



Deutscher Anwaltverein

Arbeitsgemeinschaft  
Medizinrecht

---

# 20. Herbsttagung

vom 11. bis 12. September 2020 in Berlin

---

## **Die neue Richtlinie zu § 16b TPG – quo vadis Reproduktionsmedizin nach Aufgabe der (Muster-)Richtlinien**

---

Rechtsanwalt Dr. Rudolf Ratzel

München

---



RATZEL RECHTSANWÄLTE\*, Romanstraße 77, 80639 München

Deutscher Anwaltverein  
Arbeitsgemeinschaft Medizinrecht

**Datum:** München, den 8. September 2020  
**Unser Zeichen:** 177/02RA44/RA  
**Sachbearbeiter:** RA Dr. Ratzel  
**E-Mail:** info@ratzel-rechtsanwaelte.de

#### RECHTSANWÄLTE

**Dr. iur. Rudolf Ratzel**  
Rechtsanwalt und Partner  
Fachanwalt für Medizinrecht  
Mitglied der Ethikkommission der  
Med. Fakultät der LMU München

**Dr. iur. Nicola Heinemann**  
Rechtsanwältin und Partner  
Fachanwältin für Medizinrecht

**Dr. iur. Martin Greiff, Mag. rer. publ.**  
Rechtsanwalt und Partner  
Fachanwalt für Medizinrecht  
Compliance Officer (C.H.Beck)

**Peter Knüpper**  
Rechtsanwalt  
Spezialist für Zahnartzrecht

**Dr. iur. Henrike John**  
Rechtsanwältin  
Fachanwältin für Medizinrecht

**Dr. iur. Julia Garbe**  
Rechtsanwältin  
Fachanwältin für Medizinrecht

**Christian Rahn**  
Rechtsanwalt

Romanstraße 77, 80639 München  
Tel. +49.89.287 009-60  
Fax +49.89.287 009-77  
info@ratzel-rechtsanwaelte.de

Die neue Richtlinie zu § 16b TPG – quo vadis Reproduktionsmedizin  
Herbsttagung der Arbeitsgemeinschaft Medizinrecht 11./12.9. 2020 in Berlin

## 1. Rechtliche Grundlagen

Der Gesetzgeber war nicht verpflichtet, jede Regelung zu dieser Materie im Detail vorzugeben. Vielmehr konnte er den nichtstaatlichen Satzungsgeber ermächtigen, im Rahmen abgeleiteter Kompetenz den Normrahmen durch eigene Regelungen auszufüllen. Ein weiteres Konfliktfeld bestand darin, dass das Recht der Fortpflanzungsmedizin mittlerweile in die Kompetenz des Bundes fiel (Art. 74 Nr. 26 GG), während das Recht der Berufsausübung nach wie vor in den Kompetenzbereich der Länder gehört<sup>1</sup>. Mit anderen Worten gilt der Satz „Bundesrecht bricht Landesrecht“ nur für den Kern der Fortpflanzungsmedizin, nicht aber für Regelungen der Berufsausübung, für die dem Landesgesetzgeber die alleinige Kompetenz

<sup>1</sup>Art. 74 Nr. 19 GG gibt dem Bund nur die Kompetenz für den Berufszugang.



zusteht<sup>2</sup>. Erst recht sind strafrechtliche Normen wie z.B. das Embryonenschutzgesetz nicht geeignet, abschließend berufsrechtliche Regelungen zu ersetzen. Diese unterschiedlichen Ebenen dürfen nicht vermischt werden.

Der Schwerpunkt der regulatorischen Grenzlinien fand sich früher in den Richtlinien zur assistierten Reproduktion als Anlage zur MBO(s.u. zuletzt überarbeitet 2006), Einzelregelungen im SGB V (z.B. die Genehmigungspflicht für reproduktionsmedizinische Zentren § 121a<sup>3</sup>) und den dazugehörigen Richtlinien sowie der bislang ergangenen Rechtsprechung. Eine Gesamtkonzeption bleibt ggfls. einem noch zu schaffenden Fortpflanzungsmedizingesetz vorbehalten.<sup>4</sup> Die Kompetenz der Kammern zum Erlass derartiger Normen wurde vom Bundesverwaltungsgericht bejaht<sup>5</sup>. Die Gesetzgebungskompetenz der Länder ergibt sich aus Art. 70 GG. Hierauf gehen die jeweiligen Heilberufe-Kammergesetze der Länder zurück, die wiederum die Ermächtigungsnormen für die als Satzung zu verabschiedenden (Landes-) Berufsordnungen enthalten. Der Regelungsgegenstand der Berufsordnungen ist in diesen Heilberufe-Gesetzen zu konkretisieren<sup>6</sup>. Für die reproduktionsmedizinischen Fragen ergibt sich die Satzungsermächtigung z.B. für Nordrhein-Westfalen aus §§ 29, 31, 32 Nr. 15 HeilberufeG NRW. Diese Kompetenztitel sind hinreichend bestimmt<sup>7</sup>.

## 2. Die Richtlinien

Die früher im Anhang zur Berufsordnung abgedruckten Richtlinien<sup>8</sup> befassten sich mit den berufsrechtlichen Voraussetzungen, medizinischen Indikationen und Kontraindikationen, den

---

<sup>2</sup>BVerfGE 102, 26, 36 (Frischzellen); BVerfG, Beschl. v. 30.4.2004 – 1 BvR 2334/03, GesR 2004, 539 (Botox).

<sup>3</sup>Für Streitigkeiten wg. § 121a SGB V ist der Rechtsweg zu den Sozialgerichten auch dann gegeben, wenn die Genehmigung von der Ärztekammer erteilt wird, BSG, Beschl. v. 16.8.2000, Urt. v. 28.9.2005 – B 6 SF 1/00 R, SGB 2001, 316; BSG – B 6 KA 60/03 R, GesR 2006, 253 = MedR 2006, 370 kein Ermessen; LSG Baden-Württemberg, Urt. v. 5.12.2012 – L 5 KA 2791/12, MedR 2013, 136, keine defensive Konkurrentenklage gegen Genehmigung gemäß § 121a SGB V, da Regelungsziel von § 121a SGB V Patientenschutz und nicht Schutz vor weiterer Konkurrenz, aber aufgehoben durch BSG, Urt. v. 30.10.2013 – B 6 KA 5/13 R, GesR 2014, 359 = MedR 2014, 678; defensive Konkurrentenklage bereits niedergelassener Vertragsärzte mit entsprechender Genehmigung ausnahmsweise zulässig.

<sup>4</sup>Siehe hierzu *Gassner, Kersten, Krüger, Lindner, Rosenau, Schroth*, Augsburg-Münchner Entwurf für ein Fortpflanzungsmedizingesetz, 2013; *Richter-Kuhlmann*, Fortpflanzungsmedizin: Plädoyer für ein neues Gesetz, DÄBl. 2019 A 1262ff.;

<sup>5</sup>BVerwG, Beschl. v. 24.2.1992 – 3 B 95/91, NJW 1992, 1577 = MedR 1992, 226; gegen VG Stuttgart, Urt. v. 17.11.1989 – 4 K 2004/86, MedR 1990, 359; siehe aber Ham. BG Heilberufe; Beschl. v. 10.10.2000 – VI H.HeilB. 4/2000, Regelungen der Richtlinie über Qualifikation Arbeitsgruppenleiter unwirksam, weil Gesetzgebungskompetenz auf Bund übergegangen.

<sup>6</sup>*Pestalozza*, GesR 2006, 387 ff.; *Rixen*, VSSR 2007, 213 ff.

<sup>7</sup>BVerfG, Beschl. v. 9.5.1972 – 1 BvR 518/62 und 308/84, BVerfGE 33, 125 ff.; BVerfG, Beschl. v. 18.12.1974 – 1 BvR 259/66, BVerfGE 38, 281, 299.

<sup>8</sup>Bayern, Berlin und Brandenburg hatten die Richtlinien nie umgesetzt.



fachlichen, personellen und technischen Voraussetzungen sowie den sozialen Rahmenbedingungen. Ferner enthielten die Richtlinien Querverweise auf Bestimmungen des Embryonenschutzgesetzes, z.B. die Beschränkung der Übertragung auf drei Embryonen<sup>9</sup> und die Ersatzmutterschaft. Die Richtlinien wurden mit einem ausführlichen Kommentar (allerdings ohne Rechtsnormqualität) versehen. Sie wurden erstmals 1985 vom 88. Deutschen Ärztetag als Teil der MBO beschlossen. Die erste Überarbeitung erfolgte 1988 mit der grundsätzlichen Beschränkung der Methoden auf Ehepaare im homologen System. Ausnahmen sollten nur nach Anrufung einer entsprechend zu bildenden Kommission bei der Ärztekammer zugelassen werden. 1991 wurden die Methoden dem neuen Stand der Wissenschaft angepasst, 1993 entfiel u.a. die Meldepflicht von kryokonservierten Vorkernstadien gegenüber der zentralen Kommission der Bundesärztekammer. 1998 wurden heterologe Verfahren nach Zustimmung der Kommission in Ziff. 3.2. ausdrücklich erlaubt, die Anwendung der Methoden bei lesbischen Paaren oder alleinstehenden Frauen hingegen ausnahmslos untersagt. Die Richtlinien waren 2006 grundlegend novelliert worden<sup>10</sup>. Die frühere Beschränkung reproduktionsmedizinischer Verfahren auf Ehepaare wurde aufgehoben. Die Insemination nach hormoneller Stimulation ist ausdrücklich in die Richtlinien aufgenommen worden. Die besonderen fachlichen und technischen Voraussetzungen gelten jedoch nur für die Insemination nach hormoneller Stimulation. Die „normale“ intrauterine Insemination wurde nicht Gegenstand der Richtlinien und unterliegt auch nicht der Genehmigungspflicht gemäß § 121a SGB V. Das erst 1998 aufgenommene ausdrückliche Verbot der Anwendung der unter die Richtlinie fallenden Methoden bei lesbischen Paaren und alleinstehenden Frauen wurde aus dem Richtlinien text wieder entfernt. In Ziff. 2 werden die jeweiligen medizinischen Indikationen für die jeweiligen Methoden katalogmäßig aufgeführt. Erstmals werden in den Richtlinien für heterologe Inseminationen (Ziff. 2.1.6) sowie heterologe IVF und ICSI (Ziff. 2.1.7) medizinische Indikationen definiert. Gemäß Ziff. 5.3.1. war der Einsatz von heterologem Samen medizinisch zu begründen. In Ziff. 5.3.3.2. fanden sich besondere Dokumentationspflichten im Rahmen der Durchführung heterologer Verfahren, die letztlich zum Ziel haben sollten, dem derart gezeugten Kind zu einem späteren Zeitpunkt die Kenntnis seiner genetischen Abstammung zu ermöglichen (dazu unten). Seitens der Bundesärztekammer wurde beschlossen, die zuletzt 2006 überarbeiteten Richtlinien nicht weiter zu pflegen, sondern durch eine Richtlinie gemäß § 16b TPG zu ersetzen. Dies ist durch Beschluss der Bundesärztekammer am 6.12.2017 auf Empfehlung des Wissenschaftlichen

---

<sup>9</sup>Lilie, ZaeFQ 2006, 673 ff.

<sup>10</sup>(Muster-)Richtlinie zur Durchführung der assistierten Reproduktion, DÄ 2006, 1392.



Beirats im Einverständnis mit dem Paul-Ehrlich-Institut (PEI) geschehen.<sup>11</sup> Nach Abstimmung mit der zuständigen Fachaufsicht des BMG hat das PEI am 11.5.2018 sein Einvernehmen erklärt. Die Struktur ist völlig neu und orientiert sich an den Vorgaben des Gewebegesetzes, also insbesondere des TPG, der TPG-GewV, des AMG sowie der Arzneimittel- und WirkstoffherstellungsVO (AMWHV). Inhaltlich erfolgt eine klare Trennung zwischen den medizinisch-wissenschaftlichen Fragestellungen und den gesellschaftspolitischen Aspekten andererseits. Am 20.4.2018 wurde eine Anpassung an das im Juli 2018 in Kraft getretene Samenspenderregistergesetz beschlossen. Mit dieser auf § 16b TPG beruhenden Richtlinie ist erstmals eine bundeseinheitliche Regelung getroffen worden, die auch in den Bundesländern gilt, die die bisherigen Muster-Richtlinien nicht umgesetzt hatten. Nachdem Rechtsgrundlage § 16b TPG ist, dürfte die Bundeskompetenz frühere Länderkompetenzen zur Berufsausübung verdrängen. Breiten Raum nehmen Inhalt und Umfang der Aufklärung des Kinderwunschaars ein. Nicht erfasst ist die Spende und Übertragung von Embryonen. Im Gegensatz zu früheren Regelungen werden keine Festlegungen zur Zahl der in Kultur verbliebenen Embryonen getroffen. Grund hierfür sind die unterschiedlichen Auslegungsmöglichkeiten der sog. „Dreierregel“ (siehe nur „Deutscher Mittelweg“). Es gibt keine Ausschlussregel zu lesbischen Paaren (unabhängig ob verheiratet oder nicht) oder allein stehenden Frauen. Die neuen Regelungen des Samenspenderregistergesetzes wurden integriert. Deutlicher als bisher wird klargestellt, dass durch den Arzt keine Rechtsberatung erfolgt.

## ***II. Heterologe Verfahren***

### **1. Zulässigkeit**

Die IVF-Therapie ist nicht nur im Embryonenschutzgesetz als zulässige Methode der künstlichen Reproduktion vorausgesetzt, sondern auch in sozialrechtlichen Vorschriften (§ 27a SGB V) und von der Judikatur anerkannt. Allerdings wird ihre Anwendung im Rahmen der GKV unter eingehender Begründung mit dem Kindeswohl auf Ehepaare beschränkt und deshalb die Pflicht zur Kostenübernahme für heterologe In-vitro-Fertilisationen vom BSG abgelehnt<sup>12</sup>. Das BVerfG hat die gesetzgeberische Entscheidung in § 27a SGB V, Kosten im Rahmen der künstlichen Befruchtung nur bei Eheleuten und dort auch nur im homologen System zu übernehmen, gebilligt, dies aber im wesentlichen mit der Abwägungsprärogative

---

<sup>11</sup> [http://www.baek.de/Rili\\_assReproduktion\\_2018](http://www.baek.de/Rili_assReproduktion_2018); BAnz AT 20.7.2018, 83

<sup>12</sup> BSG, Urt. v. 20.12.1988 – 3 RK 24/89, NJW 1990, 2959 = VersR 1991, 360; BSG, Urt. v. 19.9.2007 – B 1 KR 6/07, Altersgrenze Männer 50 Jahre zulässig; BSG, Urt. v. 3.3.2009 – B 1 KR 7/08, Altersgrenze Frauen 40 Jahre zulässig, siehe aber jetzt BGH, Urt. v. 4.12.2019 – IV ZR 323/18, PKV muss auch bei 44-jähriger Frau zahlen, wenn Erfolgsaussichten positiv; BSG, Urt. v. 25.6.2009 – B 3 KR 9/09 R, Leistungsausschluss nach drei erfolglosen Versuchen verfassungsgemäß.



des Gesetzgebers begründet; ein generelles Unwerturteil heterologer Verfahren lässt sich der Entscheidung nicht entnehmen<sup>13</sup>. Interessant ist allerdings der Hinweis des Bundesverfassungsgerichts, die Ungleichbehandlung zwischen verheirateten und nicht verheirateten Paaren sei im Ergebnis nur deshalb kein Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG, weil es sich bei der Kinderwunschbehandlung durch künstliche Befruchtung nicht um Krankenbehandlung im eigentlichen Sinne, wie z.B. chirurgische Eingriffe handle (sic!), sondern vom Gesetzgeber nur den Regelungen für Krankenbehandlung unterworfen wurde<sup>14</sup>. Auch der BGH hat nur die homologe extra-korporale Befruchtung innerhalb der Ehe als medizinisch notwendige Heilbehandlung qualifiziert und die Einstandspflicht der Krankenkasse für zunächst drei Versuche bejaht<sup>15</sup>. Die früher strittige Frage, ob ein Kostenerstattungsanspruch auch dann besteht, wenn das Paar bereits ein Kind hat, ist in diesem Sinne positiv entschieden worden, so dass keine Ungleichbehandlung zwischen gesetzlich und privat Versicherten mehr besteht<sup>16</sup>. Strafrechtlich ist die gespaltene Vaterschaft ebenso wenig verboten wie die künstliche Befruchtung in nichtehelichen Lebensgemeinschaften, da das Embryonenschutzgesetz die Ehe nicht als Zulässigkeitsvoraussetzung<sup>17</sup> für die IVF präjudiziert. Verboten ist allerdings die geteilte Mutterschaft<sup>18</sup> § 1 Abs. 1 Nr. 2, 6 und 7 ESchG, während die geteilte Vaterschaft zweifellos erlaubt ist – ein offensichtlicher Widerspruch, der durchaus kritisch diskutiert werden mag<sup>19</sup>, allerdings der Regelungsbefugnis der Ärztekammern entzogen ist. Zu Recht bezeichnet *Taupitz* die im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens für diese Differenzierung vorgebrachten Gründe als „außerordentlich dürftig“.<sup>20</sup> Die behaupteten Nachteile für das Kindeswohl sind bis heute nicht einmal ansatzweise validiert nachgewiesen. Das Argument,

---

<sup>13</sup>BVerfG, Urt. v. 28.2.2007 – 1 BvL 5/03, GesR 2007, 188 ff., Gesetzgeber könnte aber andere Regelung treffen.

<sup>14</sup>BVerfG, a.a.O. Ziff. 3 a) unter Verweis auf BSG, Urt. v. 3.4.2001 – B 1 KR 40/00, BSGE 88, 62, 64, § 27a begründe einen eigenen Versicherungsfall.

<sup>15</sup>BGH, Urt. v. 17.12.1986 – IV a ZR 78/85, MedR 1987, 182; BGH, Urt. v. 23.9.1987 – IV a ZR 59/86, MedR 1988, 34; BGH, Urt. v. 21.9.2005 – IV ZR 113/04, NJW 2005, 3783 = MedR 2007, 107 zu den Voraussetzungen der medizinischen Notwendigkeit und der Erfolgsaussichten; Kosten als außergewöhnliche Belastung aber auch bei nicht verheiratetem Paar steuerlich zu berücksichtigen, wenn Maßnahme in Übereinstimmung mit BO, BFH, Urt. v. 10.5.2007 – III R 47/05, NJW 2007, 3596 unter Aufgabe der früheren Rechtsprechung.

<sup>16</sup>BGH, Urt. v. 12.7.2006 – IV ZR 173/05, VersR 2006, 1351; BGH, Urt. v. 13.9.2006 – IV ZR 133/05, NJW 2006, 3560

<sup>17</sup>Kostenerstattung in PKV auch bei nichtehelichen Lebensgemeinschaften, LG Dortmund, Urt. v. 10.4.2008 – 2 O 11/07; dagegen LG Köln, Urt. v. 17.1.2007 – 23 O 196/06.

<sup>18</sup>*Deuring*, MedR 2017, 215, Mitochondrienspende verstößt gegen § 5 ESchG.

<sup>19</sup>*Schumann*, MedR 2014, 736 ff.; *Ludwig, Küpker, Diedrich*, Frauenarzt 2000, 938 ff.; siehe auch EGMR, Entsch. v. 3.11.2011 – 57813/00, MedR 2012, 380, österreichisches Verbot der Eizell- und Samenspende bei IVF verstößt nicht gegen Art. 8 und Art. 14 EMRK.

<sup>20</sup>*Taupitz* in: *Günther, Taupitz, Kaiser*, § 1 Abs. 1 Nr. 1 Rn. 7 ff.; *Müller-Terpitz*, in: *Spickhoff*, Medizinrecht § 1 ESchG, Rn. 7.



eine Zulassung der Eizellspende würde die Gefahr einer Förderung der Leih- und/oder Ersatzmutterschaft steigern, vermischt zwei unterschiedliche Regelungsebenen, um die durchaus zu rechtfertigende Pönalisierung der Leih- und/oder Ersatzmutterschaft ohne größeren Begründungsaufwand auf die Eizellspende zu übertragen – letztlich eine fragwürdige Begründungsmethode. Diese Kritik gilt erst recht, wenn man berücksichtigt, dass die Embryonenspende/Embryonenadoption in Deutschland aufgrund einer Regelungslücke nicht strafbar ist.<sup>21</sup> Denn für den Fall der Embryonenspende besteht im Gegensatz zur Eizellspende eine Strafbarkeitslücke im ESchG, wenn die Möglichkeit den Embryo der Frau zu implantieren, von der die Eizelle stammt, nachträglich weggefallen ist<sup>22</sup> und die Embryospende nicht zur Umgehung des Verbots der Leihmutterschaft dient (§ 1 Abs. 1 Nr. 7 ESchG). Entscheidend ist, dass die Transferabsicht erst dann entsteht, wenn der Embryo bereits entstanden ist, also die Kernverschmelzung stattgefunden hat. Werden hingegen kryokonservierte 2-PN-Zellen in der Absicht aufgetaut, den dann entstehenden Embryo zu spenden, stellt dies einen eindeutigen Verstoß gegen § 1 Abs. 1 Nr. 2 ESchG dar. Hinsichtlich der Verfassungsmäßigkeit dieses Verbots bestehen ähnliche Zweifel wie bei der Eizellspende. Da es sich bei dieser (Ausnahme-)Konstellation im Falle einer zulässigen Embryospende auch nicht um Fortpflanzung im rechtstechnischen Sinne handelt. Weil die Fortpflanzung ja bereits stattgefunden hat, handelt es sich auch nicht um eine Maßnahme, die unter die Richtlinien fällt. Allerdings sind im Rahmen der Embryospende familienrechtliche Fragestellungen zu lösen, die gesetzliche Neuregelungen notwendig erscheinen lassen.<sup>23</sup>

Die Versuchung für den einen oder anderen Arzt oder auch des Kinderwunschaars, sich den restriktiven Regelungen in Deutschland durch eine Empfehlung einer ausländischen Einrichtung zu umgehen, mag gelegentlich groß sein. Das ESchG findet zunächst nur Anwendung auf im Inland begangene Taten (§ 3 StGB). Im Inland begangen ist die Tat, wenn entweder der Ort, an dem der Täter gehandelt hat, oder der Ort, an dem der zum Tatbestand gehörende Erfolg eingetreten ist, im Inland liegt (§ 9 Abs. 1 StGB). Findet die Eizellspende z.B. in Sevilla statt, wäre eine täterschaftliche Beteiligung deutscher Ärzte im Sinne einer Steuerung dennoch als Inlandstat strafbar, wenn sie von Deutschland aus erfolgt. Die

---

<sup>21</sup>Möller in: *Diedrich, Ludwig, Griesinger*, Reproduktionsmedizin S. 583, 591, wobei dies nur „verwaiste“ Embryonen betrifft. Das Erzeugen von Embryonen zur Embryonenspende/-adoption war und ist strafbar; siehe auch Stellungnahme des Deutschen Ethikrats v. 22.3.2016 zur Embryonenspende, Embryooption und elterlicher Verantwortung S. 33 ff.; *Schumann*, MedR 2014, 736 ff.

<sup>22</sup>z.B. weil die Frau, von der die Eizelle stammt, ihren Kinderwunsch aufgegeben hat; *Schlüter*, Schutzkonzepte für menschliche Keimbahnzellen in der Fortpflanzungsmedizin, S. 192.

<sup>23</sup>*Helms*, Rechtliche, biologische und soziale Elternschaft – Herausforderungen durch neue Familienformen, Gutachten F zum 71. Deutschen Juristentag 2016 in Essen; siehe auch Stellungnahme des Deutschen Ethikrats v. 22.3.2016 zur Embryonenspende, Embryooption und elterlicher Verantwortung S. 48 ff.



Teilnahme, also Anstiftung oder Beihilfe, ist sowohl an dem Ort begangen, an dem die Tat begangen ist, als auch an jedem Ort, an dem der Teilnehmer gehandelt hat. Hat der Teilnehmer an einer Auslandstat im Inland gehandelt, so gilt für die Teilnahme das deutsche Strafrecht, auch wenn die Tat nach Recht des Tatorts nicht mit Strafe bedroht ist (§ 9 Abs. 2 StGB). Das bedeutet, dass auch die bloße Unterstützung der Eizellspende von Deutschland aus, z.B. die konkrete Empfehlung einer bestimmten Adresse, strafbar sein kann.

Voraussetzung für eine Strafbarkeit ist allerdings, dass das Vorhaben über das bloße Vorbereitungsstadium hinauskommt. Noch nicht strafbar wäre z.B. der Hinweis auf die Informationsmöglichkeiten im Internet. Ebenso wenig strafbar ist ein Arzt, der eine nach Eizellspende eingetretene Schwangerschaft in Deutschland betreut, wenn er nicht zuvor in das Management der Eizellspende eingebunden war. Für letzteres mag es von Fall zu Fall schon ausreichen, wenn der Arzt in Abstimmung mit dem ausländischen Zentrum den Hormonstatus kontrolliert, um den geeigneten Zeitpunkt für die Übertragung zu ermitteln oder andere medizinische Voraussetzungen abzuklären. Würde der in Deutschland praktizierende Arzt allerdings eine zulässige weitere Tätigkeit in Sevilla ausüben, könnte er die dort erlaubte Eizellspende praktizieren, wenn er ausschließt, dass er einen Tatbeitrag in Deutschland leistet, also z.B. keine aktive individualisierte Akquisition. Ob letzteres überhaupt strafbar ist, war im Übrigen umstritten,<sup>24</sup> wurde aber in einer Entscheidung des Kammergerichts bejaht.<sup>25</sup> Diese Entscheidung ist durch den BGH unter wettbewerbsrechtlichen Gesichtspunkten allerdings wieder aufgehoben worden, weil die §§ 1 Abs. 1 Nr. 1, § 2 ESchG keine Marktverhaltensregeln darstellen würden.<sup>26</sup> Die Annahme, faktisch sei die Strafverfolgung derartiger Taten eher selten<sup>27</sup>, wird im Hinblick auf einschlägige eigene Erfahrungen sowie durch informatorischen Meinungs austausch entsprechend qualifizierter Medizinrechtsanwälte gerade in den letzten Jahren nicht geteilt.

Deutsches Strafrecht findet in bestimmten Fällen aber auch dann Anwendung, wenn die Tat ausschließlich im Ausland geschehen ist. Dies gilt zum einen für Auslandstaten, die sich gegen inländische Rechtsgüter richten. Dabei ist es unerheblich, ob es sich um Täterschaft oder Teilnahme handelt. Gemäß § 5 Nr. 12 StGB fallen hierunter auch Taten, die ein

---

<sup>24</sup>LG Berlin, Urt. v. 25.11.2008 – 15 O 146/08, MedR 2009, 154, das eine derartige Werbung allerdings für wettbewerbswidrig hielt.

<sup>25</sup>KG, Urt. v. 8.11.2013 – 5 U 143/11, MedR 2014, 498, Strafbarkeit und Wettbewerbswidrigkeit bejahend, wenn auf Informationsveranstaltungen in Deutschland für die Eizellspende in der Tschechischen Republik unter Einbeziehung in Deutschland praktizierender Ärzte geworben wird.

<sup>26</sup> BGH, Urt.v. 8.10.2015 – I ZR 225/13, MedR 2016, 530; OLG München, Urt. v. 13.5.2016 – 25 U 4688/15, keine Kostenerstattung durch PKV für Eizellspende in Tschechien, auch wenn dort erlaubt.

<sup>27</sup>Conte, Der Gynäkologe 2013,845.





deutscher Amtsträger oder für den öffentlichen Dienst besonders Verpflichteter während eines dienstlichen Aufenthaltes oder in Beziehung auf seinen Dienst begeht. Gemeint sind Taten jeglicher Art, nicht nur Amtsdelikte. Beamtete Hochschullehrer sind Amtsträger im Sinne von § 11 Nr. 2 StGB; Chefärzte kommunaler Krankenhäuser oder von Kreiskrankenhäusern gelten als für den öffentlichen Dienst besonders Verpflichtete im Sinne von § 11 Abs. 1 Nr. 2c StGB, auch wenn sie selbst nicht beamtet sind. Dies ergibt sich daraus, dass zugelassene Krankenhäuser als Bestandteil der Daseinsvorsorge zur hoheitlichen Leistungsverwaltung im Rahmen der Krankenhausbedarfsplanung zählen. Erfasst wird von der ersten Alternative „während eines dienstlichen Aufenthaltes“ jedwede Tat, auch ohne innere Beziehung zum Dienst. Dementsprechend wäre eine Beteiligung an einem einschlägigen Eizellspende in Sevilla im Rahmen einer Dienstreise ebenfalls strafbar. Von der zweiten Alternative wird die Tat während des privaten Aufenthaltes erfasst, wenn sie in Beziehung zum Dienst begangen wird. Ein Bezug zur dienstlichen Tätigkeit des Amtsträgers würde im Regelfall vorliegen, so dass die Beteiligung an dem Projekt auch im Rahmen eines privaten Aufenthaltes in Sevilla für den Hochschullehrer oder Amtsträger strafbar wäre.

Von der Praxis vielfach unbeachtet hat sich durch § 5 Nr. 17 StGB<sup>28</sup> ein weiteres Strafbarkeitsrisiko ergeben. Danach gilt auch eine Beteiligung am Organ- und Gewebehandel gemäß § 18 TPG im Ausland als Inlandstat. Hierzu zählt insbesondere auch die Vermittlungstätigkeit, wozu bereits das Vermitteln von Kontakten gehört.<sup>29</sup> Gemäß § 1a Nr. 4 TPG sind Eizellen ebenso wie Keimzellen Gewebe i.S. des Transplantationsrechts. Beteiligt sich ein in Deutschland tätiger Arzt daher an einer Eizellspende im Ausland (s.o.), kann er sich wegen unerlaubtem Gewebehandel nach dem TPG strafbar machen. Da diese Beteiligung regelmäßig mit seiner Berufsausübung zusammenhängen wird, handelt es sich um gewerbsmäßigen Gewebehandel, für den § 18 Abs. 2 TPG Freiheitsstrafen zwischen einem und fünf Jahren vorsieht. Von Bedeutung ist im Übrigen, dass es für diesen Straftatbestand keine Strafausschließung für die Frau, wie im ESchG gibt, da die Strafbarkeit auch den- oder diejenige erfasst, die sich dieses Gewebe übertragen lässt. Hier gibt es lediglich in § 18 Abs. 4 TPG die Option für die Gerichte, eine Strafausschließung oder Strafmilderung auszusprechen.

Aus europäischer Sicht drängt sich die Frage auf, ob die restriktiven nationalstaatlichen Regelungen einer Überprüfung unter dem Blickwinkel der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) standhalten. Der Europäische Gerichtshof für

---

<sup>28</sup>I.d.F. v. Art. 6 II GewebeG v. 20.7.2007.

<sup>29</sup>Bernsman, /Sickor, in: Höfling, Kommentar z. TPG, 2. Aufl. 2013, § 18, Rdnr. 21 ff.; 31 ff.



Menschenrechte (EGMR) hatte sich anlässlich zweier Fälle aus Österreich, von denen einer auch die Eizellspende betraf, zu befassen.<sup>30</sup> Im Ergebnis hat die Große Kammer des EGMR in den nationalstaatlichen Verboten (noch) keine Verletzung von Art. 8 und Art. 14 EMRK gesehen.<sup>31</sup> Der EGMR ging davon aus, dass es im Zeitpunkt der Entscheidung noch keinen europaweiten Konsens hinsichtlich der heterologen Verfahren, insbesondere auch hinsichtlich der Eizellspende gäbe. Deshalb liege es noch im Beurteilungsspielraum (margin of appreciation) eines Nationalstaates, wenn er aus seiner Sicht zur Wahrung gesellschaftlicher Überzeugungen restriktive Regelungen beschließe. Der EGMR verzichtet auf eine eigene Verhältnismäßigkeitsprüfung, sondern stellt u.a. darauf ab, ob es insoweit einen Konsens der Mitgliedstaaten gibt. Gibt es ihn nachweislich –wie hier – nicht, sei der nationale Beurteilungsspielraum größer und im konkreten Fall noch nicht überschritten. Die Hoffnung auf einen europaweiten Konsens zur Neuregelung des Rechts der Fortpflanzungsmedizin erscheint derzeit unbegründet, zumal es innerhalb der EU bereits an einer entsprechenden Rechtssetzungskompetenz fehlt. Auf der anderen Seite hat der nationale Gesetzgeber dadurch relativ freie Hand. Deutschland könnte, ja müsste dringend ein neues Fortpflanzungsmedizingesetz verabschieden, zumal die Gesetzgebungskompetenz seit nunmehr vielen Jahren ungenutzt beim Bund liegt. Der 2013 veröffentlichte Augsburg-Münchner-Entwurf<sup>32</sup> für ein neues Fortpflanzungsmedizingesetz (AME-FMedG) enthält vielversprechende Ansätze (auch zur Eizellspende, siehe § 6 AME-FMedG). Der derzeitige Zustand einer nicht mehr zu rechtfertigenden Ungleichbehandlung zwischen heterologer Samenspende und dem ausnahmslosen Verbot der Eizellspende, einschließlich der damit einhergehenden Kriminalisierung der Beteiligten, vor dem Hintergrund sehr unterschiedlicher Regelungen in Europa sowie eines völlig unregulierten Reproduktionstourismus, bedarf dringend zumindest in Deutschland einer Neuregelung im Sinne einer Öffnung. Deutsche Kinderwunschaare, die auf diese Methode aus medizinischen Gründen angewiesen sind, sollen nicht länger auf ausländische Zentren (sehr unterschiedlicher Qualität) verwiesen werden, sondern mit einer Einrichtung ihres Vertrauens in Deutschland ihr Glück versuchen dürfen.

## **2. Sicherheitsaspekte heterologer Verfahren**

Der Einsatz von heterologem Samen ist medizinisch zu begründen. Mit anderen Worten muss bei dem männlichen Partner des Paares eine Indikation vorliegen. Ferner muss der Samen

---

<sup>30</sup>Weilert, MedR 2012, 355 ff.

<sup>31</sup>EGMR, Urt. v. 3.11.2011 – 57813/00 unter Aufhebung der Entscheidung der kleinen Kammer, EGMR, Urt. v. 1.4.2010, siehe auch NJW 2012, 207.

<sup>32</sup>Gassner, Kersten, Krüger, Lindner, Rosenau, Schroth, Fortpflanzungsmedizingesetz, 2013.



unter Infektionsschutzgesichtspunkten getestet werden, damit die Frau sich nicht dem Risiko einer HIV-Infektion oder ähnlich schwer gelagerter Krankheiten aussetzt. Eine Durchführung reproduktionsmedizinischer Maßnahmen bei HIV diskordanten Paaren, wenn die Frau HIV-positiv ist, wird nicht ausgeschlossen.<sup>33</sup> Nachdem Keimzellen mit Inkrafttreten des sog. Gewebegesetzes<sup>34</sup> u.a. unter das TPG fallen, sind die Voraussetzungen zur Untersuchung männlicher Keimzellen in § 6 Abs. 2 i.V.m. Anlage 4 Nr. 2 TPG-Gewebeverordnung (TPG-GewV<sup>35</sup>) nochmals zusätzlich präzisiert. Spezielle Vorgaben finden sich in Ziff. 2.6.2.1 der Richtlinien.

### **3. Anonymitätszusage**

Problematisch ist die bei heterologen Verfahren häufig erklärte Anonymitätszusage. In anderen Ländern (z.B. USA) ist die anonyme Samenspende gang und gäbe, in anderen europäischen Staaten teilweise sogar gesetzlich geregelt bzw. vorgeschrieben (Frankreich, Spanien, Griechenland, Slowenien). In anderen Staaten wird die Identität des Spenders dokumentiert und dem Kind ab einem gewissen Alter ein Einsichtsrecht eingeräumt (z.B. Österreich, Schweiz, England, Niederlande, Norwegen, Schweden). Zweifellos vereinfacht sie die Rekrutierung entsprechender Spender. Die Anonymitätszusage geht hier im Übrigen vielfach unterschlagen in zwei Richtungen:

- Anonymität des Spenders gegenüber der Empfängerin bzw. dem solchermaßen gezeugten Kind
- Anonymität der Empfängerin im Hinblick auf den Spender, d.h. auch er weiß nicht, welche Frau letztlich mit seinem Samen befruchtet wird.

In diesem Zusammenhang kann sich die Frage nach der Rechtmäßigkeit der Einwilligung<sup>36</sup> in eine derartige anonyme Samenspende ergeben, die ja auch nach dem ESchG Voraussetzung für die Nichtbestrafung des Eingriffs ist. Die Praxis befasst sich nämlich in aller Regel nur mit der Frage der Zulässigkeit im Hinblick auf die Empfängerin, nicht jedoch auf die Vorstellung des einwilligenden Spenders. Die Wirksamkeit der Einwilligung kann sicherlich in den Fällen unterstellt werden, in denen die Samenspende eine völlig unbekannte Frau betrifft, die bisher nicht im Lebenskreis des Spenders aufgetaucht ist. Würde der Spender jedoch auch einwilligen, wenn er wüsste, dass die Spende einem Paar zugute kommt, das er möglicherweise kennt und in keiner Weise schätzt oder einem Paar, das er kennt und zu dem

---

<sup>33</sup>Bender, Der Gynäkologe 2001, 349 ff.; Empfehlung der Deutschen AIDS-Gesellschaft (DAIG) zur Diagnostik und Behandlung HIV-betroffener Paare mit Kinderwunsch, Frauenarzt 2008, 697 ff.

<sup>34</sup>BGBI 2007 I, S. 1574 ff. zur Umsetzung der EG-Geweberichtlinie 2004/23/EG.

<sup>35</sup>BGBI 2008 I, S. 512 ff.

<sup>36</sup>Beachtlichkeit des Widerrufs der Einwilligung des Samenspenders, EGMR, Urt. v. 7.3.2006 – 6339/05, GesR 2006, 428.



er besonders enge freundschaftliche Beziehungen unterhält? Pauschale Einwilligungserklärungen werden in der Praxis zu wenig hinterfragt. Der Samenspender kann seine Einwilligung im Übrigen bis zur Vornahme der künstlichen Befruchtung jederzeit widerrufen.<sup>37</sup> Bedeutender ist allerdings die Frage bezüglich der Anonymitätszusage zugunsten des Spenders im Hinblick auf das Paar bzw. das zu zeugende Kind<sup>38</sup>. Diese Frage stellt sich im Übrigen nicht nur bei der anonymen (Einzel-)Samenspende, sondern auch beim Verwenden eines "Samencocktails", der eine Zurückverfolgung der genetischen Abstammung zumindest außerordentlich erschwert bzw. gänzlich unmöglich machen kann. Ziff. 5.3.1. der früheren Richtlinien untersagten dementsprechend die Verwendung von Samencocktails. Nach überwiegender Auffassung ist die anonyme heterologe Insemination, d.h. eine dem Spender gegebene Anonymitätszusage, die ja letztlich ursächlich für seine Einwilligung gewesen ist, rechtswidrig<sup>39</sup>, daraufhin gerichtete Verträge mithin nichtig (mit entsprechenden Folgen für das Honorar). Heute ist diese Frage durch das Gewebegesetz, insbesondere §§ 8d, 16a TPG § i.V.m. §§ 6 Abs. 2, 5 Abs. 2 TPG-GewV auch gesetzlich geregelt. Diese Vorschriften gelten sowohl für Gewebeeinrichtungen wie auch Einrichtungen der medizinischen Versorgung. Gemäß § 1a Nr. 8 TPG ist eine Gewebeeinrichtung eine Einrichtung, die Gewebe zum Zwecke der Übertragung entnimmt, untersucht, aufbereitet, be- oder verarbeitet, konserviert, kennzeichnet, verpackt, aufbewahrt oder an andere abgibt (also z.B. eine Samenbank). Eine Einrichtung der medizinischen Versorgung ist ein Krankenhaus oder eine andere ärztlich geleitete Einrichtung mit unmittelbarer Patientenbetreuung (also z.B. eine Arztpraxis oder ein reproduktionsmedizinisches Zentrum) § 5 Abs. 2 TPG-GewV sieht die Feststellung und Dokumentation von Familienname, Vorname, Geburtsdatum und Anschrift des Spenders ausdrücklich vor. Diese Regelungen werden durch das Gesetz zur Regelung des Rechts auf Kenntnis der Abstammung bei heterologer Verwendung von Samen (SaRegG) vom 17.7.2017 ergänzt<sup>40</sup>. Es regelt Inhalt und Umfang der beim DIMDI zu errichtenden Samenspenderdatenbank, den dorthin zu übermittelnden Daten und entsprechende Auskunftsansprüche des Kindes.

---

<sup>37</sup>EGMR, Urt. v. 7.3.2006 – 6339/05, GesR 2006, 428.

<sup>38</sup> BGH, Urt.v. 23.1.2019 – XII ZR 71/18, NJW 2019, 848, Anspruch eines in der DDR gezeugten Kindes über anonyme Samenspende.

<sup>39</sup>OLG Hamm, Urt. v. 6.2.2013 – I-14 U 7/12, GesR 2013, 152 = NJW 2013, 1167 = MedR 2013, 672; BGH, Urt. v. 28.1.2015 – XII ZR 201/13, NJW 2015, 1098; *Fink, Grün.*, NJW 2013, 1913; *Wellenhofer*, FamRZ 2013, 825 ff.; a.A. OLG Hamm, Beschl. v. 13.6.2007 – 3 W 32/07, MedR 2008, 213 m. zustimmender Anm. *Cramer*; siehe jetzt aber § 6 Abs. 2 TPG-GewV.

<sup>40</sup> BGBl. I, 2513ff.



Dies macht nicht nur unter Sicherheitsaspekten zur Frage der Rückverfolgbarkeit Sinn: In zwei – außerhalb der Fachkreise – zumindest damals wenig beachteten Entscheidungen vom 18.1.1988 und 31.1.1989 hat das Bundesverfassungsgericht<sup>41</sup> der Kenntnis der genetischen Abstammung und damit dem Wissen um die eigene Individualität Verfassungsrang zuerkannt<sup>42</sup>. Das Bundesverfassungsgericht vertrat die Ansicht, das nichteheliche Kind habe ein Recht auf Kenntnis des leiblichen Vaters (sofern er feststellbar ist), da es gem. Art. 6 Abs. 5 GG dem ehelichen Kind soweit als möglich gleichgestellt werden solle. Nur wenn das Kind seinen Vater kenne, könne es in eine persönliche Beziehung zu ihm treten oder auch unterhalts- und erbrechtliche Ansprüche durchsetzen. Die Eltern eines nichtehelichen Kindes hätten daher im Regelfall ihre Interessen denjenigen des Kindes unterzuordnen, denn sie hätten die Existenz des Kindes und seine Nichtehelichkeit letztlich zu vertreten. In der anderen Entscheidung führt das Bundesverfassungsgericht aus, dass auch das pro forma eheliche volljährige Kind das Recht haben müsse, die Klärung seiner Abstammung herbeizuführen. Die Kenntnis der eigenen Abstammung sei wesentlicher Bestandteil des Individualisierungsprozesses und falle daher unter den Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts<sup>43</sup>. Später hat das Bundesverfassungsgericht diese Entscheidungen allerdings insoweit relativiert<sup>44</sup>, als der Anspruch des Kindes immer mit dem Persönlichkeitsrecht der Mutter abgewogen werden müsse. Den Gerichten stehe dabei ein breiter Entscheidungsspielraum zu<sup>45</sup>. Die Verwendung von "Samencocktails" ist aber unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt zu rechtfertigen; sie stellt eine vorsätzliche Vereitelung der genuinen Rechte des Kindes dar<sup>46</sup>, ohne dass demgegenüber höherrangige schützenswerte Interessen der Eltern oder des Spenders zu erkennen sind. Das OLG Hamm (bestätigt durch

---

<sup>41</sup>BVerfG, Beschl. v. 18.1.1988 – 1 BvR 1589/87, NJW 1988, 3010; BVerfG, Beschl. v. 31.1.1989 – 1 BvL 17/87, NJW 1989, 891; BGH, Beschl. v. 29.10.2014 – XII ZB 20/14, GesR 2015, 186, 188; Kenntnisanspruch des Kindes hat Vorrang vor Persönlichkeitsrecht, Exhumierung zur Feststellung Vaterschaft zulässig; siehe aber auch BVerfG, Ur. v. 19.4.2016 – 1 BvR 3309/13, NJW 2016, 1939, kein Anspruch auf isoliertes rechtsfolgenloses Verfahren zur Klärung der Abstammung.

<sup>42</sup>In dem einen Fall wollte ein nichteheliches Kind seine Mutter verpflichtet wissen, ihm den Namen seines leiblichen Vaters zu nennen (die Mutter lebte im Zeitpunkt der Konzeption in einer monogamen Beziehung); in der anderen Entscheidung ging es darum, inwieweit ein volljähriges Kind innerhalb einer bestehenden Ehe seine Ehelichkeit anfechten kann, ohne dass die besonderen Zulässigkeitsvoraussetzungen des § 1596 BGB gegeben waren; siehe heute § 1600 Abs. 1 Nr. 4 BGB, Kind kann Vaterschaft des nicht genetischen Wunschvaters anfechten.

<sup>43</sup>Günther, in: *ders./Taupitz/Kaiser*, Komm. z. Embryonenschutzgesetz, Einführung, lit. B Rdnrn. 81 ff.; siehe auch EGMR, Ur. v. 25.9.2012 – 33783/09, FamRZ 2012, 1935, Unzulässigkeit der anonymen Geburt, weil dadurch Kenntnis der eigenen Herkunft abgeschnitten wird.

<sup>44</sup>BVerfG, Beschl. v. 6.5.1997 – 1 BvR 409/90, NJW 1997, 1769.

<sup>45</sup>Zur Vollstreckbarkeit des Anspruchs durch Zwangsgeld gem. § 888 ZPO siehe OLG Hamm, Beschl. v. 16.1.2001 – 14 W 129/99, NJW 2001, 1870; BVerfG, Beschl. v. 23.5.1995 – 1 BvR 409/90; OLG Hamm, Ur. v. 19.2.2018 – I 3 U 66/16, MedR 2019, 72, kein Anspruch auf Einsicht in Spenderkartei, wenn falscher Samen verwendet wurde, aber Auskunftsanspruch des Kindes.

<sup>46</sup>Naumann, ZRP 1999, 142 ff.



den BGH) hat den Auskunftsanspruch eines durch Samenspende gezeugten Mädchens gegen ein reproduktionsmedizinisches Zentrum anerkannt.<sup>47</sup> Die Verletzung der Anonymitätszusage gegenüber dem Spender ist nicht unproblematisch. Natürlich stellt der Bruch der Anonymitätszusage eine Verletzung der ärztlichen Schweigepflicht dar; diese Verletzung ist jedoch i.d.R. gerechtfertigt, da die Anonymitätszusage als solche rechtswidrig (s.o.), d.h. der Informationsanspruch des Kindes vorrangig ist. Führt die Offenbarung des Spendernamens gegenüber dem Kind zur Geltendmachung von Unterhaltsansprüchen u.a. gegen den leiblichen Vater, sind Regressansprüche durch diesen gegenüber dem Arzt dann denkbar, wenn der Arzt nicht auf die fehlende Bindungswirkung der Anonymitätszusage hingewiesen und auch das nach wie vor bestehende Ehelichkeitsanfechtungs- und Informationsrecht des Kindes nachweisbar nicht erwähnt hatte<sup>48</sup>. Werden derartige Ansprüche erhoben, stellte sich zwangsläufig die Frage, inwieweit sie ggf. durch die Berufshaftpflicht abgedeckt sind. Mit guten Gründen lässt sich die Auffassung vertreten, der Versicherer könne sich hier auf seine Leistungsfreiheit berufen, da bedingter Vorsatz anzunehmen ist. Der Arzt weiß, dass die Anonymitätszusage in erster Linie dazu dient, Spender zu motivieren. Sichert er dem Spender dabei dennoch Anonymität zu, nimmt er damit billigend in Kauf, diese Anonymitätszusage später einmal brechen zu müssen, schon um nicht selbst von dem Kind als "Ersatzschuldner" in Anspruch genommen zu werden<sup>49</sup>. Mit dem Gesetz zur Regelung des Rechts auf Kenntnis der Abstammung bei heterologer Verwendung von Samen (SaRegG) vom 17.7.2017<sup>50</sup> wurde diese komplizierte Situation, jedenfalls für den Samenspender, durch einen neuen § 1600 d Abs. 4 BGB gelöst, dass der Samenspender, der die Vorgaben des SaRegG eingehalten hat, nicht mehr als Vater des Kindes festgestellt werden kann.

#### 4. Dokumentation

Schon nach geltendem Berufsrecht (§ 10 MBO) ist der Arzt verpflichtet, die maßgeblichen Fakten der jeweiligen Behandlung zu dokumentieren; hierzu gehört selbstverständlich auch die Person des genetischen Vaters. Die standesrechtliche Dokumentationspflicht ist für die hier in Rede stehenden Fälle jedoch unzureichend, da die Aufbewahrungspflicht in der Regel nur zehn Jahre beträgt. Diese berufsrechtlichen Regelungen sind heute durch die gesetzlichen Regelungen im TPG i.V.m. der TPG-GewV und dem SaRegG überlagert.

---

<sup>47</sup>OLG Hamm, Urt. v. 6.2.2013 – I-14 U 7/12, GesR 2013, 152 = NJW 2013, 1167 = MedR 2013, 672; BGH, Urt.v. 28.1.2015 – XII ZR 201/13, NJW 2015, 1098; *Fink, Grün*, NJW 2013, 1913; *Wellenhofer*, FamRZ 2013, 825 ff.

<sup>48</sup>§ 1600 Abs. 4 BGB schließt nur die Anfechtung durch die Mutter und ihren Ehemann aus.

<sup>49</sup>Hierzu auch *Coester-Waltjen*, Gutachten zum 56. Dtsch. Juristentag 1986, B 68, 69; *Staudinger/Thomas Rauscher*, Anhang zu § 1592: Väterliche Abstammung bei Zeugungstechnologien, 2004, Rdnr. 16.

<sup>50</sup>BGBI. I, 2513ff.



### **III. Reproduktionsmedizinische Maßnahmen bei lesbischen Paaren oder alleinstehenden Frauen**

#### **1. Behandlung lesbischer Paare**

Das in der Fassung der Richtlinien aus dem Jahre 1998 noch ausdrücklich enthaltene Verbot der Anwendung reproduktionsmedizinischer Verfahren bei lesbischen Paaren und alleinstehenden Frauen findet sich in der seit 2006 verabschiedeten Fassung nicht mehr explizit. Lediglich aus den Formulierungen in Ziff. 3.1.1. kann man indirekt erschließen, dass diese Methoden nur in einer stabilen verschiedengeschlechtlichen Partnerschaft angewendet werden sollen. Dagegen wird eingewandt, den Ärztekammern fehle für eine derartige Einschränkung der Rechte Dritter die gesetzliche Kompetenz<sup>51</sup>. Auch in einer gleichgeschlechtlichen Partnerschaft sei der Kinderwunsch durch Art. 2 GG als Teil des allgemeinen Persönlichkeitsrechts zu schützen<sup>52</sup>. Da das allgemeine Persönlichkeitsrecht individualisiert und nicht paarbezogen sei, könne sein Schutz bzw. seine Realisierung nicht von der tatsächlichen Paarbeziehung respektive der sexuellen Orientierung abhängen<sup>53</sup>. Ergänzend wird auf die Regelungen im LPartG verwiesen, wonach auch gleichgeschlechtliche Lebenspartnerschaften ehelichen Lebensgemeinschaften weitgehend gleichgestellt sind<sup>54</sup>. Im Übrigen könnten auch gleichgeschlechtliche Paare im Rahmen von Adoptionen berücksichtigt werden (§ 9 Abs. 6, 7 LPartG)<sup>55</sup>, wobei allerdings dem Kindeswohl nochmals erhöhte Aufmerksamkeit zu schenken ist. Diese Position wird durch die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Verfassungswidrigkeit des Ausschlusses der

---

<sup>51</sup>Müller, GesR 2008, 573, 579; differenzierend Schlüter, Schutzkonzepte für menschliche Keimbahnzellen in der Fortpflanzungsmedizin 2007, S. 211; Müller-Terpitz, in: Spickhoff, Medizinrecht, 2. Auflage 2014, Art. 6, Rdnr. 15.

<sup>52</sup>Schlüter, Schutzkonzepte für menschliche Keimbahnzellen in der Fortpflanzungsmedizin 2007, S. 181, 182; Müller, GesR 2008, 374, 375.

<sup>53</sup>Rütz, Heterologe Insemination – die rechtliche Stellung des Samenspenders, 2008, 94, 95; ebenso Coester-Waltjen, Gutachten 56. DJT, B 74; Möller, S. 595; dagegen Wanitzek, FamRZ 2003, 730, 733.

<sup>54</sup>Allerdings gilt die Gleichstellung nicht für alle Bereiche, BVerfG, Beschl. v. 20.9.2007 – 2 BvR 855/06, NJW 2008, 209; 2008, 2325, kein Verheiratetenzuschlag; siehe aber auch BVerfG, Beschl. v. 7.7.2009 – 1 BvR 1164/07 keine Privilegierung der Ehe gegenüber eingetragener Lebenspartnerschaft in Satzung einer Versorgungsanstalt des Bundes; BVerfG, Beschl. v. 7.5.2013 – 2 BvR 909/06, BGBl 2013 I, S. 1647, Ehegattensplitting auch für eingetragene Lebenspartnerschaften.

<sup>55</sup>EGMR, Urt. v. 22.1.2008 – 43546/02, Rechte aus Art. 8, 14 EMRK; OLG Karlsruhe, Beschl. v. 7.2.2014, Az. 16 UF 274/13, NJW 2014, 2050, selbst bei durch anonyme Samenspende gezeugtem Kind in einer gleichgeschlechtlichen Lebenspartnerschaft kann eine Adoption durch die Lebenspartnerin nach Abwägung hinsichtlich des Kindeswohls erfolgen.



Sukzessivadoption bei gleichgeschlechtlichen Lebenspartnerschaften sicherlich gestärkt.<sup>56</sup> Man mag allerdings begründete Zweifel haben, ob eine analoge Heranziehung der Adoptionsregeln in diesem Falle tragen kann. Während die Frage des Kindeswohls im Adoptionsverfahren einer eingehenden Prüfung unterliegt und zudem der endgültigen Adoption eine Probezeit vorgeschaltet sein soll (§ 1744 BGB), soll bei der künstlichen Befruchtung einer lesbischen Frau ausschließlich die (eigennützige) Durchsetzung ihres Wunsches maßgeblich sein, und dies, obwohl sie sich für eine Lebensplanung entschieden hat, die die Fortpflanzung auf natürlichem Wege ausschließt. Deshalb erscheint die Berufung auf den Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts in diesen Konstellationen eher als rechtsmissbräuchlich<sup>57</sup>. Die künstliche Befruchtung einer lesbischen Frau ist schon begrifflich keine Sterilitätsbehandlung, eine medizinische Indikation liegt im Regelfall nicht vor. Da die Methoden der künstlichen Befruchtung, soweit sie den Richtlinien unterliegen, nur im Falle der dort genannten medizinischen Indikationen zulässig sind, sind sie im Falle einer indikationslosen Befruchtung einer lesbischen Frau unzulässig. Dabei ist die andernorts beklagte und für unzulässig gehaltene Drittbetroffenheit oder Außenwirkung der Vorschrift nur die mittelbare Folge einer insoweit zulässigen und durch die Heilberufegesetze der Länder gedeckte Definition medizinischer Standards. Auch § 6 TPG-GewV sieht die Verwendung von Keimzellen im Rahmen einer medizinisch unterstützten Befruchtung nur dann vor, wenn die Verwendung medizinisch indiziert ist. Da diese Regelung auch für „normale“ Inseminationen – unabhängig von den Richtlinien – gilt, scheidet dieser Weg ebenso aus wie die „Selbstbeschaffung“ von Keimzellen von einer deutschen Samenbank, da ihr die Herausgabe für diesen Verwendungszweck nach der TPG-GewV untersagt ist.

---

<sup>56</sup>BVerfG, Urt. v. 19.2.2013 – 1 BvL 1/11, 1 BvR 3247/09, NJW 2013, 847; siehe auch BGH, Beschl. v. 10.12.2014 – XII ZB 463/13, NJW 2015, 479, Anerkennung einer ausländischen Entscheidung, wonach die rechtliche Elternschaft den gleichgeschlechtlichen Wunscheltern nach Leihmutterchaft zuerkannt wird, verstößt nicht gegen *ordre public*; ähnlich OLG München, Beschl. v. 12.2.2018 -33 UF 1152/17 (Adoption durch schwules Paar nach Leihmutterchaft in Ukraine (dort erlaubt); siehe aber auch BGH, Beschl. v. 10.10.2018 – XII ZB 211/18, NJW 2019, 153, Ehe für alle bedeuten nicht Abstammung für alle; Löhrig, NJW 2019, 122.

<sup>57</sup>Gemäß § 2 Abs. 1 des österreichischen Fortpflanzungsmedizingesetzes v. 17.11.2009 i.d.F. v. Art. 4 des Gesetzes über die eingetragene Partnerschaft (Inkrafttreten zum 1.1.2010), ist eine medizinisch unterstützte Fortpflanzung nur in einer Ehe oder einer Lebensgemeinschaft von Personen verschiedenen Geschlechts zulässig; im Ergebnis ähnlich *Müller-Terpitz*, in: *Spickhoff*, Medizinrecht, 2. Auflage 2014, Art. 6 Rdnr. 15.; siehe aber OGH, Beschl. v. 22.3.2011 – 3 Ob 147/10d, RdM 2011, 96 der diese Einschränkung für verfassungswidrig hält, und deshalb den Verfassungsgerichtshof angerufen hat. Der VfGH hatte die Vorlage aus formalen Gründen am 27.11.2012 zurückgewiesen. Die Bioethikkommission beim (österreichischen) Bundeskanzleramt befürwortete eine entsprechende Neuregelung. Der österreichische Verfassungsgerichtshof und der OGH haben dann das Verbot aufgehoben, da es gegen Art. 8, 14 EMRK verstoße, VfGH, Erk. v. 10.12.2013 – G 16/2013-16, G 44/2013, OGH, Beschl. v. 19.3.2014 – 3 Ob 15/14y, GesR 2015, 17, das österr. FMedG wurde mit Wirkung zum 1.1.2015 entsprechend geändert; hierzu *Bernat*, GesR 2015, 17.





## 2. Künstliche Befruchtung einer alleinstehenden Frau

Befürworter der Zulässigkeit der Anwendung von Methoden der künstlichen Befruchtung bei allein stehenden Frauen bezeichnen entgegenstehende Auffassungen gerne als „konservativ“, während die eigene Auffassung mit dem Attribut „liberal“ bewertet wird<sup>58</sup>. Eine derartige Differenzierung ersetzt keine juristische Analyse. Auch bei der künstlichen Befruchtung einer alleinstehenden Frau fehlt im Regelfall jegliche medizinische Indikation. Insoweit gelten die zur künstlichen Befruchtung einer lesbischen Frau getroffenen Feststellungen, insbesondere zur TPG-GewV, entsprechend. Im Übrigen müsste der heterologe Spender zuvor eingewilligt haben, dass seine Keimzellen für die künstliche Befruchtung einer alleinstehenden Frau verwendet werden sollen, was in vielen Fällen einer „Einladung“ zur Übernahme von Unterhaltungspflichten entsprechen dürfte. Schließlich hat der Gesetzgeber in § 4 Abs. 1 Nr. 3 ESchG für einen ähnlichen Fall, die post-mortem-Insemination, eine Wertung getroffen. Gemäß § 4 Abs. 1 Nr. 3 ESchG wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft, wer wissentlich eine Eizelle mit dem Samen eines Mannes nach dessen Tode künstlich befruchtet. Darauf gerichtete Verträge sind nichtig. Für eine Ausnahmekonstellation (Herausgabeverlangen bereits zu Lebzeiten des Ehemannes imprägnierter Eizellen durch seine Witwe) hat das OLG Rostock<sup>59</sup> keinen Verstoß gegen § 4 Abs. 1 Nr. 3 ESchG gesehen. Eine strafbare Körperverletzung trotz Einwilligung der Frau könnte im Übrigen dann angenommen werden, wenn man die Einwilligung zu einer derartigen Befruchtung außerhalb einer bestehenden Partnerschaft als sittenwidrig einstuft (§ 228 StGB). Betrachtet man das Schutzgut „Kindeswohl“<sup>60</sup>, das Anlass für das Verbot der post-mortem-Befruchtung gewesen ist, ist es durchaus möglich, derartige Einwilligungen als „sittenwidrig“ zu qualifizieren. Allerdings spielen hier sehr starke weltanschauliche Grundpositionen eine Rolle, so dass man sich vor vorschnellen Festlegungen hüten sollte. Dennoch bleibt es dabei, dass die alleinstehende Frau in dieser Konstellation die (künstlich assistierte) Zeugung eines sozialen Halbweisen wünscht.

---

<sup>58</sup>Rütz, Heterologe Insemination – die rechtliche Stellung des Samenspenders, 2008, S. 89, 90.

<sup>59</sup>OLG Rostock, Urt. v. 7.5.2010 – 7 U 67/09, GesR 2010, 330 ff. =MedR 2010, 874 ff. unter Aufhebung LG Neubrandenburg, Urt. v. 12.8.2009 – 2 O 111/09; a.A. OLG München, Urt.v. 22. 2.2017 – 3 U 4060/16, mit überzeugender Grundrechtsabwägung; kritisch zum Verbot der post-mortem-Befruchtung unter Verweis auf die Entstehungsgeschichte siehe auch ausführlich *Krüger*, Das Verbot der post-mortem-Befruchtung, Schriftenreihe Medizin-Ethik-Recht, Bd. 12, 2010, S. 4 ff.; EGMR, Urt.v. 24.1.2017 – 25358/12, NJW 2017, 941, kein Anspruch auf Herausgabe eines in Russland von einer Leihmutter geborenen Kindes.

<sup>60</sup>Ftenakis, Väter, 1985.



#### **IV. Kryokonservierung**

Die Kryokonservierung<sup>61</sup> (siehe auch Ziff. 4 der am 1.10.1990 in Kraft getretenen vertragsärztlichen Richtlinien)<sup>62</sup> von Vorkernstadien) ist prinzipiell zulässig und wird nun in den neuen Richtlinien in Ziff. 3 angesprochen. Die Kryokonservierung von Embryonen soll nur ausnahmsweise zulässig sein, wenn die im Behandlungszyklus vorgesehene Übertragung aus medizinischen Gründen nicht möglich ist. Das Embryonenschutzgesetz schreibt die Zulässigkeit der Kryokonservierung von 2-PN-Zellen in § 9 Nr. 3 ESchG ausdrücklich fest. Der argumentative Versuch, die Kryokonservierung von mehr als drei 2-PN-Zellen unter Hinweis auf § 1 Abs. 1 Nr. 5 ESchG für unzulässig zu erklären,<sup>63</sup> wird weder durch den Gesetzeswortlaut noch durch die Entstehungsgeschichte getragen. Die Befürworter dieser Auffassung berufen sich auf die Formulierung in § 1 Abs. 1 Nr. 2 und § 1 Abs. 2 ESchG nebst der dafür gegebenen Begründung im Gesetzgebungsverfahren. Sie übersehen dabei jedoch die rechtlich und naturwissenschaftlich klar definierten Grenzen zwischen 2-PN-Zellen und Embryo sowie die Schutzzweckfunktion von § 1 Abs. 1 Nr. 2 und § 1 Abs. 2 ESchG.<sup>64</sup> Ferner ist zu beachten, dass

- die Kryokonservierung der 2-PN-Zellen und die damit zusammenhängenden Probleme mit den Eltern im Konsens besprochen sind,
- die weitere Kultivierung von 2-PN-Zellen nach einem vorangegangenen fehlgeschlagenen Übertragungsversuch vom jeweils immer neu zu erteilenden Einverständnis beider Elternteile abhängig gemacht wird und

sichergestellt ist, dass die 2-PN-Zellen sofort vernichtet werden, wenn auch nur ein Elternteil dies verlangt<sup>65</sup> oder der behandelnde Arzt Kenntnis davon erhält, dass ein Elternteil verstorben ist. Fragen des Transports von Kryomaterial, Gewebebanken, Kostenpflichten und

---

<sup>61</sup>Besonders instruktiv *Möller/Hilland*, Kryokonservierung von Keimzellen – Rechtlicher Rahmen und Vertragsgestaltung, Rechtliche Fragen in der Reproduktionsmedizin, Vortragsband zum Symposium des Instituts für Medizinrecht der Universität Düsseldorf v. 13.2.2009.

<sup>62</sup>Zuletzt geändert am 15.11.2007, BAnz 2008 Nr. 19, S. 375 in Kraft getreten am 6.2.2008.

<sup>63</sup>So *AG Göttingen* Urt. v. 10.8.2007 – 23 C 124/07; aufgehoben durch *LG Göttingen* Urt. v. 24.9.2009 – 2 S 24/07.

<sup>64</sup>Günther/Taupitz/Kaiser/Taupitz Kommentar zum Embryonenschutzgesetz, § 9 Rn. 4; *LG Dortmund* Urt. v. 10.4.2008 – 2 O 11/07, VersR 2008, 1484; Konsensus-Papier zur Kryokonservierung von Vorkernstadien der Deutschen Gesellschaft für Gynäkologie und Geburtshilfe und des Berufsverbandes der Frauenärzte, Der Frauenarzt 1991, 715; *Hülsmann* Der Frauenarzt 1993, 301 m.w.N.

<sup>65</sup>*LG München I* Urt. v. 2.5.2018 – 9 O 7697/17, MedR 2018, 978ff.=GesR 2018, 700 m. Anm. *Ratzel*, Unterhaltspflicht des getrenntlebenden Ehemannes, der nicht für Verwerfung gesorgt hatte.



steuerliche Folgen u.ä. waren bislang nicht Gegenstand berufsrechtlicher Regelungen.<sup>66</sup> Die Kryokonservierung von Ei- und Samenzellen sowie die dazugehörigen medizinischen Maßnahmen sind künftig aber unter bestimmten Voraussetzungen Leistung der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV). Bei der Behandlung von Erkrankungen können Therapien zum Einsatz kommen, bei denen die Gefahr besteht, dass diese die Fertilität beeinträchtigen oder zu deren Verlust führen. Mit der neuen Richtlinie zur Kryokonservierung hat der Gemeinsame Bundesausschuss (G-BA) den Anspruch von GKV-Versicherten auf die Leistung einer Kryokonservierung von Keimzellen für eine spätere Fertilitätsbehandlung konkretisiert. Als Voraussetzung für die medizinische Indikation zur Kryokonservierung und die dazugehörigen Maßnahmen gelten Behandlungen, die nach dem Stand der wissenschaftlichen Erkenntnisse keimzellschädigend sein können. Dazu zählen insbesondere:

- operative Entfernung der Keimdrüsen
- Strahlentherapie mit zu erwartender Schädigung der Keimdrüsen
- potentiell fertilitätsschädigende Medikation

Ob eine Therapie keimzellschädigend sein kann und damit ein Leistungsanspruch auf die Kryokonservierung und die zugehörigen Maßnahmen gegeben ist, entscheidet die Fachärztin oder der Facharzt, die oder der die Grunderkrankung diagnostiziert oder behandelt. Die Richtlinie sieht eine umfassende Beratung der Versicherten durch bestimmte qualifizierte Fachärztinnen und Fachärzte in einem zweistufigen Verfahren vor: eine Erstberatung im Rahmen der Behandlung der Grunderkrankung sowie eine vertiefte fachliche Beratung zur Keimzellentnahme und Kryokonservierung. Zur Durchführung der vertieften fachlichen Beratung berechtigt sind nach der Richtlinie bei weiblichen Versicherten Fachärztinnen oder Fachärzte für Frauenheilkunde und Geburtshilfe mit Schwerpunkt Gynäkologische Endokrinologie und Reproduktionsmedizin. Bei männlichen Versicherten sind dies Fachärztinnen oder Fachärzte mit der Zusatzweiterbildung Andrologie. Um die Maßnahmen zur Vorbereitung der Kryokonservierung ohne Zeitverzug zu gewährleisten, sollen sowohl die

---

<sup>66</sup> Bei dem eigentlichen technischen Vorgang handelt sich nicht um Ausübung der Heilkunde. Die Kryokonservierung vorsorglich gewonnener 2-PN-Zellen (imprägnierter Eizellen) für die mögliche Wiederholung eines Versuchs der Befruchtung war bislang keine Leistung der gesetzlichen Krankenversicherung, BSGE 86, 174; ebenso BSG Urt. v. 18.9.2010 – B I KR 26/09 R; Hess. LSG Urt. v. 28.4.2016 – L 1 KR 357/14 KL, Kostenübernahme für Kryokonservierung darf auch nicht als Satzungsleistung angeboten werden; anders aber, wenn Kryokonservierung wegen der Therapie einer Krankheit eine konkret drohende Empfängnisunfähigkeit verursachen könnte und damit selbst ein Versicherungsfall ist: BSG Urt. v. 17.2.2010 – B I KR 10/09 R, GesR 2010, 268; LG Magdeburg Urt. v. 5.4.2006 – 11 O 195/06: PKV muss Kosten erstatten; siehe im Übrigen ausführlich Möller/Hilland Kryokonservierung von Keimzellen – Rechtlicher Rahmen und Vertragsgestaltung, Rechtliche Fragen in der Reproduktionsmedizin, Vortragsband zum Symposium des Instituts für Medizinrecht der Universität Düsseldorf vom 13.2.2009.



andrologische Beratung als auch die Gewinnung von Spermienzellen einschließlich der testikulären Spermienextraktion (TESE) durch dieselbe Ärztin oder denselben Arzt angeboten und durchgeführt werden können. Für Patientinnen und Patienten, die aufgrund einer Erkrankung und deren Behandlung mit einer keimzellschädigenden Therapie ihre Eizellen bzw. Spermienzellen oder das männliche Keimzellgewebe bereits haben kryokonservieren lassen oder die mit den Maßnahmen zur Kryokonservierung im Sinne dieser Richtlinien bereits begonnen haben, ist eine Übergangsregelung vorgesehen: Ab dem Tag des Inkrafttretens der Vergütungsregelungen besteht im konkreten Einzelfall Anspruch auf Kryokonservierung und die dazugehörigen medizinischen Maßnahmen. Hintergrund ist, dass der Gesetzgeber mit dem Terminservice- und Versorgungsgesetzes (TSVG) die Kostentragung für die Kryokonservierung von Keimzellen und Keimzellgewebe und die dazugehörigen medizinischen Maßnahmen neu geregelt hat. Versicherte haben danach Anspruch auf Kryokonservierung von Ei- oder Spermienzellen oder von Keimzellgewebe sowie auf die dazugehörigen medizinischen Maßnahmen, wenn die Kryokonservierung wegen einer Erkrankung und deren Behandlung mit einer potenziell keimzellschädigenden Therapie medizinisch notwendig erscheint, um spätere medizinische Maßnahmen zur Herbeiführung einer Schwangerschaft zu ermöglichen. Dieser Leistungsanspruch wurde im neuen § 27a Absatz 4 SGB V verankert. Demnach können die Maßnahmen der Kryokonservierung bei weiblichen Versicherten bis zum vollendeten 40. Lebensjahr und bei männlichen Versicherten bis zum vollendeten 50. Lebensjahr durchgeführt werden. Eine untere Altersgrenze, wie sie für Leistungen zur künstlichen Befruchtung auf 25 Jahre festgelegt wurde, ist im § 27a Absatz 4 SGB V nicht vorgegeben.

#### ***V. Familien- und unterhaltsrechtliche Konsequenzen***

Das von einer verheirateten Frau nach der Eheschließung und innerhalb von 300 Tagen nach der Auflösung der Ehe geborene Kind ist auch dann ehelich, wenn es das Produkt einer heterologen Insemination ist.<sup>67</sup> Diese Ehelichkeitsvermutung gilt so lange, bis sie durch eine erfolgreiche Ehelichkeitsanfechtung, die früher sowohl vom Scheinvater, der Mutter als auch vom Kind (ggf. durch seinen gesetzlichen Vertreter) beantragt werden konnte, beseitigt worden ist.<sup>68</sup> Die Anfechtungsfrist betrug für den Scheinvater zwei Jahre seit Kenntnis der Umstände; die Frist begann frühestens mit der Geburt zu laufen (§ 1600b BGB). Beim Kind

---

<sup>67</sup>§ 1591 i.V.m. § 1592 BGB, Ehelichkeitsvermutung, allerdings nur dann, wenn überhaupt eine Beiwohnung stattgefunden hat; die heterologe Insemination allein begründet die Ehelichkeitsvermutung nicht; *Coester-Waltjen*, Reproduktionsmedizin, 2002, 183 ff.

<sup>68</sup>Das früher bestehende Anfechtungsrecht der Großeltern für den Fall des Todes des Mannes § 1595a BGB (a.F.) ist weggefallen.



beginnt die Frist frühestens nach Erreichen der Volljährigkeit und Kenntnis der Umstände. Nach einer heftig umstrittenen Entscheidung des BGH<sup>69</sup> sollte der Scheinvater die Ehelichkeit auch dann anfechten können, wenn er sich mit der heterologen Insemination seiner Ehefrau einverstanden erklärt hatte. Die Kritik an diesem Urteil ebte nicht ab.<sup>70</sup> Wenn auch die Einräumung des Ehelichkeitsanfechtungsrechts zugunsten des Scheinvaters, der einer heterologen Insemination zunächst zugestimmt hat, widersprüchlich erscheinen mag, war doch nicht zu übersehen, dass die Vorschriften in den §§ 1591 ff. BGB zwingendes Recht darstellten, das einer vertragliche Abänderung in der Regel nicht zugänglich war. Hier schafft § 1600 Abs. 4 BGB Klarheit. Er schließt eine Anfechtung der Vaterschaft durch Scheinvater oder Mutter endgültig aus, sofern das Kind mit der Samenspende eines Dritten erzeugt worden ist.<sup>71</sup>

Mit der Überprüfung der genetischen Abstammung musste man seit der Einfügung von § 1598a BGB<sup>72</sup> und damit der Duldungspflicht entsprechender Tests häufiger rechnen.

Fechten die Kinder die Ehelichkeit an, entfällt die Unterhaltspflicht des Scheinvaters. Aus einer heterologen Insemination stammende Kinder können insoweit nicht besser gestellt werden, als „normale“ Kinder.<sup>73</sup> Die zur alten Rechtslage vermittelnde Ansicht von *Mutschler*,<sup>74</sup> wonach zwar das Ehelichkeitsanfechtungsrecht nicht ausgeschlossen werden könne, die mit der einmal getroffenen Vereinbarung versprochenen Unterhaltsleistungen davon jedoch unberührt bleiben, war eine gewisse Überzeugungskraft nicht abzusprechen. Im Ergebnis führte dies dazu, dass der Scheinvater zwar durchaus innerhalb von zwei Jahren nach der Geburt die Ehelichkeit anfechten konnte, dadurch aber nicht von seiner vertraglich gegenüber dem Kind und der Mutter eingegangenen Unterhaltsverpflichtung befreit wurde.<sup>75</sup> Wie der BGH festgestellt hat, bleibt es auch nach jetziger Rechtslage dabei, selbst wenn der Scheinvater die

---

<sup>69</sup>BGH – IX ZR 24/82, NJW 1983, 2073 = MedR 1983, 182; OLG Celle – 15 U 7/91, NJW 1992, 1516.

<sup>70</sup>OLG Düsseldorf – 3 U 62/86, FamRZ 1988, 762; LG Duisburg – 4 S 229/86, FamRZ 1987, 197; AG Dieburg – 20 C 906/86, NJW 1987, 713; AG Lüdenscheid – 8 C 161/85, NJW 1986, 784; siehe aber BGH – XII ZR 29/94, NJW 1995, 2028.

<sup>71</sup>Vgl. Gesetz zur weiteren Verbesserung von Kinderrechten vom 9.4.2002 (BGBl I S. 1239) und Gesetz zur Änderung der Vorschriften über die Anfechtung der Vaterschaft und das Umgangsrecht von Bezugspersonen des Kindes, zur Registrierung von Vorsorgeverfügungen und zur Einführung von Vordrucken für die Vergütung von Berufsbetreuern vom 23.4.2004, BGBl I S. 598.

<sup>72</sup>VatKlärG v. 26.3.2008, BGBl I 2008, S. 441, gültig seit 1.4.2008.

<sup>73</sup>BGH – XII ZR 89/94, NJW 1995, 2031.

<sup>74</sup>*Mutschler*, in: MüKo, § 1593, Rn. 21.

<sup>75</sup>BGH, Urt. v. 3.5.1995 – XII ZR 29/94, NJW 1995, 2028.



Vaterschaft im Zeitpunkt der künstlichen Befruchtung nicht anerkannt hatte.<sup>76</sup> Im Interesse aller Beteiligten sollte diese vertragliche Unterhaltsverpflichtung vor der Vornahme der heterologen Insemination in notariell beglaubigter Form, die einen Vollstreckungstitel ersetzt, niedergelegt werden. Mit dem Gesetz zur Regelung des Rechts auf Kenntnis der Abstammung bei heterologer Verwendung von Samen (SaRegG) vom 17.7.2017<sup>77</sup> wurde diese komplizierte Situation, jedenfalls für den Samenspender, durch einen neuen § 1600 d Abs. 4 BGB gelöst, dass der Samenspender, der die Vorgaben des SaRegG eingehalten hat, nicht mehr als Vater des Kindes festgestellt werden kann.

Stand des Manuskripts 28. August 2020

Dr. iur. Rudolf Ratze

---

<sup>76</sup> BGH, Urt. v. 23. 9. 2015 – XII ZR 99/14, GesR 2015, 764.

<sup>77</sup> BGBl. I, 2513ff.