Einwilligung, sondern auch bezüglich deren Gültigkeit aufgebürdet. Schließlich würde das einwilligende Paar wiederholt mit zusätzlichen Notarkosten belastet. Daher ist eine zeitliche Befristung der Einwilligung abzulehnen.

5) Anfechtbarkeit der Einwilligung

Um eine bestandssichere Zuordnung des Kindes zu dem Einwilligenden zu ermöglichen, sollten Mängel in der Erklärung nicht von Belang sein. Bei der Anerkennung der Vaterschaft ergibt sich die Irrelevanz aller Anfechtungsgründe implizit aus § 1600c Abs. 2 BGB.⁷¹⁵ Dies muss auch für die Einwilligung gelten. Daher können alle äußerlich korrekten Einwilligungen, die von einem Geschäftsfähigen abgegeben wurden, nicht durch Anfechtung der Erklärung beseitigt werden. Dies sollte vom Gesetzgeber auch klargestellt werden.⁷¹⁶

⁷¹² Lurger, DEuFamR 1999, S. 210 (215).

⁷¹³ Muscheler, Rdn. 111 und Rdn. 168.

⁷¹⁴ Vgl. § 8 österreichisches Fortpflanzungsmedizingesetz. Danach darf die Zustimmung bei der Einbringung der Samenzellen nicht älter als ein Jahr sein. In der Schweiz muss die Einwilligung nach drei erfolgreichen Behandlungszyklen unter Einhaltung einer Bedenkfrist erneuert werden.

⁷¹⁵ Gernhuber/Coester-Waltjen, § 52 III Rdn. 64.

⁷¹⁶ Siehe auch S. 200 ff. Abgesehen von den in der Praxis nur wenig relevanten Fällen des Inhaltsirrtums ist die Anfechtung der Einwilligung nur bei einem Anfechtungsgrund nach § 123 BGB gegeben.

6) Widerrufsrecht

Aus der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs⁷¹⁷ folgt, dass der Widerruf der Einwilligung bis zum Zeitpunkt der Behandlung möglich sein muss. Als *actus contrarius* müsste der Widerruf grundsätzlich in der Form erklärt werden, in der auch die Einwilligung erteilt wird. Auch aus Beweisgründen ist es angezeigt, den Widerruf der Einwilligung notariell zu beurkunden. Dennoch sollte aber aus Gründen der Praktikabilität der schriftliche Widerruf der Erklärung zulässig sein, wenn aufgrund einer angekündigten Behandlung die notarielle Beurkundung des Widerrufs nicht rechtzeitig erfolgen könnte.⁷¹⁸ Der Widerruf ist gegenüber der Partnerin des Einwilligenden zu erklären. Um sicherzustellen, dass der Widerruf beachtet wird, sollte er auch dem Arzt mitgeteilt werden. Die Auflösung der Lebensgemeinschaft hingegen kann nicht als automatischer Widerruf der Einwilligung gesehen werden.⁷¹⁹ Die Publizität gebietet es, dass der Einwilligende die von ihm abgegebene Willenserklärung explizit widerruft.⁷²⁰

6. Möglicher Zeitpunkt zur Einleitung des Vaterschaftsfeststellungsverfahrens

Fraglich ist, ob die gerichtliche Vaterschaftsfeststellung bereits vor der Geburt des Kindes bei Weigerung des Einwilligenden zur Anerkennung bzw. der Mutter zur Zustimmung zulässig sein sollte. Dies ließe eine frühzeitige und endgültige Klärung des Status und der sich daraus ergebenden unterhaltsrechtlichen Folgen zu.⁷²¹ Eine dem § 1594 Abs. 4 BGB entsprechende Norm fehlt im Vaterschaftsfeststellungsverfahren. Vielmehr ist aus dem Wortlaut des § 1600d Abs. 1 BGB zu schließen, dass die Vaterschaft nur zu einem bereits geborenen Kind festgestellt werden kann. Auch ist ein Verfahren im Namen des Kindes aufgrund der mangelnden Beteiligtenfähigkeit des Kindes vor seiner Geburt unzulässig.⁷²² Zudem lässt sich die Empfängniszeit nach § 1600d Abs. 3 BGB erst mit der Geburt des Kindes errechnen. Auch könnte der Einwilligende vor der Geburt des Kindes seine Meinung ändern und das Kind freiwillig anerkennen. Die Zulassung der vorgeburtlichen Vaterschaftsfeststellung könnte zudem rechtliche Probleme verursachen, wenn sich der Personenstand der Mutter durch eine vorgeburtliche dem Feststellungsurteil zeitlich nachfolgende Eheschließung ändert.⁷²³ Die Feststellung darf jedoch nur ausgesprochen werden, wenn eine Vaterschaft gemäß § 1592 Nr. 1 und Nr. 2 BGB nicht besteht.⁷²⁴ Daher müsste bei Anerkennung der pränatalen Vaterschaftsfeststellung aufgrund der möglichen Kollision der

⁷¹⁷ BGHZ 129, 297 ff. = NJW 1995, S. 2028 ff.; BGHZ 146, 391 ff. = NJW 2001, S. 1789 ff. = JZ 2001, S. 983 ff.; siehe auch S. 192 ff.

⁷¹⁸ Hübner, S. 221; ähnlich auch Zumstein: Keimzellspende, in: Bundesministerium für Gesundheit (Hrsg.): Fortpflanzungsmedizin in Deutschland, S. 134 (136).

⁷¹⁹ a.A. vgl. Steininger, ÖJZ 1995, S. 121 (127).

⁷²⁰ Steininger, ÖJZ 1995, S. 121 (127 f.)

⁷²¹ Kirchmeier, FPR 2002, S. 370.

⁷²² Grün Rdn. 118; anders im Hinblick auf die Zahlung von Unterhalt im Wege einer einstweiligen Anordnung vor der Geburt des Kindes gemäß § 247 FamFG, Kemper/Schreiber/Viefhues, FamFG, § 247 Rdn. 3 ff.

⁷²³ Kirchmeier, FPR 2002, S. 370.

⁷²⁴ Schulte-Bunert/Weinreich/Schwonberg, FamFG, § 169 Rdn. 4.



Vaterschaftszuordnungstatbestände das Verhältnis von § 1592 Nr. 1 BGB und dem neuen Vaterschaftstatbestand durch den Gesetzgeber geregelt werden. In Anbetracht der Rechtskraft des Beschlusses und dessen Folgen gemäß § 184 Abs. 2 FamFG scheint eine vorgeburtliche Vaterschaftsfeststellung nicht in Einklang mit dem eindeutigen Gesetzeswortlaut des § 1592 Nr. 1 BGB gebracht werden zu können. Aus den aufgezeigten Gründen ist ein vorgeburtliches Vaterschaftsfeststellungsverfahren daher abzulehnen.

7. Wortlaut von § 1600d Abs. 4 BGB n.F.

Der neue Vaterschaftszuordnungstatbestand sollte aufgrund seiner thematischen Zugehörigkeit zum Vaterschaftsfeststellungsverfahren in § 1600d BGB normiert werden und als § 1600d Abs. 4 BGB n.F. folgenden Wortlaut erhalten:

„Bei einer künstlichen Befruchtung mittels Samenspende eines Dritten ist der Mann als Vater eines Kindes festzustellen, der in die Behandlung eingewilligt hat, sofern an der Frau innerhalb von nicht mehr als 300 Tagen und nicht weniger als 180 Tagen vor der Geburt des Kindes eine solche Behandlung vorgenommen worden ist. Die Einwilligung muss öffentlich beurkundet sein und kann nur von einem Geschäftsfähigen abgegeben werden. Die Feststellung ist ausgeschlossen, sofern der Mann nachweist, dass das Kind nicht im Wege dieser Behandlung gezeugt worden ist oder dass er seine Einwilligungserklärung vor der Behandlung gegenüber seiner Lebensgefährtin schriftlich widerrufen hat.“

IV. Abstammungsrechtliche Zuordnung nach dem Tod eines Beteiligten

Auswirkungen auf das Verfahren der künstlichen Befruchtung mit Spendersamen und die abstammungsrechtliche Zuordnung des Kindes hat auch der Tod eines der Beteiligten. Trotz umfangreicher Absicherungsmaßnahmen von ärztlicher Seite kann nicht ausgeschlossen werden, dass es trotz Versterbens von Samenspender bzw. Wunschvater zu der Zeugung eines Kindes kommt. Nachfolgend soll aufgezeigt werden, in welchen Konstellationen die Vaterlosigkeit des Kindes droht und daher der Gesetzgeber aufgefordert ist, ergänzende Regelungen zu treffen.

A. Vaterschaftszuordnung bei Versterben des Samenspenders vor der künstlichen Befruchtung

Die Verwendung des Samens eines bereits Verstorbenen ist in Deutschland gemäß § 4 Abs. 1 Nr. 3 ESchG verboten. Das Verbot der postmortalen Verwendung von Keimzellen soll ein Überspringen der Generationenfolge verhindern und findet seine Begründung im Kindeswohl. Das Kind hat kein Interesse, genetisch von einer Person abzustammen, die bereits vor seiner Zeugung verstorben ist. Trotz des gesetzlichen Verbotes muss das Recht Antworten auf die Folgen einer postmortalen Befruchtung geben, da nicht auszuschließen

ist, dass im Inland postmortale Befruchtungen durchgeführt⁷²⁵ bzw. (legalerweise⁷²⁶) im Ausland vorgenommen werden.⁷²⁷

Tatsächliche Auswirkungen auf den Status des Kindes dürfte die postmortale Verwendung des Samens aber im Regelfall nicht haben, da nicht der Samenspender sondern der Lebenspartner der Mutter der rechtliche Vater des Kindes werden soll:

Sollte die Mutter im Zeitpunkt der Geburt verheiratet sein, wird dem Kind automatisch mit der Geburt deren Ehemann als Vater gemäß § 1592 Nr.1 BGB zugeordnet.

Sofern die Mutter im Zeitpunkt der Geburt unverheiratet ist, kann die Vaterschaft des Lebenspartners wirksam durch Anerkennung der Vaterschaft begründet werden. Nur bei Weigerung des Lebenspartners zur Anerkennung bzw. Verweigerung der Zustimmung durch die Mutter bleibt das Kind vaterlos, da der Lebenspartner weder auf Abgabe der

⁷²⁵ Z.B. weil unbekannt ist, dass der Samenspender verstorben ist. Zwar trifft diesen die Pflicht, Vorkehrungen für die Unterrichtung der betroffenen Samenbank im Fall seines Todes zu treffen, vgl. http://www.samenbank-berlin.de/rechtliche_grundlagen_samenspende.html; letzter Zugriff am 02.11.2009, <http://www.cryobank-muenchen.de/Samenspende/Rechtliche-Grundlagen>; letzter Zugriff am 02.11.2009. Die Benachrichtigung könnte jedoch aus unterschiedlichen Gründen unterbleiben. Weyrauch hält es daher für einen Zufall, wenn es zur Verwendung des Spermias eines bereits verstorbenen Samenspenders kommt, Weyrauch, S. 71.

⁷²⁶ So lässt beispielsweise das spanische Gesetz über Abstammungen Nr. 35/1988 vom 22.11.1988 und ein katalanisches Gesetz vom 27.04.1991 eine postmortale Zeugung unter gewissen Bedingungen zu, vgl. Sauer, S. 97. Auch nach griechischem Recht ist die Durchführung einer postmortalen Insemination gemäß Art. 1457 gr. ZGB erlaubt, sofern es sich dabei um den Samen des Ehemannes oder des festen Lebenspartners der Frau handelte und dieser der postmortalen Verwendung seiner Samenzellen zugestimmt hatte, vgl. Koutsouardis: Zum aktuellen Stand des griechischen Abstammungsrechtes, in: Spickhoff/Schwab/Henrich/Gottwald (Hrsg.): Der Streit um die Abstammung, S. 205 (213). Auch in den Niederlanden ist eine postmortale homologe Insemination zulässig, vgl. Broomhaar: Streit um die Abstammung im niederländischen Recht, in: Spickhoff/Schwab/Henrich/Gottwald (Hrsg.): Der Streit um die Abstammung, S. 149 (161). Dagegen erlaubt das serbische Gesetz explizit die Verwendung der Samenzellen eines bereits verstorbenen Samenspenders. Voraussetzung ist, dass der Spender vor seinem Tod eine schriftliche Einwilligung zur Verwendung seiner Samenzellen auch über den Tod hinaus erteilt hat. Samenzellen des verstorbenen Ehemannes bzw. nichtehelichen Lebenspartners dürfen jedoch nicht verwendet werden. Die Zulässigkeit der Verwendung von Samenzellen eines anonymen Spenders nach dessen Tod wird damit begründet, dass im Fall der Befruchtung mit den Samenzellen eines anonymen Spenders das Kind rechtlich und tatsächlich einen Vater haben wird, Cvejić Jančić, FamRZ 2010, S. 1509 (1510). Für Diskussion sorgte vor kürzerer Zeit auch ein Fall aus Frankreich. Das französische Gericht verweigerte der Witwe die Herausgabe des Samens ihres Ehemannes, den dieser vor seiner Krebsbehandlung und seinem Tod hatte einfrieren lassen, www.rp-online.de/public/article/panorama/ausland/770496/Frau-darf-nicht-an-Sperma-ihres-toten-Mannes.html; letzter Zugriff am 02.11.2009.

⁷²⁷ Vgl. OGH 1996/12/16, 1 Ob 2259/96 d, abrufbar: <http://www.ris.bka.gv.at>, letzter Zugriff am 14.10.2013, in diesem Fall beabsichtigte die Lebensgefährtin des am 17.10.1995 verstorbenen Erblassers, im Laufe des Jahres 1996 mehrere homologe Inseminationen in einer Klinik in Bologna/Italien durchführen zu lassen. Da der Erblasser außer seinen Eltern keine weiteren gesetzlichen Erben hinterlassen hatte, beantragte sie bei Gericht, sie als Kuratorin für das ungeborene Kind zu bestellen. Zudem wollte sie für das ungeborene Kind eine bedingte Erbserklärung abgeben und die Inventarisierung des Nachlasses beantragen.

Anerkennungserklärung verklagt noch seine Vaterschaft gerichtlich festgestellt werden kann.⁷²⁸

Sofern die Mutter alleinstehend ist, wird das Kind im Regelfall vaterlos bleiben.⁷²⁹ Um die rechtliche Vaterlosigkeit des Kindes zu verhindern, kann derzeit nur die gerichtliche Vaterschaftsfeststellung des Samenspenders betrieben werden. Der Tod des Samenspenders hindert die gerichtliche Vaterschaftsfeststellung nicht.⁷³⁰ Das Verfahren kann ohne ihn als Beteiligten beginnen bzw. fortgeführt werden,⁷³¹ da selbst der Antragsteller nach Initiierung des Verfahrens in die Rolle eines Beteiligten rückt. Allerdings kann gemäß § 181 FamFG das Verfahren bei Versterben eines weiteren Beteiligten nach Rechtshängigkeit des Antrags und vor Rechtskraft der Entscheidung nur fortgesetzt werden, wenn einer der übrigen Beteiligten dies verlangt.⁷³²

Das nach dem Tod des Samenspenders gezeugte Kind erleidet aber trotz der späteren Feststellung der Vaterschaft des Samenspenders erhebliche Nachteile: Ein weiterer gesetzlicher Unterhaltsschuldner ist neben der Mutter nicht vorhanden. Auch ein gesetzliches Erb- bzw. Pflichtteilsrecht besteht für das Kind nicht, da es erst nach dem Tod des Mannes mittels kryokonserviertem Samen gezeugt wurde.⁷³³ Erbfähig sind gemäß § 1923 Abs. 1 BGB nur die natürlichen Personen, die zum Zeitpunkt des Eintritts des Erbfalles bereits existierten, also lebten.⁷³⁴ Im Hinblick auf § 1 BGB beginnt das Leben mit der Geburt.⁷³⁵ Erweitert wird der Kreis der Erbberechtigten in § 1923 Abs. 2 BGB zwar um den „Nasciturus“. § 1923 Abs. 2 BGB setzt jedoch voraus, dass das Kind bereits vor dem Erbfall gezeugt wurde und lebend zur Welt kommt. Eine unmittelbare Anwendung von § 1923 Abs. 2 BGB scheidet bei der postmortalen Insemination daher aus. Aufgrund der mit § 1923 Abs. 2 BGB zum Ausdruck gebrachten Intention⁷³⁶ wird daher eine analoge Anwendung der Vorschrift diskutiert.⁷³⁷ Die analoge Anwendung des § 1923 Abs. 2 BGB auf ein erst noch zu

⁷²⁸ Siehe S. 64.

⁷²⁹ Siehe S. 125 ff.

⁷³⁰ Gernhuber/Coester-Waltjen, § 52 IV Rdn. 76.

⁷³¹ Gernhuber/Coester-Waltjen, § 52 IV Rdn. 76.

⁷³² Gernhuber/Coester-Waltjen, § 52 IV Rdn. 76.

⁷³³ Wanitzek, S. 348; Erman/Schlüter, § 1923 Rdn. 3; a.A. Leipold: Erbrechtliche Aspekte der künstlichen Befruchtung und der künstlichen Verlängerung des Lebens, in: Rechberger/Welser (Hrsg.): Festschrift für Kralik 1986, S. 467 (472 f.).

⁷³⁴ Erman/Schlüter, § 1923 Rdn. 1.

⁷³⁵ Mansees, S. 63.

⁷³⁶ Beabsichtigt sei, das bereits gezeugte Kind des Verstorbenen als weiteren gesetzlichen Erben an seinem Nachlass teilnehmen zu lassen. Dieser Schutzzweck greife auch dann ein, wenn der Vater den Zeugungsakt durch eine Samenspende begonnen habe und erst nach seinem Ableben die Insemination erfolge. Das Leben des Kindes sei dem Vater in diesen Fällen nicht weniger zuzurechnen als bei einer natürlichen Zeugung, so dass auch die anderen Erben die Beteiligung des zusätzlichen Abkömmlings zu ihren Lasten hinzunehmen hätten, vgl. Leipold: Erbrechtliche Aspekte der künstlichen Befruchtung und der künstlichen Verlängerung des Lebens, in: Rechberger/Welser (Hrsg.): Festschrift für Kralik, S. 467 (472).

⁷³⁷ Dafür: Leipold: Erbrechtliche Aspekte der künstlichen Befruchtung und der künstlichen Verlängerung des Lebens, in: Rechberger/Welser (Hrsg.): Festschrift für Kralik, S. 467 (472 f.); Brox: Die künstliche Befruchtung, in: Küper/Welp (Hrsg.): Festschrift für Stree/Wessels, S. 965, (972; 975). Dagegen jedoch:

erzeugendes Kind ist jedoch abzulehnen, da bei einer postmortalen Befruchtung weder die Zeit der Geburt noch das Ob der erfolgreichen Zeugung feststeht.⁷³⁸ Bei analoger Anwendung der Vorschrift würde das Erbrecht mit erheblichen Unsicherheiten belastet. Die Erbfolge wäre ungewiss und ungeklärt.⁷³⁹ Der erbberechtigte Personenkreis wäre nicht bestimmbar. Schwierigkeiten könnten sich auch daraus ergeben, dass der Nachlass schon längere Zeit vor Geburt des Kindes verteilt und damit nicht mehr vorhanden ist.⁷⁴⁰ Zwar wird auch durch die direkte Anwendung von § 1923 Abs. 2 BGB Rechtsunsicherheit erzeugt. Die Zeitspanne, in der ein Kind nach natürlicher Zeugung zur Welt kommen kann, beläuft sich jedoch nur auf etwa 10 Monate. Dagegen kann der kryokonservierte Samen noch Jahre nach dem Tod des Spenders verwendet werden. Damit ist der Zeitraum der Rechtsunsicherheit im Fall der direkten Anwendung von § 1923 Abs. 2 BGB zeitlich begrenzt, während der Schwebezustand bei Bejahung der analogen Anwendbarkeit von § 1923 Abs. 2 BGB unüberschaubar lang sein kann.⁷⁴¹ Zudem wird der Samenspender kaum überblicken können, wie viele Kinder nach seinem Tod noch gezeugt werden könnten.⁷⁴² Schließlich spricht für die Ablehnung der Analogie auch die Gewährleistung der Testierfreiheit für den Erblasser, der ansonsten durch die Nichtbestimmbarkeit des erbberechtigten Personenkreises erheblich in seiner Testierfreiheit eingeschränkt wäre⁷⁴³, sowie der Schutz des Erbrechts beim Erbfall bereits existierender Miterben.⁷⁴⁴

B. Zuordnung des Kindes bei Versterben des einwilligenden Partners

Wie der Samenspender könnte auch der Lebenspartner bzw. Ehemann im Behandlungszeitraum versterben. Zwar darf nach dem Tod des Einwilligenden eine Fortsetzung der Behandlung nicht mehr betrieben werden; eine Insemination kann jedoch

Coester-Waltjen, Gutachten B zum 56. Deutschen Juristentag, B 42; Britting, S. 153 ff.; Schumacher, FamRZ 1987, S. 313 (314 f.); für den Fall der In-vitro-Fertilisation Zierl, DRiZ 1986, S. 302 (303); für das österreichische Recht Bernat: Zivilrechtliche Fragen um die künstliche Humanreproduktion, in: Bernat (Hrsg.): Lebensbeginn durch Menschenhand, S. 125 (156 f.)

⁷³⁸ Wanitzek, S. 349; Britting, S. 155; Coester-Waltjen, Gutachten B zum 56. Deutschen Juristentag, B 42; a.A. MükoBGB/Leipold, 5. Auflage, § 1923 Rdn. 17, sofern das Kind rechtlich als Abkömmling des Samenspenders eingeordnet wird. Dies gebiete der Schutz des Kindes. Weiterhin weist Leipold darauf hin, dass vor allem verfassungsrechtliche Erwägungen dieses Ergebnis rechtfertigen. Aufgrund Art. 1 Abs. 1 GG, Art. 2 Abs. 1 GG sowie Art. 6 Abs. 1 GG ergäbe sich die Verpflichtung der Rechtsordnung, jedem Kind eine rechtliche Verbindung zu seinen Eltern zu gewähren, die auch die Gewährung des gesetzlichen Erbrechts umfasse, auch wenn die Gametenspenders bereits vor der Zeugung des Kindes verstorben seien. Daher müsse § 1923 Abs. 2 BGB analog auf die Fälle der Befruchtung nach dem Tod des Vaters angewandt werden, MükoBGB/Leipold, § 1923 Rdn. 17b f.

⁷³⁹ Fronemann, S. 132.

⁷⁴⁰ Britting, S. 154.

⁷⁴¹ Fronemann, S. 127; ähnlich für das österreichische Recht Lurger: Fortpflanzungsmedizin und Abstammungsrecht, in: Bernat: Die Reproduktionsmedizin am Prüfstand von Recht und Ethik, S. 108 (137).

⁷⁴² Fronemann, S. 139.

⁷⁴³ Zur Verfassungsmäßigkeit der Ablehnung der analogen Anwendung, Fronemann, S. 133 ff.

⁷⁴⁴ Fronemann, S. 132. Zu Begründung der anderenfalls vorliegenden inakzeptablen Beeinträchtigung des Erbrechts der Miterben, Fronemann, S. 140 f.

dann nicht ausgeschlossen werden, wenn der behandelnde Arzt keine Kenntnis von dem Versterben des Einwilligenden hat.

1. Versterben des Ehemannes der Mutter

Einem Kind, das innerhalb von 300 Tagen nach dem Tod des Ehemannes zur Welt kommt, wird gemäß § 1593 S.1 i.V.m. § 1592 Nr. 1 BGB der verstorbene Ehemann als Vater zugeordnet. Dies gilt selbst dann, wenn die Befruchtung nach dessen Tod erfolgte.⁷⁴⁵ Die Ausnahme des § 1593 S. 2 BGB, nach der eine Verlängerung des 300-Tagezeitraumes bei tatsächlich längerer Schwangerschaftsdauer vorgesehen ist, kann jedoch nur bei natürlicher Zeugung eingreifen.⁷⁴⁶ Sofern die Geburt des Kindes später als 300 Tage nach Auflösung der Ehe durch Tod erfolgte, greift die Zuordnung des § 1593 BGB nicht mehr ein.⁷⁴⁷

Daraus ergeben sich bei der heterologen Insemination die nachfolgend dargestellten Konsequenzen.

a) Tod des Ehemannes nach Zeugung des Kindes

Die Vaterschaftszuordnung aufgrund Ehe kann trotz Versterbens des Ehemannes gemäß § 1593 S. 1 i.V.m. § 1592 Nr. 1 BGB dann erfolgen, wenn das Kind innerhalb von 300 Tagen nach dessen Tod zur Welt kommt. Bei einer normalen Schwangerschaftsdauer von 40 Wochen sowie Zeugung des Kindes vor dem Tod des Ehemannes wird es regelmäßig zur Geburt des Kindes innerhalb der 300-Tagefrist kommen. Gemäß § 1593 S. 1 i.V.m. § 1592 Nr. 1 BGB ist daher der verstorbene Ehemann der rechtliche Vater des Kindes.

b) Tod des Ehemannes vor Zeugung des Kindes

Sofern der Ehemann vor der Zeugung des Kindes versterben sollte, kann ihm das Kind nur dann statusrechtlich zugeordnet werden, wenn das Kind unmittelbar nach dem Tod des Ehemannes gezeugt wird und deshalb innerhalb des Zeitraumes von 300 Tagen zur Welt kommt.⁷⁴⁸ Sollte das Kind nicht innerhalb der 300-Tagesfrist geboren werden, bleibt das Kind auch dann vaterlos, wenn der Ehemann der Behandlung seiner Ehefrau vor seinem Tod wirksam zugestimmt hatte. Die Verlängerung des 300-Tagezeitraumes bei längerer Schwangerschaftsdauer gemäß 1593 S. 2 BGB kann aufgrund des Wortlauts der Vorschrift nur bei einer natürlichen Zeugung Anwendung finden.⁷⁴⁹ Das Kind könnte dem Ehemann daher nur noch in einem gerichtlichen Vaterschaftsfeststellungsverfahren zugeordnet

⁷⁴⁵ Gernhuber/Coester-Waltjen, § 53 II Rdn. 7 und 9. Coester-Waltjen stellt insofern nur auf die postmortale homologe Insemination ab, da aber die allgemeinen Vaterschaftszuordnungen auch im heterologen System gelten, muss insoweit auch die Vaterschaftszuordnung des § 1593 BGB eingreifen, sofern die Behandlung nach dem Tod des Wunschvaters vorgenommen wurde.

⁷⁴⁶ Wanitzek, S. 346.

⁷⁴⁷ Sofern sowohl Geburts- als auch Todeszeitpunkt sowie Wirksamkeit der Ehe strittig sind, kann hierüber ein Feststellungsantrag gemäß § 169 Nr. 1 FamFG erhoben werden, vgl. Gernhuber/Coester-Waltjen, § 53 II Rdn. 7.

⁷⁴⁸ Wanitzek, S. 346.

⁷⁴⁹ Wanitzek, S. 346.

werden. Für den Erfolg des gerichtlichen Verfahrens ist die genetische Abstammung des Kindes von dem Verstorbenen allein maßgeblich.⁷⁵⁰ Eine Vaterschaftsfeststellung verspricht deshalb keinen Erfolg. Sofern kein Dritter aus Verbundenheit mit der Mutter das Kind freiwillig anerkennt, kann nur der Samenspender als Vater des Kindes festgestellt werden.

1) Erweiterung der bestehenden Vaterschaftstatbestände

Um den Besonderheiten der künstlichen Befruchtung mit Spendersamen gerecht zu werden, sollte daher auch insoweit das geltende Abstammungsrecht überdacht werden. Zwar kann dem Kind durch die Einführung einer neuen Regelung nicht ein lebender Wunschvater verschafft werden, der für dessen Erziehung und Entwicklung Sorge trägt. Auch scheidet der Verstorbene als Unterhaltsschuldner aus, selbst wenn seine Vaterschaft festgestellt werden könnte.⁷⁵¹ Durch die Einbindung des verstorbenen Ehemannes in die rechtliche Vaterstellung wird jedoch sichergestellt, dass das Kind einen rechtlichen Vater erhält und nicht rechtlich vaterlos aufwachsen muss. Mit der gerichtlichen Feststellung der Vaterschaft des Verstorbenen wird zudem eine Verwandtschaftsbeziehung zwischen dem Kind und den Verwandten des Verstorbenen begründet, aus der die Unterhaltspflicht zwischen Verwandten in gerader Linie gemäß § 1601 BGB resultiert.⁷⁵² Mit der Zuordnung des Kindes zu dem Verstorbenen werden zudem weitere familien- und erbrechtliche Ansprüche gerechtfertigt. Daher scheint eine Ausweitung des § 1593 BGB in den Fällen der künstlichen Befruchtung mit Spendersamen angezeigt. Das Kind sollte dem Einwilligenden auch dann noch zugeordnet werden können, wenn die zur Schwangerschaft führende Behandlung erst kurze Zeit nach dem Tod des Einwilligenden erfolgt ist, so dass der Arzt noch keine Kenntnis von dem Versterben des Einwilligenden haben konnte.

2) Regelung im österreichischen Recht

Ähnliche Überlegungen finden sich auch im österreichischen Recht. Ein Kind, das innerhalb von 300 Tagen nach Auflösung einer Ehe geboren wird, wird dem Ehemann der Mutter jedenfalls dann unanfechtbar zugeordnet, wenn das Kind während der Ehe durch eine medizinisch unterstützte Fortpflanzung mit dem Samen eines Dritten gezeugt wurde und der Ehemann dieser Behandlung in Form eines Notariatsaktes zugestimmt hatte. Deshalb wird diskutiert, ob die statusrechtliche Zuordnung des Kindes auch begründet werden kann, wenn der Einwilligende vor der zur Schwangerschaft führenden Befruchtung mit Spendersamen verstorben ist. Insofern wird erörtert, ob der Einwilligung in die Behandlung mit

⁷⁵⁰ Gernhuber/Coester-Waltjen, § 53 II Rdn. 7 und 10.

⁷⁵¹ Jedoch kann die unverheiratete Mutter einen Anspruch auf Ersatz der Kosten der Schwangerschaft und der Entbindung und auf Unterhalt für sechs Wochen vor der Geburt und acht Wochen nach der Geburt gemäß § 1615I Abs. 1 BGB sowie auf Unterhalt gemäß § 1615I Abs. 2 BGB in der Zeit, in der sie aufgrund der Betreuung des Kindes bzw. aufgrund einer durch die Schwangerschaft verursachten Krankheit nicht in der Lage ist, einer Erwerbstätigkeit nachzugehen, gemäß §§ 1615n, 1615I Abs. 3 S. 4 BGB gegen die Erben geltend machen.

⁷⁵² Britting, S. 145; Wanitzek, S. 348.



Spendersamen rechtliche Relevanz noch über den Tod des Einwilligenden hinaus zukommt und daher die Zuordnung des Kindes über § 148 Abs. 3 ABGB hergestellt werden kann.

§ 148 Abs. 3 ABGB selbst gibt keine Antwort auf die Frage, ob die Einwilligung mit dem Tod des Einwilligenden endet.⁷⁵³ § 2 Abs. 1 FMedG dagegen bestimmt, dass eine Reproduktionsmaßnahme nicht vorgenommen werden darf, wenn eine Ehe oder Lebenspartnerschaft nicht besteht. Bei dieser Norm handelt es sich jedoch um eine verwaltungsrechtliche Vorschrift, deren Normadressat der Arzt⁷⁵⁴ ist, so dass insoweit noch nicht auf die Unwirksamkeit der Zustimmungserklärung geschlossen werden kann.⁷⁵⁵ Gemäß § 8 Abs. 3 Ziffer 4 FMedG muss aus der Zustimmungserklärung eindeutig hervorgehen, in welchem Zeitraum die Behandlung vorzunehmen ist, so dass Kinder, die außerhalb dieses Zeitraumes gezeugt werden, dem Verstorbenen nicht mehr aufgrund § 148 Abs. 3 ABGB zugeordnet werden können.⁷⁵⁶ Damit steht allerdings noch nicht fest, ob die Einwilligung unwirksam wird, wenn der Einwilligende in dem benannten Zeitraum verstirbt. Memmer⁷⁵⁷ vertritt die Ansicht, dass die Zustimmung des Mannes mit der Auflösung der Lebensgemeinschaft ende, da nur bis zum Tod Konsens mit der Behandlung von Seiten des Einwilligenden anzunehmen sei. Fischer-Czermak⁷⁵⁸ geht dagegen davon aus, dass, sofern die Partner keine ausdrückliche Regelung⁷⁵⁹ getroffen haben, durch ergänzende Auslegung der Erklärung ermittelt werden müsse, was beim Tod des Einwilligenden gelten solle. Einerseits müsse berücksichtigt werden, dass das Kind ein beträchtliches Interesse an einem rechtlichen Vater habe⁷⁶⁰, andererseits bedacht werden, dass der einwilligende Mann, zu dem nur aufgrund seiner Zustimmung familien- und erbrechtliche Ansprüche begründet werden sollen, nicht der biologische Vater des Kindes sei. Im Ergebnis müsse die Zustimmung des Ehemannes bzw. des Lebensgefährten jedoch in der Weise ausgelegt werden, dass jede im Bewilligungszeitraum durchgeführte künstliche Befruchtung mit Spendersamen von der Einwilligung gedeckt sei.⁷⁶¹ Dies gebiete sich vor dem Hintergrund, dass der Ehemann bzw. Lebensgefährte durch seine Einwilligung die Behandlung in Gang gesetzt habe. Er habe bewusst das Risiko übernommen, dass trotz seines Versterbens

⁷⁵³ Dafür, dass mit dem Ende der Lebensgemeinschaft die Wirkungen der Zustimmung entfallen: Memmer, JBl 1992, S. 361 (369); Memmer, JBl 1993, S. 297 (305).

⁷⁵⁴ Bernat, JBl 1996, S. 717 (719).

⁷⁵⁵ Fischer-Czermak, NZ 1999, S. 262 (267).

⁷⁵⁶ Fischer-Czermak, NZ 1999, S. 262 (267).

⁷⁵⁷ Memmer, JBl 1992, S. 361 (369).

⁷⁵⁸ Fischer-Czermak, NZ 1999, S. 262 (267).

⁷⁵⁹ Die Erklärung müsste mithin wie ein Widerruf der Zustimmung im Sinne von § 8 Abs. 4 FMedG wirken, vgl. Steininger, ÖJZ 1995, S. 121 (128).

⁷⁶⁰ Aufgrund der Regelung des § 148 Abs. 3 ABGB kann der Samenspender nicht als Vater des Kindes festgestellt werden.

⁷⁶¹ Fischer-Czermak, NZ 1999, S. 262 (267). Zu einem ähnlichen Ergebnis gelangt auch Schwimann, der in den Fällen der heterologen Insemination aus Vernunftsgesichtspunkten § 148 Abs. 3 ABGB zumindest analog anwenden will, Schwimann, StAZ 1993, S. 169 (181).



aufgrund seiner Einwilligung die Zeugung eines Kindes veranlasst werde. Dagegen sei das Kind für die Umstände seiner Zeugung nicht verantwortlich.⁷⁶²

Für das von Fischer-Czermak vertretene Ergebnis spricht, dass in einem früheren Entwurf der Fassung der Vorschrift noch explizit vorgesehen war, dass familienrechtliche Beziehungen zwischen dem Kind und dem einwilligenden Mann in diesem Fall nicht begründet werden sollten. Diese Passage wurde im Gesetzgebungsverfahren im Hinblick auf das Kindeswohl gestrichen: Da das Kind für die Umstände seiner Zeugung nicht verantwortlich sei, erscheine es unangemessen, es von wesentlichen Rechten abzuschneiden.⁷⁶³ Aus diesem Verhalten des österreichischen Gesetzgebers muss geschlossen werden, dass aus Kindeswohlgesichtspunkten § 148 Abs. 3 ABGB auch dann für die Zuordnung des Kindes maßgeblich ist, wenn der Einwilligende vor der zur Schwangerschaft führenden Behandlung verstirbt.⁷⁶⁴

3) Bewertung

In einem Fortpflanzungsmedizingesetz sollte klargestellt werden, dass eine künstliche Befruchtung mit Spendersamen nach dem Tod des einwilligenden Ehemannes unzulässig ist,⁷⁶⁵ mithin eine Behandlung nicht mehr vorgenommen werden darf. Da künstliche Befruchtungen mit Spendersamen trotz des Verbotes nach dem Tod des Einwilligenden erfolgen könnten, muss das Abstammungsrecht auch für diese Fälle entsprechende Regularien vorsehen. Vorgeschlagen wird deshalb eine Erweiterung des § 1593 BGB in folgender Weise:

„§ 1592 Nr. 1 BGB gilt entsprechend, wenn die Ehe durch Tod aufgelöst wurde und aufgrund der Einwilligung des Ehemannes, die vor seinem Tod erklärt wurde, durch künstliche Befruchtung mit Spendersamen die Geburt eines Kindes veranlasst wurde.“

Trotz der Schaffung eines neuen Vaterschaftstatbestandes scheint eine Benachteiligung des Kindes zumindest in Bezug auf erbrechtliche Ansprüche gegeben zu sein. Das Kind gehört nicht zum Kreis der Erbberechtigten, wenn es erst nach dem Tod des Ehemannes gezeugt wurde. Eine analoge Anwendung von § 1923 Abs. 2 BGB scheidet aus.⁷⁶⁶ Dem die Behandlung nachsuchenden Paar sind daher diesbezügliche vermögensrechtliche Dispositionen anzuraten.

⁷⁶² Fischer-Czermak, NZ 1999, S. 262 (267).

⁷⁶³ Vgl. Steininger, ÖJZ 1995, S. 121 (128).

⁷⁶⁴ Steininger, ÖJZ 1995, S. 121 (128); bereits zuvor Schwimann, StAZ 1993, S. 169 (181), der insoweit § 148 Abs. 3 ABGB zumindest analog anwenden wollte.

⁷⁶⁵ Siehe S. 220 f.

⁷⁶⁶ Siehe S. 115 ff.

2. Versterben des Lebenspartners der Mutter

Schwieriger gestaltet sich die Rechtslage, sofern die Mutter nicht verheiratet war. Als Vaterschaftsbegründungstatbestände kommen nur die Anerkennung der Vaterschaft bzw. die gerichtliche Vaterschaftsfeststellung in Betracht. Da der Lebenspartner der Mutter bei einer künstlichen Befruchtung mit Spendersamen nicht der genetische Vater des Kindes ist, scheidet eine Vaterschaftsfeststellung aus. Die Vaterschaft kann nur durch freiwillige Anerkennung begründet werden.

a) Versterben des Lebenspartners nach Zeugung des Kindes

Die Anerkennung der Vaterschaft ist bereits vor der Geburt des Kindes möglich, § 1594 Abs. 4 BGB. Die Anerkennung der Vaterschaft ist daher für den Lebenspartner direkt nach der Zeugung des Kindes und Feststellung der Schwangerschaft möglich (gewesen). Die Anerkennungserklärung des Lebenspartners wird auch nicht durch seinen Tod unwirksam.⁷⁶⁷ Eine aufgrund fehlender Zustimmung der Mutter noch unwirksame Anerkennung kann daher auch noch nach dem Tod des Lebenspartners wirksam werden, wenn die Mutter der Anerkennung nach seinem Ableben zustimmt.⁷⁶⁸ Die Abgabe der Anerkennungserklärung nach dem Tod des Mannes, z.B. durch dessen Eltern, ist hingegen nicht möglich, da es sich bei der Anerkennung um eine höchstpersönliche Erklärung handelt.⁷⁶⁹ Sofern der einwilligende Lebenspartner das Kind nicht vor seinem Tod anerkannt hat, bleibt es vaterlos. Die Mutter kann nur die gerichtliche Vaterschaftsfeststellung des Samenspenders betreiben.

b) Versterben des Lebenspartners nach Abgabe der Einwilligungserklärung, aber vor Zeugung des Kindes

Noch schwieriger gestaltet sich die Rechtslage, sofern der Lebenspartner nach Abgabe der Einwilligungserklärung, aber vor der Zeugung des Kindes verstorben ist. Zwar darf der Arzt eine solche Insemination nicht mehr durchführen, da die Frau nach dem Tod ihres Lebenspartners als alleinstehend gilt.⁷⁷⁰ Aufgrund unglücklicher zeitlicher Überschneidungen bzw. einer absichtlichen Umgehung des Verbotes kann jedoch nicht ausgeschlossen werden, dass es in der Praxis zu heterologen Inseminationen kommt.

Aufgrund der Unzulässigkeit der präkonzeptionellen Anerkennung⁷⁷¹ bzw. der Erfolglosigkeit eines Vaterschaftsfeststellungsverfahrens wegen fehlender genetischer Abstammung⁷⁷², bleibt das Kind rechtlich vaterlos, sofern nicht der Samenspender als Vater des Kindes festgestellt wird.

⁷⁶⁷ Grün, Rdn. 48; Rauscher, FPR 2002, S. 359 (362); Gernhuber/Coester-Waltjen § 52 III Rdn. 47.

⁷⁶⁸ Grün, Rdn. 48; Rauscher, FPR 2002, S. 359 (362).

⁷⁶⁹ Grün, Rdn. 48.

⁷⁷⁰ Zu einer alleinstehenden Frau ergibt sich aber immer noch der Unterschied, dass kurz vor Behandlungsbeginn ein potentieller sozialer Vater vorhanden war.

⁷⁷¹ Siehe S. 54 ff.

⁷⁷² Siehe S. 6060 ff.



Um die rechtliche Vaterlosigkeit des Kindes zu verhindern, scheint es wiederum sinnvoll, für die Fälle der künstlichen Befruchtung mit Spendersamen einen neuen Vaterschaftstatbestand⁷⁷³ zu schaffen, der an die Willenserklärung des Verstorbenen anknüpft. Auch bei Schaffung eines neuen Tatbestandes erleidet das Kind Nachteile in Bezug auf erbrechtliche Ansprüche: Trotz der Fiktion des § 1923 Abs. 2 BGB gehört das Kind nicht zum Kreis der erbberechtigten Personen, wenn es erst nach dem Tod des Einwilligenden gezeugt wurde. Eine analoge Anwendung des § 1923 Abs. 2 BGB ist aus den oben dargestellten Gründen abzulehnen.⁷⁷⁴ Vorgeschlagen wird deshalb dem Kind einen pekuniären Anspruch in Höhe des gesetzlichen Pflichtteils einzuräumen.⁷⁷⁵ Auch dieser Vorschlag ist abzulehnen, da er zusätzliche Rechtsunsicherheit erzeugt. Fraglich wäre in einem solchen Fall insbesondere die Höhe des Anspruches. Insoweit ist den Parteien zu raten, entsprechende rechtliche Vorkehrungen zu treffen.

3. Vaterschaftsbegründung bei Versterben des Kindes vor der Anerkennung

Nach Ansicht der Rechtsprechung kann eine Anerkennung der Vaterschaft auch noch nach dem Tod des Kindes erfolgen, da nach der Reform des Kindschaftsrechts im Regelfall die Zustimmung des Kindes nicht mehr erforderlich ist.⁷⁷⁶

Dagegen wird die Ansicht vertreten, dass auch nach der Kindschaftsrechtsreform die Anerkennung nach dem Tod des Kindes nicht zulässig sei.⁷⁷⁷ Die elterliche Sorge der Mutter ende mit dem Tod des Kindes; daher müsse das Kind gemäß § 1595 Abs. 2 BGB selbst zustimmen, was nach seinem Tod tatsächlich unmöglich sei.⁷⁷⁸ Eine Vaterschaftsanerkennung sei damit nach dem Tod des Kindes nicht möglich.⁷⁷⁹

Die zweite Ansicht muss im Ergebnis abgelehnt werden. Die Vorschrift des § 1595 Abs. 2 BGB ist insoweit teleologisch zu reduzieren, dass sie direkte Anwendung nur zu Lebenszeiten des Kindes findet.⁷⁸⁰ Dies folgt aus der Intention des Gesetzgebers bei Erlass der Vorschrift. Der Gesetzgeber wollte die Möglichkeit eröffnen, die Vaterschaft auch noch postmortal anerkennen zu können. Zudem sollte das Anerkennungsverfahren nur in den Fällen beschränkt werden, in denen die Mutter ihre Zustimmung verweigert, sie tot oder unbekanntes Aufenthaltes ist⁷⁸¹. Daher genügt in den Fällen des Versterbens des Kindes vor der Anerkennung die Zustimmung der bis zum Tod des Kindes sorgeberechtigten Mutter.⁷⁸²

⁷⁷³ Siehe S. 105 ff.

⁷⁷⁴ Siehe S. 115 ff.

⁷⁷⁵ Lurger: Fortpflanzungsmedizin und Abstammungsrecht, in: Bernat: Die Reproduktionsmedizin am Prüfstand von Recht und Ethik, S. 108 (143).

⁷⁷⁶ BayObLG NJW-RR 2000, S. 1602 (1603); BayObLG FamRZ 2001, S. 1543 (1544).

⁷⁷⁷ Rauscher, FPR 2002, S. 359 (363).

⁷⁷⁸ Rauscher, FPR 2002, S. 359 (362).

⁷⁷⁹ Rauscher, FPR 2002, S. 359 (363).

⁷⁸⁰ Rauscher, FPR 2002, S. 359 (362).

⁷⁸¹ BayObLG FamRZ 2001, S. 1543 (1545) mit Verweis auf BT-Drs. 13/4899, S. 54.

⁷⁸² BayObLG NJW-RR 2000, S. 1602 (1603); BayObLG FamRZ 2001, S. 1543 (1545).

Auch das Argument, dass es nach dem Tod des Kindes zu einem kollusiven Zusammenwirken von Mutter und Anerkennendem kommen könnte⁷⁸³, trägt im Fall der heterologen Insemination nicht.

4. Zusammenfassung

Um die rechtliche Vaterlosigkeit und die daraus folgenden finanziellen Nachteile zu verhindern, sollte auch für den Fall des Versterbens des Einwilligenden vor der Zeugung eines Kindes ein neuer Vaterschaftstatbestand in das Abstammungsrecht integriert werden. Gleichzeitig sollte in einem Fortpflanzungsmedizingesetz klargestellt werden, dass die Befruchtung einer Frau nach dem Tod des Einwilligenden verboten ist.

V. Abstammungsrechtliche Zuordnung des Kindes bei einer alleinstehenden Frau

Alleinstehende Frauen sehen in der heterologen Befruchtung in der Regel die letzte Möglichkeit, doch noch Mutter zu werden, und wollen daher nicht länger auf einen geeigneten Partner warten.⁷⁸⁴ Die künstliche Befruchtung einer alleinstehenden Frau mit Spendersamen ist nach ärztlichem Standesrecht in Deutschland jedoch nicht möglich. Diese Selbstbeschränkung der Ärzteschaft bietet jedoch keine Gewähr, dass keine heterologen Befruchtungen bei alleinstehenden Frauen vorgenommen werden. Viele alleinstehende Frauen wenden sich bei Kinderwunsch an Reproduktionskliniken im Ausland, wie z.B. Dänemark⁷⁸⁵ oder Spanien, und lassen die entsprechende Behandlung dort vornehmen. Des Weiteren besteht im Zeitalter des Internets die Möglichkeit, dass sich alleinstehende Frauen Samenproben aus (amerikanischen) Samenbanken gegen entsprechendes Entgelt zusenden lassen und die Befruchtung selbst vornehmen.

Fraglich ist, ob und wie es in diesen Fällen überhaupt zur Begründung einer Vaterschaft zugunsten des Kindes kommen kann.

Mangels eines Ehemannes auf Seiten der Kindesmutter scheidet eine Vaterschaftszuordnung aufgrund Ehe gemäß § 1592 Nr. 1 BGB aus. Es erscheint auch eher unwahrscheinlich, dass ein Freund, Verwandter etc. die Vaterschaft zu dem mit Spendersamen gezeugten Kind anerkennen wird. Damit kommt zur Begründung der Vaterschaft nur die gerichtliche Vaterschaftsfeststellung des Samenspenders in Betracht. Dieser wird aber, da viele ausländische Rechtsordnungen die Anonymität des Samenspenders vorsehen, nicht zu ermitteln sein. Zudem muss das Vaterschaftsfeststellungsverfahren entweder von der Mutter oder von dem Kind betrieben werden. Im Verfahren wird das Kind von seinem gesetzlichen Vertreter, im Regelfall seiner Mutter gemäß §§ 1626a Abs. 3, 1629 Abs. 1 BGB, vertreten. Eine gerichtliche Vaterschaftsfeststellung wird regelmäßig nicht im Interesse der

⁷⁸³ Rauscher, FPR 2002, S. 359 (362 f.).

⁷⁸⁴ Brewaeys/Dufour/Kentenich, Journal für Reproduktionsmedizin und Endokrinologie 2005, S. 35.

⁷⁸⁵ Z.B. die Stork-Klinik in Kopenhagen, die damit wirbt, dass sie Behandlungen an lesbischen oder alleinstehenden Frauen vornimmt, <http://www.storkklinik.dk/de>; letzter Zugriff am 06.11.2011.

alleinstehenden Mutter liegen und daher von dieser auch nicht angestrengt werden. Das Unterlassen der Einleitung eines Vaterschaftsfeststellungsverfahrens rechtfertigt auch grundsätzlich nicht den Entzug der Vertretungsbefugnis.⁷⁸⁶ Zwar liegt in der Regel⁷⁸⁷ eine Interessenkollision vor, die grundsätzlich zu einem Entzug der Vertretungsbefugnis gemäß § 1629 Abs. 1 S. 3 BGB i.V.m. § 1796 BGB führen müsste. Durch das Gesetz zur Abschaffung der gesetzlichen Amtspflegschaft und Neuordnung des Rechts der Beistandschaft (Beistandschaftsgesetz) vom 4.12.1997⁷⁸⁸ wurde jedoch im Gesetz klargestellt, dass ein Entzug der Vertretungsbefugnis für die Feststellung der Vaterschaft nicht möglich ist, § 1629 Abs. 2 S. 3 BGB.⁷⁸⁹ Mit der Abschaffung der Amtspflegschaft hat der Gesetzgeber das Betreiben der gerichtlichen Vaterschaftsfeststellung damit in das Ermessen und in erster Linie in die Verantwortung der Mutter gestellt. Dieser Vertrauensbeweis wäre hinfällig, wenn der Mutter das Sorgerecht stets dann entzogen werden müsste, wenn sie ein Vaterschaftsfeststellungsverfahren nicht betreibt und auch keine Beistandschaft beantragt,⁷⁹⁰ obwohl sie beachtliche Gründe gegen die Durchführung des Vaterschaftsfeststellungsverfahrens vortragen kann.⁷⁹¹ Ein Entzug der Vertretungsbefugnis für den Fall der Vaterschaftsfeststellung ist deshalb nur unter den engen Voraussetzungen des § 1666 BGB zulässig.⁷⁹² Zudem kann ein Vaterschaftsfeststellungsverfahren nur dann erfolgreich betrieben werden, wenn die Mutter ihrer Auskunftspflicht⁷⁹³ auf Benennung des Erzeugers nachkommt bzw. nachkommen kann. Dies dürfte im Fall eines anonymen Spenders ausgeschlossen sein. Auskünfte über die Entstehung des Kindes und die Hintergründe der Zeugung dürften bei Auskunftsverweigerung durch die Mutter nur schwer zu erlangen sein. Das OLG Hamm hat in seinem Urteil vom 06.02.2013 zwar entschieden, dass nicht nur die Mutter, sondern auch der behandelnde Arzt bzw. die behandelnde Klinik zur Auskunft über die genetische Abstammung gegenüber dem mit Spendersamen gezeugten Kind aufgrund dessen grundgesetzlich geschütztem Recht auf Kenntnis seiner Abstammung verpflichtet sind. Der Anspruch ist dabei nicht nur auf die Auskunft an sich beschränkt; vielmehr hat der behandelnde Arzt bzw. die behandelnde Klinik dem Kind auch Einsicht in die Unterlagen zu gewähren, die Aufschluss über die genetische Abstammung des

⁷⁸⁶ Grün, Rdn. 123.

⁷⁸⁷ Diederichsen sprach sogar davon, dass der Interessengegensatz zwischen der Mutter und dem Kind offenkundig sei, Palandt/Diederichsen, 71. Auflage, § 1629 Rdn. 28.

⁷⁸⁸ BGBl. I S. 2846 ff.

⁷⁸⁹ Grün, Rdn. 123.

⁷⁹⁰ Palandt/Götz, § 1629 Rdn. 21; MüKoBGB/Huber, § 1629 Rdn. 62.

⁷⁹¹ Der Gesetzgeber selbst nennt als insoweit hinreichende Gründe die Zeugung durch Inzest oder Vergewaltigung, BT-Drs. 13/892, S. 34. Peschel-Gutzeit zählt dazu auch entgegenstehende materielle Interessen des Kindes im Unterhaltsrecht oder in Bezug auf Erbschaftsanwartschaften, Staudinger/Peschel-Gutzeit, § 1629 Rdn. 95.

⁷⁹² BT-Drs. 13/892 S. 34; Grün, Rdn. 123; Gernhuber/Coester-Waltjen, § 61 IV Rdn. 51; Staudinger/Peschel-Gutzeit, § 1629 Rdn. 95; Palandt/Götz, § 1629 Rdn. 21; MüKoBGB/Huber, § 1629 Rdn. 62.

⁷⁹³ Die grundsätzliche Offenbarungspflicht folgt bei minderjährigen Kindern aus der elterlichen Sorge, bei Volljährigen aus der gegenseitigen Beistands- und Rücksichtnahmepflicht des § 1618a BGB, vgl. Gernhuber/Coester-Waltjen, § 52 I Rdn. 18.



Kindes geben können.⁷⁹⁴ Dies setzt jedoch voraus, dass in den Unterlagen ordnungsgemäß dokumentiert ist, aus welcher Samenspende das Kind hervorgegangen ist.⁷⁹⁵

Daher wird trotz des Anspruches das mit Spendersamen gezeugte Kind einer alleinstehenden Frau in der Regel jedoch vaterlos bleiben.

VI. Abstammungsrechtliche Zuordnung des Kindes bei einer in einer Lebenspartnerschaft lebenden Frau

Auch in homosexuellen Beziehungen besteht oft der Wunsch nach einem eigenen Kind. Ein unerfüllter Kinderwunsch ist nicht nur für heterosexuelle Partner, sondern auch für gleichgeschlechtliche Paare sehr belastend.⁷⁹⁶ Eine gemeinsame natürliche Elternschaft ist bei gleichgeschlechtlichen Lebenspartnerinnen biologisch jedoch nicht möglich. Nach ärztlichem Standesrecht darf zudem eine Befruchtung mit Spendersamen bei Frauen, die in einer Lebenspartnerschaft leben, nicht vorgenommen werden.⁷⁹⁷ Um sich dennoch ihren Kinderwunsch zu verwirklichen, greifen die Betroffenen auf Sperma einer ausländischen Samenbank zurück oder lassen die künstliche Befruchtung mit Spendersamen im Ausland, z.B. in Spanien, Dänemark⁷⁹⁸ oder den Niederlanden⁷⁹⁹, in denen die künstliche Insemination mit Spendersamen ebenso wie in Belgien mit dem Samen eines anonymen Spenders⁸⁰⁰ praktiziert wird⁸⁰¹, durchführen. Eine weitere Möglichkeit für die Frauen besteht darin, sich das Sperma eines Mannes aus ihrem privaten Umfeld, z.B. von einem befreundeten „Schwulenpaar“⁸⁰², zu besorgen, oder eine der Partnerinnen verkehrt auf natürlichem Weg

⁷⁹⁴ OLG Hamm vom 06.02.2013, NJW 2013, S. 1167 ff. Klargestellt wurde vom OLG Hamm in diesem Urteil explizit, dass sich der behandelnde Arzt insofern nicht auf seine ärztliche Schweigepflicht berufen könne. Zur Begründung des Auskunftsanspruches des Kindes aus § 242 BGB hat das OLG klargestellt, dass insoweit die Rechtsposition des Samenspenders hinter dem grundrechtlich geschützten Recht des Kind auf Kenntnis seiner Abstammung zurücktreten muss, OLG Hamm, NJW 2013, S. 1167 (1169).

⁷⁹⁵ Kritisch insgesamt zur Abwägung des OLG, Fink/Grün, NJW 2013, S. 1913 ff.

⁷⁹⁶ Dethloff, ZRP 2004, S. 195.

⁷⁹⁷ Nr. 1. und 3.1.1. der (Muster-)Richtlinie der Bundesärztekammer zur Durchführung der assistierten Reproduktion, Deutsches Ärzteblatt 2006, A 1392 (1393 ff.).

⁷⁹⁸ Z.B. die Stork-Klinik in Kopenhagen, die damit wirbt, dass sie Behandlungen an lesbischen oder alleinstehenden Frauen vornimmt, <http://www.storkklinik.dk/de>; letzter Zugriff am 06.11.2011.

⁷⁹⁹ Dittberner, S. 39.

⁸⁰⁰ Damit wird die Verletzung des Verbots anonymer Samenspenden und damit letztendlich das Recht des Kindes auf Kenntnis seiner Abstammung mit Billigung des Gesetzgebers, der trotz Kenntnis keine gesetzlichen Regelungen trifft, unterlaufen.

⁸⁰¹ Tillmanns: Die Adoption durch die Partner einer eingetragenen Lebenspartnerschaft, in: Helms/Zeppernick (Hrsg.): Lebendiges Familienrecht, Festschrift für Rainer Frank, S. 271 (279).

⁸⁰² Siehe insofern die ungewöhnlichen Familienkonstellationen in SZ Magazin vom 21.12.2007, S. 34 ff. sowie Kirbach, Roland/Spiewack, Martin: Wenn die Eltern schwul sind, in: Die Zeit vom 31.12.2003, abrufbar: <http://www.zeit.de/2004/02/Regenbogen-Familien>; letzter Zugriff am 18.02.2012; Wieck, Sörre: Big Spender, in: Maxi, Ausgabe Dezember 2011, S. 130 (131). Auch dem am 15.05.2013 durch den Bundesgerichtshof entschiedenen Fall zum Anfechtungsrecht des Samenspenders lag eine solche Konstellation zugrunde, vgl. BGH, Urteil vom 15.05.2013, Az. XII ZR 49/11, NJW 2013, S. 2589 ff.



mit einem ihr (un-)bekannten Mann.⁸⁰³ Feststellbar ist, dass in den letzten Jahren die Zahl der Kinder in einer Lebenspartnerschaft, die aus einer heterologen Insemination stammen, steigend ist⁸⁰⁴ und vermutlich weiter steigen wird⁸⁰⁵.

A. Derzeitige Gesetzeslage

Hinsichtlich der primären Zuordnung des Kindes ergeben sich nach aktuellem Recht keine Unterschiede zu der Zuordnung bei einer alleinstehenden Frau. Gemäß § 1591 BGB ist Mutter des Kindes die Frau, die es geboren hat. Diese statusrechtliche Zuordnung des Kindes knüpft weder an den Personenstand der Gebärenden an, noch wird durch die Norm sichergestellt, dass es sich bei der Geburtsmutter um die biologisch-genetische Mutter des Kindes handelt. Damit wird das statusrechtliche Band jedoch nur zu einer der beiden Lebenspartnerinnen, nämlich der Gebärenden, begründet. Die Tatsache des Bestehens einer eingetragenen Lebenspartnerschaft hat keine Auswirkungen auf die statusrechtliche Zuordnung des Kindes. Weder nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch noch nach dem Lebenspartnerschaftsgesetz besteht die Möglichkeit des rechtlichen „Hineingeborenwerdens“ in die Partnerschaft wie in eine Ehe.⁸⁰⁶ Die Lebenspartnerin der Mutter kann das Kind auch nicht wirksam anerkennen, da die Anerkennungserklärung nur von einem Mann abgegeben werden kann.⁸⁰⁷ Damit steht fest, dass die mit der gebärenden Frau in einer registrierten gleichgeschlechtlichen Partnerschaft lebende Frau ihre rechtliche Zuordnung zu dem Kind weder als Mutter noch als Vater kraft Gesetzes (Partnerschaftsvermutung), noch durch Anerkennung oder gerichtliche Feststellung erreichen kann.⁸⁰⁸ Die nichtgebärende Partnerin kann nicht ex lege zur Co-Mutter werden.⁸⁰⁹

Mit der Änderung des Lebenspartnerschaftsgesetzes 2005 wurde als einzige Möglichkeit zur Begründung einer gemeinsamen Elternstellung für eingetragene Lebenspartnerinnen die

⁸⁰³ In diesen Fällen ist die Ausübung der Elternrolle von Seiten des Samenspenders oft nicht gewünscht; daher entsprechen die gesetzlichen Vorgaben im Hinblick auf Elternrechte und Elternpflichten nicht der geplanten Lebenssituation. Deshalb versuchen die Beteiligten, ihre Rechte und Pflichten vertraglich individuell zu regeln, vgl. Copur, S. 176 ff.

⁸⁰⁴ Rupp (Hrsg.), S. 15 f. und S. 88. Bei der Studie von Rupp et al. gaben 82 % der Paare an, dass Kinder, die in ihrer aktuellen Beziehung gezeugt wurden, aus einer heterologen Insemination stammten, vgl. Rupp (Hrsg.), S. 86.

⁸⁰⁵ Rupp (Hrsg.), S. 85 und 106; Herrmann-Green: Lesben mit Kinderwunsch, in: Bockenheimer-Lucius/Thorn/Wendehorst (Hrsg.): Umwege zum eigenen Kind S. 217 (218).

⁸⁰⁶ Tillmanns: Die Adoption durch die Partner einer eingetragenen Lebenspartnerschaft, in: Helms/Zeppernick (Hrsg.): Lebendiges Familienrecht, Festschrift für Rainer Frank, S. 271 (272).

⁸⁰⁷ Speziell darauf hinweisend, dass die gleichgeschlechtliche Lebenspartnerin der Gebärenden durch Anerkennung nicht zum Vater im Rechtssinne werden kann, Rauscher, FPR 2002, S. 359 (362).

⁸⁰⁸ Gernhuber/Coester-Waltjen, § 53 II Rdn. 12. Der EGMR hat in seinem Urteil vom 07.05.2013 festgestellt, dass die derzeitige Rechtslage keinen Verstoß gegen Art. 14 bzw. Art. 8 EMRK darstellt, vgl. EGMR, Urteil vom 07.05.2013, Az. 8017/11, Boeckel/Deutschland.

⁸⁰⁹ Tillmanns: Die Adoption durch die Partner einer eingetragenen Lebenspartnerschaft, in: Helms/Zeppernick (Hrsg.): Lebendiges Familienrecht, Festschrift für Rainer Frank, S. 271 (272).



Stiefkindadoption gemäß § 9 Abs. 7 LPartG im Gesetz vorgesehen.⁸¹⁰ Damit gilt in Deutschland eine ähnliche Regelung wie in anderen Staaten, z.B. Dänemark, Schweden⁸¹¹, Island und einigen US-Bundesstaaten, die zugunsten der homosexuellen Partner zumindest Stiefkindadoptionen zulassen.⁸¹² Sofern die Partnerin das Kind der gebärenden Frau nach der Geburt annimmt, erlangt dieses die Stellung eines gemeinschaftlichen Kindes der Lebenspartnerinnen, § 9 Abs. 7 S. 2 LPartG i.V.m. § 1754 Abs. 1 BGB.

Eine wirksame Adoption setzt nach den allgemeinen Adoptionsvorschriften, die auch im Fall der Stiefkindadoption ohne gesonderte gesetzliche Anordnung Anwendung finden⁸¹³, voraus, dass der andere leibliche Elternteil der Annahme zustimmt, § 1747 Abs. 1 S. 2 BGB.⁸¹⁴ Sofern kein Mann als rechtlicher Vater des Kindes im Sinne des § 1592 BGB anzusehen ist, gilt gemäß § 1747 Abs. 1 S. 2 BGB als Vater, wer gemäß § 1600d Abs. 2 S. 1 BGB glaubhaft machen kann, dass er der Kindesmutter während der Empfängniszeit beigewohnt hat.

Daher könnte die Einwilligung des Samenspenders erforderlich sein. Die Notwendigkeit der Einwilligung des Samenspenders wird jedoch teilweise in der Literatur mit dem Argument verneint, dass sich die Samenspende nicht als Beiwohnung im Sinne des § 1600d Abs. 2 S. 1 BGB⁸¹⁵ darstelle.⁸¹⁶ Dieses Ergebnis sei auch sachgerecht, da der Samenspender in der Regel nicht rechtlicher Vater des Kindes werden wolle.⁸¹⁷ Die Vorschrift des § 1600d Abs. 2 S. 1 BGB stellt eine Vermutungsregel zugunsten des Mannes auf, der der Mutter beigewohnt hat, sofern der direkte Vaterschaftsbeweis im Wege der Abstammungsbegutachtung unmöglich ist. § 1747 Abs. 1 S. 2 BGB dient dem Schutz der Rechte des biologischen Vaters.⁸¹⁸ Dieser Gedanke spricht für eine Gleichstellung der Insemination mit der Beiwohnung.⁸¹⁹ Daraus folgt, dass in den Fällen, in denen eine heterologe Insemination während der Empfängniszeit bewiesen werden kann, diese ebenso wie die Beiwohnung die Abstammungsvermutung des

⁸¹⁰ Gernhuber/Coester-Waltjen, § 53 II Rdn. 12; Tillmanns: Die Adoption durch die Partner einer eingetragenen Lebenspartnerschaft, in: Helms/Zeppernick (Hrsg.): Lebendiges Familienrecht, Festschrift für Rainer Frank, S. 271 (272).

⁸¹¹ In Schweden ist sogar die Adoption eines fremden Kindes möglich.

⁸¹² Näher dazu Dethloff, ZRP 2004, S. 195 (197 f.); Dethloff: Regenbogenfamilien, in: Söllner/Gitter/Waltermann/Giesen/Ricken (Hrsg.): Gedächtnisschrift für Heinze, S. 133 (140); ebenso Wellenhofer, NJW 2005, S. 705 (706).

⁸¹³ So ausdrücklich BT-Drs. 15/3445, S. 15; Muscheler, Rdn. 863; Wellenhofer, NJW 2005, S. 705 (707): Insofern stelle sich die Verweisung im Lebenspartnerschaftsgesetz als unvollständig dar; die allgemeinen adoptionsrechtlichen Voraussetzungen der § 1741 ff. BGB müssen daher direkt oder analog angewandt werden.

⁸¹⁴ Wellenhofer, NJW 2005, S. 705 (706); Finger, MDR 2005, S.121 (124); Stüber, FamRZ 2005, S. 574 (576); v. Dickhuth-Harrach, FPR 2005, S. 273 (276).

⁸¹⁵ Staudinger/Rauscher, § 1600d Rdn. 50.

⁸¹⁶ Siegfried, FPR 2005, S. 120 (122); BGH, FamRZ 2005, S. 612 (614).

⁸¹⁷ Siegfried, FPR 2005, S. 120 (122).

⁸¹⁸ Dethloff: Assistierte Reproduktion und rechtliche Elternschaft, in: Funcke/Thorn (Hrsg.): Die gleichgeschlechtliche Familie mit Kindern, S. 161 (165).

⁸¹⁹ So auch Dethloff: Assistierte Reproduktion und rechtliche Elternschaft, in: Funcke/Thorn (Hrsg.): Die gleichgeschlechtliche Familie mit Kindern, S. 161 (165).

§ 1600d Abs. 2 S.1 BGB begründet, wenn eine Befruchtung auf natürlichem Wege ausgeschlossen werden kann.⁸²⁰ Daher muss der Samenspender seine Einwilligung in die Stiefkindadoption erteilen, wenn die Insemination bewiesen werden kann.⁸²¹ In der Praxis dürfte das Einwilligungserfordernis nur selten eingreifen, da nur wenige Samenspender Interesse an dem Adoptionsverfahren zeigen werden. Zudem verbleibt die Möglichkeit der Ersetzung der Einwilligung des Samenspenders gemäß § 1748 Abs. 4 BGB. In den Fällen, in denen die heterologe Insemination im Ausland oder illegal in Deutschland mit Samen eines anonymen Spenders vorgenommen wurde, ist der Samenspender den Partnerinnen nicht bekannt, so dass das Einwilligungserfordernis gemäß § 1747 Abs. 4 BGB entfällt.⁸²²

Mit der Annahme erlöschen die bisherigen Verwandtschaftsverhältnisse, § 9 Abs. 7 S. 2 LPartG i.V.m. § 1755 Abs. 2 BGB. Daher wird sie vom Familiengericht nur ausgesprochen, wenn die Annahme dem Kindeswohl dient und das Entstehen eines Eltern-Kind-Verhältnisses zwischen der Annehmenden und dem Kind zu erwarten ist (§§ 1752 Abs. 1, 1741 Abs. 1 S. 1 BGB). Ob eine Stiefkindadoption dem Kindeswohl dienlich ist, wird in der Literatur unterschiedlich beurteilt. Sie wird vor allem bei gleichgeschlechtlichen Paaren, die Kinder aus vorangegangenen Beziehungen in die Partnerschaft mitgebracht haben, abgelehnt. Die Ablehnung wird damit begründet, dass die Stiefkindadoption meist aus dem vorrangigen Motiv vorgenommen werde, die Partnerschaft zu stärken und die Beziehung zum Partner zu festigen. Paare verfolgten daher nicht in erster Linie das Ziel, die Rechtsstellung des Kindes zu verbessern. Der Zweck der Adoption werde daher nicht erreicht.⁸²³ Anders stellt sich die Situation hingegen bei Lebenspartnerinnen dar, die eine heterologe Insemination in ihrer Lebenspartnerschaft vornehmen lassen. Das Kind entspricht dem gemeinsamen Wunsch der Partnerinnen und wird in ihre Beziehung hineingeboren. Eine Beziehung besteht damit von Beginn an zwischen Kind und Co-Mutter. Für das Kind ist es daher vorteilhaft, die Lebenspartnerin der Mutter als weitere Bezugsperson zugeordnet zu bekommen. Von dem Samenspender kann dagegen keine Verantwortungsübernahme erwartet werden.⁸²⁴ Auch werden seine Rechte als biologischer Vater nicht beschnitten.⁸²⁵ Insoweit entspricht die Stiefkindadoption im Regelfall dem Kindeswohl.

Die durch die Adoption hergestellte statusrechtliche Zuordnung des Kindes stellt sich als äußerst bestandsfest dar, da die Aufhebung der Adoption gemäß § 1759 BGB auf die in § 1760 BGB genannten Abschlussmängel sowie auf die Fälle, in denen die Aufhebung des Annahmeverhältnisses aus schwerwiegenden Gründen zum Wohl des Kindes notwendig ist,

⁸²⁰ MükoBGB/Wellenhofer, § 1600d Rdn. 98.

⁸²¹ So auch Müller-Götzmann, S. 322.

⁸²² Zudem könnte in die Samenspendeverträge eine Klausel aufgenommen werden, in der die Einwilligung in die Adoption von Seiten des Samenspenders bereits erklärt wird, vgl. § 1747 Abs. 3 Nr. 1 BGB entsprechend.

⁸²³ Kemper, FF 2005, S. 88 (95).

⁸²⁴ Wehrstedt, RNotZ 2005, S. 109 (115); Wehrstedt, DNotZ 2005, S. 649 (653); Müller-Götzmann, S. 322 f.; ähnlich Dethloff, ZRP 2004, S. 195 (197).

⁸²⁵ Rupp (Hrsg.), S. 230.

beschränkt ist. Damit erweist sich die Zuordnung des Kindes bei einer Stiefkindadoption als bestandssicherer als die Zuordnung des Kindes zu einem heterosexuellen Paar, bei dem die Zuordnung der rechtlichen Vaterschaft aufgrund des § 1592 Nr. 1 und § 1592 Nr. 2 BGB erfolgte.⁸²⁶

B. Die Eltern-Kind-Zuordnung de lege ferenda

Die Regelungen im BGB und dem LPartG entsprechen jedoch nicht den Vorstellungen und Bedürfnissen der Lebenspartnerinnen und der beteiligten Dritten. Da für Lebenspartnerinnen Maßnahmen assistierter Reproduktion tatsächlich zugänglich sind, müssen die statusrechtlichen Regelungen überdacht und an die soziale Realität und die Interessen der Beteiligten angepasst werden. Die Schwangerschaft und Geburt des Kindes beruht auf einem gemeinsamen Entschluss der Lebenspartnerinnen. Nach ihrem Lebensplan ist vorgesehen, dass ein –wenigstens von einer Frau genetisch abstammendes– Kind in ihrer Partnerschaft aufwächst. Die Partnerinnen wollen die Elternrolle gemeinsam übernehmen. Das durch künstliche Befruchtung mit Spendersamen gezeugte Kind wird von ihnen in jeder Hinsicht als gemeinsames Kind angesehen und auch das Kind wird die Lebenspartnerinnen als seine gleichwertigen Eltern betrachten. Die Betreuung und Versorgung des Kindes sowie seine finanzielle Unterstützung erfolgen in gemeinsamer bzw. aufgeteilter Verantwortung der Lebenspartnerinnen. Auch aus dem gemeinsamen Erleben von Schwangerschaft und Geburt bzw. aus der Anwesenheit während der heterologen Insemination folgt, dass kein signifikanter Unterschied mehr zu einem heterosexuellen Paar, das eine heterologe Insemination vornehmen lässt, bzw. zu einem Ehepaar mit gemeinsamen Kindern zu erkennen ist, abgesehen von der Tatsache, dass es an der genetischen Abstammung zu einer der beiden Partnerinnen mangelt.⁸²⁷ Hingegen werden eine Teilhabe des biologisch-genetischen Erzeugers an der Erziehung und eine Verantwortungsübernahme seinerseits von allen Beteiligten im Regelfall nicht gewünscht.⁸²⁸ Den Interessen des homosexuellen Paares könnte daher durch eine originäre Zuordnung des Kindes mit der Geburt zu ihm als Wunscheltern am besten entsprochen werden. Gleichzeitig schliesse diese Zuordnung die Etablierung eines statusrechtlichen Bandes zu dem Samenspender aus.

Zu der Geburtsmutter wird die rechtliche Elternstellung bereits über § 1591 BGB begründet, so dass insoweit keine weitere gesetzliche Regelung notwendig ist.

Hinsichtlich der Elternschaftszuordnung⁸²⁹ zu der nichtgebärenden Lebenspartnerin sind verschiedene Zuordnungsgründe denkbar: Zugunsten der Lebenspartnerin könnte von Gesetzes wegen eine rechtliche Elternstellung begründet werden, wenn diese ihre Einwilligung zu einer künstlichen Befruchtung ihrer Partnerin wirksam abgegeben hat

⁸²⁶ Wehrstedt, DNotZ 2005, S. 649 (653); Wehrstedt, RNotZ 2005, S. 109 (115).

⁸²⁷ Dittberner, S. 178 f.

⁸²⁸ Müller-Götzmann, S. 330.

⁸²⁹ Auch aus den Regelungen zur Stiefkindadoption geht nicht hervor, wie die Co-Mutter rechtlich bezeichnet wird. Daher wird im Folgenden statt Zweitmutterschaft der Begriff Elternschaft verwendet.



(automatisches Anerkenntnis).⁸³⁰ Alleiniger Elternschaftszuordnungsgrund wäre dann das erklärte Einverständnis der Lebenspartnerin. Alternativ könnten die § 1592 Nr. 1⁸³¹ und § 1592 Nr. 2 BGB dahingehend modifiziert werden, dass sie auch auf die Elternschaftszuordnung bei registrierten gleichgeschlechtlichen Lebenspartnerschaften Anwendung finden.

1. Änderung des § 1592 Nr. 1 BGB

§ 1592 Nr. 1 BGB könnte dahingehend erweitert werden, dass bei Geburt eines Kindes in eine bestehende gleichgeschlechtliche Lebenspartnerschaft die Elternschaft der nichtgebärenden Lebenspartnerin ipso iure begründet wird.⁸³²

Nach einer Ansicht gebietet sich die Änderung des § 1592 Nr. 1 BGB vor allem im Hinblick auf Art. 6 Abs. 5 GG. Kinder, die aus einer heterologen Insemination hervorgegangen seien, erhielten bei bestehender Ehe der Mutter automatisch mit der Geburt den Ehemann der Mutter als rechtlichen Vater zugeordnet, obwohl es sich bei seiner Vaterschaft nur um eine rein soziale Vaterschaft handeln könne. Daher diene diese Regelung vor allem dem Kindeswohl. Dagegen werde dem in eine intakte Lebenspartnerschaft geborenen Kind nicht automatisch die Lebenspartnerin der Mutter als Elternteil zugeordnet, obgleich es sich auch insofern um den zweiten sozialen Elternteil des Kindes handle und dem Kind durch die rechtliche Zuordnung erhebliche Vorteile, z.B. Unterhalts- und Erbensprüche gegen die Lebenspartnerin der Mutter, entstehen würden.⁸³³ Derzeit agierten alle Beteiligten in der Übergangszeit bis zur Anerkennung der Stiefkindadoption ohne rechtliche Absicherung.⁸³⁴ Auch sei das deutsche Abstammungsrecht durchweg an einer schnellen und sicheren Zuordnung des Kindes interessiert⁸³⁵; diesem Interesse könnte am besten durch eine automatische Zuordnung des Kindes zur Lebenspartnerin seiner Geburtsmutter aufgrund einer Mutterschaftsvermutung entsprochen werden.⁸³⁶

Eine derartige Gesetzesänderung ist jedoch abzulehnen. Die insoweit bestehende unterschiedliche Behandlung von Kindern, die in eine Ehe bzw. in eine Lebenspartnerschaft geboren werden, ist dadurch gerechtfertigt, dass bei einer homosexuellen Beziehung die

⁸³⁰ Dethloff, ZRP 2004, S. 195 (197); Dethloff: Regenbogenfamilien, in:

Söllner/Gitter/Waltermann/Giesen/Ricken (Hrsg.): Gedächtnisschrift für Heinze, S. 133 (139).

⁸³¹ Dies könne durch eine kraft Gesetzes bestehende Mutterschaftsvermutung der zustimmenden Partnerin erfolgen, die bei Wirksamkeit der Zustimmung nicht mehr durch eine Anfechtung beseitigt werden könne, vgl. Dethloff: Regenbogenfamilien, in: Söllner/Gitter/Waltermann/Giesen/Ricken (Hrsg.): Gedächtnisschrift für Heinze, S. 133 (139).

⁸³² Siegfried, FPR 2005, S. 120 (121); Dethloff: Regenbogenfamilien, in: Söllner/Gitter/Waltermann/Giesen/Ricken (Hrsg.): Gedächtnisschrift für Heinze, S. 133 (139); dies erwägend auch Dethloff: Assistierte Reproduktion und rechtliche Elternschaft, in: Funcke/Thorn (Hrsg.): Die gleichgeschlechtliche Familie mit Kindern, S. 161 (187); Copur, S. 196; Rupp (Hrsg.), S. 230.

⁸³³ Dittberner, S. 192 f.

⁸³⁴ Rupp (Hrsg.), S. 230.

⁸³⁵ Muscheler, Rdn. 516; für die Begründung der Mutterschaft Gernhuber/Coester-Waltjen, § 51 I Rdn. 2.

⁸³⁶ Dethloff: Regenbogenfamilien, in: Söllner/Gitter/Waltermann/Giesen/Ricken (Hrsg.): Gedächtnisschrift für Heinze, S. 133 (139).



Intention, die der Vermutungsregel in § 1592 Nr. 1 BGB zugrunde liegt, aus biologischen Gründen gerade nicht eingreifen kann. Zugunsten eines zeugungsunfähigen verheirateten Mannes kann vermutet werden, dass er der genetische Vater eines Kindes ist, da diese Vermutung mit der biologischen Realität in Einklang gebracht werden kann. Dagegen erscheint eine Fiktion zugunsten der Partnerin der Mutter als zu weit von den biologischen Gegebenheiten⁸³⁷ entfernt und ist damit mit den Grundprinzipien unseres Abstammungsrechtes nicht vereinbar.⁸³⁸

Zudem mangelt es insoweit an einem konstitutiven voluntativen Element für die Elternschaftszuordnung.⁸³⁹ Anders als die Ehe ist eine Lebenspartnerschaft nicht auf die Reproduktion ausgerichtet. Daher kann den Willenserklärungen der Lebenspartnerinnen beim Eingehen der Lebenspartnerschaft nicht der konkludent geäußerte Wille entnommen werden, den von ihrer Lebenspartnerin in der Zeit ihrer Lebenspartnerschaft geborenen Kindern automatisch als zweiter rechtlicher Elternteil zugeordnet werden zu wollen.⁸⁴⁰ Auch Länder, die der nichtgebärenden Lebenspartnerin die rechtliche Elternstellung zubilligen, sind aus den genannten Gründen den Weg einer automatischen Elternschaftszuordnung aufgrund Elternschaftsvermutung in einer bestehenden Lebenspartnerschaft nicht gegangen.⁸⁴¹ Zudem erweist sich das System der Elternschaftszuordnung aufgrund gerichtlicher Feststellung als flexibler als das der automatischen gesetzlichen Zuordnung gemäß § 1592 Nr. 1 BGB, da auch die Etablierung des Samenspenders als rechtllichem Vater –sofern dies die Parteien wünschen– möglich bleibt.⁸⁴²

2. Automatische Zuordnung aufgrund Einwilligung zur künstlichen Befruchtung der Lebenspartnerin

Die Elternschaftszuordnung der nichtgebärenden Lebenspartnerin könnte auch in der Weise ausgestaltet werden, dass die Einwilligung der Lebenspartnerin in die künstliche Befruchtung ihrer Lebenspartnerin mit Spondersamen automatisch die Begründung der Elternschaft der Lebenspartnerin mit der Geburt des Kindes zur Folge hätte.⁸⁴³ Insoweit würde die

⁸³⁷ Aufgrund weiterer Fortschritte in der Reproduktionsmedizin ist es mittlerweile mit Hilfe des Klonens möglich, ein Kind allein aus dem genetischen Material von zwei Frauen zu zeugen. Damit scheint der Verzicht auf das Erbgut eines Mannes in der Zukunft grundsätzlich möglich, vgl. Dohr: Der extrakorporale Keim, in: Bernat (Hrsg.): Die Reproduktionsmedizin am Prüfstand von Recht und Ethik, S. 1 (6). Allein für diesen Spezialfall könnte die dem § 1592 Nr. 1 BGB zugrundeliegende Vermutungsregel eingreifen.

⁸³⁸ Dittberner, S. 194; ähnlich Gernhuber/Coester-Waltjen, § 52 I Rdn. 3; dagegen will Copur diesen Einwand nicht greifen lassen, da die Vaterschaftsvermutung in der Ehe auch zugunsten eines unfruchtbaren Mannes eingreife, Copur, S. 196.

⁸³⁹ Müller-Götzmann, S. 333.

⁸⁴⁰ Müller-Götzmann, S. 333.

⁸⁴¹ Siehe die folgenden Ausführungen zum spanischen, englischen und schwedischen Recht S. 137 ff., S. 141 f. und S. 139 ff.

⁸⁴² Müller-Götzmann, S. 335.

⁸⁴³ Dethloff, ZRP 2004, S. 195 (197); Dethloff: Regenbogenfamilien, in: Söllner/Gitter/Waltermann/Giesen/Ricken (Hrsg.): Gedächtnisschrift für Heinze, S. 133 (139); Dethloff, FPR 2010, S. 208 (209).

Verantwortung der Lebenspartnerin der gebärenden Frau bereits in dem Moment begründet, in dem durch ihre Einwilligung die Entstehung des Kindes mitveranlasst wird.⁸⁴⁴

Damit würde aber einer rein privaten Willenserklärung, die zudem lange Zeit vor der Zeugung des Kindes abgegeben sein könnte, unmittelbare statusbegründende Wirkung zukommen. Eine unmittelbar statusbegründend wirkende private Willenserklärung ist dem geltenden deutschen Recht jedoch fremd.⁸⁴⁵ Zudem sprechen die bereits im Rahmen der Zuordnung zum einwilligenden Lebensgefährten der Kindesmutter geäußerten Gründe gegen eine Zuordnung auf diese Weise.⁸⁴⁶

3. Änderung des § 1592 Nr. 2 BGB

Denkbar wäre es weiterhin, § 1592 Nr. 2 BGB dahingehend zu ändern, dass die Lebenspartnerin der Gebärenden entsprechend den Regeln der §§ 1594 ff. BGB die Elternschaft zu dem Kind anerkennen könnte. Durch diese Erweiterung des § 1592 Nr. 2 BGB könnte die bestehende Ungleichbehandlung zwischen Kindern eines nichtehelichen heterosexuellen Paares und eines homosexuellen Paares, die darin besteht, dass heterosexuellen Paaren eine wahrheitswidrige Vaterschaftsanerkennung möglich ist, beseitigt werden.⁸⁴⁷

Dittberner⁸⁴⁸ lehnt eine derartige Änderung des § 1592 Nr. 2 BGB ab. Die unterschiedliche Behandlung von Kindern aus heterosexuellen und homosexuellen Beziehungen rechtfertige sich aus dem Umstand, dass in einer homosexuellen Beziehung die Vermutungen, auf denen die §§ 1592 Nr. 1 und Nr. 2 BGB aufbauen, aus biologischen Gründen nicht zur Anwendung gelangen können. Zugunsten eines zeugungsunfähigen Mannes könne vermutet werden, dass er der genetische Vater eines Kindes sei, da dies mit der biologischen Realität in Einklang gebracht werden könne. Dagegen erscheine eine Fiktion zugunsten der Partnerin der Mutter als zu weit von den biologischen Gegebenheiten entfernt.⁸⁴⁹

⁸⁴⁴ Copur spricht insoweit von einer Verantwortlichkeit „kraft mitveranlasster Zeugung“, Copur, S. 202.

⁸⁴⁵ Wehrstedt weist jedoch darauf hin, dass der Gesetzgeber durch die Einführung des jetzigen § 1600 Abs. 5 BGB die Bedeutung rechtsgeschäftlicher Erklärungen für Statusfragen anerkannt habe. Der Gesetzgeber habe sich dadurch für die statusrechtlich bindende Wirkung einer rechtsgeschäftlichen Erklärung entschieden, Wehrstedt, RNotZ 2005, S. 109 (113). Eine wirksame Einwilligungserklärung im Sinne des § 1600 Abs. 5 BGB vermag jedoch nur die Statusauflösung einer wirksam begründeten Vaterschaft zu verhindern. Unmittelbar statusbegründende Wirkung kommt ihr dagegen nicht zu. Insoweit scheint auch unter Berücksichtigung der Argumentation Wehrstedts eine automatische Elternschaftszuordnung allein aufgrund erklärter Zustimmung nicht in Betracht zu kommen. Einer nur rechtsgeschäftlichen Erklärung der Beteiligten sollte keine unmittelbare statusrechtliche Wirkung eingeräumt werden.

⁸⁴⁶ Siehe S. 9999 f.

⁸⁴⁷ Dittberner, S. 193; unter der Normierung weitergehender Voraussetzungen Müller-Götzmann, S. 333 f.

⁸⁴⁸ Dittberner, S. 194.

⁸⁴⁹ Dittberner, S. 194; ähnlich auch Gernhuber/Coester-Waltjen, § 52 I Rdn. 3, die ausführt, dass der Gesetzgeber nur dann der biologischen Wahrheit entgegenlaufende Zuordnungen dulde, wenn für sie eine gewisse Wahrscheinlichkeit spreche.

Bei dieser Argumentation wird jedoch übersehen, dass nur die Vaterschaftszuordnung gemäß § 1592 Nr. 1 BGB auf einer Vermutung⁸⁵⁰ beruht. Dagegen handelt es sich bei der Anerkenntniserklärung um eine Willenserklärung⁸⁵¹, durch die der rechtsgeschäftliche Wille erklärt wird, die gesetzlichen Folgen der Vaterschaft zu übernehmen.⁸⁵² Auf die biologische Richtigkeit der Erklärung kommt es daher nicht an.⁸⁵³ Damit liegt die Vaterschaftszuordnung des § 1592 Nr. 2 BGB allein in der freiwilligen Verantwortungsübernahme durch einen Mann begründet, die durch die Abgabe der Anerkennungserklärung zum Ausdruck gebracht wird. Der Gesetzgeber hat gleichgeschlechtlichen Lebenspartnerinnen und Lebenspartnern die Möglichkeit der Stiefkindadoption eröffnet. Damit hat er klargestellt, dass er die Lebensplanung der Lebenspartnerinnen respektiert und gewillt ist, diese rechtlich abzusichern. Durch die Öffnung des § 1592 Nr. 2 BGB für gleichgeschlechtliche Paare kann zudem sichergestellt werden, dass die Elternschaftszuordnung zu der Lebenspartnerin der Mutter aufgrund willentlicher Verantwortungsübernahme erfolgt und nicht nur von dem bloßen Bestehen einer Lebenspartnerschaft abhängig ist.

Im Hinblick auf ihre personenstandsrechtliche Tragweite müssen die Anerkennungserklärung sowie die Zustimmungserklärung⁸⁵⁴ öffentlich beurkundet werden (§ 1597 Abs. 1 BGB entsprechend).⁸⁵⁵ Zudem dürfen die Erklärungen der Lebenspartnerinnen weder unter einer Bedingung noch unter einer Zeitbestimmung erklärt werden (§ 1594 Abs. 3; § 1595 Abs. 3 BGB entsprechend), da durch sie der Personenstand des Kindes mit Wirkung für und gegen jedermann festgestellt werden soll.⁸⁵⁶

Weiterhin sollte sichergestellt sein, dass sich die Lebenspartnerinnen der rechtlichen Folgen ihres Handelns umfänglich bewusst sind. Um Transparenz zu erzeugen, sollten die Lebenspartnerinnen bereits vor der Behandlung über die rechtlichen Möglichkeiten aufgeklärt werden und explizit ihre Einwilligung zur Behandlung erteilen. Aufgrund der

⁸⁵⁰ Grün, Rdn. 24.

⁸⁵¹ Siehe S. 173 f.

⁸⁵² MükoBGB/Wellenhofer, § 1594 Rdn. 4; Grün, Rdn. 36; auch Copur, S. 198.

⁸⁵³ Rauscher, FPR 2002, S. 359 (360); Grün, Rdn. 36.

⁸⁵⁴ Die Zustimmung der austragenden und gebärenden Lebenspartnerin ist auch in diesem Fall zu fordern, vgl. Müller-Götzmann, S. 334.

⁸⁵⁵ Müller-Götzmann schlägt die notarielle Beurkundung der Erklärungen im Hinblick auf die Belehrungspflicht des Notars (§ 17 Abs. 1 BeUrkG) sowie der erhöhten Bestandskraft der Erklärungen vor, Müller-Götzmann, S. 334. Auch alle anderen öffentlichen Stellen sind zur Belehrung des Erklärenden verpflichtet, so dass kein Grund ersichtlich ist, ausschließlich den Notar zur Entgegennahme der Erklärungen für zuständig zu erklären. So stellt das DIJUF ein Dokument für die Jugendämter über die Belehrung vor der Anerkennung zur Verfügung, abrufbar: http://www.dijuf.de/de/online_service/documents/Niederschrift.pdf, letzter Zugriff am 13.02.2011.

⁸⁵⁶ Rauscher, FPR 2002, S. 359 (363); Müller-Götzmann, S. 334. Müller-Götzmann fordert weiterhin, dass die Anerkennung der Lebenspartnerin bereits vor der Zeugung des Kindes erklärt werden könne, mithin eine präkonzeptionelle Anerkennung zugelassen werde, vgl. Müller-Götzmann, S. 334. Diese Forderung ist aus den oben dargestellten Gründen auch bei gleichgeschlechtlichen Lebenspartnerinnen abzulehnen, vgl. S. 54 ff. Vielmehr sollte auch in diesen Fällen erwogen werden, im Wege eines Elternschaftsfeststellungsverfahrens die Lebenspartnerin der Mutter als Elternteil festzustellen, sofern diese vor der Befruchtung ihre Einwilligung in die Behandlung ihrer Partnerin abgegeben hatte.



Einwilligung in die Behandlung könnte zudem § 1600 Abs. 5 BGB angepasst und das Elternschaftsanechtungsrecht auch für Lebenspartnerinnen ausgeschlossen werden.⁸⁵⁷

Dieses Elternschaftsprinzip ist mit den Interessen des Kindes und aller Beteiligten vereinbar. Es steht mit der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur gelebten sozial-familiären Beziehung in Einklang, da die beiden Wunschmütter Elternverantwortung für das zu zeugende Kind übernehmen und der Samenspender in der Regel nicht an einer rechtlichen Begründung seiner Vaterschaft interessiert sein wird.⁸⁵⁸ Zudem fordern weder das geltende Recht noch das Bundesverfassungsgericht den generellen Vorrang der statusrechtlichen Zuordnung des Kindes zu seinem biologischen Erzeuger.⁸⁵⁹

Gestützt wird das vorgeschlagene Ergebnis auch durch die Entwicklungen in anderen europäischen Ländern.

4. Europäische Regelungen zur Einbindung der Lebenspartnerin in die rechtliche Elternstellung

Sowohl der schwedische, englische, spanische als auch der norwegische Gesetzgeber⁸⁶⁰ haben lesbischen Paaren den Zugang zu Maßnahmen der assistierten Reproduktion explizit eröffnet. Damit verbunden war die Verabschiedung spezieller familienrechtlicher Regelungen, die auf die Bedürfnisse der beteiligten Personen zugeschnitten sind. Besonders wichtig war den Gesetzgebern dabei die originäre statusrechtliche Zuordnung des Kindes zu beiden Partnerinnen in einer bestehenden Lebensgemeinschaft. Entscheidend für die Zuordnung des Kindes zu beiden Partnerinnen sind die pränatal abgegebenen Erklärungen der beiden Partnerinnen, wobei die Erklärungen jeweils unterschiedlicher staatlicher Mitwirkung bedürfen.

⁸⁵⁷ Dethloff: Regenbogenfamilien, in: Söllner/Gitter/Waltermann/Giesen/Ricken (Hrsg.): Gedächtnisschrift für Heinze, S. 133 (139); Müller-Götzmann, S. 334. Durch dieses Erfordernis kann schließlich auch den Interessen des Samenspenders Rechnung getragen werden, nicht doch noch als biologischer Vater des Kindes in Anspruch genommen zu werden. Er kann die Verwendung seines Spermas vom Vorliegen von Einwilligungserklärungen beider Lebenspartnerinnen abhängig machen.

⁸⁵⁸ Müller-Götzmann, S. 335.

⁸⁵⁹ Wehrstedt, DNotZ 2005, S. 649 (652); Müller-Götzmann, S. 335.

⁸⁶⁰ Im Gegensatz zu diesen sehr progressiven Regelungen haben die meisten anderen europäischen Länder – auch unter dem Druck der EU, die in ihrer Entschließung vom 04.09.2003 zur Lage der Grundrechte in der Europäischen Union wiederholt dazu angemahnt hatte, die tatsächlichen und gesetzlichen Diskriminierungen gerade auch im Hinblick auf Adoptionen durch Homosexuelle abzuschaffen – zumindest die Möglichkeit einer Stiefkindadoption bei registrierten gleichgeschlechtlichen Lebenspartnerschaften eingeführt, ausführlich dazu Dittberner, S. 147 ff. In Ungarn wurde hinsichtlich der registrierten Partnerschaft noch einmal ausdrücklich klargestellt, dass die Regeln der Vaterschaftsvermutung und über die Anerkennung der Vaterschaft bei gleichgeschlechtlichen registrierten Lebenspartnern gerade keine Anwendung finden, Weiss, FamRZ 2009, S. 1566.

a) Regelung im spanischen Recht

Die Regelung der abstammungsrechtlichen Folgen der medizinisch assistierten Zeugung hielt der spanische Gesetzgeber in einem Sondergesetz für angezeigt. Dieses aus dem Jahr 1988 stammende Gesetz wurde durch das Gesetz über Techniken der assistierten Fortpflanzung beim Menschen⁸⁶¹ vom 26. Mai 2006 (LTHRA) ersetzt.⁸⁶² Auf die generellen Regelungen des *Código Civil* wird darin nur ergänzend verwiesen.⁸⁶³ Das LTRHA gestattet sowohl die Eizell- als auch die Samenspende. Zudem kann jede Frau über 18 Jahren, unabhängig von ihrem Personenstand und ihrer sexuellen Orientierung, reproduktionsmedizinische Maßnahmen in Anspruch nehmen.⁸⁶⁴ Inhaltliche Änderungen des Systems des Abstammungsrechts bei medizinisch assistierter Fortpflanzung, das mit der Sonderregelung aus dem Jahr 1988 bereits den neuen Techniken angepasst worden war, waren mit der Änderung 2006 zunächst nicht verbunden.⁸⁶⁵

Das LTHRA sah daher keine abstammungsrechtliche Regelung für Kinder, die in eine gleichgeschlechtliche Ehe geboren wurden, vor. In Art. 8 LTHRA i.V.m. Art. 6 Abs. 3 LTHRA wurde nur die Zuordnung des mit Hilfe von reproduktionsmedizinischen Maßnahmen entstandenen Kindes zu einem verheirateten Paar bzw. zu einer mit einem Lebenspartner zusammenlebenden Mutter geregelt.⁸⁶⁶ Eine Notwendigkeit, Regelungen für die Zuordnung des in eine gleichgeschlechtliche Ehe hineingeborenen Kindes zu treffen, sah der spanische Gesetzgeber 2006 nicht.⁸⁶⁷ Vielmehr wollte der Gesetzgeber noch bewusst die Zuordnung

⁸⁶¹ Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, Anexo A.2 (Boletín Oficial del Estado Nr. 126, 27.5.2006). Im Folgenden LTRHA.

⁸⁶² Ferrer i Riba: Die Abstammung in den spanischen Rechtsordnungen, in: Spickhoff/Schwab/Henrich/Gottwald (Hrsg.): Der Streit um die Abstammung, S. 293 (294). Dieses Gesetz ließ jedoch die Voraussetzungen für den Zugang zu reproduktionsmedizinischen Maßnahmen weitgehend unberührt.

⁸⁶³ Bei Geburt des Kindes in eine heterosexuelle Partnerschaft bestimmt sich gemäß Art. 7 LTHRA dessen Abstammung grundsätzlich nach den allgemeinen Regelungen des Zivilrechts. Damit verbleibt es bei den allgemeinen Zuordnungskriterien, Ferrer i Riba: Die Abstammung in den spanischen Rechtsordnungen, in: Spickhoff/Schwab/Henrich/Gottwald (Hrsg.): Der Streit um die Abstammung, S. 293 (304).

⁸⁶⁴ González-Beilfuss: Spanien und Portugal, in: Scherpe/Yassari (Hrsg.): Die Rechtsstellung nichtehelicher Lebensgemeinschaften, S. 249 (267); Müller-Götzmann, S. 199.

⁸⁶⁵ Ferrer i Riba: Die Abstammung in den spanischen Rechtsordnungen, in: Spickhoff/Schwab/Henrich/Gottwald (Hrsg.): Der Streit um die Abstammung, S. 293 (294).

⁸⁶⁶ Danach muss der Ehemann, sofern die Mutter verheiratet ist und nicht von ihrem Ehegatten getrennt lebt, sein Einverständnis zu der medizinisch assistierten Zeugung gegeben haben. Bei Erteilung der Zustimmung zu einer künstlichen Befruchtung mit Spendersamen können weder die Mutter noch der Ehegatte die eheliche Abstammung des Kindes anfechten. Gemäß Art. 8 Abs. 2 LTRHA kann vielmehr die Vaterschaft des Mannes festgestellt werden, der seine Einwilligung zur künstlichen Befruchtung der Frau mit dem genetischen Material eines Dritten abgegeben hat, Ferrer i Riba, FamRZ 2007, S. 1513 (1515). Die Regelung ist in den Fällen von Bedeutung, in denen der zustimmende Lebenspartner nach der Geburt des Kindes die Anerkennung des Kindes verweigert. Die Vaterschaftsfeststellungsklage wird allein auf die Zustimmung zur künstlichen Befruchtung gestützt, Ferrer i Riba: Die Abstammung in den spanischen Rechtsordnungen, in: Spickhoff/Schwab/Henrich/Gottwald (Hrsg.): Der Streit um die Abstammung, S. 293 (305).

⁸⁶⁷ Insoweit wurde absichtlich eine planwidrige Regelungslücke geschaffen.

des Kindes zu der Ehegattin oder Lebenspartnerin aufgrund der Zustimmung unterbinden.⁸⁶⁸ Dieses Vorgehen war jedoch mit dem Zweck und dem Umfang der Legalisierung der Homo-Ehe nicht vereinbar, da der Gesetzgeber die gleichgeschlechtliche Ehe zuvor ausdrücklich mit der heterosexuellen Ehe gleichgestellt hatte.⁸⁶⁹

Aufgrund heftiger Kritik in den Medien von Organisationen lesbischer Frauen, sah sich der spanische Gesetzgeber in der Folgezeit zu einer Gesetzesänderung gedrängt.⁸⁷⁰ Etwa ein Jahr später wurden daher weitere abstammungsrechtliche Regelungen erlassen. Ausgehend von der Prämisse, dass die Entscheidung zur Inanspruchnahme reproduktionsmedizinischer Maßnahmen von beiden Lebenspartnerinnen –wie auch bei heterosexuellen Paaren– gemeinsam getroffen wird, wurde durch das Gesetz 3/2007 dem Art. 7 des Gesetzes 14/2006 vom 26.5.2006 über Techniken der assistierten menschlichen Fortpflanzung ein dritter Absatz angefügt. Dadurch sollten die existierenden Diskriminierungen gleichgeschlechtlicher Lebenspartnerschaften aufgehoben werden. Bis zum Inkrafttreten dieses Änderungsgesetzes konnten gleichgeschlechtliche Paare zwar die Ehe eingehen, aber nur durch Adoption⁸⁷¹ zu rechtlichen Eltern eines „gemeinsamen“ Kindes werden.⁸⁷²

Gemäß Art. 7 Abs. 3 LTHRA kann seit 2007 nunmehr eine Frau, die mit einer anderen schwangeren Frau verheiratet ist, vor dem Standesbeamten des ehelichen Wohnsitzes ihre Zustimmung dazu erklären, dass schon bei der Geburt des Kindes ihrer Ehegattin die Abstammung des Neugeborenen auch zu ihren Gunsten festgestellt wird.⁸⁷³ Diese Zuordnung der gemeinsamen Mutterschaft durch bloße Zustimmung greift jedoch nur zugunsten von verheirateten Paaren.⁸⁷⁴ Partnerinnen, die unverheiratet in einer stabilen Partnerschaft leben, verbleibt nur die Möglichkeit der Stiefkindadoption, sofern das jeweils einschlägige Foralrecht diese gestattet.⁸⁷⁵

Wie bereits ausgeführt, kann nach der Vorschrift des Art. 7 Abs. 3 LTHRA die mit der gebärenden Frau verheiratete Partnerin die Mitmutterschaft zu dem Kind zwar begründen, allerdings reicht dafür die bloße Zustimmung zur Vornahme der künstlichen Befruchtung nicht aus. Vielmehr muss die Partnerin vor der Geburt des Kindes vor dem örtlich zuständigen Standesbeamten erklären, dass sie der Zuordnung des Kindes zu ihren Gunsten

⁸⁶⁸ Ferrer i Riba: Die Abstammung in den spanischen Rechtsordnungen, in: Spickhoff/Schwab/Henrich/Gottwald (Hrsg.): Der Streit um die Abstammung, S. 293 (298).

⁸⁶⁹ Ferrer i Riba: Die Abstammung in den spanischen Rechtsordnungen, in: Spickhoff/Schwab/Henrich/Gottwald (Hrsg.): Der Streit um die Abstammung, S. 293 (298).

⁸⁷⁰ Ferrer i Riba, FamRZ 2007, S. 1513 (1515).

⁸⁷¹ Die Adoption des Kindes unterliegt jedoch einer gerichtlichen Nachprüfung.

⁸⁷² Ferrer i Riba: Die Abstammung in den spanischen Rechtsordnungen, in: Spickhoff/Schwab/Henrich/Gottwald (Hrsg.): Der Streit um die Abstammung, S. 293 (298).

⁸⁷³ Ferrer i Riba, FamRZ 2007, S. 1513 (1515); Ferrer i Riba: Die Abstammung in den spanischen Rechtsordnungen, in: Spickhoff/Schwab/Henrich/Gottwald (Hrsg.): Der Streit um die Abstammung, S. 293 (299).

⁸⁷⁴ Ferrer i Riba, FamRZ 2007, S. 1513 (1515).

⁸⁷⁵ Müller-Götzmann, S. 199.

zustimmt. In der Bestimmung ist jedoch nicht geregelt, wie zu verfahren ist, wenn die Erklärung nicht vor der Geburt des Kindes abgegeben wird, nach der Geburt aber die Zuordnung begehrt wird. In der Literatur wird davon ausgegangen, dass bei wortlautgetreuer Anwendung des Gesetzes die Erklärung zwar zurückgewiesen werden müsste; in der Praxis solle aus Kindeswohlgesichtspunkten die Erklärung trotz Verspätung jedoch für zulässig gehalten werden.⁸⁷⁶ Dem Gesetz ist weiterhin nicht zu entnehmen, ob die Geburtsmutter der Erklärung ihrer Ehegattin zustimmen muss. Die Zustimmung der Geburtsmutter wird in der Literatur als notwendig angesehen.⁸⁷⁷ Der Standesbeamte darf dagegen keinen Nachweis über die Vornahme der künstlichen Befruchtung verlangen. Sollte er dennoch ein solches Gutachten einfordern, darf die Eintragung im Zivilregister in keinem Fall Daten enthalten, aus denen die Art der Abstammung erkennbar ist.⁸⁷⁸

Die Möglichkeit zur Begründung der doppelten „Mutterschaft“ steht im Belieben der homosexuellen Paare. Die nicht austragende Ehegattin ist zur Zustimmung berechtigt, indes aber nicht verpflichtet. Daraus folgt, dass die homosexuelle verheiratete Frau im Gegensatz zu einer verheirateten heterosexuellen Frau ohne Einwilligung oder Teilhabe ihrer Partnerin sich einer künstlichen Befruchtung unterziehen kann. Sie kann das „Fortpflanzungsprojekt“ einseitig vorantreiben.⁸⁷⁹

b) Regelung im schwedischen Recht

Im Gesetz über „Partnerschaft und Adoption“, das am 01.02.2003 in Kraft trat, war lesbischen Frauen der Zugang zu reproduktionsmedizinischen Maßnahmen in öffentlichen schwedischen Krankenhäusern aufgrund der unklaren rechtlichen Begründung der Elternschaft der beiden Partnerinnen noch versagt worden.⁸⁸⁰ Seit dem Inkrafttreten der Änderungsgesetze über die Insemination und die extrakorporale Befruchtung am 01.07.2005 sowie der Änderung der abstammungsrechtlichen Vorschriften mit Wirkung zum 01.07.2005 dürfen auch lesbische Frauen mit Samen eines Dritten in einem öffentlichen⁸⁸¹ schwedischen

⁸⁷⁶ Ferrer i Riba, FamRZ 2007, S. 1513 (1515).

⁸⁷⁷ Ferrer i Riba, FamRZ 2007, S. 1513 (1515).

⁸⁷⁸ Ferrer i Riba, FamRZ 2007, S. 1513 (1515); Ferrer i Riba: Die Abstammung in den spanischen Rechtsordnungen, in: Spickhoff/Schwab/Henrich/Gottwald (Hrsg.): Der Streit um die Abstammung, S. 293 (299).

⁸⁷⁹ Ferrer i Riba, FamRZ 2007, S. 1513 (1515).

⁸⁸⁰ Bogdan, IPRax 2002, S. 534 mit FN 2; Müller-Götzmann, S. 185; Jänterä-Jareborg, FamRZ 2003, S. 349. Auch nach dem Änderungsgesetz über die extrakorporale Befruchtung, das am 01.01.2003 in Kraft trat, dürfen nur verheiratete und eheähnlich zusammenlebende heterosexuelle Paare eine Behandlung in Anspruch nehmen, vgl. Jänterä-Jareborg, FamRZ 2003, S. 350.

⁸⁸¹ Dabei handelt es sich um alle von der öffentlichen Hand finanzierten Krankenhäuser inklusive der Universitätskliniken, Jänterä-Jareborg, FamRZ 2006, S. 1329, FN 2. Damit werden künstliche Befruchtungen derzeit in keinem privat finanzierten Krankenhaus in Schweden durchgeführt. Durch dieses Erfordernis der Behandlung in einem öffentlichen Krankenhaus soll sichergestellt werden, dass das Recht des Kindes auf Kenntnis gewahrt wird, da öffentliche Krankenhäuser dafür Sorge tragen müssen, dass die Daten über die Identität des Samenspenders ordnungsgemäß erhoben und aufbewahrt werden, Jänterä-Jareborg, FamRZ 2006, S. 1329 (1330); Müller-Götzmann, S. 186.

Krankenhaus inseminiert werden.⁸⁸² Das Recht auf Behandlung mit reproduktionsmedizinischen Methoden steht nicht nur registrierten lesbischen Lebenspartnerinnen zu, sondern auch lesbischen Partnerinnen, die in einer nichtregistrierten stabilen Partnerschaft⁸⁸³ leben.⁸⁸⁴ Alleinstehende Frauen sind hingegen von reproduktionsmedizinischen Maßnahmen ausgeschlossen. Dadurch soll sichergestellt werden, dass zwei Elternteile die Verantwortung für das Kind übernehmen.⁸⁸⁵

Die künstliche Befruchtung in einem öffentlichen schwedischen Krankenhaus kann nach schwedischem Recht nicht nur statusrechtliche Konsequenzen für die gebärende Frau nach sich ziehen. Sofern die registrierte Partnerin oder die Lebensgefährtin ihre Einwilligung zu der künstlichen Befruchtung gegeben hatte, wird sie zwar nicht ex lege automatisch mit der Geburt des Kindes, jedoch dann als zweiter Elternteil⁸⁸⁶ des Kindes angesehen, wenn sie das Kind in schriftlich beglaubigter Form anerkennt oder wenn sie von einem Gericht aufgrund ihrer Einwilligung als Elternteil bestätigt wird.⁸⁸⁷ Die Anerkennung der Elternschaft muss durch das „social welfare committee“ und von der gebärenden Frau genehmigt werden und kann bereits vor der Geburt des Kindes erfolgen.⁸⁸⁸ Das „social welfare committee“ soll die Genehmigung erteilen, wenn die Lebenspartnerin der Behandlung in einem öffentlichen Krankenhaus in Schweden zugestimmt hat und die Behandlung kausal für die Geburt eines Kindes war. Bei gerichtlicher Feststellung der Elternschaft der Lebenspartnerin gilt dieser Prüfungsmaßstab auch für das Gericht.⁸⁸⁹

Sofern die künstliche Befruchtung privat oder im Ausland vorgenommen wurde, kann die statusrechtliche Zuordnung des Kindes zu der nichtgebärenden Lebenspartnerin dagegen nicht durch die Abgabe einer Anerkennungserklärung herbeigeführt werden.⁸⁹⁰ Dennoch sollte nach Möglichkeit die Elternschaft eines zweiten Elternteils aus

⁸⁸² Jänterä-Jareborg, FamRZ 2006, S. 1329; Müller-Götzmann, S. 185 f; Singer: Between genetic and social parenthood, in: Spickhoff/Schwab/Henrich/Gottwald (Hrsg.): Der Streit um die Abstammung, S. 139 (147).

⁸⁸³ Von einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft ist im schwedischen Recht dann auszugehen, wenn zwei Personen ständig zusammenleben und einen gemeinsamen Haushalt führen, Jänterä-Jareborg, FamRZ 2004, S. 1431.

⁸⁸⁴ Jänterä-Jareborg, FamRZ 2006, S. 1329. Die Eizellspende steht diesen Partnerschaften dagegen nicht offen. Daher müssen die Eizellen von der Frau stammen, die das Kind austrägt. Eizellen ihrer lesbischen Partnerin oder einer dritten Frau dürfen bei der Behandlung keine Verwendung finden, Jänterä-Jareborg, FamRZ 2006, S. 1329, FN 13; Müller-Götzmann, S. 186.

⁸⁸⁵ Jänterä-Jareborg, FamRZ 2006, S. 1329. Alleinstehende Frauen sind unabhängig von ihrer sexuellen Orientierung von der Inanspruchnahme reproduktionsmedizinischer Methoden ausgeschlossen. Auch die Elternschaft von mehr als zwei Personen zu einem Kind ist nach schwedischem Recht nicht möglich.

⁸⁸⁶ Die abstammungsrechtlichen Vorschriften sprechen insoweit von Elternschaft und vermeiden den Begriff der Mutterschaft, Jänterä-Jareborg, FamRZ 2006, S. 1329 FN 14.

⁸⁸⁷ Singer: Between genetic and social parenthood, in: Spickhoff/Schwab/Henrich/Gottwald (Hrsg.): Streit um die Abstammung, S. 139 (147); Jänterä-Jareborg, FamRZ 2006, S. 1329 (1330).

⁸⁸⁸ Jänterä-Jareborg, FamRZ 2006, S. 1329 (1330).

⁸⁸⁹ Jänterä-Jareborg, FamRZ 2006, S. 1329 (1330 FN 17).

⁸⁹⁰ Müller-Götzmann, S. 188.



Kindeswohlgesichtspunkten begründet werden.⁸⁹¹ Die in diesen Fällen von den öffentlichen Stellen betriebene Vaterschaftsermittlung wird in der Regel ergebnislos bleiben und daher eingestellt werden.⁸⁹² Für die zustimmende Frau, die mit der Mutter in einer registrierten Lebenspartnerschaft lebt, bleibt daher nur die Möglichkeit der Stiefkindadoption.⁸⁹³ Nur auf diese Weise können die beiden Partnerinnen gemeinsam zu rechtlichen Eltern des Kindes werden. Die Partnerin der Gebärenden, die mit dieser in keiner registrierten Lebenspartnerschaft lebt, kann das Kind nicht adoptieren.⁸⁹⁴

Derzeit wird in Schweden beraten, ob die Elternschaftszuordnung zugunsten der Einwilligenden auch dann eingreifen soll, wenn das Kind privat oder im Ausland gezeugt worden ist, wie dies bei heterosexuellen Paaren der Fall ist.⁸⁹⁵ In Betracht käme die Begründung der Elternschaft durch Anerkennung oder gerichtliche Entscheidung.⁸⁹⁶ Weiterhin wird untersucht, ob die registrierte Partnerin ähnlich dem Ehemann bereits direkt mit der Geburt dem Kind als zweiter rechtlicher Elternteil zugeordnet werden sollte.⁸⁹⁷

c) Regelung im englischen Recht

Im Human Fertilisation and Embryology Act 2008 sind in den sections 42 ff. Regelungen zur Elternstellung der in einer Lebenspartnerschaft lebenden Frau enthalten. Die Regelungen sind komplex und führen zu einem zweistufigen System, abhängig von dem Umstand, ob die Zeugung des Kindes vor oder nach dem 6. April 2009 stattfand.⁸⁹⁸ Bei Kindern, die vor dem 6. April 2009 gezeugt wurden, wird die Lebenspartnerin der Mutter weder automatisch mit der Geburt des Kindes als Elternteil anerkannt, noch erlangt sie automatisch Elternverantwortung. Die Lebenspartnerin kann den Status als Elternteil des Kindes nur erlangen, wenn sie das Kind adoptiert, die Obhut⁸⁹⁹ übernimmt oder -sofern sie mit der Mutter in einer registrierten Lebenspartnerschaft lebt- die rechtliche Stellung eines Stiefelternteils einnimmt.⁹⁰⁰

⁸⁹¹ Singer: Between genetic and social parenthood, in: Spickhoff/Schwab/Henrich/Gottwald (Hrsg.): Der Streit um die Abstammung, S. 139 (147); Henrich: Kollisionsrechtliche Fragen bei medizinisch assistierter Zeugung, in: Helms/Zeppernick (Hrsg.): Lebendiges Familienrecht, Festschrift für Rainer Frank, S. 249 (255).

⁸⁹² Müller-Götzmann, S. 188.

⁸⁹³ Singer: Between genetic and social parenthood, in: Spickhoff/Schwab/Henrich/Gottwald (Hrsg.): Der Streit um die Abstammung, S. 139 (147); Müller-Götzmann, S. 188; Jänterä-Jareborg, FamRZ 2006, S. 1329 (1330).

⁸⁹⁴ Jänterä-Jareborg, FamRZ 2006, S. 1329 (1330).

⁸⁹⁵ Singer: Between genetic and social parenthood, in: Spickhoff/Schwab/Henrich/Gottwald (Hrsg.): Der Streit um die Abstammung, S. 139 (147); Jänterä-Jareborg, FamRZ 2006, S. 1329 (1330).

⁸⁹⁶ Singer: Between genetic and social parenthood, in: Spickhoff/Schwab/Henrich/Gottwald (Hrsg.): Der Streit um die Abstammung, S. 139 (147).

⁸⁹⁷ Singer: Between genetic and social parenthood, in: Spickhoff/Schwab/Henrich/Gottwald (Hrsg.): Der Streit um die Abstammung, S. 139 (147); Jänterä-Jareborg, FamRZ 2006, S. 1329 (1330).

⁸⁹⁸ Gamble/Ghevaert, Family Law Journal 2009, S. 730.

⁸⁹⁹ Im Gesetz als Residence order bezeichnet.

⁹⁰⁰ Gamble/Ghevaert, Family Law Journal 2009, S. 730.



Anders gestaltet sich die Rechtslage bei Kindern, die nach dem 6. April 2009 gezeugt wurden: Gemäß section 42 (1) HFEA 2008 wird die Lebenspartnerin der Mutter als zweiter Elternteil des Kindes angesehen, sofern die Mutter im Zeitpunkt der künstlichen Insemination mit ihrer Lebenspartnerin in einer registrierten Lebenspartnerschaft lebte und die Lebenspartnerin nicht nachweisen kann, dass sie der Behandlung nicht zugestimmt hat. Gemäß section 42 (2) HFEA 2008 findet section 42 (1) HFEA 2008 auch dann Anwendung, wenn die Behandlung im Ausland durchgeführt wurde.

Eine noch weitergehende Regelung findet sich in section 43 HFEA 2008. Im Unterschied zu den dargestellten Regelungen in Schweden und Spanien kann die Elternschaft auch zugunsten der Lebenspartnerin der Mutter begründet werden, die mit der Mutter in keiner formalisierten Beziehung lebt. Voraussetzung dafür ist jedoch, dass die Behandlung im Vereinigten Königreich von einer lizenzierten Person/Klinik durchgeführt wurde, dass die in section 44 HFEA 2008 geforderten Zustimmungsvoraussetzungen gegeben waren und dass die Lebenspartnerin bei Durchführung der Behandlung noch am Leben war. Damit eine wirksame Zustimmung im Sinne von section 44 HFEA 2008 vorliegt, muss die Zustimmung der Lebenspartnerin gegenüber einer verantwortlichen Person⁹⁰¹ abgegeben worden sein und den Inhalt gehabt haben, dass sie einverstanden ist, als Elternteil jedes Kindes behandelt zu werden, das ihre Lebenspartnerin aufgrund der Behandlung in einer lizenzierten Klinik zur Welt bringt. Die zukünftige Mutter des Kindes wiederum muss gegenüber der verantwortlichen Person ihr Einverständnis mit der künftigen Elternstellung ihrer Lebenspartnerin erklärt haben. Zudem dürfen weder die Lebenspartnerin noch die zukünftige Mutter des Kindes ihre Erklärungen vor der Zeugung des Kindes gegenüber der verantwortlichen Person widerrufen haben. Im Übrigen darf die gebärende Frau kein ihrer ursprünglichen Erklärung widersprechendes Statement, dass sie nun der Elternschaft einer anderen Frau als ihrer Lebenspartnerin bzw. eines anderen Mannes zustimme, abgegeben haben. Schließlich dürfen die beiden der Behandlung zustimmenden Frauen nicht in einem Verwandtschaftsverhältnis zueinander stehen, aufgrund dessen die Eingehung einer Lebenspartnerschaft ausgeschlossen ist. Des Weiteren muss jede der Zustimmungserklärungen schriftlich abgefasst und unterschrieben sein⁹⁰².

Nicht in einer registrierten Lebenspartnerschaft lebende Frauen, die ihr Kind außerhalb des Vereinigten Königreichs zeugen lassen, bleibt dagegen auch weiterhin nur die Möglichkeit der Adoption bzw. die Beantragung der Obhutsübertragung.⁹⁰³

⁹⁰¹ Darunter ist die Person zu verstehen, unter deren Leitung bzw. Kontrolle die Behandlung durchgeführt wird, Birk, S. 132, 11.41.

⁹⁰² Ausnahmsweise kann von diesem Erfordernis abgewichen werden, wenn die erklärende Person aufgrund Krankheit, Verletzung oder Missbildungen dazu nicht in der Lage ist. In diesen Fällen ist es ausreichend, wenn in Anwesenheit des „Erklärenden“ sowie eines Zeugen die Erklärung durch einen ermächtigten Dritten unterzeichnet wird, Birk, S. 132 f., 11.41.

⁹⁰³ Gamble/Ghevaert, Family Law Journal 2009, S. 730.



d) Regelung im norwegischen Recht

Mit Einführung der gleichgeschlechtlichen Ehe zum 1. Januar 2009 wurden auch in Norwegen weitere Regelungen im Bereich der künstlichen Befruchtung erlassen: Gleichgeschlechtlichen Ehegatten sowie Lebenspartnerinnen, die in einer eheähnlichen Lebensgemeinschaft leben, ist es nunmehr gestattet, eine künstliche Befruchtung mit Spendersamen vornehmen zu lassen. Bei der Geburt eines Kindes in eine gleichgeschlechtliche Ehe gilt die Partnerin als Mitmutter, sofern die Behandlung mit ihrer Zustimmung erfolgte und in einer anerkannten medizinischen Einrichtung der Gesundheitspflege⁹⁰⁴ durchgeführt wurde. Dagegen wird die nichteheliche Lebenspartnerin der Mutter dem Kind nicht automatisch als gesetzlicher Elternteil zugeordnet. Der Partnerin steht jedoch das Recht zu, ihre Elternschaft zu dem Kind schriftlich anzuerkennen.⁹⁰⁵

e) Entwicklung in den Niederlanden

Die gleichgeschlechtliche Lebenspartnerin⁹⁰⁶ der Mutter wird –unabhängig von ihrem Personenstand– in den Niederlanden ebenfalls nicht automatisch mit der Geburt dem Kind als dessen zweiter gesetzlicher Elternteil zugeordnet.⁹⁰⁷ Auch hat ihre Zustimmung zu einer künstlichen Befruchtung ihrer Lebenspartnerin keine rechtlichen Auswirkungen. Im derzeitigen Recht ist lediglich die Stiefkindadoption für die Lebenspartnerin der Mutter vorgesehen.⁹⁰⁸

In den Niederlanden wurde insofern jedoch Reformbedarf festgestellt. Deshalb beauftragten der Justizminister sowie der Minister für Jugend und Familie eine Kommission mit der Untersuchung der Fragen, ob und wie die rechtliche Elternstellung der Lebenspartnerin der Geburtsmutter begründet werden könnte. In ihrem Bericht im Oktober 2007 sprachen sich die Kommissionsmitglieder dafür aus, der Lebenspartnerin der Geburtsmutter zumindest die Anerkennung des Kindes ihrer Lebenspartnerin zu gestatten. Der weiblichen Partnerin der Kindesmutter sollten nach ihren Ausführungen dieselben Möglichkeiten zur Begründung der rechtlichen Elternschaft in Bezug auf das Kind wie einem unverheirateten (nichtbiologischen) Vater eingeräumt werden. Weiterhin führte die Kommission aus, dass es sich bei der Entscheidung, ob die Lebenspartnerin, die mit der Kindesmutter im Zeitpunkt der Geburt des

⁹⁰⁴ Wenn die künstliche Befruchtung in keiner anerkannten Institution durchgeführt wurde, wird die Ehepartnerin der Mutter keine Mitmutter, Frantzen, FamRZ 2008, S. 1707 (1708).

⁹⁰⁵ Dethloff: Assistierte Reproduktion und rechtliche Elternschaft, in: Funcke/Thorn (Hrsg.): Die gleichgeschlechtliche Familie mit Kindern, S. 161 (180); Frantzen, FamRZ 2008, S. 1707 f.

⁹⁰⁶ In den Niederlanden ist die Behandlung eines lesbischen Paares rechtlich möglich. Jedoch weigern sich viele Krankenhäuser, entsprechende fortpflanzungsmedizinische Verfahren an lesbischen oder alleinstehenden Frauen vorzunehmen. Das „Dutch Equal Treatment Committee“ hat entschieden, dass es sich insoweit um eine Diskriminierung aufgrund der sexuellen Orientierung und damit um einen Bruch von Art. 1 der niederländischen Verfassung handele. Diese Entscheidung des Komitees ist jedoch rechtlich nicht bindend, siehe Vonk, EJCL 2007, S. 1 (3).

⁹⁰⁷ Vonk, Utrecht Law Review, Volume 4, Issue 2 (June) 2008, S. 117 (132); Vonk, International Journal of Law, Policy and the Family 2004, S. 103 (113); Vonk, EJCL 2007, S. 1(3).

⁹⁰⁸ Vonk, Utrecht Law Review, Volume 4, Issue 2 (June) 2008, S. 117 (132); Vonk, EJCL 2007, S. 1 (2).



Kindes verheiratet ist, automatisch mit der Geburt dem Kind als zweiter Elternteil zugeordnet werden sollte, allein um eine politische Entscheidung handele.⁹⁰⁹

C. Zwischenergebnis

Derzeit ist das deutsche Abstammungsrecht weit von vergleichbaren Regelungen entfernt. Der Lebenspartnerin der Mutter bleibt nur die Möglichkeit der Stiefkindadoption gemäß § 9 Abs. 7 LPartG. Sofern ein Adoptionsverfahren nicht durchgeführt wird, hat das Kind in der Regel nur einen rechtlichen Elternteil, da der Samenspender als genetischer Vater aufgrund der Durchführung der Behandlung im Ausland oder aufgrund einer anonymen Spende wohl nicht festgestellt werden kann. Dieser Umstand benachteiligt das Kind erheblich. Das Kind wurde aufgrund des gemeinsamen Willens des in einer Lebenspartnerschaft verbundenen Paares gezeugt und geboren. Daher wächst das Kind in der Regel in einer stabilen Beziehung ihrer Mutter und damit mit zwei (sozialen) Elternteilen auf. Die Versorgung des Kindes wird gleichberechtigt zwischen der biologischen und der sozialen Mutter geteilt.⁹¹⁰ Der Gesetzgeber hat klargestellt, dass er von Ehepaaren und Paaren in einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft erwartet, dass sie zu der gemeinsam übernommenen Verantwortung stehen. Deshalb hat er die Anfechtung der Vaterschaft in § 1600 Abs. 5 BGB ausgeschlossen. Diesem Gedanken der gemeinsamen Verantwortungsübernahme folgend ist es kaum nachvollziehbar, warum die intentionale Elternschaft durch ein gleichgeschlechtliches Paar bisher im Gesetz noch nicht ausdrücklicher berücksichtigt wurde.⁹¹¹ Im Gesetz sollte die Anerkennungsberechtigung der in Lebenspartnerschaft lebenden nichtgebärenden Lebenspartnerin der Mutter festgehalten werden, da die Begründung der Elternschaft durch die Lebenspartnerin der Mutter als durchweg positiv für das Kind zu beurteilen ist. Das Kind gewinnt einen weiteren Elternteil hinzu, ohne dass es einen rechtlichen Elternteil verliert.⁹¹² Auch anhand der bereits ausgeführten ausländischen Regelungen zeigt sich, dass der deutsche Gesetzgeber mit einer Regelung keinen Sonderweg einschlägt. Vielmehr würde der deutsche Gesetzgeber –ähnlich dem englischen, spanischen und schwedischen Gesetzgeber– die eigenständige Lebens- und Familienplanung von gleichgeschlechtlichen Lebenspartnern respektieren. Zudem ist dem Gesetzgeber –wie bereits angedeutet– aus Kindeswohlgesichtspunkten zu einer entsprechenden Gesetzesänderung zu raten. Dem Kindeswohl wird am besten entsprochen, wenn das Kind zu mehreren Personen in einer Rechtsbeziehung steht und gegenüber diesen Personen Unterhalts- und Erbansprüche geltend machen kann.

Daher sollte § 1592 Nr. 2 BGB folgende Fassung erhalten:

⁹⁰⁹ Siehe Vonk, *Utrecht Law Review*, Volume 4, Issue 2 (June) 2008, S. 117 (132).

⁹¹⁰ Brewaeyts/Dufour/Kentenich, *Journal für Reproduktionsmedizin und Endokrinologie* 2005, S. 35.

⁹¹¹ So auch Dittberner, S. 196; Dethloff, *FPR* 2010, S. 208 (209).

⁹¹² So auch für den Fall der Stiefkindadoption: Tillmanns: Die Adoption durch die Partner einer eingetragenen Lebenspartnerschaft, in: Helms/Zeppernick (Hrsg.): *Lebendiges Familienrecht*, Festschrift für Rainer Frank, S. 271 (279).



„Vater eines Kindes ist der Mann, der die Vaterschaft anerkannt hat. Die Elternschaft zu einem Kind kann auch von der Frau anerkannt werden, die mit der Mutter in einer Lebenspartnerschaft lebt und die in eine künstliche Befruchtung mit Spendersamen eingewilligt hatte, sofern keine Vaterschaft nach § 1592 Nr. 1-3 BGB zugunsten eines Mannes begründet ist.“

VII. Abstammungsrechtliche Zuordnung des Kindes bei einem nicht in Lebensgemeinschaft lebenden weiblichen Paar

Fraglich ist, ob auch zugunsten der nicht mit der Gebärenden verpartnerten Frau die Elternschaft zu einem in ihre nicht formalisierte Beziehung geborenen Kind begründet werden kann bzw. sollte. Eine Stiefkindadoption ist, wie bereits erläutert, gemäß § 9 Abs. 7 S. 1 LPartG nur Lebenspartnern möglich. Eine Gesetzesänderung ist insofern auch nicht angezeigt. Da keine formale Beziehung zwischen den beiden Partnerinnen besteht, scheidet eine Elternschaftsvermutung aufgrund bestehender Lebenspartnerschaft bereits aus rein tatsächlichen Gründen aus. Auch eine Elternschaftsvermutung, die allein an das Bestehen einer faktischen Lebenspartnerschaft anknüpft, ist im Hinblick auf die Prinzipien des Abstammungsrechts abzulehnen.⁹¹³ Die Zuordnung aufgrund der Einwilligung zu begründen, verbietet sich ebenfalls aus den bereits ausgeführten Gründen.⁹¹⁴

Auch die Möglichkeit zur Anerkennung des Kindes sollte der nichtgebärenden Partnerin nicht eingeräumt werden. Nach der derzeitigen Gesetzeslage ist es für die Partnerin der Gebärenden daher nicht möglich, die rechtliche Elternstellung zu dem Kind ihrer Partnerin zu begründen, da der Gesetzgeber das Recht zur Stiefkindadoption nur den in Lebenspartnerschaft, also in einer formalisierten Beziehung, lebenden Paaren eingeräumt hat. Dies begründet sich vor allem aus dem Umstand, dass durch die Eingehung einer Lebenspartnerschaft nicht nur in persönlicher Hinsicht die Beziehung der Partnerinnen stabilisiert wird, sondern dass auch eine finanzielle Absicherung und damit ökonomische Verbundenheit begründet ist, die bei bloßen Lebenspartnerinnen nicht gegeben ist. Im Hinblick auf das Kindeswohl ist der Gesetzgeber an einer stabilen und tragfähigen Zuordnung des Kindes interessiert. Nur die rechtliche Formalisierung einer Lebenspartnerschaft bietet nach Ansicht des Gesetzgebers hinreichende Gewähr für das Vorhandensein von Stabilität. Zudem haben auch diejenigen Gesetzgeber, die zuerst Regelungen zur originären statusrechtlichen Zuordnung des Kindes zu der nichtgebärenden Lebenspartnerin der Mutter geschaffen haben, die Zuordnung von dem Vorliegen einer rechtlichen Formalisierung der Beziehung⁹¹⁵ abhängig gemacht.⁹¹⁶ Die weiterreichenden Begründungstatbestände in

⁹¹³ Siehe die Begründung für nichteheliche heterosexuelle Lebenspartnerschaften, S. 8484 f.

⁹¹⁴ Siehe S. 133 f.

⁹¹⁵ In Schweden müssen die Partnerinnen verheiratet sein bzw. in einer formalisierten Lebens- bzw. Haushaltsgemeinschaft leben. Das spanische Recht verlangt, dass die Partnerinnen verheiratet sind, vgl. Müller-Götzmann, S. 186 und S. 199.

Norwegen und England können zu keinem anderen Ergebnis führen, da auch ansonsten in diesen Rechtsordnungen das Prinzip der sozialen Elternschaft in viel stärkerem Umfang ausgeprägt ist. Aus den aufgeführten Gründen ist eine entsprechende Modifizierung der Anerkennungsvorschriften daher abzulehnen. Vielmehr sollten die Partnerinnen auf die Möglichkeit zur Eingehung einer eingetragenen Lebenspartnerschaft verwiesen werden, wenn sie statusrechtliche Vorteile in Anspruch nehmen möchten.⁹¹⁷

VIII. Abstammungsrechtliche Zuordnung des Kindes bei in einer Lebenspartnerschaft lebenden Männern

In Lebenspartnerschaften zweier Männer wachsen wesentlich weniger Kinder als in lesbischen Lebenspartnerschaften auf, obwohl schwule Lebenspartnerschaften derzeit etwa 71% der eingetragenen Lebenspartnerschaften ausmachen.⁹¹⁸ Die Gründe hierfür sind darin zu sehen, dass homosexuelle Männer für die Realisierung ihres gemeinsamen Kinderwunsches eine Leih- bzw. Ersatzmutter⁹¹⁹ engagieren müssen, die auch noch nach der Geburt bereit sein muss, ihnen das Kind auf Dauer zu überlassen.⁹²⁰ Aus diesem Grund und aufgrund der vom deutschen Abstammungsrecht vorgegebenen Stellung des Mannes bei der Etablierung von Statusbindungen⁹²¹ ergeben sich zusätzliche Schwierigkeiten.

A. Derzeitige Gesetzeslage

Die Leih- bzw. Ersatzmutter, die das Kind austrägt und zur Welt bringt, ist Mutter im Rechtssinne gemäß § 1591 BGB, selbst wenn sie von Anfang an beabsichtigte, das Kind sofort nach der Geburt an das homosexuelle Paar herauszugeben, und zudem nicht die genetische Mutter des Kindes ist. Da das geltende Abstammungsrecht keine Möglichkeit zur Beseitigung der Mutterschaft kennt⁹²², bleibt die Leih- bzw. Ersatzmutter unabänderbar die

⁹¹⁶ Dies ist im Hinblick auf den Umstand, dass in Spanien jede Frau unabhängig von ihrem Personenstand und ihrer sexuellen Orientierung Zugang zu reproduktionsmedizinischen Maßnahmen hat, bemerkenswert. In Schweden hingegen dürfen Frauen, die in einer rechtlich nicht formalisierten Beziehung leben, reproduktionsmedizinische Maßnahmen nicht in Anspruch nehmen. Diese Regelung erfolgte vor dem Hintergrund, dass das durch reproduktionsmedizinische Maßnahmen gezeugte Kind immer zwei rechtliche Elternteile erhalten soll. Daher wurden rechtlich alleinstehende Frauen von diesen Maßnahmen ausgeschlossen, vgl. Jänterä-Jareborg, FamRZ 2006, S. 1329.

⁹¹⁷ Siehe auch Müller-Götzmann, S. 336.

⁹¹⁸ Rupp (Hrsg.), S. 13 ff.

⁹¹⁹ Siehe zuletzt die Meldung, dass Elton John und sein Lebensgefährte David Furnish mit Hilfe einer Leihmutter Eltern geworden sind, „Popstar wird Vater: Elton John und die „Gebärmaschinen“, vgl. <http://www.stern.de/lifestyle/leute/popstar-wird-vater-elton-john-und-die-gebaermaschinen-1638151.html>; letzter Zugriff am 29.12.2010. Nach englischem Recht können auch homosexuelle Paare durch eine parental order gemäß section 54 HFEA 2008 rechtliche Eltern eines Kindes werden, vgl. Scherpe, FamRZ 2010, S. 1513 (1515).

⁹²⁰ Zwar ist die Ersatzmutterschaft in Deutschland gemäß § 1 Abs. 1 Nr. 7 ESchG verboten; jedoch bleiben sowohl das betroffene Paar sowie die Ersatzmutter bei Zuwiderhandlung straffrei gemäß § 1 Abs. 3 Nr. 2 ESchG.

⁹²¹ Die Zuordnung des Kindes zu seiner Mutter ist maßgeblich für die Art der väterlichen Zuordnung nach § 1592 BGB.

⁹²² Palandt/Brudermüller, § 1591 Rdn. 2; Gernhuber/Coester-Waltjen, § 51 I Rdn. 7-9.



Mutter des Kindes. Für die Zuordnung des Kindes zu den Lebenspartnern spielt weiterhin der Personenstand der Mutter eine erhebliche Rolle:

Sollte die Ersatzmutter verheiratet sein und in die künstliche Befruchtung mit Spendersamen gemeinsam mit ihrem Ehemann wirksam eingewilligt haben, wird dem Ehemann nicht nur von Geburt an die rechtliche Vaterstellung gemäß § 1592 Nr. 1 BGB zugeordnet; vielmehr kann diese Vaterschaft aufgrund von § 1600 Abs. 5 BGB nicht mehr in einem Vaterschaftsanfechtungsverfahren beseitigt werden. Dies gilt auch, wenn nachgewiesen werden kann, dass der verwendete Samen von einem der beiden verpartnerten Männer stammt.⁹²³

Bei einer unverheirateten, aber in einer festen Lebensgemeinschaft lebenden Leih- bzw. Ersatzmutter besteht das Risiko, dass ihr Lebenspartner das Kind anerkennt. Auch in diesem Fall greift der Anfechtungsausschluss gemäß § 1600 Abs. 5 BGB, wenn sie und ihr nichtehelicher Lebenspartner in die künstliche Befruchtung mit Spendersamen wirksam eingewilligt haben.⁹²⁴ Sofern die Ersatzmutter unverheiratet ist und auch keine anderweitige Vaterschaftszuordnung besteht, kann ein Lebenspartner das Kind anerkennen bzw. es kommt sogar die gerichtliche Vaterschaftsfeststellung in Betracht, wenn dessen Samen verwendet wurde.

Während ein Lebenspartner das Kind gemäß § 1592 Nr. 2 BGB anerkennen⁹²⁵ bzw. als genetischer Vater des Kindes gemäß § 1592 Nr. 3 BGB, § 1600d BGB festgestellt werden kann, wenn sein Samen für die künstliche Befruchtung genutzt wurde, ist eine Begründung der Elternschaft seines Lebenspartners nur durch eine Stiefkindadoption gemäß § 9 Abs. 7 LPartG realisierbar, wenn die Zuordnung des Kindes zu seinem Lebenspartner gemäß § 1592 Nr. 2 oder § 1592 Nr. 3 BGB besteht.

Für die Stiefkindadoption gelten die allgemeinen adoptionsrechtlichen Bestimmungen der §§ 1741 ff. BGB direkt bzw. analog, da sich die Verweisung in § 9 Abs. 7 S. 2 LPartG als unvollständig darstellt.⁹²⁶ Daher ist sowohl die Einwilligung des bisherigen rechtlichen Elternteils, mithin der Leih- bzw. Ersatzmutter, gemäß § 1747 Abs. 1 S. 1 BGB als auch die

⁹²³ Siehe insofern auch das Urteil des VG Köln vom 20.02.2013, NJW 2013, S. 2617 ff. Zur Frage der Staatsangehörigkeit eines Kindes in einem Fall von Leihmutterchaft nach In-Vitro-Fertilisation entschied das Verwaltungsgericht, dass für den Erwerb der Staatsbürgerschaft allein die Staatsangehörigkeit der Leihmutter von Relevanz ist. Als rechtlicher Vater des Kindes wurde von Seiten des Verwaltungsgerichts der Ehemann der Leihmutter angesehen. Daher wurde der Erwerb der deutschen Staatsangehörigkeit für das Kind abgelehnt, obwohl biologisch-genetische Eltern die die Klage einreichenden deutschen Staatsangehörigen sind.

⁹²⁴ Diese Fälle dürften in der Praxis jedoch nahezu ausgeschlossen sein. In diesen Fällen verbleibt einem Lebenspartner nur die Adoption des Kindes. Eine Kettenadoption ist derzeit ebenfalls nicht möglich, siehe jedoch S. 148.

⁹²⁵ Zu empfehlen ist, dass der Lebenspartner das Kind anerkennt, dessen Samen verwendet wurde, da dessen Vaterschaft im Wege eines Vaterschaftsanfechtungsverfahrens nicht mehr beseitigt werden kann.

⁹²⁶ Amtliche Begründung, BT-Drs. 15/3445, S. 15; Wellenhofer, NJW 2005, S. 705 (707); Müller-Götzmann, S. 169.

Einwilligung des Lebenspartners, der rechtlicher Vater des Kindes ist, gemäß § 1749 Abs. 1 S. 1 BGB notwendig. Zudem muss die Stiefkindadoption dem Wohl des Kindes dienen und es muss zu erwarten sein, dass zwischen dem Annehmenden und dem Kind ein Eltern-Kind-Verhältnis entstehen wird (§ 1741 Abs. 1 S. 1 BGB). Auf die Beurteilung dieser Voraussetzungen darf die sexuelle Orientierung des Adoptierenden keinen Einfluss haben.⁹²⁷ Der Ausspruch der Annahme des Kindes durch das Familiengericht hat zur Folge, dass das Kind das gemeinschaftliche Kind der Lebenspartner wird, § 9 Abs. 7 S. 2 LPartG i.V.m. § 1754 Abs. 1 BGB.⁹²⁸

Eine gemeinschaftliche Annahme eines Kindes durch die Lebenspartner ist dagegen auch nach der Novellierung des Lebenspartnerschaftsgesetzes⁹²⁹ nicht möglich.⁹³⁰ Ein zunächst allein von einem Lebenspartner angenommenes Kind kann zudem derzeit noch nicht über eine sogenannte Kettenadoption zum gemeinsamen Kind der beiden Lebenspartner werden.⁹³¹ Im Hinblick auf das Urteil des Bundesverfassungsgerichtes vom 19.02.2013⁹³², in dem dieses den Gesetzgeber zu einer Neuregelung des § 9 Abs. 7 LPartG aufgefordert hat, steht jedoch zu erwarten, dass zukünftig auch die Sukzessivadoption durch die Lebenspartner möglich sein sollte. Bis zur gesetzlichen Neuregelung ist § 9 Abs. 7 LPartG unter der Maßgabe anzuwenden, dass dem Lebenspartner die Adoption eines angenommenen Kindes seines Lebenspartners möglich ist.

B. Die Eltern-Kind-Zuordnung de lege ferenda

Die Möglichkeit des Hineingeborenwerdens in die Lebenspartnerschaft zweier Männer ist aus tatsächlichen Gründen nicht gegeben. Eine entsprechende Anpassung von § 1592 Nr. 1

⁹²⁷ Müller-Götzmann, S. 170.

⁹²⁸ Als bedeutungslos erweisen sich daher die Verstöße gegen § 14 und § 14b AdVerMiG und § 1 Abs. 1 Nr. 7 ESchG, vgl. auch Müller-Götzmann, S. 325.

⁹²⁹ Gesetz zur Überarbeitung des Lebenspartnerschaftsgesetzes, das am 01.01.2005 in Kraft trat; BGBl. I 2004, S. 3396 ff.

⁹³⁰ Müller-Götzmann, S. 170; Kemper, FF 2005, S. 88 (94). Der Gesetzgeber sah sich aufgrund von zwei Gründen an deren Einführung gehindert: Die uneingeschränkte Etablierung eines gemeinsamen Adoptionsrechtes für gleichgeschlechtliche Partner sei gesellschaftlich noch nicht vermittelbar, zudem hindere das Europäische Übereinkommen über die Adoption von Kindern von 1967 ein solches Gesetzgebungsunternehmen, Kemper, FF 2005, S. 88 (94); Müller-Götzmann, S. 171. Letzterer Hinderungsgrund dürfte sich mit der Unterzeichnung des überarbeiteten Europäischen Adoptionsübereinkommens erledigt haben. Nach Art. 7 Abs. 2 des Übereinkommens steht es den Mitgliedstaaten frei, ob sie dieses auch auf gleichgeschlechtliche Paare anwenden wollen, die eine Ehe oder eine eingetragene Lebenspartnerschaft begründet haben, vgl. auch Müller-Götzmann, S. 171. Das Übereinkommen wurde bereits in 11 Staaten unterzeichnet, SZ vom 24.07.2009. In Deutschland konnte es laut Bundesjustizministerin a.D. Zypries wegen der Weigerung der Unionsparteien jedoch noch nicht unterzeichnet werden, Süddeutsche Zeitung vom 25.08.2009.

⁹³¹ OLG Hamm, DNotZ 2010, S. 698 ff.; Kemper, FF 2005, S. 88 (94); Walter, MittBayNot 2005, S. 193 (198); Müller-Götzmann, S. 171; wohl auch Grziwotz, DNotZ 2005, S. 13 (25); Muscheler, FPR 2010, S. 227 (231); a.A. Müller, DNotZ 2010, S. 701 (702 f.).

⁹³² BVerfG vom 19.02.2013, Az.: 1 BvL 1/11, 1 BvR 3247/09, FamRZ 2013, S. 521 ff.

BGB scheidet daher aus.⁹³³ Auch kann der Lebenspartner das Kind seines Lebenspartners nicht wirksam gemäß § 1592 Nr. 2 BGB anerkennen, da diesem Vorgehen die Anerkennungssperre des § 1594 Abs. 2 BGB entgegensteht. Das Lebenspartnerschaftsgesetz räumt dem Lebenspartner auch nicht die Möglichkeit zur Anerkennung der Vaterschaft neben der bereits bestehenden Vaterschaft seines Lebenspartners ein.

Erwogen wird daher, die Elternposition sowohl den beiden Lebenspartnern als auch der Leih-/Ersatzmutter mit der Geburt des Kindes dergestalt zuzuweisen, dass die homosexuellen Partner mit der Geburt Eltern im Rechtssinne würden, daneben aber ein drittes rechtliches Band zur Leih-/Ersatzmutter etabliert bliebe.⁹³⁴ Zur Begründung wird angeführt, dass das deutsche Recht eine solche Zuordnung nicht ausschließe; zudem werde die Etablierung von mehr als zwei statusrechtlichen Beziehungen gerade im Hinblick auf die gleichgeschlechtliche Elternschaft im internationalen Schrifttum diskutiert.⁹³⁵ Die Bedeutung des rechtlichen Bandes zur Leih-/Ersatzmutter solle lediglich darin bestehen, Auskunft über die Geburt durch die Leih-/Ersatzmutter zu geben; weitergehende elterliche Rechte und Pflichten solle diese Position jedoch nicht vermitteln.

Dieser Vorschlag widerspricht der Intention des § 1747 Abs. 2 S. 1 BGB und steht der Konzeption des § 1591 BGB entgegen. Mit der Geburt eines Kindes stehen gemäß § 1591 BGB der gebärenden Frau alle elterlichen Rechte und Pflichten in Bezug auf das Neugeborene zu. Bei originärer Zuordnung der Elternschaft des Kindes zu den Lebenspartnern würde die Gebärende ihrer Rechtsstellung beraubt und die aus § 1591 BGB folgende Rechtsposition erweise sich nur noch als inhaltsleere Hülse. Daher ist dieser Vorschlag abzulehnen.⁹³⁶ Da die Vorschrift des § 1747 Abs. 2 S. 1 BGB nicht umgangen werden kann⁹³⁷, ist eine originäre Elternschaftszuordnung beider Lebenspartner bei der Geburt des Kindes nicht möglich.

Um beiden Partnern die Elternschaft zuordnen zu können, müssen die Lebenspartner daher auf die Stiefkindadoption gemäß § 9 Abs. 7 LPartG verwiesen werden. Von dieser Möglichkeit kann jedoch nur Gebrauch gemacht werden, wenn ein Lebenspartner bereits rechtlicher Vater des Kindes ist. Im Hinblick auf die Vorgaben des Bundesverfassungsgerichtes vom 19.02.2013 ist davon auszugehen, dass bereits in naher

⁹³³ Eine originäre Zuordnung zu dem gleichgeschlechtlichen Paar kollidiert mit § 1747 Abs. 2 S. 1 BGB, da eine sofortige statusrechtliche Zuordnung zu den Partnern einen Bruch zu dem statusrechtlichen Band der Mutter und damit mit einem fundamentalen Prinzip des deutschen Abstammungsrechts darstellen würde, vgl. Müller-Götzmann, S. 336 f.

⁹³⁴ Müller-Götzmann, S. 337.

⁹³⁵ Müller-Götzmann, S. 337, der auf Jänterä-Jareborg, FamRZ 2006, S. 1329 (1330, FN 15) verweist. Jänterä-Jareborg geht davon aus, dass das Gebot der Zweielternschaft gerade im Hinblick auf homosexuelle Paare in Zukunft hinfällig werden wird.

⁹³⁶ Müller-Götzmann, S. 337 f.

⁹³⁷ Auch eine Verpflichtung zur Erteilung der Einwilligung kann nicht wirksam eingegangen werden, Siegfried, FPR 2005, S. 120 (122).



Zukunft auch die Sukzessivadoption dem eingetragenen Lebenspartner des zunächst Adoptierenden möglich sein sollte.⁹³⁸

IX. Abstammungsrechtliche Zuordnung des Kindes zu nicht in einer registrierten Lebenspartnerschaft lebenden Männern

Dagegen ist bei Männern, die nicht in einer formalisierten Lebenspartnerschaft leben, die Möglichkeit einer Stiefkindadoption nicht gegeben. Das Fehlen der eingetragenen Lebenspartnerschaft hat mithin zur Folge, dass die Vaterschaft nur zu einem Partner durch Anerkennung bzw. in einem Vaterschaftsfeststellungsverfahren, sofern es sich bei ihm um den biologisch-genetischen Vater des Kindes handelt, bzw. durch Adoption zugeordnet werden kann.

Anhand der letzten beiden Kapitel wird deutlich, dass bereits die formalisierte Lebenspartnerschaft zweier Männer gegenüber der Lebenspartnerschaft zweier Frauen bei der Begründung der Elternschaft benachteiligt ist. Es ist daher nicht ersichtlich, wie die Elternschaft der zweier männlicher Partner bereits bei der Geburt eines Kindes begründet werden könnte.⁹³⁹ Lebenspartner können nur dann Eltern eines gemeinsamen Kindes werden, wenn zunächst einer der beiden Partner die Vaterschaft zu dem Kind anerkennt oder gerichtlich als dessen Vater festgestellt wird. Im Anschluss kann die Stiefkindadoption nach § 9 Abs. 7 LPartG jedoch nur dann erfolgen, wenn die statusrechtliche Mutter-Kind-Beziehung erloschen oder aufgehoben worden ist. Dazu wird es jedoch nur in den seltenen Konstellationen kommen, in denen die Mutter verstorben ist, sie als Leih- oder Ersatzmutter in die Adoption einwilligt und damit ihre rechtlichen Beziehungen zum Erlöschen bringt oder ihre Einwilligung zu der Adoption gemäß § 1748 BGB ersetzt wird.⁹⁴⁰ Andere Zuordnungsmöglichkeiten zu beiden Lebenspartnern sind nicht ersichtlich.⁹⁴¹ Homosexuellen Paaren, die nicht in einer Lebenspartnerschaft leben, steht noch nicht einmal der Weg der

⁹³⁸ BVerfG vom 19.02.2013, Az.: 1 BvL 1/11, 1 BvR 3247/09, FamRZ 2013, S. 521 ff., wonach bis zur Schaffung einer neuen gesetzlichen Regelung § 9 Abs. 7 LPartG unter der Maßgabe anzuwenden ist, dass die Adoption eines durch den Lebenspartner bereits angenommenen Kindes möglich ist. Müller ging bereits vor dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts von der Zulässigkeit von Sukzessivadoptionen für Lebenspartner aus, da die allgemeinen Adoptionsvorschriften auch ohne gesonderte gesetzliche Anordnung auf die Stiefkindadoption anwendbar sein sollten, zu denen auch § 1742 BGB zähle, vgl. Müller, DNotZ 2010, S. 701 (703).

⁹³⁹ Die Möglichkeit einer gemeinschaftlichen Adoption vor der Geburt des Kindes müsste jedenfalls an § 1747 Abs. 2 S. 1 BGB scheitern. Dieser Schutz muss auch der Ersatzmutter zukommen, die sich bewusst bereits vor der Zeugung des Kindes zu dessen Weggabe entschlossen hat, da keine Gebärende gezwungen werden kann, ihre Verbindung zu einem Kind zu lösen, die über viele Monate aufgrund der engen physischen und psychischen Bindung entstanden ist, vgl. Lurger, DEuFamR 1999, S. 210 (220).

⁹⁴⁰ Tillmanns: Die Adoption durch die Partner einer eingetragenen Lebenspartnerschaft, in: Helms/Zeppernick (Hrsg.): Lebendiges Familienrecht, Festschrift für Rainer Frank, S. 271 (272).

⁹⁴¹ Um das Kind jedoch rechtlich abzusichern, sollte die sogenannte Kettenadoption für gleichgeschlechtliche Paare zugelassen werden (siehe 148). Im Hinblick auf die Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts in seinem Urteil vom 19.02.2013 ist mit der Zulassung der Sukzessivadoption für die Lebenspartner bis spätestens 30.06.2014 zu rechnen, vgl. BVerfG vom 19.02.2013, Az.: 1 BvL 1/11, 1 BvR 3247/09, FamRZ 2013, S. 521.



Stiefkindadoption offen und sollte aufgrund der Nichtformalisierung der Lebenspartnerschaft durch den Gesetzgeber auch zukünftig nicht eröffnet werden. Die Vaterschaft kann deshalb nur von einem der beiden Männer durch Anerkennung bzw. bei biologisch-genetischer Abstammung des Kindes in einem Vaterschaftsfeststellungsverfahren statusrechtlich begründet werden.



Dritter Teil: Anfechtung der Vaterschaft bei Einwilligung in die künstliche Befruchtung mittels Samenspende eines Dritten

Grundsätzlich kann die gemäß § 1592 Nr. 1 und § 1592 Nr. 2 BGB kraft Ehe oder Anerkennung bestehende Vaterschaft eines Mannes sowie die erweiterte Vaterschaftszurechnung nach § 1593 BGB zum verstorbenen Ehemann durch gerichtliche Anfechtung der Vaterschaft aufgehoben werden. Das Vaterschaftsanfechtungsverfahren ist erfolgreich, wenn ein Anfechtungsberechtigter innerhalb der Anfechtungsfrist des § 1600b BGB das Anfechtungsverfahren betreibt und das Kind biologisch-genetisch nicht von seinem rechtlichen Vater abstammt.⁹⁴²

Mit Normierung des § 1600 Abs. 2 BGB a.F. durch das Kinderrechteverbesserungsgesetz vom 09.04.2002⁹⁴³, in Kraft getreten am 12.04.2002, später § 1600 Abs. 4 durch das Gesetz zur Änderung der Vorschriften über die Anfechtung der Vaterschaft und das Umgangsrecht von Bezugspersonen vom 23.04.2004⁹⁴⁴, jetzt § 1600 Abs. 5 BGB durch das Gesetz zur Ergänzung des Rechts zur Anfechtung der Vaterschaft vom 13.03.2008⁹⁴⁵ hat der Gesetzgeber das Anfechtungsrecht der rechtlichen Eltern ausgeschlossen, wenn das Kind mit Einwilligung des Mannes und der Mutter durch künstliche Befruchtung mittels Samenspende eines Dritten gezeugt worden ist.⁹⁴⁶ § 1600 Abs. 5 BGB stellt die einzige sachliche Einschränkung des Anfechtungsrechts der Kindesmutter sowie des rechtlichen Vaters dar.⁹⁴⁷ Daraus folgt, dass bei einer heterologen Befruchtung eine vom Gesetzgeber gewollte dauerhafte Aufspaltung der Vaterschaft in eine juristische und eine biologisch-genetische stattfindet.⁹⁴⁸ Der Gesetzeswortlaut sagt jedoch nichts über die Anfechtungsberechtigung des Kindes. Auch der biologische Vater wird in § 1600 Abs. 5 BGB nicht erwähnt.⁹⁴⁹

I. Gesetzgebungshintergründe

Obwohl dem Gesetzgeber bereits 1998 die abstammungsrechtlichen Probleme im Bereich der künstlichen Befruchtung mit Spendersamen bekannt waren, unterließ er es absichtlich, entsprechende Regelungen in das Kindschaftsrechtsreformgesetz einfließen zu lassen. Damit wollte er verhindern, dass einzelne zivilrechtliche Regeln⁹⁵⁰ als Billigung der künstlichen Befruchtung mit Spendersamen gedeutet werden könnten, ohne dass deren Zulässigkeit und

⁹⁴² Zu den einzelnen Voraussetzungen, vgl. Grün, Rdn. 194 ff.

⁹⁴³ Gesetz zur weiteren Verbesserung von Kinderrechten, BGB I., S. 1239 f.

⁹⁴⁴ BGBl. I, S. 598 ff.

⁹⁴⁵ BGBl. I 2008, S. 313 ff.

⁹⁴⁶ Nach Roth werden daher nun schwerwiegende Rechtsfolgen an eine einfache Erklärung geknüpft, Roth, JZ 2002, S. 651 (652).

⁹⁴⁷ Genenger, S. 112.

⁹⁴⁸ Spickhoff: Vaterschaft und Fortpflanzungsmedizin, in: Hofer/Klippel/Walter (Hrsg.): Festschrift für Dieter Schwab, S. 923; Genenger, S. 21.

⁹⁴⁹ Genenger, S. 112.

⁹⁵⁰ Sowohl der Anfechtungsausschluss des Ehemannes als auch Regelungen zugunsten des Samenspenders.

rechtliche Schranken eindeutig normiert seien.⁹⁵¹ Dennoch wurde nach längerer Gesetzgebungsgeschichte § 1600 Abs. 2 BGB a.F. erlassen. Die Regelung trat mit Wirkung zum 01.04.2002 in Kraft. Obwohl auch 2002 noch keine eindeutigen gesetzlichen Regelungen zur Zulässigkeit der künstlichen Befruchtung mit Spendersamen erfolgten, wollte der Gesetzgeber nun den Ausschluss der Vaterschaftsanfechtung als isolierte Rechtsfolge der konsensualen künstlichen Befruchtung mit Spendersamen regeln.

Die Norm geht auf eine Initiative der Bundesländer Hamburg und Sachsen-Anhalt vom 16.06.1999 zurück, die einen entsprechenden Gesetzesentwurf im Bundesrat eingebracht hatten.⁹⁵² Als Begründung für den Ausschluss des Anfechtungsrechts wurde im Gesetzesentwurf ausgeführt, dass von Paaren, die im Einvernehmen miteinander in eine künstliche Befruchtung mit Spendersamen eingewilligt haben, erwartet werden kann, dass sie auch nach der Geburt des Kindes und unter veränderten Lebensbedingungen zu der gemeinsam übernommenen Verantwortung stehen.⁹⁵³ Die Regelung sei notwendig, damit die bei heterologen Verfahren entstandenen Kinder die gleiche Rechtsstellung erfahren wie sie angenommene minderjährige Kinder haben. Es sei Aufgabe des Gesetzgebers, die Kinder vor den das Kindeswohl beeinträchtigenden Konsequenzen zu schützen und dem Verlust von Unterhalts- und Erbansprüchen sowie dem Verlust des persönlichen Umganges zwischen Kind und bisherigem rechtlichen Vater vorzubeugen. Zudem sei der Ausschluss rechtsethisch begründet, da sich die das Verfahren in Anspruch nehmenden Paare bewusst für eine künstliche Befruchtung mit Spendersamen entschieden und daher Verantwortung für das Kind übernommen hätten. Insoweit verbiete es sich, die Aufkündigung der rechtlichen Vaterschaft durch nachträgliche Anfechtung der Vaterschaft zuzulassen und daher die von den Wunscheltern zunächst übernommene Verantwortung in deren Belieben zu stellen.⁹⁵⁴ Auch rechtfertige das Fehlen einer gesetzlichen Gesamtregelung im Bereich der künstlichen Befruchtung mit Spendersamen nicht die Untätigkeit des Gesetzgebers. Da er sich nicht der Wirklichkeit verschließen könne, sei die Normierung des Anfechtungsausschlusses die logische Konsequenz. Kinder, die durch künstliche Befruchtung mit Spendersamen gezeugt worden seien, existierten; sie bedürften deshalb in rechtlicher und sozialer Hinsicht des

⁹⁵¹ Stellungnahme des Rechtsausschusses, BT-Drs.13/8511, S. 69; Gesetzesentwurf der Bundesregierung, BT-Drs 13/4899, S. 52 sowie Gegenäußerung der Bundesregierung, BT-Drs. 13/4899, S. 166.

⁹⁵² BR-Drs. 369/99. Der Gesetzesentwurf wurde im Folgenden als Kinderrechteverbesserungsgesetz in den Bundestag eingebracht. Hinsichtlich der Begründung der Normierung des Anfechtungsausschlusses, vgl. vor allem BR-Drs. 369/99 S. 7. Bereits im Gesetzgebungsverfahren zum Kindschaftsrechtsreformgesetz hatte der Bundesrat in seiner Stellungnahme die Einführung des Anfechtungsrechts der Wunscheltern vorgeschlagen, vgl. BT-DRs. 13/4899, S. 148. Ein gleichlautender Antrag der SPD-Fraktion wurde sodann im Ausschuss für Familie, Senioren und Jugend eingebracht. Der Antrag wurde jedoch mit den Stimmen der Fraktionen von CDU/CSU sowie F.D.P. abgelehnt (BT-Drs. 13/8511, S. 62) und im Rechtsausschuss in der Folge nicht mehr verfolgt (BT-Drs. 13/8511, S. 69). Der Entwurf war von der Bundesregierung vor allem deshalb abgelehnt worden, weil vorrangig Rechtsfragen, wie z.B. die Zulässigkeit der heterologen Insemination zu klären seien, BT-Drs. 13/4899, S. 166; siehe auch in der Begründung zum Regierungsentwurf, BT-Drs. 13/4899, S. 52.

⁹⁵³ BT-Drs. 14/2096, S. 6.

⁹⁵⁴ BT-Drs. 14/2096, S. 7.



Schutzes.⁹⁵⁵ Ein Eingreifen des Gesetzgebers sei daher geboten.⁹⁵⁶ Vier Jahre zuvor hatte der Gesetzgeber diese Notwendigkeit noch verneint. Die Änderung der Haltung des Gesetzgebers könnte zudem der internationalen Rechtsentwicklung sowie der in der Literatur äußerst umstrittenen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs⁹⁵⁷ geschuldet sein, nach der die Anfechtung der Vaterschaft trotz Einwilligung in eine heterologe Insemination nicht ausgeschlossen war⁹⁵⁸.

II. Rechtsentwicklung im europäischen Ausland

Das erste Gesetz, das die künstliche Befruchtung mit Spendersamen umfassend regelte, trat am 01.03.1985 in Schweden in Kraft.⁹⁵⁹ In § 6 des ersten Kapitels des schwedischen Elterngesetzes wurde das durch heterologe Insemination entstandene Kind unauflöslich dem Ehemann bzw. Lebenspartner der Mutter zugeordnet.⁹⁶⁰ Zuvor war bereits 1978 in der Schweiz der Anfechtungsausschluss nach Befruchtung mit Spendersamen in Art. 256 Abs. 3 ZGB normiert worden.⁹⁶¹ Entsprechende Regelungen zum Ausschluss des Anfechtungsrechts des Ehemanns wurden seitdem in den meisten europäischen Ländern erlassen. So enthalten unter anderem das griechische Recht in Art. 1471 S. 2 Nr. 2 gr. ZGB, das slowenische Recht in Art. 41 OBMPG, das niederländische Recht in Art. 200 Abs. 3 niederländ. BW, das belgische Recht in Art. 318 § 4 belg. Code civil, das portugiesische Recht in Art. 1839 Nr. 3 portug. ZGB, das spanische Recht in Art. 8 Abs. 1 LTRHA, das italienische Recht in Art. 9 des Gesetzes Nr. 40 aus 2004⁹⁶², das französische Recht in Art. 311-20 Abs. 2 Code civil, das russische Recht in Art. 52 Nr. 1 FamGB 1995, das norwegische Recht in § 9 Abs. 4 und 5 ElternG⁹⁶³ sowie das österreichische Recht in Art. 152 ABGB ein ausdrückliches Anfechtungsverbot nach erfolgreicher künstlicher Befruchtung mit Spendersamen. Auch im polnischen Recht findet sich eine entsprechende Regelung.⁹⁶⁴

III. Rechtslage vor Erlass des Kinderrechteverbesserungsgesetzes

Vor der Einführung des § 1600 Abs. 2 BGB a.F. durch das Kinderrechteverbesserungsgesetz 2002 war die Beantwortung der zivilrechtlichen Fragen der heterologen Insemination rein

⁹⁵⁵ BT-Drs. 14/2096, S. 7; Schomburg, Kind-Prax 2002, S. 75 (77).

⁹⁵⁶ Siehe Schomburg, Kind-Prax 2202, S. 75 (77).

⁹⁵⁷ BGHZ 87, 169 = NJW 1983, S. 2073 (2074).

⁹⁵⁸ Wehrstedt, DNotZ 2005, S. 649 (650); Spickhoff, Medizinrecht, § 1600 Rdn. 7.

⁹⁵⁹ Junghans, S. 44.

⁹⁶⁰ Junghans, S. 45.

⁹⁶¹ Junghans, S. 42; Schaumann, S. 28.

⁹⁶² Obwohl die heterologe Insemination in Italien durch das Gesetz Nr. 40 aus 2004 verboten wurde, hat der Gesetzgeber im gleichen Gesetz die statusrechtlichen Konsequenzen bei Verstoß gegen das Verbot normiert, vgl. Patti: Wahrheit und Beweis im italienischen Abstammungsrecht, in: Spickhoff/Schwab/Henrich/Gottwald (Hrsg.): Der Streit um die Abstammung, S. 279 (290).

⁹⁶³ Dies ist erstaunlich, da das norwegische Recht neben dem schwedischen und dem russischen Recht ein zeitlich unbefristetes Anfechtungsrecht sowohl dem Vater als auch dem Kind gewährt, vgl. Helms: Entkoppelung von Abstammungsklä rung und Vater-Kind-Zuordnung – der neue § 1598 a BGB, in: Helms/Zeppernick (Hrsg.): Lebendiges Familienrecht, Festschrift für Rainer Frank, S. 225 (241f.).

⁹⁶⁴ Mączyński, FamRZ 2009, S. 1555 (1556).

richterrechtlich geprägt. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs konnte die Vaterschaft auch dann noch angefochten werden, wenn der Mann der künstlichen Befruchtung zugestimmt hatte und vor seiner Zustimmung eindeutig über die Folgen seiner Zustimmung belehrt worden war. Der Bundesgerichtshof rechtfertigte seine Rechtsprechung dahingehend, dass auf das Recht zur Anfechtung der Vaterschaft nicht wirksam verzichtet werden könne.⁹⁶⁵

A. Urteil des Bundesgerichtshofs vom 07.04.1983

Zum ersten Mal musste der Bundesgerichtshof⁹⁶⁶ 1983 zu der Frage der Zulässigkeit der Ehelichkeitsanfechtung durch den Ehemann nach Zustimmung zu einer heterologen Insemination Stellung nehmen. Dem 1983 verhandelten Fall lag folgender Sachverhalt⁹⁶⁷ zugrunde:

Der Beklagte wurde am 1.3.1980 nach einer heterologen Insemination in die noch bestehende Ehe des Klägers mit der Mutter des Beklagten geboren, obwohl sich die Ehe bereits seit längerer Zeit in einer Krise befand und die Eheleute seit 1977 getrennt lebten. In dem Ehelichkeitsbestreitungsverfahren trug der Beklagte vor, er sei mit Zustimmung des Klägers mittels heterologer Insemination am 7.7.1979 gezeugt worden. Als Beweis legte er eine schriftliche Erklärung vom 24. Juni 1978 vor, die der Kläger der Mutter des Beklagten ausgehändigt hatte. Die schriftliche Erklärung hatte folgenden Wortlaut: „Hierdurch erkläre ich mich einverstanden, dass bei meiner Frau ... eine künstliche Fremdinsemination durchgeführt wird und ich hiermit die Vaterschaft anerkenne.“ Nach Ausführung des Beklagten habe der Kläger deswegen sein Anfechtungsrecht verloren. Dagegen trug der Kläger vor, dass er zum Zeitpunkt der Abgabe der Erklärung aufgrund Alkohol- und Medikamentenmissbrauchs geschäftsunfähig gewesen sei. Zudem sei der Beklagte nicht durch heterologe Insemination gezeugt worden.

Der Bundesgerichtshof führte zunächst aus, dass sich sowohl die Begründung der Vaterschaft als auch die Anfechtung der Ehelichkeit nach den allgemeinen gesetzlichen Vorschriften richte, da für den Bereich der medizinisch assistierten Fortpflanzung keine einschlägigen Sonderregelungen geschaffen worden seien. Eine Anfechtung der Vaterschaft sei daher grundsätzlich nicht ausgeschlossen.⁹⁶⁸ Als alleinigen Grund für den Ausschluss des Anfechtungsrechts nenne das Gesetz das Versäumen der Anfechtungsfrist. Deshalb könne das Recht des Ehemannes zur Anfechtung der Ehelichkeit nicht vertraglich ausgeschlossen werden.⁹⁶⁹ Auch die Anerkennung der Ehelichkeit schließe das Anfechtungsrecht des Ehemannes nicht aus. Entsprechendes müsse für den Fall einer Erklärung vor der Zeugung des Kindes gelten. Dieses Ergebnis stützte der Bundesgerichtshof auf den Wegfall des § 1598

⁹⁶⁵ BGHZ 87, 169 (174) = NJW 1983, S. 2073 (2074).

⁹⁶⁶ BGHZ 87, 169 ff. = NJW 1983, S. 2073 ff.

⁹⁶⁷ BGHZ 87, 169 = NJW 1983, S. 2073.

⁹⁶⁸ BGHZ 87, 169 (171) = NJW 1983, S. 2073.

⁹⁶⁹ BGHZ 87, 169 (174) = NJW 1983, S. 2073 (2074).

BGB a.F. durch das Gesetz vom 12.4.1938 und seiner späteren Nichtwiedereinführung durch das Familienrechtsänderungsgesetz von 1961, durch das das Gesetz vom 12.4.1938 aufgehoben worden war.⁹⁷⁰ Aufgrund von § 1598 BGB a.F. wurde dem Ehemann der Mutter das Ehelichkeitsbestreitungsrecht versagt, wenn er das Kind nach der Geburt als das seine anerkannt hatte. Konkret führte der Bundesgerichtshof aus, dass die heterologe Insemination zwar einen Sonderfall darstelle, da das Kind sein Leben der Zustimmung des Ehemannes zu der Behandlung verdanke.⁹⁷¹ Diese Besonderheit könne jedoch den Ausschluss des Anfechtungsrechts nicht rechtfertigen. Das Gesetz versage allgemein Willenserklärungen, die auf den Ausschluss des Anfechtungsrechts gerichtet seien, die rechtliche Wirksamkeit.⁹⁷² Lediglich in Ausnahmefällen könne sich die Berufung auf das Anfechtungsrecht als rechtsmissbräuchlich im Sinne von § 242 BGB erweisen. Für die Bejahung eines Verstoßes gegen Treu und Glauben sei daher ein strenger Maßstab anzulegen.⁹⁷³ Allein die Zustimmung zu einer heterologen Insemination mache die Ehelichkeitsanfechtung noch nicht rechtsmissbräuchlich.⁹⁷⁴ Ein Verstoß gegen Treu und Glauben konnte deshalb im vorliegenden Fall nicht festgestellt werden.

In seinem Urteil stellte der Bundesgerichtshof damit explizit fest, dass auf das Anfechtungsrecht rechtsgeschäftlich nicht wirksam verzichtet werden kann sowie dass sich die Ausübung des Anfechtungsrechts trotz Einwilligung nicht als rechtsmissbräuchlich erweist. Der Ehemann konnte daher die Vaterschaft anfechten.

B. Fortführung der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs

In einem späteren Urteil vom 12.7.1995⁹⁷⁵ bestätigte der Bundesgerichtshof seine umstrittene Rechtsprechung. Erneut argumentierte er, dass allein aus der Zustimmung des Ehemannes in eine heterologe Insemination und aus dem erklärten Anfechtungsverzicht, der per se unwirksam sei, kein Rechtsmissbrauch hergeleitet werden könne.⁹⁷⁶

Jedoch bejahte der Bundesgerichtshof zum Schutz der Kinder in einem weiteren Urteil⁹⁷⁷ das Vorliegen eines vertraglichen Unterhaltsanspruches, der sich in seiner Höhe am gesetzlichen Unterhaltsanspruch orientiere: Die Unterhaltspflicht eines Mannes, der mit Erfolg die Ehelichkeit der mit seiner Zustimmung gezeugten Kinder angefochten habe, beruhe nicht auf Familienrecht, sondern auf Vertrag.⁹⁷⁸ Die erfolgreiche Anfechtung der Ehelichkeit durch den Ehemann führe nicht dazu, dass Unterhaltsansprüche des minderjährigen Kindes gegen diesen entfielen, da es sich bei der Vereinbarung der Ehegatten mit der Klinik in der Regel

⁹⁷⁰ BGHZ 87, 169 (174) = NJW 1983, S. 2073 (2074).

⁹⁷¹ BGHZ 87, 169 (175) = NJW 1983, S. 2073 (2074).

⁹⁷² BGHZ 87, 169 (176) = NJW 1983, S. 2073 (2074).

⁹⁷³ BGHZ 87, 169 (177) = NJW 1983, S. 2073 (2075).

⁹⁷⁴ BGHZ 87, 169 (178) = NJW 1983, S. 2073 (2075).

⁹⁷⁵ BGH, NJW 1995, S. 2921 ff.

⁹⁷⁶ Peschel-Gutzeit, FPR 2002, S. 285 (287).

⁹⁷⁷ Urteil vom 03.05.1995, BGHZ 129, 297 ff. = NJW 1995, 2028 ff.

⁹⁷⁸ So bereits zuvor schon LG Duisburg, NJW 1987, S. 1485 f.

um einen von familienrechtlichen Besonderheiten geprägten Vertrag zugunsten des Kindes handele, durch den sich der Ehemann verpflichte, das Kind hinsichtlich des Unterhaltsanspruches einem ehelichen Kind gleichzustellen.⁹⁷⁹ Das Verhalten des Ehemannes bei Unterzeichnung der Vereinbarung könne von der Mutter des Kindes nur in der Weise interpretiert werden, dass ihr Ehemann die Unterhaltsverpflichtungen für das Kind unabhängig von einer bestehenden gesetzlichen Unterhaltspflicht übernehmen wolle.⁹⁸⁰ Dieser Annahme stehe auch nicht entgegen, dass die aus diesem Vertrag berechtigten Kinder zur Zeit der Vereinbarung noch nicht gezeugt seien, denn es sei allgemein anerkannt, dass auch für einen noch nicht gezeugten Nachkommen für den Fall seiner Lebendgeburt Rechte begründet werden könnten.⁹⁸¹

Die ganze oder teilweise Freistellung des Ehemannes von der vertraglich übernommenen Unterhaltspflicht ergebe sich auch nicht aus einem Wegfall der Geschäftsgrundlage. Zwar sei die Geschäftsgrundlage für die vertragliche Unterhaltspflicht durch das rechtskräftige Statusurteil, mit dem die Nichtehelichkeit der Kinder festgestellt worden sei, entfallen. Darauf könne sich der Ehemann jedoch nicht berufen, da der Ehemann selbst die Änderung der Umstände herbeigeführt habe, die zum Wegfall der Geschäftsgrundlage geführt hätten.⁹⁸²

Zu der Frage eines eventuellen Erbenspruches der Kinder musste der Bundesgerichtshof dagegen keine Stellung nehmen. Coester-Waltjen⁹⁸³ vertritt die Ansicht, dass aus der Einwilligung in die künstliche Befruchtung mit Spendersamen ein schuldrechtlicher Anspruch⁹⁸⁴ gegen den Nachlass des Einwilligenden in Höhe des gesetzlichen Pflichtteils, den das Kind bei Nichtanfechtung der Vaterschaft erhalten würde, folge.⁹⁸⁵ Grundlage dieses Anspruches seien wiederum die Vereinbarungen mit der Partnerin. Auch insoweit handele es sich um einen berechtigenden Vertrag zugunsten Dritter.⁹⁸⁶ Hinsichtlich der Frage eines

⁹⁷⁹ BGHZ 129, 297 (302) = NJW 1995, S. 2028 (2029).

⁹⁸⁰ BGHZ 129, 297 (303) = NJW 1995, S. 2028 (2029).

⁹⁸¹ BGHZ 129, 297 (305) = NJW 1995, S. 2028 (2030).

⁹⁸² BGHZ 129, 297 (309 ff.) = NJW 1995, S. 2028 (2030 f.).

⁹⁸³ Coester-Waltjen, Gutachten B zum 56. Deutschen Juristentag, B 58.

⁹⁸⁴ Dagegen scheidet die Möglichkeit aus, in der Einwilligung eine bindende Verpflichtung zu sehen, das auf diese Weise gezeugte Kind in Höhe des gesetzlichen Erbteils am Nachlass des Einwilligenden zu beteiligen. Eine entsprechende Verpflichtung auf Testierung in dieser Weise ist gemäß § 2302 BGB nichtig. Zudem könne auch die Einräumung eines schuldrechtlichen Anspruches in Höhe des gesetzlichen Erbteils nicht als mit dem erklärten Einverständnis zur Zeugung gewollt angesehen werden. Vielmehr müsse der Anspruch als auf die Höhe begrenzt angesehen werden, auf der sie auch bei Nichtanfechtung der Vaterschaft oder bei einem eigenen Kind liege. Daher sei die Beteiligung des Kindes am Nachlass in Höhe des gesetzlichen Pflichtteils als von dem Willen des Einwilligenden gedeckt anzusehen, Coester-Waltjen, Gutachten B zum 56. Deutschen Juristentag, B 58.

⁹⁸⁵ So auch Kemper, FuR 1995, S. 309 (311). Das Kind müsse aufgrund des berechtigenden Vertrages so behandelt werden, als sei es zum Zeitpunkt des Erbfalls eheliches Kind des früheren Ehemannes der Mutter gewesen. Bei dem Anspruch des Kindes handele es sich um einen auf das Überleben des Kindes bedingten aufschiebenden Anspruch, der sich gegen den Nachlass richte und daher auch aus diesem erfüllt werden müsse.

⁹⁸⁶ Coester-Waltjen, Gutachten B zum 56. Deutschen Juristentag, B 58.



möglichen Erbenspruches ist jedoch davon auszugehen, dass der Bundesgerichtshof der Begründung eines solchen Anspruches eher ablehnend gegenüberstehen würde, da diese Interpretation der Zustimmungserklärung deren Auslegungsmöglichkeiten bei weitem übersteigen dürfte.⁹⁸⁷

Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs wurde in der Literatur scharf kritisiert.⁹⁸⁸ Sie divergierte auch mit der Einschätzung des italienischen Kassationshofes, dem in Italien zur selben Zeit ein ähnlich gelagerter Fall wie dem Bundesgerichtshof vorlag. Der Kassationshof entschied, dass einem Mann, der einer heterologen Insemination zugestimmt hatte, die Berufung auf das Anfechtungsrecht wegen der Verletzung von Loyalitätspflichten in einer Beziehung und der Irrelevanz der Willensänderung nach der Zeugung eines Kindes verwehrt sein sollte.⁹⁸⁹ Auch die deutschen Instanzgerichte⁹⁹⁰ folgten der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs nicht und wiesen die Anfechtungsklagen der Ehemänner meist als rechtsmissbräuchlich zurück, da diese vor der künstlichen Befruchtung umfassend über das Verfahren und seine Folgen unterrichtet worden seien und die Erklärung frei von Willensmängeln abgegeben hätten.

Mit der Einführung des § 1600 Abs. 5 BGB hat letztendlich auch der Gesetzgeber der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs eine Absage erteilt. Das intendierte Ziel des Gesetzgebers bestand darin, dem durch künstliche Befruchtung mit Spendersamen gezeugten Kind den rechtlichen Vater und die daraus resultierenden Rechte (Unterhaltsanspruch, Erbrecht etc.) zu erhalten. Weiterhin sollte durch die Neuregelung

⁹⁸⁷ Lurger, DEuFamR 1999, S. 210 (214).

⁹⁸⁸ Kollhosser, JA 1985, S. 553 (555); Harder, JuS 1986, S. 505 (507); Giesen, JZ 1983, S. 552 (553); Schlegel, JuS 1996, S. 1067 (1068 f.); Zierl, DRiZ 1986, S. 302 (305); wohl auch Deutsch, MDR 1985, S. 177 (180); Bernat, MedR 1986, S. 245 (247 f.)

⁹⁸⁹ Patti: Heterologe Insemination im italienischen Recht, in: Hofer/Klippel/Walter (Hrsg.): Festschrift für Dieter Schwab, S. 1449 (1451 f.). Der italienische Verfassungsgerichtshof entschied, dass die Abstammungsregeln im Falle der heterologen Insemination nicht anwendbar seien. Das vorliegende Gericht, das Tribunale Neapel, hatte zuvor bereits ausgeführt, dass die Personen, die die Verantwortung für die Zeugung eines Kindes übernommen haben, ähnlich wie bei einer Adoption zur Übernahme der Elternverantwortung verpflichtet seien. Die bloße Samenspende sei zur Begründung der Vater-Kind-Beziehung hingegen nicht ausreichend. Folge wäre deshalb, dass das Kind vaterlos werden würde, wenn man die Vaterschaftsanfechtung in diesen Fällen zuließe; vgl. Battes: Entscheidung des Italienischen Verfassungsgerichtshofes zur Vaterschaftsanfechtung bei heterologer Insemination, DEuFamR 1999, S. 256 f. Ähnlich wie der Bundesgerichtshof urteilten die französischen Gerichte, da Art. 311-9 Code civil bestimmte, dass in Statusfragen der Verzicht auf das Vaterschaftsanfechtungsrecht unwirksam ist. Aber auch in der französischen Rechtsprechung regte sich Widerstand. Einzelne Instanzgerichte argumentierten, dass aufgrund der Fortschritte in der Fortpflanzungsmedizin die Elternschaft nicht mehr rein biologisch bestimmt werden könne. Auch psychologischen und sozialen Bindungen müsste Beachtung geschenkt werden. Daher müsse der Wille zur Elternschaft des Paares der entscheidende Umstand für die Eltern-Kind-Zuordnung sein, vgl. Helms: Die Feststellung der biologischen Abstammung, S. 117 f.; siehe auch Beitzke: Rechtsvergleichende Bemerkungen zum künstlich erzeugten Kind, in: Gaul (Hrsg.): Familienrecht in Geschichte und Gegenwart, S. 49 (60f.).

⁹⁹⁰ AG Lüdenscheid, NJW 1986, S. 784 f.; AG Dieburg, NJW 1987, S. 713 ff.; unveröffentlicht AG Krefeld vom 07.10.1981, Az.: 8 C 340/81, Entscheidungsgründe abgedruckt bei Junghans, S. 90 f.; AG Norderstedt, DAVorm 1991, S. 419 ff.; OLG Düsseldorf, FamRZ 1988, S. 762 ff. Der Anfechtungsklage stattgebend AG Wesel, FamRZ 1986, S. 493 ff.; OLG Celle, NJW 1992, S. 1516 f.



ausgeschlossen werden, dass sich Paare, die sich bewusst für die Zeugung eines Kindes unter Zuhilfenahme künstlicher Fortpflanzungsmethoden entschieden haben, von ihrer zunächst übernommenen Verantwortung wieder lösen können, indem sie die Vaterschaft anfechten.⁹⁹¹

Die Normierung des § 1600 Abs. 5 BGB war nur folgerichtig, wenn man für die Zuordnung eines Kindes nicht nur die genetische Herkunftsbeziehung als relevant einstuft, sondern auch dem „Willen zur Elternschaft“ Beachtung schenkt.⁹⁹² Die Regelung des § 1600 Abs. 5 BGB ist in der Literatur dennoch nicht nur auf Zustimmung gestoßen.

IV. Bewertung des § 1600 Abs. 5 BGB in der Literatur

Die Einführung von § 1600 Abs. 5 BGB wurde zwar überwiegend in der Literatur als längst überfällig begrüßt⁹⁹³, stieß jedoch auch auf einige Kritik: Vorgetragen wurde, dass sich der Gesetzgeber mit einer Einzelregelung begnüge, statt umfassende gesetzliche Regelungen zur ethischen und rechtlichen Zulässigkeit der medizinischen Reproduktionstechniken zu schaffen.⁹⁹⁴ Der Gesetzgeber sei bei der Normierung der Norm von unvernünftigem Mitleid getrieben worden und ermutige die Betroffenen zu einem „Befruchtungstourismus“ in Länder, die die künstliche Befruchtung mit Spendersamen noch weitgehender zuließen.⁹⁹⁵

A. Ungleichbehandlung von Ehemann und nichtehelichem Lebensgefährten

Weiterhin kritisiert Muscheler⁹⁹⁶ die Norm als verfehlt, da der Ehemann schneller als der nichteheliche Lebensgefährte der Mutter gebunden werde. Der Lebensgefährte könne sich auch noch nach der Zeugung überlegen, ob er die Vaterschaft zu dem Kind anerkennen wolle. Dagegen sei der Ehemann durch seine Einwilligung mit der Geburt (Vaterschaftszuordnung qua Gesetz) unauflöslich Vater dieses Kindes.

Zwar räumt das Gesetz dem Lebensgefährten eine „Überlegungszeit“ ein. Idealerweise wird der Lebensgefährte die Vaterschaft jedoch schon pränatal anerkannt haben. Zudem vermischt Muscheler zwei Rechtsfragen. In § 1600 Abs. 5 BGB geht es um die Auflösung eines Statusverhältnisses. Insoweit werden jedoch ehelicher und nichtehelicher Vater gleichbehandelt. Beiden ist bei wirksamer Einwilligung in eine heterologe Insemination jede

⁹⁹¹ Schomburg, Kind-Prax 2002, S. 75 (77).

⁹⁹² Wanitzek, S. 285 ff.

⁹⁹³ Wanitzek, FamRZ 2003, S. 730 (735); Roth, JZ 2002, S. 651 (655); von Sachsen-Gessaphe, NJW 2002, S. 1853 (1854); Knittel, JAmt 2002, S. 50 (52); Peschel-Gutzeit, FPR 2002, S. 285 (287); Roth, JZ 2002, S. 651 (652); MükoBGB/Wellenhofer, § 1600 Rdn. 32. Vor Einfügung des § 1600 Abs. 5 BGB wurde die Normierung des Anfechtungsausschlusses des Wunschvaters unter anderem von Helms und Marian gefordert, Helms: Die Feststellung der biologischen Abstammung, S. 124; Marian, S. 75 f. Meyer sah in der Zustimmung des Ehemannes bereits zuvor einen wirksamen Verzicht auf das Anfechtungsrecht, vgl. Meyer, S. 169 ff.

⁹⁹⁴ Eckersberger, MittBayNot 2002, 261 (264). Wünschenswert wäre daher die Schaffung einer umfassenden Regelung nach österreichischem bzw. schweizerischem Vorbild gewesen, von Sachsen Gessaphe, NJW 2002, S. 1853 (1854).

⁹⁹⁵ Staudinger/Rauscher, Anh. zu § 1592 Rdn. 5.

⁹⁹⁶ Muscheler, Rdn. 562.

Möglichkeit genommen, die Vaterschaft anzufechten. Dies rechtfertigt sich dadurch, dass beide einen Vertrauenstatbestand zugunsten des Kindes geschaffen haben. Ohne ihre Einwilligung wäre die Behandlung nicht vorgenommen worden. Eine andere Frage ist es hingegen, wie es zur Statusbegründung kommt. Der Ehemann wird per Gesetz mit der Geburt dem Kind als Vater zugeordnet. Nach der Konzeption des Gesetzes muss der nichteheliche Lebensgefährte dagegen das Kind anerkennen und die Mutter ihre Zustimmung zu dieser Anerkennung erteilen. Beide Erklärungen können durch die Beteiligten verweigert werden.⁹⁹⁷ Dass in diesem Fall keine Vaterschaftszuordnung möglich ist, es also an einer weitergehenden Norm für die Statusbegründung mangelt, stellt ein Versäumnis des Gesetzgebers dar, vermag jedoch nicht § 1600 Abs. 5 BGB insgesamt in Abrede zu stellen.

B. Rechtswirkung der Einwilligung im Verhältnis zu § 1592 BGB

Zusätzlich trägt Muscheler vor, dass die Norm eine formlose nichtstatusrechtliche Willenserklärung stärker wirken lasse als die Vaterschaftstatbestände des § 1592 Nr. 1 und § 1592 Nr. 2 BGB und damit für den Ehemann „das Monstrum einer formlosen, präkonzeptionellen und bindenden „Anerkennung“ schaffe. Die Norm verletze den Grundsatz der Verität.⁹⁹⁸ Der Zuordnungswunsch sei im Abstammungsrecht nur sekundäres Kriterium und das Abstammungsrecht insgesamt der Disposition der Parteien entzogen.⁹⁹⁹

Der Ehemann unterliegt keinem Zwang, der Befruchtung seiner Partnerin zustimmen zu müssen. Ihm steht vor seiner Einwilligung eine zeitlich unbeschränkte Überlegungszeit zur Verfügung. Er kann zudem seine Einwilligung bis zur Vornahme der Befruchtung ohne Angabe von Gründen formlos widerrufen. Die Vaterschaft wird dem Ehemann aufgrund der Vaterschaftsvermutung in § 1592 Nr. 1 BGB zugeordnet. Bei der Vaterschaftszuordnung qua Ehe handelt es sich jedoch nicht um eine Willensbetätigung, sondern vielmehr um ein Faktum.¹⁰⁰⁰ Muscheler übersieht, dass nicht nur der Ehemann an der Anfechtung gehindert ist, sondern auch die Mutter. Nur dem Kind verbleibt das Anfechtungsrecht. Letztendlich hat § 1600 Abs. 5 BGB eine ähnliche Wirkung wie der frühere § 1598 BGB a.F.¹⁰⁰¹ und schließt daher für den Spezialfall der künstlichen Befruchtung mit Spendersamen das Recht zur Anfechtung der Vaterschaft aus. Der Gesetzgeber ist befugt, festzulegen, ob und in welchem Zeitraum dem rechtlichen Vater das Recht zur Anfechtung der Vaterschaft gestattet sein soll. § 1600 Abs. 5 BGB stellt sich insoweit als Ausnahmenvorschrift zu § 1600b Abs. 1 S. 1 BGB dar.

⁹⁹⁷ Siehe S. 56 ff.

⁹⁹⁸ Muscheler, Rdn. 562; so auch Rauscher, Rdn. 817. Noch weitergehend Gernhuber/Coester-Waltjen, die davon sprechen, dass der Gesetzgeber die Grundsätze des Abstammungsrechts geopfert habe, ohne sein Ziel, die Wunscheltern nicht aus der übernommenen Verantwortung zu entlassen, annähernd zu erreichen. Die Bindung an eine originäre Eltern-Kind-Zuordnung könne entgegen der biologischen Wahrheit nicht durch Einverständnis erzeugt werden, vgl. Gernhuber/Coester-Waltjen, § 53 II Rdn. 16.

⁹⁹⁹ Gernhuber/Coester-Waltjen, § 53 II Rdn. 16.

¹⁰⁰⁰ Wie Muscheler selbst ausführt, Muscheler, Rdn. 109 f.

¹⁰⁰¹ Siehe S. 155/155 f.



Zwar ist Muschelers Kritik insoweit zuzustimmen, dass der Ausschluss des Anfechtungsrechts zu einer Verletzung des Grundsatzes der Abstammungswahrheit führt. Das Abstammungsrecht folgt jedoch nur bei der gerichtlichen Vaterschaftsfeststellung uneingeschränkt dem Prinzip der Abstammungswahrheit. Im Übrigen steht es in einem Spannungsverhältnis¹⁰⁰² zu den anderen abstammungsrechtlichen Prinzipien und muss mit diesen in einen Ausgleich gebracht werden: Bei der Vaterschaftszuordnung des Ehemannes durch das Gesetz besteht zwar eine hohe Wahrscheinlichkeit, dass das Kind tatsächlich von dem Ehemann der Mutter gezeugt wurde. Wollte man das Prinzip der Abstammungswahrheit jedoch 100%ig verwirklichen, müsste nach der Geburt eines jeden Kindes ein Vaterschaftstest durchgeführt werden. Erst aufgrund des Ergebnisses dieses Testes könnte dann die Zuordnung zu einem Mann erfolgen. Alternativ müsste ein behördliches Anfechtungsrecht im Gesetz normiert sein, das die öffentlichen Stellen immer dann zur Anfechtung der Vaterschaft zwingen würde, wenn die biologisch-genetische Erzeugerschaft des rechtlichen Vaters nicht festgestellt werden kann. Dazu konnte sich der Gesetzgeber jedoch nicht entschließen. Vielmehr hat er das Anfechtungsrecht, um den Schutz des Familienlebens zu gewährleisten, mit dem FamRÄndG 1961 in der Bundesrepublik als rein privates und höchstpersönliches Recht ausgestaltet. Es kann auch nicht ausnahmsweise von öffentlichen Stellen wahrgenommen werden, weil auch in diesen Fällen die Gefahr von zufälligen und unerwünschten Einmischungen von außen in die Kernsphäre der Familie möglich wäre.¹⁰⁰³

Auch im übrigen Abstammungsrecht wird das Prinzip der Statuswahrheit nicht stringent durchgehalten; dies zeigt sich daran, dass abstammungswidrige Vaterschaftsanerkennungen wirksam sind und selbst bei Kenntnis durch öffentliche Stellen hingenommen werden. Durch die Möglichkeit der Adoption Minderjähriger wird der Grundsatz der Abstammungswahrheit gänzlich durchbrochen. Zudem hat der Gesetzgeber 2005 die Stiefkindadoption in § 9 Abs. 7 LPartG für eingetragene Lebenspartnerschaften eingeführt. Danach können einem Kind zwei Männer oder zwei Frauen als Eltern zugeordnet werden, obwohl dies keinesfalls den biologischen Gegebenheiten entsprechen kann. Auch die Zuordnung des Kindes zu der Frau, die es geboren hat, kann im Fall einer Ei- oder Embryonenspende zu einem Auseinanderfallen von rechtlicher und biologisch-genetischer Mutterschaft führen.

Schließlich sollte berücksichtigt werden, wie die Einwilligung in die künstliche Befruchtung mit Spendersamen insgesamt rechtlich einzuordnen ist. Insoweit erscheinen die Ausführungen zum Schweizer Recht beachtenswert. In der Schweiz wird die heterologe Insemination nur bei Ehepaaren zugelassen, da es sich letztendlich um die Erzeugung eines Adoptivkindes für den Ehemann handelt; die Stiefkindadoption ist gemäß Art. 264 a Abs. 3 ZGB jedoch Ehepaaren vorbehalten. Daher wurde das Instrument der heterologen

¹⁰⁰² Muscheler, Rdn. 190 und Rdn. 517.

¹⁰⁰³ Gernhuber/Coester-Waltjen, § 52 V Rdn. 105.



Insemination parallel zum Adoptionsrecht ausgestaltet.¹⁰⁰⁴ Letztendlich gilt diese Einschätzung auch für das deutsche Recht; im Gegensatz zum Schweizer Gesetzgeber hat der deutsche Gesetzgeber aber darauf verzichtet, die Anforderungen der Adoption auf die künstliche Befruchtung mit Spendersamen zu übertragen.

C. Der Wille als entscheidendes Element der Zuordnung

Weiterhin wird vorgetragen, dass durch die Norm der Willen zum entscheidenden Faktor der abstammungsrechtlichen Zuordnung erhoben werde. Dann müsste auch der einverständliche Ehebruch dem Anfechtungsausschluss unterliegen.¹⁰⁰⁵

Dem ist entgegenzuhalten, dass die beiden Fälle nicht vergleichbar sind. Während es sich bei der medizinisch unterstützten Fortpflanzung um ein entpersonalisiertes und anonymisiertes Verfahren handelt, bestehen bei einem einverständlichen Seitensprung Beziehungen zwischen der Mutter und einem Mann. Gefühle und eine besondere Beziehung lassen sich dabei nicht ausblenden. Das Willensmoment wirkt sich zudem lediglich bei der Auflösung des Statusverhältnisses aus, während sich die Begründung des Statusverhältnisses weiterhin nach den allgemeinen gesetzlichen Regelungen richtet.

D. Reduzierung der Interessen auf rein finanzielle Aspekte

Rauscher führt zudem an, dass durch die Regelung die Interessen der beteiligten Personen auf die finanzielle Absicherung von Frau und Kind reduziert würden.¹⁰⁰⁶ Die Interessen des Mannes würden nicht berücksichtigt, da dieser in der Regel nur unter psychischem Druck der künstlichen Befruchtung zustimmen werde. Auch werde das Kind erheblichem emotionalem Druck ausgesetzt sein, sollte es die Vaterschaft nach Erreichen der Volljährigkeit anfechten wollen. Das Kind würde mit dem Vorwurf der Undankbarkeit durch die sozialen Eltern konfrontiert.¹⁰⁰⁷

Nach den Vorstellungen der Beteiligten und des Gesetzgebers ist die Vaterschaft des einwilligenden Mannes nicht als bloße Zahlvaterschaft konzipiert. Vielmehr soll er die soziale Vaterstellung und –rolle einnehmen und mithin tatsächlich Verantwortung und Sorge für das Kind übernehmen. Aufgrund der rechtlichen Zuordnung werden sich die Partner bewusster dieser Verantwortung stellen und danach handeln. Auch das Argument der Erzeugung psychischen Drucks auf das volljährige Kind trägt nicht. Jedes Kind, das ein Vaterschaftsanfechtungsverfahren betreibt, wird diesen Druck verspüren und sich dem

¹⁰⁰⁴ Reusser, DEuFamR 2000, S. 222 (227); Reusser, Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins 1997, S. 472 (487).

¹⁰⁰⁵ Rauscher, Rdn. 817; nach Gernhuber/Coester-Waltjen ist die unterschiedliche Behandlung von einer konsentierten natürlichen Zeugung mit einem Dritten und einer medizinisch assistierten Zeugung mittels Spendersamens inkonsequent, vgl. Gernhuber/Coester-Waltjen, § 52 V Rdn. 108.

¹⁰⁰⁶ Rauscher, Rdn. 817.

¹⁰⁰⁷ Rauscher, Rdn. 817.

Vorwurf der Undankbarkeit aussetzen. Insoweit ist keine Schlechterstellung des mit Spendersamen gezeugten Kindes gegenüber anderen Kindern zu erkennen.

E. Fehlen einer Übergangsregelung

Schließlich wird gegen die Regelung vorgebracht, dass sie seit 2004 unterschiedslos auf alle Fälle der Anfechtung nach erfolgter künstlicher Befruchtung mit Spendersamen Anwendung finde und damit nun auch für Altfälle abstammungsrechtliche Bindungswirkung entfalte.¹⁰⁰⁸

Die allein schuldrechtliche Wirkung der Einwilligungserklärung wurde nur in der höchstgerichtlichen Rechtsprechung vertreten. Schon die Instanzgerichte folgten der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs nicht. Auch die massive Kritik in der Literatur, die Rechtsentwicklung in den europäischen Nachbarländern sowie die mehrfach eingebrachten Gesetzesvorhaben deuteten bereits darauf hin, dass auch der deutsche Gesetzgeber Regelungen für die künstliche Befruchtung mit Spendersamen erlassen würde. Insoweit kam die Regelung für alle Beteiligten nicht überraschend. Die Betroffenen wurden von den durchführenden Medizinern zudem seit jeher auf die Möglichkeit einer gesetzlichen Normierung hingewiesen. Die Behandlung wird von allen Beteiligten unter der Prämisse und mit dem Ziel vorgenommen, den einwilligenden Mann rechtlich und sozial dauerhaft dem Kind zuzuordnen. Letztendlich bildet die Regelung damit die tatsächlichen Interessen der Beteiligten ab. Zudem war auch nach der bisherigen Rechtsprechung der einwilligende Mann nicht ohne Pflichten, da er auch nach erfolgreicher Anfechtung der Vaterschaft für den Unterhalt des Kindes einstehen musste.

F. Bewertung

Insgesamt lässt sich feststellen, dass mit § 1600 Abs. 5 BGB das Prinzip der Abstammungswahrheit weiter durchbrochen wird; die Regelung verdient aus Kindeswohlgesichtspunkten dennoch Zustimmung. Das Kind, das durch künstliche Befruchtung mit Spendersamen gezeugt wurde, hat einen Anspruch darauf, dass der Mann, der für seine Zeugung verantwortlich ist, dauerhaft die Vaterrolle einnimmt und damit nach seiner Geburt und unter veränderten Lebensumständen zu der von ihm übernommenen Verantwortung steht. Dies kann jedoch nur durch den Ausschluss des Anfechtungsrechts erreicht werden, da ansonsten das „Damoklesschwert“ der Vaterlosigkeit für zwei Jahre über dem Kind hängt. Der Anfechtungsausschluss ist auch gerechtfertigt. Der einwilligende Mann wusste bereits vor der Zeugung, dass er nicht der biologisch-genetische Erzeuger des Kindes sein wird und befindet sich damit in einer anderen Lage als der Mann, der erst nach Begründung seiner rechtlichen Vaterschaft Kenntnis von der fehlenden biologisch-genetischen Abstammung erhält. Er weiß, dass die Besonderheit der heterologen Befruchtung gerade darin besteht, dass die genetische Verwandtschaftsbeziehung nur zu einem der beiden Elternteile, nämlich dem mütterlichen, vorliegen wird, während er selbst

¹⁰⁰⁸ Rauscher, Rdn. 817.



allein die soziale Elternrolle einnehmen wird.¹⁰⁰⁹ Daher hatte der einwilligende Mann bereits vor der heterologen Befruchtung Zeit, die Vor- und Nachteile der Behandlung abzuwägen und gegebenenfalls seine Einwilligung zu diesem Verfahren zu verweigern. Bei Verweigerung seiner Einwilligung wäre es nicht zur Zeugung des Kindes gekommen. Bei der zweijährigen Anfechtungsfrist handelt es sich dagegen um eine nachgeburtliche Überlegungsfrist für den Mann, der bisher keine Kenntnis von seiner fehlenden biologischen Vaterschaft hatte. Daher erscheint die Gewährung einer zweiten Überlegungsfrist für den Einwilligenden schlichtweg überflüssig.¹⁰¹⁰ Schließlich kennen die meisten europäischen Staaten den Ausschluss des Anfechtungsrechts für den zustimmenden Mann. Insoweit bestand für das deutsche Recht schon seit Jahren Nachholbedarf. Auch aus diesem Grund ist der Entschluss des Gesetzgebers zum Erlass der Norm zu begrüßen. Die von Seiten der Einwilligenden nun nicht mehr anfechtbare Zuordnung spiegelt die Vorstellungen und Vereinbarungen der Parteien vor der heterologen Befruchtung wider.

V. Anwendbarkeit des § 1600 Abs. 5 BGB auch auf Altfälle

Mit dem Kinderrechteverbesserungsgesetz vom 09.04.2002 hat der Gesetzgeber das Anfechtungsrecht bei einer künstlichen Befruchtung mit Spendersamen ausgeschlossen. Es wurde jedoch keine Übergangsregelung für bereits anhängige Anfechtungsverfahren geschaffen.

Der Bundesgerichtshof¹⁰¹¹ hatte 2005 über folgenden Fall zu entscheiden: Die Mutter hatte mit Einwilligung ihres Ehemannes eine heterologe Insemination vornehmen lassen, die am 29.08.2000 zur Geburt eines Sohnes führte. Im Februar 2001 trennte sich das Paar. Kurz vor Inkrafttreten des Kinderrechteverbesserungsgesetz, nämlich am 16.01.2002, erhob die Mutter des Kindes die Vaterschaftsanfechtungsklage.

Der Bundesgerichtshof führte in seinem Urteil vom 26.01.2005 aus, dass es sich bei der gesetzlichen Neuregelung um eine verfassungsrechtlich zulässige unechte Rückwirkung¹⁰¹² handele, da die Neuregelung nicht in schon in der Vergangenheit abgeschlossene Sachverhalte eingreife.¹⁰¹³ Zwar habe den Paaren vor der Einführung des § 1600 Abs. 2 BGB a.F. ein auf zwei Jahre befristetes Recht zur Anfechtung der Vaterschaft zugestanden. Doch habe weder das Bestehen dieses Rechtes noch dessen Ausübung durch Erhebung einer Klage einen Vertrauenstatbestand im Sinne eines endgültig abgeschlossenen Sachverhalts begründen können. Es handele sich nicht um ein eigenes Recht des Anfechtungsberechtigten, da erst mit der rechtskräftigen gerichtlichen Entscheidung die

¹⁰⁰⁹ Copur, S. 49.

¹⁰¹⁰ So auch Lurger, DEuFamR 1999, S. 210 (215); Meyer, S. 170 und S. 172.

¹⁰¹¹ BGH, NJW 2005, S. 1428.

¹⁰¹² Eine unechte Rückwirkung liegt vor, wenn eine Norm auf gegenwärtige, noch nicht abgeschlossene Sachverhalte und Rechtsbeziehungen für die Zukunft einwirkt und damit zugleich die betroffene Rechtsposition nachträglich entwertet (BVerfGE 101, S. 239 (263)).

¹⁰¹³ BGH, NJW 2005, S. 1428. Ein abgeschlossener Tatbestand habe vielmehr nur in Bezug auf die Begründung der Vaterschaft vorgelegen.



begehrte Rechtsfolge eintrete. Bis zu diesem Zeitpunkt könne das Verfahren auch auf andere Weise beendet werden. Eine endgültige Rechtsposition stehe dem Kläger¹⁰¹⁴ daher bis zur Rechtskraft der Entscheidung nicht zu.¹⁰¹⁵

Nach Ansicht des Bundesgerichtshofs ist die uneingeschränkte Geltung der Vorschrift geeignet und erforderlich, um die Ziele des Kinderrechteverbesserungsgesetzes zu erreichen. Ein Bejahen des Anfechtungsrechts der Kindesmutter sei dem Kindeswohl abträglich, da dessen Ausübung den Verlust von Erbensprüchen sowie den Verlust der persönlichen Beziehung zum sozialen Vater nach sich ziehen werde. Die Einschränkung der Rechte der Mutter durch Anwendung der Vorschrift sei daher aus Kindeswohlgründen gerechtfertigt.¹⁰¹⁶ Schließlich habe ein schutzwürdiges Vertrauen auf Seiten der Klägerin schon deswegen nicht vorgelegen, da im Zeitpunkt ihrer Klageeinreichung der Erlass des Kinderrechteverbesserungsgesetzes beraten wurde.¹⁰¹⁷

VI. Voraussetzungen des § 1600 Abs. 5 BGB

Nachfolgend soll untersucht werden, unter welchen Voraussetzungen das Anfechtungsrecht gemäß § 1600 Abs. 5 BGB ausgeschlossen ist.

A. Bestehende rechtliche Vaterschaft

Damit sich die Frage nach einem Ausschluss des Anfechtungsrechts überhaupt stellen kann, muss der Einwilligende der rechtliche Vater des Kindes sein. Unerheblich ist dabei, ob die Zuordnung auf die Vaterschaftsvermutung aufgrund Ehe mit der Mutter gemäß § 1592 Nr. 1 BGB oder auf eine Anerkennung gemäß § 1592 Nr. 2 BGB zurückgeht.¹⁰¹⁸ § 1600 Abs. 5 BGB findet sowohl bei verheirateten als auch unverheirateten Paaren Anwendung.¹⁰¹⁹

B. Die Einwilligung

Das Anfechtungsrecht ist nur in den Fällen ausgeschlossen, in denen die Mutter und der rechtliche Vater in die künstliche Befruchtung mittels Samenspende eines Dritten eingewilligt haben. Bei der Einwilligung im Sinne von § 1600 Abs. 5 BGB handelt es sich um

¹⁰¹⁴ Nach Einführung des FamFG handelt es sich jetzt nicht mehr um ein kontradiktorisches Verfahren.

¹⁰¹⁵ BGH, NJW 2005, S. 1428 (1429).

¹⁰¹⁶ BGH, NJW 2005, S. 1428 (1429).

¹⁰¹⁷ BGH, NJW 2005, S. 1428 (1429). Dieses Ergebnis wird begrüßt von Wehrstedt, DNotZ 2005, S. 649 (651). Nach Spickhoff hätte der Bundesgerichtshof für dieses Ergebnis jedoch nicht die schwierige Abgrenzung zwischen unechter und echter Rückwirkung anführen müssen, sondern vielmehr seine vorherige Rechtsprechung als verfehlt anerkennen können, Spickhoff, NJW 2006, S. 1630 (1638); Rütz, S. 125 mit FN 665.

¹⁰¹⁸ MüKoBGB/Wellenhofer, § 1600 Rdn. 33; Palandt/Brudermüller, § 1600 Rdn. 11; Schomburg, Kind-Prax 2002, S. 75 (77); Muscheler, Rdn. 562; Spickhoff: Vaterschaft und Fortpflanzungsmedizin, in: Hofer/Klippel/Walter (Hrsg.): Festschrift für Dieter Schwab, S. 923 (941); Staudinger/Rauscher, § 1600 Rdn. 74 f.

¹⁰¹⁹ Sollte die verheiratete, aber getrennt lebende Mutter mit ihrem neuen, der heterologen Insemination zustimmenden Partner ein Kind zur Welt bringen, bleibt der Ehemann natürlich anfechtungsberechtigt, da er der Insemination nicht zugestimmt hat, MüKoBGB/Wellenhofer, § 1600 Rdn. 33.

die vor der Behandlung erklärte Zustimmung zur künstlichen Befruchtung mit Spendersamen.¹⁰²⁰ Die Abgabe der Erklärung erst nach einer erfolgreichen Befruchtung vermag die Rechtsfolge des § 1600 Abs. 5 BGB dagegen nicht auszulösen.¹⁰²¹

1. Erklärung der Einwilligung von „Mutter und Vater“

Für das Eingreifen von § 1600 Abs. 5 BGB muss eine Einwilligungserklärung sowohl von der Mutter als auch dem Wunschvater vor der Behandlung abgegeben worden sein.

a) Einwilligungserklärung der Wunschmutter

Mit dem Kindschaftsrechtsreformgesetz 1998 fand in § 1591 BGB erstmals die gesetzliche Definition der Mutterschaft Eingang in das Gesetz. Mutter eines Kindes ist danach die Frau, die es geboren hat. Ihre Einwilligung in die künstliche Befruchtung mit Spendersamen muss daher die Frau erteilen, die zwecks Einleitung einer Schwangerschaft mit Spendersamen inseminiert werden soll. Wie sich dem Wortlaut des § 1591 BGB entnehmen lässt, ist unerheblich, ob der Fall einer Eizellspende vorliegt.¹⁰²² Deshalb kommt es in den Fällen, in denen die Wunschmutter das Kind austrägt und zur Welt bringt, zu dem von den Beteiligten gewollten Ergebnis.¹⁰²³ Zu einem dem Willen des Paares widersprechenden Resultat könnte dagegen die sich über das Verbot in § 1 Abs. 1 Nr. 7 ESchG hinwegsetzende Einschaltung einer Leihmutter führen. Das Kind stammt in diesen Fällen zwar genetisch von seiner Wunschmutter und seinem Wunschvater ab; durch die Regelung des § 1591 BGB wird aber die gebärende Leihmutter unanfechtbar zur rechtlichen Mutter des Kindes. Sofern der Wunschvater das Kind pränatal als sein Kind anerkannt hatte und sowohl Leihmutter als auch Wunschvater in die heterologe Befruchtung eingewilligt hatten, bleibt der Wunschvater selbst in den Fällen an seine Erklärung gebunden, in denen sich die Leihmutter weigert, das Kind nach der Geburt zur Adoption an die genetische Mutter freizugeben.¹⁰²⁴ Insofern könnte nur eine teleologische Reduktion des § 1600 Abs. 5 BGB in Betracht gezogen werden. Dagegen sprechen aber der eindeutige Wortlaut der Vorschrift sowie die Intention des Gesetzgebers, dem Kind dauerhaft beide Elternteile zuzuordnen¹⁰²⁵. Die beiden Elternteile, die die Entstehung des Kindes durch ihre Willenserklärung veranlasst haben, sollen auch an diese Verantwortung gebunden sein.¹⁰²⁶

¹⁰²⁰ MükoBGB/Wellenhofer, § 1600 Rdn. 35.

¹⁰²¹ Roth, DNotZ 2003, S. 805 (810); MükoBGB/Wellenhofer, § 1600 Rdn. 36.

¹⁰²² Staudinger/Rauscher, § 1600 Rdn. 73; OLG Hamburg, FamRZ 2013, S. 228 (229).

¹⁰²³ Staudinger/Rauscher, § 1600 Rdn. 73; MükoBGB/Wellenhofer, § 1591 Rdn. 10.

¹⁰²⁴ Staudinger/Rauscher, § 1600 Rdn. 73; vgl. auch MükoBGB/Wellenhofer, § 1591 Rdn. 11.

¹⁰²⁵ Staudinger/Rauscher, § 1600 Rdn. 73.

¹⁰²⁶ So hinsichtlich des Wunschvaters Staudinger/Rauscher, § 1600 Rdn. 73.



b) Einwilligungserklärung des Wunschvaters

Um die Rechtsfolge des § 1600 Abs. 5 BGB auszulösen, muss auch die Einwilligung des Mannes vor der heterologen Befruchtung vorgelegen haben, der gemäß § 1592 BGB rechtlicher Vater des Kindes ist.

Bei einer im Zeitpunkt der Geburt verheirateten Mutter muss daher der Ehemann der Mutter eingewilligt haben.¹⁰²⁷ Sollte die Mutter des Kindes im Zeitpunkt der Geburt noch verheiratet gewesen sein, aber von ihrem Ehemann dauerhaft getrennt gelebt und ein anderer Mann in die künstliche Befruchtung eingewilligt haben, greift § 1600 Abs. 5 BGB nicht zu Lasten des Ehemannes ein. Er kann daher die gesetzlich zugeordnete Vaterschaft anfechten.¹⁰²⁸

Bei einer unverheirateten Mutter ist eine automatische Vaterschaftszuordnung nicht möglich. Vielmehr muss der nichteheliche Lebensgefährte die Vaterschaft nach Zeugung des Kindes anerkennen.¹⁰²⁹ Der Lebenspartner muss sich somit erst noch durch die Anerkennung der Vaterschaft mit dem Kind identifiziert haben.¹⁰³⁰ Bei unverheirateten Paaren folgt die Anerkennung der Vaterschaft der Einwilligung zeitlich nach. Aufgrund der Einwilligung allein greift daher § 1600 Abs. 5 BGB noch nicht ein. Die Rechtsfolge von § 1600 Abs. 5 BGB wird erst ausgelöst, wenn der nichteheliche Lebenspartner nach erfolgter Einwilligung die Vaterschaft zu dem mit Spendersamen gezeugten Kind wirksam anerkannt hat.¹⁰³¹

c) Wirksamkeit der Einwilligungserklärungen

Unklar ist, ob sowohl die Mutter als auch der Wunschvater wirksam in die Behandlung eingewilligt haben müssen, um das Anfechtungsrecht auszuschließen oder ob bereits jede wirksame Einwilligung für sich die Anfechtungsmöglichkeit des jeweils Einwilligenden unabhängig von dem Verhalten des anderen Wunschelternteils/Beteiligten ausschließt.

Nach überwiegender Ansicht müssen beide Einwilligungserklärungen wirksam¹⁰³² abgegeben sein, um die Rechtsfolge des § 1600 Abs. 5 BGB auszulösen.¹⁰³³

Eine Mindermeinung möchte dagegen die Anfechtungsmöglichkeit für den Einwilligenden unabhängig von der Einwilligung des anderen Teiles ausschließen.¹⁰³⁴ Ansonsten würde man

¹⁰²⁷ Sollte die Ehe der Wunschmutter vor der Geburt des Kindes, das mit Einwilligung ihres Ex-Ehemannes gezeugt wurde, durch Scheidung beendet worden sein, greift die auf der Ehe beruhende Vaterschaftsvermutung nicht mehr ein. Daher kann auch § 1600 Abs. 5 BGB keine Anwendung finden.

¹⁰²⁸ Staudinger/Rauscher, § 1600 Rdn. 74; MüKoBGB/Wellenhofer, § 1600 Rdn. 33.

¹⁰²⁹ Siehe S. 50 ff.

¹⁰³⁰ Staudinger/Rauscher, § 1600 Rdn. 75.

¹⁰³¹ Staudinger/Rauscher, § 1600 Rdn. 75.

¹⁰³² Die Unwirksamkeit kann sich aus den unterschiedlichsten Gründen (Geschäftsunfähigkeit, Anfechtung etc.) ergeben.

¹⁰³³ NomosKommBGB/Gutzeit, § 1600 Rdn. 27; Roth, DNotZ 2003, S. 805 (817); OLG Karlsruhe, FamRZ 2012, S. 1150; Taupitz, ZRP 2011, S. 161; Wehrstedt, FPR 2011, S. 400 (402); a.A. MüKoBGB/Wellenhofer, § 1600 Rdn. 35.

für den den Partner hintergehenden Elternteil die Möglichkeit eröffnen, diesen über die Anfechtung wieder aus der Elternstellung zu drängen.¹⁰³⁵

Ein einseitiger Anfechtungsausschluss ist abzulehnen. Zwar birgt dies das Risiko, dass daraus die rechtliche Vaterlosigkeit des Kindes resultieren könnte. Daher wird das mit der Vorschrift des § 1600 Abs. 5 BGB verfolgte Ziel auch nicht umfassend verwirklicht. Jedoch handelt es sich nach der Konzeption des Gesetzes um eine gemeinsame Behandlung des Wunschelternpaares. Die Einwilligungserklärungen von Wunschmutter und Wunschvater stehen deshalb gleichberechtigt nebeneinander, sind einander gleichgeordnet¹⁰³⁶ und aufeinander bezogen. Ist eine der beiden Erklärungen unwirksam, kann daher der Anfechtungsausschluss insgesamt nicht eingreifen. Auch der Elternteil, dessen Einwilligungserklärung wirksam ist, bleibt zur Anfechtung berechtigt.

2. Rechtsnatur der Einwilligungserklärung

Strittig und bisher ungeklärt ist, welche Rechtsnatur der Einwilligung zukommt. Vertreten wird, dass es sich um eine Willenserklärung, eine geschäftsähnliche Handlung bzw. um einen willensgetragenen Realakt handelt. Denkbar ist zudem, die Einwilligung als Zustimmung im Sinne der §§ 182 ff. BGB einzuordnen.

a) Einwilligung im Sinne des § 183 BGB

Von einer Zustimmung im Sinne der §§ 182 ff. BGB kann nur gesprochen werden, wenn die Wirksamkeit eines Rechtsgeschäftes einer Person von der Einwilligung einer anderen Person, also eines Dritten, abhängig ist, wenn es also um die Legitimation eines Unzuständigen geht.¹⁰³⁷ Bis zum Zeitpunkt der Abgabe der Zustimmungserklärung bleibt das Rechtsgeschäft schwebend unwirksam. Bei der Einwilligung im Sinne von § 183 S. 1 BGB handelt es sich um die vorherige Zustimmung zu einem Rechtsgeschäft. Folge ihres Fehlens ist die sofortige oder schwebende Unwirksamkeit des Rechtsgeschäfts.¹⁰³⁸

Die Einwilligung in einen ärztlichen Heileingriff wird nicht als vorherige Zustimmung im Sinne des § 183 BGB eingeordnet. Sie bezieht sich nicht auf ein Rechtsgeschäft, sondern gibt Antwort auf die Frage, ob das von dem Betroffenen erklärte Einverständnis den objektiven Tatbestand eines sonst gegebenen Delikts oder die Rechtswidrigkeit eines Eingriffs in die körperliche Integrität auszuschließen vermag.¹⁰³⁹ Es geht damit um die Gestattung der

¹⁰³⁴ Gernhuber/Coester-Waltjen, § 53 II Rdn. 16; Muscheler, Rdn. 562; Jauernig/Berger/Mansel, §§ 1599 ff.-1600c Rdn. 7.

¹⁰³⁵ Gernhuber/Coester-Waltjen, § 53 II Rdn. 16.

¹⁰³⁶ Roth, DNotZ 2003, S. 805 (817).

¹⁰³⁷ Schöllhammer, S. 38.

¹⁰³⁸ Ohly, S. 3.

¹⁰³⁹ Staudinger/Gursky, Vorbem. zu §§ 182 ff. Rdn. 10.

Vornahme tatsächlicher Handlungen.¹⁰⁴⁰ Die Rechtsnatur der Einwilligung in eine ärztliche Heilbehandlung bzw. in eine Rechtsgutsverletzung ist dennoch strittig.¹⁰⁴¹

Kennzeichen eines ärztlichen Heileingriffes ist, dass die Ursachen einer Krankheit an dem an ihr leidenden Patienten behandelt werden.¹⁰⁴² Die Einwilligungserklärung im Sinne des § 1600 Abs. 5 BGB ist keine Erklärung, mit der ein Eingriff in die körperliche Integrität legitimiert werden soll.¹⁰⁴³ Sie stellt nicht die Erlaubnis für einen Eingriff in die körperliche Integrität des einwilligenden Mannes dar.¹⁰⁴⁴ Die „Behandlung“ seiner Sterilität erfolgt vielmehr an seiner Ehefrau bzw. an seiner nichtehelichen Partnerin.¹⁰⁴⁵ Daher treten die Primärfolgen des erklärten Einverständnisses nicht –wie sonst bei der Einwilligung in ärztliche Heileingriffe– bei dem Patienten selbst, sondern bei der späteren Mutter und bei dem aus der erfolgreichen Zeugung hervorgehenden Kind ein.¹⁰⁴⁶ Es findet weder eine Behandlung der Ursachen einer Krankheit –sondern vielmehr ihrer Folgen– statt, noch wird die Behandlung am eigentlichen Patienten, nämlich dem Ehemann bzw. Lebenspartner, vorgenommen. Die typische Konstellation und Interessenlage einer Heilbehandlung kann daher nicht bejaht werden. Zudem soll die Einwilligung im Sinne des § 1600 Abs. 5 BGB gerade nicht als Rechtfertigungsgrund dienen.¹⁰⁴⁷ Damit kann die Einwilligung in eine künstliche Befruchtung mit Spendersamen nicht mit der Einwilligung in eine ärztliche Heilbehandlung gleichgesetzt werden.

Die Einwilligungserklärungen im Sinne des § 1600 Abs. 5 BGB erfüllen auch nicht die Anforderungen des § 182 BGB. Durch die Einwilligung der Wunscheltern in die künstliche Befruchtung mit Spendersamen soll nicht einem (schwebenden) Rechtsgeschäft zur Geltung verholfen werden. Schließlich obliegt nicht dem Wunschvater bzw. der Wunschmutter die Genehmigung des Behandlungsvertrages zwischen Wunschmutter bzw. Wunschvater und Arzt; die Wunscheltern schließen vielmehr gleichberechtigt miteinander einen Vertrag sui generis über die künstliche Zeugung eines Kindes und in der Folge einen Behandlungsvertrag mit dem Arzt ab. Vertragsinhalt des Behandlungsvertrages mit dem Arzt ist die Zeugung eines Kindes. Die Wunscheltern verpflichten sich gegenseitig, das aufgrund der Behandlung gezeugte Kind in jeder Hinsicht als eigenes anzunehmen. Der Wunschvater erklärt

¹⁰⁴⁰ BGHZ 29, S. 33 (36); Soergel/Leptien, § 183 Rdn. 1; Ohly, S. 43.

¹⁰⁴¹ Für Realakt: Staudinger/Gursky, § 183 Rdn. 2; Einordnung als geschäftsähnliche Handlung: Palandt/Ellenberger, Überbl. vor § 104 Rdn. 6; Einordnung als Willenserklärung: BGHZ 90, S. 96 (101 f.). Insoweit zeigt die Rechtsprechung selbst kein einheitliches Bild, vgl. Ohly, S. 38 ff.

¹⁰⁴² Weinbrecht: Rechtsprobleme der künstlichen Insemination de lege lata und de lege ferenda, in: Löhnig/Gietl (Hrsg.): Beiträge zur Reform des Familien- und Erbrechts, S. 258 (284).

¹⁰⁴³ Spickhoff: Vaterschaft und Fortpflanzungsmedizin, in: Hofer/Klippel/Walter (Hrsg.): Festschrift für Dieter Schwab, S. 923 (933).

¹⁰⁴⁴ Spickhoff: Vaterschaft und Fortpflanzungsmedizin, in: Hofer/Klippel/Walter (Hrsg.): Festschrift für Dieter Schwab, S. 923 (933).

¹⁰⁴⁵ Brähler: Motivationen und Behandlungsverläufe bei heterologer Insemination, S. 67 f.

¹⁰⁴⁶ Wanitzek, S. 318; Weinbrecht: Rechtsprobleme der künstlichen Insemination de lege lata und de lege ferenda, in: Löhnig/Gietl (Hrsg.): Beiträge zur Reform des Familien- und Erbrechts, S. 258 (284).

¹⁰⁴⁷ Spickhoff: Vaterschaft und Fortpflanzungsmedizin, in: Hofer/Klippel/Walter (Hrsg.): Festschrift für Dieter Schwab, S. 923 (933).



insbesondere, die Vaterschaft zu dem Kind nicht anzufechten. Da die Einwilligung lediglich Auswirkungen auf das Anfechtungsrecht der Beteiligten bei entweder aufgrund Ehe oder Anerkennung begründeter Vaterschaft hat, ist ihre Einordnung als Zustimmung im Sinne der §§ 182 ff. BGB abzulehnen.

b) Die Einwilligung als Willenserklärung

Überwiegend wird in der Literatur die Ansicht vertreten, die Einwilligung in eine künstliche Befruchtung mit Spendersamen sei als rechtsgeschäftliche Willenserklärung einzuordnen.¹⁰⁴⁸ Unter einer Willenserklärung ist die Kundgabe eines Willens, der auf die Herbeiführung einer Rechtswirkung gerichtet ist, zu verstehen.¹⁰⁴⁹ Ihr Kennzeichen ist, dass der Erklärende die Begründung, inhaltliche Änderung oder Beendigung eines privatrechtlichen Rechtsverhältnisses beabsichtigt.¹⁰⁵⁰

Diese Voraussetzungen würden durch die Einwilligung erfüllt: Die Vaterschaft könne einem Mann nur dann endgültig zugerechnet werden, wenn der Mann seinen Willen dergestalt erkläre, dass er rechtlicher Vater werden wolle. Dies bedeute für den Einwilligenden die Herbeiführung der Rechtsfolge des § 1600 Abs. 5 BGB. Damit sei sein Wille auf die Herbeiführung einer konkreten Rechtsfolge gerichtet.¹⁰⁵¹ Die Einordnung als Willenserklärung sei auch aufgrund der Bindungswirkung der Einwilligungserklärung geboten, da an diese keine geringeren Anforderungen gestellt werden könnten als an sonstige Erklärungen, durch die die Vaterschaft zu einem nichtehelichen Kind begründet würde.¹⁰⁵²

Zudem spreche die Behandlung der Einwilligungserklärung bereits vor Erlass des Kinderrechteverbesserungsgesetzes 2002 für die Einordnung als Willenserklärung, da durch die Einwilligung ein vertraglicher Anspruch des Kindes gegen den Wunschvater auf Zahlung von Unterhalt begründet wurde.¹⁰⁵³

¹⁰⁴⁸ Roth, DNotZ 2003, 805 (809 f.); MüKoBGB/Wellenhofer, § 1600 Rdn. 35; Staudinger/Rauscher § 1600 Rdn. 80; NomosKommBGB/Gutzeit § 1600 Rdn. 27; Erman/Hammermann § 1600 Rdn. 27; Palandt/Brudermüller § 1600 Rdn. 11; Löhnig/Gietl/Preisner, Rdn. 50; Deutsch, Rdn. 762; Rütz, S. 131; Roth, JZ 2002, S. 651 (653); wohl auch Weinbrecht: Rechtsprobleme der künstlichen Insemination de lege lata und de lege ferenda, in: Löhnig/Gietl (Hrsg.): Beiträge zur Reform des Familien- und Erbrechts, S. 258 (285 f.); Spickhoff: Vaterschaft und Fortpflanzungsmedizin, in: Hofer/Klippel/Walter (Hrsg.): Festschrift für Dieter Schwab, S. 923 (934), der zumindest die Vorschriften über Willenserklärungen entsprechend anwenden will; so zum alten Recht: Spickhoff, AcP 1997, S. 398 (417). Für die Rechtsprechung OLG Karlsruhe, FamRZ 2012, S. 1150 f.

¹⁰⁴⁹ Palandt/Ellenberger, Einf. vor § 116 Rdn. 1.

¹⁰⁵⁰ Palandt/Ellenberger, Einf. vor § 116 Rdn. 1.

¹⁰⁵¹ Roth, DNotZ 2003, S. 805 (809).

¹⁰⁵² Spickhoff, AcP 1997, S. 398 (417).

¹⁰⁵³ Roth, DNotZ 2003, S. 805 (809).

c) Die Einwilligung als geschäftsähnliche Handlung

Die Einwilligung könnte auch als geschäftsähnliche Handlung zu qualifizieren sein.¹⁰⁵⁴ Eine geschäftsähnliche Handlung ist gegeben, wenn eine auf einen tatsächlichen Erfolg gerichtete Erklärung vorliegt, bei der ihre Rechtsfolgen unabhängig vom Willen der Beteiligten eintreten.¹⁰⁵⁵ Daher fallen die Einwilligung in Freiheitsbeschränkungen, Körperverletzungen und ärztliche Eingriffe unter den Begriff der geschäftsähnlichen Handlung.¹⁰⁵⁶ Geschäftsähnliche Handlungen werden nicht im Hinblick auf ihre Rechtsfolgen vorgenommen; bei den Handelnden ist jedoch das Bewusstsein vorhanden, dass durch ihr Handeln Rechtsfolgen ausgelöst werden.¹⁰⁵⁷ Auf geschäftsähnliche Handlungen sind die Vorschriften über Willenserklärungen analog anzuwenden, sofern der Zweck, die Eigenart sowie die Interessenlage eine solche Anwendung zulässt.¹⁰⁵⁸ In der Regel können daher die Vorschriften über Geschäftsfähigkeit, Wirksamwerden von Willenserklärungen sowie Willensmängel entsprechend angewandt werden.¹⁰⁵⁹

Vorgetragen wird, dass die Einwilligung in eine künstliche Befruchtung mit Spendersamen sich als geschäftsähnliche Handlung darstelle, da sie nur auf einen tatsächlichen Erfolg, nämlich die Zeugung eines Kindes gerichtet sei.¹⁰⁶⁰ Dennoch könnten auf sie die rechtsgeschäftlichen Regelungen keine Anwendung finden. Der Grund hierfür sei darin zu sehen, dass die Einwilligung in eine künstliche Befruchtung mit Spendersamen einen Handlungsablauf in Gang setze, der nach Wegfall der Einwilligung einer anderen gesetzlichen Wertung unterliege. Die Situation nach einem ärztlichen Heileingriff sei deshalb mit der Lage nach einer einverständlich durchgeführten heterologen Insemination vergleichbar. Auch bei diesem könne der mit der Einwilligung bezweckte Erfolg sowie die darauf gerichtete Handlung nicht mehr rückgängig gemacht werden.¹⁰⁶¹

d) Die Einwilligung als willensgetragener Realakt

Wanitzek¹⁰⁶² ordnet die Einwilligung als willensgetragenen¹⁰⁶³ Realakt ein. Der willensgetragene Realakt zeichne sich durch eine Handlung¹⁰⁶⁴ aus, durch die unabhängig von einem entsprechenden Willen des Handelnden ein tatsächlicher Erfolg herbeigeführt werden solle; die Handlung selbst sei final auf das Eintreten dieses tatsächlichen Erfolges

¹⁰⁵⁴ Waibl, S. 224.

¹⁰⁵⁵ Palandt/Ellenberger, Überbl. vor § 104 Rdn. 4 und 6.

¹⁰⁵⁶ Palandt/Ellenberger, Überbl. vor § 104 Rdn. 6.

¹⁰⁵⁷ Weinbrecht: Rechtsprobleme der künstlichen Insemination de lege lata und de lege ferenda, in: Löhnig/Gietl (Hrsg.): Beiträge zur Reform des Familien- und Erbrechts, S. 258 (284).

¹⁰⁵⁸ Wanitzek, S. 321; siehe auch Palandt/Ellenberger, Überbl. vor § 104 Rdn. 7.

¹⁰⁵⁹ Palandt/Ellenberger, Überbl. vor § 104 Rdn. 7.

¹⁰⁶⁰ Waibl, S. 245.

¹⁰⁶¹ Waibl, S. 245.

¹⁰⁶² Wanitzek, FamRZ 2003, S. 730 (734); Wanitzek, S. 329.

¹⁰⁶³ Dies ergebe sich aus den Umständen, unter denen die assistierte Zeugung erfolge, Wanitzek, S. 329.

¹⁰⁶⁴ Hier die Einwilligung.



gerichtet.¹⁰⁶⁵ Bei dem den Realakt tragenden Willen handele es sich um einen natürlichen bzw. tatsächlichen Willen.¹⁰⁶⁶ Funktional gesehen sei die Zustimmung zur heterologen Befruchtung dem natürlichen Zeugungshandeln vergleichbar.¹⁰⁶⁷ Der Einordnung als willensgetragenen Realakt stehe es nicht entgegen, dass die einwilligenden Wunscherlern auch den Anfechtungsausschluss nach § 1600 Abs. 5 BGB beabsichtigten; dieser Wille sei nämlich keine Voraussetzung für das Eintreten der Rechtsfolge.¹⁰⁶⁸ Obwohl die Rechtsgeschäftsregeln auf einen willensgetragenen Realakt und damit auf die Einwilligung keine Anwendung finden könnten,¹⁰⁶⁹ seien doch Minimalanforderungen an den willensgetragenen Realakt zu stellen.¹⁰⁷⁰ Denn auch bei diesen komme es letztendlich auf ein willentliches Handeln an, bei dem es zu ähnlichen Problemen wie bei rechtsgeschäftlichem Handeln kommen könne.¹⁰⁷¹

Nach Wanitzek verbiete sich die Einordnung der Einwilligung als Willenserklärung dagegen schon deshalb, weil die Einwilligung im Gegensatz zur Vaterschaftsanerkennung und zu sonstigen personenrechtlichen Rechtsgeschäften gerade keine unmittelbare statusrechtliche Wirkung entfalte.¹⁰⁷² Die Einwilligungserklärung ziele primär nicht auf die Gestaltung der Rechtslage ab, sondern sei Bedingung für das Entstehen eines Kindes und daher ausschlaggebend für die Herbeiführung eines tatsächlichen Erfolges.¹⁰⁷³ Die rechtliche Zuordnung des Kindes erfolge nicht aufgrund der Einwilligung, sondern ergebe sich aufgrund der Vaterschaftsvermutung des § 1592 Nr. 1 BGB oder aufgrund Vaterschaftsanerkennung gemäß § 1592 Nr. 2 BGB.¹⁰⁷⁴ Auch diejenigen Vertreter in der Literatur, die die Einwilligung als Willenserklärung ansähen, hielten im Hinblick auf die Geschäftsfähigkeit und die Anfechtbarkeit gewisse Modifikationen bzw. Abstriche für notwendig.¹⁰⁷⁵

Aufgrund der besonderen Eigenart und der typischen Interessenlage komme auch die Einordnung als geschäftsähnliche Handlung und die analoge Anwendung der rechtsgeschäftlichen Bestimmungen nicht in Betracht.¹⁰⁷⁶ Ihre Anwendung könnte dem

¹⁰⁶⁵ Wanitzek, FamRZ 2003, S. 730 (734); Wanitzek, S. 328. Durch die Zustimmung wird als tatsächlicher Erfolg die Zeugung des Kindes herbeigeführt. Auf diesen war die Zustimmung auch final ausgerichtet, Wanitzek, S. 329.

¹⁰⁶⁶ Flume, § 9 2a bb, S. 110 f.; Wanitzek, FamRZ 2003, S. 730 (734); Wanitzek, S. 328 f.

¹⁰⁶⁷ Wanitzek, S. 329.

¹⁰⁶⁸ Wanitzek, FamRZ 2003, S. 730 (734); Wanitzek, S. 329.

¹⁰⁶⁹ Wanitzek, FamRZ 2003, S. 730 (734); Wanitzek, S. 329.

¹⁰⁷⁰ Wanitzek, FamRZ 2003, S. 730 (734).

¹⁰⁷¹ Wanitzek, FamRZ 2003, S. 730 (734).

¹⁰⁷² Wanitzek, FamRZ 2003, S. 730 (733 f.).

¹⁰⁷³ Wanitzek, FamRZ 2003, S. 730 (734).

¹⁰⁷⁴ Wanitzek, FamRZ 2003, S. 730 (734).

¹⁰⁷⁵ Spickhoff: Vaterschaft und Fortpflanzungsmedizin, in: Hofer/Klippel/Walter (Hrsg.): Festschrift für Dieter Schwab, S. 923 (933).

¹⁰⁷⁶ Wanitzek, FamRZ 2003, S. 730 (734); Weinbrecht: Rechtsprobleme der künstlichen Insemination de lege lata und de lege ferenda, in: Löhnig/Gietl (Hrsg.): Beiträge zur Reform des Familien- und Erbrechts, S. 258 (284).

intendierten Schutz des Kindes vor rechtlicher Vaterlosigkeit zuwiderlaufen.¹⁰⁷⁷ Besonderes Merkmal von Rechtsgeschäften sei, dass diese rückgängig gemacht werden könnten. Diese Besonderheit berücksichtigend seien auch die Wirksamkeitsanforderungen an Willenserklärungen konzipiert.¹⁰⁷⁸ Die Einwilligung in eine künstliche Befruchtung setze dagegen einen unumkehrbaren Vorgang, nämlich die Zeugung eines Kindes, in Gang. Insoweit verbiete sich die (analoge) Anwendung der Vorschriften über Rechtsgeschäfte, da der Schutz des Einwilligenden zwingend die Schutzlosigkeit des entstehenden Kindes nach sich ziehen würde.¹⁰⁷⁹

e) **Stellungnahme und Zwischenergebnis**

Zwar ist Wanitzek zuzugeben, dass die Einwilligung auch einen tatsächlichen Inhalt hat und mittelbar zur Zeugung eines Kindes führt.¹⁰⁸⁰ Die Rechtsfolge des § 1600 Abs. 5 BGB tritt aber nicht deswegen ein, weil sie von den Beteiligten ausdrücklich gewünscht wird, sondern weil sie gesetzlich normiert ist.¹⁰⁸¹ Die Einwilligung in die künstliche Befruchtung mit Spendersamen ist aufgrund von § 1600 Abs. 5 BGB nicht mehr rechtsfolgenlos. Das Handeln der Wunscheltern ist deshalb auch auf die Herbeiführung der Rechtsfolge des § 1600 Abs. 5 BGB gerichtet.¹⁰⁸² Zudem gibt es mehrere Rechtsgeschäfte, die die Legitimation für tatsächliche Handlungen geben. Insofern kann beispielsweise auf die Grunddienstbarkeit und den Mietvertrag verwiesen werden.¹⁰⁸³

Die Einordnung als willensgetragener Realakt kann vor allem dann nicht überzeugen, wenn man für die Wirksamkeit der Einwilligung die natürliche Willensfähigkeit ausreichen lassen will. Insofern müsste selbst die Einwilligung eines Geschäftsunfähigen auch dann als wirksam angesehen werden, wenn die künstliche Befruchtung mit Spendersamen ohne Einschaltung eines Arztes vorgenommen wurde.¹⁰⁸⁴ Wanitzek möchte die Einwilligung als Pendant zur natürlichen Zeugung behandeln. Dagegen spricht jedoch bereits, dass die natürliche Zeugung rein biologisch ein gewisses Mindestalter voraussetzt. Die natürliche Willensfähigkeit dürfte jedoch bereits in einem noch geringeren Alter gegeben sein.¹⁰⁸⁵

¹⁰⁷⁷ Wanitzek, FamRZ 2003, S. 730 (734).

¹⁰⁷⁸ Wanitzek, FamRZ 2003, S. 730 (734).

¹⁰⁷⁹ Wanitzek, FamRZ 2003, S. 730 (734).

¹⁰⁸⁰ Roth, DNotZ 2003, S. 805 (809).

¹⁰⁸¹ Roth, DNotZ 2003, S. 805 (809).

¹⁰⁸² Roth, DNotZ 2003, S. 805 (809).

¹⁰⁸³ Ohly, S. 211.

¹⁰⁸⁴ Spickhoff: Vaterschaft und Fortpflanzungsmedizin, in: Hofer/Klippel/Walter (Hrsg.): Festschrift für Dieter Schwab, S. 923 (934).

¹⁰⁸⁵ Spickhoff: Vaterschaft und Fortpflanzungsmedizin, in: Hofer/Klippel/Walter (Hrsg.): Festschrift für Dieter Schwab, S. 923 (934); Spickhoff, Medizinrecht, § 1600 Rdn. 12.

Die Einordnung als Realakt muss auch deshalb scheitern, weil zwischen der Einwilligung in die heterologe Insemination und deren Durchführung ein längerer Zeitraum bestehen kann. Dann ist aber eine enge Verknüpfung von Handlung und Rechtsfolge nicht mehr gegeben.¹⁰⁸⁶

Lediglich bei der Zeugung auf natürlichem Wege handelt es sich um eine Elternschaft aufgrund Realakt. Bei Zuhilfenahme von fortpflanzungsmedizinischen Verfahren beruht die Elternschaft dagegen maßgeblich auf dem Willen der Beteiligten.¹⁰⁸⁷ Das Instrument, das die Privatrechtsordnung dem Einzelnen zur Regelung seiner Rechtsverhältnisse zur Verfügung stellt, ist das Rechtsgeschäft.¹⁰⁸⁸ Dies verlangt die Einordnung der Einwilligung als Willenserklärung. Ausgehend von dem Prinzip „volenti non fit iniuria“ liegt der Einwilligung in die heterologe Insemination die Idee der Selbstbestimmung und Selbstverantwortung zugrunde. Die Einwilligung stellt die Aktualisierung von Autonomie dar.¹⁰⁸⁹ Grundlage des Anfechtungsausschlusses ist nicht die tatsächliche Durchführung der heterologen Befruchtung, sondern die von den Wunscheltern erklärte Verantwortungsübernahme.

Durch die Normierung des § 1600 Abs. 5 BGB hat der Gesetzgeber zwar zum Ausdruck gebracht, dass die umstrittene Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs nicht aufrechterhalten werden soll. Er hat sich aber den Ausführungen des Bundesgerichtshofs insoweit angeschlossen, dass die Einwilligung eine rechtsgeschäftliche Bindung begründet.¹⁰⁹⁰ Zugunsten des Kindes soll eine vertragliche Unterhaltsverpflichtung geschaffen werden,¹⁰⁹¹ die vor allem bei unverheirateten Wunscheltern zum Tragen kommen kann. Daher ist die Erklärung sehr wohl auf eine Rechtsfolge gerichtet, die ihre Einordnung als Willenserklärung rechtfertigt. Aufgrund der besonderen Interessenlage sind jedoch Modifikationen der rechtsgeschäftlichen Regeln denkbar.

Abschließend ist daher festzuhalten, dass es sich bei der Einwilligung in eine künstliche Befruchtung mit Spendersamen um eine Willenserklärung handelt.

3. Gegenstand der Einwilligung

Die von den Wunscheltern abgegebenen Einwilligungserklärungen müssen sich auf eine künstliche Befruchtung mit Spendersamen beziehen.¹⁰⁹² Den Einwilligenden muss also bewusst sein, dass die Frau mit Fremdsamen inseminiert werden soll.¹⁰⁹³ Allein die

¹⁰⁸⁶ Weinbrecht: Rechtsprobleme der künstlichen Insemination de lege lata und de lege ferenda, in: Löhnig/Gietl (Hrsg.): Beiträge zur Reform des Familien- und Erbrechts, S. 258 (285).

¹⁰⁸⁷ So auch Luh, ZKJ 2007, S. 351 (354).

¹⁰⁸⁸ Ohly, S. 207.

¹⁰⁸⁹ Ohly, S. 207.

¹⁰⁹⁰ Staudinger/Rauscher, § 1600 Rdn. 80.

¹⁰⁹¹ So auch Rütz, S. 131.

¹⁰⁹² Roth, DNotZ 2003, S. 805 (810); Staudinger/Rauscher, § 1600 Rdn. 76.

¹⁰⁹³ Staudinger/Rauscher, § 1600 Rdn. 76.



Einwilligung in eine artifizielle Insemination genügt zum Auslösen der Rechtsfolge des § 1600 Abs. 5 BGB daher nicht.¹⁰⁹⁴

Strittig ist, ob § 1600 Abs. 5 BGB verlangt, dass sich die Einwilligung auf eine nach ärztlichen Standesregeln zulässige künstliche Befruchtung mit Spendersamen beziehen muss. Nach einer Ansicht sind unter künstlicher Befruchtung nicht nur die in Deutschland standesrechtlich geregelten Techniken, sondern alle nach derzeitigem medizinischem Kenntnisstand möglichen Methoden zu verstehen.¹⁰⁹⁵ Insbesondere könne durch die Verwendung des Wortes „Einwilligung“ nicht geschlossen werden, dass es sich dabei um die arztstandesrechtlich in Deutschland verlangte Einwilligung handle. Demgegenüber vertritt Wanitzek¹⁰⁹⁶ die Ansicht, dass das Einwilligungserfordernis sich nur auf die medizinisch assistierte Zeugung beziehe. Für eine im privaten Umfeld durchgeführte künstliche Befruchtung bestehe dagegen kein Einwilligungserfordernis. Insofern seien keine eindeutigen Bezugspunkte gegeben, um im Verlauf des zur Zeugung führenden Geschehens eine „Einwilligung“ feststellen und deren Kausalität für die Zeugung des Kindes ermitteln zu können. Rauscher¹⁰⁹⁷ hält dem entgegen, dass der Gesetzgeber in § 1600 Abs. 5 BGB nicht verlange, dass das durchgeführte Verfahren in Deutschland legal sei. Vielmehr habe die Zulässigkeit bzw. Unzulässigkeit der Methode keine Auswirkungen auf den Anwendungsbereich des § 1600 Abs. 5 BGB; diese Einordnung könne sich lediglich in der Frage der Wirksamkeit der Einwilligung bemerkbar machen.

Aus diesen Ausführungen folgt, dass es auf die Behandlung durch einen Arzt nicht ankommen kann. Dafür spricht auch die Intention des Gesetzgebers: Ziel des Kinderrechteverbesserungsgesetzes war es, dem mit Spendersamen gezeugten Kind dauerhaft einen rechtlichen Vater zuzuordnen; aus § 1600 Abs. 5 BGB geht dagegen nicht hervor, dass eine dauerhafte Vaterschaftszuordnung nur in den Fällen erfolgen soll, in denen die Behandlung von einem Arzt durchgeführt wurde. Vielmehr muss –gerade auch im Hinblick auf den Umstand, dass eine heterologe Insemination technisch sehr leicht und daher auch von einem Laien durchführbar ist– auch bei einer privat vorgenommenen heterologen Insemination aus Kinderschutzgesichtspunkten der Anfechtungsausschluss eingreifen. Ausschlaggebend ist daher nur, dass sich die Einwilligung auf eine künstliche Befruchtung mit Spendersamen bezieht.

4. *Ausreichende ärztliche Aufklärung*

Eine umfassende ärztliche Aufklärung ist für die Rechtswirksamkeit der Einwilligungserklärung ohne Bedeutung¹⁰⁹⁸, d.h. auch ein nicht ausreichend über die Folgen

¹⁰⁹⁴ DIJuF-Rechtsgutachten, JAmt 2004, S. 71 f.; Staudinger/Rauscher, § 1600 Rdn. 76.

¹⁰⁹⁵ Staudinger/Rauscher, § 1600 Rdn. 77.

¹⁰⁹⁶ Wanitzek, FamRZ 2003, S. 730 (732).

¹⁰⁹⁷ Staudinger/Rauscher, § 1600 Rdn. 77.

¹⁰⁹⁸ So auch OLG Hamburg, FamRZ 2013, S. 228 (229).

und Bedeutung seiner Einwilligung durch einen Arzt aufgeklärter Wunschvater kann einer künstlichen Befruchtung mit Spendersamen wirksam zustimmen.

Zwar hatte sich der Bundesgerichtshof in seiner Entscheidung vom 07.04.1983 dahingehend geäußert, dass die Anfechtung der Vaterschaft nur in den Fällen ausgeschlossen sein könne, in denen eine umfassende ärztliche Aufklärung des Wunschvaters durch den Arzt vor der Durchführung der heterologen Insemination stattgefunden habe.¹⁰⁹⁹ Der Gesetzgeber hat in Kenntnis dieser Rechtsprechung die Aufklärung der Wunscheltern jedoch nicht zur Voraussetzung einer wirksamen Einwilligung gemacht. Dies geschah vor allem im Hinblick auf die Zielsetzung des Kinderrechteverbesserungsgesetzes, wonach dem Kind auf Dauer ein Vater rechtlich zugeordnet werden sollte. Die Versäumnisse eines Dritten¹¹⁰⁰ zu einer statusrechtlichen Benachteiligung eines Kindes führen zu lassen¹¹⁰¹, kann mit der Zielsetzung des Gesetzes nicht in Einklang gebracht werden. Zudem würde das Erfordernis der umfassenden ärztlichen Aufklärung dazu führen, die Vaterschaftsanfechtung in all den Fällen weiterhin zu ermöglichen, in denen kein Arzt an der künstlichen Befruchtung mit Spendersamen beteiligt war. Dies würde zu einer rechtlichen Benachteiligung dieser Kinder führen und wäre auch nicht damit vereinbar, dass sich die Einwilligung nicht auf eine von einem Arzt vorgenommene Behandlung beziehen muss.¹¹⁰² Auch in Fällen der Selbstinsemination ohne vorherige ärztliche Beratung sollte die Vaterschaftsanfechtung nach dem Willen des Gesetzgebers ausgeschlossen sein. Daher ist die Aufklärung durch einen Arzt¹¹⁰³ gerade keine Voraussetzung für eine wirksame Einwilligung.

5. Form der Einwilligung

Nachfolgend soll untersucht werden, welche formellen Anforderungen an die Einwilligung gestellt werden.

a) Gesetzliche Formanforderungen

Die Einwilligung in die künstliche Befruchtung mit Spendersamen ist gemäß § 1600 Abs. 5 BGB formfrei¹¹⁰⁴ –also auch mündlich¹¹⁰⁵– möglich.¹¹⁰⁶ Sie kann sogar konkludent abgegeben

¹⁰⁹⁹ BGHZ 87, S. 169 (180) = NJW 1983, S. 2073 (2075).

¹¹⁰⁰ Diese Fragen müssen vielmehr im Rahmen des Arzthaftungsrechtes Beachtung finden.

¹¹⁰¹ So bereits vor Erlass des Kinderrechteverbesserungsgesetzes, Wanitzek, S. 327.

¹¹⁰² Siehe S. 174 f.

¹¹⁰³ Gemäß der Musterrichtlinie ist der Arzt verpflichtet, die Eltern umfassend auf alle medizinischen, rechtlichen sowie psycho-sozialen Folgen hinzuweisen und dies auch zu dokumentieren. Daher scheint es in der Praxis eher ausgeschlossen, dass sich der Wunschvater bei Behandlung durch einen Arzt auf eine unzureichende ärztliche Beratung berufen kann, vgl. Bundesärztekammer: (Muster-)Richtlinie zur Durchführung der assistierten Reproduktion, Deutsches Ärzteblatt 2006, A 1392 ff.

¹¹⁰⁴ Eckersberger, MittBayNot 2002, S. 261 (263); Roth, DNotZ 2003, S. 805 (813); Staudinger/Rauscher, § 1600 Rdn. 78; Spickhoff: Vaterschaft und Fortpflanzungsmedizin, in: Hofer/Klippel/Walter (Hrsg.): Festschrift für Dieter Schwab, S. 923 (934); Erman/Hammermann, § 1600 Rdn. 29; Kirchmeier, FamRZ 1998, 1281 (1283), OLG Hamburg, FamRZ 2013, S. 228 (229). Jedoch wurde bereits im Bericht der Bund/Länder-Arbeitsgruppe „Fortpflanzungsmedizinengesetz“ vom August 1988 gefordert, dass die Zustimmungserklärung des

werden.¹¹⁰⁷ Ein Rechtsbindungswille muss jedoch auf Seiten des Einwilligenden vorhanden sein.¹¹⁰⁸

b) Formanforderungen ärztlicher Institutionen

Weitergehende Formanforderungen sehen dagegen das ärztliche Standesrecht sowie private Organisationen vor.

1) Formanforderungen nach ärztlichem Standesrecht

Nach der „(Muster-)Richtlinie zur Durchführung der assistierten Reproduktion“ dürfen reproduktionsmedizinische Methoden nur durchgeführt werden, wenn Aufklärung, Beratung sowie Einwilligung der Paare dokumentiert wurden und ein dies bestätigendes Schriftstück von beiden Partnern und der aufklärenden Ärztin/dem aufklärenden Arzt unterzeichnet wurde.¹¹⁰⁹

Nach der hessischen Richtlinie zur Durchführung der assistierten Reproduktion in der Fassung vom 05. Mai 2010 wird ebenfalls die Schriftlichkeit der Einwilligung verlangt. Zudem muss die Aufklärung und Beratung des Paares dokumentiert sein.¹¹¹⁰ Nach den Auslegungsrichtlinien der hessischen Landesärztekammer hat der Leiter der Arbeitsgruppe

Ehemannes zur heterologen Insemination seiner Frau notariell beurkundet werden müsse, Keller/
Günther/ Kaiser: Embryonenschutzgesetz III, B Rdn. 25 (S. 74).

¹¹⁰⁵ Schomburg, Kind-Prax 2002, S. 75 (77).

¹¹⁰⁶ In einigen ausländischen Rechtsordnungen ist eine explizite Regelung der heterologen Insemination bereits erfolgt, wie z.B. im österreichischen Fortpflanzungsmedizingesetz, nach dem vor Vornahme der heterologen Insemination zwingend der Abschluss eines notariellen Vertrages vonnöten ist, vgl. Ferrari: Streit um die Abstammung – die Rechtslage in Österreich, in: Spickhoff/Schwab/Henrich/Gottwald (Hrsg.): Der Streit um die Abstammung, S. 183 (193). In Frankreich wird gemäß Art. 311-20 Code civil verlangt, dass die Ehegatten bzw. die Lebensgefährten, die eine künstliche Zeugung mit Hilfe eines Drittspenders in Anspruch nehmen wollen, ihre Zustimmung gegenüber einem Notar oder einem Richter erklären, nachdem sie über die Konsequenzen ihrer Entscheidung im Hinblick auf die Abstammung unterrichtet wurden, vgl. Ferrand: Streit um die Abstammung in Frankreich, in: Spickhoff/Schwab/Henrich/Gottwald (Hrsg.): Der Streit um die Abstammung, S. 93 (117); Debove/Salomon/Janville, Rdn. 615.

¹¹⁰⁷ Staudinger/Rauscher, § 1600 Rdn. 78; Roth, DNotZ 2003, S. 805 (813).

¹¹⁰⁸ Staudinger/Rauscher, § 1600 Rdn. 78. An diesen seien keine geringen Anforderungen zu stellen. Daher wird die Möglichkeit der konkludenten Abgabe der Erklärung teilweise abgelehnt, vgl. Spickhoff: Vaterschaft und Fortpflanzungsmedizin, in: Hofer/Klippel/Walter (Hrsg.): Festschrift für Dieter Schwab, S. 923 (935); wohl auch Eckersberger, MittBayNot 2002, S. 261 (263).

¹¹⁰⁹ Nr. 3.2.6. der (Muster-)Richtlinie der Bundesärztekammer zur Durchführung der assistierten Reproduktion, Deutsches Ärzteblatt 2006, A 1392 (A 1396).

¹¹¹⁰ Ärztekammer Hessen: Hessische Richtlinie zur Durchführung der assistierten Reproduktion in der Fassung vom 05. Mai 2010, Nr. 3.2.6. der Richtlinie, abrufbar unter: http://www.laekh.de/upload/Rechtsquellen/Richtlinie_assistierte_Reproduktion.pdf, S. 4; letzter Zugriff am 14.07.2013 und Nr. 5.3.3.2 der Richtlinie, abrufbar unter: http://www.laekh.de/upload/Rechtsquellen/Richtlinie_assistierte_Reproduktion.pdf, S. 6; letzter Zugriff am 14.07.2013.

sogar sicherzustellen, dass in den Fällen der heterologen Insemination bei unverheirateten Frauen eine notarielle Dokumentation stattfindet.¹¹¹¹

2) Formanforderungen nach den Richtlinien privater Organisationen

Die internen Richtlinien des Arbeitskreises „Donogene Insemination“¹¹¹² sehen vor, dass der Gegenstand der ärztlichen Aufklärung sowie die Einwilligung der Partner zur Behandlung schriftlich fixiert und von den Wunscheltern und dem behandelnden Arzt unterzeichnet werden.¹¹¹³ Bei unverheirateten Paaren wird den Ärzten sogar empfohlen, im Interesse des Paares und des Kindes auf den Abschluss einer notariellen Vereinbarung hinzuwirken.¹¹¹⁴ Die Vereinbarung soll zudem eine Regelung hinsichtlich der verbindlichen Anerkennung der Elternschaft,¹¹¹⁵ der Abgabe einer gemeinsamen Sorgerechtsklärung sowie Regelungen für den Fall der Trennung des Paares enthalten.

c) Einführung einer Formvorschrift

Im Hinblick auf die ärztliche Praxis und auf mögliche Beweisschwierigkeiten in einem späteren gerichtlichen Verfahren wird in der Literatur die Einhaltung einer bestimmten Form für notwendig gehalten.¹¹¹⁶ Geraten wird, die Einwilligungserklärung notariell beurkunden zu lassen.¹¹¹⁷ Dies biete einerseits Schutz vor Übereilung und gewährleiste andererseits die rechtliche Beratung der Wunscheltern durch einen Fachmann.¹¹¹⁸ Auch habe die

¹¹¹¹ Ärztekammer Hessen: Hessische Richtlinie zur Durchführung der assistierten Reproduktion in der Fassung vom 05. Mai 2010, Nr. 3.1.1 der Richtlinie, abrufbar unter: http://www.laekh.de/upload/Rechtsquellen/Richtlinie_assistierte_Reproduktion.pdf, S. 3; letzter Zugriff am 14.07.2013.

¹¹¹² Der Verein wurde am 25.03.1995 in Fulda als eine Vereinigung von Ärzten, die Behandlungen mit Fremdsperma durchführen und/oder Samenbanken betreiben, Psychologen, Ärzten und anderen Personen, die Kenntnisse über die Behandlung mit Fremdsamen besitzen, gegründet. Das Ziel des Vereins besteht in der Wahrnehmung bzw. Förderung der medizinischen, wissenschaftspolitischen und juristischen Interessen der Vereinsmitglieder sowie der Stärkung der gesellschaftlichen Akzeptanz dieser Behandlungsmethoden, vgl. Hammel/Bispink/Katzorke/Schreiber/Thorn: Richtlinien des Arbeitskreises für Donogene Insemination, abrufbar: www.donogene-insemination.de; letzter Zugriff am 16.01.2008.

¹¹¹³ Hammel/Bispink/Katzorke/Schreiber/Thorn: Richtlinien des Arbeitskreises für Donogene Insemination, S. 14, abrufbar: www.donogene-insemination.de/downloads/Richtl_Druckfassung.pdf; letzter Zugriff am 18.06.2009.

¹¹¹⁴ Hammel/Bispink/Katzorke/Schreiber/Thorn: Richtlinien des Arbeitskreises für Donogene Insemination, S. 21, abrufbar: www.donogene-insemination.de/downloads/Richtl_Druckfassung.pdf; letzter Zugriff am 16.01.2008.

¹¹¹⁵ Hammel/Bispink/Katzorke/Schreiber/Thorn: Richtlinien des Arbeitskreises für Donogene Insemination, S. 21, abrufbar: www.donogene-insemination.de/downloads/Richtl_Druckfassung.pdf; letzter Zugriff am 16.01.2008.

¹¹¹⁶ Kirchmeier, FamRZ 1998, S. 1281 (1283); Eckersberger, MittBayNot 2002, S. 261 (263); Coester, JZ 1992, S. 809 (812); Hübner, S. 219; Schumacher, FamRZ 1987, S. 313 (316); Coester-Waltjen: Reproduktionsmedizin 2002, S. 183 (196); Mutschler, FamRZ 1994, S. 65 (70); Zumstein: Keimzellspende, in: Bundesministerium für Gesundheit (Hrsg.): Fortpflanzungsmedizin in Deutschland, S. 134 (136).

¹¹¹⁷ Kirchmeier, FamRZ 1998, S. 1281 (1283); Eckersberger, MittBayNot 2002, S. 261 (263); MükoBGB/Wellenhofer, § 1600 Rdn. 35; Roth, DNotZ 2003, S. 805 (813); wohl auch Spickhoff: Vaterschaft und Fortpflanzungsmedizin, in: Hofer/Klippel/Walter (Hrsg.): Festschrift für Dieter Schwab, S. 923 (934).

¹¹¹⁸ Roth, DNotZ 2003, S. 805 (813).

Rechtsprechung vor Einführung des § 1600 Abs. 5 BGB die umfassende Aufklärung des Wunschvaters zur Grundvoraussetzung für die Beachtlichkeit der Einwilligung als Anfechtungsverzichtserklärung gemacht.¹¹¹⁹ Zudem ähnelten die Rechtswirkungen der Einwilligung denen einer antizipierten Adoption.¹¹²⁰ Das Gebot der Rechtssicherheit, das gerade bei Fragen über den Status des Kindes besonderes Gewicht erhalte, werde vom Gesetzgeber bei einem unveränderten Beibehalten der derzeitigen Regelung eindeutig vernachlässigt.¹¹²¹

Auch ein Blick in die Gesetze anderer europäischer Länder zeigt, dass diese die Wirksamkeit der Einwilligung von der Einhaltung einer bestimmten Form abhängig machen.¹¹²² Nach dem österreichischen Fortpflanzungsmedizingesetz ist vor der Durchführung der heterologen Insemination der Abschluss eines notariellen Vertrages zwingend erforderlich.¹¹²³ In Frankreich wird gemäß Art. 311-20 Code civil verlangt, dass die Ehegatten bzw. Lebensgefährten, die reproduktionsmedizinische Maßnahmen in Anspruch nehmen wollen, ihre Zustimmung gegenüber einem Notar oder einem Richter erklären, nachdem sie über die Konsequenzen ihrer Entscheidung unterrichtet wurden.¹¹²⁴ Dagegen reicht nach slowenischem¹¹²⁵ bzw. schwedischem¹¹²⁶ Recht die Schriftlichkeit der Einwilligungserklärungen aus. Im griechischen Recht gelten abgestufte Voraussetzungen. Während Ehepaare ihre Einwilligung nur schriftlich erteilen müssen, ist bei nichtehelichen Lebenspartnern sowie alleinstehenden Frauen die notarielle Beurkundung der Einwilligungserklärung vorgesehen.¹¹²⁷

¹¹¹⁹ So Eckersberger, MittBayNot 2002, S. 261 (263).

¹¹²⁰ Spickhoff: Vaterschaft und Fremdinsemination, in: Hofer/Klippel/Walter (Hrsg.): Festschrift für Dieter Schwab, S. 923 (934).

¹¹²¹ Roth, DNotZ 2003, S. 805 (813).

¹¹²² Anders jedoch im italienischen Recht. Für die Unanfechtbarkeit der Vaterschaft genügt schon die konkludente Zustimmung zur heterologen Insemination. Diese Gesetzeslage ist aber vor allem dem Umstand geschuldet, dass in Italien die heterologe Insemination verboten wurde, vgl. Patti: Heterologe Insemination im italienischen Recht, in: Hofer/Klippel/Walter (Hrsg.): Festschrift für Dieter Schwab, S. 1449 (1456); Patti: Wahrheit und Beweis im italienischen Abstammungsrecht, in: Spickhoff/Schwab/Henrich/Gottwald (Hrsg.): Der Streit um die Abstammung, S. 279 (290). Etwas vielschichtiger stellt sich auch die Rechtslage in der Schweiz dar. Zwar ist die Einwilligung des Paares gemäß Art. 7 Abs. 1 FMedG schriftlich abzugeben. Die Verletzung dieser Formvorschrift hat jedoch keine Auswirkung auf den Ausschluss der Vaterschaftsanfechtungsklage, da Art. 256 Abs. 3 ZGB gerade nicht die Einhaltung einer Form fordert, Aebi-Müller/Jaggi: Streit um die Abstammung – Länderbericht Schweiz, in: Spickhoff/Schwab/Henrich/Gottwald (Hrsg.): Der Streit um die Abstammung, S. 343 (357).

¹¹²³ Ferrari: Streit um die Abstammung – Rechtslage in Österreich, in: Spickhoff/Schwab/Henrich/Gottwald (Hrsg.): Der Streit um die Abstammung, S. 183 (193).

¹¹²⁴ Ferrand: Streit um die Abstammung in Frankreich, in: Spickhoff/Schwab/Henrich/Gottwald (Hrsg.): Der Streit um die Abstammung, S. 93 (117).

¹¹²⁵ Nowak: Das Abstammungsrecht in Slowenien, in: Spickhoff/Schwab/Henrich/Gottwald (Hrsg.): Der Streit um die Abstammung, S. 259 (273).

¹¹²⁶ Ausreichend ist die Abgabe der Einwilligungserklärung auch in anderer Weise. Singer: Between genetic and social parenthood, in: Spickhoff/Schwab/Henrich/Gottwald (Hrsg.): Der Streit um die Abstammung, S. 139 (142).

¹¹²⁷ Kiriakaki, MedR 2005, S. 143 (147).

Der deutsche Gesetzgeber hat hingegen bewusst auf die Einführung einer Formvorschrift verzichtet. Im ursprünglichen Gesetzesantrag der Länder Sachsen-Anhalt und Hamburg¹¹²⁸ war die notarielle Beurkundung der Einwilligungserklärung noch vorgesehen. Auch in der Stellungnahme der Bundesregierung wurde die notarielle Beurkundung der Einwilligung noch gefordert, da nur so die weitreichende Bedeutung der Erklärung vermittelt und Beweisschwierigkeiten vorgebeugt werden könne.¹¹²⁹ Dieses „rein zivilrechtliche“ Formerfordernis wurde jedoch im Bundesrat mit der Begründung abgelehnt, dass es nicht zugleich Zulässigkeitsvoraussetzung für das Handeln des Arztes sei.¹¹³⁰

Mit dem Verzicht auf ein Formerfordernis beabsichtigte der Gesetzgeber zudem den Schutz des Kindes. Aufgrund § 1600 Abs. 5 BGB sollte dem Kind eine gesicherte Rechtsposition im Verhältnis zu dem zustimmenden Mann gegeben werden. Das mit § 1600 Abs. 5 BGB verfolgte Ziel, dem Kind dauerhaft zu einem rechtlichen Vater zu verhelfen, könnte bei Aufstellung eines Formerfordernisses durch absichtliche Nichteinhaltung durch die Wunscheltern unterlaufen werden.¹¹³¹ Feststellbar ist weiterhin, dass sich immer weniger Paare mit dem in ihrem Wohnsitzland bestehenden Zulässigkeitsstrahlen sowie abstammungsrechtlichen Grenzen der von ihnen favorisierten künstlichen Befruchtungsmethoden abfinden. Daher lassen sie die in ihrem Wohnsitzland missbilligte künstliche Zeugung in einem anderen europäischen Staat vornehmen.¹¹³² Trotz eines auch dort bestehenden Formzwanges könnten daher künstliche Befruchtungen mit Spendersamen vorgenommen werden, ohne dass zuvor die Einwilligung schriftlich erteilt oder notariell beurkundet wurde. Dann könnte der einwilligende Partner die Vaterschaft zu diesem Kind anfechten, weil eine Wirksamkeitsvoraussetzung für eine gültige Einwilligung fehlt.¹¹³³ Diese Überlegungen scheinen im Hinblick auf die österreichische Rechtsprechung nicht unberechtigt zu sein.

1) Urteil des OGH vom 13.03.1996

Dem Urteil des österreichischen OGH vom 13.03.1996¹¹³⁴ lag folgender Sachverhalt zugrunde: Die österreichischen Ehegatten ließen 1993 eine heterologe Insemination bei einem Arzt in München durchführen. Vor der Vornahme der heterologen Insemination wurde die Zustimmungserklärung der Ehegatten nur schriftlich festgehalten, obwohl das österreichische Recht gemäß § 152 ABGB die Einhaltung der Notariatsaktsform bei einer künstlichen Befruchtung mit Spendersamen verlangt. Die Insemination war erfolgreich und

¹¹²⁸ BR-Drs. 369/99, Anlage S. 1; Schomburg, Kind-Prax, 2002, S. 75 (77).

¹¹²⁹ BT-Drs. 14/2096, S. 10.

¹¹³⁰ Empfehlungen der Ausschüsse des Bundesrates, BR-Drucksache 369/1/99, S. 2 f.; Schomburg, Kind-Prax 2002, S. 75 (77).

¹¹³¹ Janzen, FamRZ 2002, S. 785 (786); Spickhoff: Vaterschaft und Fortpflanzungsmedizin, in: Hofer/Klippel/Walter (Hrsg.): Festschrift für Dieter Schwab, S. 923 (935).

¹¹³² Lurger, DEuFamR 1999, S. 210 (211).

¹¹³³ Roth, DNotZ 2003, S. 805 (813).

¹¹³⁴ JBl 1996, S. 717 ff.

die Ehefrau brachte am 10.02.1994 ein Kind zur Welt. Im Dezember 1994 wurde die Ehe geschieden. Der Ehemann focht daraufhin die Ehelichkeit des Kindes an.

Die Anfechtung der Ehelichkeit des Kindes war wegen der Formungültigkeit der erklärten Zustimmung zur heterologen Insemination erfolgreich. Nach Meinung des Gerichts dient die Formvorschrift dem Zweck, die Aufklärung der Eltern über die Verwendung von Spendersamen und die sich daraus ergebenden Folgen soweit sicherzustellen, dass die Versagung der Bestreitung der Ehelichkeit des Kindes durch den zustimmenden Ehemann angemessen erscheint.¹¹³⁵ Daraus schloss der OGH, dass nur die qualifizierte Zustimmung diesen Zweck erfüllen könne. Nur durch die Einhaltung des Formerfordernisses sei gewährleistet, dass der Ehemann sich der rechtlichen Bedeutung seines Tuns genügend bewusst werde.¹¹³⁶ Der Reproduktionsmediziner dürfe deshalb die heterologe Insemination erst dann durchführen, wenn die Zustimmungserklärung der Wunscheitern in Form eines Notariatsaktes gemäß § 8 Abs. 1 FMedG abgegeben wurde.¹¹³⁷ Die schriftliche Zustimmung genüge daher nicht den österreichischen Formerfordernissen.¹¹³⁸

2) Kritik am Urteil des OGH

Die Entscheidung des OGH wurde in der österreichischen Literatur als verfehlt kritisiert. Der OGH habe verkannt, dass die Formwirksamkeit der Erklärungen aufgrund des Auslandsbezuges des Sachverhaltes nach § 8 2. HS IPRG zu beurteilen gewesen wäre. Gemäß § 8 2. HS IPRG genüge zur Wahrung der Form einer Rechtshandlung die Ortsform.¹¹³⁹ Weder der Schutzzweck der für die Rechtshandlung einschlägigen Anknüpfungsnorm noch der zwingende Charakter der österreichischen Eingriffsnormen habe die unabdingbare Anwendbarkeit der österreichischen Formvorschrift erfordert.¹¹⁴⁰ Das österreichische Formerfordernis solle den Ehegatten bzw. den Lebenspartner der Mutter vor übereilten Entscheidungen schützen. Dieser Schutz könne auch auf andere Weise bewirkt werden. Ausschlaggebend sei, dass der Ehegatte bzw. Lebenspartner über die rechtlichen Folgen seiner Zustimmung ausreichend aufgeklärt worden sei und frei in seiner Willensbildung die Erklärung abgegeben habe.¹¹⁴¹

d) Stellungnahme

Trotz der dargestellten berechtigten Bedenken des Gesetzgebers sollte die notarielle Beurkundung der Einwilligung im Gesetz, nämlich in einem Fortpflanzungsmedizingesetz,

¹¹³⁵ OGH vom 13.03.1996, JBl 1996, S. 717 (718).

¹¹³⁶ OGH vom 13.03.1996, JBl 1996, S. 717 (718).

¹¹³⁷ Bernat, JBl 1996, S. 717 (719).

¹¹³⁸ Lurger: Fortpflanzungsmedizin und Abstammungsrecht, in: Bernat (Hrsg.): Die Reproduktionsmedizin am Prüfstand von Recht und Ethik, S. 108 (133 f.).

¹¹³⁹ Bernat, JBl 1996, S. 717 (720).

¹¹⁴⁰ Lurger: Fortpflanzungsmedizin und Abstammungsrecht, in: Bernat (Hrsg.): Die Reproduktionsmedizin am Prüfstand von Recht und Ethik, S. 108 (134 f.).

¹¹⁴¹ Lurger: Fortpflanzungsmedizin und Abstammungsrecht, in: Bernat (Hrsg.): Die Reproduktionsmedizin am Prüfstand von Recht und Ethik, S. 108 (134 f.) mit Verweis auf Bernat, JBl 1996, S. 719 f.

vorgesehen werden. Dafür sprechen mehrere Gründe: Durch das Formerfordernis werden die Wunscheltern von vorschnellen und unüberlegten Entscheidungen abgehalten. Beweisschwierigkeiten können vermieden werden.¹¹⁴² In Anbetracht der weitreichenden rechtlichen Folgen der Erklärung kann bei Normierung eines Formerfordernisses auch eine vorherige umfassende juristische Aufklärung durch einen Notar sichergestellt werden.¹¹⁴³ Der Notar ist zudem verpflichtet, sich von der Geschäftsfähigkeit der Wunscheltern vor der Beurkundung der Erklärungen zu überzeugen.¹¹⁴⁴ Die Verpflichtung bewirkt daher, dass die Einwilligung wegen behaupteter fehlender Geschäftsfähigkeit nicht mehr angegriffen werden kann.¹¹⁴⁵ Die Beurkundung der Einwilligungserklärungen bietet auch für den Arzt Rechtssicherheit. Der Arzt hat bei Vorlage einer notariellen Urkunde die Gewissheit, dass eine umfangreiche juristische Aufklärung und Beratung erfolgt ist.¹¹⁴⁶ Zudem muss die Einwilligungserklärung zumindest der Schriftform unterliegen, sofern sie für die Zuordnung der Vaterschaft zu dem einwilligenden Lebenspartner im Rahmen des erweiterten Vaterschaftsfeststellungsverfahrens geeignet sein soll.¹¹⁴⁷

Schließlich scheint die Formgebundenheit der Erklärungen auch im Hinblick auf die Ziele des Kinderrechteverbesserungsgesetzes geboten zu sein. Mit dem Ausschluss des Anfechtungsrechts soll dem mit Spendersamen gezeugten Kind eine gesicherte Rechtsstellung zu dem Mann gegeben werden, der durch seine Einwilligung die Verantwortung für das Kind übernommen hat.¹¹⁴⁸ Die Feststellungslast¹¹⁴⁹ im Vaterschaftsanfechtungsverfahren für das Bestehen einer wirksamen Einwilligung liegt bei demjenigen, der sich auf ihr Vorliegen beruft.¹¹⁵⁰ Dies dürfte in einem Vaterschaftsanfechtungsverfahren regelmäßig das Kind als Antragsgegner sein.¹¹⁵¹ Damit trägt das Kind die objektive Beweislast für Umstände, die lange vor seiner Existenz und

¹¹⁴² Hübner, S. 219; ähnlich auch Löhnig/Gietl/Preisner, Rdn. 50.

¹¹⁴³ Hübner, S. 219.

¹¹⁴⁴ Winkler, § 11 Rdn. 8; Mecke/Lerch, § 11 Rdn. 4; Hübner, S. 119 f. Kommt der Notar zu dem Ergebnis, dass einem Wunschelternteil die erforderliche Geschäftsfähigkeit fehlt, soll er gemäß § 11 Abs. 1 BeUrkG die Beurkundung ablehnen, vgl. Winkler, § 11 Rdn. 9.

¹¹⁴⁵ Hübner, S. 220.

¹¹⁴⁶ Hübner, S. 220.

¹¹⁴⁷ Siehe S. 105 ff. So auch Hübner, S. 220.

¹¹⁴⁸ BT-Drs. 14/2096, S. 7.

¹¹⁴⁹ Auch wenn das Familiengericht die erforderlichen Beweise von Amts wegen zu erheben hat, d.h. es im Gegensatz zum Zivilprozess keine Beweisführungslast gibt, gilt davon unabhängig die objektive bzw. materielle Beweislast, d.h. Feststellungslast, Keidel/Sternal, FamFG, § 29 Rdn. 40.

¹¹⁵⁰ Spickhoff: Vaterschaft und Fortpflanzungsmedizin, in: Hofer/Klippel/Walter (Hrsg.): Festschrift für Dieter Schwab, S. 923 (935). Im Antragsverfahren trägt grundsätzlich der Antragsteller die Feststellungslast für die antragsbegründenden Tatsachen, der Antragsgegner für rechtshindernde und rechtsvernichtende Tatsachen, Keidel/Sternal, FamFG, § 29 Rdn. 40 und Rdn. 43; Musielak/Borth/Borth, FamFG, § 30 Rdn. 12; MükoZPO/Ulrici, § 37 FamFG, Rdn. 17.

¹¹⁵¹ Staudinger/Rauscher, § 1600 Rdn. 79. Der Fall, dass die Mutter die Vaterschaft des Kindes aus eigenem Recht anfecht, dürfte eher selten sein.



Geburt lagen.¹¹⁵² Daraus folgt, dass Zweifel, die durch die großzügig gewährte Formfreiheit erst entstehen, zu Lasten des Schutzzweckes der Norm gehen und daher der Intention des Gesetzgebers zuwider laufen.¹¹⁵³

Auch die formfrei erklärte Einwilligung im Ausland und die daran anschließende Durchführung der künstlichen Befruchtung mit Spendersamen führt nicht zwangsläufig zur Anfechtbarkeit der Vaterschaft im Inland. Da für den Bereich der medizinisch unterstützten Fortpflanzung keine ersichtlichen Sonderregelungen im Internationalen Kollisionsrecht bestehen, muss für die Bestimmung des relevanten Formstatuts Art. 11 EGBGB zur Anwendung gelangen. Dieser findet grundsätzlich hinsichtlich der Form aller Rechtsgeschäfte, gerade auch der familienrechtlichen, Anwendung.¹¹⁵⁴ Nach dessen Abs. 1 ist ein Rechtsgeschäft formgültig, sofern „es die Formerfordernisse des Rechts, das auf den Gegenstand bildende Rechtsverhältnis anzuwenden ist, oder des Rechts des Staates erfüllt, in dem es vorgenommen wird“. Daher gelten die Geschäftsrechtsform und die Ortsrechtsform alternativ. Das Rechtsgeschäft ist mithin gültig, wenn die Formvorschriften des einen oder des anderen Rechts eingehalten wurden.¹¹⁵⁵ Für die Wirksamkeit der Einwilligungserklärungen müssen daher entweder die deutsche Formvorschrift oder die Formanforderungen des Rechts des ausländischen Staates, in dem die Wunscheltern die künstliche Befruchtung mit Spendersamen vornehmen ließen, erfüllt worden sein. Bei geringeren Anforderungen dieses Rechtes wäre die Missachtung der deutschen Formvorschriften deshalb unbeachtlich.

Anders gestaltet sich die Rechtslage, sofern auch die Formanforderungen des ausländischen Rechts nicht beachtet wurden. Die Bedenken des Gesetzgebers, dass bestehende Formvorschriften bewusst durch die Wunscheltern missachtet werden, könnten sich insoweit bewahrheiten. Zudem kann im Hinblick auf eine im privaten Bereich durchgeführte künstliche Befruchtung mit Spendersamen nicht sichergestellt werden, dass sich die Beteiligten an die Formvorschriften halten bzw. von diesen überhaupt wissen. Daher sollte das Formerfordernis –ähnlich wie in der Schweiz–¹¹⁵⁶ nicht im Bürgerlichen Gesetzbuch festgehalten werden. Vielmehr sollte die notarielle Beurkundung der Einwilligung als

¹¹⁵² Insoweit könnte an ein kollusives Zusammenwirken zwischen den Wunscheltern gedacht werden bzw. auch an den Umstand, dass die heterologe Insemination privat ohne Einschaltung eines Arztes vorgenommen worden ist.

¹¹⁵³ Staudinger/Rauscher, § 1600 Rdn. 79.

¹¹⁵⁴ MükobGB/Spellenberg, Art. 11 EGBGB Rdn. 11.

¹¹⁵⁵ MükobGB/Spellenberg, Art. 11 EGBGB Rdn. 44.

¹¹⁵⁶ Die Einwilligung der Wunscheltern muss zwar gemäß Art. 7 Abs. 1 FMedG nach Ablauf einer angemessenen Bedenkfrist und nach rechtlicher Beratung durch den Arzt schriftlich erfolgen, vgl. Aebi-Müller/Jaggi: Streit um die Abstammung – Länderbericht Schweiz, in: Spickhoff/Schwab/Henrich/Gottwald (Hrsg.): Der Streit um die Abstammung, S. 343 (349). Die Formvorschrift nach dem Fortpflanzungsmedizingesetz dient jedoch lediglich der Funktion der Beweiserleichterung. In Art. 256 Abs. 3 ZGB ist keine Form vorgesehen, Basler Kommentar/Schwenzer: Zivilgesetzbuch I, Art. 256 Rdn. 13; Aebi-Müller/Jaggi: Streit um die Abstammung – Länderbericht Schweiz, in: Spickhoff/Schwab/Henrich/Gottwald (Hrsg.): Der Streit um die Abstammung, S. 343 (357).



Voraussetzung für eine medizinische Behandlung durch einen Arzt in einem Fortpflanzungsmedizingesetz normiert werden.¹¹⁵⁷ Dadurch könnten sowohl Beweisschwierigkeiten zu Lasten des Kindes vorgebeugt, Schutz vor Übereilung gewährleistet als auch den Bedenken des Gesetzgebers Rechnung getragen werden. Die Beibehaltung der Formfreiheit im Bürgerlichen Gesetzbuch könnte dann zusätzlich sicherstellen, dass formfreie Erklärungen rechtlich nicht irrelevant sind.¹¹⁵⁸

6. Der Adressat der Einwilligungserklärung

Als empfangsbedürftige Willenserklärung¹¹⁵⁹ muss die Einwilligung einem Empfänger zugehen. Daher drängt sich die Frage auf, gegenüber wem die Einwilligung abzugeben ist. Als Erklärungsempfänger kommen sowohl der Ehepartner bzw. Lebenspartner als auch der behandelnde Arzt bzw. die Klinik in Betracht.

Die Erklärungen sind gegenüber dem Ehe- bzw. Lebenspartner abzugeben.¹¹⁶⁰ Dafür spricht der Wortlaut des § 1600 Abs. 5 BGB, nach dem für den wirksamen Ausschluss des Anfechtungsrechts die Einwilligungserklärungen beider „Elternteile“ notwendig sind.¹¹⁶¹ Die Eltern sind die Initiatoren der Zeugung des Kindes und wollen gemeinsam die Verantwortung für das Kind übernehmen.¹¹⁶² Die Zeugung eines Kindes ist erst möglich, wenn sich die Partner auf eine künstliche Befruchtung mit Spendersamen geeinigt haben. Daher kann der richtige Erklärungsempfänger nur der Partner des jeweils Einwilligenden sein.

Der Arzt bzw. die Klinik können hingegen nicht die richtigen Adressaten der Erklärung sein. Die Einwilligung in die künstliche Befruchtung mit Spendersamen ist auch bei Nichteinschaltung eines Arztes, z.B. bei Selbstvornahme oder Durchführung im Ausland, wirksam. Ein Arzt muss mithin, um die Rechtsfolgen aus § 1600 Abs. 5 BGB auszulösen, nicht an der Zeugung mitgewirkt haben.¹¹⁶³ Für dieses Ergebnis spricht vor allem die rechtspolitische Intention, die hinter der Bestimmung des § 1600 Abs. 5 BGB steht. Die Vorschrift ist Ausdruck der gemeinsamen Verantwortungsübernahme der Wunscheltern für das Kind; daher ist auch nur eine Absprache zwischen den Partnern vonnöten.¹¹⁶⁴ Dem Interesse des Arztes an Rechtsklarheit und Rechtssicherheit wird durch die Fixierung der

¹¹⁵⁷ Forderungen dahingehend werden seit Jahren in der Literatur geäußert, Meyer, S. 172; wohl auch Coester-Waltjen, Reproduktionsmedizin 2002, S. 183 (196); Roth, JZ 2002, S. 651 (653); MükoBGB/Wellenhofer, § 1600 Rdn. 39; Deutsch, NJW 1986, S. 1971 (1974); Spickhoff: Vaterschaft und Fortpflanzungsmedizin, in: Hofer/Klippel/Walter (Hrsg.): Festschrift für Dieter Schwab, S. 923 (941); Coester, JZ 1992, S. 809 (812); Staudinger/Rauscher, § 1600 Rdn. 78; Eckersberger, MittBayNot 2002, S. 261 (263); Schlüter, § 22 Rdn. 293; Mutschler, FamRZ 1994, S. 65 (70).

¹¹⁵⁸ Roth, DNotZ 2003, S. 805 (813).

¹¹⁵⁹ Staudinger/Rauscher, § 1600 Rdn. 83; Roth, DNotZ 2003, S. 805 (810).

¹¹⁶⁰ Roth, DNotZ 2003, S. 805 (810); Eckersberger, MittBayNot 2002, S. 261 (263); Erman/Hammermann, § 1600 Rdn. 28; Staudinger/Rauscher, § 1600 Rdn. 83; wohl auch BGHZ 129, S. 297 (307) = NJW 1995, S. 2028 (2030).

¹¹⁶¹ Roth, DNotZ 2003, S. 805 (810); Eckersberger, MittBayNot 2002, S. 261 (263).

¹¹⁶² Roth, DNotZ 2003, S. 805 (810).

¹¹⁶³ Erman/Hammermann, § 1600 Rdn. 28.

¹¹⁶⁴ Staudinger/Rauscher, § 1600 Rdn. 83; Eckersberger, MittBayNot 2002, S. 261 (263).

Erklärungen bzw. nach deren Einführung durch eine besondere Formvorschrift Genüge getan.¹¹⁶⁵

7. Einwilligung einer geschäftsunfähigen bzw. in der Geschäftsfähigkeit beschränkten Person

Nicht ausgeschlossen werden kann, dass auch geschäftsunfähige bzw. in der Geschäftsfähigkeit beschränkte Personen ihre Einwilligung in eine künstliche Befruchtung mit Spendersamen abgeben möchten.

Bei Einordnung der Einwilligung als Willenserklärung¹¹⁶⁶ finden die allgemeinen Vorschriften und damit die §§ 104 ff. BGB für die Beurteilung der Wirksamkeit der Einwilligungserklärung Anwendung.

Wanitzek¹¹⁶⁷ dagegen möchte die Regeln über die Geschäftsfähigkeit aus Gründen des Kindesschutzes nicht anwenden, da die Folgen der Einwilligung nicht mehr rückgängig gemacht werden könnten. Aber auch bei der von ihr präferierten Einordnung der Erklärung als willensgetragenen Realakt müssen Minimalanforderungen an die Erklärung gestellt werden. Daher kann derjenige keine rechtswirksame Erklärung abgeben, der geistig so gestört bzw. so jung ist, dass er die Elternrolle und die damit verbundene Verantwortung tatsächlich nicht ausüben kann.¹¹⁶⁸

Der Kindesschutz und der Gedanke des Kindeswohles dürfen jedoch nicht dazu führen, dass die Einwilligung ohne eine altersbedingte bzw. an den persönlichen Umständen des Betroffenen orientierte Einschränkung wirksam ist. Nach Wanitzeks Modell könnte bereits ein noch nicht einmal Siebenjähriger eine wirksame Erklärung abgeben¹¹⁶⁹, sofern er nur über ein besonderes Maß an Verstandesreife und Verantwortungsgefühl verfügt, das für jeden Einzelfall gesondert und ex post festzustellen wäre.¹¹⁷⁰ Die Zurechnung der Vaterschaft und die Unauflöslichkeit der Vaterschaft beruht in den Fällen der medizinisch unterstützten Befruchtung auf dem Willen zur Vaterschaft. Um einen solchen wirksam

¹¹⁶⁵ Roth, DNotZ 2003, S. 805 (810).

¹¹⁶⁶ Siehe S. 173 f. Bei Einordnung der Einwilligung als geschäftsähnliche Handlung kommt es auf die Geschäftsfähigkeit der handelnden Person nicht an. Denn bei geschäftsähnlichen Handlungen mit einem starken höchstpersönlichen Einschlag, der auch bei Einwilligungen in ärztliche Eingriffe vorliegt, ist allein entscheidend, dass der Handelnde ein solches Maß an Verstandesreife besitzt, dass er in der Lage ist, die Tragweite seiner Entscheidung zu erkennen. Eine starre Altersgrenze kann insoweit nicht gezogen werden. Erforderlich ist aber zusätzlich die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters, vgl. Palandt/Ellenberger, Überbl. vor § 104 Rdn. 8. Dagegen sind auf alle anderen geschäftsähnlichen Handlungen die Regeln über die Geschäftsfähigkeit gemäß §§ 104 ff. BGB entsprechend anzuwenden, vgl. Palandt/Ellenberger, Einf. vor § 104 Rdn. 6 und Überbl. vor § 104 Rdn. 7.

¹¹⁶⁷ Wanitzek, S. 324 ff.

¹¹⁶⁸ Wanitzek, FamRZ 2003, S. 730 (734).

¹¹⁶⁹ Spickhoff, FamRZ 2003, S. 19 (20).

¹¹⁷⁰ Spickhoff: Vaterschaft und Fortpflanzungsmedizin, in: Hofer/Klippel/Walter (Hrsg.): Festschrift für Dieter Schwab, S. 923 (936).

bilden zu können, muss jedoch ein Mindestmaß an Bewusstsein gefordert werden.¹¹⁷¹ Daher kann auf die Geschäftsfähigkeit des Einwilligenden nicht verzichtet werden. Für dieses Ergebnis spricht auch der ursprüngliche Gesetzesentwurf der Länder Sachsen-Anhalt und Hamburg. In dem Entwurf war vorgesehen, § 1760 Abs. 2 Buchstabe a BGB sinngemäß anzuwenden.¹¹⁷² Die Anfechtung der Vaterschaft wäre damit nur unter den Voraussetzungen zulässig gewesen, unter denen die Annahme eines minderjährigen Kindes wegen Mängeln in der Erklärung aufgehoben werden kann.¹¹⁷³ Diese beabsichtigte Verweisung verdeutlicht, dass die Einwilligung zur künstlichen Befruchtung mit Spendersamen der Annahme eines fremden Kindes vergleichbar ist. Daher gebietet es sich, die Auflösung dieses Verhältnisses an die gleichen Voraussetzungen wie die Auflösung eines Adoptionsverhältnisses zu knüpfen.¹¹⁷⁴ Die Regeln über die Geschäftsfähigkeit sind daher grundsätzlich anwendbar.

a) Einwilligung eines Geschäftsunfähigen

Gemäß § 105 BGB sind die von einem Geschäftsunfähigen abgegebenen Willenserklärungen sowie die Willenserklärungen nichtig, die im Zustand der vorübergehenden Störung der Geistestätigkeit abgegeben wurden.¹¹⁷⁵ Daher kann ein Geschäftsunfähiger nicht wirksam in eine heterologe Insemination einwilligen.

b) Einwilligung durch den gesetzlichen Vertreter des Geschäftsunfähigen

Statt des Geschäftsunfähigen könnte dessen gesetzlicher Vertreter berechtigt sein, die Einwilligung in die künstliche Befruchtung mit Spendersamen für den Geschäftsfähigen zu erklären.

Zwar werden die Interessen und Rechte eines Geschäftsunfähigen von dessen gesetzlichen Vertreter¹¹⁷⁶ wahrgenommen.¹¹⁷⁷ In Bereichen, die einen starken personenrechtlichen Einschlag aufweisen, wird das System der §§ 104 ff. BGB jedoch durch Sondervorschriften modifiziert.¹¹⁷⁸ Durch sie wird der besonderen Interessenlage bei höchstpersönlichen Rechtsgeschäften Rechnung getragen.¹¹⁷⁹

¹¹⁷¹ Roth, DNotZ 2003, S. 805 (811).

¹¹⁷² BR-Drs. 369/99, Anlage, S. 1.

¹¹⁷³ BR-Drs. 369/99, Anlage, S. 6.

¹¹⁷⁴ BR-Drs. 369/99, Anlage, S. 9. In den Empfehlungen der Ausschüsse des Bundesrates wurde diese Bestimmung gestrichen, da sonstige zivilrechtliche Fragen die Klärung weiterer rechtlicher Aspekte voraussetzen, insbesondere müsse eine Entscheidung dahingehend getroffen werden, unter welchen Voraussetzungen die Verwendung des Samens durch einen Arzt als zulässig angesehen werden soll, vgl. Empfehlungen der Ausschüsse, BR-Drs. 369/1/99, S. 2.

¹¹⁷⁵ Erman/Hammermann, § 1600 Rdn. 31.

¹¹⁷⁶ Die gesetzlichen Vertreter sind für Kinder in der Regel beide Eltern (§ 1629 Abs.1 S. 2 BGB), für geistesranke Volljährige der Betreuer (§ 1902 BGB).

¹¹⁷⁷ Palandt/Ellenberger, Einf. vor § 104 Rdn. 2.

¹¹⁷⁸ MüKoBGB/Schmitt, § 104 Rdn. 7; Palandt/Ellenberger, Überbl. vor § 104 Rdn. 13.

¹¹⁷⁹ Daher wird in Abweichung von den allgemeinen Rechtsgeschäftsregeln ein größerer Spielraum für rechtswirksames Handeln bei Geschäftsunfähigkeit bzw. beschränkter Geschäftsfähigkeit bei einem teilweise bestehenden Zustimmungs- bzw. Genehmigungserfordernis eingeräumt, Wanitzek, S. 319.



Für den Bereich des Abstammungsrechts enthalten die §§ 1595 ff. BGB abweichende Regelungen. In § 1600 Abs. 5 BGB ist die Möglichkeit der Einwilligung durch einen gesetzlichen Vertreter nicht explizit vorgesehen.¹¹⁸⁰ Auch ein Verweis auf die Vorschriften der §§ 1596 und 1600a BGB fehlt. In Betracht käme daher nur eine analoge Anwendung der §§ 1596 Abs. 1 S. 3, Abs. 2 S. 1, 1600a Abs. 2 S. 3, Abs. 3 BGB. Die analoge Anwendung dieser Vorschriften ist wegen des Fehlens einer planwidrigen Regelungslücke –durch das Kinderrechteverbesserungsgesetz wurde nicht nur § 1600 Abs. 2 BGB a.F. in das Bürgerliche Gesetzbuch aufgenommen, sondern auch § 1596 Abs. 1 S. 4 BGB in der Weise erweitert, dass der gesetzliche Vertreter der geschäftsunfähigen Mutter nun mit Genehmigung des Familiengerichtes die Zustimmung der Mutter zur Vaterschaftsanerkennung erklären kann– abzulehnen.¹¹⁸¹

Auch liegt § 1596 BGB bzw. § 1600a BGB eine andere gesetzgeberische Intention zugrunde; die Interessenlage ist nicht vergleichbar. Während der Gesetzgeber durch die Möglichkeit zur Anerkennung bzw. Anfechtung der Vaterschaft den Geschäftsunfähigen vor der Nichtbeachtung seiner Rechte, z.B. Umgangsrechte etc., bzw. vor ungerechtfertigter Inanspruchnahme, z.B. Unterhaltsansprüche, schützen wollte, soll durch die Einwilligung in die heterologe Befruchtung erst ein Geschehenslauf in Gang gesetzt werden, der zur Entstehung neuen Lebens führen wird,¹¹⁸² für das der Geschäftsunfähige einzustehen hat. Damit ist die Einwilligungserklärung in ihrer tatsächlichen Wirkung auf Ereignisse in der Zukunft bezogen, während sich die Vaterschaftsanerkennung bzw. Vaterschaftsanfechtung auf ein bereits existierendes Kind und somit bestehende Tatsachen bezieht.¹¹⁸³ Da es sich bei der Anerkennung des Kindes durch den Vertreter nur um die rechtliche Bestätigung bestehender Tatsachen handelt,¹¹⁸⁴ soll der Geschäftsunfähige durch die Anerkennungsmöglichkeit des gesetzlichen Vertreters vor den Belastungen eines gerichtlichen Feststellungsverfahrens geschützt werden¹¹⁸⁵. Vor diesem Hintergrund kommt eine analoge Anwendung der Anerkennungs- bzw. Anfechtungsvorschriften nicht in Betracht.

Daraus folgt aber auch, dass das Entscheidungsrecht über die Zeugung eines neuen menschlichen Wesens nicht durch einen Vertreter ausgeübt werden darf; viel zu sehr ist

¹¹⁸⁰ Spickhoff: Vaterschaft und Fortpflanzungsmedizin, in: Hofer/Klippel/Walter (Hrsg.): Festschrift für Dieter Schwab, S. 923 (936).

¹¹⁸¹ Roth, DNotZ 2003, S. 805 (811); Roth, JZ 2002, S. 651 (653); Rauscher weist darauf hin, dass der Gesetzgeber bewusst auf ein Formerfordernis für die Einwilligung verzichtet habe und auch im übrigen keine Angleichung an die Voraussetzungen einer wirksamen Anerkennung erfolgt ist; vgl. Staudinger/Rauscher, § 1600 Rdn. 81.

¹¹⁸² Roth, DNotZ 2003, S. 805 (811 f.).

¹¹⁸³ Roth, DNotZ 2003, S. 805 (812).

¹¹⁸⁴ Die Anerkennung des gesetzlichen Vertreters muss durch das Familiengericht bzw. das Betreuungsgericht genehmigt werden. Diese Regelung stellt sicher, dass nur bei nachgewiesener biologisch-genetischer Abstammung des Kindes von dem Geschäftsunfähigen die Anerkennung der Vaterschaft erfolgt.

¹¹⁸⁵ Staudinger/Rauscher, § 1600 Rdn. 81.

diese Entscheidung mit dem eigenen Persönlichkeitsrecht des Betroffenen verbunden.¹¹⁸⁶ Die Einwilligung kann daher nur von dem Einwilligenden selbst erklärt werden.¹¹⁸⁷ Die Einwilligungserklärung ist ebenso wie die Anerkennung bzw. die Zustimmung zur Anerkennung höchstpersönlicher Natur.¹¹⁸⁸ Ansonsten könnte dem Geschäftsunfähigen eine Entscheidung von einem Dritten aufgedrängt werden, die in dessen höchstpersönlichen Bereich eingreift. Die fremdbestimmte Elternwerdung muss als sittenwidrig eingestuft werden.¹¹⁸⁹ Zudem wird von den Eltern des zu zeugenden Kindes erwartet, dass sie die von staatlicher Seite erhofften Erziehungsleistungen im Sinne des Kindeswohles erbringen werden. Dafür ist die Geschäftsfähigkeit des Einwilligenden aber gerade Grundvoraussetzung.¹¹⁹⁰ Daher kann und darf der gesetzliche Vertreter keine Einwilligung für den Geschäftsunfähigen abgeben, auch wenn dies bedeutet, dass der Geschäftsunfähige insoweit nicht handlungsfähig ist.

Dieses Ergebnis wird weiterhin durch folgende Überlegungen gestützt: Bei der Vertretung von Minderjährigen wird die elterliche Zuständigkeit mit zunehmendem Kindesalter und der wachsenden Einsichtsfähigkeit in Verbindung mit der Betroffenheit in höchstpersönlichen Angelegenheiten zurückgedrängt.¹¹⁹¹ In manchen höchstpersönlichen Angelegenheiten des Minderjährigen ist die Sorgezuständigkeit sogar gesetzlich ausgeschlossen, so im Bereich der Lebendspende gemäß § 8 Abs. 1 S. 1a TPG sowie bei der Einwilligung in eine Sterilisation gemäß § 1631c BGB, da sich Folgen und Notwendigkeit der Sterilisation bei Minderjährigen nur schwer beurteilen lassen¹¹⁹². Auch ein Betreuer¹¹⁹³ kann gemäß § 1905 BGB nur in engen Grenzen in die Sterilisation des einwilligungsunfähigen Betreuten einwilligen. Gemäß § 1899 Abs. 2 BGB muss zudem stets ein besonderer Betreuer für die Einwilligung in eine Sterilisation bestellt werden, um Interessenkonflikte auf Seiten des personensorgeberechtigten Betreuers auszuschließen.¹¹⁹⁴ Interessenkonflikte sind aber auch

¹¹⁸⁶ Staudinger/Rauscher, § 1600 Rdn. 81; Roth, DNotZ 2003, S. 809 (812).

¹¹⁸⁷ Erman/Hammermann, § 1600 Rdn. 31; im Ergebnis auch Roth, DNotZ 2003, S. 805 (811 f.) sowie Spickhoff: Vaterschaft und Fortpflanzungsmedizin, in: Hofer/Klippel/Walter (Hrsg.): Festschrift für Dieter Schwab, S. 923 (936).

¹¹⁸⁸ Erman/Hammermann, § 1600 Rdn. 31; Staudinger/Rauscher, § 1600 Rdn. 81; Roth, JZ 2002, S. 651 (653); Spickhoff: Vaterschaft und Fortpflanzungsmedizin, in: Hofer/Klippel/Walter (Hrsg.): Festschrift für Dieter Schwab, S. 923 (935 f.).

¹¹⁸⁹ Staudinger/Rauscher, § 1600 Rdn. 81.

¹¹⁹⁰ So für die Adoption, Kriewald, S. 129.

¹¹⁹¹ Gernhuber/Coester-Waltjen, § 61 I Rdn.1.

¹¹⁹² MüKoBGB/Huber, § 1631 c Rdn. 1.

¹¹⁹³ Allein die Tatsache, dass ein Betreuer bestellt wurde, trifft keine Aussage über die Geschäftsfähigkeit des Betreuten. Der Betreute kann vielmehr unbeschränkt rechtsgeschäftlich tätig werden, solange kein Einwilligungsvorbehalt besteht. Sollte der Betreute jedoch geschäftsunfähig sein, kann nur der Betreuer als sein gesetzlicher Vertreter wirksam für diesen handeln; vgl. Gernhuber/Coester-Waltjen, § 76 V Rdn. 60 ff. In Bereichen, in denen eine gesetzliche Vertretung nicht zulässig ist, besteht keinerlei Handlungsmöglichkeit; daher wird in der Praxis zugunsten des Geschäftsunfähigen in grenzwärtigen Fällen eine partielle Geschäftsfähigkeit bejaht; Gernhuber/Coester-Waltjen, § 76 V Rdn. 68.

¹¹⁹⁴ Palandt/Götz, § 1899 Rdn. 10. Der gemäß § 1899 Abs. 2 BGB bestellte Betreuer darf mit keiner anderen Betreuungsaufgabe betraut sein. Sollte daher auch ein Betreuungsbedarf in anderen Aufgabenkreisen

im Fall der künstlichen Befruchtung mit Spendersamen denkbar. Dem gesetzlichen Vertreter könnte etwa daran gelegen sein, für einen gesetzlichen Erben auf Seiten des Geschäftsunfähigen zu sorgen. Im Bereich der ärztlichen Heileingriffe¹¹⁹⁵ stellt die Rechtsprechung auf die soziale Reife und Einsicht bzw. auf die natürliche Einsicht in die Schwere und Bedeutung des Heileingriffs im Einzelfall ab.¹¹⁹⁶

Auch bei anderen höchstpersönlichen Rechtsgeschäften ist der Geschäftsunfähige nicht handlungsfähig. Er kann etwa keine Ehe gemäß § 1304 BGB eingehen. Eine Befreiung von der geforderten Ehefähigkeit kann trotz Einwilligung des gesetzlichen Vertreters nicht erteilt werden. Eine dennoch geschlossene Ehe kann gemäß § 1314 Abs. 1 BGB aufgehoben werden.¹¹⁹⁷ Ähnliches gilt für die Eingehung einer eingetragenen Lebenspartnerschaft.¹¹⁹⁸ Ein Minderjähriger, der das 16. Lebensjahr noch nicht vollendet hat, kann gemäß § 2229 Abs. 1 BGB kein Testament wirksam aufsetzen. Testierunfähig sind auch Personen bei mangelnder Einsichtsfähigkeit über die Bedeutung ihrer Willenserklärungen infolge krankhafter Störung ihrer Geistestätigkeit, § 2229 Abs. 4 BGB. Bei Geschäftsunfähigkeit des Annehmenden kann auch kein wirksamer Adoptionsantrag gestellt werden.¹¹⁹⁹ Die Einwilligung in eine künstliche Befruchtung mit Spendersamen ist einer Adoption vergleichbar.¹²⁰⁰ Eine Vertretung des Geschäftsunfähigen durch seinen gesetzlichen Vertreter kann aus den vorgenannten Gründen auch bei diesem höchstpersönlichen Rechtsgeschäft nicht möglich sein. Der Geschäftsunfähige ist daher im Bereich der medizinisch unterstützten Fortpflanzung mit Spendersamen nicht handlungsfähig. Dieses Ergebnis ist gerade auch im Hinblick auf die Interessen des zu zeugenden Kindes angebracht.

c) Einwilligung eines beschränkt Geschäftsfähigen

Diskussionswürdig ist, ob zumindest der beschränkt Geschäftsfähige¹²⁰¹ eine wirksame Einwilligung abgeben kann. Die Anwendung der speziellen Vorschriften der §§ 1596 Abs. 1

bestehen, kommt es zu einer geteilten Betreuung, wobei dem nach § 1899 Abs. 2 BGB bestellten Betreuer nur eine Aufgabe obliegt, MüKoBGB/Schwab, § 1899 Rdn. 3.

¹¹⁹⁵ Die Einwilligung kann jedoch nicht direkt mit einem ärztlichen Heileingriff verglichen werden, da kein Eingriff in die körperliche Integrität des Einwilligenden erfolgen soll.

¹¹⁹⁶ Gernhuber/Coester-Waltjen, § 57 VII Rdn. 79; Gernhuber/Coester-Waltjen, § 76 V Rdn. 62.

¹¹⁹⁷ Erman/Roth, § 1304 Rdn. 4.

¹¹⁹⁸ Gernhuber/Coester-Waltjen, § 42 II Rdn. 15. Zwar fehlt eine dem § 1304 BGB entsprechende Vorschrift im Lebenspartnerschaftsgesetz. Dennoch muss Geschäftsfähigkeit für die wirksame Begründung der Lebenspartnerschaft gefordert werden, da der Gesetzgeber bei der ursprünglichen Konzeption des Gesetzes die Eingehung der Lebenspartnerschaft als Vertrag qualifiziert hat.

¹¹⁹⁹ Das Erfordernis der vollen Geschäftsfähigkeit ergibt sich aus § 1752 Abs. 2 S.1 BGB, da dieser die gesetzliche Vertretung verbietet. Das Erfordernis war früher eindeutig in § 1743 Abs. 2 BGB a.F. festgehalten, Gernhuber/Coester-Waltjen, § 68 IV Rdn. 34 mit FN 48; Erman/Saar, § 1743 Rdn. 3.

¹²⁰⁰ BR-Drs. 369/99, Anlage, S. 9. Der ursprüngliche Gesetzentwurf sah noch vor, dass § 1760 Abs. 2a BGB analoge Anwendung finden solle.

¹²⁰¹ Seit dem Inkrafttreten des Betreuungsgesetzes 1992 kann von beschränkter Geschäftsfähigkeit nur noch bei Minderjährigen gesprochen werden, die das siebte Lebensjahr vollendet haben. Zwar finden bei angeordnetem Einwilligungsvorbehalt über die Vorschrift des § 1903 Abs. 1 S.2 BGB die §§ 108 ff. BGB Anwendung und aufgrund von § 1903 Abs. 3 BGB wird der Betreute ähnlich wie ein beschränkt



S. 1 BGB¹²⁰² bzw. 1600a Abs. 2 S. 2 BGB¹²⁰³ ist in § 1600 Abs. 5 BGB nicht vorgesehen. Eine analoge Anwendung der Vorschriften scheidet ebenfalls aus.¹²⁰⁴ Gemäß § 1596 Abs. 1 S. 1 BGB kann die Vaterschaft nur von dem beschränkt Geschäftsfähigen selbst anerkannt werden. Mit seiner Anerkennung „erkennt“ der Betroffene jedoch nur „sein Kind“ und die zwischen ihnen latent bestehenden Rechtsbeziehungen an.¹²⁰⁵ Alternativ könnte diese Beziehung in einem Vaterschaftsfeststellungsverfahren festgestellt werden. Mit der Anerkennung findet damit lediglich eine Legalisierung eines bereits bestehenden Zustandes statt, während durch die Einwilligung in eine künstliche Befruchtung mit Spendersamen erst die Zeugung eines Kindes ermöglicht werden soll. Die zusätzlich erforderliche Zustimmung des gesetzlichen Vertreters nach § 1596 Abs. 1 S. 2 BGB soll den beschränkt Geschäftsfähigen nur vor einer übereilten Abgabe der Anerkennungserklärung schützen sowie die Richtigkeit der Erklärungen sicherstellen. Die Situation und Interessenlage unterscheidet sich daher erheblich von der bei Einwilligung in eine künstliche Befruchtung mit Spendersamen. Daher scheidet eine analoge Anwendung von § 1596 Abs. 1 S. 1 BGB aus.

Aufgrund des Fehlens einer gesetzlichen Sonderregelung sind daher grundsätzlich die allgemeinen Vorschriften der §§ 106 bis 108 BGB auf die Einwilligung anzuwenden.¹²⁰⁶ Die Einwilligung eines Minderjährigen wäre mithin gemäß § 107 BGB wirksam, wenn sie rechtlich vorteilhaft ist; im Übrigen bedürfte die Willenserklärung zu ihrer Wirksamkeit der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters.

Die Vorteilhaftigkeit eines Geschäftes bestimmt sich allein nach dessen unmittelbaren rechtlichen Wirkungen.¹²⁰⁷ Die wirtschaftliche Bewertung des Geschäftes ist unerheblich.¹²⁰⁸ Keine rechtliche Vorteilhaftigkeit liegt daher vor, wenn durch die Willenserklärung Pflichten begründet werden.¹²⁰⁹ Dabei ist es irrelevant, ob es sich bei der eingegangenen Verpflichtung um eine Haupt- oder Nebenpflicht handelt.¹²¹⁰ Die Voraussetzungen des § 107 BGB werden eng ausgelegt, da grundsätzlich der gesetzliche Vertreter die Entscheidung

geschäftsfähiger Minderjähriger behandelt; die beschränkte Geschäftsfähigkeit wird aber nicht mehr von Gesetzes wegen angeordnet.

¹²⁰² Danach kann der beschränkt Geschäftsfähige nur selbst die Vaterschaft anerkennen, bedarf jedoch gemäß § 1596 Abs. 1 S. 2 BGB der Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters.

¹²⁰³ Zur Anfechtung bedarf der beschränkt Geschäftsfähige nicht der Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters.

¹²⁰⁴ So auch Spickhoff: Vaterschaft und Fortpflanzungsmedizin, in: Hofer/Klippel/Walter (Hrsg.): Festschrift für Dieter Schwab, S. 923 (936); Roth, DNotZ 2003, S. 805 (812).

¹²⁰⁵ Staudinger/Rauscher, § 1600 Rdn. 81.

¹²⁰⁶ Befürwortend: MükoBGB/Wellenhofer: Ergänzungsband, § 1600 Rdn. 16d; Roth, JZ 2002, S. 651 (653); ablehnend: Spickhoff: Vaterschaft und Fortpflanzungsmedizin, in: Hofer/Klippel/Walter (Hrsg.): Festschrift für Dieter Schwab, S. 923 (937); MükoBGB/Wellenhofer, § 1600 Rdn. 35; wohl auch Roth, DNotZ 2003, S. 805 (812).

¹²⁰⁷ Palandt/Ellenberger, § 107 Rdn. 2.

¹²⁰⁸ Palandt/Ellenberger, § 107 Rdn. 2; MükoBGB/Schmitt, § 107 Rdn. 28.

¹²⁰⁹ Wolf/Neuner, § 34 Rdn. 21.

¹²¹⁰ Larenz/Wolf, 9. Auflage, § 25 Rdn. 19; Wolf/Neuner, § 34 Rdn. 23.



darüber treffen soll, ob ein Rechtsgeschäft im Interesse des Minderjährigen liegt.¹²¹¹ Durch die Einwilligung erklärt sich der Betroffene nicht nur mit der heterologen Befruchtung einverstanden; vielmehr trifft ihn zugleich die rechtliche, moralische sowie finanzielle Verantwortung für das entstehende Leben. Mit der Einwilligung wird „eine durch gerichtliche Feststellung nicht erreichbare Verpflichtungsgrundlage“¹²¹² geschaffen, die für den Einwilligenden zu erheblichen finanziellen Belastungen (Unterhaltungspflichten) in der Zukunft führt. Damit stellt sich die Einwilligung nicht als lediglich rechtlich vorteilhaft dar.

Daher würde der beschränkt Geschäftsfähige gemäß § 107 BGB grundsätzlich der Einwilligung¹²¹³ seines gesetzlichen Vertreters bedürfen.¹²¹⁴

Diesem Ergebnis widerspricht die Höchstpersönlichkeit der Erklärung. Die Entscheidung über die Einwilligung in eine künstliche Befruchtung erweist sich als extrem weitreichend und macht den Kern des Persönlichkeitsrechtes aus. Daher kann die Einwilligung nur von dem Konsentierenden selbst abgegeben werden.¹²¹⁵ Der Konsentierende muss die Bedeutung und Reichweite seiner Handlung im Hinblick auf die Übernahme von Verantwortung für ein Kind kennen. Daher ist die Geschäftsfähigkeit des Einwilligenden zu fordern.¹²¹⁶ Bedenken dahingehend, dass in Extremsituationen, wie der Todesgefahr eines 17-Jährigen, Härtefälle eintreten könnten, sofern man eine wirksame Einwilligung selbst bei Zustimmung des gesetzlichen Vertreters ausschließen sollte¹²¹⁷, können kein anderes Ergebnis begründen. Es besteht kein rechtspolitisches Erfordernis, dem in Lebensgefahr schwebenden Minderjährigen die Möglichkeit zu eröffnen, mit Zustimmung seiner Eltern eine wirksame Einwilligung abzugeben. Einerseits würden die Folgen der Einwilligung erst nach dem Tod des Minderjährigen eintreten.¹²¹⁸ Andererseits erweist sich diese Sichtweise als zu wenig durchdacht. Jeder beschränkt Geschäftsfähige könnte mit der gleichen Argumentation in einem solchen Fall gemäß § 106 BGB i.V.m. § 107 BGB mit Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters wirksam einwilligen. Mithin könnte demnach ein bereits Siebenjähriger seine

¹²¹¹ Larenz/Wolf, 9. Auflage, § 25 Rdn. 18; Wolf/Neuner, § 34 Rdn. 19; MüKoBGB/Schmitt, § 107 Rdn. 28.

¹²¹² Staudinger/Rauscher, § 1600 Rdn. 81.

¹²¹³ Hingegen kommt eine nachträgliche Zustimmung des gesetzlichen Vertreters gemäß § 108 BGB nicht in Betracht, da im Zeitpunkt der Vornahme der heterologen Befruchtung eine wirksame Einwilligung vorliegen muss.

¹²¹⁴ Dies befürwortend Erman/Hammermann, § 1600 Rdn. 32. Dagegen sieht es Roth als ausreichend an, dass der beschränkt Geschäftsfähige allein der heterologen Insemination zustimmt. Insoweit verweist er auf die Anforderungen für die Vaterschaftsanerkennung (sic!) sowie die Vaterschaftsanfechtung, Roth, DNotZ 2003, S. 805 (812).

¹²¹⁵ Spickhoff: Vaterschaft und Fortpflanzungsmedizin, in: Hofer/Klippel/Walter (Hrsg.): Festschrift für Dieter Schwab, S. 923 (936 f.); so wohl auch Erman/Holzhauser, 11. Auflage, § 1600 Rdn. 11.

¹²¹⁶ Spickhoff: Vaterschaft und Fortpflanzungsmedizin, in: Hofer/Klippel/Walter (Hrsg.): Festschrift für Dieter Schwab, S. 923 (937).

¹²¹⁷ Erman/Holzhauser, 11. Auflage, § 1600 Rdn. 11.

¹²¹⁸ Spickhoff: Vaterschaft und Fortpflanzungsmedizin, in: Hofer/Klippel/Walter (Hrsg.): Festschrift für Dieter Schwab, S. 923 (937).



Einwilligung erteilen,¹²¹⁹ obwohl eine Zeugung auf natürlichem Wege aus biologischen Gründen ausgeschlossen ist. Sofern man an den allgemeinen Regeln der §§ 104 ff. BGB dennoch festhalten wollte, müssten weitere Altersschränken definiert werden, um der besonderen Fallgestaltung gerecht zu werden. Ein solch abgestuftes System ist mit § 106 BGB i.V.m. § 2 BGB jedoch nicht zu vereinbaren. Daher folgt aus dem Charakter der Einwilligung als höchstpersönlicher Erklärung, dass sie wirksam nur von einem Geschäftsfähigen abgegeben werden kann.¹²²⁰

d) Änderungen in der Geschäftsfähigkeit nach erklärter Einwilligung

Nach erfolgter Einwilligung in die künstliche Befruchtung mit Spendersamen haben Änderungen in der Geschäftsfähigkeit des Erklärenden auf die Wirksamkeit der Erklärung keine Auswirkung, § 130 Abs. 2 BGB.

e) Zusammenfassung und Zwischenergebnis

Abschließend bleibt festzuhalten, dass sowohl der Geschäftsunfähige als auch der beschränkt Geschäftsfähige weder selbst noch durch einen gesetzlichen Vertreter wirksam in eine Behandlung mit Spendersamen einwilligen können. Dies ist Folge der Höchstpersönlichkeit der Einwilligungserklärung. Eine analoge Anwendung der Anerkennungs- bzw. Anfechtungsvorschriften ist im Hinblick auf die gänzlich andere Interessenlage abzulehnen: Während sich die Vaterschaftsanerkennung auf ein bereits existierendes Kind bezieht, soll durch die Einwilligung die Zeugung eines Kindes legitimiert werden. Die Entscheidung über die Übernahme von Elternverantwortung kann als Ausfluss des Persönlichkeitsrechtes jedoch von keiner anderen Person als dem Geschäftsunfähigen bzw. beschränkt Geschäftsfähigen selbst getroffen werden. Dieses Ergebnis ist gerade auch in Bezug auf das zu zeugende Kind gerechtfertigt.

8. Widerrufsrecht

Eine ausdrückliche Regelung, ob und wie lange die Einwilligung widerrufen werden kann, enthält das Gesetz nicht. Daher soll nachfolgend untersucht werden, ob die Einwilligung widerrufen werden kann, wer Empfänger der Widerrufserklärung ist sowie in welcher Form der Widerruf erfolgen muss.

a) Bestehen eines Widerrufsrechtes

Bei der Einwilligung handelt es sich um eine empfangsbedürftige Willenserklärung.¹²²¹ Sie wird daher mit ihrem Zugang beim Erklärungsempfänger wirksam, sofern diesem nicht vorher oder gleichzeitig ein Widerruf zugeht, § 130 Abs. 1 S. 2 BGB. Entscheidend ist die

¹²¹⁹ Spickhoff: Vaterschaft und Fortpflanzungsmedizin, in: Hofer/Klippel/Walter (Hrsg.): Festschrift für Dieter Schwab, S. 923 (937).

¹²²⁰ So auch Spickhoff: Vaterschaft und Fortpflanzungsmedizin, in: Hofer/Klippel/Walter (Hrsg.): Festschrift für Dieter Schwab, S. 923 (937).

¹²²¹ Vgl. S. 173 f.



zeitliche Reihenfolge des Zuganges; es kommt dagegen nicht darauf an, in welcher Abfolge der Empfänger von Erklärung und Widerruf tatsächlich Kenntnis nimmt.¹²²²

Die Beteiligten werden im Regelfall ihre Einwilligung im Anschluss an eine oder mehrere ärztliche Beratungen im Beisein des Partners und des Arztes abgeben und eine vorformulierte Erklärung des Arztes/der Klinik unterschreiben. Neben der Einwilligung in die künstliche Befruchtung mit Spendersamen werden sich die Beteiligten in der Vereinbarung explizit mit der Übernahme von Rechten und Pflichten für das Kind einverstanden erklären. Bei Selbstvornahme der künstlichen Befruchtung mit Spendersamen ist davon auszugehen, dass die Einwilligung der beiden Partner während eines gemeinsamen Gesprächs erteilt werden wird.

Die wortlautgetreue Anwendung von § 130 Abs. 1 S. 2 BGB würde damit in der Praxis zu einem faktischen Ausschluss des Widerrufsrechtes führen.¹²²³

Der Bundesgerichtshof hat jedoch in mehreren Urteilen¹²²⁴, die die unterhaltsrechtlichen Wirkungen der Einwilligung vor Einführung des § 1600 Abs. 5 BGB zum Gegenstand hatten, ausgeführt, dass aufgrund des besonderen Persönlichkeitsbezuges bei der Familienplanung ein Widerruf auch noch nach Zugang der Einwilligungserklärung möglich sein müsse. Die Unwiderruflichkeit der Einwilligung verstieße gegen die elementaren Grundsätze des Familienrechts sowie des Verfassungsrechts.¹²²⁵ Auch im Falle der medizinisch unterstützten Fortpflanzung gelte, dass die Rechtsordnung eine verbindliche vertragliche Verpflichtung zu einer bestimmten Familienplanung nicht akzeptiere.¹²²⁶ Die Entscheidung für ein Kind stelle für jeden Menschen eine höchstpersönliche Angelegenheit dar. Die Bindung an einen einmal geäußerten Willen führe zu einer Verletzung der grundrechtlich geschützten personalen Würde und des Selbstbestimmungsrechtes gemäß Art. 1 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 2 Abs. 1 GG. Jedes Individuum sei frei, stets neu und jederzeit den Entschluss zur Erzeugung eines menschlichen Lebens zu überdenken.¹²²⁷ Die Absprache mit dem Partner könne damit auch stets gegen den Willen des anderen aufgekündigt werden.¹²²⁸ Zeitlich begrenzt sei die Ausübung des Widerrufsrechtes jedoch auf den Zeitpunkt der zur Schwangerschaft führenden heterologen Insemination.¹²²⁹ Nach Ansicht des Bundesgerichtshofs war daher der Widerruf der Einwilligung bis zur erfolgreichen Befruchtung jederzeit möglich.

¹²²² Wolf/Neuner, § 33 Rdn. 57.

¹²²³ So wohl NomosKommBGB/Gutzeit, § 1600 Rdn. 27, der den Widerruf nach den allgemeinen Vorschriften über Rechtsgeschäfte behandeln will.

¹²²⁴ BGHZ 129, S. 297 ff. = NJW 1995, S. 2028 ff.; BGHZ 146, S. 391 ff. = NJW 2001, S. 1789 ff. = JZ 2001, S. 983 ff.

¹²²⁵ BGHZ 129, S. 297 (307) = NJW 1995, S. 2028 (2030) und BGHZ 146, S. 391 (398) = NJW 2001, S. 1789 (1790).

¹²²⁶ BGHZ 129, S. 297 (307) = NJW 1995, S. 2028 (2030).

¹²²⁷ BGHZ 146, S. 391 (395) = NJW 2001, S. 1789 (1790).

¹²²⁸ BGHZ 146, S. 391 (396 f.) = NJW 2001, S. 1789 (1790).

¹²²⁹ BGHZ 129, S. 297 (306) = NJW 1995, S. 2028 (2030).



Der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu den Widerrufsmöglichkeiten von Willenserklärungen mit einem höchstpersönlichen Inhalt ist zuzustimmen und auf die Einwilligung anzuwenden.¹²³⁰ Dies gebietet die Interessenlage. Die Höchstpersönlichkeit der Einwilligung steht einer rechtsgeschäftlichen unwiderruflichen Bindung entgegen.¹²³¹ Der Einwilligende muss seine Erklärung jederzeit frei überdenken können.

Zwar gestand der Bundesgerichtshof dem einwilligenden Ehemann vor Einführung des § 1600 Abs. 5 BGB das Recht zu, die Vaterschaft zu dem mit Spendersamen gezeugten Kind anzufechten. Im Hinblick auf die Erklärung und der darin zum Ausdruck gebrachten Verantwortungsübernahme traf den Einwilligenden jedoch eine lebenslange Unterhaltsverpflichtung gegenüber dem Kind, sofern er die Einwilligung nicht rechtzeitig vor der Vornahme der künstlichen Befruchtung mit Spendersamen widerrufen hatte. Damit wurde dem Ehemann bereits vor der Gesetzesänderung die finanzielle Verantwortlichkeit für sein Handeln auferlegt. Er wurde an der von ihm übernommenen Verantwortung festgehalten, da der Erklärende mit seiner Erklärung einen Vorgang in Gang gesetzt hat, der zur Entstehung eines neuen menschlichen Wesens führen kann. Sofern man den Betroffenen an seinem Willen festhalten will, muss man ihm andererseits auch die Möglichkeit geben, sich vor der Schaffung von unumkehrbaren¹²³² Tatsachen –d.h. der Zeugung eines Kindes– jederzeit neu und frei (für oder gegen ein Kind) entscheiden zu können. Dies entspricht auch der Argumentation des Bundesgerichtshofs, der im Bereich des § 1353 BGB den einzelnen Ehegatten nicht an seiner einmal geäußerten Lebensplanung festhält. Im höchstpersönlichen Bereich ist eine unwiderrufliche Bindung des Einzelnen daher nicht möglich. Dem Betroffenen muss stets das Recht eingeräumt werden, seine Entscheidungen aufgrund Änderung seiner Lebenspläne oder Lebensumstände zu überdenken und zu revidieren. Selbst Abreden über die Widerruflichkeit der Einwilligung können nicht wirksam getroffen werden, da unsere Rechtsordnung eine Verpflichtung zu einer bestimmten Familienplanung durchweg ablehnt.¹²³³ Letztendlich wird dieses Ergebnis auch durch den Wortlaut des § 1600 Abs. 5 BGB bestätigt.¹²³⁴ Die Gesetzesformulierung „mit Einwilligung ... gezeugt worden“ zeigt deutlich, dass vor der Zeugung ein Widerruf oder eine einvernehmliche Aufhebung der Abreden zwischen Mutter und sozialem Vater noch möglich ist.¹²³⁵ Eine unwiderrufliche Bindung geht aus dem Wortlaut des § 1600 Abs. 5 BGB dagegen nicht hervor.¹²³⁶ Darüber hinaus sind die Rechtsfolgen der Einwilligung nicht für die Eltern disponibel. Nach einer erfolgreichen künstlichen Befruchtung mit Spendersamen können die Rechtswirkungen des § 1600 Abs. 5 BGB nicht mehr durch die Mutter und den einwilligenden Mann

¹²³⁰ Eckersberger, MittBayNot 2002, S. 261 (263); Schomburg, Kind-Prax 2002, S. 75 (77); Janzen, FamRZ 2002, S. 785 (786); Roth, DNotZ 2003, S. 805 (814); Staudinger/Rauscher, § 1600 Rdn. 87; Wehrstedt, RNotZ 2005, S. 109 (114); Rütz, S. 132.

¹²³¹ Roth, DNotZ 2003, S. 805 (814).

¹²³² Dagegen können die Folgen eines Rechtsgeschäftes weitgehend beseitigt werden.

¹²³³ Eckersberger, MittBayNot 2002, S. 261 (263).

¹²³⁴ Staudinger/Rauscher, § 1600 Rdn. 87; Eckersberger, MittBayNot 2002, S. 261 (263).

¹²³⁵ Eckersberger, MittBayNot 2002, S. 261 (263); Staudinger/Rauscher, § 1600 Rdn. 87.

¹²³⁶ Eckersberger, MittBayNot 2002, S. 261 (263).

einvernehmlich aufgehoben werden.¹²³⁷ Auch dies spricht dafür, den Widerruf bis zur Vornahme der Insemination zuzulassen.

Nichtehelichen Lebenspartnern steht ebenfalls das Recht zum Widerruf der Einwilligung bis zur künstlichen Befruchtung zu. Absprachen zwischen den Lebenspartnern sind daher bis zur Befruchtung abänderbar.

Ein Blick in andere europäische Gesetze zeigt, dass auch international eine unwiderrufliche Bindung an eine erteilte Zustimmungserklärung im Bereich der Fortpflanzungsmedizin abgelehnt wird bzw. Regelungen geschaffen wurden, die es den Betroffenen ermöglichen, ihren Entschluss zu überdenken. Nach Art. 1456 Abs. 2 S. 1 gr. ZGB ist die Zustimmung bis zum Transfer von Gameten oder der befruchteten Eizelle in den weiblichen Körper für beide Teile frei widerruflich.¹²³⁸ Auch nach dem britischen Human Fertilisation and Embryology Act 2008 können die Beteiligten ihre Einwilligungen in eine medizinisch unterstützte Fortpflanzungsmethode bis zur Vornahme der Behandlung frei widerrufen.¹²³⁹ Den Zweck, die Willensfreiheit des Betroffenen zu schützen, verfolgt auch § 8 österreichisches Fortpflanzungsmedizingesetz. Danach darf die in Form eines gerichtlichen Protokolls bzw. Notariatsaktes erklärte Zustimmung bei der Einbringung der Samenzellen nicht älter als ein Jahr sein.¹²⁴⁰ Zudem muss in der Einwilligungserklärung angegeben sein, in welchem Zeitraum die Insemination vorgenommen werden darf.¹²⁴¹ In der Schweiz muss die Einwilligung nach drei erfolglosen Behandlungszyklen erneuert werden.¹²⁴² Dieses Erfordernis wurde explizit in Art. 7 Abs. 1 FMedG festgelegt, da es erfahrungsgemäß betroffenen Paaren schwer fällt, begonnene Behandlungen abzubrechen. Vor Erneuerung der Einwilligungserklärungen muss eine Bedenkfrist eingehalten werden.¹²⁴³

Die Widerruflichkeit der Einwilligung bis zur Befruchtung ist auch mit den Bestimmungen der EMRK zu vereinbaren. Dies stellte der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte in seinem Urteil vom 07.03.2006 fest.¹²⁴⁴ Gegenstand des Verfahrens war die Frage, ob Schedule 3 des britischen Human Fertilisation and Embryology Act 1990 und die darin enthaltene Möglichkeit zum Widerruf der Einwilligung in eine IVF-Behandlung gegen die EMRK verstoße. Dem Urteil lag folgender Sachverhalt zugrunde: Bei der Lebensgefährtin des

¹²³⁷ BGHZ 129, S. 297 (307) = NJW 1995, S. 2028 (2030); Spickhoff: Vaterschaft und Fremdinsemination, in: Hofer/Klippel/Walter (Hrsg.): Festschrift für Dieter Schwab, S. 923 (937); Roth, DNotZ 2003, S. 805 (814).

¹²³⁸ Kiriakaki, MedR 2005, S. 143 (147).

¹²³⁹ Bei Widerruf des einwilligenden Mannes ist die Frau unverzüglich davon zu unterrichten, damit sie entscheiden kann, ob sie die Behandlung unter den veränderten Bedingungen fortsetzen möchte. Auch der einwilligende Mann ist von dem Widerruf seiner Partnerin unverzüglich zu unterrichten; er kann jedoch nicht verhindern, dass sie die Behandlung ohne seine „Beteiligung“ durchführen lässt, Birk, S. 128, 11.27.

¹²⁴⁰ Koziol/Welser, S. 522.

¹²⁴¹ Bernat, NZ 1992, S. 244 (245).

¹²⁴² Aebi-Müller/Jaggi: Streit um die Abstammung – Länderbericht Schweiz, in: Spickhoff/Schwab/Henrich/Gottwald (Hrsg.): Der Streit um die Abstammung, S. 343 (349).

¹²⁴³ Reusser, DEuFamR 2000, S. 222 (226).

¹²⁴⁴ Urteil vom 07.03.2006, in deutscher inoffizieller Übersetzung abgedruckt in EuGRZ 2006, S. 389 ff.

widerrufenden Mannes wurde 2000 eine Krebserkrankung festgestellt, die eine Entfernung ihrer Eierstöcke nötig machte. Zuvor konnten der Erkrankten ihre letzten Eizellen entnommen werden, die mit dem Samen ihres damaligen Lebensgefährten mit dessen Einverständnis befruchtet wurden. Zu der Befruchtung der Eizellen vor dem Einfrieren wurde von Seiten der Klinik geraten, da bei unbefruchteten Keimzellen nach dem Auftauen eine geringere Erfolgschance für eine spätere Schwangerschaft besteht. Die Lebensgefährtin plante, sich die befruchteten Eizellen nach überstandener Krebstherapie einsetzen zu lassen. Das Paar trennte sich. Nach der Trennung von seiner Lebensgefährtin und vor dem Einsetzen der befruchteten Eizellen in den Körper seiner ehemaligen Lebensgefährtin widerrief der Mann schriftlich seine Einwilligung gegenüber der Klinik und verlangte die Vernichtung der Eizellen.

Die ehemalige Lebensgefährtin beehrte daraufhin die Feststellung, dass Schedule 3 des Human Fertilisation and Embryology Act 1990 gegen Art. 2, 8 und 14 EMRK verstoße. Der EGMR ist der Rechtsansicht der Beschwerdeführerin nicht gefolgt. Eine Verletzung von Art. 2 und 14 EMRK wurde einstimmig vom Gerichtshof verneint. Er führte aus, dass Art. 2 EMRK das Recht jedes Menschen auf Leben schütze. Bei der Beurteilung, ab wann menschliches Leben vorliegt, stehe dem Gesetzgeber ein weiter Beurteilungsspielraum zu.¹²⁴⁵ Auch eine Verletzung des Art. 8 EMRK, in dem das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens normiert ist, sah der EGMR nicht gegeben. Damit Art. 8 EMRK verletzt sei, müsse ein eindeutiges Überwiegen der Interessen der Beschwerdeführerin gegenüber ihrem damaligen Lebensgefährten festzustellen sein. Zwar werde durch das Verbot der Weiterbehandlung in das Recht der Beschwerdeführerin auf ein eigenes Kind eingegriffen. Dem stehe auf Seiten des Samenspenders das Recht auf Selbstbestimmung der eigenen Fortpflanzung gegenüber.¹²⁴⁶ Der Gesetzgeber habe den ihm zukommenden Beurteilungsspielraum bei der Abwägung der betroffenen Interessen jedoch nicht überschritten; dies gelte vor allem unter Berücksichtigung der Tatsache, dass es keine einheitlichen internationalen Regeln in diesem Bereich gäbe.¹²⁴⁷ Aus den gleichen Gründen war nach Ansicht des EGMR auch eine Verletzung des in Art. 14 EMRK normierten Gleichheitsgrundsatzes nicht zu erkennen.¹²⁴⁸

Aufgrund des besonderen Persönlichkeitsbezugs der Erklärung kann die Einwilligung daher bis zur künstlichen Befruchtung mit Spendersamen von beiden Einwilligenden frei widerrufen werden.

b) Widerrufsempfänger

Zwar besteht in Literatur und Rechtsprechung Einigkeit, dass die Einwilligung in eine künstliche Befruchtung mit Spendersamen bis zu der die Schwangerschaft einleitenden Insemination widerrufen werden kann. Kontrovers diskutiert wird dagegen, wem der

¹²⁴⁵ Erwägungsgrund 46 des Urteils vom 07.03.2006, EuGRZ 2006, S. 389 (393).

¹²⁴⁶ Erwägungsgrund 67 des Urteils vom 07.03.2006, EuGRZ 2006, S. 389 (396).

¹²⁴⁷ Erwägungsgrund 68 f. des Urteils vom 07.03.2006, EuGRZ 2006, S. 389 (397).

¹²⁴⁸ Erwägungsgrund 74 des Urteils vom 07.03.2006, EuGRZ 2006, S. 389 (397).



Widerruf zugehen muss. Als Erklärungsempfänger kommen sowohl der Ehepartner bzw. der nichteheliche Partner sowie der Arzt bzw. die Klinik in Betracht.¹²⁴⁹

Überwiegend wird in der Literatur vertreten, dass der richtige Widerrufsempfänger die Partnerin bzw. der Partner ist.¹²⁵⁰ Dafür spreche der Umstand, dass es sich bei dem Widerruf um den actus contrarius zur Einwilligung handele.¹²⁵¹ Sofern der Widerruf gegenüber dem Arzt erklärt werde, könne dieser als Erklärungsbote angesehen werden.¹²⁵²

Wellenhofer¹²⁵³ ist dagegen der Ansicht, dass der Zugang des Widerrufs de lege ferenda sowohl gegenüber der Ehefrau als auch gegenüber dem behandelnden Arzt erfolgen müsse. Roth¹²⁵⁴ vertritt sogar die Meinung, dass der Widerruf zwingend gegenüber dem Arzt erfolgen müsse, sofern der Arzt Kenntnis von den Einwilligungserklärungen habe. Dies ergebe sich aus der Fortführung der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, nach der das Recht zum Widerruf erlösche, wenn ein unumkehrbarer Vorgang eingeleitet worden sei.

Marian¹²⁵⁵ verweist auf § 183 BGB. In § 183 BGB sei die Widerruflichkeit der Einwilligung bis zur Vornahme des Rechtsgeschäfts vorgesehen, sofern sich nicht aus dem der Einwilligung zugrunde liegenden Rechtsgeschäft etwas anderes ergebe. Da die Ehegatten nicht an ihre einmal erklärte Einwilligung gebunden seien, könne der Ehemann die Wirksamkeit des Behandlungsvertrages mit dem Arzt jederzeit vor Vornahme eines neuen Inseminationsversuches beseitigen. Deshalb könne der Widerruf gemäß § 183 S. 2 BGB wahlweise sowohl gegenüber der Ehefrau als auch gegenüber dem behandelnden Arzt erklärt werden. Dennoch befürwortet Marian eine Unterrichtung des Arztes durch den einwilligenden Partner, da der Arzt nicht vor jedem Inseminationsversuch verpflichtet sei, Nachforschungen über das Fortbestehen der Einwilligung anzustellen.

Den Arzt für den richtigen Widerrufsempfänger hält wohl auch der Vertreter, der aufgrund der Nichtübertragbarkeit der Pflichten aus § 1353 BGB auf nichtverheiratete Paare, selbst bei langjährigem Zusammenleben, folgert, dass die nichtehelichen Lebenspartner keine gegenseitige Informations- und Mitteilungspflicht im Falle des Abrückens von der gemeinsamen Familienplanung trifft,¹²⁵⁶ dem widerrufenden Partnern aber dennoch das

¹²⁴⁹ Die Zustimmung zur heterologen Insemination kann in Frankreich gemäß Art. 311-20 Abs. 3 Code civil von jedem Partner nur gegenüber dem Arzt, der die künstliche Zeugung vornehmen soll, schriftlich vor der Vornahme der heterologen Insemination widerrufen werden, Ferrand: Streit um die Abstammung in Frankreich, in: Spickhoff/Schwab/Henrich/Gottwald (Hrsg.): Der Streit um die Abstammung, S. 93 (101).

¹²⁵⁰ Spickhoff: Vaterschaft und Fortpflanzungsmedizin, in: Hofer/Klippel/Walter (Hrsg.): Festschrift für Dieter Schwab, S. 923 (937); Erman/Hammermann, § 1600 Rdn. 33; Staudinger/Rauscher, § 1600 Rdn. 87; Roth, DNotZ 2003, S. 805 (814); Eckersberger, MittBayNotZ 2002, S. 261 (264); Löhnig/Gietl/Preisner, Rdn. 50.

¹²⁵¹ Roth, DNotZ 2003, S. 805 (814); Eckersberger, MittBayNot 2002, S. 261 (264).

¹²⁵² Spickhoff: Vaterschaft und Fortpflanzungsmedizin, in: Hofer/Klippel/Walter (Hrsg.): Festschrift für Dieter Schwab, S. 923 (937).

¹²⁵³ MüKoBGB/Wellenhofer, § 1600 Rdn. 36.

¹²⁵⁴ Roth, DNotZ 2003, S. 809 (814); ähnlich auch OLG Düsseldorf, FamRZ 1988, S. 762 (764).

¹²⁵⁵ Marian, S. 88.

¹²⁵⁶ Koch, JR 2002, S. 105 (106).

volle Risiko für die Zeugung eines Kindes zuweist, sofern sein Partner keine Kenntnis von dem geänderten Entschluss erhält.¹²⁵⁷

Die Frage, wer der richtige Empfänger des Widerrufs ist, wird auch in der Rechtsprechung nicht einheitlich beantwortet. Das OLG Düsseldorf¹²⁵⁸ führte in seiner Entscheidung aus, dass Bedenken gegen die künstliche Befruchtung mit Spendersamen, d.h. letztendlich der Widerruf der Einwilligung, sowohl dem Arzt als auch dem Partner mitgeteilt werden müssen.

Im Fall des OLG Stuttgart¹²⁵⁹ hatte der Ehemann gegenüber seiner Frau seine Einwilligung widerrufen. Seine Partnerin ließ dennoch eine weitere IVF-Behandlung vornehmen, nachdem sie ihren Ehemann über ihr Vorhaben in Kenntnis gesetzt hatte. Aus dem Umstand, dass der Ehemann weder seine Ehefrau von ihrem Vorhaben abhielt noch dem Arzt den Widerruf seiner Einwilligung mitteilte, zog das Gericht den Schluss, dass der Ehemann das Vorgehen seiner Partnerin respektiert und daher seine Einwilligung nicht wirksam widerrufen habe.

Das LG Zwickau vertrat in seinem Urteil aus dem Jahr 1994¹²⁶⁰ die Ansicht, dass auf eine explizite Widerrufserklärung gänzlich verzichtet werden könne, wenn die Ehefrau aufgrund der tatsächlichen Umstände davon ausgehen musste, dass der Ehemann an seinem vorherigen Willen nicht mehr festhalten würde. Im Fall des LG Zwickau hatte der Ehegatte zunächst in einer notariellen Erklärung sein Einverständnis zu einer heterologen Insemination erteilt, war aber kurze Zeit später aus der gemeinsamen ehelichen Wohnung ausgezogen und hatte sich einer neuen Partnerin zugewandt. Dennoch ließ seine Ehefrau nach der Trennung eine heterologe Insemination vornehmen. Streitig war zwischen den Beteiligten, ob der Ehemann nach erfolgter Ehelichkeitsanfechtung zur Zahlung von Unterhalt für das Kind noch verpflichtet sein sollte. Das LG Zwickau verneinte dies. Insoweit sei die Geschäftsgrundlage für die Vereinbarung der Ehegatten mit dem Auszug des Ehemannes entfallen, was für die Ehefrau auch erkennbar war. Der Ehemann habe mit seinem Auszug zum Ausdruck gebracht, dass er an dem Plan einer gemeinsamen Familiengründung nicht mehr festhalte.¹²⁶¹ Aus dieser Argumentation des LG Zwickau folgt, dass es letztendlich auf die Kenntnis des Partners von den geänderten Lebensplänen des Einwilligenden ankommt.

Der Bundesgerichtshof hatte in seinem Urteil vom 03.05.1995 zunächst die Klärung der Frage, ob ein rechtzeitig gegenüber der Klinik erklärter Widerruf ausreichend war oder ob der Widerruf auch gegenüber der Ehefrau erfolgen musste, wegen fehlender

¹²⁵⁷ Koch, JR 2002, S. 105 (106).

¹²⁵⁸ OLG Düsseldorf FamRZ 1988, S. 762 (764).

¹²⁵⁹ OLG Stuttgart FamRZ 1999, S. 1136 (1138); Vorinstanz zum Urteil des BGH vom 21.02.2001, BGHZ 146, S. 391 ff.

¹²⁶⁰ LG Zwickau NJW 1995, S. 787.

¹²⁶¹ LG Zwickau NJW 1995, S. 787 (788).

Entscheidungserheblichkeit offengelassen.¹²⁶² In seinem Urteil vom 21.02.2001 führte er jedoch aus, dass der einwilligende Partner bis zur Durchführung der zur Schwangerschaft führenden Insemination seine Zustimmung gegenüber seiner Partnerin grundsätzlich frei widerrufen könne.¹²⁶³ Daraus ist wohl zu schließen, dass der Bundesgerichtshof die Erklärung des Widerrufs gegenüber der Partnerin für maßgeblich hält.

Da es sich bei dem Widerruf um den *actus contrarius* zu der zuvor erklärten Einwilligung handelt, ist der Widerruf der Erklärung gegenüber dem Partner abzugeben; dies gilt auch für den Fall, dass der behandelnde Arzt bzw. die Klinik Kenntnis von den Einwilligungserklärungen hatte.¹²⁶⁴ Dieses Ergebnis ist Folge des Urteils des Bundesgerichtshofs¹²⁶⁵ und rechtfertigt sich aus dem Umstand, dass die Einwilligenden mit ihrer Einwilligung Rechte zugunsten des Kindes begründen wollten. Sofern einer der beiden Einwilligenden an dieser Planung nicht mehr festhalten will, hat er den Widerruf daher gegenüber seinem Partner zu erklären. Um sicherzustellen, dass auch der Arzt bzw. die Klinik Kenntnis von dem Widerruf erhalten, ist dem Widerrufenden zu raten, diese über den erfolgten Widerruf zu unterrichten.¹²⁶⁶ Der Widerruf nur gegenüber dem behandelnden Arzt genügt hingegen nicht.¹²⁶⁷

c) Form des Widerrufs

Der Widerruf kann –ebenso wie die Einwilligung– formfrei gegenüber dem Partner erklärt werden,¹²⁶⁸ da eine Erklärung immer nur in der Form widerrufen werden muss, in der sie auch abgegeben werden kann. Aus Beweisgründen bzw. um unliebsame Überraschungen für den Widerrufenden mit anschließenden Beweisproblemen zu vermeiden, sollte ihm jedoch empfohlen werden, seine Einwilligung in schriftlicher Form (auch gegenüber dem Arzt) zu widerrufen.¹²⁶⁹ Schließlich trägt der Widerrufende die Feststellungslast für den rechtzeitigen

¹²⁶² BGHZ 129, S. 297 (308) = NJW 1995, S. 2028 (2030).

¹²⁶³ BGHZ 146, S. 391 (397 f.) = NJW 2001, S. 1789 (1790).

¹²⁶⁴ § 8 Abs. 4 österreichisches FMedG bestimmt dagegen ausdrücklich, dass die Zustimmung nur dem Arzt gegenüber bis zur Einbringung der Samenzellen in den Körper der Frau formlos widerrufen werden kann. Der Arzt muss den Widerruf schriftlich festhalten und auf Verlangen dem Widerrufenden bestätigen.

¹²⁶⁵ So auch Weinbrecht: Rechtsprobleme der künstlichen Insemination *de lege lata* und *de lege ferenda*, in: Löhnig/Gietl (Hrsg.): Beiträge zur Reform des Familien- und Erbrechts, S. 258 (289).

¹²⁶⁶ Insofern handelt es sich um eine vertragliche Nebenpflicht des Widerrufenden, Staudinger/Rauscher, § 1600 Rdn. 102.

¹²⁶⁷ So Staudinger/Rauscher, § 1600 Rdn. 87. Jedoch macht sich der Arzt schadensersatzpflichtig gegenüber dem Einwilligenden, sofern er den ihm gegenüber erklärten Widerruf nicht an die Mutter weitergibt und trotz Kenntnis die heterologe Insemination vornimmt, Staudinger/Rauscher, § 1600 Rdn. 87.

¹²⁶⁸ BGHZ 146, S. 391 (397) = NJW 2001, S. 1789 (1790); Erman/Hammermann, § 1600 Rdn. 33; Roth, DNotZ 2003, S. 809 (814); Eckersberger, MittBayNot 2002, S. 261 (264); MükoBGB/Wellenhofer, § 1600 Rdn. 36; Spickhoff: Vaterschaft und Fortpflanzungsmedizin, in: Hofer/Klippel/Walter (Hrsg.): Festschrift für Dieter Schwab, S. 923 (937); Muscheler, Rdn. 562.

¹²⁶⁹ Teilweise wird auch die Einhaltung der notariellen Form empfohlen, Eckersberger, MittBayNot 2002, S. 261 (264); wohl auch Hübner, S. 221, die jedoch aus Gründen der Praktikabilität den schriftlichen Widerruf gegenüber dem Arzt ausreichen lassen will, wenn ansonsten keine notarielle Beurkundung mehr erfolgen könne. Dem kann nur zugestimmt werden.

Widerruf seiner Erklärung.¹²⁷⁰ Der Arzt sollte aus Dokumentationsgründen den Widerruf sofort zu seinen Akten nehmen und auf Verlangen des Widerrufenden diesem auch eine Bestätigung seines Widerrufs aushändigen.¹²⁷¹

d) Zusammenfassung und Zwischenergebnis

Aufgrund des besonderen Persönlichkeitsbezugs ist der Widerruf der Einwilligung auch noch nach Zugang der Erklärung sowohl für den verheirateten als auch für den nichtverheirateten Einwilligenden möglich. Zeitlich begrenzt ist das Widerrufsrecht jedoch auf den Zeitpunkt der erfolgreichen Befruchtung mit Spendersamen, da mit der erfolgreichen Befruchtung ein Vorgang in Gang gesetzt wurde, der nicht mehr rückgängig gemacht werden kann. Bis zur erfolgreichen Behandlung muss dem Einwilligenden jedoch die Möglichkeit verbleiben, sich jederzeit neu und frei für ein Kind, das mit Spendersamen gezeugt werden wird, zu entscheiden. Der Widerruf stellt sich als *actus contrarius* zur Einwilligung dar. Daher hat der Widerruf der Einwilligung gegenüber dem Partner zu erfolgen. Er ist formfrei möglich. Um letztendlich sicherzustellen, dass auch der Arzt bzw. die Klinik von dem erfolgten Widerruf Kenntnis erlangt, sollte der Widerrufende auch diesen bzw. diese von seiner geänderten Einstellung schriftlich unterrichten und darauf hinwirken, dass seine neuerliche Willenserklärung hinreichend in den Behandlungsunterlagen dokumentiert wird.

9. Anfechtbarkeit der Einwilligungserklärung

Weiterhin stellt sich die Frage nach der Anfechtbarkeit der Einwilligung. In Betracht kommt insoweit eine Anwendung der §§ 119 ff. BGB. Sofern die Einwilligung wirksam angefochten werden könnte, käme die Rechtsfolge des § 142 Abs. 1 BGB zum Tragen. Die Einwilligungserklärung wäre nach erfolgter Anfechtung daher *ex tunc* nichtig. Folglich könnte die bestehende Vaterschaft des Einwilligenden angefochten werden und die Beseitigung des bisherigen Statusverhältnisses ist damit möglich. Das Kind würde (zunächst) vaterlos.¹²⁷²

a) Keine Anwendbarkeit der Anfechtungsvorschriften

Im Hinblick auf dieses Risiko vertritt Wanitzek¹²⁷³ die Ansicht, dass die Einwilligung in die künstliche Befruchtung mit Spendersamen von den Beteiligten nicht angefochten werden kann. Dies folge aus dem Unterschied der Einwilligung zu den allgemeinen und sonstigen personenrechtlichen Rechtsgeschäften. Denn im Gegensatz zu diesen könnten die Folgen der Einwilligung, nämlich das Entstehen eines neuen menschlichen Wesens, nach Eintritt der Schwangerschaft nicht mehr rückgängig gemacht werden. Daher sei das System der §§ 119 ff. BGB nicht geeignet, einen gerechten Ausgleich der Interessen der Beteiligten

¹²⁷⁰ BGHZ 129, S. 297 (308) = NJW 1995, S. 2028 (2030).

¹²⁷¹ Hübner, S. 221.

¹²⁷² Zudem entfallt auch die nach der bisherigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs bestehende Unterhaltsverpflichtung. Daher müsse insoweit eine Haftung des anfechtenden Mannes gegenüber der Frau aus § 122 BGB erwogen werden, Staudinger/Rauscher, § 1600 Rdn. 82.

¹²⁷³ Wanitzek, S. 324 f.; Wanitzek, FamRZ 2003, S. 730 (734); darauf hinweisend auch Junghans, S. 235 f.



herbeizuführen. Würde man die Anfechtung gestatten, wäre die Folge die rechtliche Vaterlosigkeit des Kindes. Dies verbiete jedoch das Schutzinteresse zugunsten des Kindes. Daher seien Willensmängel bei Abgabe der Einwilligung rechtlich unerheblich. Dieses Ergebnis werde durch einen Vergleich mit den Adoptionsvorschriften bestätigt: § 1760 BGB enthalte eine abschließende Aufstellung der möglichen Unwirksamkeitsgründe des Adoptionsantrages. Die gerichtliche Aufhebung der Adoption sei nach dem Willen des Gesetzgebers deshalb nur in engen Grenzen möglich. Zudem würden die Aufhebungsgründe in § 1761 Abs. 2 BGB weiter eingeschränkt. Daraus folge, dass das Annahmeverhältnis nicht aufgehoben werden dürfe, wenn durch die Aufhebung das Wohl des Kindes erheblich gefährdet würde.¹²⁷⁴

b) Anwendbarkeit der Anfechtungsvorschriften

Dennoch wird die Anfechtbarkeit der Einwilligung –wenn auch mit Einschränkungen¹²⁷⁵– aufgrund deren Einordnung als Willenserklärung überwiegend für zulässig erachtet.¹²⁷⁶ Ein Ausschluss des Anfechtungsrechts aufgrund entsprechender Anwendung des § 1598 BGB wird ebenfalls abgelehnt¹²⁷⁷, da an die Einwilligung andere Rechtsfolgen geknüpft seien als an die Anerkennung.¹²⁷⁸

c) Bewertung

Der Ansicht Wanitzeks ist zwar dahingehend zuzustimmen, dass der Einwilligende eingehend vor der Erteilung seiner Einwilligung prüfen muss, ob er eine Erklärung abgeben kann, die der Erzeugung neuen menschlichen Lebens dient. Das von ihr abgeleitete Ergebnis „Unanfechtbarkeit der Einwilligungserklärungen“ folgt daraus jedoch nicht. Willensmängel einer Erklärung können weder mit dem „Hinweis auf das Versorgungsinteresse des Kindes“, noch mit dem Interesse der Mutter, nicht allein die Verantwortung für die Sorge des Kindes zu tragen, als irrelevant bezeichnet werden.¹²⁷⁹ Für die grundsätzliche Zulässigkeit der Anfechtung der Einwilligungserklärung spricht auch, dass im Bundesratsentwurf von 1999 zunächst noch vorgesehen war, die Anfechtung der Erklärung nur entsprechend § 1760 Abs. 2a und d sowie Abs. 3 S. 1 BGB zuzulassen.¹²⁸⁰ Die Streichung dieses Absatzes lässt sich nur in der Weise interpretieren, dass die §§ 119 ff. BGB zur Anwendung gelangen sollen. § 119 BGB findet zudem grundsätzlich bei allen privatrechtlichen, also auch bei

¹²⁷⁴ Junghans, S. 236, die deshalb bereits für den Verzicht auf die Ehelichkeitsanfechtung erwogen hat, die §§ 1760, 1761 BGB analog anzuwenden. Aufgrund der erheblichen Unterschiede zwischen dem Verzicht auf das Ehelichkeitsanfechtungsrecht und der Anfechtung des Adoptionsantrages wird die analoge Anwendbarkeit der Vorschriften jedoch von ihr abgelehnt, Junghans, S. 237 ff.

¹²⁷⁵ Siehe 202 f.

¹²⁷⁶ Spickhoff: Vaterschaft und Fortpflanzungsmedizin, in: Hofer/Klippel/Walter (Hrsg.): Festschrift für Dieter Schwab, S. 923 (938); Staudinger/Rauscher, § 1600 Rdn. 82; Roth, DNotZ 2003, S. 805 (814).

¹²⁷⁷ Staudinger/Rauscher, § 1600 Rdn. 82.

¹²⁷⁸ Erman/Hammermann, § 1600 Rdn. 34; a.A. noch Erman/Holzhauser, 11. Auflage, § 1600 Rdn. 8.

¹²⁷⁹ Erman/Holzhauser, 11. Auflage, § 1600 Rdn. 8.

¹²⁸⁰ BR-Drs. 369/99, Anlage, S. 1. Damit scheidet auch die analoge Anwendbarkeit der Adoptionsvorschriften endgültig aus, da insofern keine gesetzliche Regelungslücke mehr zu erkennen ist.



familienrechtlichen Willenserklärungen Anwendung, sofern nicht Sondervorschriften normiert sind.¹²⁸¹

Sonderregelungen für den Bereich der medizinisch unterstützten Fortpflanzung hat der Gesetzgeber zwar nicht geschaffen. Dennoch ist fraglich, ob die §§ 119 ff. BGB aufgrund der Besonderheit der Erklärung ohne jede Einschränkung zur Anwendung gelangen können und sollen.

Durch die Anfechtung wird ein Rechtsgeschäft mit rückwirkender Kraft beseitigt. Es wird so behandelt, als ob es nie bestanden hätte. Für den Rechtsverkehr wird damit eine erhebliche Rechtsunsicherheit geschaffen, die bei einem Umsatzgeschäft ihre Rechtfertigung darin findet, dass an dem Geschäft üblicherweise nur zwei Parteien beteiligt sind, die sich gleichberechtigt gegenüberstehen.¹²⁸² Der Schutz der anderen Partei, die den Irrtum des Geschäftspartners nicht erkennen konnte und daher auf den Bestand des Rechtsgeschäftes vertraut hat, wird dadurch verwirklicht, dass sie gemäß § 122 BGB den Ersatz des Vertrauensschadens verlangen kann.¹²⁸³ Eine solch unterschiedslose Behandlung passt jedoch nicht zu den Besonderheiten von familienrechtlichen Rechtsgeschäften. Bei familienrechtlichen Rechtsgeschäften stehen sich im Regelfall zwei nicht gleichberechtigte Vertragspartner gegenüber. Zudem weichen familiäre Rechtsgeschäfte in ihrer Intention und Ausprägung erheblich vom Leitbild der §§ 119 ff. BGB ab. Deshalb wird vom Gesetzgeber das Ziel eines erhöhten Bestandsschutzes in diesem Bereich verfolgt.¹²⁸⁴ Diese Intention kommt beispielsweise in §§ 1314 Abs. 2 BGB, 1598 Abs. 1 BGB und 1760 Abs. 2 BGB zum Ausdruck. Familienrechtliche Rechtsgeschäfte sollen nur im Fall von besonders gravierenden Verstößen bei der Willensbildung aufgehoben werden, wenn sie für die Beteiligten erkennbar waren bzw. zu diesen selbst beigetragen haben.

d) Eingeschränkte Anwendbarkeit der Anfechtungsvorschriften

Vor diesem Hintergrund wird eine Einschränkung der allgemeinen Anfechtungsregeln von Teilen des Schrifttums befürwortet: Aufgrund der besonderen Bedeutung des Statusverhältnisses müsse bei der Irrtumsanfechtung nach § 119 Abs. 1 BGB im Hinblick auf die „erforderliche objektive Wertung und bei einer Täuschung kraft der gebotenen Analogie zu § 1314 Abs. 2 Nr. 3 BGB“ deren entsprechende Einschränkung erwogen werden.¹²⁸⁵

Dagegen wird eingewandt¹²⁸⁶, dass eine Beschränkung des Anfechtungsrechts vom Gesetzgeber gerade nicht gewollt gewesen sei, da im Gesetzgebungsverfahren von einer

¹²⁸¹ MüKoBGB/Armbrüster, § 119 Rdn. 3; Erman/Arnold, § 119 Rdn. 2; Soergel/Hefermehl, § 119 Rdn. 7.

¹²⁸² Larenz/Wolf, 9. Auflage, § 36 Rdn. 92.

¹²⁸³ Larenz/Wolf, 9. Auflage, § 36 Rdn. 92.

¹²⁸⁴ MüKoBGB/Wellenhofer, § 1598 Rdn. 1.

¹²⁸⁵ Erman/Holzhauser, 11. Auflage, § 1600 Rdn. 8; für die Einschränkung bzw. den Ausschluss auch Deutsch/Spickhoff, Rdn. 762.

¹²⁸⁶ Spickhoff: Vaterschaft und Fortpflanzungsmedizin, in: Hofer/Klippel/Walter (Hrsg.): Festschrift für Dieter Schwab, S. 923 (938).

entsprechenden Anwendbarkeit der Regelungen über die Aufhebung der Adoption abgesehen worden sei und sich eine entsprechende Anwendung der Regeln über die Eheschließung ebenfalls verbiete. Schließlich könne auch nicht auf den Rechtsgedanken aus § 1600c Abs. 2 BGB zurückgegriffen werden.

e) Stellungnahme

Da sich der Gesetzgeber –im Gegensatz zu anderen Bereichen des Familienrechtes– auch nicht für einen teilweisen Ausschluss des Anfechtungsrechts entschieden hat, müssen die allgemeinen Regeln Anwendung finden. Auch unter Berücksichtigung der Wertungen, die § 1600c Abs. 2 BGB zugrunde liegen, folgt nichts anderes: Eine Vaterschaftsanerkennung, die an einem Willensmangel leidet, kann aufgrund § 1598 Abs. 1 BGB nicht nach §§ 119, 123 BGB angefochten werden. § 1600c Abs. 2 BGB erklärt beim Vorliegen bestimmter Willensmängel lediglich § 1600d Abs. 2 und Abs. 3 BGB für entsprechend anwendbar. Sofern die Voraussetzungen des § 1600c Abs. 2 BGB gegeben sind, gilt im Vaterschaftsanfechtungsverfahren daher nicht die Vaterschaftsvermutung des § 1600c Abs. 1 BGB, d.h. es darf in diesem Verfahren nicht die Vaterschaft des Mannes vermutet werden, der aufgrund Anerkennung bereits rechtlicher Vater des Kindes ist. Da § 1600c Abs. 2 BGB zudem nur auf §§ 119 Abs. 1, 123 BGB verweist, ist ein Irrtum über eine verkehrswesentliche Eigenschaft des Kindes im Sinne von § 119 Abs. 2 BGB für die Außerkraftsetzung der Vermutung nicht ausreichend¹²⁸⁷. Eine Anwendung der Bestimmung scheidet jedoch auch im Übrigen aus, da der Gesetzgeber mit § 1600c Abs. 2 BGB ein anderes Ziel verfolgt hat. Durch die Vorschrift wird die Feststellungslast auf den Anfechtungsgegner im Vaterschaftsanfechtungsverfahren verlagert. Er steht so wie derjenige, der die Feststellung der Vaterschaft begehrt.¹²⁸⁸ Mit der Anfechtung der Einwilligungserklärung soll hingegen deren Wirksamkeit beseitigt werden. Insoweit passt der beabsichtigte Zweck des § 1600c Abs. 2 BGB nicht.

Daraus folgt, dass die §§ 119 ff. BGB uneingeschränkt Anwendung finden. Im Folgenden soll untersucht werden, auf welchen Anfechtungsgrund das Anfechtungsrecht des Einwilligenden gestützt werden kann.

f) Anfechtungsgrund nach §§ 119 ff. BGB

Anfechtbar sind Willenserklärungen, wenn sie unter Mängeln leiden.¹²⁸⁹ Mängel können sich aus verschiedenen Gründen ergeben; das Gesetz unterscheidet „zwischen einem Mangel in der Willensbildung und einem Mangel in der Kundgabe des Willens durch die Erklärungshandlung“.¹²⁹⁰ Mängel in der Willensbildung sind gegeben, „wenn bereits die

¹²⁸⁷ Erman/Hammermann, § 1600c Rdn. 12; Palandt/Brudermüller, § 1600c Rdn. 5.

¹²⁸⁸ Erman/Hammermann, § 1600c Rdn. 16.

¹²⁸⁹ Grundsätzlich finden die §§ 119 ff. BGB auch auf geschäftsähnliche Handlungen Anwendung, nicht hingegen auf Realakte, Palandt/Ellenberger, § 119 Rdn. 4 und Überbl. vor § 104 Rdn. 7 und 10; Soergel/Hefermehl, § 119 Rdn. 7.

¹²⁹⁰ Larenz/Wolf, 9. Auflage, § 35 Rdn. 2; Wolf/Neuner, § 41 Rdn. 37.



Entschließung und das Zustandekommen des Willens im Stadium der Motivbildung vor der Erklärung gestört“ sind.¹²⁹¹ Ein Mangel in der Erklärung liegt vor, wenn der Wille zwar fehlerfrei gebildet wurde, der Erklärende aber etwas anderes erklärt, als er zu sagen glaubt.¹²⁹² Mängel in der Willensbildung sind –im Gegensatz zu Mängeln in der Erklärungshandlung– nach dem Willen des Gesetzgebers als bloßer Motivirrtum unbeachtlich, sofern sie nicht auf einer arglistigen Täuschung oder einer widerrechtlichen Drohung bzw. einem Eigenschaftsirrtum beruhen.¹²⁹³

1) Anfechtung nach § 119 Abs. 1 BGB

Von § 119 Abs. 1 BGB erfasst werden der Inhalts- und der Erklärungsirrtum. Ein Irrtum im Sinne von § 119 Abs. 1 BGB ist gegeben, wenn Wille und Erklärung auseinanderfallen.¹²⁹⁴

a. Inhaltsirrtum

Ein Irrtum über den Erklärungsinhalt im Sinne des § 119 Abs. 1 1. Fall BGB liegt vor, wenn die Erklärung zwar dem äußeren Tatbestand nach dem Willen des Erklärenden entspricht, der Erklärende sich aber über die Bedeutung oder die Tragweite seiner Erklärung eine andere Vorstellung gemacht hat.¹²⁹⁵ Die Erklärung hat damit eine andere inhaltliche Bedeutung als vom Erklärenden bezweckt.¹²⁹⁶

In der Praxis ist bei der heterologen Insemination folgende Fallkonstellation denkbar: Der Mann, der seine Zustimmung zur heterologen Insemination erklärt, weiß nicht, was unter dem Begriff der heterologen Insemination zu verstehen ist, bzw. ihm ist nicht bewusst, dass das zu verwendende Sperma von einem Dritten stammt. Er beabsichtigt vielmehr, seine Einwilligung in eine homologe Insemination zu erteilen. Er irrt somit über die Herkunft des Spermas¹²⁹⁷ und rechnet daher nicht damit, dass sich seine Einwilligung auf die Entstehung eines Kindes durch einen fremden Erzeuger bezieht.¹²⁹⁸

Diese Art von Irrtum ist in der Praxis nur möglich, wenn die Insemination entgegen des Arztvorbehaltes in § 9 Nr. 1 ESchG von der Ehefrau bzw. Lebenspartnerin selbst vorgenommen wird oder der Arzt den Mann vor der Behandlung falsch aufgeklärt hat.¹²⁹⁹ In diesen Fällen ist stets die Nähe zur arglistigen Täuschung im Sinne des § 123 Abs. 1 BGB gegeben. Sofern die Partnerin von der Falschaufklärung des Arztes wusste bzw. die Täuschung selbst verursacht hat, wird vertreten, dass die Einwilligung des Mannes nicht als

¹²⁹¹ Larenz/Wolf, 9. Auflage, § 35 Rdn. 2.

¹²⁹² Larenz/Wolf, 9. Auflage, § 35 Rdn. 2; Wolf/Neuner, § 41 Rdn. 43.

¹²⁹³ Larenz/Wolf, 9. Auflage, § 35 Rdn. 3; Wolf/Neuner, § 41 Rdn. 51.

¹²⁹⁴ Palandt/Ellenberger, § 119 Rdn. 7.

¹²⁹⁵ Palandt/Ellenberger, § 119 Rdn. 11.

¹²⁹⁶ Soergel/Hefermehl, § 119 Rdn. 17.

¹²⁹⁷ Staudinger/Rauscher, § 1600 Rdn. 82.

¹²⁹⁸ Junghans, S. 215.

¹²⁹⁹ Dann besteht gegen den Arzt ein Schadensersatzanspruch wegen Verletzung seiner Aufklärungspflicht.



Zustimmung zu einer Fremdinsemination gewertet werden könne.¹³⁰⁰ Es sei vielmehr nur eine Zustimmung zu einer homologen Insemination gegeben. Damit liege aber keine wirksame Einwilligung in eine heterologe Befruchtung vor. Die Anfechtung der Vaterschaft sei schon daher nicht ausgeschlossen.

Sollte der Irrtum des Einwilligenden für die Partnerin jedoch nicht erkennbar gewesen sein, kann sie die Erklärung nur in der Weise verstehen, dass der Einwilligende mit der Durchführung einer heterologen Insemination einverstanden ist.¹³⁰¹ Ein Irrtum des Erklärenden ist insoweit gegeben. Zur Anfechtung der Erklärung berechtigt jedoch nur der Irrtum, der für die Abgabe der Willenserklärung von Relevanz, also kausal, war. Die Beachtlichkeit des Irrtums wird durch ein objektives als auch ein subjektives Merkmal eingeschränkt.¹³⁰² Daher ist die Anfechtung nur zulässig, wenn die Erklärung bei Kenntnis des Sachverhaltes und bei verständiger Würdigung des Falles nicht abgegeben worden wäre. Davon muss insoweit ausgegangen werden. Sofern der Lebenspartner Kenntnis von der Verwendung von Fremdsamen gehabt hätte, hätte er wahrscheinlich seine Einwilligung in die Behandlung verweigert. Die Anfechtung der Einwilligung ist daher zulässig, dürfte in der Praxis aber tatsächlich nicht relevant werden.

b. Rechtsfolgenirrtum

Zwar kann auch ein Rechtsirrtum ein beachtlicher Inhaltsirrtum sein, der zur Anfechtung einer Erklärung berechtigt. Dies gilt jedoch nur dann, wenn die eingetretene Rechtsfolge ausdrücklich zum Inhalt der Erklärung gehört. Dies muss angenommen werden, wenn die Rechtsfolge aufgrund des auf sie gerichteten Willens eintreten soll.¹³⁰³ Dagegen ist kein Inhaltsirrtum im Sinne des § 119 Abs. 1 BGB gegeben, wenn der Erklärende sich über Rechtsfolgen irrt, die nicht selbst Inhalt der rechtsgeschäftlichen Erklärung sind, sondern von Gesetzes wegen aufgrund der Willenserklärung eintreten.¹³⁰⁴ Auch nach der noch weitergehenden Interpretation des Begriffs durch die Rechtsprechung¹³⁰⁵ ist der Einwilligende nicht zur Anfechtung berechtigt. Nach Ansicht des Reichsgerichts¹³⁰⁶, dessen Vorgaben vom Bundesgerichtshof übernommen wurden¹³⁰⁷, liegen die Voraussetzungen des § 119 Abs. 1 BGB vor, wenn das Rechtsgeschäft infolge Verkennung oder Unkenntnis seiner rechtlichen Bedeutung eine von der beabsichtigten wesentlich verschiedene Rechtswirkung, die nicht gewollt ist, herbeiführt. Dies ist nicht schon dann gegeben, wenn das irrtumsfrei erklärte und gewollte Rechtsgeschäft außer der beabsichtigten weitere nicht gewollte und

¹³⁰⁰ Junghans, S. 215.

¹³⁰¹ So insgesamt auch Staudinger/Rauscher, § 1600 Rdn. 82.

¹³⁰² Soergel/Hefermehl, § 119 Rdn. 3.

¹³⁰³ Soergel/Hefermehl, § 119 Rdn. 24; Brox/Walker, Rdn. 423.

¹³⁰⁴ MüKoBGB/Armbrüster, § 119 Rdn. 82; Erman/Arnold, § 119 Rdn. 29.

¹³⁰⁵ MüKoBGB/Armbrüster, § 119 Rdn. 84.

¹³⁰⁶ RGZ 88, S. 278 (284); MüKoBGB/Armbrüster, § 119 Rdn. 84.

¹³⁰⁷ BGHZ 134, S. 152 (156) = NJW 1997, S. 653; MüKoBGB/Armbrüster, § 119 Rdn. 84.



nicht erkannte Rechtsfolgen nach sich zieht.¹³⁰⁸ Vielmehr liegt in den Fällen ein unbeachtlicher Motivirrtum vor, in denen der Erklärende über die gesetzliche Rechtsfolge seiner Willenserklärung irrt, da der Erklärende insoweit keine von seinem Willen abweichende Erklärung abgibt.¹³⁰⁹

In den Fällen der künstlichen Befruchtung mit Spendersamen tritt die Rechtsfolge der Unanfechtbarkeit der Abstammungsbeziehung unabhängig vom Willen des Einwilligenden ein. Damit knüpft das Gesetz die relevante Rechtsfolge unabhängig vom Willen des Erklärenden an die Einwilligung in die heterologe Befruchtung. Daher ist es unerheblich, ob der Einwilligende sich der Tatsache bewusst ist, dass er die einmal zum Kind begründete Rechtsbeziehung nicht mehr beseitigen kann. Insofern kommt ein beachtlicher Rechtsfolgenirrtum sowohl nach Literaturmeinung als auch nach Ansicht der Rechtsprechung nicht in Betracht. Ein Irrtum über die Rechtsfolgen des § 1600 Abs. 5 BGB ist damit unerheblich.¹³¹⁰

c. *Erklärungsirrtum*

Auch eine Anfechtung der Einwilligung wegen eines Erklärungsirrtums ist nicht möglich.¹³¹¹ Der Erklärungsirrtum ist dadurch gekennzeichnet, dass der Erklärende zwar das richtige Erklärungszeichen benutzen wollte, ihm jedoch bei Abgabe der Erklärung ein Fehler unterlaufen ist.¹³¹² Feststellbar ist ein solcher Irrtum durch Vergleich der äußeren Form der Willenserklärung mit dem Erklärungswillen.¹³¹³ Erfasst werden die Fälle des Verschreibens und Versprechens durch den Erklärenden.¹³¹⁴

Diese Art von Irrtum ist bei der Einwilligung in eine heterologe Befruchtung ausgeschlossen. Der Einwilligende erklärt vor dem Arzt und gemeinsam mit seinem Partner die Einwilligung in der Praxis regelmäßig in der Weise, dass er ein entsprechend vorformuliertes Dokument unterzeichnet. Ein klassischer Erklärungsirrtum ist mithin ausgeschlossen.

Unter dem Begriff des Erklärungsirrtums werden in Rechtsprechung und Lehre weitere Fallgestaltungen erörtert. So wird diskutiert, ob der Erklärende seine Willenserklärung anfechten kann, wenn er seine Unterschrift unter eine nicht oder nicht richtig gelesene Urkunde gesetzt hat.¹³¹⁵ Ein Irrtum in der Erklärungshandlung ist jedoch dann nicht gegeben, wenn der Unterzeichnende bewusst von der Kenntnisnahme des Inhalts eines Schriftstückes abgesehen hat. In diesen Fällen kann eine Inkongruenz von Erklärungswillen und

¹³⁰⁸ MüKoBGB/Armbrüster, § 119 Rdn. 84, auf RGZ 88, S. 278 (284), RGZ 89, S. 29 (33); RGZ 98, S. 136 (139); RGZ 134, S. 195 (197 f.) verweisend; Soergel/Hefermehl, § 119 Rdn. 24.

¹³⁰⁹ Michalski, BGB AT, S. 76.

¹³¹⁰ So auch Staudinger/Rauscher, § 1600 Rdn. 82.

¹³¹¹ Junghans, S. 215.

¹³¹² Medicus, Rdn. 746; Petersen, JURA 2006, S. 660 (661).

¹³¹³ Soergel/Hefermehl, § 119 Rdn. 11.

¹³¹⁴ Wolf/Neuner, § 41 Rdn. 38; Palandt/Ellenberger, § 119 Rdn. 10.

¹³¹⁵ Soergel/Hefermehl, § 119 Rdn. 12.

Erklärungsform nicht vorliegen.¹³¹⁶ Eine Anfechtung wird auch dann nicht zugelassen, wenn der Erklärende die Urkunde ungelesen unterschreibt, ohne sich von ihrem Inhalt irgendeine Vorstellung gemacht zu haben.¹³¹⁷ Der Erklärende unterschreibt damit die Erklärung mit vollem Risiko im Hinblick auf die Folgen einer rechtsgeschäftlichen Bindung. Dagegen ist ein Erklärungsirrtum gegeben, wenn das Schriftstück zwar ungelesen unterschrieben wurde, der Unterzeichnende sich von dessen Inhalt jedoch eine bestimmte, allerdings unzutreffende Vorstellung gemacht hatte.¹³¹⁸

In der Praxis wird vor der Behandlung ein umfassendes Beratungsgespräch zwischen den beiden Partnern und dem Arzt erfolgen¹³¹⁹, in dessen Anschluss eine entsprechende Erklärung unterzeichnet wird. Der Erklärende hat im Hinblick auf das Beratungsgespräch Kenntnis von dem Inhalt der Urkunde. Insoweit konnte er sich keine unzutreffenden Vorstellungen über den Gegenstand der Urkunde machen.

Sollte der Einwilligende seine Einwilligung ohne ein vorheriges Beratungsgespräch und damit ohne Kenntnis der wahren Sachlage erklärt haben, liegt ein Erklärungsirrtum ebenfalls nicht vor, da ein Auseinanderfallen von Wille und Erklärung nicht feststellbar ist, wenn der Erklärende überhaupt keinen Willensbildungsprozess durchlaufen hat.

Ein Erklärungsirrtum kann allenfalls in den Situationen in Betracht kommen, in denen sich die Wunscheltern sowohl über eine homologe als auch eine heterologe Insemination beraten lassen und sich gemeinsam für eine homologe Insemination entscheiden. Der Arzt geht trotz Unterrichtung davon aus, dass sich die Partner für eine heterologe Insemination entschieden haben. Daher legt der Arzt dem Erklärenden ein Formular für heterologe Inseminationen vor. Dieser unterschreibt sodann in dem Glauben, dass er in eine homologe Insemination einwillige. Diese Fälle scheinen in der Praxis jedoch ausgeschlossen. Zum einen ist davon auszugehen, dass der Arzt nochmals vor der Unterzeichnung der Einwilligungserklärung den Einwilligenden zu seinem Willensentschluss befragt, zum anderen wird ein Paar, wenn medizinisch eine homologe Insemination noch Erfolg verspricht, diese vorziehen, so dass sich die Frage nach einer heterologen Insemination und damit die Einwilligung in diese nicht stellen wird. Auch erscheint es ausgeschlossen, dass ein Arzt sowohl die homologen als auch die heterologen Methoden vorstellt, wenn ein homologes Verfahren aus seiner Sicht noch mit Erfolg durchgeführt werden kann. Spätestens bei der Behandlung muss der Arzt jedoch den wahren Willen der Einwilligenden erfassen, da die in Betracht kommende Behandlung ein anderes Behandlungsvorgehen erfordert als eine heterologe Insemination.

¹³¹⁶ Soergel/Hefermehl, § 119 Rdn. 12.

¹³¹⁷ Soergel/Hefermehl, § 119 Rdn. 13.

¹³¹⁸ RGZ 77, S. 309 (312); BAG, NJW 1971, S. 639 (640); BGH NJW 1995, S. 190 (191); Larenz/Wolf, 9. Auflage, § 36 Rdn. 27 f., der jedoch von einem Inhaltsirrtum ausgeht; Soergel/Hefermehl, § 119 Rdn. 43.

¹³¹⁹ Siehe Bundesärztekammer: (Muster-)Richtlinie zur Durchführung der assistierten Reproduktion, Deutsches Ärzteblatt 2006, A 1395.



Damit scheidet eine Anfechtung wegen eines Erklärungsirrtums aus.

2) Anfechtung nach § 119 Abs. 2 BGB

Weiterhin kommt eine Anfechtung der Einwilligung wegen eines Motivirrtums im Sinne des § 119 Abs. 2 BGB in Betracht. Bei einem Eigenschaftsirrtum stimmen Wille und Erklärung überein.¹³²⁰ Der Irrtum bezieht sich nicht auf den Erklärungsinhalt oder die Erklärungshandlung, sondern auf eine verkehrswesentliche Eigenschaft einer Person oder einer Sache. Er muss mithin auf außerhalb der Erklärung liegenden tatsächlichen Gegebenheiten beruhen.¹³²¹

Als Eigenschaften sind die Merkmale einer Person oder Sache zu verstehen, die dieser nicht nur vorübergehend, sondern mit einer gewissen Beständigkeit und Dauer anhaften und nach der Verkehrsanschauung für ihre Wertschätzung und Verwendbarkeit bedeutsam sind.¹³²² Die Merkmale müssen in der Person oder Sache selbst angelegt sein.¹³²³

Die Verkehrswesentlichkeit stellt das Kriterium dar, das die Abgrenzung vom beachtlichen zum unbeachtlichen Motivirrtum ermöglichen soll.¹³²⁴ Die Auslegung des Begriffes erfolgt jedoch nicht einheitlich. Nach der Lehre vom geschäftlichen Eigenschaftsirrtum muss die Eigenschaft als wesentlich vereinbart worden sein,¹³²⁵ wobei auch stillschweigende Vereinbarungen anerkannt werden, bzw. aufgrund ihrer Eigenart erwartet werden können.¹³²⁶ Nach anderer Ansicht muss die Eigenschaft die Bewertung der Sache bzw. Person unmittelbar und nicht nur mittelbar beeinflussen.¹³²⁷

a. Irrtum über Eigenschaften des Kindes

Im Fall der künstlichen Befruchtung mit Spendersamen könnte ein Irrtum über die Eigenschaften des später geborenen Kindes in Betracht kommen. Das Kind könnte mit einer chronischen Krankheit, einer Behinderung oder einem von den Eltern eklatant abweichenden Phänotyp geboren werden. Diese Merkmale des Kindes bestehen nicht nur vorübergehend und sind auch nach der Verkehrsanschauung nicht unerheblich, da alle Eltern hoffen, dass ihr Kind ohne Krankheiten bzw. Missbildungen zur Welt kommt bzw. ihnen ähnlich sieht. Daher ist durchaus ein Irrtum über eine verkehrswesentliche Eigenschaft gegeben.

¹³²⁰ Palandt/Ellenberger, § 119 Rdn. 23.

¹³²¹ Palandt/Ellenberger, § 119 Rdn. 23.

¹³²² BGHZ 34, S. 32 (41); BGHZ 88, S. 240 (245); Larenz/Wolf, 9. Auflage, § 36 Rdn. 38; Wolf/Neuner, § 41 Rdn. 56 und 58; Palandt/Ellenberger, § 119 Rdn. 24.

¹³²³ BGHZ 70, S. 47 (48); Wolf/Neuner, § 41 Rdn. 56; Palandt/Ellenberger, § 119 Rdn. 24.

¹³²⁴ Löhnig, S. 201.

¹³²⁵ Flume, § 24, 2 b, S. 477 f.; Medicus/Petersen, Rdn. 139 ff.; Erman/Arnold, § 119 Rdn. 36.

¹³²⁶ Soergel/Hefermehl, § 119 Rdn. 34; Flume, § 24, 2 c, S. 479; Erman/Palm, 12. Auflage, § 119 Rdn. 43; Erman/Arnold, § 119 Rdn. 36; Jauernig/Mansel, § 119 Rdn. 15.

¹³²⁷ Erman/Palm, 12. Auflage, § 119 Rdn. 43; Medicus/Petersen Rdn. 138.

Dieser Irrtum kann ein Anfechtungsrecht des Einwilligenden jedoch nicht begründen. Zwar kann ein Anfechtungsrecht auch dann bestehen, wenn der Erklärende sich nicht über die Person des Vertragspartners, sondern über die Eigenschaften eines Dritten oder einer sonstigen Person getäuscht hat.¹³²⁸ Im Moment der Abgabe der Einwilligung existiert das Kind jedoch noch nicht, so dass die „streitige“ Eigenschaft des Kindes noch gar nicht vorliegt. Entgegen der Ansicht von Roth¹³²⁹, der auch in der Zukunft liegende Umstände für eine Anfechtung als ausreichend ansieht, können als Anfechtungsgrund lediglich gegenwärtige oder vergangene Umstände herangezogen werden, da der Erklärende sich im Zeitpunkt der Abgabe der Einwilligungserklärung rein tatsächlich nicht im Irrtum über erst künftig eintretende Umstände befinden kann.¹³³⁰ Der Umstand, dass Erwartungen enttäuscht werden, begründet keinen Irrtum im Rechtssinn¹³³¹, der zu einer Anfechtung der Einwilligung berechtigt. Zudem kann die Erklärung des Mannes nur in der Weise verstanden werden, dass er das Kind in jedem Fall, also auch bei jeder denkbaren Entwicklung des Kindes, als sein eigenes anerkennen will.¹³³² Damit ist dem Mann die Berufung auf Gründe verwehrt, die auch die Anfechtung des Vaterschaftsverhältnisses bei einem eigenen Kind nicht getragen hätten.¹³³³

Die Anfechtung der Einwilligung ist auch aufgrund allgemeiner Grundsätze und Erwägungen zu versagen.¹³³⁴ Bei den angeborenen Eigenschaften des Kindes, wie Behinderungen und Krankheiten, handelt es sich um die Verwirklichung eines allgemeinen Lebensrisikos, das von dem Erklärenden hingenommen werden muss.¹³³⁵ Zudem würde das Kind durch eine Bejahung des Anfechtungsgrundes zu einem Objekt degradiert und damit ein Verstoß gegen die Menschenwürde nach Art. 1 Abs. 1 GG begründet.¹³³⁶

Letztendlich spricht auch der Umstand, dass lediglich die Hoffnungen und Erwartungen des Einwilligenden, die nicht Grundlage der Einwilligung gewesen sind, enttäuscht werden, gegen die Annahme eines beachtlichen Motivirrtums.¹³³⁷ Damit liegt auch nach der Lehre

¹³²⁸ Roth, DNotZ 2003, S. 805 (815); Spickhoff: Vaterschaft und Fortpflanzungsmedizin, in: Hofer/Klippel/Walter (Hrsg.): Festschrift für Dieter Schwab, S. 923 (938); Palandt/Ellenberger, § 119 Rdn. 26.

¹³²⁹ Roth, DNotZ 2003, S. 805 (815), der im Ergebnis das Anfechtungsrecht des Einwilligenden auch für ausgeschlossen hält.

¹³³⁰ Soergel/Hefermehl, § 119 Rdn. 37; ähnlich auch Löhnig, S. 193, der darauf abstellt, dass nur gegenwärtige Umstände unaufklärbar sind bzw. deren Unaufklärbarkeit sicher festgestellt werden kann. Dagegen könnten keine eindeutigen Aussagen über zukünftige Sachverhalte getroffen werden.

¹³³¹ Junghans, S. 218.

¹³³² So bereits für die Verzichtserklärung Junghans, S. 217 f.

¹³³³ So bereits für die Verzichtserklärung Junghans, S. 218.

¹³³⁴ Roth, DNotZ 2003, S. 805 (815); Spickhoff: Vaterschaft und Fortpflanzungsmedizin, in: Hofer/Klippel/Walter (Hrsg.): Festschrift für Dieter Schwab, S. 923 (938 f.).

¹³³⁵ Spickhoff: Vaterschaft und Fortpflanzungsmedizin, in: Hofer/Klippel/Walter (Hrsg.): Festschrift für Dieter Schwab, S. 923 (938).

¹³³⁶ Roth, DNotZ 2003, S. 805 (815); Spickhoff: Vaterschaft und Fortpflanzungsmedizin, in: Hofer/Klippel/Walter (Hrsg.): Festschrift für Dieter Schwab, S. 923 (938 f.). Zumindest eine verfassungswidrige Diskriminierung (Art. 3 Abs. 2 und Abs. 3 GG) bzw. eine Verletzung des Persönlichkeitsrechtes (Art. 1 Abs. 1, Art. 2 Abs. 1 GG) wäre gegeben.

¹³³⁷ So auch Junghans, S. 218.



vom geschäftlichen Eigenschaftsirrturn¹³³⁸ kein relevanter Irrturn, sondern vielmehr nur ein reiner Motivirrturn vor. Dem Einwilligenden ging es um die Erzeugung eines Kindes mit dem Samen eines Dritten unter Beachtung der standesärztlichen Regeln. Sofern der Arzt lege artis gehandelt hat, verwirklicht sich in den Eigenarten des Kindes nur ein allgemeines Lebensrisiko. Auch bei natürlicher Zeugung gibt es für Eltern keine Garantie, dass ihr Kind frei von negativen Charaktereigenschaften oder chronischen Krankheiten oder Behinderungen geboren wird.¹³³⁹ Zudem kann eine Behinderung des Kindes z.B. Folge einer Unterbrechung der Sauerstoffzufuhr während des Geburtsvorganges sein oder durch fahrlässigen Lebenswandel der Mutter während der Schwangerschaft verursacht werden. Es besteht weiterhin die Möglichkeit, dass die zur Schädigung führenden oder phänotypisch abweichenden Erbanlagen allein von der Mutter stammen. Mögliche Schädigungen des Kindes könnten zwar durch das Verfahren der Präimplantationsdiagnostik bereits frühzeitig festgestellt werden. Gegen „schlechte Charaktereigenschaften“ bietet dieses Verfahren jedoch keinen Schutz. Bei Bejahung eines Anfechtungsrechts würde das Kind zur Ware degradiert, dessen man sich bei Nichtgefallen entledigen kann, und damit in eklatanter Weise gegen das Kindeswohlprinzip verstoßen werden.

Eine andere Einschätzung gebietet auch nicht die frühere Rechtsprechung zu einem Adoptionsfall. Vor der Änderung der adoptionsrechtlichen Vorschriften 1976, durch die das Adoptionsrecht vom Vertragssystem mit behördlicher Genehmigung zum Dekretsystem reformiert wurde, konnte ein Adoptionsvertrag wegen eines Irrturns über die Charaktereigenschaften eines adoptierten Kindes nach § 119 Abs. 2 BGB angefochten werden.¹³⁴⁰ Voraussetzung für die Anfechtung war, dass die spätere Fehlentwicklung des Kindes auf einer bereits im Annahmezeitpunkt vorhandenen nicht zu bessernden natürlichen Veranlagung beruhte.¹³⁴¹ Auch nach Änderung der adoptionsrechtlichen Vorschriften kann das Annahmeverhältnis zwar gemäß § 1760 BGB unter bestimmten Voraussetzungen vom Familiengericht¹³⁴² aufgehoben werden. Als Unwirksamkeitsgrund des Adoptionsantrages und damit als zur Aufhebung berechtigender Umstand ist im Katalog des § 1760 Abs. 2 BGB der Irrturn des Adoptierenden über eine wesentliche Eigenschaft des Angenommenen jedoch nicht aufgeführt. Deswegen sind auch aus dem Adoptionsrecht keine Anhaltspunkte gegeben, die für die Beachtlichkeit des Irrturns sprechen würden. Ein insoweit beachtlicher Irrturn ist damit ausgeschlossen.

b. Irrturn über die eigene Zeugungsfähigkeit

Fraglich ist, ob der Irrturn des Mannes über die eigene Fruchtbarkeit, eine in seiner Familie bestehende Erbkrankheit oder eine angenommene Rhesusfaktorunverträglichkeit ihn zur

¹³³⁸ Soergel/Hefermehl, § 119 Rdn. 34.

¹³³⁹ Roth, DNotZ 2003, S. 805 (815 f.).

¹³⁴⁰ RGZ 147, S. 310; 156, S. 334; OLG Hamburg NJW 1961, 1470 f; Junghans, S. 229 mit FN 1.

¹³⁴¹ RGZ 156, S. 334 (335 und 339).

¹³⁴² Seit 01.09.2009. Vor der Gesetzesreform war das Vormundschaftsgericht zuständig.



Anfechtung der Einwilligung berechtigen könnte. Insofern könnte der einwilligende Partner vorbringen, dass er seine Einwilligung zur heterologen Befruchtung nicht erklärt hätte, wenn er Kenntnis davon besessen hätte, dass seiner eigenen Vaterschaft keine biologischen Gründe entgegengestanden hätten.¹³⁴³ Zu untersuchen ist daher, ob diese falsche Kenntnis über die Eigenschaften des Erklärenden selbst als relevanter Eigenschaftsirrturn im Sinne des § 119 Abs. 2 BGB eingestuft werden muss.

Zwar werden vom Eigenschaftsirrturn im Sinne des § 119 Abs. 2 BGB vorwiegend Eigenschaften des Geschäftsgegners erfasst; nach dem Sinn und Zweck eines Geschäftes können jedoch ausnahmsweise auch die Eigenschaften des Erklärenden selbst wesentlich sein.¹³⁴⁴ Dies ist der Fall, wenn sich dieser bei einem Vertrag, der eine persönliche Leistung zum Gegenstand hat, über seine Möglichkeiten, diese Leistung zu erbringen, getäuscht hat.¹³⁴⁵ Entscheidend ist daher, dass sich der Irrturn auf eine Eigenschaft bezieht, die in einem unmittelbaren Zusammenhang mit dem abgeschlossenen Rechtsgeschäft steht und deren Fehlen zur Nichtigkeit des Geschäftes führt.¹³⁴⁶ Eigenschaften, die auf die Erfüllbarkeit des Rechtsgeschäftes selbst keine Auswirkung haben, sondern nur den von dem Erklärenden bei Abschluss des Geschäftes verfolgten Zielen dienen und daher nur insoweit von Bedeutung sind, sind im Rahmen von § 119 Abs. 2 BGB unbeachtlich.¹³⁴⁷

Bei einer Befruchtung mit Spendersamen bestehen keine persönlichen Leistungspflichten des Wunschvaters. Er ist zu keiner Leistungserbringung verpflichtet. Das Paar gibt seine Einwilligungsklärungen ab, weil es davon ausgeht, dass der Wunschvater und spätere soziale Vater selbst nicht zur Zeugung von (gesundem) Nachwuchs in der Lage ist. Aufgrund dieser Annahme beschließen die Beteiligten den Einsatz von Spendersperma. Damit bezieht sich der Irrturn über die eigene Zeugungsunfähigkeit bzw. die Unfähigkeit, ein gesundes Kind zu zeugen, allein auf das Motiv des Wunschvaters zur Abgabe der Einwilligungserklärung.¹³⁴⁸ Die Insemination mit Spendersamen selbst wird dadurch nicht berührt. Die Tatsache, dass das Kind nicht vom Wunschvater abstammt, hindert diesen nicht daran, ein für ihn genetisch-biologisch fremdes Kind als sein eigenes aufzuziehen. Deshalb kann auch insoweit kein relevanter Irrturn im Sinne des § 119 Abs. 2 BGB angenommen werden.

c. Irrturn über die Person des Sponders

Der Einwilligungende könnte weiterhin wegen eines Irrturns über eine Eigenschaft des Sponders zur Anfechtung der Einwilligung berechtigt sein.

In Betracht kommt, dass der Einwilligungende die Person des Samensponders hinreichend konkretisiert hat –das Paar könnte einen Freund oder Verwandten als Samenspender

¹³⁴³ Junghans, S. 216.

¹³⁴⁴ Palandt/Ellenberger, § 119 Rdn. 26; Soergel/Hefermehl, § 119 Rdn. 38.

¹³⁴⁵ MükoBGB/Armbrüster, § 119 Rdn. 126.

¹³⁴⁶ Junghans, S. 216.

¹³⁴⁷ Junghans, S. 216.

¹³⁴⁸ Junghans, S. 217.

rekrutiert haben– und sich die Einwilligung deshalb nur auf die Verwendung des Spermas dieses Samenspenders bezogen hat. Auch in den Fällen, in denen die Einwilligenden die Person des Spenders nicht kennen, werden die Einwilligenden das Vorliegen bestimmter genetischer Merkmale, wie gleiche Augen- oder Haarfarbe, gleicher Phänotyp, bzw. deren Fehlen, wie z.B. übertragbare Erbkrankheiten, bei Abgabe ihrer Einwilligungserklärungen vorausgesetzt haben.¹³⁴⁹ Außerdem wird das die Behandlung in Anspruch nehmende Paar davon ausgehen, dass der Samen von einem gesunden, nicht drogen- oder alkoholabhängigen Spender stammt. Fraglich ist daher, wie sich eine Samenverwechslung bzw. –vertauschung auf die Möglichkeit zur Anfechtung der Erklärung auswirkt.

Es wird vertreten, dass die Folgen einer bloß leicht fahrlässigen Spermaverwechslung im Risikobereich des Einwilligenden verbleiben müssen.¹³⁵⁰ Bei Fehlen einer bestimmten Eigenschaft könne dem Einwilligenden daher lediglich ein Schadensersatzanspruch gegen die Samenbank bzw. gegen das behandelnde Personal zugestanden werden.¹³⁵¹

Anders sei hingegen der Fall der bewussten Spermavertauschung bzw. der bewussten Vernachlässigung der Erwartungen des Einwilligenden zu behandeln. In diesem Fall sei die vorgenommene Behandlung nicht vom Willen des Einwilligenden gedeckt gewesen; eine Anfechtung der Erklärung sei deshalb nicht notwendig.¹³⁵² Auch müsse der Zurechnungszusammenhang zwischen Zeugung und Einwilligung des Mannes als unterbrochen angesehen werden.¹³⁵³

Die objektive Auslegung der Einwilligungserklärung ergibt, dass der Einwilligende die Behandlung nur nach ordnungsgemäßer Auswahl der Samenprobe und unter Berücksichtigung seiner Vorgaben vorgenommen haben möchte. Bei Kenntnis der Verwechslung der Samenprobe würde der Einwilligende die Insemination deshalb wohl verhindern. Die Verwendung des „falschen“ Samens ist daher zwar nicht von dem Willen des Erklärenden gedeckt. Eine Anfechtung wegen Eigenschaftsirrtums ist jedoch nur in den Fällen möglich, in denen die Durchführung des Rechtsgeschäftes gerade von einer bestimmten Eigenschaft eines Dritten abhängt¹³⁵⁴. Ein unbeachtlicher Motivirrtum ist hingegen gegeben, wenn das Rechtsgeschäft auch ohne diese Eigenschaft durchführbar ist

¹³⁴⁹ Siehe z.B.: http://www.erlanger-samenbank.de/new2/_info_wunscheltern/auswahl.html und http://www.erlanger-samenbank.de/new2/_info_wunscheltern/kartei.html; letzter Zugriff am 25.02.2010; <http://www.berliner-samenbank.de/patienten/spenderauswahl.html>; letzter Zugriff am 25.02.2010.

¹³⁵⁰ Spickhoff: Vaterschaft und Fortpflanzungsmedizin, in: Hofer/Klippel/Walter (Hrsg.): Festschrift für Dieter Schwab, S. 923 (939); Spickhoff, Medizinrecht, § 1600 Rdn. 16; so im Ergebnis auch Roth, DNotZ 2003, S. 805 (815).

¹³⁵¹ Spickhoff: Vaterschaft und Fortpflanzungsmedizin, in: Hofer/Klippel/Walter (Hrsg.): Festschrift für Dieter Schwab, S. 923 (939) mit FN 78; Roth, DNotZ 2003, S. 805 (815), der insofern nicht zwischen einer fahrlässigen und einer bewussten Spendersamenverwechslung unterscheidet.

¹³⁵² Spickhoff: Vaterschaft und Fortpflanzungsmedizin, in: Hofer/Klippel/Walter (Hrsg.): Festschrift für Dieter Schwab, S. 923 (939); Spickhoff, Medizinrecht, § 1600 Rdn. 16.

¹³⁵³ Spickhoff: Vaterschaft und Fortpflanzungsmedizin, in: Hofer/Klippel/Walter (Hrsg.): Festschrift für Dieter Schwab, S. 923 (939); Spickhoff, Medizinrecht, § 1600 Rdn. 16.

¹³⁵⁴ Erman/Arnold, § 119 Rdn. 37; Junghans, S. 219.



und der Irrtum nur den vom Erklärenden verfolgten Zweck verfehlt. Bei Abgabe seiner Erklärung wollte der Einwilligende die Zeugung eines gesunden Kindes, das äußerlich seinen Merkmalen gleicht, bzw. die Zeugung eines Kindes von einem bestimmten Samenspender veranlassen sowie die rechtliche Vaterschaft zu diesem Kind begründen. Dieses Motiv war die Antriebskraft für seine Erklärung.¹³⁵⁵ Es entspricht gleichwohl dem allgemeinen Lebensrisiko, dass es zu einer fahrlässigen Verwechslung der Spermaproben kommen kann bzw. dass das Kind nicht die von dem Einwilligenden erwünschten Merkmale erbt. Dieses Risiko muss der Einwilligende tragen. Insoweit kommt eine Anfechtung der Einwilligung daher nicht in Betracht.

Sofern der Einwilligende seine Einwilligung in der Weise konkretisiert hatte, dass die heterologe Insemination nur mit dem Samen eines namentlich benannten Spenders vorgenommen werden durfte, und im Anschluss absichtlich eine andere Spermaprobe verwendet wurde, ist die vorgenommene Insemination hingegen nicht von der Einwilligung des Erklärenden gedeckt gewesen. Bei objektiver Betrachtung ist der Einwilligende daher nicht für die Zeugung dieses Kindes verantwortlich.¹³⁵⁶ Eine Kausalität zwischen der Erklärung und der Zeugung des Kindes ist nicht ersichtlich. Die bedingte Einwilligung unterliegt deshalb nicht der Irrtumsproblematik und ist nicht geeignet bei Nichteintritt der Bedingung die Rechtsfolge des § 1600 Abs. 5 BGB auszulösen.

g) Anfechtung nach § 123 Abs. 1 BGB

Schließlich ist eine Anfechtung der Einwilligung wegen arglistiger Täuschung bzw. widerrechtlicher Drohung gemäß § 123 Abs. 1 BGB in Betracht zu ziehen.

1) Anfechtung wegen arglistiger Täuschung

Denkbar ist, dass der Einwilligende von seiner Partnerin bzw. einem Arzt absichtlich falsch über die heterologe Insemination aufgeklärt bzw. dem Einwilligenden absichtlich verschwiegen wurde, dass eine Sterilität bei ihm nicht festgestellt werden konnte. Vorstellbar ist weiterhin, dass Arzt und/oder Partnerin die Fehlvorstellung des Einwilligenden, dass es sich bei einer heterologen Insemination um eine Insemination handelt, bei der sein in spezieller Weise aufbereitetes Sperma verwendet wird, und er daher der biologisch-genetische Vater des Kindes sein wird, erkannt haben. Dennoch klären sie den Einwilligenden nicht über seine Fehlvorstellung auf. Diese Fallkonstellationen könnten den Einwilligenden zur Anfechtung seiner Erklärung wegen arglistiger Täuschung berechtigen.

Damit die Einwilligungserklärung durch den Einwilligenden angefochten werden kann, muss eine Täuschungshandlung gegeben sein. Dabei handelt es sich um „ein Verhalten, das darauf abzielt, in einem anderen eine unrichtige Vorstellung hervorzurufen, zu bestärken oder zu

¹³⁵⁵ So Junghans, S. 219.

¹³⁵⁶ Ähnlich auch Erman/Holzhauser, 11. Auflage, § 1600 Rdn. 9, der die Frage der Anfechtbarkeit objektiv anhand der jeweiligen Abweichung beantworten will.



unterhalten“.¹³⁵⁷ Die Täuschung kann in einem Tun oder einem Unterlassen bestehen.¹³⁵⁸ Das Unterlassen setzt eine Offenbarungspflicht voraus. Diese ist gegeben, wenn der Erklärende nach Treu und Glauben sowie den im Verkehr geltenden Anschauungen mit einer Aufklärung rechnen durfte.¹³⁵⁹ Aus einem besonderen Vertrauensverhältnis folgt regelmäßig eine Offenbarungspflicht.¹³⁶⁰

Die Falschaufklärung durch die Frau bzw. durch den Arzt stellt eine wahrheitswidrige Behauptung, mithin eine Täuschungshandlung, über einen für den einwilligenden Mann bedeutsamen Umstand dar. Aber auch das Unterlassen der Aufklärung des Irrtums auf Seiten des Lebenspartners trotz Kenntnis der Beteiligten stellt eine relevante Täuschungshandlung dar. Denn insofern besteht eine Aufklärungspflicht der Partnerin bzw. des Arztes. Diese folgt bei der Partnerin aus der ehelichen bzw. aus der persönlichen Verbundenheit. Von einem Lebenspartner kann und muss erwartet werden, dass dieser den Einwilligenden über die wahren Umstände aufklärt, wenn er dessen Irrtum erkannt hat. Der Arzt ist aufgrund des persönlichen Arzt-Patienten-Vertrauensverhältnis zur Aufklärung verpflichtet.

Die Vorspiegelung dieser falschen Tatsachen bzw. die Nichtkorrektur der falschen Vorstellung muss ursächlich für die Abgabe der Willenserklärung gewesen sein.¹³⁶¹ Dies ist der Fall, wenn der Getäuschte seine Willenserklärung ohne die Täuschung nicht oder nicht in dieser Art und Weise abgegeben hätte.¹³⁶² Der Irrtum muss nicht ausschließlich durch die Täuschung hervorgerufen worden sein. Es reicht aus, wenn ihre Mitursächlichkeit bejaht werden kann.¹³⁶³ Sowohl im Fall der Falschaufklärung als auch im Fall der unterlassenen Richtigstellung ist davon auszugehen, dass der Einwilligende bei Kenntnis der wahren Sachlage seine Einwilligungserklärung nicht abgegeben hätte. Daher kann grundsätzlich von einem bestehenden Kausalzusammenhang zwischen der Täuschungshandlung und der Abgabe der Einwilligungserklärung ausgegangen werden.

Die Täuschung muss zudem arglistig, also vorsätzlich, erfolgt sein.¹³⁶⁴ Der Täuschende muss wissen und wollen, dass der Erklärende durch die Täuschung zu der Abgabe einer Willenserklärung bestimmt wird, die er sonst nicht oder nicht mit diesem Inhalt abgegeben

¹³⁵⁷ Brox/Walker, Rdn. 450; Erman/Arnold, § 123 Rdn. 11.

¹³⁵⁸ Erman/Arnold, § 123 Rdn. 11.

¹³⁵⁹ Erman/Arnold, § 123 Rdn. 13.

¹³⁶⁰ Erman/Arnold, § 123 Rdn. 15; Soergel/Hefermehl, § 123 Rdn. 7.

¹³⁶¹ Soergel/Hefermehl, § 123 Rdn. 4 und Rdn. 20.

¹³⁶² Soergel/Hefermehl, § 123 Rdn. 20.

¹³⁶³ Soergel/Hefermehl, § 123 Rdn. 20.

¹³⁶⁴ Hingegen setzt der Tatbestand des § 123 Abs. 1 BGB nicht die Widerrechtlichkeit der Täuschung voraus, Erman/Arnold, § 123 Rdn. 20 f. Der Gesetzgeber ging davon aus, dass eine arglistige Täuschung stets widerrechtlich ist. Jedoch hat der Gesetzgeber übersehen, dass in bestimmten Ausnahmefällen die Widerrechtlichkeit fehlen kann, Brox/Walker, Rdn. 453. Hier ist jedoch ein solcher Ausnahmefall nicht gegeben.

hätte.¹³⁶⁵ Falls die Partnerin bzw. der Arzt den Einwilligenden falsch über die heterologe Insemination aufklären bzw. den bei ihm entstandenen Irrtum erkennen und nicht ausräumen, um die Einwilligung in die heterologe Insemination zu ermöglichen, handeln sie vorsätzlich und damit arglistig. Die Beteiligten wissen und wollen, dass der Einwilligende durch die Täuschung zu einer Willenserklärung bestimmt wird, die er ohne die Täuschung nicht oder nicht in dieser Art abgegeben hätte.

Die Einwilligungserklärung ist auch dann anfechtbar, wenn die Täuschung bzw. die unterlassene pflichtwidrige Richtigstellung allein durch den Arzt begangen wurde. § 123 Abs. 2 S. 1 BGB greift nicht anfechtungsausschließend ein. Richtiger Erklärungsempfänger der Einwilligungserklärung ist zwar der Partner bzw. die Partnerin des Einwilligenden.¹³⁶⁶ Da die Partnerin bei dem Beratungs- und Aufklärungsgespräch im Regelfall jedoch anwesend sein wird, wird sie positive Kenntnis von der Falschaufklärung ihres Mannes durch den Arzt haben. Sie ist damit bösgläubig. Sofern die Partnerin des Einwilligenden gutgläubig sein sollte, bleibt es dennoch bei der Anfechtbarkeit der Einwilligungserklärung, da der Arzt nicht als Dritter im Sinne von § 123 Abs. 2 S. 1 BGB anzusehen ist. Nur ein Unbeteiligter ist Dritter im Sinne des § 123 Abs. 2 BGB.¹³⁶⁷ Beteiligt ist dagegen derjenige, der auf der Seite des Erklärungsgegners steht und am Abschluss des Rechtsgeschäftes maßgeblich mitwirkt.¹³⁶⁸ Der Arzt als behandelnder Mediziner hat zwar ein erhebliches Eigeninteresse, der Frau ihren Kinderwunsch zu erfüllen. Jedoch wird die Frau ihn zuvor -zumindest implizit- darum gebeten haben. Daher wirkt der Arzt maßgeblich an dem Zustandekommen der Abgabe der Einwilligungserklärung mit. Daher kann nicht davon ausgegangen werden, dass es sich bei dem Arzt um einen unbeteiligten Dritten handelt. Insoweit ist die Einwilligung durch den Einwilligenden wegen arglistiger Täuschung anfechtbar.

Fraglich ist, ob von der Anfechtbarkeit der Einwilligungserklärungen auch ausgegangen werden muss, wenn beide Partner getäuscht wurden (bzw. sich beide geirrt haben).¹³⁶⁹ Sollte man in diesen Fällen den Einwilligenden die Anfechtung gestatten, würde dies zu folgenden Konsequenzen führen: Die Anfechtung der Vaterschaft wäre möglich, die gebärende Frau könnte hingegen ihre Mutterschaft nicht anfechten. Damit würde das Risiko allein der gebärenden Frau zugewiesen. Da es sich bei den Betroffenen jedoch um eine Schicksalsgemeinschaft handelt, in der erwartet werden kann, dass jeder für den anderen einsteht, sollte das Risiko der beiderseitigen Täuschung bzw. des beiderseitigen Irrtums von beiden auch gemeinsam getragen werden. Eine Anfechtung der Einwilligungserklärungen ist insoweit mithin ausgeschlossen.¹³⁷⁰

¹³⁶⁵ Erman/Arnold, § 123 Rdn. 28; Soergel/Hefermehl, § 123 Rdn. 25; Brox/Walker, Rdn. 454.

¹³⁶⁶ Siehe S. 184 f.

¹³⁶⁷ Soergel/Hefermehl, § 123 Rdn. 32.

¹³⁶⁸ Soergel/Hefermehl, § 123 Rdn. 32; Palandt/Ellenberger, § 123 Rdn. 13.

¹³⁶⁹ Befürwortend Erman/Holzauer, 11. Auflage, § 1600 Rdn. 9.

¹³⁷⁰ Spickhoff: Vaterschaft und Fortpflanzungsmedizin, in: Hofer/Klippel/Walter (Hrsg.): Festschrift für Dieter Schwab, S. 923 (939).

2) Anfechtung wegen widerrechtlicher Drohung

Die Anfechtbarkeit der Einwilligung wegen einer widerrechtlichen Drohung soll zum Abschluss untersucht werden. Relevant könnte insofern vor allem die Ankündigung der Partnerin gegenüber ihrem Lebenspartner sein, dass sie bei Nichteinwilligung in die Vornahme der künstlichen Befruchtung mittels Spendersamen die bestehende Partnerschaft beenden bzw. sich scheiden lassen wird.

Eine Drohung ist das Inaussichtstellen eines künftigen Übels, das den Bedrohten in eine Zwangslage versetzt.¹³⁷¹ Für die Bejahung eines Übels genügt jeder Nachteil, wobei unerheblich ist, ob es sich um einen Nachteil materieller oder ideeller Art handelt.¹³⁷² Der Bedrohte muss zudem davon ausgehen, dass der Eintritt des Übels von dem Willen des Drohenden abhängt.¹³⁷³

Eine Zwangslage auf Seiten des Mannes wird erzeugt, wenn die Partnerin ankündigt, im Falle der Verweigerung der Einwilligung die Beziehung zu beenden bzw. die Scheidung einzureichen. Die Androhung der Abwendung muss neben der Realisierung der eigenen Sterilität von dem Mann als Drohung aufgefasst werden. Dagegen reichen bloße Vorwürfe gegenüber dem Partner nicht aus, auch wenn sie diesen in eine schwere seelische Zwangslage versetzen.¹³⁷⁴ Die Beendigung der Beziehung liegt zudem in der Einflussphäre der Drohenden, da selbst eine Ehe nach spätestens dreijähriger Trennungszeit gemäß §§ 1565 Abs. 1 S. 1 i.V.m. 1566 Abs. 2 BGB auch gegen den Willen des Ehepartners geschieden werden kann.

Eine solche Drohung stellt sich zudem als widerrechtlich dar. Die Widerrechtlichkeit der Drohung ergibt sich hier aus der Inadäquanz von Mittel und Zweck.¹³⁷⁵ Widerrechtlich ist eine Drohung auch dann, wenn „ihre Verbindung gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden verstößt“, selbst wenn „Mittel und Zweck für sich betrachtet nicht anstößig sind“.¹³⁷⁶ Die Verknüpfung „Beendigung der Beziehung“ und „Einwilligung in die künstliche Befruchtung“ widerspricht dem Gedanken der Beistands- und Schicksalsgemeinschaft der Ehe bzw. der auf Dauer angelegten nichtehelichen Lebensgemeinschaft. Die ungewollte Kinderlosigkeit stellt kein so ungewöhnliches Schicksal dar, dass von den Ehegatten/Lebenspartnern im Rahmen der (ehelichen) Beziehung nicht verlangt werden kann, dass sie dieses miteinander tragen.¹³⁷⁷ Der Partnerin wird es mit ihrer

¹³⁷¹ Palandt/Ellenberger, § 123 Rdn. 15.

¹³⁷² Palandt/Ellenberger, § 123 Rdn. 15.

¹³⁷³ Palandt/Ellenberger, § 123 Rdn. 16.

¹³⁷⁴ Junghans, S. 221.

¹³⁷⁵ Staudinger/Rauscher, § 1600 Rdn. 82. Die Drohung mit der Aufhebung der Ehe wegen arglistiger Täuschung über die Zeugungsfähigkeit gemäß § 1314 Abs. 2 Nr. 3 BGB stellt dagegen kein für sich allein gesehenes widerrechtliches Mittel dar, Junghans, S. 223. Auch dürfte die Ehe in den seltensten Fällen aufhebbar sein, da der Ehegatte im Regelfall gar keine Kenntnis von seiner Zeugungsunfähigkeit vor der Eheschließung hat.

¹³⁷⁶ Palandt/Ellenberger, § 123 Rdn. 21.

¹³⁷⁷ Staudinger/Rauscher, § 1600 Rdn. 82.



Drohung auch darauf ankommen, ihren Partner zur Einwilligung in die Behandlung zu veranlassen. Damit steht fest, dass sie die Absicht hatte, den Willen des Bedrohten zu bestimmen. Der subjektive Tatbestand des § 123 Abs. 1 BGB ist damit ebenfalls erfüllt. Damit kann die Einwilligung im Falle einer widerrechtlichen Drohung wirksam angefochten werden.

h) Anfechtungsgegner

Die Anfechtung ist gemäß § 143 Abs. 1 BGB gegenüber dem Anfechtungsgegner zu erklären. Nach § 143 Abs. 2 BGB ist dies bei einem Vertrag der andere Teil bzw. gemäß § 143 Abs. 3 S. 1 BGB bei einem einseitigen Rechtsgeschäft derjenige, gegenüber dem das Rechtsgeschäft vorzunehmen war.

Als Anfechtungsgegner kommen der behandelnde Arzt und der Partner des Einwilligenden sowie das Kind in Betracht. Der Einwilligende erklärt sein Einverständnis in die künstliche Befruchtung in der Regel zeitgleich vor dem Arzt und seinem Partner. Auswirkungen hat die Anfechtung der Einwilligungserklärung gegenüber dem Partner und dem Kind. Der Behandlungsvertrag mit dem Arzt bleibt durch die Anfechtung der Einwilligung unberührt. Nach erfolgter künstlicher Befruchtung ist die Behandlung für den Arzt vielmehr beendet und stellt für diesen einen abgeschlossenen Sachverhalt dar. Daher handelt es sich bei dem Arzt nicht um den richtigen Anfechtungsgegner. Die Anfechtung der Einwilligungserklärung und dieser nachfolgend die Anfechtung der Vaterschaft hat jedoch erhebliche Auswirkungen für das Kind. Es wird durch die Anfechtung der Vaterschaft rechtlich vaterlos. Dennoch ist es nicht der richtige Anfechtungsgegner.¹³⁷⁸ Die Einwilligung bildet die entscheidende Ursache für die Zeugung des Kindes. Ausgeschlossen wird das Recht zur Anfechtung der Vaterschaft gemäß § 1600 Abs. 5 BGB nur, wenn beide Wunscherlenteile wirksam in die künstliche Befruchtung eingewilligt haben. Adressat der Einwilligungserklärung ist der zweite Wunscherlenteil. Folglich handelt es sich beim Partner des Einwilligenden um den richtigen Anfechtungsgegner.

i) Anfechtungsfristen

Die Anfechtung der Einwilligung muss innerhalb der Fristen des § 121 BGB bzw. des § 124 BGB erklärt werden.¹³⁷⁹ Bei den absoluten Fristen der § 124 Abs. 3 BGB und § 121 Abs. 2 BGB

¹³⁷⁸ Das Kind erhält allein aus der Einwilligung keinen rechtlichen Vorteil, da durch die Einwilligung in die heterologe Insemination die Vaterschaft des Einwilligenden nicht begründet wird. Das Gesetz knüpft diese Folge vielmehr an die Tatsache der Ehe der Mutter im Zeitpunkt der Geburt bzw. an den Umstand der Anerkennung durch den nichtehelichen Vater. Auch ist nach Einführung des § 1600 Abs. 5 BGB noch nicht abschließend geklärt, ob allein die Einwilligung einen Unterhaltsanspruch für das Kind begründet.

¹³⁷⁹ Hingegen möchte Holzhauser statt §§ 121, 124 BGB die Frist des § 1600b BGB zur Anwendung bringen, Erman/Holzhauser, 11. Auflage, § 1600 Rdn. 8. Dies ist jedoch nicht mit dem Rechtsgedanken der Anfechtungsfristen zu vereinbaren. Danach soll es zeitnah zu einer Befriedung des Rechtszustandes kommen.



handelt es sich um Ausschlussfristen; mit ihrem Verstreichen geht das Anfechtungsrecht ersatzlos unter.¹³⁸⁰

Das Anfechtungsrecht aus § 119 Abs. 1 BGB muss gemäß § 121 Abs. 1 S. 1 BGB unverzüglich, d.h. ohne schuldhaftes Zögern, ausgeübt werden, nachdem der Anfechtungsberechtigte von dem Anfechtungsgrund Kenntnis erlangt hat. Dabei ist der Begriff „unverzüglich“ nicht gleichbedeutend mit sofort.¹³⁸¹ Dem zur Anfechtung Berechtigten steht vielmehr eine angemessene Überlegungsfrist zu, in der er sich über die Konsequenzen der Anfechtung informieren und ggf. auch Rechtsrat einholen kann.¹³⁸² Bei der Bemessung der Fristdauer müssen auch die Interessen des Anfechtungsgegners berücksichtigt werden.¹³⁸³ Die Anfechtung ist daher ausgeschlossen, wenn der Irrrende länger schuldhaft damit abwartet, als dies für eine gründliche Abwägung der Konsequenzen notwendig ist.¹³⁸⁴ Daraus folgt, dass die Anfechtung so bald wie möglich, mithin zumeist innerhalb weniger Tage nach Kenntniserlangung erfolgen muss.¹³⁸⁵ Dagegen verbietet sich ein Rückgriff auf § 1600b Abs. 1 S. 1 BGB.¹³⁸⁶ Zwar könnte so eine Übereinstimmung mit der Vaterschaftsanfechtungsfrist herbeigeführt werden. Gegen eine solche Ausdehnung der Vaterschaftsanfechtungsfrist auf die Anfechtung der Einwilligung spricht aber folgender Grund: Zwar lässt der unbestimmte Rechtsbegriff der „unverzüglichen“ Anfechtung Raum für eine solch weite Auslegung. Die Anfechtung wegen arglistiger Täuschung bzw. widerrechtlicher Drohung muss jedoch innerhalb Jahresfrist gemäß § 124 Abs. 1 BGB erfolgen. Daher kann dem Einwilligenden bei Vorliegen eines Anfechtungsgrundes nach § 123 Abs. 1 BGB die zweijährige Überlegungsfrist ohne eine Überschreitung des Wortlauts von § 124 Abs. 1 BGB nicht zugestanden werden.¹³⁸⁷ Da der Anfechtungsgrund des § 123 Abs. 1 BGB zudem schwerer wiegt als der des § 119 Abs. 1 BGB ist eine solch weite Auslegung auch aus diesem Grund nicht angebracht. Die Anfechtung ist daher, auch im Hinblick auf die Interessen des Kindes, schnellstmöglich gegenüber der Kindesmutter zu erklären.

Zur Ausübung des Anfechtungsrechts besteht in den Fällen der arglistigen Täuschung bzw. widerrechtlichen Drohung gemäß § 124 Abs. 1 BGB eine Anfechtungsfrist von einem Jahr. Fristbeginn ist im Falle der arglistigen Täuschung die Entdeckung der Irreführung, in den Fällen der widerrechtlichen Drohung die Beendigung der Zwangslage, § 124 Abs. 2 S. 1 BGB. Auch wenn dieser Zeitpunkt vor der Geburt des Kindes liegen sollte, sind keine Gründe ersichtlich, die Jahresfrist erst mit der Geburt des Kindes beginnen zu lassen. Dem Einwilligenden verbleibt auch noch nach der Geburt des Kindes genügend Zeit, die

¹³⁸⁰ Erman/Arnold, § 121 Rdn. 1 und § 124 Rdn. 1; Soergel/Hefermehl, § 121 Rdn. 11 und 124 Rdn. 1.

¹³⁸¹ MükoBGB/Armbrüster, § 121 Rdn. 7.

¹³⁸² Wolf/Neuner, § 41 Rdn. 26; MükoBGB/Armbrüster, § 121 Rdn. 7 f.; Erman/Arnold, § 121 Rdn. 4.

¹³⁸³ Palandt/Ellenberger, § 121 Rdn. 3.

¹³⁸⁴ Junghans, S. 228.

¹³⁸⁵ Wolf/Neuner, § 41 Rdn. 26.

¹³⁸⁶ So aber Erman/Holzhauser, 11. Auflage, § 1600 Rdn. 8.

¹³⁸⁷ Junghans, S. 231.



Anfechtung zu erklären.¹³⁸⁸ Lässt der Getäuschte oder Bedrohte die Jahresfrist ohne Anfechtung verstreichen, ist davon auszugehen, dass ihn das zur Anfechtung berechtigende Verhalten nicht zu sehr belastet hat.¹³⁸⁹

Endgültig ausgeschlossen ist die Anfechtung grundsätzlich nach Ablauf der in § 121 Abs. 2 BGB bzw. in § 124 Abs. 3 BGB vorgesehenen Höchstfrist. Danach läuft die Anfechtungsfrist ohne Rücksicht auf die Kenntnis vom Anfechtungsgrund bzw. nach Wegfall der Zwangslage nach spätestens 10 Jahren seit Abgabe der Willenserklärung ab. Diese Höchstfrist kann bei der künstlichen Befruchtung mit Spendersamen keine Anwendung finden. Dem steht § 1600b Abs. 1 BGB entgegen. Der Einwilligende weiß bereits vor der Geburt des Kindes, dass er nicht der biologisch-genetische Vater des Kindes ist. Daher könnte der Einwilligende seine rechtliche Vaterschaft -auch ohne § 1600 Abs. 5 BGB- nur innerhalb von zwei Jahren ab der Geburt des Kindes -abgesehen von den Fällen, in denen der Ablauf der Frist gemäß § 1600b Abs. 5 BGB gehemmt ist- anfechten, § 1600b Abs. 1 S. 1 und S. 2, Abs. 2 S. 1 BGB. Eine Hemmung der Anfechtungsfrist kommt nur dann in Betracht, wenn ein Verfahren nach § 1598a Abs. 2 BGB eingeleitet worden ist oder der Anfechtungsberechtigte durch widerrechtliche Drohung an der Anfechtung gehindert war. Zudem ist gemäß § 1600b Abs. 5 S. 3 BGB i.V.m. § 206 BGB entsprechend die Frist gehemmt, wenn der Anfechtungswillige wegen höherer Gewalt an der Rechtsverfolgung gehindert war bzw. gemäß § 210 BGB entsprechend zeitweilig geschäftsunfähig war bzw. nicht ordnungsgemäß vertreten war. Bei diesen Ausnahmetatbeständen handelt es sich um selten vorkommende Einzelfälle. Insbesondere stellt die aufgrund Irrtums, Drohung oder Täuschung abgegebene Einwilligung in die künstliche Befruchtung keinen Fall der Verhinderung an der Rechtsverfolgung aufgrund höherer Gewalt dar, wie es noch für die Verzichtserklärung diskutiert wurde.¹³⁹⁰ Da es nur in Einzelfällen zu einer Hemmung der Frist kommen dürfte, ist grundsätzlich von einer Vaterschaftsanfechtungsfrist von zwei Jahren auszugehen. Im Hinblick auf § 1600b Abs. 1 BGB kann aufgrund der besonderen Umstände bei einer künstlichen Befruchtung mit Spendersamen dem Einwilligenden auch keine längere Anfechtungsfrist eingeräumt werden. Anderenfalls wäre eine Aufweichung der Frist des § 1600b Abs. 1 BGB die Folge. Dies kann aber im Hinblick auf die im Abstammungsrecht durchzusetzenden Prinzipien der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit nicht hingenommen werden. Dementsprechend kann die Anfechtung der Einwilligung nicht länger als zwei Jahre nach der Geburt des Kindes erklärt werden.

j) Zusammenfassung und Zwischenergebnis

Grundsätzlich finden die §§ 119 ff. BGB aufgrund der Einordnung der Einwilligung als Willenserklärung auf die Einwilligung Anwendung, da der Gesetzgeber bisher davon abgesehen hat, Sonderregeln für den Bereich der Reproduktionsmedizin zu schaffen.

¹³⁸⁸ So auch Junghans, S. 233.

¹³⁸⁹ Wolf/Neuner, § 41 Rdn. 30.

¹³⁹⁰ Im Ergebnis ablehnend, Junghans, S. 234 f.

Dennoch ist die Anfechtung der Einwilligung durch die Beteiligten nur in eingeschränktem Maße möglich. In Betracht kommt in der Praxis wohl nur eine Anfechtung der Erklärung aufgrund arglistiger Täuschung und widerrechtlicher Drohung. Darüber hinaus kann allenfalls in engen Grenzen eine Anfechtung wegen eines Inhaltsirrtums in Betracht gezogen werden. Die Anfechtung der Einwilligung ist gegenüber dem Partner des Einwilligenden innerhalb der Fristen des § 121 bzw. § 124 BGB zu erklären, die absolut durch die zweijährige Frist des § 1600b Abs. 1 BGB begrenzt werden.

10. Erlöschen der Einwilligungserklärung mit dem Tod des Einwilligenden

Der Zeitpunkt der Abgabe einer Willenserklärung ist relevant für die Gültigkeitsvoraussetzungen der Erklärung, die in der Person des Erklärenden liegen. Daher bestimmt sich beispielsweise die Frage der Rechts- und Geschäftsfähigkeit oder das Bestehen von Willensmängeln nach dem Zeitpunkt der Abgabe der Willenserklärung.¹³⁹¹ Diesem Grundsatz folgend wurde in § 130 Abs. 2 BGB normiert, dass die Tatsache, dass der Erklärende nach der Abgabe der Willenserklärung stirbt oder geschäftsunfähig wird, auf die Wirksamkeit der Willenserklärung keinen Einfluss hat. Eine Willenserklärung wird daher mit Zugang auch dann wirksam, wenn der Erklärende vor Zugang verstorben oder geschäftsunfähig geworden ist.¹³⁹² Voraussetzung für die Wirksamkeit der Erklärung ist nur, dass diese zu Lebzeiten oder vor Eintritt der Geschäftsunfähigkeit abgegeben wurde.¹³⁹³

Dieses Ergebnis scheint tragbar zu sein, solange der einwilligende Partner der Mutter nach einer zu einer Schwangerschaft führenden Insemination, aber vor der Geburt des Kindes verstirbt. In diesem Fall ist ein unumkehrbarer Vorgang –nämlich die Zeugung des Kindes– bereits geschaffen worden, an dem die Einwilligenden festgehalten werden können.

Anders stellt sich die Sachlage dar, wenn der einwilligende Partner der Mutter nach Abgabe der Einwilligungserklärung, aber vor der künstlichen Befruchtung verstirbt. Gemäß § 130 Abs. 2 BGB bliebe seine Erklärung auch nach seinem Tod wirksam. Mithin könnte die künstliche Befruchtung mit Spendersamen nach seinem Tode erfolgen, da seine Einwilligung fortwirkt. Dagegen spricht jedoch der Gedanke aus § 4 Abs. 1 Nr. 3 ESchG. Danach dürfen die Samenzellen eines Mannes nicht mehr nach dessen Tod verwendet werden; eine postmortale Insemination ist mithin verboten. Bei einer homologen Befruchtungsmethode käme es deshalb gar nicht mehr zur Insemination. Daraus folgt, dass nach dem Tod des Mannes nicht nur dessen Samen nicht mehr verwendet werden darf, sondern auch dessen Einwilligung in die Verwendung seines Samens rechtlich gegenstandslos wird. Gleiches muss aus Kindeswohlgesichtspunkten auch dann gelten, wenn der einwilligende Wunschvater vor der künstlichen Befruchtung mit Spendersamen verstirbt. Die Einwilligungserklärung als

¹³⁹¹ Soergel/Hefermehl, § 130 Rdn. 7; Wolf/Neuner, § 33 Rdn. 3; Flume, § 14, 2, S. 226; MükoBGB/Einsele, § 130 Rdn. 15 und Rdn. 42.

¹³⁹² Palandt/Ellenberger, § 130 Rdn. 12.

¹³⁹³ MükoBGB/Einsele, § 130 Rdn. 42.

höchstpersönliche Willenserklärung kann nur bis zum Tod des Einwilligenden eine künstliche Befruchtung mit Spendersamen rechtfertigen. Insoweit muss § 130 Abs. 2 BGB, der den Schutz des Empfängers vor erheblichen wirtschaftlichen Nachteilen, die er im Vertrauen auf den Bestand der ihm zugegangenen Willenserklärung durch eigene Vorkehrungen erleidet, bezweckt,¹³⁹⁴ im Hinblick auf die Höchstpersönlichkeit der Einwilligungserklärung zurücktreten. Dem überlebenden Wunscherternteil kann nicht gestattet werden, auch noch nach dem Tod des einwilligenden Partners die Behandlung fortzusetzen. Anderenfalls würde die Vaterlosigkeit des Kindes vorsätzlich herbeigeführt. Sollte der Wunschvater nach einer künstlichen Befruchtung mit Spendersamen versterben, verwirklicht sich dagegen ein allgemeines Lebensrisiko, das auch Kinder, die auf natürliche Weise gezeugt werden, treffen kann.

Festzuhalten ist, dass die Einwilligung in eine künstliche Befruchtung mit Spendersamen insoweit mit dem Tod des Wunschvaters unwirksam wird, als sie zur Legitimation eines (weiteren) Befruchtungsversuchs dienen soll. Unberührt bleibt jedoch die Einwilligung des Mannes sollte dieser nach erfolgter Befruchtung versterben.¹³⁹⁵

C. Zeugung durch künstliche Befruchtung mittels Samenspende eines Dritten

Weitere Voraussetzung für das Eingreifen des Anfechtungsausschlusses gemäß § 1600 Abs. 5 BGB ist, dass das Kind aus einer künstlichen Befruchtung mittels Samenspende eines Dritten hervorgegangen ist. Wurde das Kind auf natürliche Weise gezeugt, greift der Anfechtungsausschluss aus § 1600 Abs. 5 BGB nicht ein.

Einigkeit besteht in der Literatur insoweit, dass unter dem Begriff der künstlichen Befruchtung mittels Samenspende eines Dritten nicht nur die Durchführung einer heterologen Insemination, sondern auch die Vornahme einer heterologen In-vitro-Fertilisation zu verstehen ist.¹³⁹⁶

Diese Auslegung des Begriffs „künstliche Befruchtung“ ist jedoch ungenau. Zwar wird der Begriff der „künstlichen Befruchtung“ oft mit der Insemination gleichgesetzt.¹³⁹⁷ Bei wortlautgetreuer Auslegung des Begriffs wird jedoch nur die ICSI-Methode¹³⁹⁸ erfasst, da es nur bei dieser Methode zu einer tatsächlichen Befruchtung der Eizelle, also dem Verschmelzen von Ei- und Samenzelle, außerhalb des menschlichen Körpers mittels technischer Hilfe kommt.¹³⁹⁹ Bei der Insemination hingegen werden nur die Samenzellen

¹³⁹⁴ MüKoBGB/Einsele, § 130 Rdn. 42.

¹³⁹⁵ Siehe S. 118 ff.

¹³⁹⁶ Spickhoff: Vaterschaft und Fortpflanzungsmedizin, in: Hofer/Klippel/Walter (Hrsg.): Festschrift für Dieter Schwab, S. 923 (931); Roth, DNotZ 2003, S. 805 (810); Staudinger/Rauscher, § 1600 Rdn. 77; Wehrstedt, DNotZ 2005, S. 109 (110).

¹³⁹⁷ Junghans, S. 2.

¹³⁹⁸ Siehe S. 7. Bei der intra-cytoplasmatischen Spermieninjektion wird ein Spermium direkt in die Eizelle gespritzt, Günther/Taupitz/Kaiser/Kaiser, ESchG, Einf. A, Rdn. 191.

¹³⁹⁹ Coester-Waltjen, Gutachten B zum 56. Deutschen Juristentag, B 15.

künstlich in den weiblichen Genitaltrakt verbracht, die Konzeption vollzieht sich auf natürliche Weise.¹⁴⁰⁰ Lediglich der äußere Vorgang, durch den die Verschmelzung von Ei- und Samenzelle begünstigt werden soll, stellt einen ärztlichen und damit künstlichen Eingriff dar.¹⁴⁰¹ Dennoch fällt auch die heterologe Insemination als vom Gesetzgeber beabsichtigter Hauptanwendungsfall in den Anwendungsbereich des § 1600 Abs. 5 BGB. Ziel des Gesetzgebers war es, wie sich aus der eindeutigen Gesetzesbegründung ergibt, das Anfechtungsrecht gerade für den Fall der heterologen Insemination auszuschließen.¹⁴⁰²

Dieses Ergebnis wird auch durch die Heranziehung weiterer Gesetze bestätigt. Aus den Gesetzesmaterialien zum Embryonenschutzgesetz geht hervor, dass unter künstlicher Befruchtung jede Befruchtung zu verstehen ist, die nicht aufgrund Geschlechtsverkehrs herbeigeführt wird und zu deren Erreichung technische Hilfsmittel eingesetzt werden müssen.¹⁴⁰³ Danach zählen zur künstlichen Befruchtung insbesondere die Insemination, die Injektion von Spermazellen in die menschliche Eizelle, der intratubare Gametentransfer sowie die In-Vitro-Fertilisation.¹⁴⁰⁴ Gemäß § 27 a Abs. 1 SGB V werden unter künstlicher Befruchtung im Sinne des Sozialgesetzbuches V alle medizinischen Maßnahmen zur Herbeiführung einer Schwangerschaft verstanden. Darunter fällt auch die Insemination.¹⁴⁰⁵ Gemäß Art. 74 Abs. 1 Nr. 26 GG steht dem Gesetzgeber die konkurrierende Gesetzgebungszuständigkeit im Bereich der „medizinisch unterstützten Erzeugung menschlichen Lebens“ zu. Die Kompetenz des Gesetzgebers umfasst damit alle Bereiche der Fortpflanzungsmedizin für den modernen Menschen, unter anderem auch medizinisch unterstützte natürliche Befruchtungen.¹⁴⁰⁶ Damit unterliegen der Regelungskompetenz des Gesetzgebers alle Formen der homologen und heterologen Insemination, unabhängig ob diese intra- oder extrakorporal erfolgen.¹⁴⁰⁷

VII. Rechtsfolgen aus § 1600 Abs. 5 BGB

Gemäß dem Wortlaut des § 1600 Abs. 5 BGB sind von dem Ausschluss des Anfechtungsrechts die Mutter des Kindes sowie der einwilligende Mann betroffen. Bezüglich der anderen in § 1600 Abs. 1 BGB benannten Anfechtungsberechtigten trifft die Bestimmung

¹⁴⁰⁰ Heiss, S. 2; Junghans, S. 2; Bernat: Rechtsfragen medizinisch assistierter Zeugung, S. 13; Coester-Waltjen, Gutachten B zum 56. Deutschen Juristentag, B 9.

¹⁴⁰¹ Bernat: Zivilrechtliche Fragen um die künstliche Humanreproduktion, in: Bernat (Hrsg.): Lebensbeginn durch Menschenhand, S. 125 (126) in FN 5.

¹⁴⁰² So bereits BR-Drs. 369/99, Anlage, S. 8 und S. 9; BR-Drs. 369/99, Beschluss, S. 5 und S. 7; BR-Drs. 710/1/97, Ziffer 6, S. 8; BT-Drs. 14/2096, S. 6 und S. 7.

¹⁴⁰³ BT-Drs. 11/5460, S. 8; Wanitzek, FamRZ 2003, S. 730 (732).

¹⁴⁰⁴ BT-Drs. 11/5460, S. 8

¹⁴⁰⁵ Engelmann/Schlegel/Fahlbusch, jurisPraxiskommentar-SGB V, § 27a Rdn. 53; Hänlein/Kruse/Schuler/Kuhlmann, Lehr- und Praxiskommentar Sozialgesetzbuch V, § 27 a Rdn. 18 f.; Becker/Kingreen/Lang, SGB V § 27 a Rdn. 18 f. Die Kostenübernahme durch die gesetzliche Krankenversicherung erfolgt jedoch nur, wenn die Maßnahme rechtlich zulässig ist. – hier wieder ändern steht so in Hänlein/Kruse Rdn. 15.

¹⁴⁰⁶ BT-Drs. 16/813, S. 14; Beck'scher Onlinekommentar/Seiler, GG, Art. 74 Rdn. 94.

¹⁴⁰⁷ Beck'scher Olinekommentar/Seiler, GG, Art. 74 Rdn. 94.

hingegen keine explizite Aussage. Weiterhin ist zu untersuchen, ob nur die heterologen Inseminationen von der Vorschrift erfasst werden, die unter Beteiligung eines Arztes bzw. unter Zuhilfenahme von technischen Hilfsmitteln durchgeführt wurden.

A. Ausschluss des Anfechtungsrechts für den einwilligenden Mann und die Mutter

Gemäß § 1600 Abs. 5 BGB wird das Anfechtungsrecht sowohl für die Mutter des Kindes als auch für den einwilligenden Mann,¹⁴⁰⁸ dessen Vaterschaft aufgrund §§ 1592 Nr. 1 und 2, 1593 BGB¹⁴⁰⁹ begründet ist, ausgeschlossen. Mit der Verankerung der Unauflöslichkeit der sozialen Vaterschaft im Gesetz hat der deutsche Gesetzgeber klargestellt, dass allein der konsentierende Mann der „wahre“ Vater des Kindes ist; die Entscheidung für eine künstliche Befruchtung sollte daher nicht leichtfertig getroffen werden.¹⁴¹⁰

Von dem Anfechtungsausschluss betroffen sind nicht nur Ehepaare, bei denen die Vaterschaft aufgrund von § 1592 Nr. 1 BGB vermutet wird, sondern auch nichtverheiratete Paare, sofern der nichteheliche Lebenspartner der Mutter die Vaterschaft anerkannt hat.¹⁴¹¹ Der Gesetzgeber begründete den Anfechtungsausschluss für nichtverheiratete Paare damit, dass von Seiten des Gesetzes sichergestellt werden müsse, dass der einwilligende nichteheliche Vater genauso wie der zustimmende Ehemann behandelt wird. Anderenfalls würde eine Ungleichbehandlung von ehelichen und nichtehelichen Kindern erfolgen.¹⁴¹²

Dazu muss kritisch angemerkt werden, dass allein durch den Ausschluss des Anfechtungsrechts des nichtverheirateten einwilligenden Lebenspartners allein keine Gleichbehandlung zwischen ehelichen und nichtehelichen Kindern gewährleistet wird. Das in eine Ehe geborene Kind bekommt automatisch mit der Geburt den Ehemann der Mutter gemäß § 1592 Nr. 1 BGB als Vater zugeordnet. Demgegenüber muss bei einem nichtverheirateten Paar der Partner das mit seiner Einwilligung gezeugte Kind anerkennen. Weigert er sich, gibt es nach derzeitigem Recht keine Möglichkeit, ihn in die rechtliche Elternstellung einzubinden. Damit ist keine Gleichstellung von ehelichen und nichtehelichen Kindern gegeben. Diese könnte nur durch die Normierung eines weiteren Zuordnungstatbestandes sichergestellt werden.¹⁴¹³

¹⁴⁰⁸ Seidl, FPR 2002, S. 402; Peschel-Gutzeit, FPR 2002, S. 285; vgl. dazu die ähnliche Regelung des österreichischen Abstammungsrechtes. Nach § 152 ABGB bzw. § 148 Abs. 3 ABGB kann sich der in Form des Notariatsaktes zustimmende Mann nicht mehr von seiner Vaterschaft lossagen, Lurger: Fortpflanzungsmedizin und Abstammungsrecht, in: Bernat (Hrsg.): Die Reproduktionsmedizin am Prüfstand von Recht und Ethik, S. 108 (123).

¹⁴⁰⁹ BT-Drs. 14/2096, S. 7.

¹⁴¹⁰ Helms: Die Feststellung der biologischen Abstammung, S. 126.

¹⁴¹¹ Schomburg, Kind-Prax 2002, S. 75 (77).

¹⁴¹² BT-Drs. 14/2096, S. 7.

¹⁴¹³ Siehe S. 105 ff.

Das Kind, das innerhalb von 300 Tagen nach dem Tod des Ehemannes der Mutter geboren wird, gilt gemäß § 1593 S. 1 BGB als ehelich. Auch in diesen Fällen greift § 1600 Abs. 5 BGB ein. Daher kann die Mutter die Vaterschaft ihres verstorbenen Ehemannes nicht mehr anfechten, wenn das Kind tatsächlich aus einer künstlichen Befruchtung mit Spendersamen stammt und beide wirksam in die Behandlung eingewilligt hatten.¹⁴¹⁴

B. Anfechtungsausschluss bei Selbstvornahme der heterologen Insemination

Fraglich ist, ob der Anfechtungsausschluss für die Wunscheltern auch gilt, wenn die heterologe Insemination entgegen § 9 ESchG nicht in einer Klinik bzw. durch einen Arzt vorgenommen wurde, sondern wenn sich die Frau das Sperma –beispielsweise nach Bestellung bei einer Samenbank, z.B. in den USA, oder dem Erhalt von Frischsperma durch einen Bekannten, z.B. einem Verwandten des zukünftigen rechtlichen Vaters– mit Einwilligung ihres Ehe-/Lebenspartners selbst injiziert hat.

1. *Kein Anfechtungsausschluss bei fehlender ärztlicher Kontrolle*

Nach einer Ansicht¹⁴¹⁵ greift der Anfechtungsausschluss bei Selbstvornahme der heterologen Insemination nicht ein, da das Einwilligungserfordernis nicht für die selbst vorgenommene künstliche Befruchtung gelte bzw. nicht wirksam in die Selbstvornahme eingewilligt werden könne. Das völlige Fehlen der ärztlichen Kontrolle beim künstlichen Zeugungsgeschehen liefe dem am Kindeswohl orientierten Schutzgedanken des § 1600 Abs. 5 BGB zuwider. Auch seien keine eindeutigen Anknüpfungspunkte vorhanden, um im Verlauf des zur Zeugung führenden Geschehens eine Einwilligung und deren Kausalität für die Zeugung des Kindes feststellen zu können.¹⁴¹⁶

2. *Unterschiedslose Anwendung von § 1600 Abs. 5 BGB auf jede künstliche Befruchtung*

Nach Ansicht des OLG Hamm¹⁴¹⁷ ist dagegen das Anfechtungsrecht auch dann ausgeschlossen, wenn die künstliche Befruchtung zwar mit Einwilligung, aber ohne Hinzuziehung eines Arztes vorgenommen wurde. Der Begriff der künstlichen Befruchtung in § 1600 Abs. 5 BGB sei dahingehend auszulegen, dass alle Befruchtungen, bei denen technische Mittel zum Einsatz kommen, erfasst würden, unabhängig von der Tatsache, ob es sich dabei um standesrechtlich geordnete medizinische Techniken handele.¹⁴¹⁸ Negativ definiert liege eine künstliche Befruchtung immer dann vor, wenn die Befruchtung nicht

¹⁴¹⁴ Roth, DNotZ 2003, S. 805 (807).

¹⁴¹⁵ Wanitzek, FamRZ 2003, S. 730 (732); wohl auch Gernhuber/Coester-Waltjen, § 52 V Rdn. 108.

¹⁴¹⁶ Wanitzek, FamRZ 2003, S. 730 (732).

¹⁴¹⁷ OLG Hamm vom 02.02.2007, NJW 2007, S. 3733 f. = FamRZ 2008, S. 630; so auch Spickhoff: Vaterschaft und Fortpflanzungsmedizin, in: Hofer/Klippel/Walter (Hrsg.): Festschrift für Dieter Schwab, S. 923 (932); Staudinger/Rauscher, § 1600 Rdn. 77; Erman/Hammermann, § 1600 Rdn. 24; Wellenhofer, § 31 Rdn. 39.

¹⁴¹⁸ OLG Hamm, NJW 2007, S. 3733 (3734).



unmittelbar aufgrund eines Geschlechtsaktes erfolge.¹⁴¹⁹ Diese Auslegung gebiete der Schutzzweck des Kinderrechteverbesserungsgesetzes.¹⁴²⁰ Der Verstoß gegen den Arztvorbehalt des § 9 ESchG mache die Einwilligung des Mannes auch nicht gemäß § 134 BGB unwirksam.¹⁴²¹

3. Bewertung

Unter Berücksichtigung der vom Gesetzgeber durch das Kinderrechteverbesserungsgesetz zum Ausdruck gebrachten Intention muss die Rechtsfolge des § 1600 Abs. 5 BGB auch bei selbst vorgenommenen künstlichen Befruchtungen eingreifen. Kindern, die mittels Spendersamen gezeugt wurden, sollte mit dem Gesetz eine sichere Rechtsstellung gegenüber dem als ihrem Vater geltenden Mann verschafft werden. Personen, die sich bewusst für die Zeugung eines Kindes entscheiden, dürfen daher ihre übernommene Verantwortung nicht durch die Anfechtung der Vaterschaft aufkündigen.¹⁴²² Um den Willen des Gesetzgebers zur Geltung zu bringen, muss der Verlust des Anfechtungsrechts deshalb auch bei selbst durchgeführten Inseminationen gelten, wenn sich die Wunscheltern über die Zeugung eines Kindes durch künstliche Befruchtung mit Spendersamen einig waren. Anknüpfungspunkt des Ausschlusses des Anfechtungsrechts ist die geäußerte Bereitschaft der Wunscheltern zur Verantwortungsübernahme für ein durch künstliche Befruchtung mit Spendersamen gezeugtes Kind. Die konkrete Durchführung der Zeugung spielt dagegen keine Rolle. Dies zeigt sich vor allem daran, dass die Vornahme der heterologen Insemination durch einen Arzt kein von § 1600 Abs. 5 BGB gefordertes Tatbestandsmerkmal ist. In der Praxis kommt es zur Selbstvornahme der heterologen Insemination vor allem bei Paaren bzw. Frauen, wenn Ärzte aus standesrechtlichen Gründen zur Behandlung nicht bereit sind.¹⁴²³ Folge dieses Handelns darf aber nicht sein, dass sich die Wunscheltern von der von ihnen übernommenen Verantwortung zum Nachteil des Kindes lösen können. Dies liefe dem Schutzgedanken des Gesetzes zuwider. § 1600 Abs. 5 BGB findet daher auch bei privat vorgenommenen künstlichen Befruchtungen Anwendung. Mithin ist das Anfechtungsrecht bei wirksamer Einwilligung ausgeschlossen.

C. Anfechtungsausschluss bei konsentiertem Ehebruch¹⁴²⁴

Fraglich ist auch, ob -unabhängig von moralischen und ethischen Vorstellungen- die Anfechtung der Vaterschaft gemäß § 1600 Abs. 5 BGB ausgeschlossen ist, wenn die Frau mit Wissen und Willen des Ehemannes bzw. Lebenspartners

¹⁴¹⁹ Spickhoff: Vaterschaft und Fortpflanzungsmedizin, in: Hofer/Klippel/Walter (Hrsg.): Festschrift für Dieter Schwab, 923 (932); MükoBGB/Wellenhofer, § 1600 Rdn. 34; Spickhoff, Medizinrecht, § 1600 Rdn. 10.

¹⁴²⁰ OLG Hamm, Az. NJW 2007, S. 3733 (3734); Erman/Hammermann, § 1600 Rdn. 24.

¹⁴²¹ OLG Hamm, NJW 2007, S. 3733 (3734); Staudinger/Rauscher § 1600 Rdn. 77.

¹⁴²² BT-Drucksache 14/2096, S. 7.

¹⁴²³ Spickhoff: Vaterschaft und Fortpflanzungsmedizin, in: Hofer/Klippel/Walter (Hrsg.): Festschrift für Dieter Schwab, S. 923 (932).

¹⁴²⁴ Zur Begrifflichkeit vgl. Kirchmeier, FamRZ 1998, S. 1281 (1283 f.).



außerehelichen/außerpartnerschaftlichen Geschlechtsverkehr hatte, um die Zeugung eines Kindes zu ermöglichen.

Grundsätzlich scheinen beide Fälle ähnlich gelagert zu sein, da jeweils der rechtliche Vater nicht der biologisch-genetische Vater des Kindes ist und der Partner sein Einverständnis zur Zeugung eines „fremden“ Kindes gegeben hat. Zudem unterliegt die Entscheidung der Eheleute, dem Ehebruch den Vorzug vor einer künstlichen Befruchtung mit Spendersamen zu geben, keinem „moralischen Verdikt“ von Seiten des Gesetzgebers.¹⁴²⁵ Auch ein Blick in ausländische Rechtsordnungen zeigt, dass die Anfechtung im Falle des konsentierten Ehebruchs ausgeschlossen sein kann. So darf in der Schweiz gemäß Art. 256 Abs. 3 ZGB der Ehemann die Ehelichkeitsanfechtung des Kindes nicht betreiben, wenn er der Zeugung eines Kindes durch einen Dritten zugestimmt hat. Für das Schweizer Recht ist es insoweit irrelevant, ob das Kind tatsächlich aus einer heterologen Insemination oder aus einem Ehebruch der Kindesmutter stammt.¹⁴²⁶ Auch in den Niederlanden ist die Vaterschaftsanfechtung durch den Ehemann nicht möglich, wenn er seine Zustimmung zu einer Handlung gegeben hat, die zur Zeugung eines Kindes führen konnte. Der Anfechtungsausschluss gilt damit auch für den Fall des konsentierten Ehebruchs.¹⁴²⁷ Nach dem Wortlaut der niederländischen Bestimmung greift der Anfechtungsausschluss selbst in den Fällen ein, in denen der Ehemann nur dem außerehelichen Verkehr seiner Frau, aber nicht der Zeugung eines Kindes zugestimmt hat.¹⁴²⁸

Der konsentierte Ehebruch wird von § 1600 Abs. 5 BGB jedoch nicht erfasst.¹⁴²⁹ Zwar stammt in beiden Fällen das Kind genetisch gesehen von einem anderen Mann ab. Jedoch unterscheiden sich beide Fälle letztendlich doch erheblich. Während es sich bei der durch einen Arzt bzw. privat vorgenommenen heterologen Insemination um einen „emotionslosen und transparenten Vorgang“ handelt, können bei der natürlichen Befruchtung emotionale Bindungen zwischen der Frau und dem anderen Mann entstehen, die letztlich zur Gefährdung der Ehe/Partnerschaft führen können.¹⁴³⁰ Auch kann aus der Zustimmung des Mannes zum Ehebruch/Beziehungsbruch geschlossen werden, dass die Beziehung der Partner nicht besonders stabil ist.¹⁴³¹ Bei mehrmaliger Wiederholung des Versuchs einer

¹⁴²⁵ Kirchmeier, FamRZ 1998, S. 1281 (1284).

¹⁴²⁶ Sauer, S. 104 f.; Junghans, S. 42; a.A. Basler Kommentar/Schwenzer: Zivilgesetzbuch I, Art. 256 Rdn. 13.

¹⁴²⁷ Junghans, S. 42 f.

¹⁴²⁸ Bernat: Rechtsfragen medizinisch assistierter Zeugung, S. 136; Junghans, S. 43; Breemhaar: Streit um die Abstammung im niederländischen Recht, in: Spickhoff/Schwab/Henrich/Gottwald (Hrsg.): Der Streit um die Abstammung, S. 149 (155).

¹⁴²⁹ Spickhoff, Medizinrecht, § 1600 Rdn. 9. Coester-Waltjen kritisiert die unterschiedliche Behandlung der medizinisch assistierten Zeugung und der konsentierten natürlichen Zeugung mit einem Dritten als inkonsequent, Gernhuber/Coester-Waltjen, § 52 V Rdn. 108. Für den Ausschluss des Anfechtungsrechts auch Grünkorn, S. 32 f.

¹⁴³⁰ Kirchmeier, FamRZ 1998, S. 1281 (1284); Roth, DNotZ 2003, S. 805 (810 f.); im Ergebnis ebenso Spickhoff: Vaterschaft und Fortpflanzungsmedizin, in: Hofer/Klippel/Walter (Hrsg.): Festschrift für Dieter Schwab, S. 923 (931).

¹⁴³¹ Bernat: Rechtsfragen medizinisch assistierter Zeugung, S. 135.

natürlichen Befruchtung erhöht sich zudem die Gefahr emotionaler Bindungen zwischen der Kindesmutter und dem „Samenspender“ signifikant.¹⁴³² Deswegen erscheint es wahrscheinlicher, dass nach der Geburt des Kindes die Ehe/Partnerschaft zerbricht und sich die Mutter dem leiblichen Vater des Kindes zuwendet.¹⁴³³ Der außereheliche/außerpartnerschaftliche Geschlechtspartner ist der Mutter zudem persönlich bekannt. Aufgrund dieses Wissens kann die Mutter ohne größere Schwierigkeiten ein Vaterschaftsfeststellungsverfahren gegen den wahren biologisch-genetischen Vater des Kindes einleiten.¹⁴³⁴ Auch ist es wahrscheinlicher, dass der Dritte selbst Elternverantwortung für das Kind übernehmen möchte.

Weiterhin wird der Mann in den meisten Fällen zwar den außerehelichen/außerpartnerschaftlichen Verkehr seiner Frau billigen, aber gerade nicht das daraus resultierende Kind als das seine anerkennen wollen.¹⁴³⁵ Daher müsste aus der Einwilligung des Mannes ganz eindeutig hervorgehen, dass er nicht nur dem Ehebruch/Beziehungsbruch seiner Frau, sondern auch der außerehelichen/außerpartnerschaftlichen Zeugung eines Kindes zugestimmt hat.¹⁴³⁶

Ferner würde die Anerkennung des konsentierten Ehebruchs als Unterfall der Einwilligung in eine künstliche Befruchtung zu erheblichen Beweisproblemen führen, da die Zustimmung zum Ehebruch praktisch nur schwer überprüfbar ist.¹⁴³⁷ Die Einwilligung zur heterologen Befruchtung lässt sich bei Mitwirkung eines Arztes in der Regel viel einfacher feststellen als eine von den Parteien behauptete Einwilligung in einen Ehebruch/Beziehungsbruch zur Zeugung eines Kindes. Es widerspricht der Lebenserfahrung, dass die Ehegatten/Lebenspartner dritte Personen in ihr Vorhaben eingeweiht haben bzw. dass die Ehegatten/Lebenspartner ihre diesbezügliche Vereinbarung schriftlich festgehalten haben.¹⁴³⁸ Selbst bei einer privat vorgenommenen Behandlung dürften mehr Beweismittel vorhanden sein, da die Partner wohl Spritzen und andere Hilfsmittel erworben haben. Beweisschwierigkeiten im Hinblick auf den konsentierten Ehebruch/Beziehungsbruch dürften zur Aufhebung der Vaterschaft führen, was letztendlich zu Lasten des Kindes geht. Dieses war jedoch nicht nur an seiner Entstehung, sondern auch an den vorherigen Absprachen gänzlich unbeteiligt.

Die schlechte Beweislage im Falle eines vorgetragenen angeblichen konsentierten Ehebruches/Beziehungsbruches könnte sich auch zu Lasten des Mannes auswirken. Insoweit

¹⁴³² Kirchmeier, FamRZ 1998, S. 1281 (1284).

¹⁴³³ Bernat: Rechtsfragen medizinisch assistierter Zeugung, S. 135.

¹⁴³⁴ Bernat: Rechtsfragen medizinisch assistierter Zeugung, S. 135.

¹⁴³⁵ Grünkorn, S. 32; Bernat: Rechtsfragen medizinisch assistierter Zeugung, S. 135.

¹⁴³⁶ Auch wenn dies feststeht, wird der Ausschluss des Anfechtungsrechts abgelehnt, MüKoBGB/Wellenhofer, § 1600 Rdn. 28; Schumacher, FamRZ 1987, S. 313 (315 f.).

¹⁴³⁷ Bernat: Zivilrechtliche Fragen um die künstliche Humanreproduktion, in: Bernat (Hrsg.): Lebensbeginn durch Menschenhand, S. 125 (154).

¹⁴³⁸ Bernat: Rechtsfragen medizinisch assistierter Zeugung, S. 135 f.

sind an die Fälle des kollusiven Zusammenwirkens zwischen der Frau und einem Dritten zu denken, wenn diese behaupten, dass der Mann der Zeugung eines außerehelichen/außerpartnerschaftlichen Kindes zugestimmt habe. In der Regel stehen auf Seiten des Richters keine anderen Beweismittel als diese beiden übereinstimmenden Zeugenaussagen zur Verfügung. Der Richter würde den vorgetragenen Sachverhalt wohl als erwiesen hinnehmen müssen.¹⁴³⁹

Schließlich muss auch noch die Formulierung des Gesetzes beachtet werden. Während der Ausschuss für Frauen und Jugend des Bundesrates in seinen Empfehlungen zum Kindschaftsrechtsreformgesetz noch die Formulierung vorgeschlagen hatte, dass die Anfechtung ausgeschlossen sei, „wenn das Kind im Einverständnis beider Eltern mit dem Samen eines anderen Mannes gezeugt wurde“,¹⁴⁴⁰ wurde im weiteren Gesetzgebungsverfahren die Formulierung „Zeugung durch künstliche Befruchtung“ bevorzugt¹⁴⁴¹ und im Gesetzentwurf der Länder Hamburg und Sachsen-Anhalt fortgeführt¹⁴⁴². Diese Änderung in der Begrifflichkeit zeigt deutlich, dass von dem Anfechtungsausschluss gerade keine natürliche Zeugung mit einem außerehelichen/außerpartnerschaftlichen Dritten erfasst sein sollte. Diese Wertung des Gesetzgebers geht auch aus den Gesetzgebungsmaterialien hervor. Danach sollte das Anfechtungsrecht den Einwilligenden in den Fällen erhalten bleiben, in denen ein Kind nicht aus einer konsentierten heterologen Insemination stammt, selbst wenn der Ehemann bzw. der nichteheliche Partner zuvor in eine künstliche Befruchtung mit Spendersamen eingewilligt hatte.¹⁴⁴³

Die Einwilligung in die außereheliche/außerpartnerschaftliche Zeugung eines Kindes vermag mithin das Anfechtungsrecht nicht auszuschließen.

D. Anfechtungsausschluss bei Seitensprung der Mutter

Das Anfechtungsrecht der Beteiligten ist erst recht nicht ausgeschlossen, wenn die Zeugung eines Kindes das Resultat eines Seitensprunges der Mutter ist. Wie aus den Gesetzgebungsmaterialien eindeutig hervorgeht, bleibt das Anfechtungsrecht auch dann erhalten, wenn der Ehemann bzw. nichteheliche Lebenspartner der Mutter in eine künstliche Befruchtung eingewilligt hatte, das Kind aber tatsächlich nicht aus einer künstlichen Befruchtung stammt.¹⁴⁴⁴ Erforderlich für das Eingreifen des Anfechtungsausschlusses ist daher, dass Zeugung und Geburt des Kindes auf einer durch die Einwilligung legitimierten künstlichen Befruchtung mit dem Samen eines Dritten

¹⁴³⁹ Bernat: Rechtsfragen medizinisch assistierter Zeugung, S. 136.

¹⁴⁴⁰ BR-Drs. 180/1/96, Empfehlung Nr. 4, S. 5.

¹⁴⁴¹ BT-Drs. 13/4899, S. 148; BR-Drs. 710/1/97, Ziffer 6, S. 7.

¹⁴⁴² BR-Drs. 369/99, Anlage, S. 1.

¹⁴⁴³ Stellungnahme der Bundesregierung, BT-Drs. 14/2096, S. 10; Bericht des Rechtsausschusses, BT-Drs. 14/8131, S. 7.

¹⁴⁴⁴ Stellungnahme der Bundesregierung, BT-Drs. 14/2096, S. 10; Bericht des Rechtsausschusses, BT-Drs. 14/8131, S. 7.



beruhen.¹⁴⁴⁵ Damit greift der Anfechtungsausschluss nicht bei einem Seitensprung der Mutter. Die Frage, ob das Kind tatsächlich durch eine künstliche Befruchtung oder durch einen Seitensprung entstanden ist, ist im Anfechtungsverfahren zu klären.¹⁴⁴⁶

E. Anfechtungsausschluss bei vorgetäuschter Einwilligung

Auch in den Fällen einer vorgetäuschten Einwilligung gegenüber dem behandelnden Arzt durch die gebärende Mutter oder den rechtlichen Vater ist die Anfechtung der Vaterschaft nicht ausgeschlossen, da eine Einwilligung des Partners nicht gegeben ist. Die Rechtsfolge des § 1600 Abs. 5 BGB greift nicht, wenn der Anfechtungswillige nachweisen kann, dass das Kind ohne seinen Willen durch eine künstliche Befruchtung mit Spendersamen gezeugt worden ist.¹⁴⁴⁷ Die Interessenlage ist den Fällen vergleichbar, in denen das Kind auf natürliche Weise ohne Mitwirkung des Mannes entstanden ist.¹⁴⁴⁸

Dieses Ergebnis könnte in den Fällen unbillig sein, in denen der vortäuschende Elternteil die Vaterschaft anfechtet und die Vaterschaftsanfechtung den Interessen des getäuschten Elternteils zuwiderläuft. So könnte die Kindesmutter wegen Scheiterns der Beziehung zum rechtlichen Vater die Vaterschaftsanfechtung betreiben und die rechtliche Vaterschaft aufheben lassen¹⁴⁴⁹, da, sofern nur eine der beiden Einwilligungserklärungen wirksam oder vorhanden ist, die Anfechtung der Vaterschaft möglich bleibt.¹⁴⁵⁰ Dennoch kann auch der täuschende Elternteil nicht an seiner Erklärung festgehalten werden.¹⁴⁵¹ Denn diese Situation ähnelt der wissentlichen Unterschlebung eines Kindes nach einem erfolgten Seitensprung der Mutter. In diesen Fällen ist das Anfechtungsrecht der Mutter jedoch unstreitig nicht ausgeschlossen. Daher muss auch im Fall der Vortäuschung der Einwilligung durch die Mutter ihr Anfechtungsrecht erhalten bleiben.

Das Anfechtungsrecht der Wunscheltern besteht damit auch bei vorgetäuschter Einwilligung.

F. Anfechtungsausschluss bei Irrtum über das verwendete Sperma

Hat der nichteheliche Lebenspartner der Mutter das Kind anerkannt, weil er glaubte, dass er der genetische Vater des Kindes ist und nicht wusste, dass das Kind aus einer heterologen Insemination stammt, bleibt er zur Anfechtung berechtigt, da keine vorherige wirksame

¹⁴⁴⁵ Wanitzek, FamRZ 2003, S. 730 (733); Knittel, JAmt 2002, S. 50 (52); so bereits vor Einführung des § 1600 Abs. 5 BGB Ernst, S. 95.

¹⁴⁴⁶ Wanitzek, FamRZ 2003, S. 730 (733).

¹⁴⁴⁷ MükoBGB/Wellenhofer, § 1600 Rdn. 34.

¹⁴⁴⁸ Meyer, S. 172.

¹⁴⁴⁹ Gernhuber/Coester-Waltjen, § 53 II Rdn. 16.

¹⁴⁵⁰ Staudinger/Rauscher, § 1600 Rdn. 89; Erman/Hammermann, § 1600 Rdn. 35; Roth, DNotZ 2003, S. 805 (816).

¹⁴⁵¹ Dagegen vertritt Coester-Waltjen die Ansicht, dass die Einwilligungserklärung den Einwilligenden unabhängig von dem Verhalten seines Partners binden muss. Ansonsten würde dem Hintergehenden das Recht eingeräumt, seinen Partner über die Anfechtung wieder aus der Elternrolle zu werfen, Gernhuber/Coester-Waltjen, § 53 II Rdn. 16; wohl auch MükoBGB/Wellenhofer, § 1600 Rdn. 35.

Einwilligung in die künstliche Befruchtung mit Spendersamen vorlag.¹⁴⁵² Ebenso verhält es sich bei einem Irrtum des Ehemannes bzw. des einwilligenden nichtehelichen Partners über die Person des Spenders. Sollte der Einwilligende davon ausgegangen sein, dass die Befruchtung mit seinem Samen erfolgen würde, tatsächlich aber der Samen eines Spenders verwendet worden sein, ist die Anfechtung der Vaterschaft nicht ausgeschlossen.¹⁴⁵³

G. Ausschluss des Anfechtungsrechts des Kindes

Nachfolgend soll die Wirkung der Einwilligung der Wunscheltern auf das Anfechtungsrecht des Kindes untersucht werden.

1. Derzeitige Gesetzeslage

Das Anfechtungsrecht des Kindes wird durch die Regelung des § 1600 Abs. 5 BGB nicht berührt.¹⁴⁵⁴ Nach dessen eindeutigem Wortlaut gilt der Anfechtungsausschluss nur für den einwilligenden Mann und die Mutter des Kindes.¹⁴⁵⁵ Daher bleibt es dem Kind unbenommen, die Vaterschaft seines rechtlichen Vaters anzufechten, sofern es Kenntnis von den Umständen seiner Zeugung erhält bzw. den Verdacht hegt, dass es genetisch nicht von seinem rechtlichen Vater abstammt.

Durch die Nichtbeschränkung des Anfechtungsrechts wollte der Gesetzgeber das Interesse des Kindes wahren, die rechtliche Zuordnung der genetischen Abstammung anpassen zu können.¹⁴⁵⁶ Zudem gebietet es das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung, dass dem Kind das Anfechtungsrecht zugestanden wird.¹⁴⁵⁷

Das Kind ist bei der Ausübung seines Anfechtungsrechts an die allgemeinen Anfechtungsvoraussetzungen gebunden.¹⁴⁵⁸ Für das minderjährige Kind gilt zusätzlich eine weitere Voraussetzung. Gemäß § 1600a Abs. 4 BGB muss die von dem gesetzlichen

¹⁴⁵² Weinbrecht: Rechtsprobleme der künstlichen Insemination de lege lata und de lege ferenda, in: Löhnig/Gietl (Hrsg.): Beiträge zur Reform des Familien- und Erbrechts, S. 258 (293).

¹⁴⁵³ Taupitz/Schlüter, AcP 2005, S. 591 (618).

¹⁴⁵⁴ Spickhoff: Vaterschaft und Fortpflanzungsmedizin, in: Hofer/Klippel/Walter (Hrsg.): Festschrift für Dieter Schwab, S. 923 (943); Eckersberger, MittBayNot 2002, S. 261 (262); Palandt/Brudermüller, § 1600 Rdn. 13; Staudinger/Rauscher, § 1600 Rdn. 92.

¹⁴⁵⁵ BT-Drs. 14/8131, S. 8; Muscheler, Rdn. 562; Gernhuber/Coester-Waltjen, § 53 II Rdn. 14; Hager: Der rechtliche und der leibliche Vater, in: Hofer/Klippel/Walter (Hrsg.): Festschrift für Dieter Schwab, S. 773 (780); Schomburg, Kind-Prax 2002, S. 75 (77); Wehrstedt, RNotZ 2005, S. 109 (114 und 116); Erman/Hammermann, § 1600 Rdn. 36; Wanitzek, FamRZ 2003, S. 730 (734); Roth, DNotZ 2003, S. 805 (816); Staudinger/Rauscher § 1600 Rdn. 89; Janzen, FamRZ 2002, S. 785 (786). Den Nichtausschluss des Anfechtungsrechts durch den Gesetzgeber begrüßend Seidl, FPR 2002, S. 402 (404).

¹⁴⁵⁶ Hk-BGB/Kemper, § 1600 Rdn. 15.

¹⁴⁵⁷ Gernhuber/Coester-Waltjen, § 53 II Rdn. 14; Hager: Der rechtliche und der leibliche Vater, in: Hofer/Klippel/Walter (Hrsg.): Festschrift für Dieter Schwab, S. 773 (780); Staudinger/Rauscher, § 1600 Rdn. 92; wohl auch Roth, JZ 2002, S. 651 (653).

¹⁴⁵⁸ Zu diesen Muscheler, Rdn. 556 ff.; Wellenhofer, § 31 Rdn. 25 f.



Vertreter¹⁴⁵⁹ erklärte Anfechtung dem Kindeswohl dienen.¹⁴⁶⁰ Dadurch soll eine dem Wohl des Kindes widersprechende Ausübung des Anfechtungsrechts verhindert werden.¹⁴⁶¹ Um dem Erfordernis zu genügen, muss der wirkliche Kindeswille ermittelt werden.¹⁴⁶² Es muss eine Abwägung zwischen dem Interesse des Kindes an der Kenntnis seiner genetischen Abstammung und dem Interesse am Verbleib in der Familiengemeinschaft mit seinem rechtlichen Vater stattfinden.¹⁴⁶³ Im Regelfall wird daher das mit dem Anfechtungsantrag befasste Gericht bereits bei der Frage der Zulässigkeit des Antrages das Kind anhören. Zudem wird das Gericht dem Kind in der Regel einen Verfahrensbeistand bestellen, § 158 Abs. 2 Nr. 2 FamFG.¹⁴⁶⁴

Eine Anfechtung der Vaterschaft dürfte im Fall der künstlichen Befruchtung mit Spendersamen in der Regel ausgeschlossen sein, da die Anfechtung nicht dem Wohl des Kindes dient.¹⁴⁶⁵ Durch die Anfechtung verliert das Kind nicht nur seinen rechtlichen Vater. Nach der Rechtsprechung¹⁴⁶⁶ des Bundesgerichtshofs verliert das Kind auch jegliche Unterhaltsansprüche gegen seinen bisherigen rechtlichen Vater. Da beispielsweise aufgrund fehlender bzw. zwischenzeitlich vernichteter Akten¹⁴⁶⁷ nicht sichergestellt ist, dass der

¹⁴⁵⁹ Das geschäftsunfähige bzw. das in der Geschäftsfähigkeit beschränkte Kind kann gemäß § 1600a Abs. 3 BGB nicht selbst, sondern nur durch seinen gesetzlichen Vertreter anfechten. Gesetzlicher Vertreter ist die Person, der die Vertretung in den die Person des Kindes betreffenden Angelegenheiten obliegt. Bei einem minderjährigen Kind sind dies grundsätzlich die Eltern, §§ 1626, 1629 BGB, MükoBGB/Wellenhofer, § 1600a Rdn. 8. Bei verheirateten Eltern bzw. in den Fällen des § 1629a Abs. 1 BGB steht ihnen das Vertretungsrecht nur gemeinsam zu, § 1629 Abs. 1 S. 2 Hs. 1 BGB. Die Mutter ist deshalb als gesetzliche Vertreterin des Kindes zur Anfechtung nur befugt, wenn sie die elterliche Sorge allein ausübt und an der Vertretung des Kindes nicht gehindert ist. Jedoch ist sie trotz Alleinsorge bei bestehender Ehe an der Vertretung gemäß §§ 1629 Abs. 2 S. 1, 1793 Abs. 1 Nr. 3 BGB gehindert, Staudinger/Rauscher, § 1600a Rdn. 28. Mithin kann die Mutter als gesetzliche Vertreterin nur anfechten, wenn ihr die elterliche Sorge allein zusteht (§ 1626a Abs. 3 BGB), d.h. wenn sie unverheiratet ist und keine gemeinsamen Sorgerechtserklärungen abgegeben wurden bzw. kein Fall des § 1626a Abs. 1 Nr. 3 BGB vorliegt oder ihr nach Scheidung oder Trennung das Sorgerecht nach § 1671 Abs. 1 BGB allein übertragen wurde, Staudinger/Rauscher, § 1600a Rdn. 29. Dagegen kam der Vater vor der Reform des Verfahrensrechts als gesetzlicher Vertreter des Kindes, unabhängig von der jeweiligen Sorgerechtskonstellation, nicht in Betracht. Dies ergab sich aus dem verfahrensrechtlichen Verbot des In-Sich-Prozesses, BGH NJW 1975, S. 345 (346); MükoBGB/Wellenhofer, § 1600a Rdn. 11; AG Westerstede, FamRZ 1995, S. 689; Staudinger/Rauscher, § 1600a Rdn. 27. Nach der Reform ist wohl der Rechtsgedanke des Verbotes aus §§ 1629 Abs. 2 Nr. 1, 1795 Abs. 2, 181 BGB -zumindest entsprechend- heranzuziehen, Staudinger/Rauscher, § 1600a Rdn. 27 und 31. Sofern die Eltern das Sorgerecht des Kindes gemeinsam ausüben, bleibt daher nur die Bestellung eines Ergänzungspflegers, § 1909 BGB.

¹⁴⁶⁰ Wanitzek, FamRZ 2003, S. 730 (734); Wanitzek, FPR 2002, S. 390 (392); Janzen, FamRZ 2002, S. 785 (786). Bereits für den Entwurf, Gaul, FamRZ 1997, S. 1441 (1460).

¹⁴⁶¹ Staudinger/Rauscher, § 1600a Rdn. 53.

¹⁴⁶² Gernhuber/Coester-Waltjen, § 52 V Rdn. 117.

¹⁴⁶³ Staudinger/Rauscher, § 1600a Rdn. 54. Dafür sind nach Helms die wirtschaftlichen Interessen einerseits sowie andererseits soziale und emotionale Bindungen des Kindes ausschlaggebend, Helms, FuR 1996, S. 178 (185).

¹⁴⁶⁴ Gernhuber/Coester-Waltjen, § 52 V Rdn. 117.

¹⁴⁶⁵ Schomburg, Kind-Prax 2002, S. 75 (77); PWW/Pieper, 5. Auflage, § 1600 Rdn. 16.

¹⁴⁶⁶ BGH FamRZ 1995, S. 865.

¹⁴⁶⁷ Siehe insofern das Urteil des OLG Hamm vom 06.02.2013, in dem das Gericht dem Kind einen Anspruch auf Auskunft gegenüber dem die Behandlung vornehmenden Reproduktionsmediziner sowie auf Einsicht in

Samenspender ermittelt und seine Vaterschaft gerichtlich festgestellt werden kann, ist die unterhaltsrechtliche Situation des Kindes ungewiss. Wegen Beeinträchtigung des Kindeswohles scheint daher die Anfechtung bei Minderjährigkeit des Kindes nicht möglich zu sein.¹⁴⁶⁸ Diese Sichtweise vertritt auch das OLG Hamm¹⁴⁶⁹, das eine Beschwerde wegen Versagung von Prozesskostenhilfe für ein beabsichtigtes Vaterschaftsanfechtungsverfahren aufgrund zu erwartender Beeinträchtigung des Kindeswohls als unbegründet abgewiesen hat.

Bei minderjährigen Kindern besteht zudem das Risiko, dass der gesetzliche Vertreter das Anfechtungsverfahren im Namen des Kindes nur betreibt, um den Ausschluss des eigenen Anfechtungsrechts zu umgehen. Sofern daher festgestellt werden kann, dass nur der Sorgeberechtigte ein Interesse an der Anfechtung hat, ist die Anfechtung auch insoweit wegen Verstoßes gegen das Kindeswohl unzulässig.¹⁴⁷⁰

Volljährige Kinder können hingegen ohne rechtliche Einschränkung innerhalb der in § 1600b Abs. 1 und Abs. 3 BGB genannten Fristen die Vaterschaft anfechten.

2. Vertraglicher Ausschluss des Anfechtungsrechts zum Schutz des Samenspenders

Das Anfechtungsrecht des Kindes kann auch nicht unter Verweis auf die geplante medizinisch assistierte Zeugung zum Schutz des Samenspenders vor finanzieller Inanspruchnahme vertraglich ausgeschlossen werden.¹⁴⁷¹ Die gesetzlich gewährten Anfechtungsrechte sind für die Beteiligten nicht disponibel¹⁴⁷², d.h. der Verzicht auf das Anfechtungsrecht kann nicht mit dinglicher Wirkung vereinbart¹⁴⁷³ und daher von den Beteiligten nicht gerichtlich geltend gemacht werden.¹⁴⁷⁴ Zudem handelt es sich bei dem zwischen dem Samenspender und den Wunscheltern erklärten Verzicht auf das Anfechtungsrecht des Kindes um einen unzulässigen Vertrag zugunsten Dritter.¹⁴⁷⁵

dessen Akten zur Wahrnehmung seines Rechtes auf Kenntnis seiner Abstammung zugestanden hatte, OLG Hamm, NJW 2013, S. 1167 (1170).

¹⁴⁶⁸ Wanitzek, FamRZ 2003, S. 730 (734); Knittel, JAmt 2002, S. 50 (52). Im Ergebnis auch Staudinger/Rauscher, § 1600a Rdn. 57, der darauf abstellt, dass die rechtliche Vaterlosigkeit des Kindes droht; so wohl auch Knittel, FF 2003, S. 14 (17).

¹⁴⁶⁹ OLG Hamm, JAmt 2003, S. 32 (33). In diesem Fall wollte das Jugendamt gegen den Willen der Wunscheltern die Anfechtung der Vaterschaft betreiben; a.A. jedoch OLG Celle, NJW 2001, S. 3419 f.

¹⁴⁷⁰ Staudinger/Rauscher, § 1600 Rdn. 93; Eckersberger, MittBayNot 2002, S. 261 (263); MükoBGB/Wellenhofer, § 1600 Rdn. 38.

¹⁴⁷¹ Coester-Waltjen, Reproduktionsmedizin 2002, S. 183 (191 f.); Junghans, S. 260; Gernhuber/Coester-Waltjen, § 53 II Rdn. 14.

¹⁴⁷² BGHZ 87, S. 169 (174 ff.); BGHZ 129, S. 297 (301); Muscheler, Rdn. 164.

¹⁴⁷³ Muscheler, Rdn. 164.

¹⁴⁷⁴ Muscheler, Rdn. 130.

¹⁴⁷⁵ Coester-Waltjen, Reproduktionsmedizin 2002, S. 183 (192).

3. Ausschluss des Anfechtungsrechts de lege lata

Trotz der eindeutigen gesetzlichen Regelung wird in der Literatur diskutiert, ob das Anfechtungsrecht des Kindes de lege lata ausgeschlossen werden kann.¹⁴⁷⁶ Begründet wird dies vor allem mit einem Verweis auf die Rechtsentwicklung in den deutschsprachigen Nachbarstaaten. Das Anfechtungsrecht des Kindes ist sowohl im österreichischen Recht gemäß § 152 ABGB¹⁴⁷⁷ als auch im Schweizer Recht gemäß Art. 23 Abs. 1 S.1 FMedG¹⁴⁷⁸ ausgeschlossen. Auch der französische Gesetzgeber hat sich in Art. 311-20 Abs. 2 Code civil zum Ausschluss des Anfechtungsrechts entschlossen.¹⁴⁷⁹ Durch den Ausschluss des Anfechtungsrechts bezweckten die Gesetzgeber vor allem den Schutz des Samenspenders vor der Vaterschaftsfeststellung sowie in deren Folge die finanzielle Inanspruchnahme des Samenspenders.

Die Gefahr der drohenden finanziellen Inanspruchnahme des Samenspenders ist auch Ansatzpunkt der Kritik in Deutschland. Die Samenspende darf in Deutschland aufgrund des Rechtes des Kindes auf Kenntnis seiner Abstammung nicht anonym erfolgen. Daher sei der

¹⁴⁷⁶ Dafür: Spickhoff: Vaterschaft und Fortpflanzungsmedizin, in: Hofer/Klippel/Walter (Hrsg.): Festschrift für Dieter Schwab, S. 923 (943); Schomburg, Kind-Prax 2002, S. 75 (77); Wehrstedt, RNotZ 2005, S. 109 (114); Wehrstedt, DNotZ 2005, S. 649 (654); Helms: Die Feststellung der biologischen Abstammung, S. 124; Wanitzek, FamRZ 2003, S. 730 (734); Wanitzek, S. 331; Helms: Familienrechtliche Grundlagen, in: Duttge/Engel/Lipp/Zoll (Hrsg.): Heterologe Insemination, S. 37 (45); wohl auch Roth, DNotZ 2003, S. 805 (816); Rütz, S.157, sofern ein rechtsfolgenloses Vaterschaftsfeststellungsverfahren eingeführt wird. Für den Ausschluss des Anfechtungsrechts auch Meyer, die auf die unterschiedliche Interessenlage abstellt. Bei einem Ehebruch etc. der Mutter bestehe eine Beziehung zwischen genetischem Vater und der Mutter. Diese sei bei einer heterologen Insemination gerade nicht gegeben. Außerdem zeigten Forschungen, dass sich die Kinder aus einer heterologen Insemination nicht persönlich für den Samenspender interessierten, da ihr Vater der Wunschvater sei. Vielmehr interessierten sie sich nur für dessen genetische Daten. Diesem Informationsbedürfnis der Betroffenen könne man aber auch durch eine entsprechende Dokumentationspflicht auf Seiten des Arztes nachkommen, Meyer, S. 174. Schlegel möchte dem Kind das Anfechtungsrecht nur zugestehen, sofern die Vorschriften des Adoptionsrechts nach §§ 1759 ff. BGB und den darin enthaltenen Grenzen der Aufhebung des Verwandtschaftsverhältnisses beachtet wurden, Schlegel, JuS 1996, S. 1067 (1069 f.). Dagegen: Kirchmeier, FamRZ 1998, S. 1281 (1284); Schumacher, FamRZ 1987, S. 313 (316); bei Beibehaltung der derzeitigen Gesetzeslage Rütz, S. 128.

¹⁴⁷⁷ Insofern kann die Ehelichkeit des Kindes nur bei Nachweis einer natürlichen Zeugung durch einen Dritten oder der Zeugung durch eine andere heterologe Zeugungshilfe, zu der der Ehemann seine Zustimmung nicht gegeben hatte, angefochten werden, Schwimann, NZ 2005, S. 33 (37).

¹⁴⁷⁸ Bundesgesetz über die medizinisch unterstützte Fortpflanzung (Fortpflanzungsmedizingesetz, FMedG vom 18. Dezember 1998 (Stand 13. Juni 2006); vgl. Büchler, FamPra.ch 2005, S. 437 (465). Das Anfechtungsrecht des Kindes wurde nicht in Art. 256 Abs. 3 S. 1 ZGB ausgeschlossen. Vielmehr verweist Art. 256 Abs. 3 S. 2 ZGB auf das Fortpflanzungsmedizingesetz. Vor Erlass des Fortpflanzungsmedizingesetzes war es mithin dem Kind nicht verwehrt, die Vaterschaft des Ehemannes seiner Mutter anzufechten, Reusser, DEuFamR 2000, S. 222 (229). Der Anfechtungsausschluss für das Kind ist in Art. 23 Abs. 1 FMedG geregelt. Damit steht das mit Spendersamen gezeugte Kind jetzt dem Kind gleich, das durch eine Stiefkindadoption den Ehemann der Mutter als Vater erhält, Reusser, DEuFamR 2000, S. 222 (229). Dem Kind verbleibt das Recht, Auskunft über den Samenspender gemäß Art. 27 FMedG zu verlangen, Basler Kommentar/Schwenzer: Zivilgesetzbuch I, Art. 256 Rdn. 14 und Art. 261 Rdn. 10. Das Anfechtungsrecht des Kindes ist dagegen in den Fällen nicht ausgeschlossen, in denen die maßgebenden Bestimmungen des Fortpflanzungsmedizingesetzes nicht beachtet wurden, Tuor/Schnyder/Rumo-Jungo: Schweizerisches Zivilgesetzbuch, § 40, S. 421.

¹⁴⁷⁹ Helms: Die Feststellung der biologischen Abstammung, S. 117.

Samenspender nicht ausreichend vor der Inanspruchnahme durch das Kind nach erfolgter Vaterschaftsanfechtung gegenüber seinem bisherigen rechtlichen Vater geschützt.¹⁴⁸⁰ Zudem wird darauf hingewiesen, dass durch den Ausschluss des Anfechtungsrechts die Eltern-Kind-Beziehung, die durch die Einwilligung in die heterologe Befruchtung begründet wurde, stabilisiert werden könnte.¹⁴⁸¹ Durch den Ausschluss des Anfechtungsrechts könne der Gesetzgeber klarstellen, dass derjenige Mann der „wirkliche“ Vater des Kindes ist, der durch seine Zustimmung zur künstlichen Befruchtung mit Spendersamen für die Existenz des Kindes mitverantwortlich ist.¹⁴⁸² Dem Interesse des Kindes an der Kenntnis seiner Herkunft könne durch eine umfassende Dokumentation der Spenderdaten und Gewährung eines Einsichtsrechts besser nachgekommen werden als durch das Anfechtungsrecht. Das Anfechtungsrecht stelle vor allem deshalb kein adäquates Mittel dar, da das Kind nach erfolgreicher Anfechtung sämtliche unterhalts- und erbrechtlichen Ansprüche gegen seinen sozialen Vater verliere.¹⁴⁸³ Bei Nichtausschluss des Anfechtungsrechts des Kindes ergebe sich zudem eine Schlechterstellung des Ehemannes bzw. nichtehelichen Lebenspartners gegenüber der gleichgeschlechtlichen Lebenspartnerin der Wunschmutter^{1484, 1485}. Zwar wird das mit Spendersamen gezeugte Kind nicht automatisch mit der Geburt der Lebenspartnerin der Mutter zugeordnet.¹⁴⁸⁶ Jedoch wurde durch das Gesetz zur Verbesserung der Rechte gleichgeschlechtlicher Lebenspartner¹⁴⁸⁷ in § 9 Abs. 7 LPartG das Adoptionsrecht für die Lebenspartnerin eingeführt, das gemäß § 9 Abs. 7 S. 2 LPartG i.V.m. § 1755 Abs. 2 BGB die Rechtswirkungen einer Stiefkindadoption unter Ehegatten auslöst. Daher erlöschen die „möglichen“ Rechtsbeziehungen zum genetischen Vater.¹⁴⁸⁸ Der Ehemann hingegen wird bereits kraft Gesetzes nach § 1592 Nr. 1 BGB bzw. der nichteheliche Lebenspartner nach wirksamer Anerkennung gemäß § 1592 Nr. 2 BGB der rechtliche Vater des Kindes. Daher besteht für ihn keine Möglichkeit (mehr), das Kind zu adoptieren. Nur aufgrund dieses Unterschieds in der Begründung der rechtlichen Elternstellung ist die Anfechtung des Kindes möglich. Nach Wehrstedt¹⁴⁸⁹ sind diese unterschiedlichen Ergebnisse auch nicht durch die Kindeswohlprüfung, die gemäß § 1741 BGB bei jeder Adoption durchgeführt werden muss, zu rechtfertigen: Für das Kind dürfte es durchaus förderlicher sein, die Lebenspartnerin der Mutter als „Ersatzelternteil“ zu erhalten, als das „vaterlose“ Kind eines unbekannt

¹⁴⁸⁰ Spickhoff: Vaterschaft und Fortpflanzungsmedizin, in: Hofer/Klippel/Walter (Hrsg.): Festschrift für Dieter Schwab, S. 923 (944). In diesen Fällen müsse jedoch über den Ausschluss des Anfechtungsrechts wegen Rechtsmissbrauchs gemäß §§ 242, 1618a BGB nachgedacht werden. Dies gelte besonders, wenn eine langjährig gelebte Vater-Kind-Beziehung nur deshalb angefochten wird, um den besseren Unterhaltsschuldner bzw. Erblasser zu erhalten, Wehrstedt, DNotZ 2005, S. 649 (654).

¹⁴⁸¹ Roth, FamRZ 1996, S. 769 (771).

¹⁴⁸² Helms: Die Feststellung der biologischen Abstammung, S. 124.

¹⁴⁸³ Helms: Die Feststellung der biologischen Abstammung, S. 124.

¹⁴⁸⁴ Bzw. zu Paaren oder Lebenspartnern, die ein Kind adoptiert haben.

¹⁴⁸⁵ Rütz, S. 127.

¹⁴⁸⁶ Vgl. insofern S. 128.

¹⁴⁸⁷ Gesetz zur Überarbeitung des Lebenspartnerschaftsrechts, BGBl. I, S. 3396 ff.

¹⁴⁸⁸ Daher kann die Vaterschaft zum Samenspender nicht mehr begründet werden.

¹⁴⁸⁹ Wehrstedt, DNotZ 2005, S. 649 (653).



Samenspenders zu sein.¹⁴⁹⁰ Das Kind erhalte durch die Adoption sowohl einen weiteren Unterhaltsschuldner als auch eine weitere Bezugsperson. Ähnliche Vorteile resultierten aus dem Verhältnis zum rechtlichen Vater nach § 1592 Nr. 1 BGB bzw. § 1592 Nr. 2 BGB. Daher sei nicht einsehbar, dass das Kind diese Vaterschaft wieder beseitigen könne.

Aus dem Urteil des Bundesverfassungsgerichtes gehe zudem eindeutig hervor, dass es kein Grundrecht des Kindes gebe, die eigene genetische Abstammung in rechtlicher Hinsicht durchzusetzen.¹⁴⁹¹ Weder ein Kind, das mit einer Eizellspende gezeugt wurde, noch ein Adoptivkind könne die Mutterschaft bzw. Elternschaft seiner Adoptiveltern anfechten.¹⁴⁹² Insoweit trete das Recht des Kindes auf Kenntnis der eigenen Abstammung hinter das Interesse der „sozialen“ Eltern zurück.¹⁴⁹³

Eine statusrechtliche Loslösungsmöglichkeit von seinem sozialen Vater müsse dem Kind auch deshalb nicht gewährt werden, weil regelmäßig nicht zu erwarten sei, dass zwischen dem Samenspender und dem Kind eine Eltern-Kind-Beziehung aufgebaut werde.¹⁴⁹⁴ Die Möglichkeit der einseitigen Loslösung durch das Kind habe vielmehr einen Strafcharakter, da es, wenn es die Beziehung zu seinem sozialen Vater für gescheitert halte, die bestehende rechtliche Verbundenheit einseitig „aufkündigen“ könne.¹⁴⁹⁵ Aufgrund ihrer Bedeutung solle eine Statusbeziehung jedoch auch bei ihrem Scheitern nicht einfach aufgekündigt werden können, da sie bis zu einem gewissen Grad eine geradezu schicksalhafte Tatsache sei.¹⁴⁹⁶ Daher sei es wünschenswert, dass eine Rechtsordnung das Kind den Wunscheltern unanfechtbar zuordne. Damit weise sie dem Kind eine soziale Rolle zu, die es akzeptieren und mit der es sich identifizieren könne. Anders als das adoptierte Kind habe das durch künstliche Befruchtung entstandene Kind schon immer diese und nur diese Eltern gehabt.¹⁴⁹⁷

Weiterhin erweise sich das Anfechtungsrecht des Kindes als systemwidrig, sofern man den zustimmenden Mann als den wahren Vater ansehe. Es sei nicht verständlich, warum die Mutter das Anfechtungsrecht des Kindes gegen den Mann benutzen könne, der eine wesentliche Ursache zur Entstehung des Kindes gesetzt hat.¹⁴⁹⁸ Zudem dürfe bei diesen Überlegungen auch nicht das Adoptionsrecht und dessen Vorschriften vernachlässigt werden. Obwohl im Fall einer Adoption das Kind genetisch von keinem seiner Elternteile

¹⁴⁹⁰ Da eine heterologe Insemination an einer in einer Lebenspartnerschaft lebenden Frau in Deutschland nach Ständerecht nicht zugelassen ist, dürfte eine solche Behandlung entweder im Ausland oder ohne ärztliche Hilfe nach Samenbestellung im Ausland von den Lebenspartnerinnen selbst vorgenommen worden sein. In diesen Fällen ist es aber sehr wahrscheinlich, dass die Samenspende anonym erfolgte bzw. die Identität des Samenspenders nicht festgestellt werden kann.

¹⁴⁹¹ Wehrstedt, DNotZ 2005, S. 649 (652); Wehrstedt, RNotZ 2005, S. 109 (114).

¹⁴⁹² Wehrstedt, DNotZ 2005, S. 649 (652).

¹⁴⁹³ Roth, DNotZ 2003, S. 805 (816); auf diesen Missstand auch hinweisend, MükoBGB/Seidel, Ergänzungsband, zu § 1589 Rdn. 13a.

¹⁴⁹⁴ Helms: Die Feststellung der biologischen Abstammung, S. 124.

¹⁴⁹⁵ Helms: Die Feststellung der biologischen Abstammung, S. 124.

¹⁴⁹⁶ Helms: Die Feststellung der biologischen Abstammung, S. 124.

¹⁴⁹⁷ Helms: Die Feststellung der biologischen Abstammung, S. 184.

¹⁴⁹⁸ Helms: Die Feststellung der biologischen Abstammung, S. 125.

abstamme, könne das Kind nur unter engen Voraussetzungen diese Zuordnung aufheben lassen.¹⁴⁹⁹

4. *Stellungnahme*

Den Kritikern des Anfechtungsrechts ist zwar zuzugeben, dass das deutsche Abstammungsrecht eine klare und sichere Statuszuordnung bevorzugt. Dies spräche durchaus dafür, das Anfechtungsrecht des Kindes auszuschließen. Auch kann das Festhalten am Anfechtungsrecht des Kindes nicht mit dem Prinzip der Abstammungswahrheit gerechtfertigt werden, da die biologische Wahrheit im geltenden Abstammungsrecht nur selten gegenüber den anderen Statusprinzipien durchgesetzt wird. So wird nicht nur dem Kind, das in eine Ehe hineingeboren wird, automatisch mit der Geburt der Ehemann der Mutter als Vater zugeordnet, obwohl nicht feststeht, dass er der biologische Erzeuger des Kindes ist, sondern sind auch wahrheitswidrig abgegebene Anerkennungserklärungen¹⁵⁰⁰ wirksam. Nach Ablauf der Anfechtungsfristen des § 1600b BGB kann die wahrheitswidrige Vaterschaftszuordnung zudem nicht mehr beseitigt werden. Durch die Unanfechtbarkeit der Mutterschaftszuordnung hat der Gesetzgeber einen weiteren Tatbestand geschaffen, der zu einem Auseinanderfallen von rechtlicher und biologischer Wahrheit führt.

Dennoch können die Gründe für einen Ausschluss des Anfechtungsrechts des Kindes nicht überzeugen. Bei einem Ausschluss des Anfechtungsrechts wird der Status des Kindes unanfechtbar festgeschrieben. Der Ausschluss ist jedoch nur aus Sicht der Wunscheltern und im Hinblick auf die Wunscheltern gewollt und konsequent.¹⁵⁰¹ Dagegen ist das Kind für die Umstände seiner Zeugung nicht verantwortlich. Es hat keine zurechenbare Handlung, die zu dem Auseinanderfallen von rechtlicher und genetischer Abstammung geführt hat, vorgenommen. Bei Ausschluss des Anfechtungsrechts wird das Kind daher dem Elternwunsch untergeordnet und sein Recht auf gerichtliche Klärung seiner Abstammung unterlaufen.¹⁵⁰² Die primäre Intention der Gewährung des Anfechtungsrechts besteht darin, dem Kind die Möglichkeit zu geben, sich von seinem jetzigen rechtlichen Vater lossagen zu können.¹⁵⁰³ Dieses Recht des Kindes besteht unabhängig von dem Anfechtungsrecht seines Wunschvaters.¹⁵⁰⁴ Mit seiner Einwilligung in die künstliche Befruchtung kann sich der Wunschvater nur selbst binden.¹⁵⁰⁵ Die Vorgänge vor der Geburt des Kindes können daher keinen Einfluss auf dessen Anfechtungsrecht haben. Zudem muss Art. 3 Abs. 1 GG beachtet

¹⁴⁹⁹ Helms: Die Feststellung der biologischen Abstammung, S. 125; so auch vor der Kindschaftsrechtsreform Schlegel, JuS 1996, S. 1067 (1069 f.).

¹⁵⁰⁰ Zwar wurde durch das Gesetz zum 01.04.2008 jetzt auch ein Anfechtungsrecht der Behörde eingeführt, das dieser ermöglicht, wahrheitswidrig abgegebene Anerkennungen anzufechten. Dieses Anfechtungsrecht greift aber nur bei einem „ausländer- und aufenthaltsrechtlich“ bedeutsamen Umstand ein. Bei reinen Inlandssachverhalten besteht auch weiterhin in gewisser Weise „Parteiautonomie“.

¹⁵⁰¹ Staudinger/Rauscher, § 1600 Rdn. 92.

¹⁵⁰² Staudinger/Rauscher, § 1600 Rdn. 92; Quantius, FamRZ 1998, S. 1145 (1149).

¹⁵⁰³ Schumacher, FamRZ 1987, S. 313 (316).

¹⁵⁰⁴ Kirchmeier, FamRZ 1998, S. 1281 (1284); Schumacher, FamRZ 1987, S. 313 (316).

¹⁵⁰⁵ Kirchmeier, FamRZ 1998, S. 1281 (1284).

werden. Es ist nicht einzusehen, warum Kinder, die ihr Leben einer künstlichen Befruchtung verdanken, stärker an ihren Wunschvater gebunden werden als ein natürlich gezeugtes Kind, das feststellen muss, dass sein rechtlicher Vater nicht auch sein biologischer Vater ist.¹⁵⁰⁶

Eine andere Bewertung könnte sich nur aufgrund der Einführung des Abstammungsfeststellungsverfahrens in § 1598a BGB ergeben. Bereits 1989¹⁵⁰⁷ und 1994¹⁵⁰⁸ hatte das Bundesverfassungsgericht dem Gesetzgeber die Einführung einer isolierten Feststellungsklage vorgeschlagen, um die genetische Abstammung des Kindes in einem statusunabhängigen Verfahren ermitteln zu können, ohne die Rechtsbeziehungen zwischen Kind und rechtllichem Vater zu berühren. Durch ein isoliertes Feststellungsverfahren wird zudem dem Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung Genüge getan,¹⁵⁰⁹ was wiederum den Ausschluss des Anfechtungsrechts des Kindes rechtfertigen könnte.

a) Abstammungsverfahren nach § 1598a BGB

Die Einführung eines isolierten Abstammungsfeststellungsverfahrens wurde in Literatur und Rechtsprechung kontrovers diskutiert.¹⁵¹⁰ Das Bundesverfassungsgericht hat diese grundsätzliche Diskussion beendet, in dem es dem Gesetzgeber in seinem Urteil vom 13.02.2007¹⁵¹¹ aufgegeben hat, ein Verfahren allein zur Feststellung der Vaterschaft bis zum 31.03.2008 einzuführen. Nach Ansicht des Gerichts war die Bereitstellung eines solchen Verfahrens zur Verwirklichung des Rechts des Kindes auf Kenntnis seiner Abstammung sowie des Rechts des Vaters auf Kenntnis seiner eigenen Nachkommenschaft ohne Verweisung auf das Vaterschaftsanfechtungsverfahren¹⁵¹² geboten. Der Gesetzgeber ist dieser Vorgabe durch Normierung des § 1598a BGB im Bürgerlichen Gesetzbuch mit Wirkung zum 01.04.2008 nachgekommen.¹⁵¹³ Mithin existieren nunmehr zwei voneinander unabhängige

¹⁵⁰⁶ Schumacher, FamRZ 1987, S. 313 (316); Marian, JuS 1997, S. 671 (672).

¹⁵⁰⁷ BVerfGE 79, S. 256 ff.

¹⁵⁰⁸ BVerfGE 90, S. 263 ff.

¹⁵⁰⁹ Helms: Die Feststellung der biologischen Abstammung, S. 128 f.; so wohl auch Roth, FamRZ 1996, S. 769 (771), der allerdings das Verfahren auf schlichte Auskunft über den leiblichen Vater richten möchte.

¹⁵¹⁰ Zuletzt ablehnend BGHZ 170, S. 161 (174 f.) = FamRZ 2007, S. 538 (542); Kirchmeier, FamRZ 1998, S. 1281 (1285); Gaul: Die pater-est-Regel, in: Lange/Nörr/Westermann (Hrsg.): Festschrift Gernhuber, S. 619 (646); Smid, JR 1990, S. 221 (226); Frank: Gedanken zu einer isolierten Abstammungsfeststellungsklage, in: Leipold/Lüke/Shozaburo (Hrsg.): Gedächtnisschrift für Arens, S. 65 (84 f.); Helms: Die Feststellung der biologischen Abstammung, S. 135; in Bezug auf das bisher geltende Recht Gaul, FamRZ 2000, S. 1461 (1474 f.). Dafür: Deutscher Juristentag 1992, FamRZ 1992, S. 1275; Coester, JZ 1992, S. 809 (811); Deichfuß, S. 141 f., der die Einführung dieses Verfahrens schon 1989 als das geringere Übel in Bezug zu dem dem Kind bis dato nicht zustehenden Ehelichkeitsanfechtungsrecht gesehen hat; Ramm, NJW 1989, S. 1594 (1597); Rütz, S. 148 ff. Wohl für zulässig haltend Coester-Waltjen, FamRZ 1992, S. 369 (373). Zu den Hintergründen der Diskussion, vgl. Rütz, S. 142 ff.; Helms: Entkoppelung von Abstammungsklä rung und Vater-Kind-Zuordnung – der neue § 1598a BGB, in: Helms/Zeppernick (Hrsg.): Lebendiges Familienrecht, Festschrift für Rainer Frank, S. 225 (226 ff.); Helms: Die Feststellung der biologischen Abstammung, S. 36 ff.

¹⁵¹¹ BVerfGE 117, S. 202 (242 f.)=NJW 2007, S. 753 (758) = FamRZ 2007, S. 441 (447).

¹⁵¹² Und insoweit ohne Bindung an die Anfechtungsfristen sowie der Darlegung eines Anfechtungsverdacht es.

¹⁵¹³ Durch Gesetz zur Klärung der Vaterschaft unabhängig vom Anfechtungsverfahren vom 26.03.2008, BGBl. I, S. 441 ff.

Verfahren, nämlich das in der Regel außergerichtliche¹⁵¹⁴ Verfahren der Klärung der Abstammung gemäß § 1598a BGB sowie das Vaterschaftsanfechtungsverfahren nach §§ 1599 ff. BGB.¹⁵¹⁵

Gemäß § 1598a Abs. 1 BGB haben der rechtliche Vater, die Mutter und das Kind jeweils gegenüber den beiden anderen Beteiligten einen Anspruch auf Klärung der Abstammung.¹⁵¹⁶ Gerichtet ist der Anspruch auf die Abgabe der Einwilligung in die Vornahme einer Abstammungsuntersuchung sowie in die Duldung der Entnahme der dafür notwendigen genetischen Proben.¹⁵¹⁷ Der Anspruch aus § 1598a BGB dient nur der Feststellung, ob rechtliche und biologisch-genetische Vaterschaft übereinstimmen.¹⁵¹⁸ Es handelt sich bei diesem Verfahren um eine rechtsfolgenlose Klärung der Abstammungsverhältnisse, die keine Auswirkungen auf die statusrechtliche Zuordnung des Kindes hat.¹⁵¹⁹ Der tatsächliche Vater des Kindes kann hingegen nicht ermittelt werden,¹⁵²⁰ da der potentielle leibliche Vater im Katalog der Anspruchsberechtigten nicht genannt ist und mithin auch keinen Anspruch auf Abstammungsklärung hat.¹⁵²¹ Dieser muss –um seine Vaterschaft feststellen lassen zu können– weiterhin ein Vaterschaftsanfechtungsverfahren nach § 1600 Abs. 1 Nr. 2 BGB¹⁵²² betreiben oder wird, sofern kein rechtlicher Vater vorhanden sein sollte, auf das Vaterschaftsfeststellungsverfahren verwiesen.¹⁵²³ Deshalb wurde vorgetragen, dass durch die Nichtberücksichtigung des potentiell leiblichen Vaters im Katalog der Anspruchsberechtigten die Intention des neuen Verfahrens, nämlich die Klärung der Abstammung unabhängig von statusrechtlichen Konsequenzen, geradezu unterlaufen werde.¹⁵²⁴ Dieser Ansicht ist jedoch das Bundesverfassungsgericht mit seinem Beschluss vom 13.10.2008¹⁵²⁵ entgegengetreten. Durch die Nichtaufnahme des biologischen Vaters in den Kreis der Anspruchsberechtigten werde das Elternrecht des biologischen Vaters sowie sein Persönlichkeitsrecht nicht verletzt. Das Persönlichkeitsrecht vermittele dem Erzeuger keinen Anspruch darauf, die Abstammung des Kindes von ihm in jedem Fall klären zu lassen. Insoweit habe der Gesetzgeber, der den statusrechtlich nicht zugeordneten Mann auf das Anfechtungs- bzw. Feststellungsverfahren verweise, von seinem gesetzgeberischen

¹⁵¹⁴ Damit versucht man zumindest die Frage zu unterbinden, welche Wirkungen der isolierten Feststellung der Abstammung beigemessen werden sollen, Helms: Entkoppelung von Abstammungsklärung und Vater-Kind-Zuordnung – der neue § 1598a BGB, in: Helms/Zeppernick (Hrsg.): Lebendiges Familienrecht, Festschrift für Rainer Frank, S. 225 (235).

¹⁵¹⁵ MüKoBGB/Wellenhofer, § 1598a Rdn. 3.

¹⁵¹⁶ MüKoBGB/Wellenhofer, § 1598a Rdn. 7.

¹⁵¹⁷ MüKoBGB/Wellenhofer, § 1598a Rdn. 5; Borth, FPR 2007, S. 381 (382).

¹⁵¹⁸ Borth, FPR 2007, S. 381 (382).

¹⁵¹⁹ Helms: Entkoppelung von Abstammungsklärung und Vater-Kind-Zuordnung – der neue § 1598a BGB, in: Helms/Zeppernick (Hrsg.): Lebendiges Familienrecht, Festschrift für Rainer Frank, S. 225.

¹⁵²⁰ Borth, FPR 2007, S. 381 (382); Frank/Helms, FamRZ 2007, S. 1277 (1278).

¹⁵²¹ MüKoBGB/Wellenhofer, § 1598a Rdn. 10.

¹⁵²² Mit allen dafür gemäß § 1600 Abs. 2 BGB notwendigen Voraussetzungen.

¹⁵²³ Borth, FPR 2007, S. 381 (382).

¹⁵²⁴ Frank/Helms, FamRZ 2007, S. 1277 (1279).

¹⁵²⁵ BVerfG, NJW 2009, S. 423 f.; JuS 2009, S. 460 ff.



Gestaltungsspielraum Gebrauch gemacht. Von der Verfassung werde das Interesse des biologischen Erzeugers auf Feststellung der biologischen Vaterschaft ohne Übernahme der elterlichen Verantwortung neben der rechtlichen Vaterschaft nicht geschützt.¹⁵²⁶

Auch dem Kind steht kein Anspruch auf Abstammungsklärung gegen den potentiellen leiblichen Vater zu. Daher muss das Kind, wenn es bereits einen rechtlichen Vater hat, die Vaterschaft nach § 1600 Abs. 1 Nr. 4 BGB anfechten, um die Vaterschaft zu seinem leiblichen Vater, d.h. dem Samenspender, klären zu können. Dies gilt auch, wenn das Kind beispielsweise aufgrund einer Abstammungsbegutachtung weiß, dass sein rechtlicher Vater nicht sein leiblicher Vater ist.¹⁵²⁷ Nach Ansicht von Frank und Helms¹⁵²⁸ wurden die Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts deshalb nur unzureichend umgesetzt. Aus Gründen der Gleichbehandlung sei davon auszugehen, dass dem Kind ein allgemeines Recht auf positive Klärung der Abstammung zukommen müsse. Auch Rütz¹⁵²⁹ fordert den Gesetzgeber auf, § 1598a BGB nochmals zu überarbeiten, um dem Kind eine isolierte Abstammungsfeststellung gegen den Samenspender zu ermöglichen.

b) Folgen für das Anfechtungsrecht des Kindes

Zwingende Gründe für den Ausschluss des Anfechtungsrechts des Kindes ergeben sich damit auch nach der Einführung des § 1598a BGB nicht.¹⁵³⁰ Das Kind, das von seinen rechtlichen Eltern erfährt, dass es im Wege einer künstlichen Befruchtung mit Spendersamen gezeugt wurde, weiß bereits sicher, dass sein rechtlicher Vater nicht sein biologisch-genetischer Erzeuger ist. Gegen den Samenspender hat es jedoch keinen Anspruch auf Abstammungsklärung. Insoweit bleibt es auf das Vaterschaftsanfechtungsverfahren beschränkt.

Dem Kind wird es im Regelfall aber nicht darauf ankommen, die rechtliche Vaterschaft seines Wunschvaters beseitigen und den Samenspender als seinen Vater feststellen zu lassen. Vielmehr wird es daran interessiert sein, nähere Informationen über seinen biologischen Vater zu erhalten. Insoweit hätte dem Kind ein klagbarer Anspruch auf Abstammungsbegutachtung auch gegen den potentiellen leiblichen Vater mehr geholfen, als es auf das Vaterschaftsanfechtungsverfahren zu verweisen. Daher stehen die Ärzte umso mehr in der Pflicht, die Daten des Spenders ordnungsgemäß zu dokumentieren und aufzubewahren.¹⁵³¹ Dem Anliegen des Kindes auf Kenntnis seiner Abstammung wird zwar

¹⁵²⁶ BVerfG, NJW 2009, S. 423 f.

¹⁵²⁷ Frank/Helms, FamRZ 2007, S. 1277 (1278 f.); Palandt/Brudermüller, § 1598a Rdn. 6.

¹⁵²⁸ Frank/Helms, FamRZ 2007, S. 1277 (1279).

¹⁵²⁹ Rütz, S. 157; so auch Dethloff/Gerhardt, ZRP 2013, S. 91 (93); Wellenhofer, FamRZ 2013, S. 825 (829).

¹⁵³⁰ Coester-Waltjen ist sogar der Ansicht, dass sich der Gesetzgeber durch die Nichtausdehnung des isolierten Abstammungsfeststellungsverfahrens der möglichen Beschränkung des Anfechtungsrechts des Kindes begeben hat, Gernhuber/Coester-Waltjen, 5. Auflage, § 53 II Rdn. 14.

¹⁵³¹ Dies folgt implizit auch aus dem Urteil des OLG Hamm, in dem der behandelnde Mediziner verurteilt wurde, Auskunft über die genetische Abstammung zu geben. Der Anspruch des Kindes umfasst auch die Einsicht in vorhandene Unterlagen, OLG Hamm, NJW 2013, S. 1167 (1170).

auch mit der neuesten Gesetzesentwicklung in Deutschland¹⁵³² Rechnung getragen, da die Samenspende nicht anonym erfolgen darf und die Spenderdaten gemäß § 15 Abs. 2 TPG mindestens 30 Jahre lang aufbewahrt werden müssen. Dennoch ist ein Ausschluss des Anfechtungsrechts abzulehnen, da das Kind absolute Gewissheit über seine Abstammung nach derzeitigem Recht nur durch das Vaterschaftsanfechtungsverfahren erlangen kann.

H. Anfechtungsrecht des Samenspenders

Durch das Gesetz zur Änderung der Vorschriften über die Anfechtung der Vaterschaft und das Umgangsrecht von Bezugspersonen des Kindes, zur Registrierung von Vorsorgeverfügungen und zur Einführung von Vordrucken für die Vergütung von Berufsbetreuern vom 23.04.2004¹⁵³³ wurde § 1600 BGB dahingehend erweitert, dass dem biologischen Vater nunmehr unter engen Voraussetzungen ein Anfechtungsrecht zusteht.¹⁵³⁴ Gemäß § 1600 Abs. 1 Nr. 2 BGB ist nach neuem Recht auch der Mann zur Anfechtung der Vaterschaft berechtigt, der an Eides statt versichert, der Mutter des Kindes während der Empfängniszeit beigezogen zu haben.

Im Folgenden soll untersucht werden, ob der Samenspender als biologisch-genetischer Vater die in § 1600 Abs. 1 Nr. 2 BGB aufgestellten Voraussetzungen erfüllen kann.

1. Kein Ausschluss aufgrund § 1600 Abs. 5 BGB

Die Anfechtungsberechtigung des Samenspenders wird in § 1600 Abs. 5 BGB nicht ausgeschlossen.¹⁵³⁵ Zwar war in der Stellungnahme des Bundesrates noch ausdrücklich vorgesehen, dass der Samenspender als dritter Beteiligter neben der Mutter und dem Vater von der Anfechtung ausgeschlossen sein sollte.¹⁵³⁶ Die Bundesregierung hielt einen absoluten Ausschluss des Anfechtungsrechts des Samenspenders jedoch aufgrund der im Urteil vom 09.04.2003 geäußerten Wertungen des Bundesverfassungsgerichts für verfassungsrechtlich zweifelhaft¹⁵³⁷ und verzichtete daher auf einen expliziten Ausschluss des Samenspenders aus dem Kreis der anfechtungsberechtigten Personen.¹⁵³⁸

¹⁵³² Die Gesetzgebungsinitiative geht zurück auf die EU-Geweberichtlinie vom 31.03.2004, siehe S. 28 f.

¹⁵³³ BGBl. I, S. 598 ff.

¹⁵³⁴ Diese Änderung des Gesetzes war aufgrund eines Beschlusses des Bundesverfassungsgerichtes vom 09.04.2003 nötig geworden, BVerfGE 108, 82ff. = NJW 2003, 2151ff.

¹⁵³⁵ Spickhoff: Vaterschaft und Fortpflanzungsmedizin, in: Hofer/Klippel/Walter (Hrsg.): Festschrift für Dieter Schwab, S. 923 (942).

¹⁵³⁶ BT-Drs. 15/2253, S. 15; Staudinger/Rauscher, § 1600 Rdn. 94.

¹⁵³⁷ BT-Drs. 15/ 2253, S. 20; Staudinger/Rauscher, § 1600 Rdn. 94; so auch NomosKommBGB/Gutzeit, § 1600 Rdn. 28. Dennoch wäre nach Rauscher eine eindeutige gesetzliche Regelung wünschenswert. Der Ausschluss des Samenspenders aus dem Kreis der Anfechtungsberechtigten sei möglich, weil der Samenspender seine Einwilligung zu der Befruchtung mit seinem Samen gegen Geld abgegeben hat und mithin von Anfang an keinerlei Rechtsposition gegenüber dem Kind einnehmen wollte. Dafür spreche auch der Umstand, dass der einwilligende rechtliche Vater, der an der Anfechtung gehindert ist, ansonsten mit finanziellen Anreizen versuchen könnte, den Samenspender zu einer Anfechtung der Vaterschaft zu bewegen, Staudinger/Rauscher, § 1600 Rdn. 94. Diese Gefahr besteht jedoch nur, wenn zwischen rechtl. Vater und Kind keine sozial-familiäre Beziehung festgestellt werden kann. Im Hinblick auf die

2. Konkludent erklärter Verzicht durch Teilnahme an Samenspende

Diskutiert wird jedoch, ob in der Teilnahme an der Samenspende bereits ein konkludenter (rechtsgeschäftlicher) Verzicht auf das Anfechtungsrecht durch den Samenspender zu sehen ist.

Teilweise wird ein konkludent erklärter automatischer Verzicht auf das Anfechtungsrecht durch Teilnahme an einem Samenspendeprogramm verneint.¹⁵³⁹ Demgegenüber vertrat der Rechtsausschuss des Bundestages die Ansicht, dass die Bereitschaft des Samenspenders zur Samenspende als konkludenter Verzicht auf die rechtliche Vaterschaft und damit auf das Anfechtungsrecht zu werten sei.¹⁵⁴⁰ Daher sei eine explizite Ausschlussvorschrift –wie sie vom Bundesrat gefordert wurde– auch nicht notwendig.¹⁵⁴¹ Die Ansicht des Rechtsausschusses ist abzulehnen, da auf das Anfechtungsrecht nicht wirksam vertraglich verzichtet werden kann.¹⁵⁴²

In letzter Zeit wird jedoch vorgebracht, dass der Ansatzpunkt der Unverzichtbarkeit des Anfechtungsrechts durch die Regelung in § 1600 Abs. 5 BGB entfallen sei. Insofern führt Wehrstedt¹⁵⁴³ aus, dass das frühere Abstammungsrecht vor Einführung des § 1600 Abs. 5 BGB nicht zur Disposition der Beteiligten stand. Durch die Einführung des § 1600 Abs. 5 BGB, der bei Wirksamkeit der Einwilligungen zum Verlust des Anfechtungsrechts führe, stehe aber fest, dass der Gesetzgeber dem Handeln der Beteiligten nunmehr unmittelbaren Einfluss auf die Zuordnung des Kindes geben wollte. Daher könne die Teilnahme des Spenders an einem Samenspendeprogramm sehr wohl als wirksamer Verzicht auf das Anfechtungsrecht zu werten sein. Auch könne ein Verstoß gegen Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG nicht festgestellt werden. Ein Recht auf Vorrang bzw. Durchsetzung der biologischen Elternschaft werde auch vom Bundesverfassungsgericht nicht gefordert. Parallelen seien insofern eher zum Adoptionsrecht zu ziehen. In § 1748 BGB sei vorgesehen, dass die Einwilligung eines Elternteils zur Adoption in den Fällen ersetzt werden könne, in denen dieser seine Pflicht gegenüber dem Kind anhaltend gröblich verletzt oder durch sein Verhalten gezeigt hat, dass

aus einer Vaterschaftsfeststellung resultierenden Ansprüche des Kindes gegen den Samenspender ist diese Gefahr wohl als eher gering einzustufen. Für diese Fälle könnte zudem das Instrument des Rechtsmissbrauches eine solche Anfechtung verbieten.

¹⁵³⁸ Staudinger/Rauscher, § 1600 Rdn. 94; vgl. zum Gang des Gesetzgebungsverfahrens Genenger, S. 112 f.

¹⁵³⁹ So Bruder Müller auch noch nach dem Urteil des Bundesgerichtshofs zum Anfechtungsrecht des Samenspenders im Fall einer konsentierten heterologen Insemination, Palandt/Bruder Müller, § 1600 Rdn. 12. Löhnig/Preisner gehen davon aus, dass selbst ein ausdrücklicher Verzicht des Samenspenders unwirksam ist, vgl. Löhnig/Preisner, FamFR 2013, S. 340 (341 ff.).

¹⁵⁴⁰ BT-Drs. 15/2492, S. 9. In der Stellungnahme des Bundesrates war vorgesehen, dass der Samenspender als Dritter in § 1600 Abs. 4 BGB a.F. eindeutig benannt wird, vgl. BT-Drs. 15/2253, S. 15; so auch Hübner, S. 222, die in der Zustimmung einen Verzicht auf die spätere Übernahme der Verantwortung für das Kind sieht. Auch der Bundesgerichtshof hat ausgeführt, dass jedenfalls im Fall der anonymen Samenspende ein Verzicht auf das Anfechtungsrecht anzunehmen ist, Main-Echo vom 16. Mai 2013: „Schwuler streitet mit Lesben um Kind“.

¹⁵⁴¹ BT-Drs. 15/2492, S. 9.

¹⁵⁴² Siehe S. 232; so auch NomosKommBGB/Gutzeit, § 1600 Rdn. 28.

¹⁵⁴³ Wehrstedt, DNotZ 2005, S. 649 (651 f.).



ihm das Kind gleichgültig ist, und es anderenfalls zu einem unverhältnismäßigen Nachteil auf Seiten des Kindes komme.¹⁵⁴⁴

Dem ist entgegenzuhalten, dass das Handeln der Beteiligten auch nach Einführung des § 1600 Abs. 5 BGB nicht für die originäre rechtliche Zuordnung des Kindes maßgeblich ist. Dies wäre nur der Fall bei einer automatischen Zuordnung der rechtlichen Elternschaft aufgrund Zustimmung zur künstlichen Befruchtung. Das Handeln der Eltern hat nach jetzigem Recht nur Einfluss auf die Auflösung der rechtlichen Elternschaft. Insoweit kann ihm letztendlich nur die gleiche Bedeutung beigemessen werden wie dem Verstreichenlassen der gesetzlichen Anfechtungsfrist. Auch der Verweis auf die Vorschriften des Adoptionsrechts überzeugt nicht: Vor der Ersetzung der Einwilligung eines Elternteils wird dessen Verhalten durch ein Gericht überprüft. Bei der pauschalen Anerkennung des Anfechtungsverzichts kann ein Gesinnungs- bzw. Einstellungswandel des Samenspenders hingegen nicht berücksichtigt werden. Zudem würde der Samenspender seinen Verzicht bereits vor der Zeugung des Kindes unabänderlich erklären; die Einwilligung in die Adoption kann jedoch erst nach der Geburt des Kindes ersetzt werden, mithin erst, wenn die Elternteile bereits die Möglichkeit zum Kontakt mit ihrem Kind hatten.

Daraus folgt, dass der Samenspender allein durch die Teilnahme am Samenspendeprogramm noch nicht konkludent auf sein Anfechtungsrecht verzichtet. Dennoch erscheint es zweifelhaft, ob der Samenspender tatsächlich zur Anfechtung der Vaterschaft des Wunschvaters berechtigt ist.

3. Voraussetzungen des § 1600 Abs. 1 Nr. 2 BGB i.V.m. § 1600 Abs. 2 BGB

Der Samenspender muss, um anfechten zu können, an Eides statt versichern, der Mutter im Empfängniszeitraum beigewohnt zu haben. Zudem darf zwischen dem Wunschvater und dem durch die heterologe Befruchtung entstandenen Kind keine sozial-familiäre Beziehung bestehen oder im Zeitpunkt seines Todes bestanden haben. Des Weiteren muss der Anfechtende der leibliche Vater des Kindes sein, § 1600 Abs. 1 Nr. 2 BGB i.V.m. § 1600 Abs. 2 BGB.

a) Eidesstattliche Versicherung der Beiwohnung durch den Samenspender

Der Samenspender kann gemäß § 1600 Abs. 1 Nr. 2 BGB die Vaterschaft des Wunschvaters nur dann anfechten, wenn er eidesstattlich versichert, der Mutter im Empfängniszeitraum beigewohnt zu haben. Diskutiert wird, ob die Injizierung des Spenderspermas durch einen Arzt als Beiwohnung verstanden werden kann bzw. ob die Samenspende der Beiwohnung gleichgesetzt werden muss.¹⁵⁴⁵

¹⁵⁴⁴ Wehrstedt, DNotZ 2005, S. 649 (652).

¹⁵⁴⁵ Genenger, S. 113 f.

1) Keine Beiwohnung

Zur Auslegung des Begriffes „Beiwohnung“ soll zunächst auf die Ausführungen zu § 1600d Abs. 2 S. 1 BGB, nach dem im gerichtlichen Vaterschaftsfeststellungsverfahren die Vaterschaft auch aufgrund Beiwohnung während der Empfängniszeit vermutet werden kann, zurückgegriffen werden. Unter Beiwohnung im Sinne von § 1600d Abs. 2 S. 1 BGB wird jede sexuelle Handlung zwischen einem Mann und einer Frau verstanden, die geeignet ist, durch befruchtungsfähige Spermien die Befruchtung einer Eizelle herbeizuführen.¹⁵⁴⁶ Daher wird vertreten, dass die Zeugung durch künstliche Insemination gerade keine Beiwohnung darstelle,¹⁵⁴⁷ da der das Sperma einbringende Vorgang gerade nicht in einer sexuellen Handlung zwischen Mann und Frau bestehe¹⁵⁴⁸. Das Erfordernis verhindere deshalb die Einleitung eines Anfechtungsverfahrens durch den Samenspender.¹⁵⁴⁹

Auch der Bundesgerichtshof hat in seinem Urteil vom 26.01.2005¹⁵⁵⁰ in einem obiter dictum zur Frage des Anfechtungsrechts des Samenspenders Stellung genommen. Er führte aus, dass das Anfechtungsrecht nur den Männern zustehe, die versichern können, der Mutter während der Empfängniszeit beigewohnt zu haben. Dies könne der Samenspender aber gerade nicht vortragen.¹⁵⁵¹ Zuvor hatte sich der Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages bereits in ähnlicher Weise geäußert.¹⁵⁵² Auch aus der ursprünglichen Absicht des Gesetzgebers, das Anfechtungsrecht des Samenspenders¹⁵⁵³ klarstellend auszuschließen, um das mit § 1600 Abs. 5 BGB verfolgte Ziel, dem Kind seinen sozialen Vater und die damit verbundenen Rechte zu erhalten, kann nur folgen, dass er grundsätzlich das Erfordernis der Beiwohnung nicht als erfüllt ansieht.¹⁵⁵⁴

2) Gleichsetzung von Beiwohnung und Samenspende

Dagegen wird vertreten, dass die künstliche Befruchtung mit Spendersamen zwar keine Beiwohnung im Sinne des § 1600d Abs. 2 S. 1 BGB sei, mit dieser aber gleichgesetzt werden müsse.¹⁵⁵⁵ Die Gleichsetzung sei notwendig, um dem Sinn und Zweck des

¹⁵⁴⁶ MüKoBGB/Wellenhofer, § 1600d Rdn. 97; Staudinger/Rauscher, § 1600d Rdn. 49.

¹⁵⁴⁷ Staudinger/Rauscher, § 1600d Rdn. 50; Bamberger/Roth/Hahn, § 1600 Rdn. 3; Höfelmann, FamRZ 2004, S. 745 (749); Pieper, FuR 2004, S. 385 (386); Weinbrecht: Rechtsprobleme der künstlichen Insemination de lege lata und de lege ferenda, in: Löhnig/Gietl (Hrsg.): Beiträge zur Reform des Familien- und Erbrechts, S. 258 (306); auch Wehrstedt, RNotZ 2005, S. 109 (114); Taupitz/Schlüter, AcP 2005, S. 591 (619).

¹⁵⁴⁸ Staudinger/Rauscher, § 1600d Rdn. 50.

¹⁵⁴⁹ BT-Drs. 15/2492, S. 9; Erman/Hammermann, § 1600 Rdn. 9; PWW/Pieper, 5. Auflage, § 1600 Rdn. 7; Will, FPR 2005, S. 172 (175); Bamberger/Roth/Hahn, § 1600 Rdn. 3; Höfelmann, FamRZ 2004, S. 745 (749); so auch Spickhoff, Medizinrecht, § 1600 Rdn. 5; ablehnend NomosKommBGB/Gutzeit, § 1600 Rdn. 28.

¹⁵⁵⁰ BGH, DNotZ 2005, S. 707 ff.

¹⁵⁵¹ BGH, DNotZ 2005, S. 707 (709).

¹⁵⁵² BT-Drs. 15/2492, S. 9.

¹⁵⁵³ BT-Drs. 15/2253, S. 15; BT-Drucks 15/2492, S. 9 hingegen hielt diesen nicht für notwendig, da diese Wirkung bereits durch das Erfordernis der eidesstattlichen Versicherung erreicht werde.

¹⁵⁵⁴ BT-Drs. 15/2253, S. 20, hier auf das Bestehen einer sozial-familiären Beziehung abstellend.

¹⁵⁵⁵ MüKoBGB/Wellenhofer, § 1600d Rdn. 98; Palandt/Brudermüller, § 1600d Rdn. 10; Genenger, S. 116; Coester-Waltjen hält die Gleichstellung jedenfalls nicht für ausgeschlossen, Gernhuber/Coester-Waltjen, § 53 II Rdn. 15. Der Bundesgerichtshof geht davon aus, dass ein Anfechtungsverfahren zumindest in den



Vaterschaftsanfechtungsrechts sowie den Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts, wonach dem biologischen Vater zumindest die Möglichkeit eines verfahrensrechtlichen Zugangs zu der rechtlichen Elternstellung eingeräumt werden müsse, Genüge zu tun.¹⁵⁵⁶ Daher sprächen vor allem verfassungsrechtliche Bedenken gegen den Ausschluss des Anfechtungsrechts aufgrund Nichterfüllbarkeit der „Beiwohnungsvermutung“ auf Seiten des Samenspenders¹⁵⁵⁷ jedenfalls in den Fällen, in denen der Zeugung des Kindes keine auf die Vaterschaft eines Dritten gerichtete Übereinkunft der Beteiligten im Sinne von § 1600 Abs. 5 BGB vorausgegangen ist.¹⁵⁵⁸ Um die Beiwohnung vermuten zu können, müsse allerdings eindeutig feststehen, dass der verwendete Samen von dem Samenspender herrühre.¹⁵⁵⁹

3) Stellungnahme

Geht man von der wortlautgetreuen Auslegung des Begriffs „Beiwohnung“ aus, muss man die Gleichsetzung der Begriffe Beiwohnung und Fremdsamenübertragung wohl ablehnen, da bei der künstlichen Samenübertragung keine in irgendeiner Weise gearteten sexuellen Handlungen feststellbar sind, aus denen die Zeugung des Kindes resultieren kann.¹⁵⁶⁰ Folge der wortlautgetreuen Auslegung wäre deshalb, dass der Samenspender als biologischer Vater nicht zur Anfechtung der Vaterschaft berechtigt wäre. Dieses Ergebnis erscheint auch nicht unbillig, da zwischen der natürlichen Zeugung eines Kindes und der Teilnahme an einem Samenspendezyklus grundlegende Unterschiede bestehen: Das Kind wird bei einer künstlichen Befruchtung nicht durch eine geschlechtliche Vereinigung (=Beiwohnung), sondern durch die ärztliche Einbringung des Samens mittels Spritze in den Genitaltrakt der Frau gezeugt. Es liegt damit nicht nur ein erheblicher Unterschied zwischen den Zeugungsarten vor. Auch die Ausgangslage stellt sich grundlegend anders dar. Der Partner stand zumindest in „einmaligem“ persönlichem Kontakt zu der Mutter, dagegen hat sich der Samenspender mit der Abgabe seines Spermias bei der Samenbank der Rechte an den Keimzellen begeben. Bei Anerkennung der Gleichstellung von Beiwohnung und Insemination würde daher eine nicht zu rechtfertigende Besserstellung des Samenspenders erfolgen, der ohne persönliche Beziehungen zur Kindesmutter –vielmehr unter Merkantilisierung seines Spermias¹⁵⁶¹– in die Vaterposition einrücken und damit auch das Elternrecht der Mutter sowie die Mutter-Kind-Beziehung beeinträchtigen könnte.

Fällen möglich sein muss, in denen der Samenspender die Mutter gekannt hat und in denen der Zeugung des Kindes keine auf die Vaterschaft eines Dritten gerichtete Übereinkunft der Beteiligten im Sinne von §1600 Abs. 5 BGB vorausgegangen ist, BGH vom 15.05.2013, Az. XII ZR 49/11, Rdn. 15 = NJW 2013, S. 2589 (2590); Main-Echo vom 16. Mai 2013 „Schwuler streitet mit Lesben um Kind.“

¹⁵⁵⁶ Genenger, S. 115.

¹⁵⁵⁷ NomosKommBGB/Gutzeit, § 1600 Rdn. 28.

¹⁵⁵⁸ BGH vom 15.05.2013, Az. XII ZR 49/11, Rdn. 15 = NJW 2013, S. 2589 (2590). Diese Rechtsprechung begrüßend, Remus/Liebscher, NJW 2013, S. 2558 (2559).

¹⁵⁵⁹ MüKoBGB/Wellenhofer, § 1600d Rdn. 98.

¹⁵⁶⁰ So auch Genenger, S. 114.

¹⁵⁶¹ a. A. Stepan: Rechtsvergleichende Gedanken zur Regelung der heterologen Insemination, in: Stoffel/Volken (Hrsg.): Festschrift für von Overbeck, S. 545 (571), der von altruistischen Motiven des Samenspenders ausgeht.

Ein anderes Begriffsverständnis scheint jedoch im Hinblick auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes¹⁵⁶² geboten zu sein.¹⁵⁶³ Auch der leibliche (= biologische) Vater ist in den Schutzbereich des Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG einbezogen.¹⁵⁶⁴ Eltern sind bei der künstlichen Befruchtung mit Spendersamen mithin der rechtliche Vater, die Mutter und der biologische Vater.¹⁵⁶⁵ Zwar ist der Samenspender als leiblicher Vater des Kindes nicht Träger des Elternrechtes aus Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG. Dennoch muss wohl auch ihm –wie jedem biologischen Vater– ein verfahrensrechtlicher Zugang zur Elternverantwortung eingeräumt werden.¹⁵⁶⁶ Die Begründung der rechtlichen Vaterstellung des Samenspenders muss deshalb bei Fehlen einer sozial-familiären Beziehung zwischen Wunschvater und Kind möglich sein.¹⁵⁶⁷ Aufgrund des Anfechtungsrechts erhält das Kind in diesen Fällen die Chance, eine familiäre Beziehung zu dem Mann, der sein biologischer Vater ist, aufzubauen.¹⁵⁶⁸ Zudem ging auch der Gesetzgeber davon aus, dass allein die Voraussetzung der „eidesstattlichen Versicherung der Beiwohnung“ den Samenspender nicht von der Anfechtung der Vaterschaft ausschließt.¹⁵⁶⁹ Durch dieses Verständnis des Begriffs „Beiwohnung“ wird der Samenspender dem biologischen Vater, der das Kind auf natürliche Weise gezeugt hat, gleichgestellt. Damit geht auch keine erhöhte Gefährdung der sozial-familiären Beziehung des rechtlichen Vaters und des Kindes einher. Sofern eine sozial-familiäre Bindung zwischen Wunschvater und Kind besteht, ist die Anfechtung –wie im Fall der natürlichen Zeugung– ausgeschlossen.¹⁵⁷⁰

Für die Gleichsetzung spricht auch die Rechtsprechung des EGMR¹⁵⁷¹ zu Art. 8 EMRK. Im Fall M. gegen die Niederlande beehrte der Samenspender die Einräumung eines (weitergehenden) Besuchsrechts. Die Absprachen zwischen Samenspender und Kindesmutter sahen zunächst ein wöchentliches Besuchsrecht vor, bevor die homosexuelle Kindesmutter den Umgang gänzlich verweigerte. Anlass für die Besuchsverweigerung war der Umstand, dass der Samenspender ein weiteres Besuchsrecht, nämlich einen monatlichen Wochenendbesuch, für sich in Anspruch nehmen wollte. Die Kommission verneinte eine Verletzung von Art. 8 EMRK, da das Vorliegen eines Familienlebens zwischen dem genetischen Vater und dem Kind im Sinne von Art. 8 EMRK nicht festgestellt werden konnte. Nach den Ausführungen des Gerichts sei die Samenspende nur zur Ermöglichung der Schwangerschaft erfolgt. Dieser Umstand stelle nur eine ungenügende Basis für ein Familienleben dar. Sofern nicht weitere Umstände hinzuträten, wie z.B. häusliche

¹⁵⁶² BVerfG, NJW 2003, S. 2151 ff.

¹⁵⁶³ Spickhoff: Vaterschaft und Fortpflanzungsmedizin, in: Hofer/Klippel/Walter (Hrsg.): Festschrift für Dieter Schwab, S. 923 (943).

¹⁵⁶⁴ BVerfG, NJW 2003, S. 2151 (2152). Hübner führt dagegen aus, dass der Samenspender gerade auf dieses Recht verzichtet habe, Hübner, S. 222.

¹⁵⁶⁵ Von Mangoldt/Klein/Starck/Robbers, Art. 6 Rdn. 174.

¹⁵⁶⁶ BVerfG, NJW 2003, S. 2151 (2152).

¹⁵⁶⁷ Genenger, S. 115.

¹⁵⁶⁸ Genenger, S. 116.

¹⁵⁶⁹ BT-Drs. 15/2253, S. 20.

¹⁵⁷⁰ Genenger, S. 116.

¹⁵⁷¹ Vgl. Kopper-Reifenberg, S. 176 f.

Gemeinschaft, finanzielle Unterstützung etc., sei das genetische Band nicht stark genug, um Art. 8 EMRK zu verletzen und damit Rechte auf Seiten des Samenspenders auszulösen. Im Umkehrschluss dürfte aus der Rechtsprechung des EGMR jedoch folgen, dass dem Samenspender grundsätzlich die Anfechtung gestattet sein muss, sofern eine soziale Beziehung zu dem Kind besteht. Damit gebietet sich eine Gleichstellung der Begriffe „Beiwohnung“ und „Insemination“. Dennoch wäre eine eindeutige gesetzliche Regelung wünschenswert.

b) Keine sozial-familiäre Beziehung zwischen Wunschvater und Kind

Weitere Voraussetzung gemäß § 1600 Abs. 2 BGB ist, dass zwischen dem Kind und seinem rechtlichen Vater keine sozial-familiäre Beziehung besteht.¹⁵⁷² Für die Beurteilung, ob eine solche Beziehung vorliegt, kommt es auf den Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung an.¹⁵⁷³

Gemäß § 1600 Abs. 4 S. 1 BGB liegt eine sozial-familiäre Beziehung vor, wenn der Wunschvater tatsächliche Verantwortung für das Kind trägt bzw. im Zeitpunkt seines Todes getragen hat. Der rechtliche Vater muss sich mithin um das Kind tatsächlich kümmern bzw. vor seinem Tod gekümmert haben.¹⁵⁷⁴ Die reine Zahlvaterschaft wird von dem Begriff der Verantwortungsübernahme nicht erfasst.¹⁵⁷⁵ Sollte der Vater im Zeitpunkt der Anfechtung bereits verstorben sein, so muss die sozial-familiäre Beziehung im Zeitpunkt seines Todes bestanden haben. Ist der rechtliche Vater¹⁵⁷⁶ bereits vor der Geburt des Kindes verstorben, steht keine sozial-familiäre Beziehung einer Anfechtung entgegen.¹⁵⁷⁷ Die Übernahme tatsächlicher Verantwortung wird gemäß § 1600 Abs. 4 S. 2 BGB vermutet, wenn der rechtliche Vater mit der Mutter verheiratet ist oder (unverheiratet) längere Zeit in häuslicher Gemeinschaft mit dem Kind gelebt hat. In den Fällen, in denen das Kind mit seinem rechtlichen Vater tatsächlich zusammenlebt, wird man im Sinne der Vermutung gemäß § 1600 Abs. 4 S. 2 BGB daher von einer sozial-familiären Beziehung ausgehen können.¹⁵⁷⁸ Ein längeres Zusammenleben in häuslicher Gemeinschaft ist gegeben, wenn der rechtliche Vater

¹⁵⁷² Besteht eine sozial-familiäre Beziehung, ist dem biologisch-genetischen Vater die Anfechtung der rechtlichen Vaterschaft des Wunschvaters nicht möglich. Diesen Ausschluss des biologisch-genetischen Vaters von der rechtlichen Elternstellung bei Vorliegen einer sozial-familiären Bindung ist mit der EMRK vereinbar. Insoweit hat der EGMR entschieden, dass weder eine Diskriminierung nach Art. 14 i.V.m. Art. 8 EMRK vorliegt noch Art. 8 EMRK selbst verletzt ist, vgl. Remus/Liebscher, NJW 2013, S. 2558.

¹⁵⁷³ BGHZ 170, 161 (166 f.) = FamRZ 2007, S. 538 (539); Erman/Hammermann, § 1600 Rdn. 18; OLG Hamm, Urteil vom 04.08.2006, 9 UF 32/06.

¹⁵⁷⁴ MüKoBGB/Wellenhofer, § 1600 Rdn. 8.

¹⁵⁷⁵ Erman/Hammermann, § 1600 Rdn. 12; MüKoBGB/Wellenhofer, § 1600 Rdn. 8.

¹⁵⁷⁶ Die Vaterschaft kann aufgrund § 1593 BGB bzw. aufgrund Anerkennung der Leibesfrucht vor Tod des Vaters begründet sein.

¹⁵⁷⁷ MüKoBGB/Wellenhofer, § 1600 Rdn. 9.

¹⁵⁷⁸ MüKoBGB/Wellenhofer, § 1600 Rdn. 8; Spickhoff: Vaterschaft und Fortpflanzungsmedizin, in: Hofer/Klippel/Walter (Hrsg.): Festschrift für Dieter Schwab, S. 923 (942).



mehr als ein Jahr mit dem Kind zusammenlebt.¹⁵⁷⁹ Das Nichtbestehen einer sozial-familiären Beziehung muss für das Gericht feststehen, um das Anfechtungsrecht des Samenspenders zu begründen; ein non-liquet geht daher zu Lasten des Samenspenders.¹⁵⁸⁰

Daher dürfte im Falle des Vorhandenseins eines Wunschvaters, der mit dem Kind und der Mutter zusammenlebt, die Anfechtung für den Samenspender ausgeschlossen sein. Jedoch sind auch Fälle denkbar, in denen die Ehe bzw. Lebenspartnerschaft der Wunscheltern kurz vor oder nach der Geburt des Kindes scheitert. Aufgrund des Nichtvorliegens einer sozial-familiären Beziehung könnte in diesen Fällen das vom Samenspender eingeleitete Anfechtungsverfahren Erfolg haben.

c) Vaterschaft des Anfechtenden (§ 1600 Abs. 2 2. Alt. BGB)

Der Anfechtende muss weiterhin der leibliche Vater des Kindes sein. Diese Voraussetzung erfüllt der Samenspender, sofern das Kind tatsächlich aus einer heterologen Befruchtung hervorgegangen ist, bei der der von ihm gespendete Samen verwendet wurde.

d) Einordnung der Anfechtungsvoraussetzungen

Während nach überwiegender Ansicht es sich bei der Voraussetzung des Nichtbestehens einer sozial-familiären Beziehung um eine Frage der Begründetheit handelt,¹⁵⁸¹ ist die Einordnung der eidesstattlichen Versicherung der Beiwohnung umstritten.¹⁵⁸²

Teilweise wird vertreten, insoweit handele es sich um eine Zulässigkeitsvoraussetzung.¹⁵⁸³ Dies folge aus dem Gesetzgebungsverfahren. Die zunächst im Regierungsentwurf vorgesehene Glaubhaftmachung, die zur materiellen Schlüssigkeitsprüfung gehöre, sei durch die Versicherung an Eides statt ersetzt worden, um eine Zulässigkeitshürde für das Verfahren

¹⁵⁷⁹ MükoBGB/Wellenhofer, § 1600 Rdn. 12. Dagegen will Rauscher erst bei einem Zusammenleben von mehr als zwei Jahren von einer längeren Zeit sprechen, Staudinger/Rauscher, § 1600 Rdn. 46b.

¹⁵⁸⁰ BGH, FamRZ 2007, S. 538 (540 f.); Eckebrecht, FPR 2005, S. 205 (209); Palandt/Brudermüller, § 1600 Rdn. 8; Erman/Hammermann, § 1600 Rdn. 21; Büttner: Der biologische (genetische) Vater und seine Rechte, in: Hofer/Klippel/Walter (Hrsg.): Festschrift für Dieter Schwab, S. 735 (738); Will, FPR 2005, S. 172 (176); MükoBGB/Wellenhofer, § 1600 Rdn. 8; Höfelmann, FamRZ 2004, S. 745 (749); Weinreich/Klein/Friederici, Fachanwaltskommentar Familienrecht, § 1600 Rdn. 8.

¹⁵⁸¹ BGHZ 170, S. 161 (166) = BGH, NJW 2007, S. 538 (539); BGH, NJW 2007, S. 1677; Staudinger/Rauscher, § 1600 Rdn. 40; Palandt/Brudermüller, § 1600 Rdn. 8; Seidel, FPR 2005, S. 181 (184); Höfelmann, FamRZ 2004, S. 745 (749); dafür spreche die Begründung der Neufassung des § 1600 Abs. 1 Nr. 2 BGB, wonach die positive Feststellung des Bestehens eine Anfechtung durch den leiblichen Vater auch für die Zukunft ausschließen solle. Diese Folge ist jedoch nur zu erreichen, wenn eine Entscheidung in der Sache ergeht, BT-Drs. 15/2253, S. 11; a.A. Wieser, FamRZ 2004, S. 1773 (1774), der auch insoweit von einer Zulässigkeitsvoraussetzung ausgeht.

¹⁵⁸² Die leibliche Vaterschaft des Anfechtenden ist unbestritten eine Frage der Begründetheit.

¹⁵⁸³ Wieser, FamRZ 2004, S. 1773 (1774); Friederici, jurisPR-FamR 7/2004 Anm. 6; Erman/Hammermann, § 1600 Rdn. 9; MükoBGB/Wellenhofer, § 1600 Rdn. 7; Staudinger/Rauscher, § 1600 Rdn. 36; wohl auch BGH, Urteil vom 15.05.2013, Az. XII ZR 49/11, Rdn. 19 f. = NJW 2013, S. 2589 (2590) .

zu schaffen.¹⁵⁸⁴ Folge dessen sei, dass über diese Frage kein Beweis erhoben werden könne.¹⁵⁸⁵

Überwiegend wird jedoch davon ausgegangen, dass es sich um eine materiell-rechtliche Voraussetzung und damit um ein Begründetheitserfordernis handele.¹⁵⁸⁶ Die Erklärung der Versicherung an Eides statt erhöhe die Substantiierungspflicht des Anfechtenden. Damit gehöre dieses Erfordernis zur Schlüssigkeit.¹⁵⁸⁷ Durch das Erfordernis sollten Anfechtungsverfahren „ins Blaue hinein“ verhindert werden.¹⁵⁸⁸

Für die Einordnung als materiell-rechtliche Voraussetzung spricht die Einschätzung des Gesetzgebers. Dieser wollte die Abgabe der eidesstattlichen Versicherung als Schlüssigkeitsvoraussetzung des Antrages verstehen.¹⁵⁸⁹ Durch das Erfordernis wird die Anfechtungsberechtigung des Samenspenders modifiziert.¹⁵⁹⁰ Ihn trifft eine höhere Darlegungslast, die sich bei der Schlüssigkeit des Antrages auswirkt. Die Einordnung als Zulässigkeitskriterium hätte dagegen zur Folge, dass der Samenspender aufgrund der eingeschränkten Rechtskraft des Beschlusses mehrfach das Anfechtungsverfahren betreiben könnte, da kein Antragsverbrauch einträte. Dies würde jedoch zu erheblichen Beeinträchtigungen der Wunschelternfamilie führen. Zudem erwiese sich dieses Vorgehen als rechtsmissbräuchlich, da der Samenspender als Keimzellengeber nach seinen ursprünglichen Vorstellungen niemals beabsichtigte, die Verantwortung für das Kind zu übernehmen.¹⁵⁹¹ Mithin ist die Einordnung als Zulässigkeitskriterium abzulehnen.

e) Zwischenergebnis

Letztendlich entscheidet das Bestehen bzw. Nichtbestehen einer sozial-familiären Beziehung über den Erfolg des vom Samenspender betriebenen Anfechtungsverfahrens, da davon auszugehen ist, dass es sich bei ordnungsgemäßer Dokumentation der Samenspende und

¹⁵⁸⁴ Erman/Hammermann, § 1600 Rdn. 9; Staudinger/Rauscher, § 1600 Rdn. 36.

¹⁵⁸⁵ Staudinger/Rauscher, § 1600 Rdn. 36.

¹⁵⁸⁶ So ausdrücklich BT-Drs. 15/2253, S. 20; Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses, BT-Drs. 15/2253, S. 9; Will, FPR 2005, S.172 (175); Höfelmann FamRZ 2004, S. 745 (749); PWW/Pieper, 5. Auflage, § 1600 Rdn. 7; Eckebrecht, FPR 2005, S. 205 (208); Bamberger/Roth/Hahn, § 1600 Rdn. 3; so auch Weinreich/Klein/Friederici, Fachanwaltskommentar Familienrecht, § 1600 Rdn. 7; offen gelassen von Büttner: Der biologische (genetische) Vater und seine Rechte, in: Hofer/Klippel/Walter (Hrsg.): Festschrift für Dieter Schwab, S. 735 (736).

¹⁵⁸⁷ Weinreich/Klein/Friederici, Fachanwaltskommentar Familienrecht, § 1600 Rdn. 7; Eckebrecht, FPR 2005, S. 205 (208), der insoweit auf ein rechtssystematisches Problem der Gesetzesfassung hinweist.

¹⁵⁸⁸ Eckebrecht, FPR 2005, S. 205 (208); Weinreich/Klein/Friederici, Fachanwaltskommentar Familienrecht, § 1600 Rdn. 7.

¹⁵⁸⁹ Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses, BT-Drs. 15/2492, S. 9; so bereits für das Erfordernis der „Glaubhaftmachung“, das im Wege der eidesstattlichen Versicherung erfüllt werden sollte, BT-Drs. 15/2253, S. 10.

¹⁵⁹⁰ Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses, BT-Drs. 15/2492, S. 9; so ausdrücklich in der Gegenäußerung der Bundesregierung, BT-Drs. 15/2253, S. 20. Durch den Austausch der Begrifflichkeit „Glaubhaftmachung“ gegen „Eidesstattliche Versicherung“ sollten Streitigkeiten der Parteien dahingehend vermieden werden, ob die Glaubhaftmachung der Beiwohnung tatsächlich gelungen ist.

¹⁵⁹¹ Wolf, FuR 1998, S. 392 (395).



deren Verwendung bei dem Samenspender um den biologisch-genetischen Vater des Kindes handeln wird. Sofern eine sozial-familiäre Beziehung zwischen Wunschvater und Kind nicht festgestellt werden kann, hat das Anfechtungsverfahren daher Erfolg und der Samenspender ist als rechtlicher Vater des Kindes festzustellen (§ 182 Abs. 1 S. 1 FamFG).

I. Anfechtungsrecht der Behörde

Durch das Gesetz zur Ergänzung des Rechts zur Anfechtung der Vaterschaft vom 13.03.2008¹⁵⁹² wurde mit Wirkung zum 01.06.2008 das Recht zur Anfechtung der Vaterschaft für Behörden¹⁵⁹³ in das Bürgerliche Gesetzbuch eingefügt.¹⁵⁹⁴ Um die Auswirkungen des behördlichen Anfechtungsrechts auf die Vaterschaft des mit Spendersamen gezeugten Kindes beurteilen zu können, sollen zunächst dessen Voraussetzungen skizziert werden.

1. Voraussetzungen des behördlichen Anfechtungsrechts

Das behördliche Anfechtungsrecht setzt voraus, dass zwischen dem Kind und dem Anerkennenden keine sozial-familiäre Beziehung besteht und durch die Anerkennung rechtliche Voraussetzungen für den legalen Aufenthalt bzw. die legale Einreise geschaffen werden.

a) Vaterschaft durch Anerkennung

Gemäß § 1600 Abs. 1 Nr. 5 BGB ist das behördliche Anfechtungsrecht auf die Anfechtung der Vaterschaften beschränkt, die durch Anerkennung nach § 1592 Nr. 2 BGB begründet wurden.

b) Nichtbestehen einer sozial-familiären Beziehung

Voraussetzung der Vaterschaftsanfechtung gemäß § 1600 Abs. 1 Nr. 5 i.V.m. § 1600 Abs. 3 BGB ist, dass zwischen dem Kind und dem Anerkennenden keine sozial-familiäre Beziehung besteht oder im Zeitpunkt der Anerkennung oder des Todes des Anerkennenden bestanden

¹⁵⁹² BGBl. I, S. 313 ff.

¹⁵⁹³ Gemäß § 1600 Abs. 6 S. 1 BGB sind die Landesregierungen ermächtigt, durch Rechtsverordnungen die zuständige Behörde zu bestimmen. In Hessen wurden in § 1 der Verordnung zur Bestimmung der zuständigen Behörde in Vaterschaftsanfechtungsverfahren zur Vermeidung unberechtigter Aufenthaltstitel vom 26.05.2008 (GVBl. I 2008, S. 766) die Regierungspräsidien als anfechtungsberechtigte Behörden benannt.

¹⁵⁹⁴ Die Wiedereinführung eines behördlichen Anfechtungsrechts war umstritten. Bereits 1938 hatte der nationalsozialistische Gesetzgeber das Recht für den Staatsanwalt eingeführt, die Ehelichkeit des Kindes anzufechten, um die „nichtarische“ Abstammung eines Kindes aufzudecken, Gernhuber/Coester-Waltjen, § 52 V Rdn. 105; Helms: Die Feststellung der biologischen Abstammung, S. 38. Dieses Recht wurde in der Bundesrepublik mit dem Familienrechtsänderungsgesetz (FamÄndG) 1961 aufgehoben. Die Familie als Intimgruppe sollte vor staatlichen Eingriffen geschützt sein. Staatliche Eingriffe in den Familienbereich seien nicht mehr durch ein genügendes öffentliches Interesse an der Abstammung gerechtfertigt. Folge dessen sei, dass der Staat weder unbeschränkt noch zur Wahrung öffentlicher Interessen berechtigt sei, die Vater-Kind-Zuordnung aufzuheben, Gernhuber/Coester-Waltjen, § 52 V Rdn. 105; Helms: Die Feststellung der biologischen Abstammung, S. 43.

hat. Gemäß § 1600 Abs. 4 BGB ist eine sozial-familiäre Beziehung gegeben, wenn der rechtliche Vater zum maßgeblichen Zeitpunkt für das Kind tatsächliche Verantwortung trägt oder getragen hat.¹⁵⁹⁵ Mit diesem Erfordernis soll sichergestellt werden, dass keine von Art. 6 Abs. 1 GG geschützte intakte soziale Familie auseinandergerissen wird.¹⁵⁹⁶ Maßgeblicher Beurteilungszeitpunkt ist der Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidungsfindung, d.h. der letzten mündlichen Verhandlung, bzw. der Zeitpunkt, in dem die Anerkennung wirksam wurde.¹⁵⁹⁷ Die Übernahme der tatsächlichen Verantwortung durch den Anerkennenden kann sich unabhängig von den gesetzlichen Regelvermutungen¹⁵⁹⁸ auch aus anderen Indiztatsachen ergeben. Aus ihnen muss allerdings geschlossen werden können, dass der Anerkennende typische Elternrechte und -pflichten wahrnimmt.¹⁵⁹⁹ Daher dürfte unter Berücksichtigung der Ansicht des Bundesverfassungsgerichtes jede Form des regelmäßigen persönlichen Kontaktes mit dem Kind für die Bejahung einer sozial-familiären Beziehung ausreichend sein.¹⁶⁰⁰ Allein aus dem Fehlen dieser Umstände darf jedoch noch nicht auf das Nichtbestehen einer sozial-familiären Beziehung geschlossen werden. Auch der Umstand, dass sich der Anerkennende dauerhaft im Ausland aufhält, steht einer Übernahme der tatsächlichen Verantwortung grundsätzlich nicht entgegen.¹⁶⁰¹ Daher müssen die Umstände, die zu dem Fehlen des persönlichen Kontaktes führen, genau festgestellt werden.¹⁶⁰²

c) Ausländerrechtlicher Vorteil

Weitere Voraussetzung für das behördliche Anfechtungsrecht ist, dass für das Kind oder die Eltern ein ausländerrechtlicher Vorteil entstanden ist, dass also durch die Anerkennung die rechtlichen Voraussetzungen für die erlaubte Einreise oder den erlaubten Aufenthalt des Kindes oder eines Elternteils geschaffen wurden.

Gemäß § 4 Abs. 1 S. 2 StAG erwirbt seit 1993 das Kind einer unverheirateten ausländischen Mutter die deutsche Staatsbürgerschaft aufgrund Vaterschaftsanerkennung, sofern der anerkennende Mann deutscher Staatsbürger ist. Nach der alten Rechtslage konnte dagegen das Kind einer unverheirateten Mutter die Staatsangehörigkeit nur von seiner Mutter

¹⁵⁹⁵ Nach der Gesetzesbegründung ist der Verweis auf § 1600 Abs. 4 BGB sinnvoll, da so sichergestellt ist, dass sich die anfechtende Behörde für die Auslegung des Merkmals „sozial-familiäre“ Beziehung an der sich entwickelnden Auslegung dieses Merkmals in Literatur und Rechtsprechung orientieren kann, BT-Drs. 16/3291, S. 15. Dieser Ansatz des Gesetzgebers wird jedoch als verfehlt kritisiert, da die unterschiedlichen Interessenlagen nicht berücksichtigt wurden. Während es bei dem biologischen Vater darum geht, selbst die Vaterposition einzunehmen, greift der Staat aufgrund öffentlichen Interesses in eine Vaterposition ein, ohne für die Feststellung der wahren Abstammung zu sorgen, Arendt-Rojahn, FPR 2007, S. 395 (397); Grün, FuR 2007, S. 12 (13); Helms, StAZ 2007, S. 69 (72 f.); Kühnel, S. 208 ff.

¹⁵⁹⁶ BT-Drs. 16/3291, S. 13; Grün, FuR 2007, S. 12.

¹⁵⁹⁷ BT-Drs. 16/3291, S. 13; Grün, FuR 2007, S. 12 (13); MükoBGB/Wellenhofer, § 1600 Rdn. 21; Kühnel, S. 217 f.

¹⁵⁹⁸ Siehe S. 246 f.

¹⁵⁹⁹ Grün, FuR 2007, S. 12; BT-Drs. 16/3291, S. 13.

¹⁶⁰⁰ Grün, FuR 2007, S. 12.

¹⁶⁰¹ BT-Drs. 16/3291, S. 13; MükoBGB/Wellenhofer, § 1600 Rdn. 22.

¹⁶⁰² Letztendlich entscheidend dürfte sein, dass der Anerkennende auf sie keinen Einfluss hat, Grün, FuR 2007, S. 12 f.

ableiten.¹⁶⁰³ Weiterhin erhalten in Deutschland geborene Kinder ausländischer Staatsbürger die deutsche Staatsbürgerschaft gemäß § 4 Abs. 3 StAG, wenn ein Elternteil seit acht Jahren seinen rechtmäßigen gewöhnlichen Aufenthalt im Inland hat und er zu den freizügigkeitsberechtigten Unionsbürgern oder diesen gleichgestellten Bürgern aus weiteren Ländern gehört.¹⁶⁰⁴ Abgeleitet von der Staatsangehörigkeit des Kindes hat der ausländische Elternteil des minderjährigen Kindes gemäß § 28 Abs. 1 Nr. 3 AufenthG einen Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis zur Ausübung der Personensorge.¹⁶⁰⁵ Demgemäß dürfte der ausländerrechtliche Vorteil für eine Behörde einfach festzustellen sein.¹⁶⁰⁶

d) Fehlende biologisch-genetische Abstammung

Für den Erfolg des von einer Behörde betriebenen Anfechtungsverfahrens ist zudem notwendig, dass die angegriffene Vaterschaft objektiv unrichtig ist.¹⁶⁰⁷

e) Anfechtungsfristen

Die Anfechtungsberechtigung der Behörde ist -im Gegensatz zu den anderen Anfechtungsberechtigten, für die eine kenntnisabhängige Anfechtungsfrist von 2 Jahren gemäß § 1600b Abs. 1 S. 1 BGB gilt¹⁶⁰⁸- auf ein Jahr ab Kenntnis von dem Bestehen des Anfechtungsrechts gemäß § 1600b Abs. 1a BGB beschränkt. Die Anfechtungsfrist ist eine von Amts wegen zu berücksichtigende Ausschlussfrist.¹⁶⁰⁹ Zusätzlich zu der kenntnisabhängigen Einjahresfrist gilt eine fünfjährige Ausschlussfrist für die Anfechtung seit Wirksamkeit der Anerkennung nach Geburt des Kindes im Inland oder nach Einreise des Kindes.¹⁶¹⁰

2. Auswirkungen auf die Vaterschaft des künstlich gezeugten Kindes

Das behördliche Anfechtungsrecht kann nur in Einzelfällen die Behörde zur Anfechtung der Vaterschaft des mit Spendersamen gezeugten Kindes berechtigen. Dies ist Folge der Ausgestaltung des Anfechtungsrechts. Zum einen greift es nur bei Vaterschaften, die durch Anerkennung begründet wurden. Kein Anfechtungsrecht besteht mithin bei ehelichen

¹⁶⁰³ Arendt-Rojahn, FPR 2007, S. 395.

¹⁶⁰⁴ Beinkinstadt, JAmt 2007, S. 342; Göbel-Zimmermann, ZAR 2006, S. 81 (82).

¹⁶⁰⁵ Arendt-Rojahn, FPR 2007, S. 395; Erman/Hammermann, § 1600 Rdn. 22 f.; Grün, FuR 2006, S. 497. Auch der ausländische Mann, der das Kind einer Deutschen bzw. einer Ausländerin mit gesichertem Aufenthalt anerkannt hat, kann ein Aufenthaltsrecht bzw. einen Anspruch auf erlaubte Einreise aus § 28 Abs. 1 Nr. 3 AufenthG herleiten. Auf weitere denkbare Fallkonstellationen hinweisend, Kühnel, S. 223.

¹⁶⁰⁶ Beinkinstadt, JAmt 2007, S. 342 (343).

¹⁶⁰⁷ MükoBGB/Wellenhofer, § 1600 Rdn. 24.

¹⁶⁰⁸ Für das Kind greift jedoch eine Sonderregel ein. Ein volljähriges Kind, dessen gesetzlicher Vertreter die Vaterschaft nicht rechtzeitig angefochten hat, kann innerhalb von zwei Jahren nach Eintritt der Volljährigkeit dennoch die Vaterschaft anfechten. Voraussetzung dafür ist jedoch, dass die Frist für den gesetzlichen Vertreter noch zur Zeit der Minderjährigkeit des Kindes zu laufen begonnen hatte. Der Ablauf der Frist ist hingegen nicht erforderlich, vgl. Grün, Rdn. 299.

¹⁶⁰⁹ Grün, Rdn. 275.

¹⁶¹⁰ Beinkinstadt, JAmt 2007, S. 342 (343).

Kindern.¹⁶¹¹ Zum anderen müssen auch die beiden Voraussetzungen „Nichtbestehen einer sozial-familiären Beziehung“ sowie „Vorliegen eines ausländerrechtlichen Vorteils“ erfüllt sein. Das Bestehen einer sozial-familiären Beziehung zwischen Kind und Vater kann nur anhand der Umstände des Einzelfalles beurteilt werden. Hinsichtlich des Bestehens eines ausländerrechtlichen Vorteils ist festzustellen, dass betroffen von dem behördlichen Anfechtungsrecht nur „ausländische“ bzw. gemischt-nationale Partnerschaften sein können, da nur bei diesen ein Anlass zur Anerkennung allein aus aufenthaltsrechtlichen Gründen bestehen kann.¹⁶¹² Demnach ist der Kreis der Wunschelternpaare, bei denen eine Anfechtung in Betracht zu ziehen ist, als nicht besonders groß einzustufen.

Aber auch bei diesem eingeschränkten Kreis scheint ein Durchgreifen des behördlichen Anfechtungsrechts eher unwahrscheinlich. Aufgrund der restriktiven Voraussetzungen für künstliche Befruchtungen im ärztlichen Standesrecht dürfte ein ausländerrechtlicher Vorteil in der Praxis nicht gegeben sein. Ärzte sollen heterologe Befruchtungen nur in stabilen Lebenspartnerschaften durchführen. Dies setzt voraus, dass sich die Partner bereits längere Zeit kennen und in einer räumlichen und zeitlichen Nähebeziehung leben. Daher muss davon ausgegangen werden, dass sich beide Partner bereits legal in Deutschland aufhalten.

Dieses Ergebnis stützt sich auf folgende weitere Erwägungen: Sofern die heterologe Befruchtung unter Beachtung der standesrechtlichen Anforderungen erfolgt ist, haben die Lebenspartner ihre Einwilligung schriftlich nach ordnungsgemäßer Beratung gegenüber dem Arzt abgegeben. Die Lebenspartner haben damit erklärt, tatsächlich Verantwortung für das zu zeugende Kind übernehmen zu wollen. Die Einschaltung des Arztes führt zur Transparenz dieses Vorgangs. Damit unterscheidet sich die künstliche Befruchtung von den Fällen, die den Gesetzgeber zur Normierung des behördlichen Anfechtungsrechts bewogen haben. Diese sind dadurch gekennzeichnet, dass gerade kein soziales Vater-Kind-Verhältnis angestrebt wird und auch entstehende Unterhaltsverpflichtungen gegenüber dem Kind wegen mangelnder Leistungsfähigkeit des Anerkennenden nicht realisiert werden können.¹⁶¹³ Demgegenüber haben die nichtehelichen Lebenspartner mit ihrer Einwilligung zum Ausdruck gebracht, dass sie die Elternverantwortung für das Kind übernehmen wollen. Damit verbunden sind erhebliche Unterhaltsverpflichtungen des Wunschvaters zu dem Kind, von denen er sich selbst nach erfolgter Anfechtung nicht in jedem Fall lossagen kann. Daher scheint ein behördliches Anfechtungsrecht im Regelfall nicht gegeben zu sein.

Anders könnte die Situation nur dann zu beurteilen sein, wenn eine künstliche Befruchtung mit Spendersamen an einer zunächst alleinstehenden Frau im In- oder Ausland erfolgte und nach der Geburt des Kindes die Anerkennung des Kindes durch einen ausländischen Mann

¹⁶¹¹ Dies erscheint auch interessengerecht, da kein Mann eine Frau heiraten wird, um dann der rechtliche Vater des in eine Ehe geborenen Kindes zu werden, wenn er die ausländerrechtlichen Vorteile bereits durch die Eheschließung an sich erlangen kann. A.A. Kühnel, die jedoch davon ausgeht, dass sich die Mutter ein Aufenthaltsrecht in Deutschland sichern will, Kühnel, S. 201f.

¹⁶¹² Arendt-Rojahn, FPR 2007, S. 395 (396).

¹⁶¹³ BT-Drs. 16/3291, S. 1 und S. 9.



erklärt wurde, um einen Aufenthaltstitel in Deutschland zu erlangen, bzw. die Anerkennung der Vaterschaft durch einen Deutschen erklärt wurde, um dem Kind die deutsche Staatsangehörigkeit bzw. als dessen Folge ein Aufenthaltsrecht für die Mutter zu ermöglichen. In diesen Fällen würde das Anfechtungsrecht der Behörde durchgreifen. Entscheidend dürfte insoweit jedoch sein, dass vor der Befruchtung überhaupt keine Einwilligung des anerkennenden Mannes vorgelegen hat. In diesen Fällen liegt allerdings die der heterologen Insemination zugrunde liegende Ausgangs- und Interessenlage nicht vor. Die Feststellungslast für den Nachweis des ausländerrechtlichen Vorteils trägt die anfechtende Behörde. Ein non-liquet geht zu ihren Lasten.¹⁶¹⁴

J. Zusammenfassung und Zwischenergebnis

Gemäß § 1600 Abs. 5 BGB wird das Anfechtungsrecht für den einwilligenden Mann und die einwilligende Mutter ausgeschlossen, wenn beide wirksam in die Befruchtung mit Spendersamen vor der Behandlung eingewilligt haben und das Kind tatsächlich aus einer Behandlung mit Spendersamen stammt. Unerheblich ist, ob es sich bei dem einwilligenden Mann um den Ehemann der Mutter oder den nichtehelichen Lebenspartner der Mutter handelt sowie ob die Behandlung von einem Arzt oder per Selbstinsemination vorgenommen wurde. Das Anfechtungsrecht des Kindes wird hingegen durch die Vorschrift nicht berührt. Da dem Kind trotz der Einführung des § 1598a BGB kein Anspruch auf Klärung der Abstammung gegen den potentiellen Erzeuger, mithin den Samenspender, zusteht, muss diesem auch die Möglichkeit verbleiben, die Vaterschaft seines rechtlichen Vaters anzufechten, um endgültige Gewissheit über seine Abstammung zu erlangen.

Weiterhin sind trotz § 1600 Abs. 5 BGB der Samenspender als leiblicher Vater sowie die anfechtungsberechtigte Behörde zur Anfechtung der Vaterschaft des einwilligenden rechtlichen Vaters berechtigt, sofern die in § 1600 Abs. 2 und Abs. 3 BGB aufgestellten Voraussetzungen erfüllt sind. Mithin entscheidet in Bezug auf den Samenspender als leiblichem Vater des Kindes das Bestehen oder Nichtbestehen einer sozial-familiären Beziehung des Kindes zu seinem rechtlichen Vater über den Erfolg des vom Samenspender betriebenen Anfechtungsverfahrens. Ein Anfechtungsrecht der Behörde dürfte auch nur in Einzelfällen gegeben sein. Dies folgt zum einen aus dem Umstand, dass von der Behörde nur die Vaterschaften, die auf Anerkennung beruhen, angefochten werden können, zum anderen, dass ein ausländerrechtlicher Vorteil sowie das Nichtbestehen einer sozial-familiären Beziehung des rechtlichen Vaters zu dem mit Spendersamen gezeugten Kindes gegeben sein muss. Das kumulative Vorliegen dieser drei Voraussetzungen ist nur in seltenen Fällen anzunehmen.

¹⁶¹⁴ MükoZPO/Ulrici, § 37 FamFG, Rdn. 16 f.



VIII. Unterhaltsansprüche gegen den Mann bei wirksamer Anfechtung der Vaterschaft

Durch die Normierung des § 1600 Abs. 5 BGB im Bürgerlichen Gesetzbuch hat das Anfechtungsrecht im Fall einer künstlichen Befruchtung mit Spendersamen erhebliche Einschränkungen erfahren. Die Vaterschaft kann nur noch durch das Kind bzw. die einwilligenden Eltern angefochten werden¹⁶¹⁵, wenn ihre Einwilligungserklärungen unwirksam sind oder das Kind nicht aus einer Behandlung mit Spendersamen stammt.

Mit erfolgreicher Anfechtung der Vaterschaft entfällt die gesetzliche Unterhaltspflicht des Wunschvaters gegenüber dem mit seiner Einwilligung gezeugten Kind. Vor der Einführung des § 1600 Abs. 5 BGB versuchte der Bundesgerichtshof die negativen Folgen der Vaterschaftsanfechtung abzumildern und hatte deshalb in mehreren Fällen entschieden, dass der das Anfechtungsverfahren betreibende rechtliche Vater trotz Anfechtung aufgrund Vertrages¹⁶¹⁶ zur Zahlung von Unterhalt verpflichtet bleibt. Fraglich ist, ob diese Rechtsprechung auch nach Einführung des § 1600 Abs. 5 BGB trägt.

Daher soll im Folgenden untersucht werden, wie sich die unterhaltsrechtliche Situation für das Kind nach Anfechtung der Vaterschaft darstellt. Den Ausgangspunkt der Untersuchung bildet jeweils die Frage, von welchem Anfechtungsberechtigten das Vaterschaftsanfechtungsverfahren betrieben wurde. Diesem Abschnitt vorangestellt wird jedoch die Darstellung der bisherigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Begründung einer vertraglichen Unterhaltspflicht auf Seiten des rechtlichen Vaters.

A. Bisherige Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Begründung einer vertraglichen Unterhaltspflicht auf Seiten des Wunschvaters

1995 wurden dem Bundesgerichtshof zwei ähnlich gelagerte Sachverhalte¹⁶¹⁷ zur Entscheidung vorgelegt¹⁶¹⁸: Die Eheleute, die 1982 geheiratet hatten, beschlossen 1985 eine heterologe Insemination aufgrund der Zeugungsunfähigkeit des Ehemannes durchführen zu lassen, und bestätigten in einem ihnen von der Klinik vorgelegten Formular die Vereinbarung, dass sie das aus der Behandlung hervorgehende Kind in jeder Beziehung als ihr eigenes eheliches Kind ansehen würden. Zudem verpflichtete sich der Ehemann gegenüber seiner Ehefrau, der Klinik, den behandelnden Ärzten sowie dem Spender, die Ehelichkeit des Kindes nicht anzufechten und das Kind als sein eheliches Kind zu behandeln. Eine Behandlung im Jahr 1988 führte zu der gewünschten Schwangerschaft. Nach Eintritt der

¹⁶¹⁵ Ggf. auch noch durch den Samenspender sowie in engen Grenzen von einer anfechtungsberechtigten Behörde.

¹⁶¹⁶ Der vertragliche Anspruch folgt in diesen Fällen aus der Zustimmung des Mannes zur Befruchtung mit Spendersamen. Alternativ könnte ein solcher Anspruch jedoch auch aus der Freistellungsvereinbarung in Form eines kumulativen Schuldbeitritts zugunsten des Samenspenders erfolgen, vgl. Rütz, S. 190.

¹⁶¹⁷ BGHZ 129, S. 297 ff. = NJW 1995, S. 2028 ff.; BGH NJW 1995, S. 2031 ff.

¹⁶¹⁸ Siehe auch S. 156 ff.

Schwangerschaft widerrief der Ehemann sein Einverständnis. Am 07.06.1989 brachte die Ehefrau Zwillinge zur Welt. 1990 wurde die Ehe rechtskräftig geschieden. In der Folgezeit focht der Ehemann die Vaterschaft erfolgreich an. In einem späteren Verfahren begehrten die Zwillinge Zahlung von Unterhalt.¹⁶¹⁹ Dem zweiten vom Bundesgerichtshof entschiedenen Fall lag folgender Sachverhalt zugrunde:¹⁶²⁰ Wegen der Zeugungsunfähigkeit des Ehemannes unterzog sich dessen Ehefrau mit seiner Einwilligung in den Jahren 1979/1980 mehreren Inseminationsbehandlungen, die im November 1980 zur Geburt von Zwillingen führten. 1986 wurde die Ehe geschieden. Aufgrund erheblicher Auseinandersetzungen über das Umgangsrecht zwischen den geschiedenen Eheleuten leitete die Kindesmutter für ihre Kinder das Ehelichkeitsanfechtungsverfahren ein. Nach Abschluss des Verfahrens 1989 stellte der frühere Ehemann der Kindesmutter die Unterhaltszahlungen für die Zwillinge ein. Daher erhoben diese Klage auf Zahlung von Unterhalt.

In seinen Urteilen vom 03.05.1995¹⁶²¹ führte der Bundesgerichtshof aus, dass in dem von dem Ehemann gegenüber der Kindesmutter¹⁶²² erklärten Einverständnis ein von familienrechtlichen Besonderheiten geprägter berechtigender Vertrag zugunsten des Kindes zu sehen sei, durch den sich der Einwilligende verpflichtet habe, im Hinblick auf Unterhaltsansprüche das mit Spendersamen gezeugte Kind einem ehelichen leiblichen Kind gleichzustellen. Der Umstand, dass das Kind zum Zeitpunkt der vertraglichen Verpflichtung noch nicht gezeugt sei, stehe der wirksamen Begründung des berechtigenden Vertrages nicht entgegen, da auch für einen noch nicht erzeugten Nachkommen Rechte für den Fall seiner Lebendgeburt, vorzugsweise über die Konstruktion eines Vertrages zugunsten Dritter, begründet werden könnten.¹⁶²³

Aus der Sicht des Ehemannes handele es sich um die Übernahme der Elternschaft durch Willensakt.¹⁶²⁴ Zwar sei die Zustimmung zu einer heterologen Insemination einer Adoption vergleichbar; im Unterschied zu dieser übernehme der Ehemann aber die Vaterschaft zu einem noch zu zeugenden Kind.¹⁶²⁵ Der Beitrag des Ehemannes könne daher nur in der Weise verstanden werden, dass er für das entstehende Kind wie ein ehelicher Vater sorgen und unabhängig von der gesetzlichen Unterhaltspflicht für den Unterhalt des Kindes

¹⁶¹⁹ BGHZ 129, S. 297 ff. = NJW 1995, S. 2028 ff.

¹⁶²⁰ BGH, NJW 1995, S. 2031 ff.

¹⁶²¹ BGHZ 129, S. 297 ff. = NJW 1995, S. 2028 ff.; BGH NJW 1995, S. 2031 ff. Insoweit bestätigte der Bundesgerichtshof die Urteile des LG Duisburg vom 10.10.1986 (NJW 1987, S. 1485 f.) und des OLG Celle vom 25.10.1991 (NJW 1992, S. 1516 f.). Diese Rechtsprechung bereits andeutend, BGHZ 87, S. 169 (181). Anders hingegen das Urteil des OLG Hamm vom 25.01.1994, NJW 1994, S. 2424 ff., das eine Unterhaltsverpflichtung des Ehemannes verneint.

¹⁶²² Dagegen geht Hager davon aus, dass der Vertrag nicht zwischen der Kindesmutter und dem Einwilligenden, sondern zwischen der Klinik und dem Einwilligenden geschlossen wird, Hager, S. 10.

¹⁶²³ BGHZ 129, S. 297 (305) = NJW 1995, S. 2028 (2030); Palandt/Ellenberger, § 1 Rdn. 9; Hohloch, JuS 1995, S. 836 (837); so auch bereits LG Duisburg, NJW 1987, S. 1485 f.; a.A. MükoBGB/Schmitt, § 1 Rdn. 48, da es im Gegensatz zum nasciturus an der „hinreichenden Bestimmbarkeit des Schutzberechtigten“ mangle.

¹⁶²⁴ BGHZ 129, S. 297 (302 f.) = NJW 1995, S. 2028 (2029).

¹⁶²⁵ BGHZ 129, S. 297 (303) = NJW 1995, S. 2028 (2029).

einstehen wolle.¹⁶²⁶ Diese Verpflichtung entfalle auch nicht dadurch, dass die Nichtehelichkeit des Kindes festgestellt werde.¹⁶²⁷ Es komme allenfalls eine Anpassung der Unterhaltspflicht nach den Regeln über den Wegfall der Geschäftsgrundlage in Betracht. In den Fällen, in denen der Ehemann die Anfechtung betreibe, könne er jedoch keine Anpassung verlangen, da er durch seine Anfechtung die Veränderungen selbst herbeigeführt habe.¹⁶²⁸ Anderes gelte nur, sofern das Anfechtungsverfahren von dem Kind betrieben worden sei.¹⁶²⁹

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshof wurde das Kind somit durch das Einverständnis seines Wunschvaters zur Befruchtung seiner Wunschmutter mit Spendersamen Begünstigter eines vertraglichen Unterhaltsanspruches¹⁶³⁰ gegen seinen Wunschvater, der besondere Bedeutung erlangte, wenn die Ehelichkeit des Kindes angefochten wurde und damit der auf der fingierten Verwandtschaft beruhende gesetzliche Unterhaltsanspruch unterging.¹⁶³¹ Der Bundesgerichtshof versuchte mit dieser Rechtsprechung, die gravierenden Folgen der Vaterschaftsanfechtung für das Kind¹⁶³² dadurch abzumildern, dass dem Kind zumindest aufgrund der Einwilligung in die künstliche Befruchtung mit Spendersamen ein vertraglicher Unterhaltsanspruch eingeräumt wurde.¹⁶³³

B. Bewertung in der Literatur

Die Meinungen zu diesem Urteil des Bundesgerichtshofs gingen im Schrifttum weit auseinander. Einige Autoren, die eine vertragliche Unterhaltspflicht ablehnten, wollten den Ehemann ganz aus der Verantwortung für das Kind entlassen¹⁶³⁴, da der Schutz des Ehemannes vor vorschnellen und unüberlegten Erklärungen nicht nur im Hinblick auf das Anfechtungsrecht, sondern auch im Hinblick auf die Frage einer vertraglichen Unterhaltspflicht greifen müsse.¹⁶³⁵ Zudem komme der Einwilligungserklärung des Ehemannes eine Doppelnatur zu, wenn man deren Auslegung durch den Bundesgerichtshof

¹⁶²⁶ BGHZ 129, S. 297 (303) = NJW 1995, S. 2028 (2029).

¹⁶²⁷ BGHZ 129, S. 297 (303) = NJW 1995, S. 2028 (2029).

¹⁶²⁸ BGHZ 129, S. 297 (310 f.) = NJW 1995, S. 2028 (2031).

¹⁶²⁹ BGH NJW 1995, S. 2031 (2032).

¹⁶³⁰ a.A. Münzer, der die Unterhaltspflicht des zustimmenden Mannes aus einem Schadensersatzanspruch aus § 826 BGB herleiten möchte, vgl. Münzer, S. 155 ff.; ablehnend Sauer, S. 114.

¹⁶³¹ Hohloch, JuS 1995, S. 836 (837). Weil der schuldrechtliche Anspruch erst nach erfolgreicher Anfechtung Bedeutung erlangt, hält Hager die Ausführungen des Bundesgerichtshofs zum Wegfall der Geschäftsgrundlage für verfehlt. Nach seiner Ansicht dürfen die Regeln zum Wegfall der Geschäftsgrundlage aufgrund des Sinnes und Zweckes des Vertrages, nämlich Schutz des Samenspenders und nicht des Kindes, gerade keine Anwendung finden, Hager, S. 14 ff.; ähnlich Junghans, S. 271 f. Demgegenüber vertritt Benecke die Ansicht, dass nach der Vorstellung des zustimmenden Mannes der Samenspender gerade keinen Ansprüchen ausgesetzt ist, so dass er ihn durch seine Zustimmung auch nicht hinsichtlich des Unterhaltes des Kindes begünstigen wollte, Benecke, S. 108 f.

¹⁶³² a.A. Hager, S. 10 und S. 12 und Junghans, S. 271 f., die den Samenspender als relevante Person ansehen.

¹⁶³³ Wanitzek, S. 267, darauf hinweisend, dass dieses Urteil wieder eine Art Zahlvaterschaft eingeführt habe.

¹⁶³⁴ Mansees, S. 101 f.; Kienle, ZRP 1995, S. 201 (202); wohl auch Marian, S. 75; ablehnend auch OLG Hamm, NJW 1994, S. 2424 ff.

¹⁶³⁵ Marian, S. 75.

beachte: Einerseits handele es sich bei der Einwilligung um die Einwilligung in die Behandlung, andererseits um ein vertragliches Unterhaltsversprechen. Diese Auslegung der Erklärung stoße jedoch an ihre Grenzen.¹⁶³⁶ In der Erklärung des Mannes könne keine so weitreichende konkludente Verpflichtung gesehen werden; eine solche Haftung des Ehemannes sei von den Ehegatten weder bedacht noch gewollt gewesen.¹⁶³⁷ Diese Auslegung der Erklärung durch den Bundesgerichtshof stelle sich zudem aufgrund dessen weitergehender Feststellung, dass selbst der ausdrücklich zwischen den Ehegatten vereinbarte Ausschluss der Unterhaltspflicht als *protestatio facto contraria* unwirksam sei, als Fehleinschätzung dar.¹⁶³⁸ Zudem stehe die Formvorschrift des § 518 Abs. 1 BGB einer wirksamen Begründung einer vertraglichen Unterhaltspflicht entgegen.¹⁶³⁹ Andere Autoren kritisierten die Rechtsprechung als inkonsequent. So habe sich der Bundesgerichtshof zwar zur Anerkennung einer vertraglich begründeten Unterhaltsverpflichtung, jedoch nicht zur Anerkennung statusrechtlicher Wirkungen von rechtsgeschäftlichen Erklärungen durchringen können.¹⁶⁴⁰

Andere Stimmen in der Literatur befürworteten dagegen die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs,¹⁶⁴¹ da derjenige, der sein Einverständnis zu der Zeugung eines Kindes in einer bestehenden Ehe oder Partnerschaft gegeben hat, nicht die damit verbundenen Pflichten ausschließen oder einschränken könne. Schließlich werde das Kind als das Kind des Zustimmenden geboren.¹⁶⁴² Die Pflichten und damit auch die Unterhaltspflicht entstünden selbst dann, wenn der Vertrag insoweit keine ausdrückliche Formulierung enthalte.¹⁶⁴³

C. Bewertung

Vom Gesetzgeber wurden keine speziellen Formanforderungen an die Einwilligung gestellt. Daher kann die Ablehnung eines vertraglichen Unterhaltsanspruches nicht mehr mit dem Schutz des Mannes vor vorschnellen und unüberlegten Erklärungen begründet werden. Auch dem Argument, dass der Erklärung des zustimmenden Mannes eine Doppelnatur zukommen müsse, kann nicht gefolgt werden. Aus den Absprachen vor der Behandlung geht hervor, dass der zustimmende Mann die Elternverantwortung für das zu zeugende Kind übernehmen wollte.¹⁶⁴⁴ Die Übernahme dieser Verantwortung beinhaltet die Verpflichtung, für das Kind wie ein biologisch-genetischer Vater zu sorgen. Der Einwilligende verpflichtet

¹⁶³⁶ Marian, S. 75; OLG Hamm, NJW 1994, S. 2424 (2425).

¹⁶³⁷ Mansees, S. 102.

¹⁶³⁸ Mansees, S. 102; Holzauer, FamRZ 1986, S. 1162 (1164), der diese Herangehensweise als widersprüchlich und unannehmbar bezeichnet. Die insoweit in der Literatur vertretene Lösung könne nur durch den Gesetzgeber realisiert werden. A.A. Coester-Waltjen, Gutachten B zum 56. Deutschen Juristentag, B 57.

¹⁶³⁹ Selb, S. 61.

¹⁶⁴⁰ Wanitzek, S. 277; Marian, S. 75; Wolf, FuR 1998, S. 392 (394).

¹⁶⁴¹ Berghofer-Weichner, BayVBl 1988, S. 449 (452); Sauer, S. 116 f.; Benecke, S. 108 ff.; gerade im Fall von unverheirateten Paaren die Fortführung dieser Rechtsprechung auch nach Einführung des § 1600 Abs. 5 BGB fordernd, Eckersberger, MittBayNot 2002, S. 261 (264).

¹⁶⁴² Coester-Waltjen, Gutachten B zum 56. Deutschen Juristentag, B 57.

¹⁶⁴³ Coester-Waltjen, Gutachten B zum 56. Deutschen Juristentag, B 57.

¹⁶⁴⁴ Wanitzek, S. 276.



sich nicht nur die Personensorge, sondern auch die Vermögenssorge als Teil der Elternsorge wahrzunehmen. Von der Vermögenssorge umfasst wird jedoch auch die Erbringung von Unterhaltsleistungen für das Kind.¹⁶⁴⁵ Damit ergeben sich die unterhaltsrechtlichen Konsequenzen bereits aus den Erklärungen und sind von dem Willen des Mannes eindeutig gedeckt. Auch dem Einwand, der ausdrückliche Ausschluss der Unterhaltspflicht könne nicht unwirksam sein, kann nicht gefolgt werden. Insoweit erscheint das Verhalten des Mannes widersprüchlich. Er kann nicht einerseits der Zeugung eines Kindes zustimmen und damit die Elternverantwortung für das Kind übernehmen und andererseits Pflichten aus dieser Zustimmung ausschließen.

Auch der Hinweis auf die Formnichtigkeit des Vertrages kann nicht überzeugen. Bei der Übernahme der Unterhaltsverpflichtung handelt es sich um einen Vertrag sui generis. Durch ihn wird keine unentgeltliche Zuwendung vorgenommen. Vielmehr besteht zwischen dem Versprechensempfänger und dem Kind eine von Besonderheiten geprägte Beziehung, die für das Kind die Causa für das Behaltendürfen der Leistungen des Versprechenden darstellt. Mithin gelangt auch die Formvorschrift des § 518 Abs. 1 BGB nicht zur Anwendung.¹⁶⁴⁶ Der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs war daher zuzustimmen, da sie einen gerechten Ausgleich zwischen den Interessen des Einwilligenden und denen des Kindes herstellte.

D. Unterhaltsverpflichtungen auf Seiten des Vaters nach Einführung des § 1600 Abs. 5 BGB

Im Folgenden soll untersucht werden, ob die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur vertraglich übernommenen Unterhaltspflicht des einwilligenden Mannes auch nach Einführung des § 1600 Abs. 5 BGB von Relevanz ist. Unterschieden werden muss insoweit, wer das Vaterschaftsanfechtungsverfahren betrieben hat.

1. Anfechtung durch das Kind

Das Kind bleibt auch nach Einführung des § 1600 Abs. 5 BGB zur Anfechtung der Vaterschaft berechtigt.¹⁶⁴⁷ Insofern könnte die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs weiter Bestand haben. Im Ergebnis wäre dem Kind daher ein vertraglicher Unterhaltsanspruch gegen seinen „Vater“ zu versagen, wenn es die Vaterschaft angefochten hat.¹⁶⁴⁸

¹⁶⁴⁵ Rütz, S. 192.

¹⁶⁴⁶ Coester-Waltjen, JURA 1987, S. 629 (638); Rütz, S. 192 f. Nach Ansicht von Rütz greift, selbst wenn man die Einschlägigkeit von § 518 Abs. 1 BGB bejaht, die Heilungsmöglichkeit des § 518 Abs. 2 BGB ein, Rütz, S. 193, FN 962. Dabei übersieht sie jedoch, dass das Kind den vertraglichen Unterhaltsanspruch insoweit nicht einklagen könnte, da § 518 Abs. 2 BGB die tatsächliche Unterhaltszahlung voraussetzt.

¹⁶⁴⁷ Siehe S. 230230 ff.

¹⁶⁴⁸ a.A. wohl Hager, der den Vertrag als Vertrag zugunsten des Samenspenders interpretiert und daher die Rechtsprechung zum Wegfall der Geschäftsgrundlage bei Anfechtung durch das Kind wegen Nichtbeachtung der Interessen des Samenspenders sowie dessen Nichtursächlichkeit für die Vaterschaftsanfechtung ablehnt, Hager, S. 16.



a) Entfallen des Unterhaltsanspruchs wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage

Zwar begründet nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs das Einverständnis des Mannes regelmäßig einen von familienrechtlichen Besonderheiten geprägten berechtigenden Vertrag zugunsten des Kindes.¹⁶⁴⁹ Die mit der Vereinbarung eingegangene Unterhaltsverpflichtung des einwilligenden Mannes entfiel nach der Rechtsprechung jedoch bei Anfechtung durch das Kind nach den Grundsätzen des Wegfalls der Geschäftsgrundlage.¹⁶⁵⁰ Die Geschäftsgrundlage eines Vertrages bilden nach ständiger Rechtsprechung die bereits im Zeitpunkt des Vertragsschlusses bestehenden gemeinsamen Vorstellungen der Parteien oder die dem Geschäftspartner erkennbaren und von ihm nicht abgelehnten Vorstellungen der anderen Vertragspartei vom Fortbestehen oder dem zukünftigen Eintritt gewisser Gegebenheiten, sofern der Wille der Vertragsparteien auf diesen aufbaut.¹⁶⁵¹ Speziell bei Unterhaltsverträgen kommt eine Anpassung der Verhältnisse bzw. ein Entfallen der Vereinbarung in Betracht, wenn sich die Geschäftsgrundlage dahingehend verändert hat, dass der betroffenen Partei ein Festhalten an der Übereinkunft nach den Grundsätzen von Treu und Glauben nicht mehr zugemutet werden kann.¹⁶⁵² Paare, die den gemeinsamen Entschluss zu einer heterologen Insemination treffen, gehen davon aus, dass sich die persönlichen und rechtlichen Beziehungen zwischen dem Wunschvater und dem Kind in der Weise entwickeln und festigen werden, wie wenn der Wunschvater der biologisch-genetische Vater des Kindes ist. Ohne Zugrundelegung dieser Vorstellung ist nicht davon auszugehen, dass sich die Partner für eine heterologe Befruchtung entschieden hätten.¹⁶⁵³ Nach der Anfechtung der Vaterschaft beschränken sich die Beziehungen des Wunschvaters zu dem Kind vorrangig nur noch auf die Unterhaltsverpflichtung.¹⁶⁵⁴ Daraus schloss der Bundesgerichtshof, dass in den Fällen, in denen die Vaterschaft von dem Kind angefochten wurde, dem Wunschvater die Rolle als anonymer Zahlvater nicht zumutbar ist.¹⁶⁵⁵ Der Wunschvater konnte daher die Befreiung von der vertraglichen Unterhaltspflicht fordern.

b) Modifizierungsbedarf der Rechtsprechung nach Einführung von § 1600 Abs. 5 BGB

Nach Einführung des § 1600 Abs. 5 BGB wird jedoch die Ansicht vertreten, dass die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs nicht mehr uneingeschränkt beibehalten werden kann.¹⁶⁵⁶ Dies folge aus dem Umstand, dass durch diese Rechtsprechung das Recht des

¹⁶⁴⁹ BGHZ 129, S. 297 und S. 302 = NJW 1995, S. 2028 und S. 2029; darauf hinweisend auch BGH NJW 1995, S. 2031 f.

¹⁶⁵⁰ BGH NJW 1995, S. 2031 (2032); Coester-Waltjen, Gutachten B zum 56. Deutschen Juristentag, B 63.

¹⁶⁵¹ So z.B. BGHZ 121, S. 378 (391) = NJW 1993, S. 1856 (1859); BGH NJW 1995, S. 2031 (2032).

¹⁶⁵² BGH, NJW 1986, S. 2054 (2055); BGH, NJW 1995, S. 2031 (2032).

¹⁶⁵³ BGH, NJW 1995, S. 2031 (2032).

¹⁶⁵⁴ BGH, NJW 1995, S. 2031 (2032).

¹⁶⁵⁵ BGH, NJW 1995, S. 2031 (2032).

¹⁶⁵⁶ Rütz, S. 194.

Kindes auf Kenntnis seiner Abstammung in unzulässiger Weise eingeschränkt werde.¹⁶⁵⁷ Nach der neuen Gesetzeslage sei allein dem Kind das Recht zur Anfechtung der Vaterschaft vorbehalten. Um sein Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung wahrzunehmen, müsse das Kind die Vaterschaft anfechten. Vor Änderung der Rechtslage hätte auch der Wunschvater die fehlerhafte Zuordnung korrigieren und damit das Recht des Kindes auf Kenntnis seiner Abstammung durchsetzen können. Das Kind habe damit vor 2002 nicht vor dem Dilemma gestanden, sein Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung nur gegen Preisgabe seiner gesetzlichen und vertraglichen Unterhaltsansprüche gegen den sozialen Vater wahrnehmen zu können.¹⁶⁵⁸ Daher dürfe bei Anfechtung der Vaterschaft durch das Kind nicht automatisch von einem Wegfall der Geschäftsgrundlage ausgegangen werden. Eine Abwendung des Kindes von seinem sozialen Vater sei mit der Anfechtung nicht zwingend verbunden; vielmehr stelle das Vaterschaftsanfechtungsverfahren die einzige Möglichkeit dar, sein ihm verfassungsrechtlich garantiertes Recht auf Kenntnis seiner Abstammung durchzusetzen. Daher dürfe die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs solange nicht auf das neue Recht übertragen werden, wie dem Kind kein rechtsfolgenloses Vaterschaftsfeststellungsverfahren gegen den Samenspender zur Verfügung gestellt werde.¹⁶⁵⁹

c) Bewertung

Die Fortschreibung der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs führt dazu, dass das Kind seine Unterhaltsansprüche gegen seinen rechtlichen Vater verliert, wenn es die Vaterschaft anfechtet, und zwar auch dann, wenn das Kind das Vaterschaftsanfechtungsverfahren nur betreibt, um sein Recht auf Kenntnis seiner Abstammung durchzusetzen. Das Recht auf Kenntnis seiner Abstammung kann das Kind zwar auch nicht durch das neu eingeführte rechtsfolgenlose Abstammungsverfahren nach §1598a BGB wahrnehmen, da das Verfahren nicht gegen den Samenspender als leiblichen Vater eingeleitet werden kann.¹⁶⁶⁰ Durch die Dokumentations- und Aufbewahrungspflicht der Spenderdaten von mindestens 30 Jahren gemäß § 15 Abs. 2 TPG¹⁶⁶¹ wird jedoch sichergestellt, dass das Kind weitgehende Klarheit über seine Abstammung erlangen kann, ohne die Vaterschaft seines rechtlichen Vaters anfechten zu müssen. Auch kann selbst nach Einführung des § 1600 Abs. 5 BGB nicht davon ausgegangen werden, dass nur das Kind berechtigt ist, die rechtliche Vaterschaft des Wunschvaters zu beseitigen.

Daher ist die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Wegfall der Geschäftsgrundlage für das volljährige Kind interessengerecht. Solange wie dem Kind ein Anfechtungsrecht zusteht und es die Vorteile dieses Anfechtungsrechts für sich beanspruchen kann, muss es

¹⁶⁵⁷ Rütz, S. 194.

¹⁶⁵⁸ Rütz, S. 194 f.

¹⁶⁵⁹ Rütz, S. 195.

¹⁶⁶⁰ Siehe S. 237 ff. Dethloff, § 10 Rdn. 69; Gernhuber/Coester-Waltjen, § 52 I Rdn. 17 und Rdn. 23; Wellenhofer, § 31 Rdn. 55; Wellenhofer, NJW 2008, S. 1185 (1189); Muscheler, FPR 2008, S. 257 (258).

¹⁶⁶¹ Siehe S. 29 f.

auch die Nachteile aus der Ausübung des Rechts, nämlich den Verlust von Unterhalts- und Erbensprüchen, tragen.¹⁶⁶² Das volljährige Kind kann die Folgen seines Handelns aufgrund seiner sittlichen und moralischen Reife überblicken. Die Anfechtung durch das Kind kann daher nur als eine einseitige Aufkündigung der bisherigen familiären Verbundenheit verstanden werden. Es gibt mit der Anfechtung zu verstehen, dass es freiwillig auf die Rechte, die ihm gegenüber dem einwilligenden Mann zustehen, verzichtet.¹⁶⁶³ Es erklärt mit der Anfechtung seine Distanzierung von seinem rechtlichen Vater. Daher ist dem Wunschvater das Fortbestehen der Unterhaltsverpflichtung nicht mehr zumutbar.

Modifizierungen der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs könnten jedoch nötig sein, wenn ein minderjähriges Kind, vertreten durch seine Mutter, das Vaterschaftsanfechtungsverfahren betreibt. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs entfällt der Unterhaltsanspruch des Kindes auch insoweit, da sich das Kind das Verhalten seiner Mutter zurechnen lassen müsse.¹⁶⁶⁴ Vorgetragen wird jedoch, dass diese Rechtsprechung nicht den Interessen des minderjährigen Kindes entspreche. Dieses verliere nicht nur die statusmäßige Zuordnung zu seinem Wunschvater; es bestehe für das Kind auch keine Möglichkeit, das Vertretergeschäft seiner Mutter anzugreifen. Aufgrund der weitreichenden Folgen der Vaterschaftsanfechtung sei daher de lege ferenda zu fordern, dass die Vaterschaftsanfechtung durch die Mutter zum Schutze des Kindeswohles unter einen gerichtlichen Genehmigungsvorbehalt zu stellen sei. Nur so könne die in § 1600a Abs. 4 BGB vorgesehene jedoch nicht ausreichende allgemeine Kindeswohlkontrolle in der gebotenen Weise ergänzt werden.¹⁶⁶⁵

Der Bundesgerichtshof hat zu diesen Bedenken bereits Stellung genommen und sie als nicht tragfähig eingeordnet: Die Rechtsordnung lasse auch in anderen Fällen zu, dass der Unterhaltsanspruch eines Kindes verloren gehe, wenn der gesetzliche Vertreter in seinem Namen unbedacht ein Vaterschaftsanfechtungsverfahren betreibe. Insoweit seien Kinder, die aus einer heterologen Insemination hervorgegangen seien, in gleicher Weise wie Kinder, die auf natürliche Weise außerhalb der Beziehung gezeugt wurden, zu behandeln. Diese verlören aber mit der Rechtskraft des Beschlusses ihre Unterhaltsansprüche.¹⁶⁶⁶

Zwar ist dem Bundesgerichtshof dahingehend zuzustimmen, dass auch das auf natürliche Weise außerhalb der bestehenden Beziehung gezeugte Kind jegliche Ansprüche gegen seinen Vater verliert, sofern die Vaterschaft angefochten wird. Dabei handelt es sich jedoch um Ansprüche, die auf Gesetz beruhen. Bei dem Kind, das mit Spendersamen gezeugt wurde, werden nicht nur der aus der rechtlichen Vaterstellung folgende gesetzliche Unterhaltsanspruch, sondern auch der aufgrund der Vereinbarung der Parteien bestehende

¹⁶⁶² Ebeling/Zimmermann, DEuFamR 1999, S. 25 (35).

¹⁶⁶³ Roth, DNotZ 2003, S. 805 (819).

¹⁶⁶⁴ BGH NJW 1995, S. 2031 (2032); Ebeling/Zimmermann, DEuFamR 1999, S. 25 (35).

¹⁶⁶⁵ Ebeling/Zimmermann, DEuFamR 1999, S. 25 (35).

¹⁶⁶⁶ BGH NJW 1995, S. 2031 (2032).



vertragliche Unterhaltsanspruch mit der Anfechtung ausgeschlossen. Daher gibt auch Roth¹⁶⁶⁷ zu bedenken, dass dieses Ergebnis allein aus der Sicht des Mannes sinnvoll sei. Die Reduzierung des Einverständnisses auf eine verschuldensabhängige Unterhaltspflicht werde dem Sachverhalt nicht gerecht; die Regeln über den Wegfall der Geschäftsgrundlage enthielten keine geeigneten Problemlösungsmöglichkeiten. Die die Geschäftsgrundlage bildenden subjektiven Vorstellungen der Parteien könnten nur soweit und solange ausschlaggebend sein, wie die Dispositionsbefugnis der Parteien reiche. Diese ende in dem Zeitpunkt, in dem die Ehegatten ihre Vereinbarung nicht mehr aufheben könnten. Daher müssten nach der Zeugung des Kindes auch dessen Interessen in die Bewertung einbezogen werden. Insoweit greife die Vorstellung, dass nur eine Begünstigung für das Kind vereinbart werde, zu kurz. Es handele sich vielmehr um ein komplexes Rechtsverhältnis.¹⁶⁶⁸

Dennoch können weder die Bedenken von Roth durchgreifen, noch scheint das Erfordernis einer zusätzlichen Genehmigung der Anfechtung durch ein Gericht sinnvoll. Vor der Einführung des Kindschaftsrechtsreformgesetzes 1998 war in den §§ 1597, 1600k Abs. 1 S. 2, Abs. 2 S. 1 BGB a.F. vorgesehen, dass die Anfechtung der Vaterschaft für einen Geschäftsunfähigen durch seinen gesetzlichen Vertreter mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts erfolgt.¹⁶⁶⁹ Die Erteilung der Genehmigung durch das Vormundschaftsgericht hing allein davon ab, ob die Anfechtung der Vaterschaft dem Kindeswohl diene. Es mussten daher alle Vor- und Nachteile der Anfechtung für das Kind berücksichtigt werden.¹⁶⁷⁰ Das Kindeswohlerfordernis ging im geltenden Recht in § 1600a Abs. 4 BGB auf. Da das für die Anfechtung zuständige Familiengericht die erforderliche gerichtliche Prüfung selbst vornehmen und aufgrund der Kenntnis des gesamten Verfahrens besonders sachkundig beurteilen kann, wurde eine gerichtliche Genehmigung vom Gesetzgeber nunmehr für entbehrlich gehalten.¹⁶⁷¹ Gemäß § 1600a Abs. 4 BGB ist die Anfechtung der Vaterschaft durch das Kind daher nur zulässig, wenn dies seinem Wohl nicht widerspricht.¹⁶⁷² Bei der Prüfung des Kindeswohles muss eine Abwägung der konkreten Vor- und Nachteile erfolgen.¹⁶⁷³ Die Kindeswohlprüfung ist Antragsvoraussetzung¹⁶⁷⁴; der Antrag ist bei negativem Ergebnis als unzulässig abzuweisen.¹⁶⁷⁵ Zweifel gehen zu Lasten des

¹⁶⁶⁷ Roth, FamRZ 1996, S. 769 (770).

¹⁶⁶⁸ Roth, FamRZ 1996, S. 769 (770).

¹⁶⁶⁹ Dies galt nur für die durch Anerkennung begründete Vaterschaft.

¹⁶⁷⁰ Soergel/Gaul, 12. Auflage, § 1600k Rdn. 5.

¹⁶⁷¹ BT-Drs. 13/4899, S. 87; Staudinger/Rauscher, § 1600a Rdn. 62.

¹⁶⁷² Siehe S. 230 ff.

¹⁶⁷³ OLG Hamm FamRZ 1984, S. 81 f.; BayObLG FamRZ 1995, S. 185 f.; OLG Karlsruhe FamRZ 1991, S. 1337 (1338); Staudinger/Rauscher, § 1600a Rdn. 54; PWW/Friederici, § 1600a Rdn. 9; PWW/Pieper, 5. Auflage, § 1600a Rdn. 10; MükoBGB/Wellenhofer, § 1600a Rdn. 16; Weinreich/Klein/Friederici, Fachanwaltskommentar Familienrecht, § 1600 Rdn. 10.

¹⁶⁷⁴ OLG Köln FamRZ 2001, S. 245; Staudinger/Rauscher, § 1600a Rdn. 63; MükoBGB/Wellenhofer, § 1600a Rdn. 15.

¹⁶⁷⁵ Erman/Hammermann, § 1600a Rdn. 15; Gernhuber/Coester-Waltjen, § 52 V Rdn. 117; MükoBGB/Wellenhofer, § 1600a Rdn. 15; Staudinger/Rauscher, § 1600a Rdn. 63.



Anfechtenden.¹⁶⁷⁶ Daher müssen von dem mit dem Anfechtungsverfahren befassten Gericht auch die unterhalts- und erbrechtlichen Folgen der Anfechtung für das durch die künstliche Befruchtung mit Spendersamen gezeugte Kind beachtet werden. Gelangt das Gericht zu der Auffassung, dass die Anfechtung deshalb dem Kindeswohl widerspricht, muss der Antrag als unzulässig abgewiesen werden. Die gesetzliche Unterhaltspflicht aufgrund Verwandtschaft besteht in diesen Fällen weiter. Sofern das Gericht dem Antrag stattgibt und die Vaterschaft aufhebt, hat es die unterhaltsrechtlichen Auswirkungen seiner Entscheidung im Rahmen der Gesamtabwägung hinreichend bedacht. Mithin ist kein Grund ersichtlich, der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs nicht zu folgen. Somit verliert auch das minderjährige Kind, das die Vaterschaft zu seinem sozialen Vater, vertreten durch die Mutter, anfecht, aufgrund Wegfalls der Geschäftsgrundlage seine vertraglich begründeten Unterhaltsansprüche gegen seinen bisherigen rechtlichen Vater.¹⁶⁷⁷

2. Anfechtung durch den Vater

Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kann in den Fällen der Anfechtung durch den Kindesvater dagegen nicht mehr im ursprünglichen Maße aufrechterhalten werden. Möglich ist die Anfechtung der Vaterschaft durch den Kindesvater nur dann, wenn eine der beiden Einwilligungen unwirksam ist¹⁶⁷⁸ oder die sonstigen Voraussetzungen des § 1600 Abs. 5 BGB nicht eingehalten wurden. Für das Bestehen eines Unterhaltsanspruches des Kindes ist relevant, ob die Willenserklärung der Kindesmutter oder des zustimmenden Vaters unwirksam ist.

a) Unwirksamkeit der Einwilligungserklärung des rechtlichen Vaters

Sollte die Einwilligungserklärung des rechtlichen Vaters unwirksam sein, greift nicht nur das Anfechtungshindernis nach § 1600 Abs. 5 BGB nicht ein. Vielmehr ist auch die Grundlage für den bisher vom Bundesgerichtshof vertretenen vertraglichen Unterhaltsanspruch nicht gegeben.¹⁶⁷⁹ Sollte der einwilligende Mann im Moment der Abgabe der Einwilligungserklärung geschäftsunfähig bzw. beschränkt geschäftsfähig gewesen sein, konnte er keine wirksame Einwilligung abgeben und sich damit auch nicht wirksam vertraglich zur Zahlung des Unterhaltes für das Kind verpflichten.¹⁶⁸⁰ Auch sofern die

¹⁶⁷⁶ OLG Köln FamRZ 2001, S. 245; PWW/Friederici, § 1600a Rdn. 9; Weinreich/Klein/Friederici, Fachanwaltskommentar Familienrecht, § 1600 Rdn. 10.

¹⁶⁷⁷ Für den Wegfall des Unterhaltsanspruches durch das Kind auch Staudinger/Rauscher, § 1600 Rdn. 95, wobei er es dahinstehen lässt, ob das Problem durch die Einführung des § 1600 Abs. 5 BGB auf die familienrechtliche Ebene verlagert wird. Er führt jedoch aus, dass mit der Anfechtung des Kindes nicht nur die gesetzliche Unterhaltspflicht, sondern auch die Geschäftsgrundlage für eine ggf. daneben bestehende vertragliche Verpflichtung wegfallen.

¹⁶⁷⁸ Staudinger/Rauscher, § 1600 Rdn. 96.

¹⁶⁷⁹ Staudinger/Rauscher, § 1600 Rdn. 96, der zudem darauf hinweist, dass auch nach der bisherigen Rechtsprechung kein vertraglicher Unterhaltsanspruch begründet wurde, wenn die heterologe Befruchtung ohne jede Beteiligung des Mannes erfolgte.

¹⁶⁸⁰ Die Willenserklärung des beschränkt Geschäftsunfähigen wäre insoweit aufgrund der erheblichen Verpflichtungen nicht lediglich rechtlich vorteilhaft.

Einwilligungserklärung aufgrund eines Willensmangels anfechtbar war, dürfte ein Unterhaltsanspruch zugunsten des Kindes nicht gegeben sein, da davon auszugehen ist, dass die Anfechtung der Einwilligungserklärung auch die konkludent abgegebene Verpflichtungserklärung aufgrund eines durchschlagenden Willensmangels entfallen lässt.¹⁶⁸¹ Sofern der einwilligende Mann die Einwilligungserklärung vor der Durchführung der künstlichen Befruchtung mit Spendersamen widerrufen hat, liegt im Zeitpunkt der Befruchtung bereits keine wirksame Einwilligungserklärung mehr vor. Mit dem Widerruf hat der Einwilligende zudem zu verstehen gegeben, dass er auch an den sonstigen Vereinbarungen, wie der vertraglich begründeten Unterhaltspflicht, nicht mehr festhält und sich auch nicht mehr festhalten lassen wird.¹⁶⁸²

Damit ist ein Rückgriff auf das Rechtsinstitut des Wegfalls der Geschäftsgrundlage in den Fällen, in denen die Einwilligungserklärung des rechtlichen Vaters unwirksam ist, grundsätzlich wegen Fehlens eines vertraglichen Anspruchs nicht notwendig. Sollte man dennoch von einer ursprünglich vertraglich begründeten Unterhaltspflicht ausgehen, wird man dem einwilligenden Mann „die Berufung auf den Wegfall der Geschäftsgrundlage“ jedoch nicht verwehren können.¹⁶⁸³

b) Unwirksamkeit der Einwilligungserklärung der Kindesmutter

Anders gestaltet sich die Rechtslage, wenn die Willenserklärung der Kindesmutter unwirksam ist. Der rechtliche Vater ist zwar gleichsam nicht an der Anfechtung seiner Willenserklärung gehindert, da die Rechtsfolge des § 1600 Abs. 5 BGB nur bei zwei wirksamen Einwilligungen greift. Dennoch dürfte eine Unterhaltsverpflichtung des einwilligenden Mannes zugunsten des Kindes begründet sein.

In seinen Urteilen 1995 hatte der Bundesgerichtshof stets ausgeführt, dass in den Fällen, in denen der einwilligende Mann das Vaterschaftsanfechtungsverfahren betreibt, die vertraglich begründete Unterhaltspflicht des einwilligenden Mannes nicht wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage entfällt. Der Ehemann könne immer dann keine Anpassung der Unterhaltsvereinbarung der Eltern zugunsten des Kindes verlangen, wenn er die

¹⁶⁸¹ In den Fällen der Anfechtung der Einwilligungserklärung kann diese Aussage jedoch nicht pauschal getroffen werden. Insofern ist die Risikobewertung nach § 122 BGB in die Betrachtung miteinzubeziehen. Sollte die Mutter gutgläubig auf die wirksame Einwilligung vertraut haben, so scheint eine Haftung des einwilligenden Mannes aufgrund enttäuschten Vertrauens angebracht. Anders gestaltet sich die Interessenlage, sofern der Einwilligende vor der Einwilligung getäuscht bzw. bedroht wurde. Insofern muss das oben Ausgeführte gelten.

¹⁶⁸² Vor der Einführung des Kindschaftsrechtsreformgesetzes wurde bereits die Trennung der Eheleute vor der heterologen Insemination als ausreichend für den Wegfall der vertraglichen Unterhaltspflicht angesehen, da mit der Trennung die Vereinbarung wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage hinfällig geworden war. Insoweit sei der gemeinsame Wunsch der Eheleute, eine gemeinsame eigene Familie zu gründen, von Seiten des einwilligenden Mannes nicht mehr aufrechterhalten worden, LG Zwickau, NJW 1995, S. 787 (788).

¹⁶⁸³ So auch Roth, DNotZ 2003, S. 805 (819).



Ehelichkeitsanfechtungsklage selbst erhoben habe und daher selbst gezielt die Veränderungen erwirkt habe, aus denen er nun Rechte für sich zu reklamieren sucht.¹⁶⁸⁴

Voraussetzung für den Unterhaltsanspruch des Kindes ist jedoch, dass eine schuldrechtliche Verpflichtung zur Zahlung von Unterhalt zugunsten des Kindes wirksam begründet wurde.

Diese schuldrechtliche Unterhaltsverpflichtung des einwilligenden Mannes kann sich nicht aus den Einwilligungen und damit aus einem Vertrag der beiden Elternteile ergeben, da aufgrund der rechtsgeschäftlichen Mängel der Einwilligungserklärung der Mutter ein wirksamer Vertragsschluss regelmäßig nicht in Betracht kommen wird.¹⁶⁸⁵

Stattdessen könnte der Abschluss eines Unterhaltsvertrages zugunsten des Kindes zwischen dem einwilligenden Mann und dem behandelnden Arzt angenommen werden.¹⁶⁸⁶ Eine solche Annahme geht jedoch an der Realität vorbei. Der Arzt selbst möchte keinen Vertrag über die Unterhaltspflicht des Einwilligenden zugunsten des Kindes mit dem einwilligenden Mann abschließen. Der Arzt schafft die Voraussetzungen für die Behandlung und schließt mit den Parteien den Behandlungsvertrag ab. Durch die Dokumentation der Einwilligungserklärungen und der darin enthaltenen Unterhaltsverpflichtung kommt er seinen Verpflichtungen aus dem ärztlichen Standesrecht nach. Er beabsichtigt dagegen nicht, in weitergehende Rechtsbeziehungen zu den Wunscheltern zu treten, und auch keine spezielle Verantwortung für das Wohl und Wehe des Kindes zu übernehmen. Zudem werden in § 1600 Abs. 5 BGB eindeutig als agierende Personen die Mutter und der soziale Vater benannt. Eine Art „Ersatzzuständigkeit“ des behandelnden Arztes steht dieser Sichtweise und der Intention des Gesetzgebers, der allein die Wunscheltern als handelnde Personen ansieht, entgegen. Daher ist ein Vertragsschluss zugunsten des Kindes zwischen dem behandelndem Arzt und dem einwilligendem Wunschvater abzulehnen.

Auch die Begründung eines Unterhaltsanspruchs aus der direkten Anwendung von § 311 Abs. 2 BGB kommt nicht in Betracht: Zwar kann ein Anspruch aus § 311 Abs. 2 BGB auch dann begründet sein, wenn ein wirksamer Vertragsabschluss zwischen den Parteien aufgrund der Unwirksamkeit der Erklärungen gescheitert ist.¹⁶⁸⁷ Insoweit könnte ein vorvertragliches Schuldverhältnis im Sinne von § 311 Abs. 2 Nr. 1 BGB zwischen den Einwilligenden festgestellt werden. Der Inhalt des Schuldverhältnisses aus § 311 Abs. 2 BGB ergibt sich jedoch aus dem Verweis auf § 241 Abs. 2 BGB. Die Parteien sind daher im vorvertraglichen Stadium zur Rücksichtnahme auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des anderen Teils verpflichtet. Sofern gegen diese Pflicht schuldhaft verstoßen wird, ist die

¹⁶⁸⁴ BGHZ 129, S. 297 (311) = NJW 1995, S. 2028 (2031).

¹⁶⁸⁵ Staudinger/Rauscher, § 1600 Rdn. 96; Muscheler, Rdn. 562.

¹⁶⁸⁶ Staudinger/Rauscher, § 1600 Rdn. 96.

¹⁶⁸⁷ Jousen, Rdn. 101, der davon ausgeht, dass zumindest § 311 Abs. 2 Nr. 3 BGB verwirklicht ist. Für einen Rückgriff auf § 311 Abs. 2 Nr. 3 BGB besteht jedoch dann kein Bedürfnis, wenn man annimmt, dass die nach dem nichtigen Vertrag begründeten Pflichten keine anderen sind als diejenigen, die gemäß § 311 Abs. 2 Nr. 1 BGB durch Aufnahme der zum Abschluss des unwirksamen Vertrages führenden Verhandlungen begründet worden sind, Erman/Kindl, § 311 Rdn. 22.

Folge ein Anspruch auf Schadensersatz gemäß § 280 Abs. 1 BGB.¹⁶⁸⁸ Dagegen entstehen in einem vorvertraglichen Schuldverhältnis keine Leistungspflichten, wie sie in § 241 Abs. 1 BGB formuliert sind.¹⁶⁸⁹ Diese können sich nur aus einem gültigen Vertrag ergeben.¹⁶⁹⁰ Die Pflichtverletzung kann sich deshalb nur auf Rechte, Rechtsgüter oder Interessen des anderen Teils beziehen.¹⁶⁹¹ Von der Rechtsprechung wurden insoweit verschiedene Fallgruppen so auch die Leistungstreuepflicht entwickelt. Die Leistungstreuepflicht zeichnet sich dadurch aus, dass die Vertragsparteien die Wirksamkeit und die Durchführung bzw. Durchführbarkeit des Vertrages nicht gefährden dürfen; daher müssen sie alles unterlassen, was die Erreichung des Vertragszweckes beeinträchtigen oder gefährden könnte.¹⁶⁹²

Sofern die Einwilligungserklärung der Kindesmutter bzw. sonstige Erklärungen im Zeitpunkt ihrer Abgabe unwirksam sind, ist der Grund für die Unwirksamkeit des Unterhaltsvertrages regelmäßig nicht in der Person des einwilligenden Wunschvaters gegeben.¹⁶⁹³ Um einen Schadensersatzanspruch nach § 280 Abs. 1 BGB auslösen zu können, müsste im Zeitpunkt der Abgabe der Einwilligungserklärung zudem eine relevante Pflichtverletzung durch den einwilligenden Mann begangen worden sein. Als einzig vorwerfbares Verhalten kann diesem jedoch nur die Anfechtung der Vaterschaft, die gleichzeitig zum Wegfall der gesetzlichen Unterhaltspflicht führt, zur Last gelegt werden. Die Anfechtung wird aber erst nach der Abgabe der Erklärungen und der Aufklärung bzw. Feststellung der wahren Umstände betrieben. Daher liegt im vorvertraglichen Schuldverhältnis noch keine Pflichtverletzung des Wunschvaters vor. Ein Schadensersatzanspruch ist demzufolge nicht gegeben. Zudem ist der Anspruch aus § 311 Abs. 2 BGB nicht geeignet, die gewünschte Rechtsfolge, nämlich Begründung eines kontinuierlichen Unterhaltsanspruches zugunsten des Kindes, auszulösen.

Vorgeschlagen wird deshalb eine Unterhaltshaftung des einwilligenden Mannes wegen des in Anspruch genommenen Vertrauens aufgrund entsprechender Anwendung des § 311 Abs. 2 BGB.¹⁶⁹⁴ Den Wunschvater aus der Unterhaltspflicht gegenüber dem Kind zu entlassen, wäre unbillig, da letztendlich sein Verhalten, nämlich die Anfechtung der Vaterschaft, zum Entfallen der gesetzlichen Unterhaltspflicht geführt hat. Zur Anfechtung war der Wunschvater aber nur aufgrund der Unwirksamkeit der Einwilligungserklärung seiner Partnerin berechtigt.¹⁶⁹⁵ Bei Wirksamkeit der Erklärung wäre ihm die Anfechtung der

¹⁶⁸⁸ MüKoBGB/Emmerich, § 311 Rdn. 51 und 53.

¹⁶⁸⁹ Jousen, Rdn. 112.

¹⁶⁹⁰ MüKoBGB/Emmerich, § 311 Rdn. 52.

¹⁶⁹¹ Fikentscher/Heinemann, § 19 II Rdn. 88.

¹⁶⁹² Jousen, Rdn. 148.

¹⁶⁹³ In der Praxis kann wohl nicht davon ausgegangen werden, dass der spätere Wunschvater seine Partnerin arglistig getäuscht hat bzw. sie durch widerrechtliche Drohung zur Vornahme der heterologen Befruchtung veranlasst hat, da insoweit er allein die Zeugung eines genetisch fremden Kindes gewünscht hätte. Diese Annahme erscheint lebensfremd.

¹⁶⁹⁴ Staudinger/Rauscher, § 1600 Rdn. 96.

¹⁶⁹⁵ Die Rechtsfolge aus § 1600 Abs. 5 BGB konnte nicht eingreifen, da § 1600 Abs. 5 BGB zwei wirksame aufeinander bezogene Einwilligungserklärungen und damit letztendlich einen Vertrag der Wunscheltern über die Zeugung eines Kindes voraussetzt.



Vaterschaft dagegen versagt worden. Der gesetzliche Unterhaltsanspruch des Kindes würde noch bestehen. Damit erleidet das Kind durch das Verhalten des Vaters einen Rechtsnachteil. Für ein Festhalten des Wunschvaters an seiner freiwillig übernommenen Verantwortung spricht auch der Rechtsgedanke aus § 162 Abs. 2 BGB¹⁶⁹⁶. Danach darf niemand aus einer von ihm selbst in treuwidriger Weise herbeigeführten Lage Vorteile ziehen.¹⁶⁹⁷ Da der einwilligende Wunschvater bewusst und gewollt zur Entstehung des Kindes beigetragen und wirksam in eine künstliche Befruchtung mit Spendersamen eingewilligt hat, muss seine Verantwortung für das gezeugte Kind auch dann noch verbleiben, wenn er die Vaterschaft aufgrund der unwirksamen Einwilligung der Mutter anfechten konnte. Die Lossagung von allen moralischen Verpflichtungen durch den Wunschvater muss als eindeutig treuwidrig eingestuft werden. Sie widerspricht dem Kindeswohl und den mit dem Kinderrechteverbesserungsgesetz verfolgten Zielen. Können diese Ziele aufgrund der Unwirksamkeit der Einwilligung der Mutter statusrechtlich schon nicht umgesetzt werden, so muss wenigstens der Unterhalt für das Kind gesichert sein. Allein der Umstand, dass sich der Wunschvater nur noch in Ausnahmefällen von der rechtlichen Vaterposition lösen kann, darf nicht dazu führen, dass die verbleibende Schutzlücke zulasten des Kindes geht. Wäre es für das Eingreifen von § 1600 Abs. 5 BGB allein erheblich, dass die Einwilligungserklärung des Anfechtenden wirksam ist, könnte sich der wirksam einwilligende Mann schon nicht aus seiner rechtlichen Vaterstellung verabschieden. Sofern ihm das Recht zur Anfechtung dennoch zusteht, weil das Gesetz von einer wirksamen Übereinkunft von Wunschvater und Wunschmutter, also einem Vertrag zwischen ihnen ausgeht, muss der Wunschvater jedenfalls insofern an seiner Einwilligung festgehalten werden können, dass er für den Unterhalt des mit seiner wirksamen Einwilligung gezeugten Kindes aufzukommen hat.

Dieser Anspruch auf Unterhalt resultiert aus § 311 Abs. 2 BGB analog i.V.m. § 242 BGB. Ein aufgrund familienrechtlicher Besonderheiten geprägtes Schuldverhältnis ist zwischen den Einwilligenden feststellbar. Auch der Bundesgerichtshof hat in seinem Beschluss vom 20.02.2012 festgestellt, dass die gemeinsame rechtliche Elternschaft zwei Personen zu einem sonstigen familienrechtlichen Rechtsverhältnis, d.h. einem gesetzlichen Schuldverhältnis, verbindet.¹⁶⁹⁸ Dieses Schuldverhältnis besteht selbst dann fort, wenn die gesetzliche Vaterschaft aufgrund deren Anfechtung entfallen ist.¹⁶⁹⁹ Aufgrund der Anfechtung der Vaterschaft durch den Wunschvater und in deren Folge aufgrund der Berufung auf das Nichtvorliegen eines vertraglichen Unterhaltsanspruches ist auf Seiten des bisherigen rechtlichen Vaters auch ein vorwerfbares pflichtwidriges Verhalten gegeben.

Die Rechtsfolge des § 311 Abs. 2 BGB ist insofern anzupassen, dass die mit dem ursprünglichen Vertrag bezweckten Leistungspflichten aufgrund des in Anspruch

¹⁶⁹⁶ MüKoBGB/Wellenhofer-Klein, 4. Auflage, § 1600 Rdn. 23.

¹⁶⁹⁷ MüKoBGB/Westermann, § 162 Rdn. 18.

¹⁶⁹⁸ Löhnig/Preisner, NJW 2013, S. 2080 (2083).

¹⁶⁹⁹ Löhnig/Preisner, NJW 2013, S. 2080 (2083).



genommenen Vertrauens sowie unter Berücksichtigung von Treu und Glauben Gegenstand des Anspruchs aus § 311 Abs. 2 BGB i.V.m. § 242 BGB sind. Damit haftet der Einwilligende auch nach erfolgreicher Anfechtung der Vaterschaft auf Zahlung von Unterhalt gegenüber dem Kind, sofern seine eigene Willenserklärung wirksam war.

Um jedoch der Gefahr zu begegnen, dass nach Anfechtung der Vaterschaft durch den einwilligenden Mann ein Anspruch auf Unterhaltszahlung aus § 311 Abs. 2 BGB analog i.V.m. § 242 BGB abgelehnt wird, sollte der Gesetzgeber tätig werden und einen gesetzlichen Unterhaltsanspruch des Kindes normieren.

Denkbar ist nachfolgende Regelung in § 1600 Abs. 5 S. 2 BGB:

„Sollte die Vaterschaft aufgrund Unwirksamkeit der Einwilligung erfolgreich angefochten werden, bleibt der einwilligende Mann zur Zahlung von Unterhalt für das Kind in Höhe des gesetzlichen Unterhalts verpflichtet, sofern er wirksam in die Zeugung eines Kindes mit Spendersamen eingewilligt hat.“

3. Anfechtung durch die Mutter

Auch eine erfolgreiche Anfechtung der Vaterschaft durch die Kindesmutter ist nur dann möglich, wenn eine der beiden Einwilligungen unwirksam ist.

a) Unwirksamkeit der Einwilligungserklärung der Kindesmutter

Sofern die Willenserklärung der Kindesmutter aus einem der oben aufgeführten Gründe unwirksam sein sollte, können sowohl der rechtliche Vater als auch die Kindesmutter die Vaterschaft anfechten. Auswirkungen auf die Unterhaltungspflicht kann dies aber nicht haben. Der Wunschvater bleibt auch nach dem Wegfall der gesetzlichen Unterhaltungspflicht zur Zahlung des Unterhaltes verpflichtet.¹⁷⁰⁰ Das Verhalten der Mutter, d.h. die Anfechtung der Vaterschaft durch diese, darf nicht zu Lasten des Kindes gehen.

b) Unwirksamkeit der Einwilligungserklärung des rechtlichen Vaters

Sofern die Willenserklärung des rechtlichen Vaters unwirksam ist, ist die Kindesmutter ebenfalls nicht an der Anfechtung der rechtlichen Vaterschaft gehindert. Hinsichtlich des Bestehens eines vertraglichen Unterhaltsanspruchs muss jedoch auf die obigen Ausführungen verwiesen werden.¹⁷⁰¹

E. Unterhaltsansprüche gegen den einwilligenden unverheirateten Vater mangels Anerkennung

Der vertragliche Unterhaltsanspruch des Kindes ist besonders relevant, wenn der nicht mit der Kindesmutter verheiratete Mann nach Erteilung seiner Einwilligung in eine heterologe

¹⁷⁰⁰ Siehe S. 264 ff.

¹⁷⁰¹ Siehe S. 263 f.



Insemination und der darauf zurückzuführenden Geburt eines Kindes nicht bereit ist, die Vaterschaft zu diesem Kind anzuerkennen. Eine gesetzliche Unterhaltspflicht des Mannes besteht nicht, da zwischen dem Kind und ihm keine aufgrund der Anerkennung fingierte Verwandtschaftsbeziehung besteht.

Daher kann ein Unterhaltsanspruch des Kindes nur aus einer in der Einwilligungserklärung enthaltenen Unterhaltsverpflichtung resultieren. Durch seine Zustimmung zur heterologen Insemination hat der nichteheliche Lebenspartner nicht nur einen erheblichen Grund für die Entstehung des Kindes geschaffen, sondern auch einen Vertrauenstatbestand zugunsten des Kindes begründet. Der Einwilligende ist an der Übereinkunft zwischen ihm und der Mutter des Kindes festzuhalten; daher besteht zugunsten des Kindes ein vertraglicher Anspruch auf Zahlung von Unterhalt in Höhe des gesetzlichen Unterhalts.

F. Zusammenfassung und Zwischenergebnis

Die Möglichkeit zur Anfechtung der Vaterschaft verbleibt den Einwilligenden in den seltenen Fällen, in denen eine der beiden Einwilligungserklärungen unwirksam ist. Sie ist darin begründet, dass die beiden Einwilligungserklärungen aufeinander bezogen sind; die Einwilligenden schließen einen Vertrag sui generis mit dem Inhalt, dass sie beide die Zeugung eines Kindes mit Spendersamen wünschen und gleichberechtigt wie für ein genetisch eigenes Kind sorgen werden. Damit muss das Anfechtungsrecht mit der Wirksamkeit bzw. Unwirksamkeit der aufeinander bezogenen Einwilligungserklärungen „stehen und fallen“. Dagegen besteht auf Seiten des Kindes ein uneingeschränktes Anfechtungsrecht, da es bisher weder gesetzlich ausgeschlossen wurde noch gesetzlich ausgeschlossen werden kann.

Durch die Einwilligung in die heterologe Insemination schließen die Einwilligenden entweder konkludent, in der Mehrzahl der Fälle jedoch ausdrücklich, einen das Kind begünstigenden Unterhaltsvertrag. Der Einwilligende erklärt, auch finanziell wie für ein eigenes Kind sorgen zu wollen. Diese Auslegung der Erklärungen entspricht der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs bereits zum früheren Recht. Diese Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs mit allen ihren Modifizierungen ist grundsätzlich fortzuschreiben, muss jedoch teilweise entsprechend der zugrunde liegenden Konstellation korrigiert und angepasst werden.

Im Einzelnen bedeutet dies: Sollte das Kind das Anfechtungsverfahren erfolgreich betrieben haben, geht auch dessen vertraglicher Unterhaltsanspruch nach den Grundsätzen des Wegfalls der Geschäftsgrundlage unter, da dem Wunschvater ein weiteres Festhalten an dem Unterhaltsvertrag grundsätzlich nicht zugemutet werden kann. Dies gilt selbst dann, wenn das Anfechtungsverfahren durch den Vertreter eines minderjährigen Kindes eingeleitet wurde. Sollte das Anfechtungsverfahren von dem Wunschvater aufgrund der Unwirksamkeit seiner eigenen Einwilligungserklärung bzw. von der Wunschmutter aufgrund der Unwirksamkeit der Einwilligungserklärung des Wunschvaters erfolgreich betrieben



worden sein, ist ein vertraglicher Unterhaltsanspruch aus tatsächlichen Gründen nicht gegeben. Aufgrund der Einheit des Rechtsgeschäftes wird regelmäßig nicht nur die Einwilligung des Wunschvaters in die heterologe Insemination, sondern auch die Erklärung, für das auf diese Weise gezeugte Kind wie für ein eigenes zu sorgen, unwirksam sein. Der Wunschvater hat sich daher zu keinem Zeitpunkt wirksam gegenüber dem Kind verpflichtet. Ein vertraglich begründeter Unterhaltsanspruch gegen den Wunschvater kann zugunsten des Kindes daher nicht angenommen werden.

Anders stellt sich die Rechtslage in den Fällen dar, in denen die Vaterschaft von dem Wunschvater aufgrund der Unwirksamkeit der Einwilligung der Kindesmutter angefochten werden konnte. In diesen Fällen muss der Vater an seiner Erklärung festgehalten werden. Der Anspruch des Kindes auf Zahlung von Unterhalt folgt aus § 311 Abs. 2 analog i.V.m. § 242 BGB. Um dieses Ergebnis jedoch allen Beteiligten eindeutig vor Augen zu führen, sollte § 1600 Abs. 5 BGB um eine entsprechende klarstellende Regelung ergänzt werden.

Zusammenfassung und Gesamtergebnis

Trotz erheblicher Fortschritte in der Fortpflanzungsmedizin vor allem im Bereich der homologen Verfahren sowie rechtlicher, moralischer und gesellschaftlicher Bedenken stellt die heterologe Insemination auch heute noch ein gebräuchliches und besonders bei alleinstehenden und in einer Lebenspartnerschaft lebenden Frauen verbreitetes Verfahren zur Erfüllung des Kinderwunsches dar. Für alle aus einer heterologen Fortpflanzungsmethode stammenden Kinder sollte eine abstammungsrechtliche Zuordnung zu den beiden Personen, die seine Zeugung wünschten, gefunden werden. Es hat sich jedoch gezeigt, dass dies im geltenden Recht nicht immer erreicht werden kann. Zwar wird die gebärende Frau, die in der Regel auch die biologisch-genetische Mutter ist, dem Kind mit der Geburt als rechtliche Mutter gemäß § 1591 BGB zugeordnet. Die Zuordnung des Kindes zu einem zweiten Elternteil, der seine Zeugung wünschte, ist jedoch trotz der in § 1592 Nr. 1, Nr. 2 und Nr. 3 BGB normierten Tatbestände nicht immer gewährleistet. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn der der Zeugung des Kindes zustimmende Elternteil nach der Geburt nicht mehr bereit ist, die rechtliche Elternschaft zu übernehmen.

Zum Schutz des heterolog gezeugten Kindes vor der drohenden Vaterlosigkeit bzw. dem Fehlen eines zweiten rechtlichen Elternteils müssen neben § 1591 BGB und § 1600 Abs. 5 BGB weitere abstammungsrechtliche Regelungen durch den Gesetzgeber getroffen werden. Insoweit muss sich die Legislative von dem Gedanken frei machen, dass rechtliche Vaterschaft bzw. rechtliche Elternschaft stets etwas mit Abstammung im biologisch-genetischen Sinn zu tun haben muss. Dass die erklärte Übernahme von tatsächlicher Verantwortung, mithin die soziale Elternschaft, zur Begründung der rechtlichen Elternschaft ausreichen kann und sollte, ist zahlreichen ausländischen Rechtsordnungen zu entnehmen. Auch dem deutschen Gesetzgeber sollte es möglich sein, den Willen als entscheidendes Merkmal der abstammungsrechtlichen Zuordnung zu akzeptieren, da –wie gezeigt– das deutsche Abstammungsrecht bereits heute in den meisten abstammungsrechtlichen

Vorschriften nicht die biologisch-genetische Abstammung, sondern vielmehr andere, nämlich soziale, Faktoren als relevant für die Begründung der rechtlichen Zuordnung hält.¹⁷⁰² Allein aufgrund der Tatsache, dass ein Kind aus biologischen Gründen einen biologisch-genetischen Vater und eine biologisch-genetische Mutter hat, stehen diese Personen noch nicht als rechtliche Eltern des Kindes fest. Vielmehr kommt dem Kindesverhältnis eine eigenständige normative Begründung zu.¹⁷⁰³

Grundsätzlich soll auch im Bereich der Reproduktionsmedizin die Vaterschaft dem biologisch-genetischen Erzeuger zugeordnet werden. Im Bereich der heterologen Methoden muss dieser Grundsatz jedoch stellenweise modifiziert werden. Es ist daher notwendig, weitere abstammungsrechtliche Tatbestände zu schaffen, die die Zuordnung des Kindes zu dem Mann bzw. zu dem zweiten rechtlichen Elternteil ermöglichen, der im Vorfeld der Behandlung sein Einverständnis mit der Zeugung des Kindes erklärt hat. Diese Zuordnung anhand sozialer Faktoren ist Ausdruck der Autonomie der die Behandlung wünschenden Beteiligten. Die Elternschaft der Zustimmenden muss daher als weiterer Zuordnungstatbestand im Abstammungsrecht verankert werden.

Dies bedeutet konkret: Auch im Fall der heterologen Fortpflanzungsmethoden soll die Vaterschaft/Elternschaft vornehmlich weiter über die Ehe der Mutter im Zeitpunkt der Geburt bzw. aufgrund der Anerkennung des Wunschvaters begründet werden. Erst wenn aufgrund der Weigerung des Wunschvaters oder der Mutter eine Zuordnung nicht möglich ist, sollte in einem Feststellungsverfahren die Vaterschaft des Einwilligenden aufgrund seiner Einwilligung in das heterologe Fortpflanzungsverfahren festgestellt werden können. Dafür ist es unabdingbar, dass in § 1600d BGB folgender Absatz neu eingefügt wird:

„Bei einer künstlichen Befruchtung mittels Samenspende eines Dritten ist der Mann als Vater eines Kindes festzustellen, der in die Behandlung eingewilligt hat, sofern an der Frau innerhalb von nicht mehr als 300 Tagen und nicht weniger als 180 Tagen vor der Geburt des Kindes eine solche Behandlung vorgenommen worden ist. Die Einwilligung muss öffentlich beurkundet sein und kann nur von einem Geschäftsfähigen abgegeben werden. Die Feststellung ist ausgeschlossen, sofern der Mann nachweist, dass das Kind nicht im Wege dieser Behandlung gezeugt worden ist oder dass er seine Einwilligungserklärung vor der Behandlung gegenüber seiner Lebensgefährtin schriftlich widerrufen hat.“

Weiterhin ist dem Gesetzgeber zu raten, auch den Fall des Versterbens des Wunschvaters vor der Geburt des Kindes bzw. sogar vor dessen Zeugung, aber nach Einwilligung in die

¹⁷⁰² Ähnlich in Bezug auf die Begründung von zwei Vaterschaften für ein Kind bei entsprechender sozialer Lage argumentierend, Heiderhoff: Das Kind und sein rechtlicher Vater, in: Bork/Reppen (Hrsg.): Das Kind im Recht, S. 31 (40).

¹⁷⁰³ Bernat: Statusrechtliche Probleme im Gefolge medizinisch assistierter Zeugung, MedR 1986, S. 245.

heterologe Insemination zu regeln. Dementsprechend sollte § 1593 BGB in folgender Weise erweitert werden:

„§ 1592 Nr. 1 BGB gilt entsprechend, wenn die Ehe durch Tod aufgelöst wurde und aufgrund der Einwilligung des Ehemannes, die vor seinem Tod erklärt wurde, durch künstliche Befruchtung mit Spendersamen die Geburt eines Kindes veranlasst wurde.“

Zudem ist § 1600 Abs. 4 n.F. um folgenden Satz 2 zu ergänzen:

„Dies gilt auch, wenn der Mann vor der Geburt des Kindes bereits verstorben ist.“

Darüber hinaus sollte vom Gesetzgeber auch die rechtliche Elternschaft der Co-Mutter sichergestellt werden. Zwar sind gleichgeschlechtliche Lebenspartnerinnen derzeit in Deutschland von reproduktionsmedizinischen Verfahren (noch) ausgeschlossen. Dies darf jedoch nicht über die Tatsache hinwegtäuschen, dass immer mehr Kinder in Deutschland in eine gleichgeschlechtliche Lebenspartnerschaft mit dem Willen beider Partnerinnen hineingeboren werden, die aus einer Befruchtung im heterologen System hervorgegangen sein müssen¹⁷⁰⁴.

Zwar ist nach der lex lata bei gleichgeschlechtlichen Partnerinnen derzeit bereits die Eltern-Kind-Zuordnung zu beiden Lebenspartnerinnen mittels einer Stiefkindadoption möglich. Diese ist jedoch mit erheblichen Unsicherheiten und Unwägbarkeiten verbunden. Daher muss zugunsten der Lebenspartnerinnen gefordert werden, dass auch insoweit eine originäre statusrechtliche Zuordnung gesetzlich vorgesehen wird, auch wenn dadurch die abendländischen Vorstellungen und Überzeugungen von Geschlecht, Sexualität, Partnerschaft und Elternschaft in ihren Grundfesten berührt werden. Voraussetzung eines Elternschafts begründungstatbestandes zugunsten gleichgeschlechtlicher Partnerinnen ist, dass man im geltenden Recht noch viel stärker als bisher die Übernahme tatsächlicher Verantwortung für ein Kind – zum Ausdruck gebracht durch die Einwilligung in eine heterologe Befruchtungsmethode – als relevant für die Begründung der rechtlichen Elternschaft erachtet. Der Gesetzgeber muss erkennen, dass die biologisch-genetische Abstammung nicht die einzige tragfähige Option zur Begründung der rechtlichen Elternschaft ist. Vielmehr stellt die rechtliche Eltern-Kind-Zuordnung die „Umsetzung eines kulturellen Konzepts“ dar, das Änderungen durch wechselnde ethische, moralische und gesellschaftliche Ansichten sowie durch Fortschritte in der Fortpflanzungsmedizin unterworfen ist.¹⁷⁰⁵ Damit wird dem Gesetzgeber ein beträchtlicher Handlungsspielraum eröffnet.

Die in dieser Abhandlung vorgetragene Lösung sieht daher vor, dass auch Lebenspartnerinnen, die in die Behandlung ihrer Partnerin mit Spendersamen eingewilligt

¹⁷⁰⁴ Müller-Götzmann, S. 367.

¹⁷⁰⁵ Büchler, FamPra.ch 2005, S. 437 (469 f.).



haben, die Elternschaft zu dem mittels Samenspende geborenen Kind anerkennen können. Im Hinblick darauf sollte § 1592 Nr. 2 BGB folgende Fassung erhalten:

„Vater eines Kindes ist der Mann, der die Vaterschaft anerkannt hat. Die Elternschaft zu einem Kind kann auch von der Frau anerkannt werden, die mit der Mutter in einer Lebenspartnerschaft lebt und in eine künstliche Befruchtung mit Spendersamen eingewilligt hatte, sofern keine Vaterschaft nach § 1592 Nr. 1-3 BGB zugunsten eines Mannes begründet ist.“

Diese Möglichkeit der Elternschaftsbegründung kann nur eingetragenen Lebenspartnerinnen zugutekommen, da nur ihre Partnerschaften eine hinreichende Stabilität und Erkennbarkeit gewährleisten, die eine Erweiterung des derzeitigen Abstammungsrechts gerechtfertigt erscheinen lässt. Sie steht hingegen nicht Lebenspartnerinnen offen, die in keiner eingetragenen Lebenspartnerschaft leben.

Auch eine originäre Elternschaftszuordnung zu einem gleichgeschlechtlichen männlichen Paar ist nicht möglich. Dem steht die Norm des § 1747 Abs. 2 S. 1 BGB entgegen, die nicht der Disposition der Beteiligten unterliegt.¹⁷⁰⁶ Damit bleibt für diese Paare nur der Weg, die Vaterschaft zu einem Partner durch eine Anerkennung des Kindes zu begründen. Für den zweiten Lebenspartner besteht sodann die Möglichkeit, eine statusrechtliche Verbindung mittels einer Stiefkindadoption herbeizuführen. Lebenspartner, die in keiner formalisierten Lebenspartnerschaft leben, können dagegen keine gemeinsame rechtliche Elternschaft begründen.

Insgesamt hat sich gezeigt, dass im Bereich der abstammungsbegründenden Normen noch ein erheblicher Regelungsbedarf auf Seiten des Gesetzgebers besteht. Dagegen ist der Gesetzgeber im Bereich der Auflösung der Vaterschaft zu einem mit Spendersamen gezeugten Kind bereits tätig geworden. Aufgrund der 2002 in das Bürgerliche Gesetzbuch eingefügten Vorschrift des § 1600 Abs. 5 BGB n.F. ist den in eine Befruchtung mit Spendersamen wirksam Einwilligenden die Anfechtung der Vaterschaft versagt, wenn die Behandlung mit Spendersamen tatsächlich erfolgt ist. Dem Kind, dem Samenspender sowie einer ggf. anfechtungsberechtigten Behörde ist es –teils unter erheblichen Voraussetzungen– hingegen unbenommen, die Vaterschaft zu dem mit Spendersamen gezeugten Kind anzufechten. Auch wenn dem einwilligenden Mann sowie der einwilligenden Mutter des Kindes die Anfechtung der Vaterschaft aufgrund § 1600 Abs. 5 BGB verwehrt ist, sind einige Fragen gerade im Hinblick auf die Vorschrift selbst offen geblieben. Dies betrifft sowohl deren Tatbestandsseite als auch deren Rechtsfolgenrechte. So wurde vom Gesetzgeber die Frage der Rechtsnatur der Einwilligung sowie als deren Folge die Frage der Anfechtbarkeit und Widerrufbarkeit der Erklärung sowie die Geschäftsfähigkeit des Einwilligenden nicht explizit geregelt. Keine Aussagen trifft die Vorschrift auch für den Fall eines konsertierten Ehebruchs bzw. für eine im privaten Umfeld erfolgte künstliche

¹⁷⁰⁶ Müller-Götzmann, S. 368.

Befruchtung mit Spendersamen. Auch wenn in dieser Abhandlung Lösungsansätze für diese Fragen unterbreitet wurden, wäre im Hinblick auf die Bedeutung und die Auswirkungen für das Kind sowie für die Einwilligenden selbst eine eindeutige gesetzliche Normierung wünschenswert gewesen.

Anhand der gefundenen Ergebnisse ist festzuhalten, dass es sich bei der Einwilligungserklärung um eine Willenserklärung handelt, auf die die Vorschriften über Willenserklärungen aufgrund des erheblichen Persönlichkeitsbezugs der Erklärung teilweise mit leichten Modifikationen Anwendung finden. Die Erklärung kann formlos abgegeben werden. Im Hinblick auf die Ziele des Kinderrechteverbesserungsgesetzes sowie die leichtere Feststellbarkeit einer entsprechenden Übereinkunft der Einwilligenden sowie die Bestandskräftigkeit der Einwilligung sollte diese Entscheidung des Gesetzgebers noch einmal überdacht werden. Insoweit erscheint es angezeigt, zumindest in dem schon lange avisierten Fortpflanzungsmedizingesetz neben den Voraussetzungen, unter denen die heterologe Insemination zukünftig vorgenommen werden darf, die notarielle Beurkundung der Einwilligungserklärungen vorzusehen. Weiterhin ist dem Gesetzgeber anzuraten, einen Unterhaltstatbestand im Bürgerlichen Gesetzbuch zum Schutz des Kindes für den Fall vorzusehen, dass der Einwilligende aufgrund der Unwirksamkeit der Einwilligungserklärung der Mutter die Vaterschaft anfechten kann. Insoweit besteht die Gefahr, dass das Kind alle gesetzlichen Unterhalts- und Erbansprüche gegen den bisherigen rechtlichen Vater verliert, sollte ein Anspruch auf weitere Unterhaltszahlung aus § 311 Abs. 2 BGB entsprechend i.V.m. § 242 BGB in der Rechtsprechung abgelehnt werden. Aber auch bei Anerkennung des Anspruchs ist dem Gesetzgeber aus Klarstellungsgesichtspunkten zu einer solchen Regelung zu raten. Dafür könnte § 1600 Abs. 5 BGB um nachfolgenden Satz 2 ergänzt werden:

„Sollte die Vaterschaft aufgrund Unwirksamkeit der Einwilligung erfolgreich angefochten werden, bleibt der einwilligende Mann zur Zahlung von Unterhalt für das Kind in Höhe des gesetzlichen Unterhalts verpflichtet, sofern er wirksam in die Zeugung eines Kindes mit Spendersamen eingewilligt hat.“

Abschließend ist daher festzustellen, dass folgende abstammungsrechtliche Vorschriften einer Überarbeitung in der nachfolgenden Weise durch den Gesetzgeber bedürfen:

§ 1592 BGB:

Vater bzw. zweiter Elternteil eines Kindes ist *derjenige*,

1. der zum Zeitpunkt der Geburt mit der Mutter des Kindes verheiratet ist,
2. der die Vaterschaft anerkannt hat. *Die Elternschaft zu einem Kind kann auch von der Frau anerkannt werden, die mit der Mutter in einer Lebenspartnerschaft lebt und in eine künstliche Befruchtung mit Spendersamen eingewilligt hatte, sofern keine Vaterschaft nach § 1592 Nr. 1-3 BGB zugunsten eines Mannes begründet ist.*



3. dessen Vaterschaft nach § 1600d oder § 182 Abs. 1 des Gesetzes über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit gerichtlich festgestellt ist.

§ 1593 BGB:

- (1) § 1592 Nr. 1 gilt entsprechend, wenn die Ehe durch Tod aufgelöst wurde und innerhalb von 300 Tagen nach der Auflösung ein Kind geboren wird. Steht fest, dass das Kind mehr als 300 Tage vor seiner Geburt empfangen wurde, so ist dieser Zeitraum maßgebend. Wird von einer Frau, die eine weitere Ehe geschlossen hat, ein Kind geboren, das sowohl nach den Sätzen 1 und 2 Kind des früheren Ehemannes als auch nach § 1592 Nr. 1 Kind des neuen Ehemannes wäre, so ist es nur als Kind des neuen Ehemannes anzusehen. Wird die Vaterschaft angefochten und wird rechtskräftig festgestellt, dass der neue Ehemann nicht Vater des Kindes ist, so ist es Kind des früheren Ehemannes.
- (2) *§ 1592 Nr. 1 BGB gilt zudem entsprechend, wenn die Ehe durch Tod aufgelöst wurde und aufgrund der Einwilligung des Ehemannes, die vor seinem Tod erklärt wurde, durch künstliche Befruchtung mit Spendersamen die Geburt eines Kindes veranlasst wurde.*

§ 1600 BGB:

- (1) Berechtigt die Vaterschaft anzufechten, sind:
 1. der Mann, dessen Vaterschaft nach § 1592 Nr. 1 und 2, § 1593 besteht,
 2. der Mann, der an Eides statt versichert, der Mutter des Kindes während der Empfängniszeit beigewohnt zu haben,
 3. die Mutter,
 4. das Kind und
 5. die zuständige Behörde (anfechtungsberechtigte Behörde) in den Fällen des § 1592 Nr. 2.
- (2) Die Anfechtung nach Absatz 1 Nr. 2 setzt voraus, dass zwischen dem Kind und seinem Vater im Sinne von Absatz 1 Nr. 1 keine sozial-familiäre Beziehung besteht oder im Zeitpunkt seines Todes bestanden hat und dass der Anfechtende leiblicher Vater des Kindes ist.
- (3) Die Anfechtung nach Absatz 1 Nr. 5 setzt voraus, dass zwischen dem Kind und dem Anerkennenden keine sozial-familiäre Beziehung besteht oder im Zeitpunkt der Anerkennung oder seines Todes bestanden hat und durch die Anerkennung rechtliche



Voraussetzungen für die erlaubte Einreise oder den erlaubten Aufenthalt des Kindes oder eines Elternteils geschaffen werden.

- (4) Eine sozial-familiäre Beziehung nach den Absätzen 2 und 3 besteht, wenn der Vater im Sinne von Absatz 1 Nr. 1 zum maßgeblichen Zeitpunkt für das Kind tatsächliche Verantwortung trägt oder getragen hat. Eine Übernahme tatsächlicher Verantwortung liegt in der Regel vor, wenn der Vater im Sinne von Absatz 1 Nr. 1 mit der Mutter des Kindes verheiratet ist oder mit dem Kind längere Zeit in häuslicher Gemeinschaft zusammengelebt hat.
- (5) Ist das Kind mit Einwilligung des Mannes und der Mutter durch künstliche Befruchtung mittels Samenspende eines Dritten gezeugt worden, so ist die Anfechtung der Vaterschaft durch den Mann oder die Mutter ausgeschlossen. *Sollte die Vaterschaft aufgrund Unwirksamkeit der Einwilligung erfolgreich angefochten werden, bleibt der einwilligende Mann zur Zahlung von Unterhalt für das Kind in Höhe des gesetzlichen Unterhalts verpflichtet, sofern er wirksam in die Zeugung eines Kindes mit Spendersamen eingewilligt hat.*
- (6) Die Landesregierungen werden ermächtigt, die Behörden nach Absatz 1 Nr. 5 durch Rechtsverordnung zu bestimmen. Die Landesregierungen können diese Ermächtigung durch Rechtsverordnung auf die zuständigen obersten Landesbehörden übertragen. Ist eine örtliche Zuständigkeit der Behörde nach diesen Vorschriften nicht begründet, so wird die Zuständigkeit durch den Sitz des Gerichts bestimmt, das für die Klage zuständig ist.

§ 1600d BGB:

- (1) Besteht keine gerichtliche Vaterschaft nach § 1592 Nr. 1 und 2, § 1593, so ist die Vaterschaft gerichtlich festzustellen.
- (2) Im Verfahren auf gerichtliche Feststellung der Vaterschaft wird als Vater vermutet, wer der Mutter während der Empfängniszeit beigewohnt hat. Die Vermutung gilt nicht, wenn schwerwiegende Zweifel an der Vaterschaft bestehen.
- (3) Als Empfängniszeit gilt die Zeit von dem 300. bis zu dem 181. Tage vor der Geburt des Kindes, mit Einschluss des 300. als auch des 181. Tages. Steht fest, dass das Kind außerhalb des Zeitraumes des Satzes 1 empfangen worden ist, so gilt dieser abweichende Zeitraum als Empfängniszeit.
- (4) *Bei einer künstlichen Befruchtung mittels Samenspende eines Dritten ist der Mann als Vater eines Kindes festzustellen, der in die Behandlung eingewilligt hat, sofern an der Frau innerhalb von nicht mehr als 300 Tagen und nicht weniger als 180 Tagen vor der Geburt des Kindes eine solche Behandlung vorgenommen worden ist. Dies gilt auch, wenn*



der Mann vor der Geburt des Kindes bereits verstorben ist. Die Einwilligung muss öffentlich beurkundet sein und kann nur von einem Geschäftsfähigen abgegeben werden. Die Feststellung ist ausgeschlossen, sofern der Mann nachweist, dass das Kind nicht im Wege dieser Behandlung gezeugt worden ist oder dass er seine Einwilligungserklärung vor der Behandlung gegenüber seiner Lebensgefährtin schriftlich widerrufen hat.

- (5) Die Rechtswirkungen der Vaterschaft können, soweit sich nicht aus dem Gesetz anderes ergibt, erst vom Zeitpunkt ihrer Feststellung an geltend gemacht werden.



Literaturverzeichnis:

Aebi-Müller, Regina E./ Jaggi, Matthias: Streit um die Abstammung – Länderbericht Schweiz, in: Spickhoff, Andreas/Schwab, Dieter/Henrich, Dieter/Gottwald, Peter (Hrsg.): Der Streit um die Abstammung – ein europäischer Vergleich –, Bielefeld 2007, S. 343-394;

Arends, Markku: Finnland, in: Bergmann, Alexander/Ferid, Murad/Henrich, Dieter (Hrsg.): Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht, 201. Lieferung, Stand: 18.03.2013;

Arendt-Rojahn, Veronika: Anfechtungsmöglichkeiten der „zuständigen Behörde“ bei „Scheinvaterschaften“, FPR 2007 S. 395-398;

Backmann, Jan L.: Künstliche Fortpflanzung und Internationales Privatrecht unter besonderer Berücksichtigung des Persönlichkeitsschutzes, München 2002;

Balerna, M./van Kooij, R.J./Dietz-Helmers, A./Campana, A.: Minimalanforderungen zur Anlage von Spermakonserven und Möglichkeiten der Qualitätsverbesserung von Kryosperma, in: Schill, Wolf-Bernhard/ Bollmann, Walter (Hrsg.): Spermakonservierung, Insemination, In-vitro-Fertilisation, München, Wien, Baltimore 1986, S. 23-31;

Balz, Manfred: Heterologe künstliche Samenübertragung beim Menschen - Rechtliche und politische Überlegungen zu einem Vorhaben des Europarats, Tübingen 1980;

Bamberger, Heinz Georg/Roth, Herbert (Hrsg.): Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 3, §§ 1297-2385, Rom I-VO, Rom II-VO, EGBGB, 3. Auflage München 2012;

Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456 ZGB, Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Geiser, Thomas (Hrsg.), 4. Auflage Basel, Genf, München 2010;

Battes, Robert: Entscheidung des Italienischen Verfassungsgerichtshofes zur Vaterschaftsanfechtung bei heterologer Insemination, DEuFamR 1999, S. 256-257;

Baumann, Jürgen: Strafbarkeit von In-vitro-Fertilisation und Embryonentransfer? Eine rechtspolitische Betrachtung, in: Günther, Hans-Ludwig/Keller, Rolf (Hrsg.): Fortpflanzungsmedizin und Humangenetik – Strafrechtliche Schranken, 2. Auflage Tübingen 1991, S. 177-191;

Baumann-Hölzle, Ruth: Elternschaft außerhalb der Ehe - Ethische Gesichtspunkte unter Berücksichtigung des Wohles der Kinder, in: Bundesministerium für Gesundheit (Hrsg.): Fortpflanzungsmedizin in Deutschland – Wissenschaftliches Symposium des Bundesministeriums für Gesundheit in Zusammenarbeit mit dem Robert-Koch-Institut vom 24. Mai bis 26. Mai 2000 in Berlin, Baden-Baden 2001, S. 163-168;

Becker, Ulrich/Kingreen, Thorsten (Hrsg.): SGB V, Gesetzliche Krankenversicherung, 3. Auflage München 2012



Beckhove, Esther: Künstliche Befruchtung – Ein juristischer Ratgeber, Herbolzheim 2008;

Beck`scher Online-Kommentar, GG, herausgegeben von Epping, Volker/Hillgruber, Christian, München Edition 19, Stand 01.11.2013;

Beck`scher Online-Kommentar, StGB, herausgegeben von von Heintschel-Heinegg, Bernd, München Edition 23, Stand 22.07.2013;

Beinkinstadt, Joachim: „Vater werden ist nicht schwer“ – Entwurf eines Gesetzes zur Ergänzung des Rechts zur Anfechtung der Vaterschaft, JAmt 2007, S. 342-347;

Beitzke, Günther: Rechtsvergleichende Bemerkungen zum künstlich gezeugten Kind, in: Gaul, Hans Friedrich (Hrsg.): Familienrecht in Geschichte und Gegenwart – Symposium aus Anlass des 80. Geburtstags von Friedrich Wilhelm Bosch, Bielefeld 1992, S. 49-67;

Benecke, Matthias: Die heterologe künstliche Insemination im geltenden deutschen Zivilrecht, Frankfurt am Main 1986;

Berghofer-Weichner, Mathilde: Von der Zeugung zur Erzeugung – die Fortpflanzungsmedizin als Herausforderung an den Gesetzgeber, BayVBl 1988, S. 449-454;

Bernat, Erwin: Das Fortpflanzungsmedizingesetz: Neue Aufgaben für das Notariat, NZ 1992, S. 244-246;

Bernat, Erwin: Der anonyme Vater im System der Fortpflanzungsmedizin: Vorfindliches, Rechtsethik und Gesetzgebung, in: Bernat, Erwin (Hrsg.): Die Reproduktionsmedizin am Prüfstand von Recht und Ethik, Wien 2000, S. 161-181;

Bernat, Erwin: Form der Zustimmung des Ehemannes zu heterologer Insemination, Anmerkung zu OGH v. 13.3.1996, JBl 1996, S. 717-720;

Bernat, Erwin: Rechtsfragen medizinisch assistierter Zeugung, Frankfurt am Main 1989;

Bernat, Erwin: Statusrechtliche Probleme im Gefolge medizinisch-assistierter Zeugung, MedR 1986, S. 245-253;

Bernat, Erwin: Zivilrechtliche Fragen um die künstliche Humanreproduktion, in: Bernat, Erwin (Hrsg.): Lebensbeginn durch Menschenhand. Probleme künstlicher Befruchtungstechnologien aus medizinischer, ethischer und juristischer Sicht, Graz 1985, S. 125-172;

Beschlüsse des 56. Deutschen Juristentages, NJW 1986, S. 3069-3075;

Beschlüsse des 59. Deutschen Juristentages Hannover 1992, FuR 1992, S. 278-282;

Birk, Dewinder: Human Fertilisation and Embryology – The New Law, Bristol 2009;



Bispink, Gerd: Reproduktionsmedizinische Aspekte, in: Duttge, Gunnar/Engel, Wolfgang/Lipp, Volker/Zoll, Barbara (Hrsg.): Heterologe Insemination - Aktuelle Lage und Reformbedarf aus interdisziplinärer Perspektive, Göttingen 2010, S. 1-8;

Bogdan, Michael: Internationale Aspekte der schwedischen Gesetzesnovelle über die Adoption von Kindern durch eingetragene Lebenspartner, IPRax 2002, S. 534-535;

Borth, Helmut: Das Verfahren zum Entwurf eines Gesetzes zur Klärung der Abstammung unabhängig vom Anfechtungsverfahren gemäß § 1598a BGB-E und dessen Verhältnis zum Abstammungsverfahren nach dem FamFG, FPR 2007, S. 381-385;

Brähler, Christa: Familie, Kinderwunsch, Unfruchtbarkeit, Opladen 1990;

Brähler, Christa: Motivationen und Behandlungsverläufe bei heterologer Insemination, Gießen 1989;

Breemhaar, Willem: Streit um die Abstammung im niederländischen Recht, in: Spickhoff, Andreas/Schwab, Dieter/Henrich, Dieter/Gottwald, Peter (Hrsg.): Der Streit um die Abstammung – ein europäischer Vergleich-, Bielefeld 2007, S. 149-168;

Brewaeys, A./Dufour, S./Kentenich, H.: Sind Bedenken hinsichtlich der Kinderwunschbehandlung lesbischer und alleinstehender Frauen berechtigt?, Journal für Reproduktionsmedizin und Endokrinologie 2005, S. 35-40;

Britting, Eva: Die postmortale Insemination als Problem des Zivilrechts, Frankfurt 1989;

Brox, Hans: Die künstliche Befruchtung der Ehefrau durch den Samen des Ehemannes nach dessen Tod und das Erbrecht des Kindes nach seinem Vater, in: Küper, Wilfried/Welp, Jürgen (Hrsg.): Beiträge zur Rechtswissenschaft Festschrift für Stree, Walter/Wessels, Johannes zum 70. Geburtstag, Heidelberg 1993, S. 965-979;

Brox, Hans/Walker, Wolf-Dietrich: Allgemeiner Teil des BGB, 37. Auflage München 2013;

Büchler, Andrea: Das Abstammungsrecht in rechtsvergleichender Sicht, FamPra.ch 2005, S. 437-470;

Büchler, Andrea/Vetterli, Rolf: Ehe Partnerschaft Kinder – Eine Einführung in das Familienrecht der Schweiz, 2. Auflage Basel 2011;

Büchler, Andrea: Sag mir, wer die Eltern sind... Konzeptionen rechtlicher Elternschaft im Spannungsfeld genetischer Gewissheit und sozialer Geborgenheit, AJP 2004, S. 1175-1185;

Büttner, Eva Annette: Kindschaftrechtsreform in England – Ein Vergleich mit den deutschen Reformplänen, FamRZ 1997, S. 464-471;



Büttner, Helmut: Der biologische (genetische) Vater und seine Rechte, in: Hofer, Sibylle/Klippel, Diethelm, Walter, Ute (Hrsg.): Perspektiven des Familienrechts: Festschrift für Dieter Schwab zum 70. Geburtstag, Bielefeld 2005, S. 735-745;

Bundesärztekammer: (Muster-)Richtlinie zur Durchführung der assistierten Reproduktion, Deutsches Ärzteblatt 2006, A 1392-A 1403;

Bydlinski, Franz: Zum Entwurf eines Fortpflanzungshilfegesetzes, JBl 1990, S. 741-744;

Carsten, Gebhard: Schweden, in: Bergmann, Alexander/ Ferid, Murad/Henrich, Dieter (Hrsg.): Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht, 203. Ergänzungslieferung, Stand 01.07.2013;

Coester, Michael: Reform des Kindschaftsrechts, JZ 1992, S. 809-816;

Coester-Waltjen, Dagmar: Befruchtungs- und Gentechnologie bei Menschen – rechtliche Probleme von morgen?, FamRZ 1984, S. 230-236;

Coester-Waltjen, Dagmar: Die Eltern-Kind-Zuordnung bei künstlicher Befruchtung, in: Lanz-Zumstein, Moni (Hrsg.): Gentechnologie Chancen und Risiken, Band 9: Embryonenschutz und Befruchtungstechnik, München 1986, S. 80-92;

Coester-Waltjen, Dagmar: Die künstliche Befruchtung beim Menschen – Zulässigkeit und zivilrechtliche Folgen, 2. Teilgutachten: Zivilrechtliche Probleme; Gutachten B zum 56. Deutschen Juristentag, Berlin 1986;

Coester-Waltjen, Dagmar: Die Vaterschaft für ein durch künstliche Insemination gezeugtes Kind, NJW 1983, S. 2059-2060;

Coester-Waltjen, Dagmar: Künstliche Fortpflanzung und Zivilrecht, FamRZ 1992, S. 369-373;

Coester-Waltjen, Dagmar: Reformüberlegungen unter besonderer Berücksichtigung familienrechtlicher und personenstandsrechtlicher Fragen, Reproduktionsmedizin 2002, S. 183-198;

Coester-Waltjen, Dagmar: Zivilrechtliche Probleme künstlicher Befruchtungen, JURA 1987, S. 629-640;

Copur, Eylem: Gleichgeschlechtliche Partnerschaft und Kindeswohl, Bern 2008;

Cvejić Jančić, Olga: Regelungen zur Befruchtung mit Hilfe der Biomedizin in Serbien, FamRZ 2010, S. 1509-1511;

Debove, Frédéric/Salomon, Renaud/Janville, Thomas: Droit de la famille, 8. Auflage Paris 2012;



Deichfuß, Hermann: Abstammungsrecht und Biologie, Heidelberg 1991;

Dethloff, Nina: Adoption durch gleichgeschlechtliche Paare, ZRP 2004, S. 195-200;

Dethloff, Nina: Adoption und Sorgerecht – Problembereiche für die eingetragenen Lebenspartner?, FPR 2010, S. 208-210;

Dethloff, Nina: Assistierte Reproduktion und rechtliche Elternschaft in gleichgeschlechtlichen Partnerschaften. Ein rechtsvergleichender Überblick, in: Funcke, Dorett/Thorn, Petra (Hrsg.): Die gleichgeschlechtliche Familie mit Kindern, Bielefeld 2010, S. 161-192;

Dethloff, Nina: Familienrecht, 30. Auflage München 2012;

Dethloff, Nina: Regenbogenfamilien. Der Schutz von Eltern-Kind-Beziehungen in gleichgeschlechtlichen Partnerschaften, in: Söllner, Alfred/Gitter, Wolfgang/Waltermann, Raimund/Giesen, Richard/Ricken, Oliver (Hrsg.): Gedächtnisschrift für Meinhard Heinze, München 2005;

Dethloff, Nina/Gerhardt, Rudolf: „Ein Reproduktionsmedizingesetz ist überfällig“ – Zuordnung des Kindes zu den Wunscheltern, nicht zum Samenspender, ZRP 2013, S. 91-94;

Deutsch, Erwin: Artificielle Wege menschlicher Reproduktion: Rechtsgrundsätze, Konservierung von Sperma, Eiern und Embryonen; künstliche Insemination und außerkörperliche Fertilisation; Embryotransfer, MDR 1985, S. 177-183;

Deutsch, Erwin: Des Menschen Vater und Mutter - Die künstliche Befruchtung beim Menschen - Zulässigkeit und zivilrechtliche Folgen, NJW 1986, S. 1971-1975;

Deutsch, Erwin/Spickhoff, Andreas: Medizinrecht: Arztrecht, Arzneimittelrecht, Medizinprodukterecht und Transfusionsrecht, 6. Auflage Berlin, Heidelberg 2008;

Deutscher Familiengerichtstag – Empfehlungen des Vorstandes: FamRZ 2009, S. 1967-1971;

Deutscher Juristentag: Beschlüsse des 59. Deutschen Juristentages 15.-18.9.1992 in Hannover - Auszug -, FamRZ 1992, S. 1275-1278;

Deutscher Juristinnenbund: Entwurf zur Reform des Kindschaftsrechtes, FuRinfo 4/92, S. 1-16;

Dickhuth-Harrach von, Hans-Jürgen: Das Lebenspartnerschaftsgesetz Version 2005, FPR 2005, S. 273-279;

Diedrich, Klaus/Ludwig, Michael: Überblick über die medizinischen Aspekte der Reproduktionsmedizin, in: Bundesministerium für Gesundheit (Hrsg.): Fortpflanzungsmedizin in Deutschland - Wissenschaftliches Symposium des Bundesministeriums für Gesundheit in



Zusammenarbeit mit dem Robert Koch-Institut vom 24. bis 26. Mai 2000 in Berlin, Baden-Baden 2001, S. 32-39;

DIJuF-Rechtsgutachten vom 13.05.2002, JAmt 2002, S. 242- 243;

DIJuF-Rechtsgutachten vom 22.12.2003 - N 2.337 DI, JAmt 2004, S. 71- 72;

DIJuF-Rechtsgutachten vom 10.08.2005 – N 2.235 DI, JAmt 2005, S. 451;

DIJuF-Rechtsgutachten vom 06.05.2008 - Ab 1.300 An, JAmt 2008, S. 362;

Dittberner, Mareike: Lebenspartnerschaft und Kindschaftsrecht – Die rechtliche Situation gleichgeschlechtlicher Paare unter besonderer Berücksichtigung kindschaftsrechtlicher Regelungen, Frankfurt an Main 2004;

Dohr, Gottfried: Der extrakorporale Keim: Möglichkeiten und Grenzen der Forschung, in: Bernat, Erwin (Hrsg.): Die Reproduktionsmedizin am Prüfstand von Recht und Ethik, Wien 2000, S. 1-8;

Dreier, Horst (Hrsg.): Grundgesetz Kommentar, Band II, Art. 20-82, 2. Auflage Tübingen 2006;

Dreier, Horst (Hrsg.): Grundgesetz Kommentar, Band II, Art. 20-82, Supplementum 2007, 2. Auflage Tübingen 2007;

Ebeling, Stephan/ Zimmermann, Uwe: Die „künstliche“ Fortpflanzung, DEuFamR 1999, S. 25-39;

Eckebrecht, Marc: Neuere Gesetze zur Stärkung der Vaterrechte, FPR 2005, S. 205-210;

Eckersberger, Peter: Auswirkungen des Kinderrechteverbesserungsgesetzes auf Vereinbarungen über eine heterologe Insemination, MittBayNot 2002, S. 261-264;

Edenfeld, Stefan: Das neue Abstammungsrecht der Bundesrepublik Deutschland im nationalen und internationalen Vergleich, FuR 1996, S. 190-196;

Erman, Walter (Begr.); Westermann, Harm Peter (Hrsg.): Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar mit EGBGB, ErbbauVO, HausratsVO, LPartG, ProdHaftG, UKlaG, VAHRG und WEG, Band 2, 11. Auflage Köln 2004;

Erman, Walter (Begr.); Westermann, Harm Peter (Hrsg.): Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar mit AGG, EGBGB (Auszug), ErbbauRG, HausratsVO, LPartG, ProdHaftG, UKlaG, VAHRG und WEG, Band 1, 12. Auflage Köln 2008;

Erman, Walter (Begr.); Westermann, Harm Peter/Grunewald, Barbara/Maier-Reimer, Georg (Hrsg.): Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar mit AGG, EGBGB (Auszug), ErbbauRG, HausratsVO, LPartG, ProdHaftG, UKlaG, VAHRG und WEG, Band 1, 13. Auflage Köln 2011;



Erman, Walter (Begr.); Westermann, Harm Peter/Grunewald, Barbara/Maier-Reimer, Georg (Hrsg.): Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar mit AGG, EGBGB (Auszug), ErbbauRG, HausratsVO, LPartG, ProdHaftG, UKlaG, VAHRG und WEG, Band 2, 13. Auflage Köln 2011;

Ernst, Rüdiger: Die Vater-Kind-Zuordnung aufgrund der Ehe der Mutter, Frankfurt am Main 1993;

Evers, Leon: Niederlande: Die Abstammung des Kindes – Vaterschaftsvermutung, Anerkennung und Anfechtung, StAZ 2002, S. 269-273;

Fachausschuss-Nr. 3612, verhandelt am 17./18. Mai 2001: Vaterschaftsanerkennung und Sorgeerklärung vor einer maritogenen Insemination, StAZ 2002, S. 125-126;

Fahrenhorst, Irene: Fortpflanzungstechnologien und Europäische Menschenrechtskonvention, EuGRZ 1988, S. 125-131.

Fehrenbach, Rolf: Die Anfechtung der Kindesanerkennung durch den Vater – Ein Beitrag zum Recht der nichtehelichen Kinder nach dem Gesetz vom 19.8.1969, Würzburg 1975;

Ferrand, Frédérique: Streit um die Abstammung in Frankreich, in: Spickhoff, Andreas/Schwab, Dieter/Henrich, Dieter/Gottwald, Peter (Hrsg.): Der Streit um die Abstammung, Bielefeld 2007, S. 93-118;

Ferrari, Susanne: Das neue österreichische Abstammungsrecht, in: Hofer, Sybille/Klippel, Diethelm/Walter, Ute (Hrsg.): Perspektiven des Familienrechts: Festschrift für Dieter Schwab zum 70. Geburtstag, Bielefeld 2005, S. 1333-1347;

Ferrari, Susanne: Streit um die Abstammung – die Rechtslage in Österreich, in: Spickhoff, Andreas/Schwab, Dieter/Henrich, Dieter/Gottwald, Peter (Hrsg.): Der Streit um die Abstammung, Bielefeld 2007, S. 183-203;

Ferrer I Riba, Josep: Die Abstammung in den spanischen Rechtsordnungen, in: Spickhoff, Andreas/Schwab, Dieter/Henrich, Dieter/Gottwald, Peter (Hrsg.): Der Streit um die Abstammung, Bielefeld 2007, S. 293-318;

Ferrer I Riba, Josep: Neueste Entwicklungen im spanischen Personen- und Familienrecht in den Jahren 2006-2007, FamRZ 2007, S. 1513-1517;

Fikentscher Wolfgang/Heinemann, Andreas: Schuldrecht, 10. Auflage Berlin 2006;

Finger, Peter: „Registrierte Lebenspartnerschaften“ – Die aktuellen Änderungen des Lebenspartnerschaftsgesetzes, MDR 2005, S. 121-124;

Fink, Sandra/Grün, Klaus-Jürgen: Der Auskunftsanspruch über die Abstammung des durch heterologe Insemination gezeugten Kindes gegen den Arzt, NJW 2013, S. 1913-1916.



Firsching, Karl: Gesetz über die rechtliche Stellung der nichtehelichen Kinder vom 19.8.1969, RPfleger 1970, S. 8-16;

Fischer-Czermak, Constanze: Das Erbrecht des Kindes nach artifizierter Insemination, NZ 1999, S. 262-268;

Fischer-Czermak, Constanze: Neueste Änderungen im Abstammungs- und Erbrecht, JBl 2005, S. 1-13;

Flume, Werner: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, Zweiter Band: Das Rechtsgeschäft, 4. Auflage Berlin Heidelberg New York 1992;

Frank, Rainer: Abstammung und Status, in: Ramm, Thilo/Grandke, Anita (Hrsg.): Zur Familienrechtspolitik nach der Wiedervereinigung, Köln, Berlin, Bonn, München 1995, S. 71-98;

Frank, Rainer: Gedanken zu einer isolierten Abstammungsfeststellungsklage, in: Leipold, Dieter/Lüke, Wolfgang/Shozaburo, Yoshino (Hrsg.): Gedächtnisschrift für Peter Arens, München 1993, S. 65-87;

Frank, Rainer: Grundzüge und Einzelprobleme des Abstammungsrechts, StAZ 2003, S. 129-136;

Frank, Rainer/Helms, Tobias: Kritische Bemerkungen zum Regierungsentwurf eines „Gesetzes zur Klärung der Vaterschaft unabhängig vom Anfechtungsverfahren“, FamRZ 2007, S. 1277-1281;

Frantzen, Torstein: Einführung der gleichgeschlechtlichen Ehe im norwegischen Recht, FamRZ 2008, S. 1707-1708;

Friederici, Peter: Neuregelung des Anfechtungsrechts (Biologische Väter), JurisPraxisReport Familien- und Erbrecht 7/2004;

Fronemann, Esther: Der Beginn der Erbfähigkeit in Fällen extrakorporaler Befruchtung: Eine Untersuchung zu § 1923 II BGB, Hamburg 2004;

Gamble, Natalie/Ghevaert, Louisa: In Practice: The Human Fertilisation and Embryology Act 2008: Revolution or Evolution?, Family Law Journal 2009, Volume 39, S. 730;

Gaul, Hans Friedhelm: Ausgewählte Probleme des materiellen Rechts und des Verfahrensrechts im neuen Abstammungsrecht, FamRZ 2000, S. 1461-1476;

Gaul, Hans Friedhelm: Die Neuregelung des Abstammungsrechts durch das Kindschaftsreformgesetz, FamRZ 1997, S. 1441-1466;

Gaul, Hans Friedhelm: Die pater-est-Regel der §§ 1591, 1592 BGB in ihrer herkömmlichen Bedeutung und in der Reformdiskussion, in: Lange, Hermann/Nörr, Knut



Wolfgang/Westermann, Harm Peter (Hrsg.): Festschrift für Gernhuber zum 70. Geburtstag, Tübingen 1993, S. 619-649;

Geisthövel, F.: Diskussionspapier zu den Vorbereitungen für ein Fortpflanzungs-Medizingesetz (FMG) – Ergebnis einer Konsensustagung am 06. Oktober 2000 in Freiburg i. Br., Reproduktionsmedizin 2001, S. 301-305;

Genenger, Angie: Vom Erzeuger zum Vater? – Zur rechtlichen Stellung des biologischen Vaters unter besonderer Berücksichtigung des Rechts zur Anfechtung der Vaterschaft, Hamburg 2006;

Gernhuber, Joachim/ Coester-Waltjen, Dagmar: Familienrecht, 5. Auflage München 2006;

Gernhuber, Joachim/ Coester-Waltjen, Dagmar: Familienrecht, 6. Auflage München 2010;

Giesen, Dieter: Die künstliche Insemination als ethisches und rechtliches Problem, Bielefeld 1962;

Göbel-Zimmermann, Ralph: „Scheinehen“, „Scheinlebenspartnerschaften“ und „Scheinväter“ im Spannungsfeld von Verfassungs-, Zivil- und Migrationsrecht, ZAR 2006, S. 81-91;

González Beilfuss, Cristina: Spanien und Portugal, in: Scherpe, Jens M./Yassari, Nadjma (Hrsg.): Die Rechtsstellung nichtehelicher Lebensgemeinschaften – The Legal Status of Cohabitants, Tübingen 2005, S. 249-275;

Grün, Klaus-Jürgen: Vaterschaftsfeststellung und –anfechtung für die gerichtliche, anwaltliche und behördliche Praxis, 2. Auflage Berlin 2010;

Grün, Klaus-Jürgen: Zum Gesetzentwurf gegen missbräuchliche Vaterschaftsanerkennungen –Teil 1-, FuR 2006, S. 497-501;

Grün, Klaus-Jürgen: Zum Gesetzentwurf gegen missbräuchliche Vaterschaftsanerkennungen –Teil 2-, FuR 2007, S. 12-18;

Grünkorn, Mathias: Die Frist zur Anfechtung der Ehelichkeit, Frankfurt am Main 1978;

Grziwotz, Herbert: Gleichstellung der Lebenspartnerschaft nach dem Gesetz zur Überarbeitung des Lebenspartnerschaftsrechts – Beratungs- und Gestaltungsprobleme, DNotZ 2005, S. 13-29;

Günther, E./Fritzsche, H.: Sterilitätsbehandlung mit donogener Insemination – Entscheidungsbedarf im deutschen Fortpflanzungsmedizingesetz, Reproduktionsmedizin 2000, S. 249-251;



Günther, E./Fritzsche, H.: Sterilitätsbehandlung mit donogener Insemination – Teil II. Psychosoziale Probleme bei sterilen Ehepaaren und das Kindeswohl, Reproduktionsmedizin 2001, S. 214-220;

Günther, E./Fritzsche, H./Carol, W./Reiher, J.-P., Winkler/S.: Sterilitätsbehandlung mit donogener Insemination – Teil III. Indikationen, Methoden, Resultate, Reproduktionsmedizin 2001, S. 271-276;

Günther, Hans-Ludwig/ Taupitz, Jochen/ Kaiser, Peter: Embryonenschutzgesetz, Juristischer Kommentar mit medizinisch-naturwissenschaftlichen Einführungen, Stuttgart 2008;

Hänlein, Andreas/Kruse, Jürgen/Schuler, Rolf (Hrsg.): Sozialgesetzbuch V, Gesetzliche Krankenversicherung, Lehr- und Praxiskommentar, 4. Auflage 2012;

Hager, Johannes: Der rechtliche und der leibliche Vater, in: Hofer, Sibylle/Klippel, Diethelm/Walter, Ute (Hrsg.): Perspektiven des Familienrechts: Festschrift für Dieter Schwab zum 70. Geburtstag, Bielefeld 2005, S.773-781;

Hager, Johannes: Die Stellung des Kindes nach heterologer Insemination, Berlin, New York 1997;

Hammel, A./Bispink, G./Katzorke, T./Schreiber, G./Thorn, P.: Richtlinien des Arbeitskreises für Donogene Insemination zur Qualitätssicherung der Behandlung mit Spendersamen in Deutschland in der Fassung vom 08. Februar 2006, Journal für Reproduktionsmedizin und Endokrinologie 2006, S. 166-174;

Handkommentar BGB, Schulze, Reiner/Dörner, Heinrich/Ebert, Ina/Eckert, Jörn/Hoeren, Thomas/Kemper, Rainer/Saenger, Ingo/Schulte-Nölke, Hans/Staudinger, Ansgar: Bürgerliches Gesetzbuch, Nomoskommentar Handkommentar, 7. Auflage Baden-Baden 2012;

Harder, Manfred: Wer sind Vater und Mutter? – Familienrechtliche Probleme der Fortpflanzungsmedizin, JuS 1986, S. 505-512;

Heim, Ulrike: Ektogenese -Der strafrechtliche Lebensschutz vor neuen Herausforderungen-, Konstanz 2004;

Heiss, Herbert: Die künstliche Insemination der Frau, München, Berlin, Wien 1972;

Helms, Tobias: Die Feststellung der biologischen Abstammung – Eine rechtsvergleichende Untersuchung zum deutschen und französischen Recht, Berlin 1999;

Helms, Tobias: Die missbräuchliche Anerkennung der Vaterschaft, StAZ 2007, S. 69-75;

Helms, Tobias: Entkoppelung von Abstammungserklärung und Vater-Kind-Zuordnung – der neue § 1598 a BGB, in: Helms, Tobias/Zeppernick, Jens Martin: Lebendiges Familienrecht,



Festschrift für Rainer Frank zum 70. Geburtstag am 14. Juli 2008, Frankfurt am Main, Berlin 2008, S. 225-247;

Helms, Tobias: Familienrechtliche Grundlagen, in: Duttge, Gunnar/Engel, Wolfgang/Lipp, Volker/Zoll, Barbara (Hrsg.): Heterologe Insemination – Aktuelle Lage und Reformbedarf aus interdisziplinärer Perspektive, Göttingen 2010, S. 37-49;

Helms, Tobias: Reform des deutschen Abstammungsrechtes – Zum Entwurf des Kindschaftsrechtsreformgesetzes aus rechtsvergleichender Perspektive, FuR 1996, S. 178-189;

Henrich, Dieter: Kollisionsrechtliche Fragen bei medizinisch assistierter Zeugung, in: Helms, Tobias/Zeppernick, Jens Martin (Hrsg.): Lebendiges Familienrecht, Festschrift für Rainer Frank zum 70. Geburtstag, Frankfurt, Berlin 2008, S. 249-260;

Hepting, Reinhard/Gaaz, Berthold: Personenstandsrecht mit Familienrecht und Internationalem Privatrecht, Kommentar, Band 2 BGB und IPR, Frankfurt am Main, Berlin, Stand 2009;

Herrmann-Green, Lisa: Lesben mit Kinderwunsch: Eine ethische Herausforderung für die Reproduktionsmedizin?, in: Bockenheimer-Lucius, Gisela/Thorn, Petra/Wendehorst, Christiane (Hrsg.): Umwege zum eigenen Kind – Ethische und rechtliche Herausforderungen an die Reproduktionsmedizin 30 Jahre nach Louise Brown, Göttingen 2008, S. 217-237;

Heun, Werner: Restriktionen assistierter Reproduktion aus verfassungsrechtlicher Sicht, in: Bockenheimer-Lucius, Gisela/Thorn, Petra/Wendehorst, Christiane (Hrsg.): Umwege zum eigenen Kind – Ethische und rechtliche Herausforderungen an die Reproduktionsmedizin 30 Jahre nach Louise Brown, Göttingen 2008, S. 49-61;

Hlača, Nenad: Gesetz aus dem Jahre 2009 über die künstliche Befruchtung in der Republik Kroatien, FamRZ 2010, S. 1494-1497;

Höfelmann, Elke: Das neue Gesetz zur Änderung der Vorschriften über die Anfechtung der Vaterschaft und das Umgangsrecht von Bezugspersonen des Kindes, FamRZ 2004, S. 745-751;

Hohloch, Gerhard: Anmerkung zu BGH, Urteil vom 3.5.1995 – Az.: XII ZR 29/94 und BGH, Urteil vom 3.5.1995 – Az.: XII ZR 89/94, JuS 1995, S. 836-838;

Holzauer, Heinz: Gentechnik und künstliche Fortpflanzung – Zu den für den 56. Deutschen Juristentag erstatteten Gutachten, FamRZ 1986, S. 1162-1166;

Hübner, Anke: Die Embryooption – Eine rechtliche Untersuchung de lege lata und de lege ferenda, Göttingen 2009;



Inhoffen, Peter: Kinderwunsch, Wunschkinder und künstliche Zeugung im Lichte katholischer Moraltheologie, in: Bernat, Erwin (Hrsg.): Die Reproduktionsmedizin am Prüfstand von Recht und Ethik, Wien 2000, S. 40-61;

Jänterä-Jareborg, Maarit: Das neue schwedische Gesetz über die nichteheliche Lebensgemeinschaft, FamRZ 2004, S. 1431-1432;

Jänterä-Jareborg, Maarit: Schweden: Adoption für eingetragene Partner, FamRZ 2003, S. 349-350;

Jänterä-Jareborg, Maarit: Schweden: Künstliche Befruchtung durch Ei- oder Samenspende, FamRZ 2003, S. 350;

Jänterä-Jareborg, Maarit: Sweden: Lesbian couples are entitled to assisted fertilization and to equal rights of parentage, FamRZ 2006, S. 1329-1330;

Janzen, Ulrike: Das Kinderrechteverbesserungsgesetz –Weiterentwicklung des Kindschaftsrechts und Schutz der Kinder vor Gewalt–, FamRZ 2002, S. 785-790;

Jauernig, Othmar (Hrsg.): Bürgerliches Gesetzbuch mit Allgemeinem Gleichbehandlungsgesetz (Auszug), 15. Auflage München 2014;

Joussen, Jacob: Schuldrecht I – Allgemeiner Teil, 2. Auflage Stuttgart 2013;

Junghans Cordula: Der familienrechtliche Status des durch artifizielle Insemination gezeugten Kindes, Bonn 1987;

Katzorke, Thomas: Donogene Insemination, Der Gynäkologe 2007, S. 807-812;

Katzorke, Thomas: Donogene Insemination – Gegenwärtiger Stand der Behandlung in der BRD, Gynäkologische Endokrinologie 2003, S. 85- 94;

Katzorke, Thomas: Entstehung und Entwicklung der Spendersamenbehandlung in Deutschland, Journal für Reproduktionsmedizin und Endokrinologie 2008, S. 14-20;

Katzorke, Thomas: Keimzellspende – Medizinische, soziale und juristische Aspekte aus ärztlicher Sicht, in: Bundesministerium für Gesundheit (Hrsg.): Fortpflanzungsmedizin in Deutschland – Wissenschaftliches Symposium des Bundesministeriums für Gesundheit in Zusammenarbeit mit dem Robert-Koch-Institut vom 24. bis 26. Mai 2000 in Berlin, Baden-Baden 2001, S. 122-133;

Keidel, Theodor (Hrsg.): FamFG – Familienverfahren Freiwillige Gerichtsbarkeit Kommentar, 18. Auflage München 2014;

Keller, Rolf: Fortpflanzungstechnologie: Ein Gesamtkonzept staatlichen Regelungsbedarfs – Zum Zwischenbericht der Bund/Länder-Arbeitsgruppe "Fortpflanzungsmedizin", MedR 1988, S. 59-66;



Keller, Rolf/Günther, Hans-Ludwig/Kaiser, Peter: Embryonenschutzgesetz, Stuttgart, Berlin, Köln 1992;

Kemper, Rainer: Anmerkung zu BGH, Urteil vom 12. Juli 1995, Az.: XII ZR 128/94, FuR 1995, S. 309-311;

Kemper, Rainer: Der zweite Schritt – Die Lebenspartnerschaft auf dem Weg vom eheähnlichen zum ehegleichen Rechtsinstitut, FF 2005, S. 88-96;

Kemper, Peter/Schreiber, Klaus (Hrsg.): Familienverfahrensrecht- Handkommentar, Baden-Baden 2011;

Kerschner, Ferdinand: Bürgerliches Recht V, Familienrecht, 5. Auflage Wien, New York 2013;

Kienle, Thomas: Künstliche Befruchtung und artifizielles Recht – Weiter ungelöste Rechtsprobleme um die heterologe Insemination, ZRP 1995, S. 201-202;

Kirchmeier, Karl-Heinz: Einführung in das Vaterschaftsfeststellungsverfahren, FPR 2002, S.370-376;

Kirchmeier, Karl-Heinz: Zivilrechtliche Fragen der homologen und heterologen Insemination de lege lata et ferenda, FamRZ 1998, S. 1281-1287;

Kiriakaki, Irini: Die neuen Gesetze Griechenlands zur Anwendung der Methoden der Reproduktionsmedizin und ihre familienrechtliche Relevanz, MedR 2005, S. 143-153;

Knittel, Bernhard: Kinderrechteverbesserungsgesetz verabschiedet, JAmt 2002, S. 50-54;

Knittel, Bernhard: Das Kinderrechteverbesserungsgesetz – Fortentwicklung und Nachbesserung der Kindschaftsrechtsreform, FF 2003, S. 14-19;

Knoll, Eva-Maria: So weit gehen für ein Kind: Reproduktionstourismus als grenzüberschreitender Umweg, in: Bockenheimer-Lucius, Gisela/Thorn, Petra/Wendehorst, Christiane (Hrsg.): Umwege zum eigenen Kind – Ethische und rechtliche Herausforderungen an die Reproduktionsmedizin 30 Jahre nach Louise Brown, Göttingen 2008, S. 63-79;

Knoop, Susanne: Recht auf Fortpflanzung und medizinischer Fortschritt, Online-Veröffentlichung im Konstanzer Online-Publikations-System (KOPS-Datenbank), Konstanz 2005;

Koch, Elisabeth: Anmerkung zu BGH , Urteil v. 21.2.2001, Az.: XII ZR 34/99, JR 2002, S. 105-106;

Kollhoser, Helmut: Rechtsprobleme bei medizinischen Zeugungshilfen, JA 1985, S. 553-563;



Kopper-Reifenberg, Cornelia: Kindschaftsrechtsreform und Schutz des Familienlebens nach Art. 8 EMRK – Zur Vereinbarkeit der deutschen Reform des Kindschaftsrechts mit der Europäischen Menschenrechtskonvention – eine kritische Analyse, Baden-Baden 2001;

Koutsouardis, Achilles: Zum aktuellen Stand des griechischen Abstammungsrechts, in: Spickhoff, Andreas/Schwab, Dieter/Henrich, Dieter/Gottwald, Peter (Hrsg.): Der Streit um die Abstammung, Bielefeld 2007, S. 205-257;

Kowalcek, I./Rohde, A./Kentenich, H.: Psychologie des Kinderwunschaars, in: Felberbaum, R. E./Bühler, K./van der Ven, H. (Hrsg.): Das Deutsche IVF-Register 1996-2006, Heidelberg 2007, S. 157-166;

Koziol, Helmut/Bydlinski, Peter/Bollenberger, Raimund (Hrsg.): Kurzkomentar zum ABGB – Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch, Ehegesetz, Konsumentenschutzgesetz, IPR-Gesetz, Rom I- und Rom II-VO, 3. Auflage Wien, New York 2010;

Koziol, Helmut/Welser, Rudolf (Hrsg.): Grundriss des bürgerlichen Rechts, Band I Allgemeiner Teil, Sachenrecht, Familienrecht; Auf der Grundlage der von Dr. Helmut Koziol und Dr. Rudolf Elser gemeinsam herausgegebenen 1.-10. Auflage, 11. und 12. Auflage bearbeitet von Dr. Helmut Koziol unter Mitarbeit von Dr. Raimund Bollenberger, bearbeitet von Dr. Andreas Kletecka, 13. Auflage Wien 2006;

Kraljić, Suzana/Kraljić, Mladen: Serbien, in: Bergmann, Alexander/Ferid, Murad/Henrich, Dieter (Hrsg.): Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht, 186. Lieferung, Stand 30.06.2006;

Krause, W.: Hat die heterologe Insemination heute noch Bedeutung und Berechtigung?, Reproduktionsmedizin 1999, S. 165-172;

Kriewald, Jessica: Statusrelevante Erklärungen des Familienrechts, Frankfurt am Main, 2009;

Kühnel, Martina: Die missbräuchliche Vaterschaftsanerkennung im System des Abstammungsrechts und deren behördliche Anfechtung, Berlin 2011;

Lanz-Zumstein, Monika: Die Rechtsstellung des befruchteten und unbefruchteten Keimguts: ein Beitrag zu zivilrechtlichen Fragen im Bereich der Reproduktions- und Gentechnologie, München 1990;

Larenz, Karl/Wolf, Manfred: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 9. Auflage München 2004;

Laufs, Adolf: Die künstliche Befruchtung beim Menschen – Zulässigkeit und zivilrechtliche Folgen, JZ 1986, S. 769-777;

Leipold, Dieter: Erbrechtliche Aspekte der künstlichen Befruchtung und der künstlichen Verlängerung des Lebens, in: Rechberger, Walter/Welser, Rudolf (Hrsg.): Festschrift für Winfried Kralik zum 65. Geburtstag – Verfahrensrecht – Privatrecht, Wien 1986, S. 467-483;



Leipziger Kommentar: Strafgesetzbuch, Großkommentar, Laufhütte, Heinrich Wilhelm/Rissing-van Saan, Ruth/Tiedemann, Klaus (Hrsg.), Band 6, §§ 146-210; 12. Auflage Berlin 2010;

Lippert, Hans-Dieter: Der deutsche Sonderweg in der Fortpflanzungsmedizin – eine Bestandsaufnahme, in Bernat, Erwin (Hrsg.): Die Reproduktionsmedizin am Prüfstand von Recht und Ethik, Wien 2000, S. 74-83;

Löhnig, Martin: Irrtum über Eigenschaften des Vertragspartners, Bielefeld 2002;

Löhnig, Martin: Probleme des neuen Verfahrens in Abstammungssachen nach §§ 169 ff. FamFG, FamRZ 2009, S. 1798-1800;

Löhnig, Martin/Gietl, Andreas/Preisner, Mareike: Das Recht des Kindes nicht miteinander verheirateter Eltern - Abstammung – Sorgerecht – Umgangsrecht – Namensrecht – Unterhalt, 3. Auflage Berlin 2010;

Löhnig, Martin/Preisner, Meike: Erfreulich klare Worte des BGH – Wegweise zur Fortentwicklung der gegenwärtigen Familienrechtsdogmatik, NJW 2013, S. 2080-2083;

Löhnig, Martin/Preisner, Meike: Anfechtung der Vaterschaft durch den Samenspender – Besprechung von BGH, Urteil vom 15.5.2013 – XII ZR 49/11, BeckRS 2013, 10425 -, FamFR 2013, S. 340-343;

Lowe, Nigel: Issues of Descent – The Position in English Law, in: Spickhoff, Andreas/Schwab, Dieter/Henrich, Dieter/Gottwald, Peter (Hrsg.): Der Streit um die Abstammung, Bielefeld 2007, S. 319-341;

Luh, Carla Katharina: Die Bindungswirkung von Abreden im Bereich medizinisch assistierter Fortpflanzung, ZKJ 2007, S. 351-354;

Luh, Carla Katharina: Die Prinzipien des Abstammungsrechts – Reformvorschlag im Lichte der höchstrichterlichen Rechtsprechung zu Vaterschaftstests, Hamburg 2008;

Lurger, Brigitta: Das Abstammungsrecht bei medizinisch assistierter Zeugung nach der deutschen Kindschaftsrechtsreform im Vergleich mit dem österreichischen Recht – oder die seltsame Divergenz zwischen väterlicher und mütterlicher Abstammung, DEuFamR 1999, S. 210-223;

Lurger, Brigitta: Fortpflanzungsmedizin und Abstammungsrecht, in: Bernat, Erwin (Hrsg.): Die Reproduktionsmedizin am Prüfstand von Recht und Ethik, Wien 2000, S. 108-160;

Lurger, Brigitta/Schwimann, Michael: Österreich, in: Bergmann, Alexander/Ferid, Murad/Henrich, Dieter (Hrsg.): Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht, 185. Lieferung, Stand 01.03.2008;



Mączyński, Andrzej: Die Modernisierung des polnischen Familien- und Vormundschaftsgesetzbuches, FamRZ 2009, S. 1555-1559;

von Mangoldt, Hermann/Klein, Friedrich/Starck, Christian (Hrsg.): Das Bonner Grundgesetz, Kommentar, Band 1, Präambel, Art. 1-19, 6. Auflage München 2010;

von Mangoldt, Hermann/Klein, Friedrich/Starck, Christian (Hrsg.): Das Bonner Grundgesetz, Kommentar, Band 2, Art. 20-82, 6. Auflage München 2010;

Mansees, Norbert: Das Erbrecht des Kindes nach künstlicher Befruchtung – Zugleich eine Analyse des Systems der gesetzlichen vermögens- und personenrechtlichen Kindeszuordnung, Berlin 1991;

Marian, Susanne: Die Rechtsstellung des Samenspenders bei der Insemination/IVF, Frankfurt am Main, Berlin, Bern, New York, Paris, Wien 1998;

Marian, Susanne: Noch einmal: Zur Analogiefähigkeit der §§ 1593 ff. BGB in den Fällen der heterologen Insemination – BGH, NJW 1995, 2028, JuS 1997, S. 671-672;

May, Ulrich: Rechtliche Grenzen der Fortpflanzungsmedizin: Die Zulässigkeit bestimmter Methoden der assistierten Reproduktion und der Gewinnung von Stammzellen vom Embryo in vitro im deutsch-israelischen Vergleich, Heidelberg 2003;

Mecke, Friedrich/Lerch, Klaus: Kommentar zum Beurkundungsgesetz, 2. Auflage München 1991;

Medicus, Dieter: Allgemeiner Teil des BGB, 10. Auflage Heidelberg, München 2010;

Medicus, Dieter/Petersen, Jens: Bürgerliches Recht - Eine nach Anspruchsgrundlagen geordnete Darstellung zur Examensvorbereitung, 24. Auflage Köln 2013;

Memmer, Michael: Eheähnliche Lebensgemeinschaften und Reproduktionsmedizin, JBl 1993, S. 297-308;

Memmer, Michael: Rechtsfragen im Gefolge medizinisch assistierter Fortpflanzung post mortem vel divortium, JBl 1992, S. 361-372;

Merz, Bettina: Die medizinische, ethische und juristische Problematik artifizierlicher menschlicher Fortpflanzung: Artifizielle Insemination, In-vitro-Fertilisation mit Embryotransfer und die Forschung an frühen menschlichen Embryonen, Frankfurt am Main, Bern, New York, Paris 1991;

Meyer, Petra: Das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung als Element der Persönlichkeitsentwicklung, Baden-Baden 2005;



Meyhöfer, Wolfgang/ Künzel, Wolfgang: Donogene Inseminationen – Medizinische, juristische und soziologische Aspekte der Übertragung von Fremdsperma, Berlin, Heidelberg, New York, London, Paris, Tokyo 1988;

Michalski, Lutz: Zivilrechts-Skripten BGB AT, 2. Auflage Köln 2000;

Montag, M./Isachenko, V./ Isachenko, E./Al-Hasani, K./van der Ven, K./Dorn, C./von Otte, S./Diedrich, K./van der Ven, H./von Wolff, M./Schultze-Mosgau, A.: Methoden der Kryokonservierung in der Reproduktionsmedizin, in: Felberbaum, Ricardo E./Bühler, Klaus/van der Ven, Hans (Hrsg.): Das Deutsche IVF-Register 1996-2006, 10 Jahre Reproduktionsmedizin in Deutschland, Heidelberg 2007, S. 65-72;

Möller-Gulland, Vivien: Urteil der Family Division des englischen High Court of Justice zur Vaterschaft eines nicht mit der Mutter verheirateten Mannes nach heterologer künstlicher Befruchtung, DEuFamR 1999, S. 257-260;

Müller, Gabriele: Sukzessivadoption eines Kindes durch den eingetragenen Lebenspartner, Anmerkung zum Beschluss des OLG Hamm vom 01.12.2009, DNotZ 2010, S. 701-703;

Müller-Götzmann, Christian: Artificielle Reproduktion und gleichgeschlechtliche Elternschaft - Eine arztrechtliche Untersuchung zur Zulässigkeit fortpflanzungsmedizinischer Maßnahmen bei gleichgeschlechtlichen Partnerschaften, Berlin, Heidelberg 2009;

von Münch, Ingo/Kunig, Philip (Hrsg.): Grundgesetz – Kommentar, Band 3, Art. 70-146, 6. Auflage München 2012;

Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Rebmann, Kurt/Säcker, Franz Jürgen/ Rixecker, Roland (Hrsg.) Band 8, Familienrecht II, §§ 1589 - 1921, SGB VIII, 4. Auflage München 2002;

Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Rebmann, Kurt/ Säcker, Franz Jürgen/Rixecker, Roland (Hrsg.) Ergänzungsband, 4. Auflage München, Stand Februar 2006;

Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Säcker, Franz Jürgen/ Rixecker, Roland (Hrsg.) Band 8, Familienrecht II, §§ 1589 - 1921, SGB VIII, 5. Auflage München 2008;

Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Säcker, Franz Jürgen/ Rixecker, Roland (Hrsg.) Band 1, Allgemeiner Teil, §§ 1 - 240, ProstG, AGG, 6. Auflage München 2012;

Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Säcker, Franz Jürgen/ Rixecker, Roland (Hrsg.) Band 2, Schuldrecht – Allgemeiner Teil, §§ 241 - 432, 6. Auflage München 2012;

Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Säcker, Franz Jürgen/ Rixecker, Roland (Hrsg.) Band 8, Familienrecht II, §§ 1589 - 1921, SGB VIII, 6. Auflage München 2012;



Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Rixecker, Roland/Säcker, Franz Jürgen (Hrsg.) Band 9, Erbrecht, §§ 1922 - 2385, §§ 27 - 35 BeurkG, 5. Auflage München 2010;

Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Rixecker, Roland/Säcker, Franz Jürgen (Hrsg.) Band 9, Erbrecht, §§ 1922 - 2385, §§ 27 - 35 BeurkG, 6. Auflage München 2013;

Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Säcker, Franz Jürgen/Rixecker, Roland (Hrsg.) Band 10, Rom I-Verordnung, Rom II-Verordnung, Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch (Art. 1 - 24), 5. Auflage München 2010;

Münchener Kommentar zum FamFG: Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FamFG) mit Internationalem und Europäischem Zivilverfahrensrechts in Familiensachen (IZVR, EuZVR), herausgegeben von Thomas Rauscher, 2. Auflage München 2013;

Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch: Joecks, Wolfgang/Miebach, Klaus (Hrsg.), Band 3, §§ 80-184 g StGB, 2. Auflage München 2012;

Münzer, Ulrich: Fortpflanzungsmedizin und Zivilrecht: eine vergleichende Darstellung bundesdeutschen, englischen und französischen Rechts, Tübingen 1991;

Muscheler, Karlheinz: Die Klärung der Vaterschaft, FPR 2008, S. 257-263;

Muscheler, Karlheinz: Die Reform des Lebenspartnerschaftsrechts, FPR 2010, S. 227-236;

Muscheler, Karlheinz: Familienrecht, 3. Auflage München 2013;

Muscheler, Karlheinz: Vaterschaft durch Anerkennung und Feststellung, FPR 2005, S. 177-181;

Muscheler, Karlheinz/ Beisenherz, Thomas: Das neue Abstammungsrecht (1.Teil), JR 1999, S. 356-361;

Musielak, Hans-Joachim/Borth, Helmut: Familiengerichtliches Verfahren, 4. Auflage München 2013;

Mutschler, Dietrich: Emanzipation und Verantwortung – Zur Neuordnung des Abstammungsrechts – , FamRZ 1994, S. 65-71;

Mutschler, Dietrich: Interessenausgleich im Abstammungsrecht – Teilaspekte der Kindschaftsrechtsreform, FamRZ 1996, S. 1381-1386;

Neulen, Joseph: Insemination, in: Bettendorf, Gerhard/Breckwoldt, Meinert (Hrsg.): Reproduktionsmedizin, Stuttgart, New York 1989, S. 512-515;



Nomoskommentar BGB, Dauner-Lieb, Barbara/Heidel, Thomas/Ring, Gerhard (Gesamtherausgeber); Familienrecht, Band 4: §§ 1297-1921; herausgegeben von Kaiser, Dagmar/Schnitzler, Klaus/Friederici, Peter, 2. Auflage Baden-Baden 2010;

Nowak, Barbara: Das Abstammungsrecht in Slowenien, in: Spickhoff, Andreas/Schwab, Dieter/Henrich, Dieter/Gottwald, Peter (Hrsg.): Der Streit um die Abstammung, Bielefeld 2007, S. 259-277;

Ohly, Ansgar: "Volenti non fit iniuria" – Die Einwilligung im Privatrecht, Tübingen 2002;

Palandt, Otto (Begr.): Bürgerliches Gesetzbuch, 66. Auflage München 2007;

Palandt, Otto (Begr.): Bürgerliches Gesetzbuch, 69. Auflage München 2010;

Palandt, Otto (Begr.): Bürgerliches Gesetzbuch, 71. Auflage München 2012;

Palandt, Otto (Begr.): Bürgerliches Gesetzbuch, 72. Auflage München 2013;

Palandt, Otto (Begr.): Bürgerliches Gesetzbuch, 73. Auflage München 2014;

Pasquay, Jürgen: Die künstliche Insemination – Zugleich ein Beitrag zur Bestimmung der Grenzen staatlicher Strafbefugnis – , Freiburg 1968;

Patti, Salvatore: Einwilligung zur heterologen Insemination und venire contra factum proprium, in: Gottwald, Peter (Hrsg.): Festschrift für Dieter Henrich zum 70. Geburtstag, Bielefeld 2000, S. 443-450;

Patti, Salvatore: Heterologe Insemination im italienischen Recht, in: Hofer, Sibylle/Klippel, Diethelm/Walter, Ute (Hrsg.): Perspektiven des Familienrechts: Festschrift für Dieter Schwab zum 70. Geburtstag, Bielefeld 2005, S.1449-1458;

Patti, Salvatore: Wahrheit und Beweis im italienischen Abstammungsrecht, in: Spickhoff, Andreas/Schwab, Dieter/Henrich, Dieter/Gottwald, Peter (Hrsg.): Der Streit um die Abstammung, Bielefeld 2007, S. 279-291;

Peschel-Gutzeit, Lore Maria: Das Kinderrechteverbesserungsgesetz –KindRVerbG– vom 9.4.2002 – Ein weiterer Schritt auf dem Weg zur Verwirklichung des Kindeswohls, FPR 2002, S. 285-289;

Petersen, Jens: Der Irrtum im Bürgerlichen Recht, JURA 2006, S. 660-664;

Peuckert, Rüdiger: Familienformen im sozialen Wandel, 8. Auflage, Wiesbaden 2012;

Pichler, Helmut: Probleme der medizinisch unterstützten Fortpflanzung, ÖA 1993, S. 53-55;

Pieper, Klaus: NEU: Anfechtungs- und Umgangsrecht des biologischen Vaters, FuR 2004, S. 385-388;



Pintens, Walter: Die Abstammung im belgischen Recht, in: Spickhoff, Andreas/Schwab, Dieter/Henrich, Dieter/Gottwald, Peter (Hrsg.): Der Streit um die Abstammung, Bielefeld 2007, S. 119-137;

Prütting, Hanns/Wegen, Gerhard/Weinreich, Gerd (Hrsg.): BGB Kommentar, 8. Auflage Köln 2013;

Quantius, Markus: Die Elternschaftsanfechtung durch das künstlich gezeugte Kind, FamRZ 1998, S. 1145-1152;

Ramm, Thilo: Die Fortpflanzung – ein Freiheitsrecht?, JZ 1989, S. 861-875;

Ramm, Thilo: Ehelichkeitsanfechtung und Bundesverfassungsgericht, NJW 1989, S. 1594-1597;

Ratzel, Rudolf/Lippert, Hans-Dietrich: Kommentar zur Musterberufsordnung der deutschen Ärzte (MBO), 5. Auflage Berlin, Heidelberg 2010;

Rauscher, Thomas: Familienrecht, 2. Auflage Heidelberg 2008;

Rauscher, Thomas: Vaterschaft auf Grund Anerkennung, FPR 2002, S. 359-369;

Reinke, Birgit: Das Recht des Kindes auf Kenntnis seiner genetischen Herkunft, Mönchengladbach/Altendorf 1991;

Remus, Juana/Liebscher, Doris: Wohnst du noch bei oder sorgst du schon mit? – Das Recht des Samenspenders zur Anfechtung der Vaterschaft, NJW 2013, S. 2558- 2561;

Reusser, Ruth: Die gesetzliche Regelung der medizinisch unterstützten Fortpflanzung in der Schweiz, DEuFamR 2000, S. 222-230;

Reusser, Ruth: Fortpflanzungsmedizin – Stand des Gesetzgebungsverfahrens, Zeitschrift des Bernischen Juristenvereines 1997, S. 472-491;

Rjosk, Hanns-Kristian: Ursachen und Behandlungsmöglichkeiten der Sterilität, in: Dietrich-Reichart, Elke (Hrsg.): Insemination, In-vitro-Fertilisation; Indikation, Technik, Genetik, Psychosomatische, Theologisch-Ethische Aspekte, Rechtliche Interpretation, Percha am Starnberger See 1987, S. 13-80;

Robertson, John A.: Protecting embryos and burdening woman: assisted reproduction in Italy, Human Reproduction 2004, S. 1693-1696;

Roth, Andreas: Das Kinderrechteverbesserungsgesetz, JZ 2002, S. 651-655;

Roth, Andreas: Der Ausschluss der Vaterschaftsanfechtung nach Einwilligung in die heterologe Insemination (§ 1600 Abs. 2 BGB), DNotZ 2003, S. 805-822;



Roth, Andreas: Die Zustimmung eines Mannes zur heterologen Insemination bei seiner Ehefrau, FamRZ 1996, S. 769-771;

Rummel, Peter: Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch: mit EheG, KSchG, MRG, WGG, WEG 2002, BTVG, HeizKG, IPRG, EVÜ in zwei Bänden, Band 1, 3. Auflage Wien 2007;

Rupp, Marina (Hrsg.): Die Lebenssituation von Kindern in gleichgeschlechtlichen Lebenspartnerschaften 2009;

Rusch, Martina: Rechtliche Elternschaft: Rechtsvergleich und Reformvorschlag für die Schweiz, Bern 2009;

Rütz, Eva Maria: Heterologe Insemination – Die rechtliche Stellung des Samenspenders: Lösungsansätze zur rechtlichen Handhabung, Berlin, Heidelberg 2008;

Ryrstedt, Eva: Legal Status of Cohabitants in Norway, in: Scherpe, Jens/Yassari, Nadjma (Hrsg.): Die Rechtsstellung nichtehelicher Lebensgemeinschaften, S. 439- 454;

Ryrstedt, Eva: Legal Status of Cohabitants in Sweden, in: Scherpe, Jens/Yassari, Nadjma (Hrsg.): Die Rechtsstellung nichtehelicher Lebensgemeinschaften, S. 415- 437;

Sachs, Michael (Hrsg.): Grundgesetz Kommentar, 6. Auflage München 2011;

v. Sachsen Gessaphe, Karl August: Nachbesserungen im Familienrecht – eine unendliche Geschichte, NJW 2002, S. 1853-1855;

Sauer, Patrick: Die Vaterschaftsanfechtung – Ihre Entstehung, Entwicklung und aktuellen Probleme, insbesondere nach Zustimmung zur heterologen Insemination, Aachen 1999;

Schaumann, Claudia: Die heterologe künstliche Insemination – Verhältnis zwischen Samenspender und Samenvermittler, Universitätsverlag Freiburg Schweiz 1991;

Scherpe, Jens: Elternschaft im Vereinigten Königreich nach dem Human Fertilisation and Embryology Act 2008, FamRZ 2010, S. 1513-1516;

Schill, Wolf-Bernhard: Der männliche Sterilitätsfaktor – Diagnostik und Therapie, in: Dietrich-Reichart, Elke (Hrsg.): Insemination, In-vitro-Fertilisation; Indikation, Technik, Genetik, Psychosomatische, Theologisch-Ethische Aspekte, Rechtliche Interpretation, Percha am Starnberger See 1987, S. 83-128;

Schlegel, Rainer/Voelzke, Thomas (Gesamtherausgeber); Engelmann, Klaus/Schlegel, Rainer (Hrsg.): juris Praxiskommentar SGB V, Sozialgesetzbuch Fünftes Buch – Gesetzliche Krankenversicherung – 2. Auflage Saarbrücken 2012;

Schlegel, Thomas: Die Auswirkungen des Kindschaftsrechtsreformgesetzes auf den Bereich der künstlichen Fortpflanzung, FuR 1996, S. 284-289;



Schlegel, Thomas: Zur Analogiefähigkeit der §§ 1593 ff. BGB in den Fällen der heterologen Insemination – BGH, NJW 1995, 2028, JuS 1996, S. 1067-1070;

Schlegel, Thomas: Zur Wirksamkeit von Ersatzmutterschaftsverträgen und deren Rechtsfolgen für das Kind, FuR 1996, S. 116-118;

Schlüter, Wilfried: Familienrecht, 14. Auflage Heidelberg 2012;

Schöllhammer, Lutz: Die Rechtsverbindlichkeit des Patiententestaments – Eine Untersuchung aus zivilrechtlicher Sicht, Berlin 1993;

Schomburg, Gerhard: Das Gesetz zur weiteren Verbesserung von Kinderrechten (Kinderrechteverbesserungsgesetz), Kind-Prax 2002, S. 75-80;

Schulte-Bunert, Kai/Weinreich, Gerd (Hrsg.): Kommentar des FamFG mit FamGKG, 4. Auflage Köln 2014;

Schumacher, Klaus: Fortpflanzungsmedizin und Zivilrecht, FamRZ 1987, S. 313-324;

Schwab, Dieter: Familienrecht, 21. Auflage München 2013;

Schwab, Dieter/Wagenitz, Thomas: Einführung in das neue Kindschaftsrecht, FamRZ 1997, S. 1375-1383;

Schwenzer, Ingeborg: Vom Status zur Realbeziehung – Familienrecht im Wandel, Baden-Baden 1987;

Schwimann, Michael: Neuerliche Abstammungsreform mit Ablaufdatum, NZ 2005, S. 33-43;

Schwimann, Michael: Neues Fortpflanzungsmedizinrecht in Österreich, StAZ 1993, S. 169-181;

Schwimann, Michael/Kodek, Georg E. (Hrsg.): Praxiskommentar zum ABGB samt Nebengesetzen, 4. Auflage, Band 1, §§ 1- 284 ABGB, EheG, 1. DVEheG, UVG, USchG, TEG, PatVG Wien 2011;

Seidl, Helmut: Anfechtung bei der homologen und heterologen Insemination, FPR 2002, S. 402-404;

Selb, Walter: Rechtsordnung und künstliche Reproduktion des Menschen, Tübingen 1987;

Sheldon, Sally: Reproductive Technologies And The Legal Determination Of Fatherhood, Feminist Legal Studies 2005, S. 349-362;

Siegfried, Dirk: Kinder vom anderen Ufer, FPR 2005, S. 120-122;

Simotta, Daphne-Ariane: Das neue Abstammungsrecht, ÖA 2004, S. 175-193;



Singer, Anna: Between genetic and social parenthood – A legal dilemma Establishment of legal parenthood in Sweden, in: Spickhoff, Andreas/Schwab, Dieter/Henrich, Dieter/Gottwald, Peter (Hrsg.): Der Streit um die Abstammung, Bielefeld 2007, S. 139-148;

Smid, Stefan: Recht auf Kenntnis der eigenen blutsmäßigen Abstammung? – Zu den Folgen des Urteils des 1. Senats des BVerfG vom 31.1.1989 – , JR 1990, S. 221-226;

Snowden, Robert/ Mitchell, G.D./ Snowden, E.M.: Artefizielle Reproduktion, Stuttgart 1985;

Soergel, Hans Theodor (Hrsg.): BGB, Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Band 2, Allgemeiner Teil 2, §§ 104-240, Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz, 13. Auflage 1999;

Soergel, Hans Theodor (Hrsg.): BGB, Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Band 8, Familienrecht II, §§ 1589-1921, EheG, HausratsVO, Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz, 12. Auflage 1987;

Soergel, Hans Theodor (Hrsg.): BGB, Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Band 19/1, Familienrecht 3/1, §§ 1589-1615n, Stuttgart, 13. Auflage 2012;

Spickhoff, Andreas: Buchbesprechung Ulrike Wanitzek, Rechtliche Elternschaft bei medizinisch unterstützter Fortpflanzung, FamRZ 2003, S. 19-20;

Spickhoff, Andreas: Die Entwicklung des Arztrechts 2005/2006, NJW 2006, S. 1630-1639;

Spickhoff, Andreas: Medizinrecht, München 2011;

Spickhoff, Andreas: Vaterschaft und Fortpflanzungsmedizin: Die Einwilligung zur künstlichen Befruchtung mittels Samenspende eines Dritten, in: Hofer, Sibylle/Klippel, Diethelm/Walter, Ute (Hrsg.): Perspektiven des Familienrechts: Festschrift für Dieter Schwab zum 70. Geburtstag, Bielefeld 2005, S. 923-945;

Spickhoff, Andreas: Vaterschaft und konsentierete Fremdinsemination, AcP 1997, S. 398-429;

Staudinger, Julius von: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 1 - Allgemeiner Teil, §§ 164-240 (Allgemeiner Teil 5), 13. Auflage Berlin Neubearbeitung 2009 von Gursky, Karl-Heinz/Jacoby, Florian/Peters, Frank/Repgen, Tilman/Schilken, Eberhard;

Staudinger, Julius von: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 4 Familienrecht, §§ 1589 – 1600d (Abstammung), 13. Auflage Berlin Neubearbeitung 2011 von Rauscher, Thomas;

Staudinger, Julius von: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 4 Familienrecht, §§ 1626 - 1631; Anhang zu § 1631: RKEG; §§ 1631a-



1633 (Elterliche Sorge 1 - Inhaberschaft und Inhalt), 13. Auflage Berlin Neubearbeitung 2007 von Coester, Michael/Peschel-Gutzeit, Lore Maria/Salgo, Ludwig;

Staudinger, Julius von: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, EGBGB/IPR, Art. 19-24 EGBGB, ErwSÜ (Internationales Kindschaftsrecht 3 - Vormundschaft, Rechtliche Betreuung, Pflegschaft, 13. Auflage Berlin Neubearbeitung 2008 von von Hein, Jan/Henrich, Dieter;

Steiner, Eva: The Tensions Between Legal, Biological and Social Conceptions Of Parenthood In English Law, in: Schwenzer, Ingeborg (Hrsg.): Tensions Between Legal, Biological and Social Conceptions of Parentage, Antwerpen, Oxford 2007, S. 159-175;

Steininger, Viktor: Interpretationsvorschläge für die neuen Normierungen im ABGB über die väterliche Abstammung, ÖJZ 1995, S. 121-135;

Stepan, Jan: Rechtsvergleichende Gedanken zur Regelung der heterologen Insemination, in: Stoffel, Walter A./Volken, Paul (Hrsg.): Conflits et harmonisation: mélanges en l'honneur d'Alfréd E. von Overbeck á l'occasion de son 65ème anniversaire, Fribourg 1990, S. 545-574;

Strasser, Peter: Ethik der Fortpflanzung, in: Bernat, Erwin (Hrsg.): Die Reproduktionsmedizin am Prüfstand von Recht und Ethik, Wien 2000, S. 23-39;

Stüber, Stephan: Gesetz zur Überarbeitung des Lebenspartnerschaftsrechts, FamRZ 2005, S. 574-578;

Tauber, P. F.: Humanspermabanken in der Bundesrepublik Deutschland, in: Schill, Wolf-Bernhard/Bollmann, Walter: Spermakonservierung, Insemination, In-vitro-Fertilisation, München, Wien, Baltimore 1986, S. 151-154;

Taupitz, Jochen: Die Samenspende: Finanzielles Vabanquespiel für den Spender, ZRP 2011, S. 161-164;

Taupitz, Jochen/Schlüter, Julia: Heterologe künstliche Befruchtung: Die Absicherung des Samenspenders gegen unterhalts- und erbrechtliche Ansprüche des Kindes, AcP 205 (2005), S. 591-644;

Thielicke, Helmut: Theologische Ethik, 3. Band: Entfaltung, 3. Teil: Ethik der Gesellschaft, des Rechtes, der Sexualität und der Kunst, Tübingen 1964;

Tillmanns, Kerstin: Die Adoption durch die Partner einer eingetragenen Lebenspartnerschaft, in: Helms, Tobias/Zeppernick, Jens Martin (Hrsg.): Lebendiges Familienrecht, Festschrift für Rainer Frank zum 70. Geburtstag am 14. Juli 2008, Frankfurt am Main, Berlin 2008, S. 271-280;



Tuor, Peter/Schnyder, Bernhard/Schmid, Jörg/Rumo-Jungo, Alexandra: Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 13. Auflage auf Grund der 12. Auflage (2002) neu bearbeitet und ergänzt von Schnyder, Bernhard/Schmid, Jörg/Rumo-Jungo, Alexandra, Zürich, Basel, Genf 2009;

Vasterling, Hans Werner: Die heterologe Insemination als Therapie, in: Rippmann, Ernst T. (Hrsg.): Die ehefremde künstliche Befruchtung der Frau, Bern, Stuttgart, Wien 1974, S. 27-33;

Van der Ven, H. H./Jeyendran, R. S./Kennedy, W./Zaneveld, L. J. D./Al-Hasani, S./Diedrich, K.: Kryokonservierung menschlicher Spermatozoen in verschiedenen Medien: Einfluß auf Motilität, Hamstereizellpenetration und das Akrosin-Proakrosin-System, in: Schill, Wolf-Bernhard/Bollmann, Walter (Hrsg.): Spermakonservierung, Insemination, In-vitro-Fertilisation, München, Wien, Baltimore 1986, S. 69-74;

Vonk, Machteld: One, Two or Three Parents? Lesbian Co-Mothers And A Known Donor With "Family Life" Under Dutch Law, International Journal of Law, Policy and the Family 2004, S. 103-117;

Vonk, Machteld: Tensions between legal, biological and social conceptions of parenthood in Dutch family law, EJCL 2007, S. 1-21;

Vonk, Machteld: The role of formalised and non-formalised intentions in legal parent-child relationships in Dutch law, Utrecht Law Review, Volume 4 Issue 2 (June 2008), S. 117-134;

Wachsmann, Monika: Widerruf einer pränatalen Vaterschaftsanerkennung, Fachausschuss-Nr. 3615, verhandelt am 17./18. Mai 2001, StAZ 2002, S. 177-178;

Waibl, Katharina: Kindesunterhalt als Schaden: fehlgeschlagene Familienplanung und heterologe Insemination: zugleich ein Beitrag zum Arzthaftungsrecht, München 1986;

Walter, Martin: Die Überarbeitung des Lebenspartnerschaftsrechts und deren Auswirkungen auf die notarielle Praxis, MittBayNot 2005, S. 193-199;

Wanitzek, Ulrike: Rechtliche Elternschaft bei medizinisch unterstützter Fortpflanzung, Bielefeld 2002;

Wanitzek, Ulrike: Ergänzungen des Abstammungsrechts durch das Kinderrechteverbesserungsgesetz, FamRZ 2003, S. 730-736;

Wanitzek, Ulrike: Vaterschaftsanfechtung, FPR 2002 S. 390-402;

Wehrstedt, Stefan: Anfechtungsrechte im Falle heterologer Insemination – Anmerkungen zum Urteil des BGH v. 26.1.2005 – XII ZR 70/03, DNotZ 2005, S. 649-655;

Wehrstedt, Stefan: Notarielle Vereinbarungen anlässlich einer künstlichen Befruchtung, RNotZ 2005, S. 109-117;



Wehrstedt, Stefan: Die heterologe Samenspenden-Behandlung bei einer nicht verheirateten Frau, FPR 2011, S. 400-404;

Weinbrecht, Corinna: Rechtsprobleme der künstlichen Insemination de lege lata und de lege ferenda, in: Löhnig, Martin/Gietl, Andreas (Hrsg.): Beiträge zur Reform des Familien- und Erbrechts, Norderstedt 2007, S. 258-318;

Weinreich, Gerd/Klein, Michael (Hrsg.): Fachanwaltskommentar Familienrecht, Kompaktkommentar, 5. Auflage Köln 2013;

Weiss, Emilia: Neues zur Regelung der registrierten Partnerschaft in Ungarn, FamRZ 2009, S. 1566-1567;

Wellenhofer, Marina: Das neue Gesetz zur Klärung der Vaterschaft unabhängig vom Anfechtungsverfahren, NJW 2008, S. 1185-1189;

Wellenhofer, Marina: Das neue Recht für eingetragene Lebenspartnerschaften, NJW 2005, S. 705-709;

Wellenhofer, Marina: Familienrecht, 2. Auflage München 2011;

Wellenhofer, Marina: Die Samenspende und ihre (späten) Rechtsfolgen, FamRZ 2013, S. 825-830;

Welstead, Mary/Edwards, Susan: Family Law, 3. Auflage Oxford 2011;

Wendehorst, Christiane: Die rechtliche Regelung donogener ART in Deutschland und Österreich, in: Bockenheimer-Lucius, Gisela/Thorn, Petra/Wendehorst, Christiane (Hrsg.): Umwege zum eigenen Kind – Ethische und rechtliche Herausforderungen an die Reproduktionsmedizin 30 Jahre nach Louise Brown, Göttingen 2008, S. 103-121;

Weyrauch, Verena: Zulässigkeitsfragen und abstammungsrechtliche Folgeprobleme bei künstlicher Fortpflanzung im deutschen und US-amerikanischen Recht, Berlin 2003;

Wiesenbart, Thomas: Australien, in: Eser, Albin/Koch, Hans-Georg/Wiesenbart, Thomas: Regelungen der Fortpflanzungsmedizin und Humangenetik 1 – Eine internationale Dokumentation gesetzlicher und berufsständischer Rechtsquellen, Frankfurt/Main, New York 1990;

Wieser, Eberhard: Zur Anfechtung der Vaterschaft durch den leiblichen Vater, FamRZ 2004, S. 1773-1774;

Wildhaber, Isabelle: Auf dem Weg zu einem eidgenössischen Fortpflanzungsmedizingesetz: Quo vadis?, in: Bernat, Erwin (Hrsg.): Die Reproduktionsmedizin am Prüfstand von Recht und Ethik, Wien 2000, S. 84-107;

Will, Annegret: Wer ist Vater im Sinne des Gesetzes, FPR 2005, S. 172- 177;



Winkler, Karl: Beurkundungsgesetz, 17. Auflage München 2013;

Wohn, Annette: Medizinische Reproduktionstechniken und das neue Abstammungsrecht, Bielefeld 2001;

Wolf, Andrea: Die Abstammung von durch medizinische Fortpflanzung gezeugten Kindern nach dem Kindschaftsreformgesetz (KindRG), FuR 1998, S. 392-397;

Wolf, Manfred/Neuner, Jörg: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 10. Auflage München 2012;

Zierl, Gerhard: Gentechnologie und künstliche Befruchtung in ihrer Anwendung beim Menschen, DRiZ 1985, S. 337-344;

Zierl, Gerhard: Zivilrechtliche Aspekte artifizieller Reproduktion, DRiZ 1986, S. 302-307;

Zimmermann, Michael J.: Scheinvaterschaften – Die notwendige Beteiligung des Kindes an der Vaterschaftsfeststellung, Hamburg 2008;

Zimmermann, Stefan: Das neue Kindschaftsrecht, DNotZ 1998, S. 404- 437;

Zimmermann, Stefan: Neue Vertragsgestaltungen im Kindschaftsrecht, in: Bundesnotarkammer (Hrsg.): Festschrift für Helmut Schippel zum 65. Geburtstag, München 1996, S. 341-358;

Zumstein, Monika: Keimzellspende - Juristische Thesen, in: Bundesministerium für Gesundheit (Hrsg.): Fortpflanzungsmedizin in Deutschland, – Wissenschaftliches Symposium des Bundesministeriums für Gesundheit in Zusammenarbeit mit dem Robert Koch-Institut vom 24. bis 26. Mai 2000 in Berlin, Baden-Baden 2001, S. 134-142;

Zupančič, Karel/Novak, Barbara: Slowenien, in: Bergmann, Alexander/Ferid, Murad/Henrich, Dieter (Hrsg.): Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht, 180. Lieferung, Stand 01.12.2008;



