

Erwägungen. Besondere Aufmerksamkeit wird insbesondere folgenden Ansätzen geschenkt: Schaffung eines mit einer EU-Datenbank verbundenen „zentralen Portals“ zur Einreichung von Anträgen, eindeutige Zuständigkeitsverteilung, klarere Befugnisse der Mitgliedstaaten – etwa zur Bestimmung und Ausgestaltung der zuständigen Ethikkommission.

„Referenztauglich“ ist darüber hinaus der die Novellierung tragende Ansatz, die Probandenversicherung risikobasiert neu auszurichten und sich insoweit der „normalen klinischen Behandlung“ als Vergleichsparameter zu bedienen. In der Folge werden „minimalinterventionelle klinische Prüfungen“ von der Versicherungspflicht ausgeklammert und durch nationale Entschädigungsmechanismen begleitet<sup>22</sup>.

### III. Gesamtschau und Ausblick

Das primärrechtlich determinierte Kompetenzgefüge belässt der Union auf den ersten Blick nur begrenzte Regelungsspielräume. Die durch Art. 168 Abs. 4 lit. c AEUV für das Arzneimittel- und Medizinproduktrecht eröffnete Zuständigkeit der Union stellt lediglich eine sektorale Durchbre-

chung des Harmonisierungsverbotes nach Art. 168 Abs. 5 AEUV dar. Gleichwohl kann vor allem ein weites Verständnis des Art. 168 Abs. 4 lit. c AEUV den Regelungsbereich des Arzneimittel- und Medizinproduktrechts zu einem nennenswerten Referenzgebiet erstarken lassen. Die die neue Verordnungslage maßgeblich prägende Sichtweise der Kommission lässt verschiedene Anklänge in diese Richtung erkennen. Dabei brechen sich vor allem durch Effektivitätsgesichtspunkte geleitete Erwägungen Bahn, die nationalen Ansätzen insbesondere dort Raum belassen, wo Einschätzungsspielräume und Kontrollbefugnisse „vor Ort“ erforderlich und sinnvoll sind. Durch die Betonung sowohl der zentralen Rolle insbesondere des Medizinproduktrechts für die weitere Entwicklung des gesamten Gesundheitswesens als auch der zahlreichen Schnittstellen des Medizinproduktsektors mit anderen Anwendungsbereichen der modernen Lebenswissenschaften erfährt die Referenztauglichkeit der neuen Verordnungen eine zusätzliche Stärkung.

22) COM(2012) 369 final, S. 10f.

DOI: 10.1007/s00350-014-3830-0

## Elternschaft nach Keimzellspende und Embryooption

Eva Schumann\*

### I. Einführung

Der vorliegende Beitrag behandelt die Samenspende, die Eizellspende und die Embryooption, das heißt den Transfer sog. verwaister bzw. überzähliger Embryonen<sup>1</sup> in den drei deutschsprachigen Ländern de lege lata und de lege ferenda<sup>2</sup>. Der Schwerpunkt liegt auf den familienrechtlichen Folgefragen, deren Ausgangspunkt das Auseinanderfallen von genetischer Elternschaft (Keimzellspender)<sup>3</sup> und rechtlich-sozialer Elternschaft bildet<sup>4</sup>. Dabei muss sowohl für die Frage der Zulässigkeit des Keimzelltransfers als auch für die Frage der rechtlichen Etablierung der Wunscheltern

zwischen verschieden- und gleichgeschlechtlichen Elternpaaren sowie zwischen formalisierten und nicht formalisierten Paargemeinschaften differenziert werden.

Im europäischen Vergleich zeichnet sich die Rechtslage in allen drei Ländern durch einen restriktiven Umgang mit den Möglichkeiten einer Befruchtung mit Hilfe fremder Keimzellen aus. Unterschiede bestehen insofern, als Österreich 1992 und die Schweiz 2001 Fortpflanzungsmedizinengesetze erlassen haben, während das deutsche Embryonenschutzgesetz von 1991 in erster Linie regelt, welche Maßnahmen der Reproduktionsmedizin verboten sind<sup>5</sup>. Voraussetzungen und Grenzen der nicht verbotenen Maß-

\*) Meiner Mitarbeiterin Frau *Anke Germerott* danke ich für vielfache Hilfe. Die in diesem Beitrag angegebenen URL-Adressen wurden zuletzt am 31. 7. 2014 abgerufen.

1) Spenden im medizinrechtlichen Sinne betreffen Gewebe oder Organe, während es beim hier behandelten Transfer überzähliger Embryonen um menschliches Leben geht. Für diese Konstellation sollte daher nicht der Begriff der „Embryospende“, sondern der Begriff der „Embryooption“ verwendet werden. So auch *Hübner*, Die Embryooption, Eine rechtliche Untersuchung de lege lata und de lege ferenda, 2009, S. 31 f.; *Müller=Terpitz*, Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. 7, 3. Aufl. 2009, § 147, Rdnr. 83; *Lehmann*, Die In-vitro-Fertilisation und ihre Folgen, Eine verfassungsrechtliche Analyse, 2007, S. 152 ff.; *dies.*, Die Adoption elternfreier Embryonen aus verfassungsrechtlicher Sicht, ZfL 2008, 106, 112; *Wendehorst*, Zur Möglichkeit der Embryooption in einem zukünftigen Fortpflanzungsmedizinengesetz, Reproduktionsmedizin 2003, 147; *Choi*, Der Umgang mit überzähligen Embryonen in Deutschland und Südkorea, 2010, S. 178 ff.

2) Ausgangspunkt ist in der Regel die deutsche Rechtslage; auf die Rechtslage in Österreich und in der Schweiz wird in Abgrenzung dazu etwas knapper eingegangen.

3) Unglücklich ist die Bezeichnung „biologische“ Eltern für genetische Eltern in § 2 FMedG des Augsburg-Münchener-Entwurfs (*Gassner/Kersten/Krüger/Lindner/Rosenau/Schroth*, Fortpflanzungsmedizinengesetz, Augsburg-Münchener-Entwurf, 2013, S. 1), weil im Familienrecht mit „biologischer Mutter“ die austragende Frau (= Geburtsmutter i.S. des § 1591 BGB) gemeint ist, die bei der Eizellspende gerade nicht mit der genetischen Mutter identisch ist. Vgl. nur *Kaiser*, Die mögliche Aufspaltung der Mutterschaft bei medizinisch assistierter Zeugung und ihre rechtliche Einordnung, in: *Schwab/Vaskovics* (Hrsg.), Pluralisierung von Elternschaft und Kindschaft, Zeitschrift für Familienforschung, Sonderheft 8, 2011, S. 239, 240.

4) Zu den familienrechtlichen Begrifflichkeiten (genetische Elternschaft, Wunschelternschaft, rechtlich-soziale Elternschaft) ausführlich *Schumann*, Familienrechtliche Fragen der Fortpflanzungsmedizin im Lichte des Grundgesetzes, in: *Rosenau* (Hrsg.), Ein zeitgemäßes Fortpflanzungsmedizinengesetz für Deutschland, 2012, S. 155, 157 ff.

5) Ein deutsches Fortpflanzungsmedizinengesetz wird freilich seit Jahrzehnten angemahnt, vgl. nur *Spickhoff*, Vaterschaft und Fortpflanzungsmedizin, Die Einwilligung zur künstlichen Befruchtung mittels Samenspende eines Dritten, in: *Hofer/Klippel/Walter* (Hrsg.), Perspektiven des Familienrechts, FS für Dieter Schwab, 2005, S. 923, 945.

nahmen sind in Deutschland nur teilweise gesetzlich geregelt und ergeben sich im Übrigen aus der von der Bundesärztekammer beschlossenen (Muster-)Richtlinie zur Durchführung der assistierten Reproduktion von 2006<sup>6</sup> (im Folgenden: Musterrichtlinie der BÄK von 2006) bzw. aus deren Umsetzung durch die Landesärztekammern.

Die rechtliche Ausgestaltung der Keimzellspende und der Embryooption unterliegt zwar weitgehend nationaler Regelungsautonomie<sup>7</sup>, jedoch machen Paare bei der Verwirklichung ihres Kinderwunsches nicht an den nationalen Grenzen halt. Aus dem „reproduktiven Reisen“ entstehen nicht nur Kinder aus Samenspenden (insbesondere von lesbischen Paaren und alleinstehenden Frauen), sondern auch immer mehr Kinder aus Eizellspenden. Die fehlende Rechtsharmonisierung und das Fehlen europäischer Standards können für die betroffenen Familien zur Folge haben, dass sie ihren im Ausland verwirklichten Kinderwunsch nur unter Einbuße von Rechten erfüllen können<sup>8</sup>. Dies betrifft nicht nur Haftungsfragen, die später unter Umständen über die Grenzen hinweg zu klären sind<sup>9</sup>, sondern vor allem das Recht des Kindes auf Kenntnis der eigenen Abstammung<sup>10</sup>.

## II. Überblick über die Sach- und Rechtslage

Die *Samenspende* kann in allen drei Ländern innerhalb der bestehenden rechtlichen Grenzen in Anspruch genommen werden, wobei (nach Schätzungen) allein in Deutschland seit den 1970er Jahren insgesamt fast 100.000 Spenderkinder geboren wurden<sup>11</sup>. Nur in der Schweiz ist die Zulässigkeit der Samenspende auf Ehepaare beschränkt; eine Ausdehnung auf nichteheliche Lebensgemeinschaften wird aber nachdrücklich gefordert<sup>12</sup>. Ausgeschlossen sind in der Schweiz

und in Österreich auch Samenspenden an lesbische Paare<sup>13</sup> und Single-Frauen, während in Deutschland die Samenspende an lesbische Paare und Single-Frauen entgegen der Musterrichtlinie der BÄK von 2006 Praxis ist: Etwa 90 % der Spenderkinder in lesbischen Partnerschaften werden derzeit im Inland gezeugt<sup>14</sup> und nach einer 2012 durchgeführten Umfrage gaben sieben von elf deutschen Samenbanken an, auch lesbische Paare zu versorgen; bei zwei Samenbanken werden auch alleinstehende Frauen bedient<sup>15</sup>.

Die *Eizellspende* ist derzeit nur noch in acht europäischen Ländern verboten: Neben den drei deutschsprachigen Ländern (§ 1 Abs. 1 Nrn. 1, 2, 6 ESchG, § 3 Abs. 1, 3 FMedG Österreich, Art. 4 FMedG Schweiz) sind dies noch Italien, Kroatien, Litauen, Norwegen und die Türkei<sup>16</sup>. Die Inanspruchnahme von Eizellspenden im Ausland durch Frauen aus Deutschland, Österreich und der Schweiz ist ein Faktum, wenngleich das Ausmaß des „Eizelltourismus“ nicht erfasst ist<sup>17</sup>. Unter Zugrundelegung der Zahlen aus Ländern, in denen Eizellspenden erlaubt sind, ist davon auszugehen, dass in Deutschland etwa 1.000 bis 3.000 Frauen pro Jahr eine Eizellspende wünschen<sup>18</sup>. Nach Schätzungen erhalten derzeit rund 700–900 deutsche Frauen jährlich

6) (Muster-)Richtlinie zur Durchführung der assistierten Reproduktion, Novelle 2006, DÄBl. 103 (2006), A 1392–1403.

7) Lediglich einzelne Fragen, etwa das (nicht verbindliche) Kommerzialisierungsverbot bezogen auf Gewebe und Zellen (einschließlich Keimzellspenden), sind in der europäischen Geweberechtlinie geregelt (Art. 12 Abs. 1 der Richtlinie 2004/23/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 31.3.2004, Abl. EU L 102/48). Dazu *Fröhlich*, Die Kommerzialisierung von menschlichem Gewebe, Eine Untersuchung des Gewebegesetzes und der verfassungs- und europarechtlichen Rahmenbedingungen, 2012, S. 194 ff., 309 ff. Vgl. weiter Richtlinie 2006/86/EG der Kommission v. 24.10.2006, Abl. EU L 294/32.

8) Kritisch daher auch *Thom*, Die Eizellspende aus der Perspektive des so gezeugten Menschen, Gynäkologische Endokrinologie 2014, 21, 24.

9) Darüber hinaus kann eine anonyme Samenspende im Ausland aber auch ökonomische Auswirkungen für das Kind haben. Im Anschluss an Entscheidungen der Verwaltungsgerichte (VG Frankfurt a. M., NJW 2011, 2603; VGH Baden-Württemberg, NJW 2012, 3254) hat das BVerwG (FamRZ 2013, 1399) vor kurzem bestätigt, dass ein Spenderkind einer alleinstehenden Mutter keine Ansprüche auf Unterhaltsleistungen nach dem Unterhaltsvorschussgesetz hat, wenn die Feststellung der Vaterschaft (aufgrund der anonymen Samenspende im Ausland) von vornherein ausgeschlossen ist. Dazu auch *Wellenhofer*, Die Samenspende und ihre (späten) Rechtsfolgen, FamRZ 2013, 825, 830.

10) Zu den europäischen Ländern, in denen eine anonyme Samenspende möglich ist: *European Society of Human Reproduction and Embryology (ESHRE), Comparative Analysis of Medically Assisted Reproduction in the EU: Regulation and Technologies*, SANCO/2008/C6/051, S. 27 f. Zu dieser Problematik *Kentenich/Hilland*, Das Programm der neuen Bundesregierung zur Reproduktionsmedizin, Gynäkologische Endokrinologie 2014, 1; *Thom*, Gynäkologische Endokrinologie 2014, 21, 22; *Kentenich/Griesinger*, Zum Verbot der Eizellspende in Deutschland: Medizinische, psychologische, juristische und ethische Aspekte, J Reproduktionsmed Endokrinol 2013, 273, 276 f.; *Krefß*, Samenspende und Leihmutterchaft – Problemstand, Rechtsunsicherheiten, Regelungsansätze, FPR 2013, 240, 241; *Frommel/Taupitz/Ochsner/Geisthövel*, Rechtslage der Reproduktionsmedizin in Deutschland, J Reproduktionsmed Endokrinol 2010, 96, 101 f.

11) Vgl. nur *Katzorke*, Entstehung und Entwicklung der Spendersamenbehandlung in Deutschland, J Reproduktionsmed Endokrinol 2008, 14, 18; *Wehrstedt*, Die heterologe Samenspenden-Behandlung bei einer nicht verheirateten Frau, FPR 2011, 400; *Wehrstedt/Thorn/Werdehausen/Katzorke*, Vorschläge zur Vorgehensweise bei Auskunftsersuchen nach donogener Zeugung, J Reproduktionsmed Endokrinol 2012, 225 f.; *Krefß*, FPR 2013, 240, 241. Für Österreich ist nur für einzelne Jahre die Anzahl der Samenspenden bekannt (444 Samenspenden im Jahr 2003 und 758 Samenspenden im Jahr 2004); *Steininger*, Reproduktionsmedizin und Abstammungsrecht, Fortpflanzung und Elternschaft als Rechtsgeschäft?, 2014, S. 32. In der Schweiz, in der Maßnahmen der Fortpflanzungsmedizin statistisch erfasst werden, werden derzeit (bezogen auf das Jahr 2012) etwa 150 Kinder pro Jahr nach Vornahme einer Samenspende geboren; BFS – Statistisches Lexikon der Schweiz, Statistik der medizinisch unterstützten Fortpflanzung, T 14.2.4.30 (Stand: 25.3.2014). Da der Transfer gespendeter Samenzellen in der Schweiz ungefähr dreimal so hoch ist, kommt es somit nur bei einem Drittel der Spenden zur Geburt eines Kindes.

12) *Nationale Ethikkommission im Bereich Humanmedizin (NEK)*, Die medizinisch unterstützte Fortpflanzung, Ethische Überlegungen und Vorschläge für die Zukunft, Stellungnahme Nr. 22/2013 (November 2013), S. 39, 41, 57. Zur Rechtslage in der Schweiz jetzt auch *Büchler/Clausen*, Fortpflanzungsmedizin und Kindeswohl! Kindeswohl und Fortpflanzungsmedizin?, FamPra.ch 2014, 231 ff.

13) In zahlreichen anderen europäischen Ländern ist eine Samenspende an lesbische Paare erlaubt, so etwa in Schweden, Norwegen, Dänemark, England, Wales, Belgien, den Niederlanden und Spanien. Dazu *Dethloff*, Assistierte Reproduktion und rechtliche Elternschaft in gleichgeschlechtlichen Partnerschaften. Ein rechtsvergleichender Überblick, in: *Funcke/Thorn* (Hrsg.), Die gleichgeschlechtliche Familie mit Kindern, 2010, S. 161, 173 m. w. N.

14) So *Rupp/Bergold*, Zusammenfassung, in: *Rupp* (Hrsg.), Die Lebenssituation von Kindern in gleichgeschlechtlichen Partnerschaften, 2009, S. 281, 285.

15) *Brügge/Simon*, DI-Familien fragen nach: was bieten uns deutsche Samenbanken? – Samenbankumfrage 2012, S. 9. Vgl. weiter *Schewe*, Mater semper certa est?, Ein Plädoyer für die Abschaffung des Verbots der Eizellenspende in Deutschland, FamRZ 2014, 90, 91. Vgl. auch *Küpker*, Regulation der Reproduktionsmedizin im europäischen Vergleich, in: *Diedrich/Ludwig/Griesinger* (Hrsg.), Reproduktionsmedizin, 2013, Kap. 51.4 (S. 635).

16) Dazu EGMR (Große Kammer), Urt. v. 3.11.2011 – 57813/00 –, S. H. u. a./Österreich, NJW 2012, 207, 210 = MedR 2012, 380, 381 [R.dnr. 95]; *Schewe*, FamRZ 2014, 90, 92, dortige Fn. 24, bezogen auf das Jahr 2012.

17) Dazu auch *Schewe*, FamRZ 2014, 90, 92. Vgl. weiter *European Society of Human Reproduction and Embryology (ESHRE), Comparative Analysis of Medically Assisted Reproduction in the EU: Regulation and Technologies*, SANCO/2008/C6/051, S. 79 f., 83.

18) So *Kentenich/Griesinger*, J Reproduktionsmed Endokrinol 2013, 273, 274.

eine Eizellspende im Ausland<sup>19</sup>. Insgesamt sind in Europa in den letzten Jahren die Behandlungen mit Eizellspenden deutlich gestiegen, von rund 7.500 im Jahr 2003 auf fast 25.000 im Jahr 2010<sup>20</sup>.

Die *Embryooption* ist in Österreich (§ 3 Abs. 3 FMedG) und in der Schweiz (Art. 4 FMedG) nicht erlaubt, während sie nach dem deutschen ESchG bezogen auf „überzählige“ Embryonen nicht explizit verboten ist. Hierbei handelt es sich nicht um eine unbewusste Strafbarkeitslücke, denn nach der Begründung zum ESchG soll die Embryooption dann nicht strafbar sein, wenn diese „die einzige Möglichkeit bietet, den Embryo vor einem Absterben zu bewahren“<sup>21</sup>. Seit kurzem wird diese Grauzone des deutschen Rechts von einem privaten Verein, dem „Netzwerk Embryonenspende e.V.“, dazu genutzt, überzählige Embryonen an ungewollt kinderlose Paare zu vermitteln<sup>22</sup>. Der Verein wirbt damit, dass die überzähligen Embryonen „von erfolgreich behandelten Kinderwunschpaaren mit in zwischen abgeschlossener Familienplanung“ stammen. Da diese Paare vor der Entscheidung ständen, „die eingefrorenen Embryonen entweder weiter und auf Dauer eingefroren zu lassen oder aber zu vernichten“, wolle der Verein den Paaren mit der Vermittlung einen Ausweg aus diesem Dilemma bieten<sup>23</sup>. Wie viele Embryonen bislang erfolgreich vermittelt wurden, ist nicht bekannt.

In der Schweiz hat sich die Nationale Ethikkommission im Bereich der Humanmedizin (NEK) im November 2013 für die Aufhebung des Verbots der Eizellspende und der Embryooption ausgesprochen<sup>24</sup>, während sich in Österreich noch keine klare Richtung zu dieser Frage abzeichnet.

Angesichts dieser Entwicklung könnte der Eindruck entstehen, dass es nur noch eine Frage der Zeit sei, bis in allen drei Ländern Eizellspenden und Embryooptionen (zunächst vermutlich unter sehr engen Voraussetzungen) gesetzlich zugelassen werden, zumal auch die Entscheidung der Großen Kammer des EGMR zur österreichischen Rechtslage aus dem Jahr 2011 in diese Richtung weist<sup>25</sup>. Auf der anderen Seite ist aber die ethische Debatte über die Erzeugung von Kindern mit Hilfe fremder Keimzellen keineswegs abgeschlossen. In Deutschland ist sie erst vor kurzem durch die Schriftstellerin *Sibylle Lewitscharoff*, die die mittels künstlicher Befruchtung gezeugten Kinder als „Halbwesen“ bezeichnet hat, neu entfacht worden<sup>26</sup>.

Diese Grundsatzdebatte soll hier nicht aufgegriffen werden, es sei lediglich darauf hingewiesen, dass in der Diskussion um eine Zulassung der Eizellspende bzw. Embryooption mit Bezug auf das Kindeswohl Argumente vorgetragen werden, die bei der Samenspende keine oder jedenfalls kaum eine Rolle spielen. Obwohl es keine aussagekräftigen Untersuchungen hierzu gibt, wird unter Berufung auf das Kindeswohl die „gespaltene Mutterschaft“ als deutlich problematischer eingordnet als die „gespaltene Vaterschaft“<sup>27</sup>. Die Vorstellung, dass zwischen Kind und Eizellspenderin eine stärkere emotionale Bindung als zwischen Kind und Samenspender bestehe, ist ebenso wie die Behauptung, dass das Risiko einer Identitätskrise beim Kind im Falle einer „gespaltenen Mutterschaft“ größer sei als bei der „gespaltenen Vaterschaft“, weit verbreitet, jedoch wissenschaftlich bislang nicht belegt<sup>28</sup>. Erklären lässt sich die größere Akzeptanz der „ge-

19) Dazu *Conte*, Strafbarkeit des deutschen Arztes bei Eizellspenden im Ausland, *Der Gynäkologe* 2013, 841 m. w. N. Vgl. auch *Thorn/Wischmann*, Leitlinien des BKiD „Psychosoziale Beratung für Frauen und Männer, die eine Kinderwunschbehandlung im Ausland beabsichtigen“, *J Reproduktionsmed Endokrinol* 2010, 394f.

20) *Kentenich/Griesinger*, *J Reproduktionsmed Endokrinol* 2013, 273, 274 (Zahlen für 2010); *pro familia*, *Deutsche Gesellschaft für Familienplanung, Sexualpädagogik und Sexualberatung e. V. Bundesverband* (Hrsg.), *Expertise Reproduktives Reisen* (erstellt von *P. Thorn*), 2008, S. 18 (Zahlen für 2003). Vgl. weiter *Thorn*, *Gynäkologische Endokrinologie* 2014, 21.

21) BT-Dr. 11/5460, S. 8: „Damit will der Entwurf zugleich ein generelles Verbot der sog. Embryospende entbehrlich machen. Ein derartiges strafrechtliches Verbot wäre nämlich zumindest in den Fällen nicht unbedenklich, in denen eine Embryospende die einzige Möglichkeit bietet, den Embryo vor einem Absterben zu bewahren.“

22) Homepage des Vereins: <http://www.netzwerk-embryonenspende.de>. Dazu auch *Frommel*, *Juristisches Gutachten zur Frage der Zulässigkeit des Auftauens und des extrakorporalen Weiterkultivierens kryokonservierter befruchteter Eizellen (2-PN-Zellen) zum Zwecke der Spende an eine Frau, von der die Eizelle nicht stammt, mit Einverständnis des Spenderpaares v. 22.8.2011* ([http://www.netzwerk-embryonenspende.de/recht/gutachten\\_frommel\\_embryonenspende.pdf](http://www.netzwerk-embryonenspende.de/recht/gutachten_frommel_embryonenspende.pdf)). Heftige Kritik übt der Verein „Spenderkinder“ (<http://www.spenderkinder.de/kritik-am-netzwerk-embryonenspende>).

23) Die Zitate stammen aus der Satzung des Vereins und den selbstgesetzten Zielvorgaben ([http://www.netzwerk-embryonenspende.de/ziele/satzung\\_netzwerk\\_embryonenspende.pdf](http://www.netzwerk-embryonenspende.de/ziele/satzung_netzwerk_embryonenspende.pdf); <http://www.netzwerk-embryonenspende.de/ziele/ziele.html>). Der Verein hat folgende Voraussetzungen für die Embryooption festgelegt: Das Spender-Paar muss bereits ein Kind aus einer künstlichen Befruchtung geboren haben, die Altersgrenze liegt beim Empfänger-Paar bei 45 Jahren (Frau) bzw. 55 Jahren (Mann), die Spende erfolgt für beide Seiten anonym; [http://www.netzwerk-embryonenspende.de/verfahren/c2\\_aufklaerungsbogen\\_spenderpaar.pdf](http://www.netzwerk-embryonenspende.de/verfahren/c2_aufklaerungsbogen_spenderpaar.pdf); [http://www.netzwerk-embryonenspende.de/verfahren/c4\\_aufklaerungsbogen\\_wunschaltern.pdf](http://www.netzwerk-embryonenspende.de/verfahren/c4_aufklaerungsbogen_wunschaltern.pdf); <http://www.netzwerk-embryonenspende.de/verfahren/verfahren.html>.

24) *NEK*, Die medizinisch unterstützte Fortpflanzung, Ethische Überlegungen und Vorschläge für die Zukunft, Stellungnahme Nr. 22/2013 (November 2013), S. 44f., 57.

25) EGMR, NJW 2012, 207, 213 [Rdnr. 118]. Dazu *Bernat*, SH et al. gegen Österreich: Ein Schritt vorwärts, ein Schritt zurück, in: *Österreichische Juristenkommission* (Hrsg.), *Gesundheit und Recht – Recht auf Gesundheit*, 2013, S. 163, 171 ff.; *Steininger*, *Reproduktionsmedizin und Abstammungsrecht, Fortpflanzung und Elternschaft als Rechtsgeschäft?*, 2014, S. 62. Auch in der Schweiz wird die Zulassung der Eizellspende gefordert; *Büchler*, *Die Eizellspende in der Schweiz de lege lata und de lege ferenda*, Rechtsgutachten verfasst im Auftrag des Bundesamtes für Gesundheit, 2013/2014, S. 50 ff.

26) *Lewitscharoff*, „Von der Machbarkeit. Die wissenschaftliche Bestimmung über Geburt und Tod“, *Dresdner Reden* 2014 v. 2.3.2014, S. 12f.

27) Etwa BT-Dr. 13/4899, S. 82 zu § 1591 BGB, wonach nur die Frau, die das Kind zur Welt bringt, Mutter des Kindes im familienrechtlichen Sinne ist: „Ausgangspunkt dieser Regelung ist die Überlegung, daß es eine ‚gespaltene Mutterschaft‘ im Interesse des Kindes nicht geben soll. Bei der Entscheidung über die Mutterschaft der genetischen oder der biologischen Mutter im familienrechtlichen Sinne aber muß der Gesichtspunkt ausschlaggebend sein, daß nur die gebärende Frau zu dem Kind während der Schwangerschaft sowie während und unmittelbar nach der Geburt eine körperliche und psychosoziale Beziehung hat. Die Mutterschaft dieser Frau soll daher auch keine bloße Scheinmutterschaft sein, die durch Anfechtung beseitigt werden könnte, um die Feststellung der Eispenderin als genetische Mutter zuzulassen. Vielmehr steht die Mutterschaft der gebärenden Frau von vornherein unverrückbar fest.“

28) Dazu *Schumann*, Familienrechtliche Fragen der Fortpflanzungsmedizin im Lichte des Grundgesetzes, in: *Rosenau* (Hrsg.), *Ein zeitgemäßes Fortpflanzungsmedizinengesetz für Deutschland*, 2012, S. 155, 186f. m. w. N.; *Simoni*, *Sozialwissenschaftliche Grundlagen zu den Konzepten „Kindeswohl, Familie und Elternschaft“ im Fortpflanzungsmedizinengesetz*, Gutachten des Marie Maierhofer Instituts für das Kind im Auftrag des Bundesamtes für Gesundheit BAG, 2012, S. 12, 83 zur Schweizer Rechtslage. Kritisch auch *Schewe*, *FamRZ* 2014, 90, 92f.; *Kaiser*, *Die mögliche Aufspaltung der Mutterschaft bei medizinisch assistierter Zeugung und ihre rechtliche Einordnung*, in: *Schwab/Vaskovics* (Hrsg.), *Pluralisierung von Elternschaft und Kindschaft*, *Zeitschrift für Familienforschung, Sonderheft* 8, 2011, S. 239, 257; *Büchler/Clausen*, *FamPra.ch* 2014, 231, 258ff.

spaltenen Vaterschaft“ nach Samenspende möglicherweise einerseits mit dem – jedenfalls in Deutschland – noch immer nicht ganz überwundenen „Muttermythos“ und andererseits damit, dass uns die Rolle des rechtlich-sozialen Vaters, der nicht genetischer Vater ist, seit Jahrhunderten vertraut ist<sup>29</sup>.

### III. Parallelwertung zur Adoption?

Die Parallele zwischen der Verwirklichung des Kindeswunsches mit Hilfe einer Keimzellspende und dem etablierten Rechtsinstitut der Adoption wird immer mal wieder angesprochen<sup>30</sup>. So hat beispielsweise der deutsche Gesetzgeber die 2002 eingeführte Regelung zum Ausschluss des Anfechtungsrechts der Mutter und des rechtlich-sozialen Vaters im Falle einer Samenspende (§ 1600 Abs. 5 BGB) ausdrücklich mit einer Parallelwertung zur Adoption begründet<sup>31</sup>. Auch der EGMR weist in der bereits erwähnten Entscheidung von 2011 die von Seiten des österreichischen Gesetzgebers vorgetragenen Bedenken hinsichtlich der gespaltenen Mutterschaft mit dem Hinweis auf das Institut der Adoption zurück: „Die Adoption, die es in allen Mitgliedstaaten gibt, hat sich im Laufe der Zeit zu einem Institut entwickelt, das die mit ihr entstehenden Beziehungen zufriedenstellend regelt. Ebenso hätte der Gesetzgeber rechtliche Maßnahmen zur Lösung der Schwierigkeiten treffen können, welche die Eizellspende aufwirft.“<sup>32</sup>

Betrachtet man die familienrechtlichen Konstellationen aus der Perspektive der beteiligten Eltern und Kinder, so lassen sich auf den ersten Blick tatsächlich keine nennenswerten Unterschiede zwischen der Adoption und der Elternschaft nach einem Keimzelltransfer erkennen. In beiden Fällen geht es nicht um eine Pluralisierung von Elternschaft, wie sie beispielsweise in Trennungs- und Scheidungsfamilien durch das Hinzutreten neuer Partner der Eltern entstehen kann. Vielmehr geht es bei der Adoption wie beim Keimzelltransfer um einen Austausch von genetischer und sozialer Elternschaft, das heißt das Kind erhält nicht mehr als zwei Eltern, vielmehr treten die rechtlich etablierten Wunscheltern vollständig an die Stelle der genetischen Eltern.

Ein Unterschied besteht lediglich im Vorfeld der rechtlichen Etablierung der Eltern-Kind-Beziehung, weil bei der Adoption für ein (bereits existierendes) „elternloses“ Kind Eltern gesucht werden, während bei der Keimzellspende für kinderlose Eltern ein (noch nicht existierendes) Kind gezeugt wird. Man mag diese unterschiedlichen Zielsetzungen für erheblich erachten<sup>33</sup>, andererseits lässt sich nicht verkennen, dass jedenfalls bei der Embryooption die Parallele zur Adoption nahe liegt, denn im Gegensatz zur Keimzellspende geht es hier um einen bereits gezeugten und „verwaisten“ Embryo – „verwaist“ in dem Sinne, dass die genetische Mutter das Kind nicht mehr austragen kann oder will<sup>34</sup>. Schließlich kann bei eingetragenen Lebenspartnerinnen die gemeinsame rechtliche Elternschaft beider Mütter nach einer Samenspende derzeit nur mit Hilfe einer Stiefkindadoption erreicht werden, so dass in diesen Fällen der Übergang von der Wunschelternschaft zur rechtlich-sozialen Mutterschaft zwingend an das Adoptionsrecht gekoppelt ist.

Entscheidend ist aber ein ganz anderer Punkt: Der Unterschied zwischen Keimzelltransfer und Adoption betrifft in erster Linie die Frage des „Ob“, nämlich ob man überhaupt zur Verwirklichung des Kindeswunsches ein Kind mit Hilfe fremder Keimzellen zeugen darf, während es hier vor allem um das „Wie“, also die rechtliche Ausgestaltung des Eltern-Kind-Verhältnisses nach Zulassung einzelner Reproduktionsmethoden gehen soll. Für diese Frage drängt sich aber die Parallele zur Adoption – insbesondere wenn man die Perspektive des betroffenen Kindes einnimmt – geradezu auf. Vereinigungen von inzwischen erwachsenen

Spenderkindern aus verschiedenen europäischen Ländern fordern daher auch eine Gleichstellung mit adoptierten Kindern, wobei diese Forderungen sich in erster Linie auf die frühzeitige Aufklärung der Kinder über ihre Herkunft und auf das Recht eines einfachen Zugangs zu den Spenderdaten beziehen<sup>35</sup>, in Deutschland aber zusätzlich auch noch die Bestandskraft der rechtlich-sozialen Vaterschaft betreffen<sup>36</sup>.

Als Zwischenfazit lässt sich festhalten, dass bei der Adoption zwar der auf das Kind ausgerichtete Fürsorgezweck im Vordergrund steht, jedoch auch die Adoption in aller Regel der Überwindung der Kinderlosigkeit der zur Adoption bereiten Eltern dient<sup>37</sup>. Hingegen hat die Keimzellspende ihren Ausgangspunkt in der Überwindung der Kinderlosigkeit der Wunscheltern, sie kann jedoch nicht losgelöst vom Fürsorgegedanken für das auf diese Weise gezeugte Kind gedacht werden. Stellt man aber auf das Kindeswohl ab, so treten in beiden Konstellationen vergleichbare Probleme im Eltern-Kind-Verhältnis auf, welche sich unter Heranziehung zentraler Prinzipien des Adoptionsrechts auch lösen ließen.

Im Folgenden sollen *fünf Prinzipien des Adoptionsrechts* vorgestellt werden, deren Wertungen sich für eine Ausgestaltung der familienrechtlichen Folgefragen des Keimzelltransfers eignen. Diese Prinzipien dokumentieren seit Jahrzehnten den europäischen Standard, denn sie liegen sowohl dem Europäischen Adoptionsübereinkommen von 1967<sup>38</sup> als auch dem revidierten Europäischen Übereinkommen über die Adoption von Kindern von 2008<sup>39</sup> zugrunde. Zudem sind zahlreiche Fragen des Kindeswohls

29) Überraschenderweise wird aber ein anderer grundlegender Unterschied zwischen Embryooption einerseits und Samen- oder Eizellspende andererseits kaum problematisiert, nämlich dass Kinder aus einer Keimzellspende in einer Familie aufwachsen, in der nur ein Elternteil nicht der genetische Elternteil ist, während sich das Kind im Falle einer Embryooption damit auseinandersetzen muss, dass es genetische Eltern und Vollgeschwister hat, die eine Familie bilden.

30) Vgl. etwa aus der Literatur *Bernat*, Der anonyme Vater im System der Fortpflanzungsmedizin, Vorfindliches, Rechtsethik und Gesetzgebung, in: *Walter* (Hrsg.), Männer als Väter, Sozialwissenschaftliche Theorie und Empirie, 2002, S. 257, 265 ff.

31) BT-Dr. 14/2096, S. 7.

32) EGMR, NJW 2012, 207, 211 [Rdnr. 105].

33) So *Steininger*, Reproduktionsmedizin und Abstammungsrecht, Fortpflanzung und Elternschaft als Rechtsgeschäft?, 2014, S. 36 f.

34) Dazu *Frommel/Taupitz/Ochsner/Geisthövel*, J Reproduktionsmed Endokrinol 2010, 96, 101. „Verwaist“ ist ein Embryo auch dann, wenn der genetische Vater mit einer Übertragung auf die Mutter nicht mehr einverstanden ist oder wenn einer der beiden genetischen Eltern verstorben ist.

35) *Thorn*, Gynäkologische Endokrinologie 2014, 21, 22 m.w.N. Der Verein „Spenderkinder“ fordert die Eintragung des Spenders in das Geburtenregister und einen Anspruch des Kindes auf Zugang zu den Daten des Spenders ab dem 16. Lebensjahr (<http://www.spenderkinder.de/politischeforderungen/>).

36) Den Schutz der Spender vor Unterhaltsforderungen und Erbsprächen der Spenderkinder fordern der Verein „Spenderkinder“ (<http://www.spenderkinder.de/politischeforderungen/>) sowie DI-Netz e.V. (Stellungnahme v. 22.11.2013 „Spendersamenbehandlung in Deutschland 2013 – Alles was Recht ist!“; <http://www.di-netz.de/wp-content/uploads/2013/11/stellungnahme.pdf>).

37) Dazu *Maurer*, in: *MüKo/BGB*, Bd. 8, 6. Aufl. 2012, Vorbem. zu §§ 1741 ff. BGB, Rdnrn. 2 f.

38) Europäisches Übereinkommen über die Adoption von Kindern v. 24.4.1967 (SEV Nr. 58).

39) Europäisches Übereinkommen über die Adoption von Kindern (revidiert) v. 27.11.2008 (SEV Nr. 202). Dieses Übereinkommen ist von den drei deutschsprachigen Ländern noch nicht ratifiziert worden; von Seiten Deutschlands erfolgte die Zeichnung des Übereinkommens am 23.5.2014 und die Ratifikation steht unmittelbar bevor (BT-Dr. 18/841, S. 5 f.).

und speziell auch solche zur Adoption in der UN-Kinderrechtskonvention von 1989 geregelt. Eine Heranziehung der für die Adoption entwickelten Prinzipien soll dabei keineswegs zur Anwendung einzelner Regelungen des Adoptionsrechts führen, vielmehr geht es darum, die Interessen der genetischen Eltern, der Wunscheltern und des Kindes unter Rückgriff auf ein bewährtes Institut, bei dem ebenfalls genetische und rechtlich-soziale Elternschaft auseinanderfallen, in einen angemessenen Ausgleich zu bringen und auf dieser Grundlage Eckpunkte für eine gesetzliche Ausgestaltung zu entwickeln.

### 1. Kindeswohl

Das Kindeswohl steht im Zentrum der beiden Europäischen Adoptionsübereinkommen (Art. 4 des Übereinkommens von 2008 und Art. 8 des Übereinkommens von 1967) sowie der UN-Kinderrechtskonvention (Art. 3, 21). Zur Wahrung des Kindeswohls ist daher in Deutschland bereits im Vorfeld der Adoption zum einen eine psychosoziale Beratung der Adoptionsbewerber vorgesehen, die dazu dient, den „Wunscheltern“ Informationen zur besonderen Situation von Adoptivkindern und -familien, namentlich zu den psychologischen Besonderheiten sozialer Elternschaft und zur Bedeutung der genetischen Herkunft für das Kind, zu vermitteln<sup>40</sup>. Zum anderen ist der Rechtsakt der Adoption von einer Kindeswohlprüfung abhängig. Zwar finden sich auch im Bereich der Kinderwunschmedizin Regelungen zur psychosozialen Beratung der Wunscheltern und zum Abschluss von Wunscheltern unter Rückgriff auf das Kindeswohl, die konkrete Ausgestaltung unterliegt jedoch Defiziten.

#### a) Psychosoziale Beratung

In Deutschland beruhen die Defizite vor allem darauf, dass es keine gesetzliche Regelung gibt, vielmehr allein auf der Grundlage der Musterrichtlinie der BÄK von 2006 gehandelt wird. Danach erfolgt eine psychosoziale Beratung der Wunscheltern im Rahmen des ärztlichen Gesprächs, wobei eine weiterführende psychosoziale Beratung angeboten werden soll (Ziff. 5.3.2.). Ein ähnliches Angebot sehen auch die Fortpflanzungsmedizinengesetze der Schweiz (Art. 6 Abs. 4 FMedG) und Österreichs vor, wobei in Österreich der Arzt regelmäßig eine psychosoziale Beratung zu veranlassen hat (§ 7 Abs. 2 FMedG).

Vergleicht man diese Rechtslage mit anderen psychosozialen Beratungsleistungen für Familien, so fehlen in Deutschland – trotz der Komplexität der Familienbildung mit fremden Keimzellen – nicht nur ein gesetzlicher Rahmen für die psychosoziale Kinderwunschberatung, sondern auch verbindliche Standards sowie Qualitätssicherungsmaßnahmen. Nach einer Pilotstudie zum Stellenwert psychosozialer Beratung in reproduktionsmedizinischen Zentren ist das „Maß der Integration der psychosozialen Kinderwunschberatung in Deutschland [...] bislang völlig uneinheitlich“. Die Studie kommt zu dem Ergebnis, dass die psychosoziale Kinderwunschberatung aufgrund struktureller Defizite in Deutschland randständig und im Schnitt weit entfernt vom international vorhandenen Spitzenniveau sei<sup>41</sup>.

Zu bemängeln ist aber auch, dass die psychosoziale Beratung bislang nur im Vorfeld einer Kinderwunschbehandlung angeboten wird und es kaum Angebote für die Familien nach der Geburt des Spenderkindes gibt, obwohl bereits die Frage des „Wann“ und „Wie“ der Aufklärung des Kindes über seine Herkunft einer solchen Unterstützung bedürfte<sup>42</sup>. Eine Sichtweise, die die Kinderwunschbehandlung mit der Herbeiführung der Schwangerschaft bzw. der Geburt des Kindes als abgeschlossen betrachtet, verkennt aber, dass die Familie ein Leben lang dynamischen und nicht selten belastenden Prozessen ausgesetzt sein wird (das betrifft die Auf-

klärung des Kindes über seine Herkunft, die Auseinandersetzung des Kindes mit der nicht genetischen Abstammung von mindestens einem Elternteil und ggf. – bei einer Spende im Ausland – auch mit einem bikulturellen Hintergrund, die Klärung der Identität des Spenders sowie den Kontakt zum Spender und ggf. zu Halbgeschwistern). Angesichts der Komplexität und der Langzeitwirkung der aus dem Keimzelltransfer entstehenden Folgen muss es überraschen, dass die psychosoziale Beratung der Wunscheltern (im Gegensatz zur Aufklärung über die medizinische Behandlung) so gering geschätzt wird<sup>43</sup>.

Dabei dient bereits eine obligatorische psychosoziale Beratung durch qualifizierte Fachkräfte dem Kindeswohl, weil die Wunscheltern dafür sensibilisiert werden, dass es bei einer Behandlung mit fremden Keimzellen nicht nur um die Verwirklichung ihres Kinderwunsches geht, sondern damit auch eine besondere Verantwortung in Bezug auf die spätere Aufklärung des Kindes über seine Herkunft verbunden ist<sup>44</sup>. Da eine psychosoziale Beratung der Wunscheltern nicht in die Fachkompetenz eines Reproduktionsmediziners fällt, sollte sie auch nicht zu seinen Aufgaben gehören. Diese Forderungen sind übrigens keineswegs neu<sup>45</sup>; bereits in dem inzwischen 25 Jahre alten Musterentwurf eines Fortpflanzungsmedizinengesetzes der vom Bundesjustizministerium eingesetzten Bund-Länder-Arbeitsgruppe „Fortpflanzungsmedizin“ war in § 2 eine obligatorische und unabhängige psychosoziale Beratung vor der Kinderwunschbehandlung vorgesehen<sup>46</sup>.

- 
- 40) *Bundesarbeitsgemeinschaft der Landesjugendämter*, Empfehlungen zur Adoptionsvermittlung, 6. Aufl. 2009, S. 26. Das AdVermiG sieht neben der Vermittlung des Kindes an die Adoptiveltern auch „die umfassende psychosoziale Begleitung der an der Adoption Beteiligten vor“; *Reinhardt*, Adoptionsvermittlungsgesetz, 1. Aufl. 2012, § 7 AdVermiG, Rdnr. 1.
- 41) *Stöbel=Richter/Thorn/Brähler/Kentenich/Wischmann*, Umfrageergebnisse zum Stellenwert psychosozialer Beratung in reproduktionsmedizinischen Zentren in Deutschland – eine Pilotstudie, *J Reproductive Medicine Endokrinol* 2011, 416, 417 ff., 422 (Zitat auf S. 417).
- 42) Dazu auch *Thorn*, *Gynäkologische Endokrinologie* 2014, 21, 22f. Vgl. weiter *Kentenich/Wohlfahrt*, Psychosoziale Aspekte, in: *Duttge/Engel/Lipp/Zoll* (Hrsg.), *Heterologe Insemination, Aktuelle Lage und Reformbedarf aus interdisziplinärer Perspektive*, 2010, S. 51, 59 f.; *Steininger*, *Reproduktionsmedizin und Abstammungsrecht, Fortpflanzung und Elternschaft als Rechtsgeschäft?*, 2014, S. 42f.; *Walper/Wendt*, *Die Bedeutung der Abstammung für die Identitätsfindung und Persönlichkeitsentwicklung in der Adoleszenz: Adoption, Samenspende und frühe Vaterabwesenheit nach Trennung der Eltern*, in: *Schwab/Vaskovics* (Hrsg.), *Pluralisierung von Elternschaft und Kindschaft, Zeitschrift für Familienforschung, Sonderheft 8*, 2011, S. 211, 221 ff.
- 43) Kritisch daher auch der Verein „Spenderkinder“ (<http://www.spenderkinder.de/kritik-am-netzwerk-embryonenspende>): „Adoption sowie jegliche Gametenspende stellen nicht nur die Befriedigung eines Kinderwunsches dar, sondern auch einen dynamischen, unbegrenzten und lebenslangen Prozess für alle Beteiligten.“
- 44) So explizit auch *Simoni*, *Sozialwissenschaftliche Grundlagen zu den Konzepten „Kindeswohl, Familie und Elternschaft“ im Fortpflanzungsmedizinengesetz, Gutachten des Marie Maierhofer Instituts für das Kind im Auftrag des Bundesamts für Gesundheit BAG*, 2012, S. 11, 13, 64 ff., 81 sowie der Verein „Spenderkinder“ (<http://www.spenderkinder.de/politischeforderungen/>).
- 45) Dazu *Hübner*, *Die Embryooption, Eine rechtliche Untersuchung de lege lata und de lege ferenda*, 2009, S. 248 ff. m. w. N.
- 46) Abschlussbericht der Bund-Länder-Arbeitsgruppe „Fortpflanzungsmedizin“ v. 6.1.1989, *Bundesanzeiger* 41 (1989), Nr. 4a, Anlage 2, § 2 Abs. 2: „Eine künstliche Befruchtung darf nur vorgenommen werden, wenn [...] eine unabhängige psychosoziale Beratung erfolgt ist und dem Arzt hierüber eine Bescheinigung vorliegt.“ Weiter heißt es im Abschlussbericht (ebd., Empfehlungen, III, 4. Beratungspflicht) zur obligatorischen psychosozialen Beratung: „Die Verpflichtung des Arztes zur Durchführung eines Beratungsgesprächs vor einer heterologen Insemination reicht nicht aus. Zwar werden auch bei einer sol-

## b) Kindeswohlbezogene Ausschlussgründe

Entscheidendes Kriterium für eine Kindeswohlbezogene Versagung des Zugangs zu fremden Keimzellen ist in allen drei Ländern die Elternbeziehung, das heißt die sexuelle Orientierung des Paares bzw. die Formalisierung ihrer Beziehung. So gehört zur Zugangsreglementierung, dass die Samenspende nur für bestimmte Elternpaare zugelassen ist und insbesondere lesbische Paare ausgeschlossen sind<sup>47</sup>. In der Schweiz wurde die Beschränkung auf Ehepaare ausdrücklich mit dem Kindeswohl begründet und mit dem Hinweis verbunden, dass zum Wohle des Kindes auch nur Ehepaare ein Kind adoptieren dürften<sup>48</sup>. Seit kurzem liegt allerdings eine Stellungnahme der Nationalen Ethikkommission im Bereich Humanmedizin (NEK) vor, die den Zugang zur Samenspende auch nichtehelichen Lebensgemeinschaften und gleichgeschlechtlichen Paaren eröffnen will<sup>49</sup> und explizit darauf hinweist, dass sich diese Diskriminierung nicht mit dem Kindeswohl begründen lasse<sup>50</sup>. Auch in Österreich ist noch in diesem Jahr mit einer Reform zu rechnen, nachdem der Verfassungsgerichtshof die Regelungen zum Ausschluss lesbischer Paare von einer Samenspende mit Urteil vom 10. 12. 2013 wegen Verstoßes gegen Artt. 8, 14 EMRK für verfassungswidrig erklärt hat<sup>51</sup>.

In Deutschland heißt es im unverbindlichen Kommentar zur Musterrichtlinie der BÄK von 2006 zum Ausschluss lesbischer Paare und unverheirateter Frauen, dass die heterologe Insemination das Ziel habe, „dem so gezeugten Kind eine stabile Beziehung zu beiden Elternteilen zu sichern. Aus diesem Grund [sei] eine heterologe Insemination zurzeit bei Frauen ausgeschlossen, die in keiner Partnerschaft oder in einer gleichgeschlechtlichen Partnerschaft leben.“<sup>52</sup> Wie schon erwähnt halten sich etliche deutsche Kinderwunschzentren nicht an diese Vorgabe.

Im Übrigen enthält die Musterrichtlinie der BÄK von 2006 zum Kindeswohl lediglich den Satz<sup>53</sup>: „Liegen konkrete Anhaltspunkte für medizinische, soziale oder psychische Probleme vor, durch welche eine dauerhafte und verlässliche Betreuung und Versorgung des Kindes gefährdet werden könnte, ist die Anwendung von Methoden assistierter Reproduktion von vornherein ausgeschlossen.“<sup>54</sup> Eine entsprechende Prüfung ist von Seiten des Reproduktionsmediziners vorzunehmen. Etwas konkreter sind die Ausschlussgründe in Art. 3 FMedG Schweiz formuliert: Danach dürfen „Fortpflanzungsverfahren“ grundsätzlich „nur angewendet werden, wenn das Kindeswohl gewährleistet ist“. Insbesondere dürfen sie nur bei solchen Paaren angewandt werden, „die auf Grund ihres Alters und ihrer persönlichen Verhältnisse voraussichtlich bis zur Volljährigkeit des Kindes für dessen Pflege und Erziehung sorgen können“ (Art. 3 Abs. 2 lit. b FMedG Schweiz). Der Kinderwunsch darf beispielsweise dann nicht erfüllt werden, wenn der Reproduktionsmediziner zu der Überzeugung gelangt, dass die „Lebensbedingungen des Kindes mit schwerwiegenden psycho-sozialen Risiken belastet sein würden“. Ausweislich der amtlichen Begründung erfolgt diese vorgeschaltete Kindeswohlprüfung in Orientierung am Kindeswohlprinzip des Adoptionsrechts<sup>55</sup>.

Auch wenn sich ein Ausschluss aufgrund der sexuellen Orientierung der Eltern (gleichgeschlechtliche Paare) oder aufgrund des Fehlens einer Formalisierung der Partnerschaft nicht mit dem Kindeswohl begründen lässt<sup>56</sup>, so ist damit nicht gesagt, dass jede Berücksichtigung kindeswohlrelevanter Kriterien einen unzulässigen Eingriff in die Fortpflanzungsfreiheit der (Wunsch-)Eltern bedeutet, denn der Gesetzgeber greift bei der Zulassung von Kinderwunschbehandlungen mit fremden Keimzellen deutlich stärker in die natürliche Ordnung der Familie ein als bei einer künstlichen Befruchtung mit eigenen Keimzellen<sup>57</sup>.

chen Beratung Belange des Kindeswohls angesprochen werden, jedoch wird gerade durch eine psycho-soziale Beratung die Möglichkeit eröffnet, mit dem Ehepaar umfassend die Bedeutung ihrer Entscheidung insbesondere auch für das Wohl des zu zeugenden Kindes zu erörtern. Um zu gewährleisten, daß es sich dabei um ein freies Gespräch und nicht um eine Zwangsberatung handelt, ist sicherzustellen, daß die psycho-soziale Beratung frei von Weisungen des die allgemeine Beratung bzw. die heterologe Insemination durchführenden Arztes erfolgt. Deshalb soll auch lediglich eine Bescheinigung erteilt werden, daß eine psycho-soziale Beratung stattgefunden hat.“

- 47) Dies ergibt sich für Österreich aus § 3 Abs. 2 FMedG, für die Schweiz aus Art. 5 Abs. 1 Bst. a FMedG und Art. 28 PartG sowie für Deutschland aus der (Muster-)Richtlinie zur Durchführung der assistierten Reproduktion, DÄBl. 103 (2006), A 1392, 1395, 1397 f. (Ziff. 3.1.1. und Ziff. 5.3.).
- 48) Botschaft des Bundesrats v. 26. 6. 1996, BBl 1996 III, 205, 251 f.
- 49) NEK, Die medizinisch unterstützte Fortpflanzung, Ethische Überlegungen und Vorschläge für die Zukunft, Stellungnahme Nr. 22/2013 (November 2013), S. 39, 41, 57.
- 50) NEK, Die medizinisch unterstützte Fortpflanzung, Ethische Überlegungen und Vorschläge für die Zukunft, Stellungnahme Nr. 22/2013 (November 2013), S. 38: „Für die NEK wird allerdings nicht ‚deutlich‘, weshalb im Interesse des Kindeswohls die Fortpflanzungsmedizin einzig für Paare verschiedenen Geschlechts zugänglich sein soll. Sie erachtet dies im Gegenteil als Ausdruck von Vorurteilen, die wissenschaftlich nicht abgestützt sind [...]“. Aus der Sicht der NEK erfolgt hier eine Diskriminierung ausgehend von einem falschen Verständnis des Kindeswohls [...]“. Vgl. weiter *Simoni*, Sozialwissenschaftliche Grundlagen zu den Konzepten „Kindeswohl, Familie und Elternschaft“ im Fortpflanzungsmedizinengesetz, Gutachten des Marie Maierhofer Instituts für das Kind im Auftrag des Bundesamts für Gesundheit BAG, 2012, S. 8 ff., 12, 50 ff., 55 f., 80, 82.
- 51) VfGH, RdM 2014, 65 m. Anm. *Kopetzki* = iFamZ 2014, 5 m. Anm. *Meinl*; dazu auch *Steininger*, Reproduktionsmedizin und Abstammungsrecht, Fortpflanzung und Elternschaft als Rechtsgeschäft?, 2014, S. 68 f. Vgl. auch OGH, RdM 2011, 81 m. Anm. *Bernat*, RdM 2013, 113.

- 52) (Muster-)Richtlinie zur Durchführung der assistierten Reproduktion, DÄBl. 103 (2006), A 1392, 1400 (Kommentar zu 3.1.1.).
- 53) In der Präambel findet sich ein Hinweis auf Art. 24 der UN-Kinderrechtskonvention sowie die Aussage, dass „die Ärztin/der Arzt für das Wohl des mit ihrer/seiner medizinischen Assistenz erzeugten Kindes eine besondere Verantwortung“ trage. Unter Ziff. 3.1.1., DÄBl. 103 (2006), A 1392, 1395 heißt es weiter: „Methoden der assistierten Reproduktion sollen unter Beachtung des Kindeswohls [...] angewandt werden.“
- 54) (Muster-)Richtlinie zur Durchführung der assistierten Reproduktion, DÄBl. 103 (2006), A 1392, 1400 (Kommentar zu 3.1.1.).
- 55) Botschaft des Bundesrats v. 26. 6. 1996, BBl 1996 III, 205, 249 ff., insb. 249 (dort findet sich auch das Zitat). Kritisch zu Art. 3 FMedG Schweiz *Büchler/Clausen*, FamPra.ch 2014, 231, 238 ff.
- 56) So ausdrücklich auch *Simoni*, Sozialwissenschaftliche Grundlagen zu den Konzepten „Kindeswohl, Familie und Elternschaft“ im Fortpflanzungsmedizinengesetz, Gutachten des Marie Maierhofer Instituts für das Kind im Auftrag des Bundesamts für Gesundheit BAG, 2012, S. 8 ff., 12, 50 ff., 55 f., 80, 82 (unter Einbeziehung mehrerer Studien); *Büchler/Clausen*, FamPra.ch 2014, 231, 245 ff.
- 57) Zur Problematik auch *Heun*, Restriktionen assistierter Reproduktion aus verfassungsrechtlicher Sicht, in: *Bockenheimer=Lucius/Thorn/Wendehorst* (Hrsg.), Umwege zum eigenen Kind, Ethische und rechtliche Herausforderungen an die Reproduktionsmedizin 30 Jahre nach Louise Brown, 2008, S. 49, 52. Des Weiteren stellt sich bei der Übertragung fremder Keimzellen auch die Frage, inwieweit Wünsche der Spender im Vorfeld abgefragt und berücksichtigt werden sollten. Unabhängig davon wird man annehmen dürfen, dass die Spender davon ausgehen, dass der Transfer ihrer Keimzellen verantwortungsbewusst erfolgt, denn die Haltung von Spendern in Bezug auf die Wunscheltern zeigt, dass sich die Spender Gedanken über das Aufwachen ihres Kindes machen; dazu *Thorn/Katzorke/Daniels*, Samenspenden in Deutschland – liberaler als die Vorgaben des Berufsrechts, Geburtshilfe Frauenheilkunde 69 (2009), 297, 299 f.; *Kentenich/Wohlfahrt*, Psychosoziale Aspekte, in: *Duttge/Engel/Lipp/Zoll* (Hrsg.), Heterologe Insemination, Aktuelle Lage und Reformbedarf aus interdisziplinärer Perspektive, 2010, S. 51, 58 f. Nicht geregelt ist in Deutschland die Frage, ob die Keimzellspender bzw. die genetischen Eltern bei einer Embryooption

Ebenso wie eine Einschränkung der Fortpflanzungsfreiheit<sup>58</sup> aus medizinischen Gründen zulässig ist, etwa wenn der Keimzelltransfer an die Voraussetzung einer medizinischen Indikation geknüpft oder im Falle des Vorliegens einer medizinischen Kontraindikation ausgeschlossen wird, so können auch andere unter dem Schutz der Verfassung stehende Interessen eine Einschränkung der Fortpflanzungsfreiheit rechtfertigen und zum Ausschluss bestimmter Praktiken (etwa anonymer oder kommerzieller Spenden) führen<sup>59</sup>.

Da beim Keimzelltransfer bereits das Auseinanderfallen von genetischer und sozialer Elternschaft Gefahren für das Wohl des Kindes (insbesondere im Hinblick auf die spätere Identitätsfindung) birgt, gilt es, weitere (psychosoziale) Risikofaktoren für das Kind möglichst zu minimieren<sup>60</sup>. Als Risiken werden insbesondere schwere psychische Krankheiten bzw. Suchtkrankheiten der Wunscheltern genannt<sup>61</sup>, aber auch Altersgrenzen<sup>62</sup> oder der Ausschluss alleinstehender Frauen<sup>63</sup> werden diskutiert. Eine Berücksichtigung dieser oder anderer kindeswohlrelevanter Kriterien

bestimmte Ausschlussgründe (z. B. Ausschluss von lesbischen Paaren oder alleinstehenden Frauen) verbindlich festlegen können (so aber § 13 Abs. 1 FMedG Österreich; Regierungsvorlage zum Fortpflanzungsmedizinengesetz v. 30.7.1991, 216 der Beilagen zu den Stenographischen Protokollen des Nationalrats XVIII. GP, S. 21). Da die Freigabe von Keimzellen bzw. eines Embryos nur mit Einverständnis des Spenders bzw. der genetischen Eltern erfolgen kann, müsste auch eine Einschränkung des Einverständnisses durch diese verbindlich sein. So auch *Frommel/Taupitz/Ochsner/Geisthövel*, J Reproduktionsmed Endokrinol 2010, 96, 102.

- 58) Ob die Fortpflanzungsfreiheit auch das Recht eines Paares auf Zugang zu fremden Keimzellen umfasst, ist vom BVerfG bislang nicht entschieden. Dazu *Zimmermann*, Reproduktionsmedizin und Gesetzgebung, Reformbedarf im Recht der Reproduktionsmedizin und Realisierungsoptionen in einem Fortpflanzungsmedizinengesetz, 2011, S. 102. Kritisch zur Eröffnung des Schutzbereichs des Art. 8 EMRK für die Fortpflanzung mit fremden Keimzellen durch EGMR, NJW 2012, 207 etwa *Weilert*, Heterologe In-vitro-Fertilisation als europäisches Menschenrecht?, MedR 2012, 355, 358.
- 59) EGMR, NJW 2012, 207, LS. 6: „Für die IVF mit Gameten Dritter spielen die Würde des Menschen, das Wohl der so gezeugten Kinder und die Verhinderung von Missbrauch (eugenische Auslese; Handel mit Eizellen und als Folge Ausbeutung von Frauen; gespaltene Mutterschaft) eine wichtige Rolle.“ Dazu auch *Müller=Terpitz*, Assistierte Reproduktionsverfahren im Lichte der Europäischen Menschenrechtskonvention, AVR 51 (2013), 42, 64f. Vgl. weiter *Lindner*, Verfassungsrechtliche Aspekte eines Fortpflanzungsmedizinengesetzes, in: *Rosenau* (Hrsg.), Ein zeitgemäßes Fortpflanzungsmedizinengesetz für Deutschland, 2012, S. 127, 144f., 150f.
- 60) Zu entsprechenden Überlegungen *Schumann*, Familienrechtliche Fragen der Fortpflanzungsmedizin im Lichte des Grundgesetzes, in: *Rosenau* (Hrsg.), Ein zeitgemäßes Fortpflanzungsmedizinengesetz für Deutschland, 2012, S. 155, 184f. m. w. N. Vgl. auch *Wendehorst*, Reproduktionsmedizin 2003, 147, 148. Vgl. weiter für die Schweiz *Simoni*, Sozialwissenschaftliche Grundlagen zu den Konzepten „Kindeswohl, Familie und Elternschaft“ im Fortpflanzungsmedizinengesetz, Gutachten des Marie Maierhofer Instituts für das Kind im Auftrag des Bundesamts für Gesundheit BAG, 2012, S. 77 ff., 81 ff.
- 61) Dazu ausführlich *Simoni*, Sozialwissenschaftliche Grundlagen zu den Konzepten „Kindeswohl, Familie und Elternschaft“ im Fortpflanzungsmedizinengesetz, Gutachten des Marie Maierhofer Instituts für das Kind im Auftrag des Bundesamts für Gesundheit BAG, 2012, S. 9f., 40 ff., insb. S. 54f.: „Die psychische Gesundheit von Eltern ist für ein Kind von grosser Bedeutung, weil sie die elterliche Verlässlichkeit und Verfügbarkeit wesentlich beeinflusst. Erforscht sind v. a. depressive und schizophrene Störungen von Eltern. [...] Einen nachhaltig zerstörerischen Einfluss auf den Alltag von Kindern haben Abhängigkeitskrankungen von Eltern. Das Verhalten von Eltern mit Persönlichkeitsstörungen kann für Kinder ausgesprochen verstörend und belastend sein. [...] Die Wahrscheinlichkeit, dass ein Kind später selber an einer psychischen Störung erkrankt, wenn ein oder zwei Elternteile psychisch krank sind, ist gegenüber Kindern mit gesunden Eltern deutlich erhöht.“

muss keineswegs immer dazu führen, dass den betroffenen Wunscheltern keine fremden Keimzellen zur Verfügung gestellt werden, vielmehr sind in den genannten Fällen auch andere Formen eines Ausgleichs (Prinzip der praktischen Konkordanz bei Abwägung verschiedener Grundrechtspositionen) denkbar, etwa eine erhöhte Anforderungen genügende Kindeswohlprüfung<sup>64</sup>. Unabhängig davon stellt

- 62) In Anlehnung an geltende Regelungen (§ 27a Abs. 3 S. 1 SGB V) bzw. Praktiken (etwa im Adoptionsrecht; vgl. *Bundesarbeitsgemeinschaft der Landesjugendämter*, Empfehlungen zur Adoptionsvermittlung, 6. Aufl. 2009, S. 27) wird bei Frauen eine Altersobergrenze zwischen 40 und 50 Jahren genannt. Dazu *Hübner*, Die Embryooption, Eine rechtliche Untersuchung de lege lata und de lege ferenda, 2009, S. 237 ff.; *Billari/Goisis/Liefbroer/Settersten/Aassve/Hagestad/Spéder*, Social age deadlines for the childbearing of women and men, Human Reproduction 2011, 616. Vgl. weiter *Simoni*, Sozialwissenschaftliche Grundlagen zu den Konzepten „Kindeswohl, Familie und Elternschaft“ im Fortpflanzungsmedizinengesetz, Gutachten des Marie Maierhofer Instituts für das Kind im Auftrag des Bundesamts für Gesundheit BAG, 2012, S. 80, 83 (wobei sowohl ein Höchstalter von Müttern „im Rahmen einer gegenüber den behandelten Frauen verantwortungsvollen Gynäkologie“ als auch ein Höchstalter für beide Eltern im Interesse der Kinder genannt wird). Zum Fall einer 66-jährigen Österreicherin, die mit einer im Ausland vorgenommenen Eizellspende Mutter wurde, und zur ethisch-moralischen Debatte um postmenopausale Schwangerschaften *Knoll*, So weit gehen für ein Kind: Reproduktionstourismus als grenzüberschreitender Umweg, in: *Bockenheimer=Lucius/Thorn/Wendehorst* (Hrsg.), Umwege zum eigenen Kind, Ethische und rechtliche Herausforderungen an die Reproduktionsmedizin 30 Jahre nach Louise Brown, 2008, S. 63 ff. m. w. N. in Fn. 6.
- 63) So wird der Ausschluss von Samenspendern an alleinstehende Frauen damit begründet, dass dem Kind in diesen Fällen von vornherein nur ein Elternteil zur Verfügung steht, es also um die Zeugung eines „Halbwaisen“ geht, während natürlich gezeugte Kinder alleinstehender Eltern in aller Regel einen zweiten Elternteil haben, mit dem sie Umgang pflegen, der Unterhalt bezahlen muss und der bei Ausfall des betreuenden Elternteils auch als Ersatzelternteil zur Verfügung stünde. Dazu *Rütz*, Heterologe Insemination – Die rechtliche Stellung des Samenspenders, 2008, S. 89 ff.; *Hübner*, Die Embryooption, Eine rechtliche Untersuchung de lege lata und de lege ferenda, 2009, S. 235 ff.; *Wehrstedt*, FPR 2011, 400, 401; *Ratzel*, in: *ders./Luxenburger* (Hrsg.), Handbuch Medizinrecht, 2. Aufl. 2011, § 28, Rdnr. 14; *Möller*, Rechtliche Regelung der Reproduktionsmedizin in Deutschland, in: *Diedrich/Ludwig/Griesinger* (Hrsg.), Reproduktionsmedizin, 2013, Kap. 48.3.5 (S. 594f.). Vgl. weiter *Brewaeys/Dufour/Kentenich*, Sind Bedenken hinsichtlich der Kinderwunschbehandlung lesbischer und alleinstehender Frauen berechtigt?, J Reproduktionsmed Endokrinol 2005, 35, 37f.; *Colombok/Badger*, Children raised in mother-headed families from infancy: a follow-up of children of lesbian and single heterosexual mothers, at early adulthood, Human Reproduction 2010, 150 ff. Zu beachten ist, dass in Deutschland eine Samenspende an eine alleinstehende Frau im Widerspruch zu § 6 Abs. 1 S. 1 TPG-GewV steht, wonach es „für die Verwendung von Keimzellen im Rahmen von Maßnahmen einer medizinisch unterstützten Befruchtung [...] erforderlich [ist], dass nach ärztlicher Beurteilung die Verwendung medizinisch indiziert“ ist. Allerdings liegt eine indikationslose Samenspende nicht nur dann vor, wenn die Empfängerin der Samenspende alleinstehend ist, sondern auch, wenn es sich um ein lesbisches Paar handelt.
- 64) So ist etwa auch die Adoption eines Kindes durch eine alleinstehende Person in Deutschland nicht ausgeschlossen, sondern bedarf nur einer „besonders eingehenden Kindeswohlprüfung“; *Bundesarbeitsgemeinschaft der Landesjugendämter*, Empfehlungen zur Adoptionsvermittlung, 6. Aufl. 2009, S. 29. Vgl. auch folgenden Vorschlag von *Hübner*, Die Embryooption, Eine rechtliche Untersuchung de lege lata und de lege ferenda, 2009, S. 239 ff., insb. S. 241 bei Zulassung der Embryooption: Übertragung der Kindeswohlprüfung auf eine unabhängige „multidisziplinäre Arbeitsgruppe, bestehend aus Medizinern, Psychologen und Sozialwissenschaftlern [...], die die umfassende Beratung und Betreuung der Wunscheltern absichert und gleichzeitig in mehreren Gesprächen die Voraussetzungen einer kindeswohlgerechten Elternschaft überprüft“.

sich aber auch noch die Frage, ob sich für die Berücksichtigung kindeswohlrelevanter Kriterien die Formulierung konkreter Vorgaben (wie sie in Art. 3 FMedG Schweiz vorgesehen sind)<sup>65</sup> oder eine Generalklausel besser eignen<sup>66</sup>. In jedem Fall aber müssten kindeswohlrelevante Kriterien im Gesetz verankert sein (eine Richtlinie der BÄK reicht hierfür nicht aus)<sup>67</sup>.

## 2. Elternkonsens

Das Prinzip des Elternkonsenses (bezogen auf die Abgabe der Elternverantwortung durch die genetischen Eltern und die Übernahme der Elternverantwortung durch die Wunscheltern) gehört neben dem Kindeswohlprinzip zu den wichtigsten Prinzipien des Adoptionsrechts; auch dieses Prinzip ist in beiden Europäischen Adoptionsübereinkommen verankert (jeweils Art. 5).

Das Prinzip des Elternkonsenses gilt grundsätzlich auch im Bereich der Kinderwunschmedizin. In Österreich und in der Schweiz ist die Zustimmung der genetischen Eltern und des Wunschvaters in den Fortpflanzungsmedizinengesetzen geregelt (§§ 8 Abs. 1, 13 Abs. 1 FMedG Österreich; Artt. 7, 18 FMedG Schweiz)<sup>68</sup>. In Deutschland

ergibt sich dies aus dem ESchG bezogen auf die genetischen Eltern (§ 4 Abs. 1 Nr. 1 ESchG) und bezogen auf den Wunschvater aus der Musterrichtlinie der BÄK von 2006 (Ziff. 5.3.3.2.)<sup>69</sup>. Nicht vorgesehen ist hingegen die Zustimmung der Wunschmutter bei einer Samenspende an eine in eingetragener Lebenspartnerschaft lebende Frau. Klarstellend sollte daher in Deutschland gesetzlich geregelt werden, dass der Elternkonsens auf beiden Seiten (Keimzellspender und Wunscheltern einschließlich der Co-Mutter) zum Zeitpunkt des Keimzelltransfers vorliegen muss und zu diesem Zeitpunkt von Seiten des Arztes nochmals zu prüfen ist<sup>70</sup>.

Denn ein fehlender Konsens löst nicht nur haftungsrechtliche Folgen für den Arzt aus<sup>71</sup>, sondern hat nach neuester Rechtsprechung des BGH auch familienrechtliche Folgen für das Eltern-Kind-Verhältnis. Gemeint ist die Entscheidung des BGH zur sog. Bechersamenspende<sup>72</sup>. Dass es in diesem Fall gerade nicht um eine medizinisch assistierte Fortpflanzung (sondern um eine privat durchgeführte Insemination) ging<sup>73</sup>, ist für die vorliegende Frage unerheblich, weil für den BGH allein entscheidend war, dass kein Elternkonsens zum Zeitpunkt der Befruchtung vorlag, der „Samenspende“ als genetischer Vater die Elternverantwortung auch wahrnehmen wollte und er daher in seinem von Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG umfass-

65) Kritisch dazu *NEK*, Die medizinisch unterstützte Fortpflanzung, Ethische Überlegungen und Vorschläge für die Zukunft, Stellungnahme Nr. 22/2013 (November 2013), S. 38 ff.; *Büchler/Clausen*, FamPra.ch 2014, 231, 238 ff., 264 ff.

66) So war in § 2 des Musterentwurfs eines Fortpflanzungsmedizingesetzes der vom Bundesjustizministerium eingesetzten Bund-Länder-Arbeitsgruppe „Fortpflanzungsmedizin“ festgelegt, dass eine künstliche Befruchtung nicht vorgenommen werden darf, „wenn Gründe des Kindeswohls entgegenstehen“; Abschlussbericht der Bund-Länder-Arbeitsgruppe „Fortpflanzungsmedizin“ v. 6.1.1989, Bundesanzeiger 41 (1989), Nr. 4a, Anlage 2, § 2 Abs. 1. In der Begründung heißt es zum Kindeswohl des Spenderkinds (ebd., Empfehlungen, III, 3. Kindeswohl): „Anders als bei der homologen Insemination ist die Verpflichtung zur Beachtung des Kindeswohls hier rechtlich festzulegen. [...] Es ist nicht möglich, einen abschließenden Kriterienkatalog aufzustellen, der die Beachtung des Kindeswohls in praktikabler Weise sicherstellt. Daher ist die Pflicht zur Beachtung des Kindeswohls als Generalklausel festzulegen.“

67) Dazu auch *Helms*, Familienrechtliche Grundlagen, in: *Duttge/Engel/Lipp/Zoll* (Hrsg.), Heterologe Insemination, Aktuelle Lage und Reformbedarf aus interdisziplinärer Perspektive, 2010, S. 37, 46 f.

68) Im Zusammenhang mit dem Prinzip des Elternkonsenses stellt sich auch weiter die Frage, ob der Zugang zur assistierten Reproduktion von der Zustimmung zu einem späteren Transfer von überzähligen Embryonen abhängig gemacht werden dürfte bzw. ob die Zustimmung der genetischen Eltern zum Zwecke des Erhalts des Lebens des Embryos ersetzt werden könnte. Beides erscheint im Hinblick auf das verfassungsrechtlich geschützte Elternrecht und das Persönlichkeitsrecht der Spender problematisch. Dazu *Schumann*, Familienrechtliche Fragen der Fortpflanzungsmedizin im Lichte des Grundgesetzes, in: *Rosenau* (Hrsg.), Ein zeitgemäßes Fortpflanzungsmedizinengesetz für Deutschland, 2012, S. 155, 178 f. A. A. *Lehmann*, Die In-vitro-Fertilisation und ihre Folgen, Eine verfassungsrechtliche Analyse, 2007, S. 156 ff.; *dies.*, ZfL 2008, 106, 114 ff. Allerdings dürfte sich aufgrund der Sensibilität der Eltern für die Problematik des unerfüllten Kinderwunsches nach einer entsprechenden Beratung eine relativ hohe Freigabequote erzielen lassen. So waren nach einer schon etwas älteren Studie aus Österreich zwei Drittel der befragten IVF-Patientinnen mit einer Spende ihrer überzähligen Eizellen bzw. einer Embryooption einverstanden; *Weghofer/Margreiter/Gerhold/Edjalipour/Renezeder/Sowelem/Feichtinger*, Was sagen die Betroffenen zum Schicksal überzähliger Embryonen?, Einstellungen von IVF-Patientinnen zu Eizellspende und Embryooption, Geburtsh Frauenheilk 2002, 574 ff. Vgl. weiter *Armbrust/Kentenich/Sibold/Montag/Berth/Albani/Dinkel/Borkenhagen*, Einstellungen von Kinderwunschaaren zum Umgang mit kryokonservierten Embryonen und Eizellen im Vorkernstadium – Übersichtsarbeit, Geburtsh Frauenheilk 2009, 907, 912.

69) Zur Bedeutung des „Willenselements“ für die künstliche Befruchtung *Wanitzek*, Rechtliche Elternschaft bei medizinisch unterstützter Fortpflanzung, 2002, S. 197 ff.

70) Auch aus BGHZ 146, 391, 397 f. (= NJW 2001, 1789, 1790 = MedR 2001, 307) lässt sich ableiten, dass jeder beteiligte Elternteil bis zur Herbeiführung der Schwangerschaft seine Zustimmung frei widerrufen kann. Kritisch zur derzeitigen Rechtslage *Wehrstedt*, Verwendung von Fremdsamen – Aufklärungspflichten und Gestaltungsaufgaben des Notars, in: *Frister/Olzen* (Hrsg.), Reproduktionsmedizin, Rechtliche Fragestellungen, 2010, S. 75, 79. In Österreich und der Schweiz ist auch die Möglichkeit eines Widerrufs der Zustimmung durch den Spender für eine künftige weitere Verwendung seiner Samenzellen geregelt (§ 13 Abs. 1 S. 2 FMedG Österreich; Art. 15 Abs. 3 FMedG Schweiz); damit wird dem Umstand Rechnung getragen, dass das Einverständnis zum Zeitpunkt der Vornahme der Befruchtung vorliegen muss. Dazu *Steininger*, Reproduktionsmedizin und Abstammungsrecht, Fortpflanzung und Elternschaft als Rechtsgeschäft?, 2014, S. 70 f.

71) Dazu LG Dortmund, FamRZ 2013, 334 ff. Dort ging es um die unbefugte Befruchtung mit dem eingelagerten Spermia des ehemaligen Lebensgefährten, die zur Geburt von Zwillingen führte; der vom LG zugebilligte Schadensersatzanspruch umfasst den gesetzlich geschuldeten Mindestunterhalt für beide Kinder bis zur Vollendung des 18. Lebensjahrs.

72) BGHZ 197, 242 = NJW 2013, 2589 = FamRZ 2013, 1209 mit zahlreichen Anmerkungen, u. a. m. Anm. *Heiderhoff* (FamRZ 2013, 1212), *Hilbig=Lugani* (LMK 2013, 349336), *Löhnig/Preisner* (FamFR 2013, 340), *Remus/Liebscher* (NJW 2013, 2558). In Österreich ist die „private“ Samenspende mit einer Geldstrafe bis zu 7.260 Euro zu ahnden (§ 22 Abs. 1 Ziff. 2, Abs. 2 Ziff. 2 FMedG); dazu *Steininger*, Reproduktionsmedizin und Abstammungsrecht, Fortpflanzung und Elternschaft als Rechtsgeschäft?, 2014, S. 50.

73) Der Entscheidung lag folgender Sachverhalt zugrunde: Ein Kind war mit Hilfe einer Samenspende, die der Vater der Mutter zum Zwecke einer selbst durchgeführten Befruchtung in einem Gefäß zur Verfügung gestellt hatte, gezeugt worden. Beide Eltern lebten in einer gleichgeschlechtlichen Partnerschaft und der genetische Vater verband mit der Samenspende die Vorstellung, die Elternverantwortung für das Kind zu übernehmen, während die Mutter beabsichtigte, das Kind von ihrer Lebenspartnerin adoptieren zu lassen. Die vom Vater nach der Geburt des Kindes erklärte Anerkennung der Vaterschaft wurde mangels Zustimmung der Mutter nicht wirksam; stattdessen stimmte die Mutter der Anerkennung der Vaterschaft durch einen anderen Mann zu. Der genetische Vater erhob daraufhin Klage auf Anfechtung der Vaterschaft des Scheinvaters und Feststellung seiner eigenen Vaterschaft.



ten Interesse, die Rechtsstellung als Vater einzunehmen, geschützt sei<sup>74</sup>.

Mit dieser Entscheidung hat der BGH unter Rückgriff auf das verfassungsrechtlich geschützte Elternrecht bestätigt, dass die Wunschelternschaft nur dann rechtlich wirksam etabliert werden kann, wenn die genetischen Eltern auf ihre Elternstellung zum Zeitpunkt der Befruchtung wirksam verzichtet und sich mit der Übernahme der rechtlich-sozialen Elternschaft durch die Wunscheltern einverstanden erklärt haben<sup>75</sup>. Für eine wirksame Übertragung der Elternverantwortung ist somit unabhängig von der Art und Weise der Befruchtung das Vorliegen eines Elternkonsenses zwingende Voraussetzung<sup>76</sup>. Dabei wird vorausgesetzt, dass der Wille frei gebildet ist<sup>77</sup>.

### 3. Rechtlich verbindliche Eltern-Kind-Zuordnung

Ein tragender Gedanke des modernen Adoptionsrechts liegt in der Überzeugung, dass das Kindeswohl nur durch einen rechtlich verbindlichen Zuordnungsakt gewahrt

werden kann. Eine allein privatautonome Übertragung der rechtlichen Elternschaft<sup>78</sup> von Seiten der genetischen Eltern auf Adoptiveltern wäre weder mit den Europäischen Adoptionsübereinkommen (Art. 3 des Übereinkommens von 2008 bzw. Art. 4 des Übereinkommens von 1967) noch mit der UN-Kinderrechtskonvention (Art. 21) vereinbar<sup>79</sup>.

Beim Keimzelltransfer trägt der deutsche Gesetzgeber dem Schutz des Kindes bislang in erster Linie dadurch Rechnung, dass er bestimmte Reproduktionsmaßnahmen von vornherein untersagt. So besteht das Hauptanliegen des ESchG darin, „möglichen Mißbräuchen neuer Fortpflanzungstechniken“ dort zu begegnen, „wo sie zum Schutz besonders hochrangiger Rechtsgüter unverzichtbar erscheinen“. Damit soll „den Wertentscheidungen der Verfassung zugunsten der Menschenwürde und des Lebens Rechnung“ getragen und „der Wahrung des Kindeswohles [...] besondere Beachtung geschenkt“ werden<sup>80</sup>.

Wie bereits dargelegt ist der Gesetzgeber aber auch verpflichtet, im Rahmen zugelassener Methoden der Fort-

74) BGH, NJW 2013, 2589, 2590 ff. Die Entscheidung hat auch im Hinblick auf das Tatbestandsmerkmal der „Beiwohnung“ zu einer Rechtsfortbildung geführt: Nach § 1600 Abs. 1 Nr. 2 BGB setzt nämlich die Berechtigung zur Anfechtung der Vaterschaft voraus, dass der genetische Vater an Eides statt versichert, der Mutter des Kindes während der Empfängniszeit beigeohnt zu haben. Nach Ansicht des BGH erfüllt auch eine Befruchtung ohne Geschlechtsverkehr nach Sinn und Zweck das Tatbestandsmerkmal der „Beiwohnung“, wenn der Vater seine Elternschaft glaubhaft mache und keine konsentiertere heterologe Befruchtung vorliege. Die konsentiertere heterologe Befruchtung zeichne sich nämlich dadurch aus, dass alle an der Zeugung des Kindes beteiligten Personen (die Mutter, der Wunschvater und der Samenspender) übereinstimmend davon ausgingen, dass die rechtliche Vaterschaft des Wunschvaters begründet werden solle und der Samenspender auf seine rechtliche Vaterschaft und sein Anfechtungsrecht verzichte. Fehlt eine solche Abrede zum Zeitpunkt der Zeugung des Kindes, so bleibe der genetische Vater in seinem von Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG umfassten Interesse, die Rechtsstellung als Vater einzunehmen, geschützt. Aus diesem Grunde greife hier auch nicht die Regelung des § 1600 Abs. 5 BGB, wonach nur bei einer konsentierten Samenspende die beteiligten Eltern und der Samenspender von einer Anfechtung ausgeschlossen sind.

75) BGH, NJW 2013, 2589, 2591 zur Samenspende im Rahmen einer medizinischen Kinderwunschbehandlung: „Nur diese Konstellation ist dadurch gekennzeichnet, dass mit der Mutter, dem Wunschvater und dem samenspendenden Dritten alle an der Zeugung des Kindes Beteiligten übereinstimmend von einer (noch zu begründenden) rechtlichen Vaterschaft des Wunschvaters ausgehen. Bei dieser Form des Zusammenwirkens beschränkt sich der Samenspender auf die Hergabe des Spermias, während er die Übernahme elterlicher Verantwortung dem Wunschvater überlassen [...] will.“ So auch OLG Karlsruhe, FamRZ 2014, 313 ff. für den Wunschvater: Dieser sei nur dann von der Anfechtung des von ihm abgegebenen Vaterschaftsanerkennnisses nach § 1600 Abs. 5 BGB ausgeschlossen, wenn zum Zeitpunkt der Samenspende seine Bereitschaft zur Übernahme der Elternverantwortung vorlag.

76) Nach den Angaben des „Netzwerks Embryonenspende“ soll zwar die Embryooption vom Einverständnis der genetischen Eltern abhängig sein ([www.netzwerk-embryonenspende.de/ziele/ziele.html](http://www.netzwerk-embryonenspende.de/ziele/ziele.html)), allerdings wäre eine Abgabe des Embryos mit Einverständnis nur eines genetischen Elternteils oder auch ohne Einverständnis der genetischen Eltern (etwa nach deren Tod) derzeit nicht gesetzlich verboten (§ 4 Abs. 1 Nr. 3 ESchG bezieht sich nur auf die Befruchtung einer Eizelle nach dem Tod des Samenspenders). Dazu Taupitz, in: Günther/Taupitz/Kaiser, Embryonenschutzgesetz, Juristische Kommentar mit medizinisch-naturwissenschaftlichen Einführungen, 1. Aufl. 2008, § 4 ESchG, Rdnr. 33. Frommel/Taupitz/Ochsner/Geisthövel, J Reproduktionsmed Endokrinol 2010, 96, 101 verlangen für die Embryooption nur eine zu Lebzeiten der genetischen Eltern geäußerte Einwilligung.

77) Freiwilligkeit der Spende bedeutet auch, dass entsprechend Art. 12 der Richtlinie 2004/23/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 31.3.2004 (Abl. EU L 102/48) keine Kommerzialisierung der Spende stattfindet (Art. 12 Abs. 1 hat folgenden Wortlaut: „Die Mitgliedstaaten streben danach, freiwillige und unentgeltliche Spenden von Geweben und Zellen sicherzustellen. Spender können eine Entschädigung erhalten, die streng auf den Ausgleich der Verbindung mit der Spende entstandenen Ausgaben und Unannehmlichkeiten beschränkt ist.“). Dies schließt zwar eine Aufwandsentschädigung nicht aus, setzt aber voraus, dass diese nicht so bemessen ist, dass sie – wie etwa die Aufwandsentschädigungen von 600–1.000 Euro in Spanien für Eizellspenden – den Hauptanreiz für die Spende darstellt. Dazu Graumann, Eizellspende und Eizellhandel – Risiken und Belastungen für die betroffenen Frauen, in: Bockenheimer=Lucius/Thorn/Wendehorst (Hrsg.), Umwege zum eigenen Kind, Ethische und rechtliche Herausforderungen an die Reproduktionsmedizin 30 Jahre nach Louise Brown, 2008, S. 175, 180 ff. Denn für das Kind bedeutet eine kommerzielle Spende, dass es sich später damit auseinandersetzen muss, dass die genetischen Eltern nur aus finanziellen Gründen ihre Keimzellen den Wunscheltern zur Verfügung gestellt haben und diese die Keimzellen wie eine Ware gekauft haben. Hinzu kommt, dass bei der kommerziellen Eizellspende Klassenunterschiede ausgenutzt werden, weil es sich nur reiche Frauen – und zwar auf Kosten von armen Frauen – leisten können, ihren Kinderwunsch zu erfüllen (so kosten zehn frische Eizellen in einer Klinik in St. Petersburg bei einer von der Wunschmutter ausgesuchten Spenderin 11.500 Euro; <http://www.avapeter.com/de/prices>).

78) Eine solche liegt aber bei der in Deutschland nicht verbotenen und inzwischen praktizierten Embryooption vor. In dem von den Wunscheltern zu unterzeichnenden Aufklärungsbogen des „Netzwerks Embryonenspende“ heißt es ([http://www.netzwerk-embryonenspende.de/verfahren/c4\\_aufklaerungsbogen\\_wunscheltern.pdf](http://www.netzwerk-embryonenspende.de/verfahren/c4_aufklaerungsbogen_wunscheltern.pdf)): „Gleichzeitig bestätigen wir mit der Unterschrift des Wunschvaters (im Falle unverheirateter Paare), dass mit der Geburt des Kindes ein Adoptionsverfahren eingeleitet wird.“ Diese Erklärung ist aber rechtlich unverbindlich.

79) Sie wäre wohl auch nicht mit Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG vereinbar. Die Elternverantwortung steht nach Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG als natürliches Recht primär den genetischen Eltern zu; können oder wollen diese die Elternverantwortung nicht übernehmen, so wird das staatliche Wächteramt nach Art. 6 Abs. 2 S. 2 GG aktiviert. Auch wenn es bei der Keimzellspende und der Embryooption nicht um die Vermittlung bereits geborener Kinder geht, überrascht es doch, dass die Wertungen des Art. 6 Abs. 2 GG und die Frage einer vorverlagerten Schutzwirkung des Wächteramtes in der bisherigen Diskussion kaum eine Rolle spielen und so getan wird, als ob der Staat den Transfer von Keimzellen zwecks Zeugung bzw. Austragung eines Kindes ungeachtet seines (künftigen) Wächteramtes und der damit verbundenen Pflicht zur Wahrung der Interessen des auf diese Weise geborenen Kindes zulassen dürfte. Dazu Schumann, Familienrechtliche Fragen der Fortpflanzungsmedizin im Lichte des Grundgesetzes, in: Rosenau (Hrsg.), Ein zeitgemäßes Fortpflanzungsmedizinengesetz für Deutschland, 2012, S. 155, 177 ff.

80) BT-Dr. 11/5460, S. 6f.

pflanzungsmedizin das Wohl des Kindes zu berücksichtigen und absehbare Risiken auszuschließen oder jedenfalls zu minimieren. Zu dieser Pflicht gehört auch die Schaffung von (abstammungsrechtlichen) Regelungen, die das Kind bei der Geburt dem Wunschelternteil verbindlich zuordnen<sup>81</sup>. Dieser Aufgabe ist der deutsche Gesetzgeber bis heute nicht nachgekommen, vielmehr hat er sich bewusst dafür entschieden, die abstammungsrechtlichen Folgen einer Samenspende nicht zu regeln<sup>82</sup> und es bei den auf die natürliche Fortpflanzung ausgerichteten Normen zu belassen, obwohl diese nur dann eine sichere Zuordnung des Kindes zum Wunschvater vorsehen, wenn dieser mit der Mutter verheiratet ist (§ 1592 Nr. 1 BGB). Handelt es sich hingegen beim Wunschelternteil um den nichtehelichen Lebensgefährten oder die eingetragene Lebenspartnerin der Mutter, dann überlässt es das deutsche Recht den beteiligten Eltern, ob das Kind dem Wunschelternteil rechtlich verbindlich zugeordnet wird. Bei nichtehelichen Lebensgemeinschaften ist die rechtliche Zuordnung des Kindes zum Wunschvater davon abhängig, dass dieser das Kind anerkennt (§ 1592 Nr. 2 BGB) und dass die Mutter der Anerkennung zustimmt (§ 1595 Abs. 1 BGB); zur Abgabe dieser Erklärungen sind beide Eltern nicht verpflichtet. Die Behebung dieses Defizits wird seit Jahren angemahnt, zuletzt hat der 18. Deutsche Familiengerichtstag im Jahr 2009 gefordert, die Regelungen zur Vaterschaftsvermutung dahingehend zu ergänzen, dass ein nichtehelicher Lebensgefährte, der „in die heterologe künstliche Befruchtung mittels Samenspende eingewilligt hat, aufgrund seiner Einwilligung als Vater des Kindes gilt“<sup>83</sup>.

In Österreich wird die Wunschvaterschaft des nichtehelichen Lebensgefährten dadurch rechtlich verbindlich, dass der Lebensgefährte der Mutter, wenn er der Samenspende in Form eines Notariatsakts zugestimmt hat, nach der Geburt des Kindes als Vater festgestellt werden kann (sog. statuslegitimierende Zustimmung des Wunschvaters, § 148 Abs. 3 ABGB)<sup>84</sup>. Ob bei Zulassung der Samenspende an gleichgeschlechtliche Paare für die rechtliche Etablierung der Co-Mutterschaft eine entsprechende Regelung vorgesehen werden soll<sup>85</sup>, oder ob die rechtlich-soziale Mutterschaft mittels der neu ins ABGB eingefügten Regelung zur Stiefkindadoption in gleichgeschlechtlichen Partnerschaften (§ 197 Abs. 4 ABGB) realisiert werden kann, ist derzeit noch offen.

Eine Rechtslage, bei der die vor dem Keimzelltransfer zugesagte Übernahme rechtlich-sozialer Elternschaft durch den Wunschelternteil nach der Geburt des Kindes nicht mehr eingelöst werden muss bzw. einseitig vom Wunschelternteil oder dem anderen Elternteil verhindert werden kann, lässt sich aber mit dem Kindeswohlprinzip nicht vereinbaren. Notwendig sind daher Regelungen, die die vor Zeugung des Kindes erklärte Bereitschaft des Wunschelternteils zur Übernahme der rechtlichen Elternstellung nach der Geburt des Kindes auch verbindlich werden lassen.

Dies gilt auch für die *Elternschaft in gleichgeschlechtlichen Beziehungen*: Bei eingetragenen Lebenspartnerinnen erfolgt die rechtliche Zuordnung des Spenderkindes zur Co-Mutter in Deutschland durch Stiefkindadoption mit Einwilligung der Mutter. Auch hier sind die beiden Mütter nicht verpflichtet, entsprechende Erklärungen abzugeben. Die Situation wird dadurch verschärft, dass die Adoption in der Regel erst nach einer Wartezeit von einem halben Jahr bis zu zwei Jahren durch Beschluss des Familiengerichts ausgesprochen wird (§ 1752 Abs. 1 BGB)<sup>86</sup>. Zudem gibt es inzwischen mehrere Urteile deutscher Gerichte, die sich mit der Frage auseinandersetzen, ob der Samenspender der Stiefkindadoption durch die Co-Mutter zustimmen muss oder ob zumindest seine Identität im Adoptionsverfahren offenzulegen ist, damit er angehört werden kann<sup>87</sup>. Zuletzt hat das Kammergericht Berlin den beantragten Anspruch einer

Stiefkindadoption aufgrund des Fehlens der Zustimmung des Samenspenders abgelehnt; das Verfahren ist jetzt beim BGH anhängig<sup>88</sup>. Wie der BGH entscheiden wird, ist derzeit völlig offen. In jedem Fall verdeutlichen aber die vorliegenden Urteile, dass die rechtliche Etablierung der Co-Mutter mittels Stiefkindadoption keine reine Formalie ist, sondern durch das Familiengericht auch verhindert werden kann.

In diesen Fällen ist somit die rechtliche Etablierung der Wunschelternschaft allein von der sexuellen Orientierung der Eltern abhängig. Denn bei der rechtlichen Zuordnung des Wunschvaters aufgrund der gesetzlichen Vaterschaftsvermutung beim Ehemann bzw. aufgrund der Anerkennung durch den nichtehelichen Lebensgefährten erfolgt keine nachträgliche Kindeswohlprüfung, während sich die Wunschmutter, das heißt die gleichgeschlechtliche Partnerin der Mutter des Spenderkindes, den hohen Hürden der positiven Kindeswohlprüfung des Adoptionsrechts unterziehen muss. Sachliche Gründe für diese Differenzierung zwischen verschiedengeschlechtlichen und gleichgeschlechtlichen Paaren sind nicht ersichtlich und liegen insbesondere auch nicht im Kindeswohl begründet<sup>89</sup>.

Die skandinavischen Rechtsordnungen haben diese willkürliche Ungleichbehandlung verschieden- und gleichgeschlechtlicher Paare in den letzten Jahren beseitigt: So haben Norwegen und Schweden bereits 2009 und Dänemark 2013 eine im Abstammungsrecht geregelte Mitmutterschaft eingeführt. Diese sieht vor, dass das Spenderkind, das mit Einverständnis der Co-Mutter gezeugt wurde, mit der Ge-

81) Dazu Schumann, Familienrechtliche Fragen der Fortpflanzungsmedizin im Lichte des Grundgesetzes, in: Rosenau (Hrsg.), Ein zeitgemäßes Fortpflanzungsmedizinengesetz für Deutschland, 2012, S. 155, 180 ff. m. w. N.

82) BT-Dr. 13/4899, S. 52.

83) 18. Deutscher Familiengerichtstag – Empfehlungen des Vorstandes, FamRZ 2009, 1967, 1970 (III. Abstammungssachen, Punkt 1.).

84) Dazu Steininger, Reproduktionsmedizin und Abstammungsrecht, Fortpflanzung und Elternschaft als Rechtsgeschäft?, 2014, S. 132 ff., 231 ff.

85) Bernat, Anm. zu VfGH, Erk. v. 10.12.2013 – G 16/2013-16, G 44/2013-14 –, MedR 2014, 567.

86) Kritisch dazu Dethloff, Assistierte Reproduktion und rechtliche Elternschaft in gleichgeschlechtlichen Partnerschaften. Ein rechtsvergleichender Überblick, in: Funcke/Thorn (Hrsg.), Die gleichgeschlechtliche Familie mit Kindern, 2010, S. 161, 167 f.

87) So hat das Familiengericht Heidelberg (BeckRS 2014, 08363) einen Antrag auf Ausspruch der Stiefkindadoption durch die Co-Mutter mit der Begründung abgelehnt, dass die Mutter und ihre Partnerin mit ihrer Haltung das Kind in der Identitätsfindung allein lassen würden und das Bedürfnis des Kindes nach Kenntnis seiner Herkunft gering schätzten. Die Entscheidung ist vom OLG Karlsruhe (NJW 2014, 2050) aufgehoben worden. In diesem Sinne auch OLG Dresden, Beschl. v. 18.10.2010 – 21 UF 0443/10 –. Dazu Keuter, Der (bekannte) Samenspender im Adoptionsverfahren, FuR 2014, 261, 262 f. Zur Problematik auch Dethloff, Assistierte Reproduktion und rechtliche Elternschaft in gleichgeschlechtlichen Partnerschaften. Ein rechtsvergleichender Überblick, in: Funcke/Thorn (Hrsg.), Die gleichgeschlechtliche Familie mit Kindern, 2010, S. 161, 164 ff.

88) KG, Beschl. v. 30.7.2013 – 19 UF 17/13 –; die Rechtsbeschwerde ist beim BGH unter dem Aktenzeichen XII ZB 473/13 anhängig.

89) Auch wenn das BVerfG und der EGMR keinen Verstoß gegen das Grundgesetz bzw. die EMRK darin gesehen haben, dass die Co-Mutter bislang nicht als Mitmutter in die Geburtsurkunde aufgenommen werden kann (BVerfG, NJW 2011, 988; EGMR, FamRZ 2014, 97), steht es dem Gesetzgeber frei, hier eine entsprechende Änderung herbeizuführen. So auch Wehrstedt, FPR 2011, 400, 403. Für eine Gleichstellung spricht auch der neue Koalitionsvertrag (Deutschlands Zukunft gestalten, Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD, 18. Legislaturperiode). Dort wird auf S. 105 angekündigt, dass „bestehende Diskriminierungen von gleichgeschlechtlichen Lebenspartnerschaften“ beendet und „rechtliche Regelungen, die gleichgeschlechtliche Lebenspartnerschaften schlechter stellen“ beseitigt werden sollen.

burt auch der Co-Mutter rechtlich zugeordnet wird<sup>90</sup>. Eine ähnliche Lösung sieht auch das britische Recht vor<sup>91</sup>.

Derzeit stellt sich aber im deutschen Recht noch ein ganz anderes Problem. Die einschlägige Norm zur gerichtlichen Vaterschaftsfeststellung (§ 1600d BGB) schließt nämlich die *Feststellung des Samenspenders als Vater* trotz der rechtlichen Elternschaft von zwei Müttern nicht aus<sup>92</sup>. Damit wäre die Vaterschaftsfeststellung auch nach einer Stiefkindadoption durch die Co-Mutter möglich, was zur Konsequenz hätte, dass das Kind (nur in diesem Sonderfall) drei Eltern im Rechtssinne mit entsprechenden unterhalts- und erbrechtlichen Folgen hätte<sup>93</sup>. Hier bedarf es dringend einer gesetzlichen Klarstellung, dass der Samenspender im Falle der rechtlichen Elternschaft von zwei Frauen nicht noch zusätzlich als rechtlicher Vater festgestellt werden kann.

Kein Regelungsbedarf besteht hingegen im Hinblick auf die *rechtliche Etablierung der Mutterschaft* bei einer im Ausland vorgenommenen Eizellspende bzw. bei einer Embryooption, denn nach allen drei Rechtsordnungen ist die gebärende Frau rechtsverbindlich als Mutter anerkannt (§ 1591 BGB, § 143 ABGB, Art. 252 ZGB)<sup>94</sup>.

#### 4. Bestandskraft der Zuordnung

Durch den Rechtsakt der Adoption wird ein vollwertiges Eltern-Kind-Verhältnis geschaffen, das sich dadurch auszeichnet, dass die rechtlich-sozialen Eltern auf Dauer an die Stelle der genetischen Eltern treten und in die verfassungsrechtliche Elternstellung des Art. 6 Abs. 2 GG einrücken<sup>95</sup>. Stützen lässt sich das Anliegen, dass das durch Adoption entstandene Eltern-Kind-Verhältnis grundsätzlich nicht aufhebbar ist, auch auf die Europäischen Adoptionsüber-

einkommen (Art. 14 des Übereinkommens von 2008 bzw. Art. 13 des Übereinkommens von 1967)<sup>96</sup>. Auf diese Weise wird dem Kind und den Eltern die Sicherheit gegeben, dass das rechtlich geschaffene Familienband ebenso wie ein natürliches Eltern-Kind-Verhältnis nicht einseitig aufgekündigt werden kann. Alle Beteiligten, das heißt auch die Adoptiveltern, „sollen das Bewußtsein haben, daß das neue Familienverhältnis auf Dauer begründet wird“<sup>97</sup>.

Der deutsche Gesetzgeber hat im Jahr 2002 den Ausschluss des Rechts der Mutter und des rechtlich-sozialen Vaters zur Anfechtung der Vaterschaft im Falle einer Samenspende unter Bezugnahme auf die Adoptionsregeln mit dem Wohl des Kindes begründet<sup>98</sup>. Nicht ausgeschlossen wurde jedoch das *Anfechtungsrecht des Kindes* selbst (§ 1600 Abs. 5 BGB), mit der Folge, dass in Deutschland erstens eine Aufhebung der rechtlichen Zuordnung zum Wunschvater und zweitens eine Feststellung des Samenspenders als Vater möglich ist<sup>99</sup>. In Österreich und der Schweiz sind hingegen sowohl die Anfechtung der Vaterschaft als auch die Feststellung des Samenspenders gesetzlich ausgeschlossen (§§ 152, 148 Abs. 4 ABGB<sup>100</sup>; Art. 23 FMedG Schweiz, Art. 256 Abs. 3 ZGB); daher soll nur kurz auf drei verfassungsrechtliche Aspekte zum deutschen Recht hingewiesen werden:

Erstens ist die bewusste Übernahme von Elternverantwortung und lebenslanger Solidarität ein hohes, vom verfassungsrechtlichen Schutz des Art. 6 GG umfasstes Gut, das keineswegs mit dem Recht des Kindes auf Kenntnis der eigenen Abstammung in ein Abwägungsverhältnis gebracht werden muss. Denn nach der Rechtsprechung des BVerfG kann das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung unabhängig von einer Statusänderung gewährleistet werden<sup>101</sup>.

90) Dazu *Fötschl*, Die neue Mitmutterschaft nach dänischem Recht, FamRZ 2013, 1445 ff. Dies gilt nicht, wenn keine konsentrierte Befruchtung vorliegt, also etwa in Fällen einer Bechersamenspende, in denen der Spender die Vaterrolle wahrnehmen möchte. Zu kollisionsrechtlichen Fragen ebd., S. 1447.

91) Dazu insgesamt *Dethloff*, Assistierte Reproduktion und rechtliche Elternschaft in gleichgeschlechtlichen Partnerschaften. Ein rechtsvergleichender Überblick, in: *Funcke/Thorn* (Hrsg.), Die gleichgeschlechtliche Familie mit Kindern, 2010, S. 161, 178 ff. Zum britischen Recht *Scherpe*, Elternschaft im Vereinigten Königreich nach dem Human Fertilisation and Embryology Act 2008, FamRZ 2010, 1513, 1515.

92) Ursprünglich ging es um Fälle, in denen ein Kind ohne festgestellten Vater zur Adoption freigegeben worden war und erst nachträglich die Vaterschaft festgestellt werden konnte (OLG Celle, DAVorm 1980, 940). Dazu *Staudinger/Rauscher*, 2011, § 1600d BGB, Rdnr. 14; *Wellenhofer*, in: MüKo/BGB, Bd. 8, 6. Aufl. 2012, § 1594 BGB, Rdnr. 34; *Hahn*, in: BeckOKBGB, Ed. 31, 1.5.2014, § 1600d BGB, Rdnr. 4.

93) So auch *Meier*, Heterologe Insemination – Konsequenzen für den Samenspender, Möglichkeiten und Grenzen vertraglicher Gestaltung, NZFam 2014, 337, 338 f.; wohl auch *Wellenhofer*, FamRZ 2013, 825, 827. Diese Folge steht im Widerspruch zu BVerfGE 108, 82, 101 („Zwei-Eltern-Dogma“).

94) Angesichts dieser Rechtslage in Bezug auf die Mutterschaft spricht auch der Grundsatz der Gleichbehandlung bei einem mit Fremdsperma gezeugten Kind für eine rechtlich verbindliche Zuordnung des Kindes zum Wunschelternteil, das heißt zum Partner oder zur Partnerin der Mutter mit Geburt des Kindes. So auch *Dethloff*, Assistierte Reproduktion und rechtliche Elternschaft in gleichgeschlechtlichen Partnerschaften. Ein rechtsvergleichender Überblick, in: *Funcke/Thorn* (Hrsg.), Die gleichgeschlechtliche Familie mit Kindern, 2010, S. 161, 188.

95) BVerfGE 24, 119, 142, 150. Da das Annahmeverhältnis grundsätzlich Bestandsschutz genießt (BT-Dr. 7/3061, S. 1, 25), ist eine spätere Aufhebung der Adoption nur unter so engen Voraussetzungen möglich, dass in Deutschland weniger als 1 % aller Adoptionen hiervon betroffen sind. Dazu *Maurer*, in: MüKo/BGB, Bd. 8, 6. Aufl. 2012, Vorbem. zu §§ 1741 ff. BGB, Rdnr. 9. Eine Aufhebung der Adoption kommt nach § 1760 BGB insbesondere dann in Betracht, wenn Mängel bei der Begründung des Annahmeverhältnisses

vorlagen, etwa die Einwilligung eines Elternteils in die Adoption auf einer arglistigen Täuschung oder einer Drohung beruhete. Eine Aufhebung zum Wohle des Kindes kommt nur bei Vorliegen schwerwiegender Gründe in Betracht (§ 1763 BGB); vgl. zuletzt BGH, FamRZ 2014, 930 ff. Zu Willensmängeln bei der Samenspende und ihren Folgen im österreichischen Recht *Steininger*, Reproduktionsmedizin und Abstammungsrecht, Fortpflanzung und Elternschaft als Rechtsgeschäft?, 2014, S. 270 ff.

96) Dazu BT-Dr. 7/3061, S. 25.

97) BT-Dr. 7/3061, S. 25. Weiter heißt es dort auf S. 27: „Die Entscheidung der Eltern für ein grundsätzlich unauf lösliches Eltern-Kindverhältnis soll vom Ernst und Verantwortungsgefühl bei der Annahme eines Kindes bestimmt sein. Jeder Überlegung, das angenommene Kind sei nicht das eigene Kind, soll der Boden entzogen werden.“

98) BT-Dr. 14/2096, S. 7: „Die Regelung ist erforderlich, um den auf diese Weise erzeugten Kindern eine Rechtsstellung im Verhältnis zu dem als ihren Vater geltenden Mann zu verschaffen und zu erhalten, wie sie angemessene minderjährige Kindern haben. Nur so können die dem Wohl der [...] Kinder widersprechenden Konsequenzen vermieden werden [...]“. Dazu auch *Eckersberger*, Auswirkungen des Kinderrechteverbesserungsgesetzes auf Vereinbarungen über eine heterologe Insemination, MittBayNot 2002, 261 ff.

99) Kritisch dazu *Dethloff/Gerhardt*, „Ein Reproduktionsgesetz ist überfällig“, Zuordnung des Kindes zu den Wunscheltern, nicht zum Samenspender, ZRP 2013, 91, 92 f. Vgl. weiter *Wilms*, Die künstliche Befruchtung in der notariellen Beurkundung, RNotZ 2012, 141, 148 f.

100) Im Umkehrschluss aus § 148 Abs. 4 S. 2 ABGB ergibt sich, dass dies nicht für eine „private“ Samenspende gilt, so dass ein Kind, das nicht in einer für medizinisch unterstützte Fortpflanzungen zugelassenen Krankenanstalt gezeugt wurde, den Spender als Vater feststellen lassen kann. Dazu *Ferrari*, Streit um die Abstammung – die Rechtslage in Österreich, in: *Spickhoff/Schwab/Henrich/Gottwald* (Hrsg.), Streit um die Abstammung – ein europäischer Vergleich, 2007, S. 183, 191.

101) BVerfGE 90, 263, 274; 79, 256, 273 f.; 117, 202, 234 ff.; BVerfG, NJW 2009, 425, 426. Dazu auch *Schumann*, Familienrechtliche Fragen der Fortpflanzungsmedizin im Lichte des Grundgesetzes, in: *Rosenau* (Hrsg.), Ein zeitgemäßes Fortpflanzungsmedizinengesetz für Deutschland, 2012, S. 155, 187 ff.

Zweitens könnte die derzeitige Rechtslage eine willkürliche Ungleichbehandlung i. S. von Art. 3 GG darstellen, denn das deutsche Recht sieht nur eine Anfechtung der Vaterschaft vor, nicht aber eine Anfechtung der Mutterschaft, so dass nur der Samenspender als Vater festgestellt werden kann, nicht aber die Eizellspenderin als Mutter<sup>102</sup>. Drittens steht nur einem Spenderkind mit verschiedengeschlechtlichen Eltern die Möglichkeit der Anfechtung der rechtlich-sozialen Vaterschaft zur Verfügung, während ein Spenderkind mit zwei (lesbischen) Müttern nach einer Stiefkindadoption die rechtliche Bindung zur Co-Mutter nicht lösen kann<sup>103</sup>.

Schon länger wird daher in Deutschland (von Seiten der Rechtswissenschaft, aber auch von Spenderkindern) gefordert, das Anfechtungsrecht des Kindes im Falle der Samenspende de lege ferenda auszuschließen<sup>104</sup>. Diese Lösung bedeutete auch eine Angleichung an einen bereits bestehenden europäischen Standard, denn in allen europäischen Ländern ist die Anfechtung der Vaterschaft nach Samenspende ausgeschlossen<sup>105</sup>.

### 5. Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung

Das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung ist nicht nur durch das Grundgesetz<sup>106</sup>, sondern auch durch europäisches und internationales Recht geschützt: Zu nennen sind hier Art. 8 EMRK<sup>107</sup>, Art. 7 EU-Grundrechte-Charta, Art. 7 UN-Kinderrechtskonvention sowie Art. 30 Haager Kinderschutzübereinkommen von 1993<sup>108</sup>. Bei adop-

tierten Kindern wird das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung<sup>109</sup> in Deutschland dadurch sichergestellt, dass diese ab dem 16. Lebensjahr ein Einsichtsrecht in das Personenstandsregister (§ 63 PStG) und in die Vermittlungsakte der Adoptionsvermittlungsstelle (§ 9b Abs. 2 AdVermiG) haben<sup>110</sup>. Die Akteneinsicht bei der Adoptionsvermittlungsstelle erfolgt unter Betreuung einer Fachkraft, die auf Wunsch auch die Anbahnung des Kontakts zur Herkunftsfamilie, das heißt zu den genetischen Eltern und ggf. auch zu Voll- und Halbgeschwistern, unterstützt<sup>111</sup>.

Ein Einsichtsrecht des Spenderkindes ab dem 14. bzw. 18. Lebensjahr sehen die Fortpflanzungsmedizinergesetze Österreichs und der Schweiz vor (§§ 20 Abs. 2, 15 FMedG Österreich, Art. 27 FMedG Schweiz<sup>112</sup>), während in Deutschland eine gesetzliche Regelung fehlt. Seit 2007 besteht zwar nach § 15 Abs. 2 TPG eine Pflicht zur Dokumentation und Aufbewahrung der personenbezogenen Daten des Spenders für die Dauer von 30 Jahren<sup>113</sup>, allerdings ist der Anspruch des Kindes auf Einsicht in diese Daten nicht gesetzlich geregelt<sup>114</sup>. Erst im letzten Jahr hat das OLG Hamm im Wege der Rechtsfortbildung einen Auskunftsanspruch des Kindes aus § 242 BGB entwickelt<sup>115</sup>. Die im Ergebnis zu begrüßende, dogmatisch aber wenig überzeugende Entscheidung führt jedoch keineswegs zu der erhofften Rechtssicherheit. Denn die Preisgabe der personenbezogenen Daten des Spenders setzt erstens voraus, dass die Daten beim Reproduktionsmediziner überhaupt noch vorhanden sind; zweitens muss in jedem Fall eine Einzel-

102) Kritisch dazu *Schewe*, FamRZ 2014, 90, 92f. Vgl. weiter zur Ungleichbehandlung auch *Schumann*, Familienrechtliche Fragen der Fortpflanzungsmedizin im Lichte des Grundgesetzes, in: *Rosenau* (Hrsg.), Ein zeitgemäßes Fortpflanzungsmedizinergesetz für Deutschland, 2012, S. 155, 190ff.

103) Kritisch daher auch *Wellenhofer*, FamRZ 2013, 825, 829.

104) So *Helms*, Familienrechtliche Grundlagen, in: *Duttge/Engel/Lipp/Zoll* (Hrsg.), Heterologe Insemination, Aktuelle Lage und Reformbedarf aus interdisziplinärer Perspektive, 2010, S. 37, 45; *Dethloff/Gerhardt*, ZRP 2013, 91, 93; *Wellenhofer*, FamRZ 2013, 825, 829; *Zypries/Zeeb*, Samenspende und das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung, ZRP 2014, 54, 55f.; *Wehrstedt*, Anfechtungsrechte im Falle heterologer Insemination, DNotZ 2005, 649, 652ff.; *Wanitzek*, Ergänzungen des Abstammungsrechts durch das Kinderrechtsverbesserungsgesetz, FamRZ 2003, 730, 734. Vgl. weiter Verein „Spenderkinder“ (<http://www.spenderkinder.de/politischeforderungen/>) sowie DI-Netz e.V. (Stellungnahme v. 22.11.2013 „Spendersamenbehandlung in Deutschland 2013 – Alles was Recht ist!“; <http://www.di-netz.de/wp-content/uploads/2013/11/stellungnahme.pdf>).

105) Dazu *Helms*, Die Stellung des potenziellen biologischen Vaters im Abstammungsrecht, FamRZ 2010, 1, 4.

106) BVerfGE 79, 256, 267f. = NJW 1989, 891.

107) Art. 8 EMRK (Privatleben) umfasst auch das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung; EGMR, Urt. v. 16.6.2011 – 19535/08 –, Pascaud/Frankreich, NJW 2012, 2015; EGMR, Urt. v. 25.9.2012 – 33783/09 –, Godelli/Italien, NJOZ 2014, 117.

108) Gesetz zu dem Haager Übereinkommen v. 29.5.1993 über den Schutz von Kindern und die Zusammenarbeit auf dem Gebiet der internationalen Adoption v. 23.10.2001, BGBl. II S. 1034.

109) Zur Verwirklichung des Rechts auf Kenntnis der eigenen Abstammung vgl. auch Art. 22 des Europäischen Adoptionsübereinkommens von 2008 sowie Art. 9 der UN-Erklärung über soziale und rechtliche Grundsätze betreffend den Schutz und die Wohlfahrt von Kindern mit besonderer Berücksichtigung von Familienpflege und Adoption v. 3.12.1986 (dt. Übersetzung bei *Baer*, UN-Deklaration über Jugendwohlfahrt, Pflegekinderwesen und Adoption, NDV 1987, 409, 410): „Das Bedürfnis eines Pflege- oder Adoptivkindes nach Information über seine Herkunft soll von den für Pflege und Erziehung eines Kindes Verantwortlichen anerkannt werden, es sei denn, dieses steht im Widerspruch zum Wohl des Kindes.“

110) Dazu *Staliniski*, Spurensuche, FamRZ 2005, 856, 857ff.

111) Es besteht allerdings kein Rechtsanspruch auf Herstellung von Kontakten, vielmehr haben die Adoptivkinder „nur einen Anspruch auf unterstützende und beratende Begleitung durch die Vermittlungsstelle“; *Reinhardt*, Adoptionsvermittlungsgesetz, 1. Aufl. 2012, § 9 AdVermiG, RdNr. 11f. Die Kontaktaufnahme zu (Halb-)Geschwistern setzt voraus, dass diese sich damit einverstanden erklärt haben. Im Übrigen wird lediglich mitgeteilt, dass Geschwister zum Zeitpunkt der Adoption vorhanden waren; ebd., § 9b AdVermiG, RdNr. 7, 9, 16f. Vgl. weiter *Reinhardt*, Datenschutz in der Adoptionsvermittlung: Die Suche nach der eigenen Abstammung und die Suche nach leiblichen Verwandten, JAmt 2008, 457ff.

112) Zur Orientierung von Art. 27 FMedG Schweiz am Adoptionsrecht *Aebi=Müller/Jaggi*, Streit um die Abstammung – Länderbericht Schweiz, in: *Spickhoff/Schwab/Henrich/Gottwald* (Hrsg.), Streit um die Abstammung – ein europäischer Vergleich, 2007, S. 343, 375f. Zu Reformforderungen in der Schweiz *Simoni*, Sozialwissenschaftliche Grundlagen zu den Konzepten „Kindeswohl, Familie und Elternschaft“ im Fortpflanzungsmedizinergesetz, Gutachten des Marie Maierhofer Instituts für das Kind im Auftrag des Bundesamts für Gesundheit BAG, 2012, S. 84f. mit der Empfehlung, „Informationsrechte des Kindes vor der Mündigkeit [zu] erweitern und unter Einbezug der Eltern schrittweise umzusetzen“. Vgl. weiter *Büchler/Clausen*, FamPra.ch 2014, 231, 261ff.

113) In Ergänzung dazu erlaubt § 14 Abs. 3 TPG die Offenbarung der Daten gegenüber dem Kind im Falle einer Samenspende. Dazu insgesamt *Wehrstedt/Thorn/Werdehausen/Katzorke*, J Reproduktionsmed Endokrinol 2012, 225f.

114) Bereits der Abschlussbericht der Bund-Länder-Arbeitsgruppe „Fortpflanzungsmedizin“ v. 6.1.1989, Bundesanzeiger 41 (1989), Nr. 4a, Anlage 2, § 9 sah die Einrichtung einer Dokumentationsstelle und ein Auskunftsrecht des Kindes vor. In der Begründung heißt es dazu (Empfehlungen, III, 7. Dokumentationspflicht): „Eine zentralisierte Dokumentation der Spenderdaten ist sicherzustellen. Dem Kind ist die Möglichkeit zu eröffnen, seine genetische Herkunft zu erfahren. [...] In Anlehnung an die adoptionsrechtliche Regelung ist dem Kind nach Ablauf des 16. Lebensjahres [...] ein Auskunftsrecht gegenüber der zentralen Stelle einzuräumen.“

115) OLG Hamm, NJW 2013, 1167 mit zahlreichen Anmerkungen, u. a. m. Anm. *Fink/Grün* (NJW 2013, 1913), *Fitting* (Der Gynäkologe 2013, 760), *Kingreen* (FamRZ 2013, 641), *Leeb/Weber* (ZKJ 2013, 277), *Schneider* (FamFR 2013, 172), *Spickhoff* (MedR 2013, 677).

fallabwägung zwischen den Interessen der Beteiligten vorgenommen werden<sup>116</sup>.

Immerhin scheint sich die Große Koalition dieser Frage jetzt annehmen zu wollen, denn die einzige Aussage des Koalitionsvertrags zur Fortpflanzungsmedizin (neben der ausdrücklich erklärten Ablehnung der Leihmutterchaft) ist der Satz, dass „das Recht des Kindes auf Kenntnis seiner Herkunft bei Samenspenden gesetzlich“ geregelt werden soll<sup>117</sup>. Damit könnte eine seit Jahren bestehende Forderung<sup>118</sup>, nämlich nach der Einrichtung eines zentralen Registers nebst Auskunftsstelle und vielleicht auch einer psychosozialen Betreuung der anfragenden Spenderkinder nebst Möglichkeiten der begleiteten Kontaktaufnahme, endlich eingelöst werden<sup>119</sup>.

Angesichts der inzwischen in Deutschland praktizierten Embryooption müssten freilich auch die Daten der genetischen Mutter in das Register aufgenommen werden, denn das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung ist nicht auf die väterliche Abstammung beschränkt<sup>120</sup>. Auch hier besteht ein dringlicher Regelungsbedarf, weil der Verein „Netzwerk Embryonenspende“ lediglich zusagt, dass dem aus der Embryooption entstandenen Kind später der Zugang zu den Daten des Vaters ermöglicht werde<sup>121</sup>. Schließlich wäre zu regeln, unter welchen Voraussetzungen auch Auskunft über die Identität von Halbgeschwistern oder im Falle einer Embryooption von Vollgeschwistern gegeben werden kann, denn hierbei handelt es sich ebenfalls um ein von Spenderkindern (die u. U. zahlreiche Halbgeschwister haben können) formuliertes Anliegen<sup>122</sup>.

#### IV. Fazit und Ausblick

Der deutsche Gesetzgeber hat sich zu den familienrechtlichen Fragen der Keimzellspende zuletzt anlässlich der Kindschaftsrechtsreform von 1998 geäußert und sich damals einer Regelung der offenen Fragen mit dem Hinweis entzogen, dass die Zulässigkeit der Samenspende in Deutschland umstritten sei<sup>123</sup>. Angesichts der Tatsache, dass seit 40 Jahren Spenderkinder geboren werden, deren Anzahl inzwischen diejenige der jährlich durch Fremdkindadoptionen vermittelten Kinder (ca. 1.500 Fälle pro Jahr)<sup>124</sup> zahlenmäßig übersteigt, ist eine Regelung der familienrechtlichen Folgefragen seit langem überfällig.

Im Fokus der Kinderwunschbehandlung stehen noch immer die künftigen Eltern und nicht – wie bei der Adoption – das Kind und sein Wohl<sup>125</sup>. Diese Sichtweise prägt das deutsche Recht bis heute, mit der Folge, dass die familienrechtlichen Folgefragen der Kinderwunschbehandlung auch in der aktuellen Reformdebatte weitgehend ausgeblendet werden (es sei nur auf den Augsburg-Münchner-Entwurf zu einem Fortpflanzungsmedizinengesetz von 2013<sup>126</sup> verwiesen, der die familienrechtlichen Folgefragen nahezu vollständig ausklammert). Aber auch in Österreich und der Schweiz stehen Reformen an oder werden jedenfalls gefordert, so dass auch hier in naher Zukunft familienrechtliche Folgefragen, wie etwa die der Zuordnung des Kindes zur Wunschmutter bei einer Samenspende an gleichgeschlechtliche Paare, zu beantworten sind.

- 116) OLG Hamm, NJW 2013, 1167, 1168f. Die Abwägung könnte im Einzelfall auch zugunsten des Samenspenders bzw. des behandelnden Arztes ausfallen; dazu auch *Schröder*, ZD 2013, 188, 189.
- 117) Deutschlands Zukunft gestalten, Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD, 18. Legislaturperiode, S. 99.
- 118) Etwa *Wehrstedt/Thorn/Werdehausen/Katzorke*, J Reproduktionsmed Endokrinol 2012, 225, 229f.; 18. Deutscher Familiengerichtstag – Empfehlungen des Vorstandes, FamRZ 2009, 1967, 1970 (III. Abstammungssachen, Punkt 2.); *Zypries/Zeeb*, ZRP 2014, 54, 57.
- 119) So auch Verein „Spenderkinder“ (<http://www.spenderkinder.de/politischeforderungen/>) und DI-Netz e.V. (Stellungnahme v. 22.11.2013 „Spendersamenbehandlung in Deutschland 2013 – Alles was Recht ist!“; <http://www.di-netz.de/wp-content/uploads/2013/11/stellungnahme.pdf>).
- 120) *Wellenhofer*, in: MüKo/BGB, Bd. 8, 6. Aufl. 2012, § 1591 BGB, Rdnr. 30 m.w.N. in Fn. 118; *Büchler/Clausen*, FamPra.ch 2014, 231, 264 (für die Schweiz). Vgl. weiter zur Anwendung des § 1598a BGB bei Klärung der Abstammung von der Mutter *Schumann*, Familienrechtliche Fragen der Fortpflanzungsmedizin im Lichte des Grundgesetzes, in: *Rosenau* (Hrsg.), Ein zeitgemäßes Fortpflanzungsmedizinengesetz für Deutschland, 2012, S. 155, 172.
- 121) So [http://www.netzwerk-embryonenspende.de/verfahren/c2\\_aufklaerungsbogen\\_spenderpaar.pdf](http://www.netzwerk-embryonenspende.de/verfahren/c2_aufklaerungsbogen_spenderpaar.pdf). Kritisch dazu Verein „Spenderkinder“ (<http://www.spenderkinder.de/kritik-am-netzwerk-embryonenspende>).
- 122) Verein „Spenderkinder“ (<http://www.spenderkinder.de/ueberuns/>). Dazu auch *Thorn*, Gynäkologische Endokrinologie 2014, 21, 23; *Wehrstedt/Thorn/Werdehausen/Katzorke*, J Reproduktionsmed Endokrinol 2012, 225, 228.
- 123) BT-Dr. 13/4899, S. 52, 166: „Der Entwurf enthält keine vom geltenden Recht abweichenden Regelungen über die abstammungsrechtlichen Folgen einer Samenspende. Der Grund hierfür ist, daß die Zulässigkeit der Samenspende nach wie vor umstritten ist und eine bundesgesetzliche Regelung trotz der nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 26 GG bestehenden Gesetzgebungskompetenz des Bundes noch aussteht. Das Zivilrecht kann dieser ungelösten Problematik nicht i.S. einer vom geltenden Recht abweichenden Neuregelung der abstammungsrechtlichen Folgen einer Samenspende vorgreifen. Insbesondere geht es in diesem Zusammenhang um die Rechtsstellung des Samenspenders, der sowohl nach geltendem Recht als auch nach den im Entwurf vorgesehenen abstammungsrechtlichen Neuregelungen unter bestimmten Voraussetzungen als Vater mit der Folge festgestellt werden

- kann, daß unterhaltsrechtliche und erbrechtliche Beziehungen zwischen ihm und dem Kind bestehen. [...] Die mit der modernen Fortpflanzungsmedizin verbundenen rechtlichen Aspekte sind Beratungsgegenstand einer beim Bundesministerium für Gesundheit eingerichteten Bund-Länder-Arbeitsgruppe. Dazu gehören auch die zivilrechtlichen Fragen der künstlichen Befruchtung beim Menschen. Im Hinblick auf den engen Zusammenhang der Anfechtungsproblematik mit den anderen im Rahmen dieses Projekts zu erörternden Fragen sieht die Bundesregierung davon ab, bereits zum jetzigen Zeitpunkt Vorschläge zur Lösung von Teilproblemen aus dem genannten Gesamtkomplex zu machen.“ Vgl. weiter BT-Dr. 13/8511, S. 69. In der Begründung des Entwurfs zum Kinderrechteverbesserungsgesetz von 2002 hätte sich erneut eine Stellungnahme angeboten, stattdessen wird nur festgestellt (BT-Dr. 14/2096, S. 7), „dass die Zulässigkeit der heterologen Insemination und auch sonstige zivilrechtliche Fragen im Zusammenhang mit der künstlichen Befruchtung beim Menschen bisher nicht umfassend geklärt und gesetzlich geregelt sind“.
- 124) Statistisches Bundesamt, Statistiken der Kinder- und Jugendhilfe, Adoptionen, 2014, S. 23: 1.543 Fremdkindadoptionen im Jahr 2012 und 1.448 im Jahr 2013.
- 125) Einen Perspektivenwechsel fordert auch *Scholz*, Das Kindeswohl in den Mittelpunkt stellen, NDV 2013, 459, 464f. Ähnlich auch *Simoni*, Sozialwissenschaftliche Grundlagen zu den Konzepten „Kindeswohl, Familie und Elternschaft“ im Fortpflanzungsmedizinengesetz, Gutachten des Marie Maierhofer Instituts für das Kind im Auftrag des Bundesamts für Gesundheit BAG, 2012, S. 65 zur Rechtslage in der Schweiz: „Erstens sollte die Unterstützung einer Zeugung durch Spende nicht einfach als technische Prozedur zur Behebung von Unfruchtbarkeit wahrgenommen werden. Vielmehr handelt es sich um einen verantwortungsvollen Akt, der spätere Verantwortlichkeiten nach sich zieht. Nötig ist eine entsprechende öffentliche Meinungsbildung. Diese Haltung führt zweitens dazu, dass neben die Rechte der Erwachsenen, welche eine entsprechende Behandlung wünschen, die Rechte des damit eventuell gezeugten Kindes rücken. Eine erfolgreiche Behandlung macht aus Patienten Eltern mit der entsprechenden Verantwortung. Dazu gehöre auch, mit dem Kind über seine Entstehung zu sprechen. Drittens muss die Abstammung als Teil eines Gesamtkontextes verstanden werden. Die Information des Kindes über seine Herkunft ist wichtig für eine Identitätsentwicklung.“ Vgl. aber auch *Büchler/Clausen*, FamPra.ch 2014, 231, 264ff.
- 126) *Gässner/Kersten/Krüger/Lindner/Rosenau/Schroth*, Fortpflanzungsmedizinengesetz, Augsburg-Münchner-Entwurf, 2013.

Die medizinische Kinderwunschbehandlung kann nicht losgelöst von ihren „Spätfolgen“ gedacht werden. Denn nur die medizinische Behandlung selbst ist mit der Befriedigung des Kinderwunsches abgeschlossen, gleichzeitig stellt sie aber erst den Beginn eines lebenslangen dynamischen Prozesses dar, der abstammungsrechtliche, unterhaltsrechtliche und erbrechtliche Folgen auslöst, die es unter Abwägung der Interessen von mindestens drei beteiligten Eltern teilen und vor allem unter Wahrung des Kindeswohls zu bewältigen gilt. Da sich die familienrechtliche Grundkonstellation nicht wesentlich von einem Adoptionsverhältnis unterscheidet, liegt es nahe, zentrale Prinzipien dieses bewährten Instituts heranzuziehen, wenngleich es nicht um eine Eins-zu-eins-Übertragung der adoptionsrechtlichen Regelungen gehen kann.

Unter Bezugnahme auf tragende Prinzipien des Adoptionsrechts sollen daher folgende Grundsätze zur Diskussion gestellt werden:

- (1) Im Vorfeld der Kinderwunschbehandlung sollte es eine *unabhängige psychosoziale Beratung* geben<sup>127</sup> und der Zugang zu weiteren psychosozialen Beratungsangeboten nach der Geburt des Kindes sollte erleichtert werden.
- (2) Die derzeit noch bestehende unterschiedliche Behandlung von verschieden- und gleichgeschlechtlichen Eltern bzw. von formalisierten und nicht formalisierten Paargemeinschaften lässt sich nicht mit dem *Kindeswohl* begründen. Andere kindeswohlrelevante Kriterien können (unter Beachtung der verfassungsrechtlichen Grenzen) bei der Entscheidung über den Zugang zu fremden Keimzellen Berücksichtigung finden, sie müssen aber (ggf. verfahrensrechtlich nachprüfbar) gesetzlich geregelt werden (eine Richtlinie der BAK ist als Legitimation für Eingriffe nicht ausreichend).
- (3) Im Hinblick auf den *Elternkonsens* sollte gesetzlich klargestellt werden, dass das Einverständnis der genetischen Eltern und der Wunscheltern zum Zeitpunkt der Befruchtung bzw. bei der Embryooption zum Zeitpunkt des Keimzelltransfers vorliegen muss und bis dahin von allen beteiligten Eltern auch widerrufen werden kann.
- (4) Die *rechtliche Zuordnung des Kindes zum Wunschelternteil* sollte an die Erteilung des Einverständnisses des Wunschelternteils geknüpft und mit der Folge verbunden werden, dass die Elternschaft mit der Geburt automatisch verbindlich wird bzw. festgestellt

werden kann. Dabei wäre auch eine abstammungsrechtliche Zuordnung des Kindes zur Co-Mutter wünschenswert<sup>128</sup>.

- (5) Eine *nachträgliche Aufhebung der rechtlichen Zuordnung* des Kindes zum Wunschelternteil sollte grundsätzlich nicht möglich sein. Für das deutsche Recht hätte dies zur Folge, dass die Norm zum Anfechtungsrecht des Spenderkindes (§ 1600 Abs. 5 BGB) ersatzlos zu streichen wäre.
- (6) Die personenbezogenen Daten des Spenders bzw. der genetischen Eltern (das heißt auch der genetischen Mutter im Falle einer Eizellspende bzw. einer Embryooption) sollten in einem *zentralen Spenderregister* dokumentiert und mit einem *Einsichtsrecht* des Spenderkindes spätestens ab dem 18. Lebensjahr verbunden werden. Wie beim Einsichtsrecht des Adoptivkindes empfehlen sich auch hier Angebote zur psychosozialen Betreuung der Spenderkinder und zur Unterstützung bei der Kontaktaufnahme<sup>129</sup>.
- (7) Angesichts möglicher Einbußen an Rechten der Wunscheltern und vor allem des Kindes durch Inanspruchnahme einer Eizellspende im Ausland sollte die Zulassung der Spende von überzähligen Eizellen und des Transfers verwaister Embryonen erwogen werden. Beide Verfahren benötigen aber einen rechtlichen Rahmen; dies gilt insbesondere auch für die in Deutschland inzwischen im gesetzessfreien Raum praktizierte Embryooption. Bislang ist lediglich die abstammungsrechtliche Zuordnung zur Wunschmutter ohne nachträgliche Korrekturmöglichkeit befriedigend geregelt; für alle anderen Punkte kann aber auf die eben genannten Überlegungen zurückgegriffen werden.

127) Diese fordern auch *Wendehorst*, Reproduktionsmedizin 2003, 147, 149; *Thorn*, Gynäkologische Endokrinologie 2014, 21, 24; *Simoni*, Sozialwissenschaftliche Grundlagen zu den Konzepten „Kindeswohl, Familie und Elternschaft“ im Fortpflanzungsmedizinengesetz, Gutachten des Marie Maierhofer Instituts für das Kind im Auftrag des Bundesamts für Gesundheit BAG, 2012, S. 11, 13, 64 ff., 81.

128) So auch *Kentenich/Hilland*, Gynäkologische Endokrinologie 2014, 1, 3. Weitere Nachweise bei *Schumann*, Familienrechtliche Fragen der Fortpflanzungsmedizin im Lichte des Grundgesetzes, in: *Rosenau* (Hrsg.), Ein zeitgemäßes Fortpflanzungsmedizinengesetz für Deutschland, 2012, S. 155, 183, dortige Fn. 98.

129) Dazu auch *Thorn*, Gynäkologische Endokrinologie 2014, 21, 25.