



Deutscher Notarverein

Der Präsident

Deutscher Notarverein, Kronenstraße 73, 10117 Berlin

Bundesministerium der Justiz
und für Verbraucherschutz
I A 2

poststelle@bmjv.bund.de

Kronenstraße 73
10117 Berlin
Tel: 030 / 20 61 57 40
Fax: 030 / 20 61 57 50
E-Mail: o.vossius@dnotv.de
<http://www.dnotv.de>

Berlin, 3. Mai 2019

Diskussionsteilentwurf eines Gesetzes zur Reform des Abstammungsrechts **Ihr Schreiben vom 13.3.2019, I A 2 3473/7-17-1-12 312/2018**

Sehr geehrte Damen und Herren,

der Deutsche Notarverein dankt für die Gelegenheit zur Stellungnahme zum Diskusstentwurf eines Gesetzes zur Reform des Abstammungsrechts (nachfolgend DiskTE).

Bereits in unserer Stellungnahme vom 28.10.2016 zum Samenspenderregistergesetz hatten wir eine neue Systematisierung des Kindschaftsrechts angeregt. Umso mehr begrüßen wir, dass der Gesetzgeber dieses Anliegen aufgreift.

A. Ausgangslage

Der DiskTE will zum einen die Entwicklungen der modernen Fortpflanzungsmedizin aufgreifen, zum anderen auf neue Familienkonstellationen („Ehe für alle“) reagieren. Wie schon die Bezeichnung zeigt, geht der Gesetzgeber grundsätzlich behutsam vor.

Das Recht stellt neben der Anerkennung der Vaterschaft bei gemischtgeschlechtlichen Paaren das Institut der Adoption zur Verfügung. Die Anerkennung hat den Vorteil, dass sie rasch zur erwünschten rechtlichen Vaterschaft führt. Allerdings steht sie unter dem Damoklesschwert der Anfechtung. Gerade die Adoption ist, wie die Erfahrungen der notariellen Praxis zeigen, eine durchaus gute Lösung. Sie steht schon de lege lata auch gleichgeschlechtlichen Paaren offen. Sie ist zudem, was ihre Gerichts- und die Notarkosten betrifft, auch für finanziell Schwache erschwinglich. Allerdings können Adoptionsverfahren sehr lange dauern. Verfahrensdauern von mehreren Jahren sind keine Seltenheit. Nicht immer kann der Notar durch

eine genaue Darlegung des Bestehens eines Eltern-Kind-Verhältnisses im Adoptionsantrag eine Verfahrensbeschleunigung erreichen. Erbrechtlich hilft beim Tode des Anzunehmenden § 1753 Abs. 2 BGB. Keine erbrechtliche Rückwirkung entfaltet die Adoption jedoch beim Tod des Kindes (§ 1753 Abs. 1 BGB). Ein Nachteil war bislang auch, dass die Stiefkindadoption, also etwa das durch künstliche Fremdinsemination gezeugte Kind eines Ehegatten, nach der bisherigen Rechtslage das Bestehen einer Ehe voraussetzt (vgl. § 1741 Abs. 2 Satz 3 BGB). Insoweit hat das Bundesverfassungsgericht allerdings jüngst entschieden, dass die entsprechenden Vorschriften mit dem Grundgesetz unvereinbar sind und den Gesetzgeber verpflichtet, bis zum 31.3.2020 eine verfassungsmäßige Neuregelung zu treffen.¹ Es bietet sich an, diesem Auftrag im Verlauf dieses Gesetzgebungsverfahrens nachzukommen.

Keine am Kindeswohl orientierte Lösung dürfte die Adoption aufgrund des Faktors Verfahrensdauer in der Situation bieten, dass sich das Paar nach Einreichung des Adoptionsantrags, aber vor Ausspruch der Annahme trennt und der Annehmende seinen Antrag zurücknimmt. Gerade bei nichtverheirateten Paaren bleibt die Mutter des Kindes als Alleinerziehende ohne Unterhaltsansprüche zurück. Gerade hier zeigen sich die Vorzüge der Anerkennung.

B. Systematik des DiskTE

I. Regelungen zur Mutterschaft bleiben unangetastet

Was die Mutterschaft betrifft, belässt es der Gesetzgeber bei der Anknüpfung an die Geburt (§ 1591 BGB). Die Leihmutter und die Empfängerin einer Eizellspende (beides bleibt in Deutschland verboten) ist die Mutter des Kindes.² Den genetischen Erzeugern steht die Adoption zur Verfügung.³ Eine Spende der Eihülle mit Implantation des Zellkerns der Mutter (Kloning) oder einem aus dem Genom der Eltern zusammengesetzten Zellkern ist wohl – ungeachtet der sich damit stellenden ethischen und normativen Fragen – Zukunftsmusik.

II. Neben die Vaterschaft tritt die Mit-Mutterschaft

Für die Elternschaft des anderen Teils kommt es zunächst einmal darauf an, ob dieser mit der Mutter im Sinne des § 1591 BGB zum Zeitpunkt der Geburt verheiratet ist. Ist dies der Fall, wird er bzw. sie als Vater bzw. nach dem DiskTE als „Mit-Mutter“ angesehen (§ 1592 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB-E).

Sind die Eltern des Kindes nicht miteinander verheiratet, so gilt der Vater bzw. die Mit-Mutter erst als solche, wenn sie die Vaterschaft bzw. Mit-Mutterschaft entweder anerkannt hat (§§ 1594-1598 BGB-E) oder wenn diese gerichtlich festgestellt ist (§ 1598a BGB-E). Hierfür ist erforderlich, dass der Mann leiblicher Vater ist (§ 1598b BGB-E) oder ein Fall der ärztlich unterstützten künstlichen Befruchtung i.S.d. § 1598c BGB-E vorliegt.

¹ BVerfG v. 26.3.2019 – 1 BvR 673/17.

² Siehe jüngst BGH v. 20.3.2019 – XII ZB 530/17 zu einem in der Ukraine von einer Leihmutter geborenen Kind, das alsbald nach der Geburt nach Deutschland verbracht wurde.

³ OLG München NJW-RR 2018, 516; siehe zudem das obiter dictum am Ende in BGH v. 20.3.2019 – XII ZB 530/17.

III. Anfechtungsmöglichkeit und Ausschluss der Anfechtung

Die Vaterschaft und künftig die Mit-Mutterschaft gelten – wie bisher – nicht, wenn aufgrund einer Anfechtung gerichtlich festgestellt wird, dass der Mann nicht der Vater oder die Frau nicht die Mit-Mutter ist (§ 1599 BGB).

Eine Neuregelung erfährt die gerichtliche Feststellung der Elternschaft bei künstlicher Befruchtung. Bisher schließt § 1600 Abs. 4 BGB nur die Anfechtung der Vaterschaft durch den Mann und die Mutter aus. Nunmehr wird nach dem neuen § 1600 Abs. 2 BGB-E auch die Anfechtungsbefugnis des Samenspenders ausgeschlossen, aber nur im Falle des § 1598c BGB-E (zur Kritik daran siehe unten).

C. Vom DiskTE erfasste und nicht erfasste Fallkonstellationen

I. Allgemeines

Zu den herkömmlichen Fällen fraglicher Abstammung (außerehelicher Verkehr, nicht mit einander verheiratete Eltern) treten zum einen die Kinder, die mittels der modernen Fortpflanzungsmedizin gezeugt worden sind und zum anderen die Kinder, die als leibliche oder nicht leibliche Kinder in gleichgeschlechtliche Beziehungsformen hinein geboren worden sind. Zwei verheiratete Väter sind naturgemäß ausgenommen, hier lässt sich eine „Mit-Vaterschaft“ nach wie vor nur über eine Adoption erreichen.

II. Differenzierung zwischen ärztlich unterstützter und sonstiger künstlicher Befruchtung

Der DiskTE differenziert im Ergebnis zwischen der ärztlich unterstützten künstlichen Befruchtung i.S.d. § 1598c BGB-E und anderen Fällen der künstlichen Befruchtung. Dies hat Auswirkungen auf allen Ebenen der Vaterschaft bzw. Mit-Mutterschaft.

1. Vaterschaft/Mit-Mutterschaft aufgrund Ehe oder Anerkennung

Wenn die Eltern verheiratet sind, ist zunächst die Ehefrau/der Ehemann rechtliche Mit-Mutter/Mit-Vater nach § 1591 Abs. 1 Nr. 1 und Abs. 2 Nr. 1 BGB-E. Bei nicht verheirateten Paaren wird derjenige/diejenige Vater/Mit-Mutter, der/die dies anerkennt. Diese Formen der Elternschaft treten unabhängig davon ein, ob es sich um eine künstliche Befruchtung oder nicht handelt. Eine Differenzierung erfolgt aber auf Ebene der Anfechtung, die die Vaterschaft/Mit-Mutterschaft beseitigt.

a) Anfechtungsrecht des Vaters/der Mit-Mutter in allen Fällen der künstlichen Befruchtung ausgeschlossen

Besteht eine Ehe mit der Mutter, sind Vater und Mit-Mutter des Kindes nach § 1600 Abs. 1 Nr. 1 BGB-E grundsätzlich anfechtungsberechtigt. Die Anfechtung ist aber ausgeschlossen, wenn das Kind durch künstliche Befruchtung mittels Samenspende eines Dritten gezeugt wurde und der Vater bzw. die Mit-Mutter – in welcher Form auch immer – eingewilligt hat (§ 1600 Abs. 4 BGB bzw. § 1600b BGB-E). Dieser Ausschluss gilt unabhängig von der Art der

Samenspende – sie gilt also auch bei der privaten „Becherspende“. Der Ausschluss der Anfechtung gilt nach dem Entwurf sogar für den in Deutschland verbotenen Fall der Embryospende.

b) Anfechtungsrecht des Samenspenders nur in den Fällen der künstlichen Befruchtung i.S.d. § 1598c BGB-E ausgeschlossen

aa) Bisherige Rechtslage

Nach der bisherigen Rechtslage hat der Samenspender im Ergebnis grundsätzlich ein Anfechtungsrecht nach § 1600 Abs. 1 Nr. 2 BGB.⁴ Dieses soll ausgeschlossen sein bei einer anonymen Samenspende.⁵ Das Anfechtungsrecht des Samenspenders soll dem BGH zufolge auch dann ausgeschlossen sein, wenn eine konsentiertere heterologe Insemination vorliegt.⁶ Insoweit wird ein konkludenter Verzicht des Samenspenders auf die Anfechtung angenommen.⁷ Hierbei hat der BGH nicht danach differenziert, ob es sich um eine ärztlich unterstützte künstliche Befruchtung handelt, im entschiedenen Fall handelte es sich um eine private „Becherspende“.

bb) Lösung nach dem DiskTE

Im DiskTE ist nun vorgesehen, das Anfechtungsrecht des Samenspenders „*im Falle einer künstlichen Befruchtung nach § 1598c Absatz 1*“ auszuschließen (§ 1600 Abs. 2 BGB-E). Es ist daher fraglich, ob am Ausschluss des Anfechtungsrechts bei einer privaten „Becherspende“ entsprechend der BGH-Entscheidung wegen eines konkludenten Verzichts festgehalten werden kann. Der Umkehrschluss aus § 1600 Abs. 2 BGB-E spricht dagegen, ebenso, dass § 1600b BGB-E das Anfechtungsrecht des Vaters und der Mit-Mutter unabhängig davon ausschließt, welche Art der künstlichen Befruchtung erfolgt ist (s. o.). Im Fall der privaten „Becherspende“ hätte der Vater bzw. die Mit-Mutter aufgrund Ehe oder Anerkennung daher ein erhöhtes Anfechtungsrisiko. Die Anfechtung wäre freilich nach § 1600a Abs. 2 BGB-E nur erfolgreich, wenn zwischen dem Vater bzw. der Mit-Mutter und dem Kind keine sozial-familiäre Beziehung besteht (mit Ausnahme der ersten sechs Lebensmonate).

Der diesbezügliche Regelungsansatz des DiskTE hinsichtlich des Anfechtungsrechts ist kohärent mit dem Fall, in dem das Kind keinen rechtlichen Vater bzw. keine rechtliche Mit-Mutter hat. Denn in diesem Fall kann der Samenspender nur dann nicht als Vater festgestellt werden, wenn ein Fall der ärztlich unterstützten künstlichen Befruchtung vorliegt (§ 1598c Abs. 1 BGB-E). Die Regelungen decken sich insoweit.

Diese Kohärenz ist aber nicht zwingend. Zweckmäßiger und mehr im Sinne der Betroffenen erscheint es, eine Kohärenz mit § 1600b BGB-E herzustellen. Das läge zudem auf der Linie der bisherigen Linie der BGH-Rechtsprechung. Damit würde das Anfechtungsrecht des Samenspenders wie bisher ausgeschlossen, wenn eine konsentiertere heterologe künstliche Be-

⁴ BGH NJW 2013, 2589; Palandt/*Brudermüller*, § 1600 Rn. 12 (auch wenn der Wortlaut „beiwohnen“ eher dagegen zu sprechen scheint).

⁵ MüKoBGB/*Wellenhofer*, § 1600 Rn. 18; Entwurfsbegründung S. 43, dort zu Doppelbuchstabe cc, Abs. 2 Satz 2.

⁶ BGH NJW 2013, 2589; Palandt/*Brudermüller*, § 1600 Rn. 12, s.a. Entwurfsbegründung S. 43, dort zu Doppelbuchstabe cc Abs. 2.

⁷ BGH NJW 2013, 2589; kritisch hierzu Palandt/*Brudermüller*, § 1600 Rn. 12.

fruchtung vorliegt, ohne dass es darauf ankäme, ob diese ärztlich unterstützt erfolgt oder nicht. Dann käme man zu folgender Situation.

- Wenn das Kind eine(n) rechtliche(n) Vater/Mit-Mutter hat (sei es wegen Ehe oder Anerkennung), kann der Samenspender unabhängig von der Methode nicht anfechten. Auch Vater bzw. Mit-Mutter können nicht anfechten nach § 1600b BGB-E. Das Kind hat entsprechend dem Gesetzesziel zwei rechtliche Eltern.
- Wenn das Kind keine(n) rechtliche(n) Vater/Mit-Mutter hat, kann der Samenspender als Vater festgestellt werden nach § 1598b BGB-E. Das ist nur dann ausgeschlossen, wenn ein Fall des § 1598c Abs. 1 BGB-E vorliegt. Ein solcher liegt bei der privaten Samenspende aber gerade nicht vor und bei der ärztlich unterstützten künstlichen Befruchtung werden die Eltern nach § 1598c Abs. 2 BGB-E festgestellt. Damit hat das Kind in allen Fällen entsprechend dem Gesetzesziel zwei rechtliche Eltern.

Wir regen daher an, in § 1600 Abs. 2 BGB-E den Verweis auf § 1598c Absatz 1 zu streichen und durch einen Verweis auf § 1600b zu ersetzen.

2. Vaterschaft/Mit-Mutterschaft aufgrund gerichtlicher Feststellung

Besteht keine Vaterschaft bzw. Mit-Mutterschaft aufgrund Ehe oder Anerkennung, kann die Vaterschaft/Mit-Mutterschaft gerichtlich festgestellt werden nach § 1598a bis 1598c BGB-E. Hier gibt es zwei Fälle, erstens die Feststellung der Vaterschaft aufgrund leiblicher Abstammung (§ 1598b) und zweitens die Feststellung bei künstlicher Befruchtung (§ 1598c BGB). Dabei ist in § 1598c BGB sowohl die Inanspruchnahme einer Einrichtung im Sinne des § 1598c Abs. 1 i.V.m. § 1a Nr. 9 TPG als auch in Abs. 1 Nr. 2 der Fall erfasst, in dem eine private Samenspende vorliegt, die aber dann ärztlich assistiert für eine künstliche Befruchtung verwendet wird. Dabei entfallen die bisherigen § 1600 Abs. 3 und 4 BGB, ohne dass für die nichtanonyme Samenspende etwas an deren Stelle treten würde.

Ungeregelt bleibt letztlich also **nur** der Fall der rein privaten Samenspende („Becherspende“, also bei dem der Samen privat entnommen und zur Befruchtung verwendet wird). Der Entwurfsverfasser hat hierzu vertreten, dass eine Vaterschaft/Mit-Mutterschaft bei einer rein privaten Becherspende nicht festgestellt wird, auch um sicherzustellen, dass das Kind über das Samenspenderregistergesetz seinen leiblichen Vater erfährt. Mag dies auch einer intensiven Diskussion in der Rechtspolitik und in der Zivilgesellschaft bedürfen, so sprechen gute Gründe für diese Meinung. Doch auch in diesen Fällen steht der Weg der Adoption offen.

Hierbei könnte aber übersehen werden, dass die Voraussetzung der ärztlich unterstützten künstlichen Befruchtung aus Sicht der Betroffenen möglicherweise eine relativ hohe Zugangshürde aufbaut. Zwar sind die hierzu erlassenen Richtlinien der Bundesärztekammer in den letzten 20 Jahren zunehmend an den medizinischen Fortschritt und die gesellschaftliche Entwicklung angepasst worden. Es bleibt das Kostenproblem, da eine Insemination, deren Kosten der Krankenversicherer übernimmt, nicht immer gleich zum Erfolg führt. Wie uns aus Kreisen der Betroffenen berichtet wird, sind die Zugangshürden für gleichgeschlechtliche Paare, erst recht wenn diese nicht verheiratet sind, eher noch höher. So gehen viele der Paare mit unerfülltem Kinderwunsch ins Ausland, vorzugsweise nach Dänemark. Für ein dort durch künstliche Insemination gezeugtes Kind dürfte jedoch der Weg zu juristischen Eltern nach § 1598c BGB-E nicht offen stehen. Zudem berichten gleichgeschlechtliche Paare, dass ihnen der Kinderwunsch durch eine nichtanonyme Samenspende aus dem Bekanntenkreis (sog. „Becherspende“) erfüllt worden ist.

Ob dieses Ausweichen auch künftig erfolgen wird oder ob sich diese Betroffenen durch das vom DiskTE vorgesehene Konzept überzeugen lassen und künftig der genannte Tourismus in andere Staaten bzw. Becherspenden ein Ende haben oder zumindest weniger genutzt werden, können wir naturgemäß nicht beantworten.

Unklar scheint, inwieweit ausländische Einrichtungen unter § 1a Nr. 9 TPG subsumiert werden können. Soweit sich solche Einrichtungen im EU-Ausland befinden, könnten sich Fragen der Dienstleistungsfreiheit stellen.

III. Eizell- und Embryonenspende

Die Eizellspende ist zwar nach dem TPG verboten, abstammungsrechtlich werden aber die meisten Fälle durch den Entwurf geregelt:

- Die Mutter, die ein Kind aus einer Eizell- (oder Embryonen-) Spende gebiert, ist nach § 1591 BGB Mutter. Der Gesetzentwurf wendet sich ausdrücklich gegen die Möglichkeit, die Eizellenspenderin als Mutter anzuerkennen.⁸
- Vater/Mit-Mutter ist der Ehemann/Ehefrau bzw. der/die Anerkennende. Bei keiner Ehe/Anerkennung bleibt die Möglichkeit der gerichtlichen Feststellung des leiblichen Vaters nach § 1598b BGB-E. Diese Norm gilt aber nur für den leiblichen Vater, eine Feststellung der Eizellenspenderin als leibliche Mutter ist ausgeschlossen, auch wenn diese Partnerin der Mutter ist.⁹
- Auch für den Fall der Embryonenspende (d.h. Einsetzen einer befruchteten Eizelle) gilt § 1598c BGB-E (nach Abs. 1 Satz 2).

Damit sind letztlich wiederum nur die Fälle bewusst nicht über das Kindschaftsrecht geregelt, in denen keine ärztlich unterstützte Befruchtung stattgefunden hat. Es bleibt, wie gesagt, die Adoption als Möglichkeit bestehen.

IV. Offene Fragen

Der DiskTE lässt – was ihm wegen seines Teilregelungscharakters nicht vorzuwerfen ist – noch einige Fragen offen:

- Wie ist sichergestellt, dass es nicht zu einer Eheschließung durch Samenspende gezeugter halbbürtiger Geschwister oder zur Eheschließung zwischen durch Samenspende gezeugten und konventionell gezeugten halbbürtigen Geschwistern kommt (vgl. § 1307 BGB). Hierzu sei darauf hingewiesen, dass beim in §§ 1307 BGB, 173 StGB geregelten Inzestverbot jedenfalls für das Zivilrecht ohnedies zweifelhaft ist, ob Bedarf gesetzlicher (oder gar strafrechtlicher) Sanktionierung besteht. Lässt man den Bereich der Fortpflanzungsmedizin unregelt, so verstärken sich die Zweifel auch an der Verfassungsmäßigkeit dieser Vorschrift schon deshalb, weil staatliche Vollzugsdefizite grundsätzlich zu einer intensiveren verfassungsrechtlichen Prüfung am Maßstab des Art. 3 Abs. 1 GG führen. Eine Regelanfrage des Standesamts beim Samenspenderregister ist keine ernsthafte Alternative. Sofern das ehewillige Kind selbst

⁸ Begründung zu § 1598b, dort erster Absatz (S. 32 unten). So auch die bisherige Rechtslage, siehe jüngst BGH v. 20.3.2019 – XII ZB 530/17.

⁹ Begründung zu § 1598b, dort dritter Absatz (S. 33 oben).

Verdacht schöpft, könnte es beim Samenspenderregister anfragen. § 1600g BGB-E bietet allerdings keine Rechtsgrundlage für genetische Untersuchungen im Rahmen des § 1307 BGB.

- Wie ist sichergestellt, dass durch Samenspende gezeugte Kinder nicht Erben ihres genetischen Vaters werden?

Dazu folgendes

Beispiel:

Über eine Typisierungsaktion (z.B. bei der Suche nach Knochenmarksspendern oder bei der Fahndung nach einem Serienmörder) stellt sich die Verwandtschaft des durch Samenspende gezeugten Kindes K (40 Jahre) und seines 75-jährigen Vaters V heraus. Wenig später verstirbt V kinderlos und unverheiratet. K beantragt einen Erbschein.

Selbst wenn die Voraussetzungen des § 1a Nr. 9 TPG vorlagen, ist die Einwilligung des Spenders nach § 1598c Abs. 1 BGB-E nicht mehr nachweisbar. Die Aufbewahrungsfrist von zehn Jahren nach § 2 Abs. 4 Satz 2 SaRegG gilt jedoch noch nicht einmal für die Erklärung des Spenders nach § 2 Abs. 1 SaRegG. Im Samenspenderregister ist nach § 7 Abs. 2, § 2 Abs. 2 Satz 1 und § 2 Abs. 3 Satz 1 SaRegG die Einwilligung des Spenders nicht gespeichert. Hier kann im Erbscheinsverfahren allenfalls mit Vermutungen der Richtigkeit und Vollständigkeit der Einwilligung gearbeitet werden. Denn es lässt sich nicht ausschließen, dass K durch einen „Seitensprung“ seiner Mutter M gezeugt wurde. Immerhin darf in den Fällen des § 1598c BGB-E der Spender nicht als Vater festgestellt werden. Der Erbscheinsantrag des K wäre daher jedenfalls aus diesem Grund zurückzuweisen.

Was aber ist, wenn K nicht in einer Einrichtung nach § 1a Nr. 9 TPG gezeugt wurde? Wie ist dann über den Erbscheinsantrag des K zu entscheiden?

Abwandlung: V verstirbt völlig mittellos und hat die letzten Jahre Sozialleistungen bezogen. Der Träger dieser Leistungen nimmt K aufgrund gesetzlicher Unterhaltspflicht in Anspruch.

D. Formerfordernisse

Zu Recht behält der Entwurf die Formerfordernisse nach § 1597 Abs. 1 BGB bei. Die Anerkennung hat weitreichende Rechtswirkungen, die von der elterlichen Sorge über die wechselseitige Unterhaltspflicht bis hin zum Erbrecht, Sozial- und Rentenrecht reichen. Aus notarieller Sicht sollte eine Erweiterung des Begriffs der erbfolgerrelevanten Urkunden im Sinne von § 78d Abs. 2 BNotO erwogen werden. Das Formerfordernis ist auch rechtssystematisch richtig. Hierzu wird auf §§ 1626d Abs. 1, 1750 Abs. 1 Satz 2, 1752 Abs. 2 Satz 2 BGB verwiesen.

Demgegenüber sieht § 1598c Abs. 2 BGB-E nur eine (qualifizierte) Schriftform vor. Das ist rechtssystematisch und teleologisch verfehlt. Auch hier ist die notarielle Beurkundung angebracht.

I. Erklärungen der Betroffenen im Zusammenhang mit einer ärztlich unterstützten künstlichen Befruchtung nach § 1598c BGB-E

§ 1598c BGB-E regelt für den Fall der heterologen künstlichen Befruchtung¹⁰ zum einen, unter welchen Voraussetzungen die gerichtliche Feststellung der Vaterschaft eines Samenspenders ausgeschlossen ist (Abs. 1), und zum anderen, wer in solchen Fällen als Vater oder Mit-Mutter festzustellen ist (Abs. 2).

- Der Samenspender kann nach § 1598c Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BGB-E erreichen, dass er später nicht als rechtlicher Vater des Kindes festgestellt wird, indem er ausdrücklich auf die Elternschaft verzichtet und sein Einverständnis mit der Aufnahme seiner Daten nach § 2 Abs. 2 Satz 1 SaRegG erklärt.¹¹
- Nach § 1598c Abs. 2 BGB-E ist als Vater oder Mit-Mutter festzustellen, wer „in Übereinstimmung mit der Mutter“ in die künstliche Befruchtung eingewilligt hat. Haben mehrere Personen eingewilligt, ist die letzte Einwilligung maßgeblich.

II. Inkonsistenz des Regelungsentwurfs mit dem bisherigen Regelungssystem

§ 1598c Abs. 3 BGB-E sieht vor, dass die vorgenannten Erklärungen der Schriftform bedürfen (unter Ausschluss der elektronischen Form). Im Hinblick auf die Erklärungen des intendierten Vaters und der Mit-Mutter ist das systemwidrig und inkonsistent mit dem übrigen Regelungssystem.

Nach der gegenwärtigen Rechtslage kann die rechtliche Elternschaft aufgrund einer Willenserklärung nur aufgrund einer Anerkennung oder einer Adoption erworben werden. Die dazu erforderlichen Erklärungen sind formbedürftig.¹² So sieht § 1597 Abs. 1 BGB vor, dass die Anerkennung des Vaters (sowie künftig die der Mit-Mutter) öffentlich beurkundet werden muss. Die im Rahmen eines Adoptionsantrags abzugebenden Erklärungen sind nach §§ 1750, 1772 BGB notariell zu beurkunden. An diesen Formvorschriften will auch der DiskTE zu Recht nicht rütteln. Denn diese Formvorschriften erfüllen einen wichtigen Zweck. Die zwingende Form hat zum einen **Kontroll- und Warnfunktion**. Die beurkundende Stelle soll die Gültigkeit aller die Anerkennung tragenden Rechtshandlungen nachprüfen und die Erklärenden durch sachgerechte Belehrung vor Übereilung schützen.¹³ Zudem hat der Formzwang eine **Beweisfunktion**, er soll der erleichterten Nachprüfung der Gültigkeit der Erklärungen dienen.¹⁴

§ 1598c Abs. 3 BGB-E fügt sich nicht in dieses bestehende Regelungssystem ein, obwohl die Norm systematisch im selben Zusammenhang steht und dieselben Folgen – nämlich eine rechtliche Elternschaft und eine rechtliche Nicht-Elternschaft – hat.

¹⁰ Entwurfsbegründung zu § 1598c BGB-E (Seite 33).

¹¹ Daneben erfolgt eine gerichtliche Feststellung der Vaterschaft auch dann nicht, wenn er seinen Samen einer Entnahmeeinrichtung i. S. d. § 2 Abs. 1 Satz 1 SaRegG zur Verfügung stellt.

¹² Das gilt selbst dann, wenn man die Vaterschaft und künftig die Mit-Mutterschaft aufgrund der mit der Mutter bestehenden Ehe ebenfalls als solch einen Fall ansieht, in dem die Vaterschaft/Mit-Mutterschaft allein aufgrund einer Willenserklärung (in diesem Fall der Heirat) erworben wird. Denn auch die Eheschließung wird bekanntermaßen öffentlich beurkundet.

¹³ So die Begründung zu § 1597 BGB, BT-Drs. 5/2370, 29.

¹⁴ Zu den Formzwecken im Rahmen des § 1597 BGB MüKoBGB/ *Wellenhofer*, § 1597 BGB Rn. 1.

Auch die Erklärung nach § 1598c Abs. 1 hat eine nicht zu unterschätzende rechtliche Tragweite. Sie entspricht rechtstechnisch einer antizipierten Freigabe des noch gar nicht gezeugten Kindes zur Adoption. Der Widerspruch zu § 1747 Abs. 2 Satz 1 BGB mag zwar in der Natur der Sache liegen, ist aber augenfällig.

Im Gegensatz zur Adoption ist die Einwilligung zudem nur bis zur Befruchtung widerruflich. Sarkastisch ließe sich anmerken, dass eine gesondert zu unterzeichnende Widerrufsbelehrung nicht vorgesehen ist. Ein der nachträglichen Aufhebung der Adoption vergleichbares Institut gibt es nicht. Der Spender ist dem Wanderer aus Franz Schuberts Winterreise vergleichbar: *„Einen Weiser seh' ich stehen unverrückt vor meinem Blick; eine Straße muss ich gehen, die noch keiner ging zurück.“* Warum soll im Gegensatz zur Anerkennung oder Adoptionseinwilligung hier ein unterschriebener Vordruck reichen? In der Realität des Gesundheitswesens wird doch die Arzthelferin diese Einwilligung zusammen mit der Datenschutzerklärung, der Wahlleistungsvereinbarung, dem medizinischen Aufklärungsbogen und sonstigen Erzeugnissen unserer Gesundheitsbürokratie dem Spender zum Unterschreiben vorlegen, vielleicht gar noch im Wartezimmer mit Auto-Bild als Schreibunterlage, bevor es in die Kabine geht?

III. Auch bei künstlicher Befruchtung ist eine Beurkundung der Erklärungen des Vaters/der Mit-Mutter geboten

Für die Erklärungen nach § 1598c Abs. 2 BGB-E sollte daher vorgeschrieben werden, dass diese notariell beurkundet werden müssen. Nur eine entsprechende Formvorschrift gewährleistet – wie bei den anderen Elternschaften aufgrund Willenserklärung – informierte Entscheidungen der Betroffenen sowie Rechtssicherheit.

Die Einwilligung des Vaters bzw. der Mit-Mutter nach § 1598c Abs. 2 BGB-E hat weitreichende Folgen. Mit der Vaterschaft bzw. der Mit-Mutterschaft werden vielfältige Rechte und Pflichten erworben, genannt sei hier lediglich die elterliche Sorge (inkl. der Unterhaltspflicht) und das gesetzliche Erb- und nicht entziehbare Pflichtteilsrecht. Dies hat nicht nur Einfluss auf künftige, sondern auch auf bestehende andere Rechtsverhältnisse.

1. Formzwang ist eine bewusste und gewollte Hürde, um eine ausreichende Kontroll- und Warnfunktion zu gewährleisten

Der Entwurf lässt die Schriftform genügen, *„um die Hürde zur Schaffung der Voraussetzungen für eine Feststellung der Vaterschaft oder Mit-Mutterschaft nach Absatz 2 nicht zu hoch zu legen“*.¹⁵ Diese Aussage schätzt die Funktion von Formvorschriften zu Unrecht gering. Selbstverständlich stellt das Beurkundungserfordernis eine höhere Hürde als die Schriftform dar. Das ist gerade auch Sinn und Zweck einer solchen Formvorschrift. Die Warnfunktion bei einer notariellen Beurkundung ist wesentlich stärker ausgeprägt als bei einem bloßen Schriftformerfordernis. Eine notarielle Beurkundung signalisiert den Betroffenen ganz deutlich: *„Jetzt wird's ernst.“*

¹⁵ Entwurfsbegründung zu § 1598c Abs. 3 Satz 1, dort dritter Absatz, Satz 1, 1. Halbsatz (S. 37).

2. Nachweisfunktion ist durch Schriftform nicht äquivalent gewährleistet

Der Nachweis der Abgabe der Einwilligungen nach Absatz 2 ist dem Entwurf zufolge auch durch das Schriftformerfordernis gesichert.¹⁶ Das ist nicht richtig. Bei der bloßen Schriftform ist die Nachweisfunktion nicht äquivalent gewährleistet. Notare bewahren ihre Urkunden über einen Zeitraum von 100 Jahren sicher auf (demnächst im elektronischen Urkundenarchiv). Das gewährleistet, dass der Rechtsverkehr auch Jahrzehnte später sicher auf die entsprechenden Erklärungen zurückgreifen kann. Bei einer bloßen schriftlichen Erklärung ist das nicht in gleicher Weise der Fall. Auf das Beispiel oben C. IV. wird verwiesen.

Zudem besteht auch im Rahmen des § 1598c BGB-E die Möglichkeit, die beurkundete Erklärung durch entsprechende Folgeänderung des § 78d BNotO im Zentralen Testamentsregister zu vermerken. Im Beispielsfall oben 1. wäre somit nachweisbar, dass der genetische Vater eine anonyme Samenspende abgegeben hat. Würde die Kindsmutter noch leben, könnte sie in einem Nachlassverfahren hierzu angehört werden. Die Überzeugungsbildung eines Gerichts wäre somit zumindest einfacher.

3. Belehrung durch Notare

Der oder die Betroffene wird durch die entsprechende Belehrung (§ 17 Abs. 1 BeurkG) informiert. Vor oder spätestens bei der Beurkundung wird besprochen, welche rechtlichen Folgen die Erklärung hat und welche Maßnahmen ggf. sonst getroffen werden können oder sollten. Letztgenannter Aspekt betrifft etwa mögliche Auswirkungen auf Verfügungen von Todes wegen und deren Anpassung oder gesellschaftsrechtliche Angelegenheiten.

4. Belehrung durch Ärzte ist keine Alternative

Die Entwurfsbegründung geht hingegen offenbar davon aus, dass *„eine ausreichende Belehrung auch durch die Kinderwunschklinik erfolgen [kann].“* Dabei soll sich *„eine entsprechende Pflicht zur Belehrung durch die Kinderwunschklinik z.B. durch Aufnahme entsprechender Regelungen in den Pflichtenkatalog bei Kinderwunschbehandlungen einführen“* lassen.¹⁷

Diese Annahme geht offenbar fehl. Nach Tz. 2.2.3 Abs. 3 der Richtlinien der Bundesärztekammer zur Entnahme und Übertragung von menschlichen Keimzellen im Rahmen der assistierten Reproduktion¹⁸ gilt für die Aufklärung bei der heterologen Verwendung von Samenzellen durch Ärzte Folgendes:

„Der Arzt nimmt keine rechtliche Beratung vor. Aufgrund der komplexen Gesetzeslage und der weitreichenden Konsequenzen wird in diesem Zusammenhang empfohlen, auf die Möglichkeit einer rechtlichen Beratung durch einen Rechtsanwalt oder Notar auch mit Blick auf einen ggf. notariell beglaubigten Vertrag hinzuweisen.“

Die Hoffnung der Entwurfsverfasser, dass Ärzte die entsprechende rechtliche Belehrung durchführen, erweist sich also als trügerisch. Sie wäre auch weder sachgerecht noch sinn-

¹⁶ Entwurfsbegründung zu § 1598c Abs. 3 Satz 1, dort dritter Absatz Satz 1, 2. Halbsatz (S. 37).

¹⁷ Entwurfsbegründung zu § 1598c Abs. 3 Satz 1, dort dritter Absatz, Sätze 3 und 4 (Seite 33).

¹⁸ http://www.baek.de/Rili_assReproduktion_2018.

voll. Die Belehrung über die rechtlichen Folgen einer Willenserklärung sollte Personen obliegen, die dafür ausgebildet wurden und darin geschult sind. Ärzte haben im Rahmen einer ärztlich unterstützten künstlichen Befruchtung vielfältige andere Belehrungspflichten in den Bereichen, in denen sie ausgebildet und geschult sind, die rechtlichen Konsequenzen gehören aber nicht dazu. Letztlich stellt sich auch die Frage der Haftung für eine fehlerhafte rechtliche Belehrung, falls diese durch den Arzt in der Kinderwunschklinik durchgeführt würde. Haftet die Klinik dann? Kann diese Haftung vertraglich ausgeschlossen werden? Alle diese Probleme umgeht man, wenn man, wie die Bundesärztekammer, eine sachgerechte Abgrenzung der verschiedenen Kompetenzen vornimmt. Dass in jedem einzelnen Fall eine qualifizierte rechtliche Belehrung erfolgt, kann schlicht dadurch sichergestellt werden, dass ein entsprechendes Beurkundungserfordernis normiert wird, statt eine neue sachfremde Pflicht zur rechtlichen Belehrung für Ärzte vorzusehen.

Es stellt sich die Frage, weshalb sich der Entwurfsverfasser auf dieses Glatteis bewegt und eine Pflicht zur Belehrung durch Ärzte (im „Pflichtenkatalog bei Kinderwunschbehandlungen“) fordert. Der Entwurfsbegründung zufolge steht *„hinter dem Absehen vom Beurkundungszwang [...] die Erwartung, dass sich die Chancen der Einhaltung des Formerfordernisses des Absatzes 3 erhöhen. Ziel des Entwurfs ist es nämlich, möglichst dafür zu sorgen, dass dem Kind ein zweiter Elternteil zugeordnet werden kann.“*¹⁹ Diese Begründung ist nicht haltbar. Das skizzierte Ziel, dass dem Kind ein zweiter Elternteil zugeordnet werden kann, wird bei einem Formerfordernis ganz einfach dadurch erreicht, dass der Arzt nur dann im Rahmen einer ärztlich unterstützten künstlichen Befruchtung tätig werden darf – und nur in einem solchen Fall greift § 1598c BGB-E ja überhaupt –, wenn er die entsprechende Einwilligung in gehöriger Form vorliegen hat. Auch nach dem bisherigen Entwurf muss er prüfen, ob die Einwilligung in Schriftform vorliegt. Ein Unterschied besteht lediglich insoweit als bei einem Beurkundungserfordernis der Arzt schlicht prüfen muss, ob eine beurkundete Erklärung vorliegt, bei einem Schriftformerfordernis muss er prüfen, ob eine schriftliche Erklärung vorliegt und ob diese den nötigen Inhalt hat. Im Gegensatz zur Forderung des Gesetzesentwurfs, Ärzte zur rechtlichen Beratung zu verpflichten, wäre eine solche Prüfung jedem Arzt ohne Weiteres auch möglich und wirft keine weitere Schwierigkeiten auf.

E. Art 2 DiskE

Wir begrüßen die Änderung des LPartG. Damit wird inhaltlich das Gesetz, was der Deutsche Notarverein in seiner Stellungnahme vom 17.2.2014 vorgeschlagen hatte. Damit dürfte die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 19.2.2013, 1 BvL 1/11 im erforderlichen Umfang umgesetzt sein.

Für Ergänzungen und Rückfragen stehen wir gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen



Dr. Oliver Vossius

¹⁹ Entwurfsbegründung zu § 1598c Abs. 3 Satz 1, dort dritter Absatz, Satz 2 (Seite 33).