

## **Stellungnahme zum Antrag von BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN (BT-Drucks. 18/7655)**

*„Elternschaftsvereinbarung bei Samenspende und das Recht auf Kenntnis eigener Abstammung“*

### **I. Vorbemerkung**

Bei Äußerungen zu Zielen der Rechtspolitik aus der Sicht der Rechtsprechung ist, zumal wenn nicht speziell justizielle Fragen in Rede stehen, im Allgemeinen Zurückhaltung geboten. Allerdings werden anhand der Rechtsprechung nicht selten – teils gravierende – Lücken und Widersprüche im bestehenden Rechtssystem deutlich. Wenn diese im jeweiligen Fall von den obersten Bundesgerichten entsprechend dem ihnen übertragenen Rechtsfortbildungsauftrag<sup>1</sup> ausgefüllt oder beseitigt werden können, kann sich Bedarf für eine klarstellende Regelung im geschriebenen Gesetzesrecht ergeben, um die Rechtsanwendung verlässlicher zu machen. Soweit der Rechtsprechung im Rahmen der anerkannten Methoden hingegen eine Lückenfüllung, die insbesondere im Statusrecht an Grenzen stößt, nicht möglich ist, lassen die Entscheidungen der Höchstgerichte mitunter gesetzgeberischen Regelungs- oder zumindest Prüfungsbedarf offenbar werden. In diesem Sinne und mit der entsprechenden Zielsetzung verstehen sich die folgenden Ausführungen und Hinweise. Sie beziehen sich auf die Rechtsprechung des für das Familienrecht zuständigen XII. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs, soweit diese mit den vom vorliegenden Antrag aufgeworfenen Fragestellungen im Zusammenhang steht.

### **II. Hauptsächliche Anwendungsfälle der Samenspende**

Auf eine Samenspende wird hauptsächlich in zwei gängigen Paarkonstellationen<sup>2</sup> zurückgegriffen, denen gemeinsam ist, dass den betreffenden Paaren eine gemeinschaftliche Fortpflanzung auf natürlichem Weg nicht möglich ist. Es handelt sich erstens um heterosexuelle Paare bei bestehender Zeugungsunfähigkeit des Mannes und zweitens um homosexuelle Frauenpaare.

Zur ersten Fallgruppe verhalten sich die in jüngerer Zeit erlassenen Entscheidungen des Bundesgerichtshofs vom 28. Januar 2015 (BGHZ 204, 54 = FamRZ 2015, 642: Aus-

---

<sup>1</sup> Vgl. § 132 GVG; §§ 70, 74 FamFG; §§ 543, 574 ZPO

<sup>2</sup> Zur Wunschelternschaft außerhalb der klassischen Paarbeziehungen, etwa alleinstehender Frauen oder von sog. Regenbogenfamilien soll hier nicht Stellung genommen werden.

kunftsanspruch des Spenderkindes gegen Reproduktionsmediziner) und vom 23. September 2015 (BGHZ 207, 135 = FamRZ 2015, 2134: Vertraglicher Unterhalt bei „privater“ Samenspende).

Zur zweiten Fallgruppe sind die Entscheidungen vom 15. Mai 2013 (BGHZ 197, 242 = FamRZ 2013, 1209: Vaterschaftsanfechtung durch den „privaten“ Samenspender bei beabsichtigter Stiefkindadoption durch Lebenspartnerin der Mutter), vom 18. Februar 2015 (XII ZB 473/13 – FamRZ 2015, 828: Einwilligungserfordernis für den Samenspender bei Stiefkindadoption durch Lebenspartnerin der Mutter) und vom 20. April 2016 (XII ZB 15/15 – FamRZ 2016, 1256: Kollisionsrechtliche Anerkennung einer ausländischen Co-Mutterschaft) ergangen.

Auf das Verhältnis von Personenstandsregister und Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung ist schließlich in der Entscheidung vom 10. Dezember 2014 (BGHZ 203, 350 = FamRZ 2015, 240: Anerkennung einer kalifornischen Entscheidung zur Leihmutter-schaft) eingegangen worden.

Anhand dieser Entscheidungen mag ein gesetzgeberischer Regelungs- bzw. Prüfungsbedarf verdeutlicht werden.

### III. Rechtliche Elternschaft

#### 1. Urteil vom 23. September 2015 (Vertraglicher Unterhalt bei „privater“ Samenspende)<sup>3</sup>

##### Fall und Entscheidung:

Ein unverheiratetes Paar mit Kinderwunsch entschließt sich zur Zeugung mithilfe künstlicher Insemination, weil der Mann zeugungsunfähig ist. Den Spendersamen besorgt der Mann aus seinem Bekanntenkreis. Den Namen des Spenders gibt er – vereinbarungsgemäß – nicht preis. Die Insemination wird vom Hausarzt der Frau durchgeführt, der sich auf einem „Notfall-/Vertretungsschein“ vom Mann Folgendes unterschreiben lässt:

*Hiermit erkläre ich, dass ich für alle Folgen einer eventuell eintretenden Schwangerschaft aufkommen werde und die Verantwortung übernehmen werde!*

Beim dritten Versuch wird die Frau schwanger. Im Januar 2008 wird das Kind geboren. Das Paar hat sich allerdings inzwischen getrennt, und der Mann lehnt jegliche Verantwortung für das Kind ab.

Ein Antrag auf Vaterschaftsfeststellung scheitert, weil der Mann nicht genetischer Vater ist. Das Kind hat sodann, vertreten durch die Mutter, den Mann auf Unterhalt verklagt.

Der Bundesgerichtshof hat – ausgehend von einer zur früheren Rechtslage ergangenen Entscheidung<sup>4</sup> – der Klage stattgegeben. Er hat einen Unterhaltsanspruch auf vertragli-

---

<sup>3</sup> BGHZ 207, 135 = FamRZ 2015, 2134

cher Grundlage angenommen. Die Vereinbarung zur künstlichen Insemination enthalte auch einen Vertrag zugunsten des daraus hervorgehenden Kindes. Die Vereinbarung bedürfe keiner besonderen Form (etwa der notariellen Beurkundung oder auch nur der Schriftform).

#### Gesetzlicher Regelungsbedarf:

Die Entscheidung bezieht sich mit dem Unterhaltsanspruch nur auf einen – freilich wichtigen – Teilaspekt einer rechtlichen Eltern-Kind-Beziehung. Der Rechtsschutz für das Kind bleibt hingegen bruchstückhaft. Nicht erfasst sind elementare Rechtsfolgen wie das Erbrecht, die Staatsangehörigkeit, die elterliche Sorge und anderes mehr. Dass überdies schon die unterhaltsrechtliche Lösung unvollständig bleibt, zeigt sich daran, dass der Mann zwar – prinzipiell lebenslang – unterhaltspflichtig ist, er selbst aber im Fall eigener Unterhaltsbedürftigkeit im Alter keinen Anspruch auf (Eltern-)Unterhalt gegen das Kind hat.

Wenn der Wunschvater die letztgenannte Folge durch eine ihm im Fall offenstehende Anerkennung auch hätte abwenden können<sup>5</sup>, stellen die anderen Folgen Nachteile für das Kind dar, die von ihm nicht abgewendet werden können. Diese Folgen wären dagegen nicht eingetreten, wenn das Wunschelternpaar verheiratet gewesen wäre. Dann wäre der Mann rechtlicher Vater des Kindes geworden. Ihn träfen alle Statusfolgen, und er könnte sich von der Vaterschaft nicht durch Anfechtung lösen (§ 1600 Abs. 5 BGB). Aus der Sicht des Kindes leuchtet es nicht ein, wieso es bei unverheirateten Wunscheltern im Unterschied zu verheirateten dauerhaft rechtlich vaterlos bleiben soll (vgl. auch Art. 6 Abs. 5 GG). An dem Fall wird mithin deutlich, dass eine konsequente gesetzliche Regelung auch bei nicht verheirateten Wunscheltern zur Etablierung des Wunschvaters als des rechtlichen Vaters führen sollte. Dazu wäre etwa die Aufnahme der Feststellung des nicht verheirateten Wunschvaters als weiteren Vaterschaftstatbestand ein geeigneter Weg.<sup>6</sup>

---

<sup>4</sup> BGHZ 129, 297 = FamRZ 1995, 861

<sup>5</sup> Das übersieht *Meier* NZFam 2015, 1058, 1059. Anders wäre die Lage allerdings, wenn sich der Sinneswandel in Person der Mutter vollzieht und sie die Zustimmung zur Vaterschaftsanerkennung verweigert.

<sup>6</sup> Vgl. *Helms* Gutachten 71. DJT S. F 18 ff.; *Wanitzek* Rechtliche Elternschaft bei medizinisch unterstützter Fortpflanzung S. 336 ff. Diese müsste konsequenterweise auch auf Antrag des Wunschvaters möglich sein.

## **2. Urteil vom 15. Mai 2013 (Vaterschaftsanfechtung durch den „privaten“ Samenspender bei beabsichtigter Stiefkindadoption)<sup>7</sup>**

### Fall und Entscheidung:

Das Kind wurde mittels privater Samenspende gezeugt. Beide genetischen Eltern leben jeweils in gleichgeschlechtlichen Partnerschaften. Zwischen ihnen ist streitig, ob der Mann (Samenspender) die väterliche Verantwortung übernehmen oder das Kind von der Partnerin der Mutter adoptiert werden sollte. Mit Zustimmung der Mutter erkennt ein anderer Mann die Vaterschaft an, ohne eine sozial-familiäre Beziehung zum Kind begründen zu wollen. Der „Samenspender“ ficht als biologischer Vater die Vaterschaft des anderen Mannes an.

Der Bundesgerichtshof hat eine Anfechtung trotz der gesetzlichen Voraussetzung der eidesstattlich zu versichernden Beiwohnung durchgreifen lassen, so dass der „Samenspender“ als Vater des Kindes festzustellen war.

### Gesetzlicher Regelungsbedarf:

Die Entscheidung zeigt deutlich, dass das Gesetz das soziale Phänomen der Samenspende bislang nur unzureichend erfasst hat. Der Gesetzgeber hatte bei der Einführung des Anfechtungsrechts des biologischen Vaters offensichtlich nur das Gegensatzpaar von „Beiwohnung“ (Geschlechtsverkehr) und „offizieller“ oder „altruistischer“ Samenspende bei Samenbanken im Blick, wobei letztere dadurch gekennzeichnet ist, dass der Samenspender keinen „Elternwillen“ hat bzw. auf sein Elternrecht „verzichtet“.

Außer acht gelassen wurde hingegen der offenbar nicht unbeträchtliche Bereich der privaten Samenspende, bei der es sich zwar auch um eine altruistische (ohne Elternwillen des Spenders) handeln kann, aber längst nicht handeln muss. Die genetischen Eltern mögen hier vielmehr sehr verschiedene Elternmodelle („Regenbogenfamilien“) anstreben, von denen eines etwa die paarübergreifende (rechtliche) Elternschaft der genetischen Eltern ist.<sup>8</sup> Überdies wurde im Gesetzgebungsverfahren verkannt, dass bei heterosexuellen Paaren ebenfalls ein gemeinsamer Elternwille durchaus ohne „Beiwohnung“ bestehen kann, so etwa beim üblichen Fall der homologen In-Vitro-Fertilisation.

Hier wird besonders deutlich, dass jede gesetzliche Neuregelung die verschiedenen sozialen Tatbestände der Samenspende in ihrer jeweiligen Eigenart erfassen sollte. Am einfachsten ist dies noch bei der sog. offiziellen Samenspende, die regelmäßig mit einem Verzicht des Spenders auf das Entstehen von Elternrechten verbunden ist. Bei der privaten Samenspende empfiehlt sich eine analoge Differenzierung zwischen Zeugung mit und ohne Elternwillen, wie sie im geltenden Recht schon in der Regelung zur konsentierten heterologen Befruchtung in § 1600 Abs. 5 BGB ihren Niederschlag gefunden hat. Das

---

<sup>7</sup> BGHZ 197, 242 = FamRZ 2013, 1209

<sup>8</sup> Eine Elternschaft von mehr als zwei Personen ist im geltenden Recht nicht vorgesehen; vgl. dazu BVerfG FamRZ 2003, 816, 819

Erfordernis der eidesstattlichen Versicherung bzw. Glaubhaftmachung der Beiwohnung (derzeit in §§ 1600 Abs. 1 Nr. 2 und 1747 Abs. 1 Satz 2 BGB) trifft hingegen den mit ihm verfolgten Zweck, nämlich die Verhinderung der Einmischung Unbeteiligter durch Behauptungen „ins Blaue“, nur höchst unvollkommen<sup>9</sup> und sollte wegen Missverständlichkeit aus dem Gesetz gestrichen werden.

### **3. Beschluss vom 18. Februar 2015 (Einwilligungserfordernis für den Samenspender bei Stiefkindadoption durch die gleichgeschlechtliche Partnerin)<sup>10</sup>**

#### Fall und Entscheidung:

Stiefkindadoption durch die gleichgeschlechtliche Partnerin. Die Partnerinnen weigern sich, eine Zustimmungserklärung des ihnen bekannten Samenspenders vorzulegen. Die Vorinstanzen weisen den Antrag wegen fehlender Zustimmung des leiblichen Vaters ab. Der Bundesgerichtshof hält (nur) die Benachrichtigung des Samenspenders für erforderlich, um ihm die Beteiligung am Verfahren verlässlich zu ermöglichen. Eine Ausnahme ist nur dann gegeben, wenn dieser auf seine grundrechtlich geschützten Interessen unzweifelhaft verzichtet hat.

#### Gesetzlicher Regelungsbedarf:

Die Entscheidung schließt an die vorgenannte Entscheidung an. Immer wenn der genetische Vater (auch als „Samenspender“) nicht auf das Entstehen von Elternrechten verzichtet hat, muss vom Gesetzgeber sichergestellt werden, dass diesem nicht von vornherein der Zugang zur Elternstellung versperrt wird.<sup>11</sup> Diese Folge – etwa bei Ausspruch der Adoption gegen den Willen des genetischen Vaters (vgl. §§ 1747, 1748 BGB) oder bei Ausschluss von der Anfechtung (vgl. § 1600 Abs. 2 BGB) – nur aus übergeordneten Kindeswohlgesichtspunkten eintreten darf.<sup>12</sup>

### **4. Beschluss vom 20.4.2016 (Kollisionsrechtliche Anerkennung einer ausländischen Co-Mutterschaft kraft Gesetzes)<sup>13</sup>**

Der Fall bezieht sich im Hinblick auf die rechtliche Elternstellung nur auf die kollisionsrechtliche Akzeptanz der ausländischen Regelung und lässt keine Rückschlüsse auf Lücken oder Widersprüche im nationalen deutschen Recht zu.

---

<sup>9</sup> Vgl. BGHZ 197, 242 = FamRZ 2013, 1209 Rn. 16 ff.; BGH FamRZ 2015, 828 Rn. 13 ff.

<sup>10</sup> XII ZB 473/13 – FamRZ 2015, 828

<sup>11</sup> Vgl. EGMR FamRZ 1995, 110; BVerfG FamRZ 1995, 789

<sup>12</sup> Vgl. EGMR FamRZ 2011, 269; FamRZ 2011, 1715; BVerfG FamRZ 2015, 119; *Britz* FF 2015, 387, 391

<sup>13</sup> XII ZB 15/15 – FamRZ 2016, 1251

#### **IV. Auskunft über die Abstammung**

##### **1. Beschluss vom 28.1.2015 (Auskunftsanspruch des Spenderkindes gegen Reproduktionsmediziner)<sup>14</sup>**

###### Fall und Entscheidung:

Die im Dezember 1997 und im Februar 2002 geborenen Klägerinnen begehren von der beklagten Trägerin einer Klinik für Reproduktionsmedizin Auskunft über die Identität ihres biologischen Vaters durch Angabe der Personalien der Samenspender.

Der Bundesgerichtshof verneint einen unmittelbar aus der Verfassung begründeten Anspruch zwischen Privatrechtssubjekten. Er nimmt aber einen Auskunftsanspruch aus dem Behandlungsvertrag zwischen Wunscheltern und Klinik als einem Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte an.<sup>15</sup> Ein bestimmtes Alter der Kinder muss für dessen gerichtliche Geltendmachung durch die Eltern als gesetzliche Vertreter des Kindes nicht erreicht worden sein.

###### Gesetzlicher Regelungsbedarf:

Ähnlich wie beim vertraglichen Unterhaltsanspruch handelt es sich auch beim vertraglichen Auskunftsanspruch eher um eine Hilfskonstruktion, der gegenüber eine ausdrückliche und umfassende gesetzliche Regelung vorzugswürdig ist. Diesem Hauptanliegen trägt bereits der inzwischen vorliegende Referentenentwurf des Bundesministeriums für Gesundheit für ein Samenspenderregistergesetz Rechnung.

Das beabsichtigte Gesetz gilt indessen nur für die medizinisch unterstützte künstliche Befruchtung.

Offen bleibt damit der gesamte Bereich der privaten Samenspende. Auch wenn in diesen Fällen eine gesetzliche Dokumentationspflicht der beteiligten Personen kaum zielführend sein dürfte, erscheint es immerhin möglich, die freiwillige Meldung privater Samenspenden zu ermöglichen und die betreffenden Informationen (vergleichbar etwa mit dem zentralen Vorsorgeregister bei der Bundesnotarkammer) ebenfalls in einem Register zu führen.

Ferner bleibt nach dem bisherigen Ansatz mit den sogenannten Altfällen eine beträchtliche Anzahl von Fällen gesetzlich ungeregelt, was nicht wünschenswert erscheint. Hier wäre zu erwägen, einen Auskunftsanspruch des Kindes gegen alle an der heterologen Insemination beteiligten Personen zu schaffen, um dem sicher schutzwürdigen Interesse der Spenderkinder an einer verlässlichen Information über ihre genetische Herkunft Rechnung zu tragen.

---

<sup>14</sup> BGHZ 204, 54 = FamRZ 2015, 642

<sup>15</sup> Anders noch OLG Hamm FamRZ 2013, 637: Vertrag zugunsten Dritter nach § 328 BGB

## 2. Beschluss vom 10.12.2014 (Anerkennung einer kalifornischen Entscheidung zur Leihmutterschaft)<sup>16</sup>

Die Entscheidung ist zu dem Problem der im Ausland durchgeführten Leihmutterschaft ergangen, das vom Antrag ausgespart worden ist. In der Entscheidung findet sich aber auch eine Auseinandersetzung mit dem Argument des Rechts auf Kenntnis der eigenen Abstammung. Hierzu ist dort ausgeführt, dass dieses nach der deutschen Rechtslage jedenfalls nicht durch das Personenstandsregister zu gewährleisten ist. Es richtet sich auf die Kenntnisverschaffung von Tatsachen, während sich das Personenstandsrecht auf die rechtliche Elternschaft bezieht.<sup>17</sup>

Auch wenn das Anliegen, die Eltern zu einer Aufklärung des Kindes anzuhalten, aus Gründen des Kindeswohls zu begrüßen sein dürfte<sup>18</sup>, erscheint jedenfalls das auf rechtliche Umstände ausgerichtete Personenstandsregister als Druckmittel nicht als der geeignete Weg zu seiner Umsetzung.

## V. Zusammenfassung

Aus der Rechtsprechung des XII. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs lässt sich mithin rechtspolitischer Handlungsbedarf ableiten bei der Vaterschaft des nicht mit der Mutter verheirateten Wunschvaters. Hierzu erscheint etwa ein Verfahren zur Feststellung der Vaterschaft geeignet, die sich auf die mit Elternwillen erklärte Zustimmung zur heterologen Befruchtung gründet. Wenn dieses mit einer generellen Unanfechtbarkeit der so begründeten Vaterschaft (nicht nur für Mutter und Wunschvater, sondern auch für das Kind) verbunden sein sollte, dürfte darin ebenfalls eine konsequente Weiterentwicklung zu sehen sein.<sup>19</sup>

Ferner ist auf die den Gesetzeszweck verfehlende Verwendung der Voraussetzung der eidesstattlichen Versicherung bzw. Glaubhaftmachung der Beiwohnung hingewiesen worden.

Die Stärkung des Rechts des Kindes auf Auskunft durch eine verlässliche Dokumentation erscheint schon aus Gründen der Rechtssicherheit begrüßenswert. Hier sollte indessen auch eine Regelung für die sogenannten Altfälle wie auch für den nicht zu vernachlässigenden Bereich der privaten Samenspende erwogen werden, die für die gerichtliche Praxis weiterhin erheblichen Konfliktstoff bergen. Die Benutzung des Personenstandsregisters als psychologisches Druckmittel auf die Eltern zur Aufklärung des Kindes erscheint hingegen als eher ungeeignet.

---

<sup>16</sup> BGHZ 203, 350 = FamRZ 2015, 240

<sup>17</sup> BGHZ 203, 350 = FamRZ 2015, 240 Rn. 63; *Baltzer StAZ* 2012, 364, 368

<sup>18</sup> Vgl. *Irmela Wiemann* Wie viel Wahrheit braucht mein Kind? (rororo 2015) S. 147 ff.

<sup>19</sup> Vgl. BGH FamRZ 2016, 1251 Rn. 52