

VERENA WEYRAUCH

Zulässigkeitsfragen und abstammungsrechtliche Folgeprobleme bei künstlicher Fortpflanzung im deutschen und US-amerikanischen Recht

Juristische Reihe **TENEA** / www.jurawelt.com Bd. 43



Verena Weyrauch Zulässigkeitsfragen und abstammungsrechtliche Folgeprobleme

43

Juristische Reihe
TENEA / www.jurawelt.com



TENEA

Verena Weyrauch wurde 1974 in Heidelberg geboren. Sie studierte Jura in Heidelberg, Berkeley und Düsseldorf. Das Referendariat leistete sie am Oberlandesgericht Düsseldorf ab. Seit März 2003 ist sie als Rechts- und Personalreferentin in Frankfurt am Main tätig.

Die Arbeit beschäftigt sich mit zwei zentralen Fragestellungen auf dem Gebiet der künstlichen Fortpflanzung. Zum einen wird die verfassungsrechtliche Zulässigkeit einzelner Arten der künstlichen Fortpflanzung erörtert. Im Mittelpunkt steht hierbei das »Recht auf Fortpflanzung« und das »Recht auf Einräumung einer Elternstellung« und ihre jeweilige Verankerung im Grundrechtskatalog. In diesem Rahmen werden Parallelen und Unterschiede zur entsprechenden Diskussion um das »right to procreate« im US-amerikanischen Recht aufgezeigt.

Der zweite Komplex beschäftigt sich mit den abstammungsrechtlichen Folgefragen in Fällen künstlicher Fortpflanzung. Einen zentralen Punkt stellt die Problematik der »Mehrfachelternschaft« und deren rechtliche Lösung dar. Auch hier werden die im deutschen Recht gefundenen Ergebnisse den entsprechenden Lösungsansätzen nach amerikanischem Recht gegenübergestellt.

TENEA



Tenea (ἡ Τενέα), Dorf im Gebiet von Korinth an einem der Wege in die → Argolis, etwas s. des h. Chiliomodi. Sehr geringe Reste. Kult des Apollon Teneates. T. galt im Alt. sprichwörtl. als glücklich, wohl wegen der Kleinheit [...]
Aus: K. Ziegler, W. Sontheimer u. H. Gärtner (eds.): *Der Kleine Pauly*. Lexikon der Antike. Bd. 5, Sp. 585. München (Deutscher Taschenbuch Verlag), 1979.

VERENA WEYRAUCH

**Zulässigkeitsfragen und abstammungsrechtliche
Folgeprobleme bei künstlicher Fortpflanzung
im deutschen und US-amerikanischen Recht**

TENEA



Verena Weyrauch:

Zulässigkeitsfragen und abstammungsrechtliche
Folgeprobleme bei künstlicher Fortpflanzung
im deutschen und US-amerikanischen Recht

(Juristische Reihe TЕНEA/www.jurawelt.com; Bd. 43)

Zugleich Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf
Dissertation 2003

D 61

Gedruckt auf holzfreiem, säurefreiem,
alterungsbeständigem Papier

© TЕНEA Verlag für Medien
Berlin 2003

Alle Rechte vorbehalten. All rights reserved.

Digitaldruck und Bindung:

Digital-Print-Service · 10119 Berlin

Umschlaggestaltung: nach Roland Angst, München

TЕНEA-Graphik: Walter Raabe, Berlin

Printed in Germany 2003

ISBN 3-86504-016-0

Vorwort

Diese Arbeit wurde im Sommersemester 2002 von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Düsseldorf als Dissertation angenommen. Rechtsprechung und Literatur sind bis Juli 2002 berücksichtigt.

Mein besonderer Dank gilt meinen Doktorvater Prof. Dr. Dirk Looschelders, der mir stets unterstützend zur Seite stand und mir immer wieder wertvolle Anregungen und Hinweise gegeben hat.

Zu Dank verpflichtet bin ich auch Professor James Gordley, der mich während meines Aufenthaltes an der UC Berkeley als Mentor unterstützt hat.

Ebenfalls danken möchte ich meinen Eltern für die vielfältige Unterstützung während des Studiums und der Promotion.

Herzlich danken möchte ich schließlich meinem Ehemann für die stete Diskussionsbereitschaft und die wertvollen Korrekturarbeiten. Er hat wesentlich zum Gelingen dieser Arbeit beigetragen.

Frankfurt a.M., Juni 2003

Verena Weyrauch

Inhaltsverzeichnis

| | |
|--|-----------|
| Einleitung | 1 |
| 1. Teil: Arten der künstlichen Fortpflanzung | 4 |
| <u>A. Homologe Insemination</u> | 4 |
| <u>B. Heterologe Insemination</u> | 5 |
| <u>C. Eispende</u> | 5 |
| <u>D. Embryonenspende</u> | 6 |
| <u>E. Ersatz- und Leihmutterschaft</u> | 6 |
| <u>F. Ersatzelternschaft</u> | 6 |
| 2. Teil: Gesetzgebungskompetenz im Bereich künstlicher Fortpflanzungsmethoden | 7 |
| <u>A. Deutschland</u> | 7 |
| <u>B. USA</u> | 7 |
| 3. Teil: Konzeptionelle Grundlagen von Fortpflanzungsstrafrecht und Abstammungsrecht am Beispiel des deutschen Rechts | 10 |
| <u>A. Grundsätzliches</u> | 10 |
| <u>B. Konzeptionen des Abstammungsrechts</u> | 11 |
| <u>I. Prinzipien des Abstammungsrechts</u> | 11 |
| <u>1. Prinzip der genetischen Abstammung</u> | 11 |
| <u>2. Prinzip der Statusbeständigkeit</u> | 15 |
| <u>3. Prinzip der Statusklarheit</u> | 16 |
| <u>II. Ausgleich der Prinzipien</u> | 16 |
| <u>1. Kindeswohl</u> | 17 |
| <u>2. Elternrechte</u> | 18 |
| <u>3. Interessen der Allgemeinheit</u> | 19 |
| <u>C. Konzeptionen strafrechtlicher Verbote künstlicher Fortpflanzung am Beispiel des deutschen Rechtssystems</u> | 20 |
| <u>I. Rechtsgutschutzfunktion des Strafrechts</u> | 20 |
| <u>II. Kindeswohl als strafrechtlich geschützter Gemeinschaftsbelang</u> | 21 |
| <u>1. Rechtsprobleme und Kindeswohl</u> | 22 |
| <u>2. Kindeswohl als subjektives Rechtsgut</u> | 23 |
| <u>3. Objektiv-rechtliche Würdekonzeption des Grundgesetzes und Kindeswohl</u> | 25 |

| | |
|---|----|
| <u>III. Gefahr des Missbrauchs</u> | 27 |
| <u>IV. Sittengesetz als Rechtsgut</u> | 28 |
| <u>V. Zwischenergebnis</u> | 29 |
| | |
| <u>D. Das Recht auf Fortpflanzung als Begrenzung des gesetzgeberischen Gestaltungsspielraums</u> | 29 |
| | |
| 4. Teil: Zulässigkeitsprobleme | 30 |
| | |
| <u>A. Normen zur Regelung der künstlichen Fortpflanzung</u> | 30 |
| <u>I. Deutschland</u> | 30 |
| <u>II. USA</u> | 33 |
| | |
| <u>B. Das Recht auf künstliche Fortpflanzung</u> | 33 |
| | |
| <u>I. Deutschland</u> | 34 |
| <u>1. Grundlage des Rechts auf Fortpflanzung</u> | 34 |
| a) Art. 6 Abs. 1 GG | 34 |
| b) Art. 2 Abs. 1 iVm Art. 1 Abs.1 GG | 35 |
| <u>2. Recht auf Fortpflanzung im Zusammenhang mit künstlichen Methoden</u> | 37 |
| a) Prinzipielle Anwendbarkeit auf die verschiedenen Methoden | 37 |
| aa) Recht auf Fortpflanzung nur im homologen System | 38 |
| bb) Recht auf Fortpflanzung im homologen und heterologen System | 39 |
| cc) Recht auf Fortpflanzung in Fällen, in denen keiner der Wunscheltern genetisch mit dem Kind verwandt ist | 42 |
| dd) Recht auf Fortpflanzung des Spenders | 43 |
| b) Einordnung in die Sphären des allgemeinen Persönlichkeitsrechts | 43 |
| aa) Sphärentheorie | 43 |
| bb) Einordnung des Rechts auf natürliche bzw. künstliche Fortpflanzung | 44 |
| c) Zwischenergebnis | 47 |
| <u>3. Umfang des Rechts auf Fortpflanzung: das Recht auf Einräumung einer Elternstellung</u> | 47 |
| a) Recht auf Einräumung einer Elternstellung aus dem Allgemeinen Persönlichkeitsrecht | 47 |
| b) Recht auf Einräumung einer Elternstellung aus Art. 6 Abs.2 GG | 48 |
| <u>4. Fazit</u> | 56 |
| | |
| <u>II. USA</u> | 56 |
| | |
| <u>1. Grundlagen des Rechts auf Fortpflanzung</u> | 57 |
| a) Recht auf Privatsphäre | 57 |
| b) Recht auf Fortpflanzung als Ausfluß des Rechts auf Privatsphäre | 59 |
| <u>2. Anwendbarkeit auf künstliche Fortpflanzungsmethoden</u> | 60 |
| a) Recht auf Fortpflanzung im homologen System | 61 |

| | |
|---|----|
| b) Recht auf Fortpflanzung im homologen und heterologen System | 62 |
| c) Recht auf Fortpflanzung, wenn keiner der Wunscheltern genetisch mit dem Kind verwandt ist | 64 |
| d) Fazit | 64 |
| <u>3. Einschränkung des Rechts auf Fortpflanzung</u> | 64 |
| a) Richterlicher Prüfungsstandard bei Grundrechtseingriffen | 65 |
| aa) <i>rational basis test</i> | 65 |
| bb) <i>strict scrutiny test</i> | 65 |
| cc) <i>sliding scales test</i> | 66 |
| b) Rechtfertigung des Eingriffs in das Recht auf Fortpflanzung | 66 |
| <u>4. Umfang des Rechts auf Fortpflanzung</u> | 66 |
| | |
| <u>C. Einzelfragen bei den verschiedenen Fortpflanzungsmethoden</u> | 67 |
| | |
| I. Homologe Insemination, insbesondere postmortale Insemination | 67 |
| | |
| <u>1. Deutschland</u> | 68 |
| a) Rechte des verstorbenen Mannes | 69 |
| aa) Postmortales Recht auf Fortpflanzung | 69 |
| bb) Eigentums- und Erbrecht | 72 |
| cc) Fazit | 73 |
| b) Recht auf Fortpflanzung der Frau | 73 |
| aa) Schutzbereich des Art. 2 I GG iVm Art. 1 I GG | 73 |
| aaa) Persönlicher Anwendungsbereich | 73 |
| bbb) Sachlicher Anwendungsbereich | 74 |
| ccc) Postmortale Insemination als Teil der Privatsphäre | 74 |
| bb) Beschränkbarkeit des Rechts auf Fortpflanzung | 75 |
| aaa) Das Embryonenschutzgesetz als Schranke | 75 |
| (1.) Verstoß gegen das Wohl des Ungeborenen | 75 |
| (2.) Gefahr des Missbrauchs | 79 |
| bbb) Sittengesetz als Schranke | 80 |
| ccc) Fazit | 82 |
| <u>2. USA</u> | 82 |
| a) Rechte des Verstorbenen | 83 |
| aa) Postmortales Recht auf Fortpflanzung | 83 |
| bb) Eigentumsrecht | 85 |
| b) Recht auf Fortpflanzung der Frau | 87 |
| aa) Schutzbereich | 88 |
| aaa) Persönlicher Anwendungsbereich | 88 |
| bbb) Sachlicher Anwendungsbereich | 89 |
| bb) Rechtfertigung des Eingriffs | 90 |
| aaa) Verstoß gegen das Wohl des Ungeborenen | 90 |
| bbb) Schutz der bereits existierenden Familie | 91 |
| ccc) Schutz der Witwe | 91 |

| | |
|--|-----------|
| ddd) Schutz der traditionellen Familie | 91 |
| eee) Schutz der Staatskasse | 92 |
| fff) Schutz des Willens des Verstorbenen | 92 |
| ggg) Sittengesetz als Schranke | 93 |
| cc) Zwischenergebnis | 93 |
| II. Heterologe Insemination | 94 |
| <u>1. Allgemeine Zulässigkeitserwägungen</u> | 94 |
| a) Deutschland | 94 |
| aa) Geschichtliche Diskussion und heutige Rechtslage | 94 |
| bb) Gesetzgeberische Perspektiven | 98 |
| aaa) Menschenwürde der beteiligten Parteien | 99 |
| bbb) Schutz von Ehe und Familie Art. 6 I GG | 100 |
| ccc) Menschenwürde und Persönlichkeitsrecht des Kindes | 101 |
| b) USA | 102 |
| <u>2. Heterologe Insemination unter Wahrung der Anonymität des Samenspenders</u> | 103 |
| a) Interessenlage | 103 |
| aa) Interessen des Kindes | 104 |
| aaa) Argumente gegen die Anonymität des Samenspenders | 104 |
| bbb) Argumente für die Anonymität des Samenspenders | 105 |
| ccc) Fazit | 105 |
| bb) Interessen der Wunscheltern | 106 |
| cc) Interessen des Spenders | 106 |
| dd) Interessenabwägung | 107 |
| b) Rechtliche Situation | 108 |
| aa) Deutschland | 108 |
| aaa) Recht des Kindes auf Kenntnis der Abstammung | 109 |
| (1.) Schutzbereich | 109 |
| (a) Rechtsprechung | 109 |
| (b) Literatur | 110 |
| (2.) Eingriff und Rechtfertigung | 112 |
| (a) Rechte des Samenspenders | 112 |
| (b) Recht der Mutter | 113 |
| bbb) Ergebnis | 113 |
| bb) USA | 114 |
| aaa) Verfassungsmäßiges Recht des Kindes auf Kenntnis der eigenen Abstammung | 116 |
| (1.) Grundlage eines möglichen Rechts auf Kenntnis der eigenen Abstammung | 116 |
| (a) 14. Amendment | 117 |
| (b) 1. Amendment | 118 |
| (c) 13. Amendment | 119 |

| | |
|--|-----|
| (2.) Unterschiede in der Situation von adoptierten und heterolog gezeugten Kindern | 120 |
| bbb) Interessengeleitete Auslegung von Sec. 5 (a) UPA (1973) | 121 |
| III. Ei- und Embryonenspende | 123 |
| <u>1. Deutschland</u> | 123 |
| a) Recht auf Fortpflanzung | 124 |
| aa) Eispende | 124 |
| aaa) Würdeschutz als Rechtfertigungsgrund | 124 |
| bbb) Sittengesetz als Rechtfertigungsgrund | 125 |
| bb) Embryonenspende | 125 |
| b) (Un)gleichbehandlung von heterologer Insemination und Ei- und Embryonenspende | 126 |
| aa) Embryonenspende | 126 |
| bb) Eispende | 127 |
| c) Fazit | 128 |
| <u>2. USA</u> | 128 |
| IV. Ersatz- und Leihmutterchaft | 129 |
| <u>1. Deutschland</u> | 129 |
| a) Würdeschutz des Grundgesetzes | 131 |
| b) Schutz von Ehe und Familie (Art. 6 Abs. 1 GG) | 134 |
| c) Schranke des Sittengesetzes | 134 |
| d) Fazit | 135 |
| <u>2. USA</u> | 135 |
| a) Anwendbarkeit der Regelungen des Adoptionsrechts | 136 |
| b) Anwendbarkeit der Normen, die Embryonenforschung verbieten | 140 |
| c) Anwendbarkeit der Normen, die Verkauf von Embryonen verbieten | 141 |
| d) Ausblick | 142 |
| V. Ersatzelternschaft | 143 |
| <u>1. Deutschland</u> | 143 |
| <u>2. USA</u> | 143 |
| VI. Zusammenfassung | 144 |
| 5. Teil: Abstammungsrecht in Deutschland und den USA | 145 |
| <u>A. Abstammungsrecht in Deutschland</u> | 145 |
| <u>I. Vaterschaft</u> | 146 |

| | |
|---|-----|
| <u>1. Vaterschaft kraft Ehe mit der Mutter, § 1592 Nr. 1 BGB</u> | 146 |
| <u>2. Vaterschaftsanerkennung, § 1592 Nr. 2 BGB</u> | 148 |
| <u>3. Gerichtliche Vaterschaftsfeststellung, §§ 1592 Nr. 3, 1600d BGB</u> | 149 |
| <u>4. Vaterschaftsanfechtung</u> | 150 |
| a) Anfechtungsrecht, § 1600 BGB | 150 |
| aa) Anfechtungsberechtigte Personen | 150 |
| bb) Nicht-anfechtungsberechtigte Personen | 151 |
| aaa) Eltern des Ehemannes | 151 |
| bbb) Erzeuger | 151 |
| b) Anfechtungsfrist, § 1600b BGB | 153 |
| | |
| <u>II. Mutterschaft</u> | 153 |
| | |
| <u>B. Abstammungsrecht in den USA</u> | 154 |
| | |
| <u>I. Vaterschaft</u> | 155 |
| <u>1. Vaterschaftsvermutungen</u> | 155 |
| a) UPA (1973): Sec 4(a) | 155 |
| b) UPA (2000): Art. 2 sec. 201(b), sec. 204 | 157 |
| <u>2. Vaterschaftsfeststellung</u> | 158 |
| a) UPA (1973): Sec. 6 | 158 |
| b) UPA (2000): Art.6 | 159 |
| <u>3. Anfechtung der Vaterschaft</u> | 160 |
| a) UPA (1973): Sec. 6 | 160 |
| b) UPA (2000): Art. 6 | 162 |
| | |
| <u>II. Mutterschaft</u> | 162 |
| | |
| <u>1. UPA (1973)</u> | 162 |
| <u>2. UPA (2000)</u> | 163 |
| | |
| 6. Teil: Abstammung nach künstlicher Fortpflanzung | 164 |
| | |
| A. Homologe Insemination | 164 |
| | |
| <u>I. Deutschland</u> | 164 |
| | |
| <u>1. Mutterschaft</u> | 164 |
| <u>2. Vaterschaft</u> | 164 |
| a) Homologe Insemination bei Ehepaaren | 165 |
| b) Homologe Insemination bei nichtehelicher Lebensgemeinschaft | 166 |
| c) Postmortale Insemination | 167 |

| | |
|--|-----|
| <u>II. USA</u> | 167 |
| <u>1. Mutterschaft</u> | 167 |
| <u>2. Vaterschaft</u> | 168 |
| a) Allgemein | 168 |
| b) Postmortale Insemination | 168 |
| aa) Homologe oder heterologe Insemination | 168 |
| bb) Gesetzliche Regelungen | 169 |
| | |
| <u>III. Fazit</u> | 170 |
| | |
| B. Heterologe Insemination | 171 |
| | |
| <u>I. Deutschland</u> | 171 |
| <u>1. Mutterschaft</u> | 171 |
| <u>2. Vaterschaft</u> | 172 |
| a) Verheiratete Mutter | 172 |
| b) Unverheiratete Mutter | 172 |
| aa) Nichteheliche Lebensgemeinschaft | 172 |
| aaa) Präkonzeptionelles Anerkenntnis | 173 |
| bbb) Zustimmungserfordernis | 173 |
| bb) Alleinstehende Frau | 174 |
| c) Zwischenergebnis | 174 |
| d) Anfechtung der Vaterschaft bei konsentierter Insemination | 174 |
| aa) Anfechtungsrecht des Ehemannes | 175 |
| aaa) Literatur | 175 |
| bbb) Rechtsprechung | 176 |
| ccc) Stellungnahme | 178 |
| bb) Anfechtungsrecht der Mutter | 181 |
| cc) Anfechtungsrecht des Kindes | 183 |
| <u>3. Fazit</u> | 183 |
| | |
| <u>II. USA</u> | 183 |
| <u>1. Mutterschaft</u> | 184 |
| <u>2. Vaterschaft</u> | 184 |
| a) Abstammungsrechtliche Behandlung außerhalb des UPA | 184 |
| b) Abstammungsrechtliche Behandlung nach UPA (1973) | 185 |
| aa) Situation des Ehemannes – Sec. 5 (a) UPA (1973) | 185 |
| aaa) Tatbestandsmerkmal der Zustimmung | 186 |
| bbb) Überwachung der Insemination durch einen Arzt | 188 |
| bb) Situation des Samenspenders – sec. 5 (b) UPA (1973) und seine staatliche Umsetzung | 189 |

| | |
|--|-----|
| aaa) Insemination bei einer verheirateten Frau | 189 |
| bbb) Insemination bei einer unverheirateten Frau | 191 |
| (1.) Staaten ohne spezielle Normen | 191 |
| (2.) Staaten mit speziellen Normen | 191 |
| 3. Ergebnis | 194 |
| C. Eispende | 194 |
| <u>I. Deutschland</u> | 195 |
| <u>1. Mutterschaft</u> | 195 |
| a) Frühere Situation | 195 |
| aa) Mutterschaftsvermutung | 195 |
| bb) Mutterschaftsanfechtung | 197 |
| aaa) Anfechtung durch die Mutter | 197 |
| bbb) Anfechtung durch das Kind | 199 |
| b) Heutige Situation | 199 |
| aa) Recht der genetischen Mutter auf Einräumung einer Elternstellung | 200 |
| bb) Recht des Kindes auf Kenntnis der eigenen Abstammung | 201 |
| <u>2. Vaterschaft</u> | 203 |
| <u>II. USA</u> | 203 |
| <u>1. Mutterschaft</u> | 203 |
| a) UPA (1973) | 203 |
| aa) Mutterschaftsmodelle | 204 |
| aaa) Doppelmutterschaftslösung | 204 |
| bbb) Mutterlosigkeitslösung | 204 |
| ccc) Einzelfalllösung | 205 |
| ddd) Intentionslösung | 205 |
| eee) Kindeswohllösung | 205 |
| fff) Geburtslösung | 206 |
| ggg) Genetische Lösung | 207 |
| bb) Stellungnahme | 208 |
| aaa) Doppelmutterschaftslösung | 208 |
| bbb) Mutterlosigkeitslösung | 209 |
| ccc) Einzelfalllösung | 209 |
| ddd) Intentionslösung | 209 |
| eee) Kindeswohllösung | 210 |
| fff) Geburtslösung | 210 |
| ggg) Genetische Lösung | 211 |
| hhh) Ergebnis | 212 |
| b) UPA (2000) | 212 |
| c) Sonderproblem: Anonymität der Eispenderin | 212 |

| | |
|--|-----|
| <u>2. Vaterschaft</u> | 213 |
| D. Embryonenspende | 213 |
| <u>I. Deutschland</u> | 214 |
| <u>II. USA</u> | 214 |
| E. Leihmutterschaft | 215 |
| <u>I. Deutschland</u> | 215 |
| <u>1. Mutterschaft</u> | 215 |
| <u>2. Vaterschaft</u> | 216 |
| a) Verheiratete Leihmutter | 216 |
| aa) Anfechtungsmöglichkeit des Ehemannes | 216 |
| bb) Anfechtungspflicht des Ehemannes | 218 |
| b) Ledige Leihmutter | 219 |
| <u>II. USA</u> | 219 |
| <u>1. Mutterschaft nach UPA (1973)</u> | 219 |
| a) Geburtslösung | 220 |
| b) Genetische Lösung | 221 |
| c) Intentionslösung | 221 |
| d) Stellungnahme | 222 |
| <u>2. Vaterschaft nach UPA (1973)</u> | 226 |
| <u>3. Elternschaft nach UPA (2000)</u> | 227 |
| F. Ersatzmutterschaft | 228 |
| <u>I. Deutschland</u> | 228 |
| <u>1. Mutterschaft</u> | 228 |
| <u>2. Vaterschaft</u> | 229 |
| <u>II. USA</u> | 229 |
| <u>1. Elternschaft nach UPA (1973)</u> | 229 |
| a) Mutterschaft | 229 |
| b) Vaterschaft | 231 |
| aa) Verheiratete Ersatzmutter | 231 |
| bb) Unverheiratete Ersatzmutter | 232 |
| c) Zusammenfassung | 232 |
| <u>2. Elternschaft nach UPA (2000)</u> | 233 |

| | |
|--|-----|
| G. Ersatzelternschaft | 233 |
| <u>I. Deutschland</u> | 233 |
| <u>II. USA</u> | 234 |
| <u>1. Mutterschaft</u> | 234 |
| <u>2. Vaterschaft</u> | 236 |
| <u>3. UPA (2000)</u> | 236 |
| H. Zusammenfassung und Bewertung | 237 |
| <u>I. Zusammenfassung</u> | 237 |
| <u>II. Bewertung anhand der Prinzipien des Abstammungsrechts</u> | 239 |
| | |
| Literaturverzeichnis | 242 |

Abkürzungsverzeichnis

A.: Atlantic Reporter
A.B.A.J.: American Bar Association Journal
AdVermG: Adoptionsvermittlungsgesetz
AK: Alternativkommentar
Alb.L.J. Sci. & Tech.: Albany Law Journal of Science and Technology
Am.J.L. & Med.: American Journal of Law and Medicine
Am.J.Comp.L.: American Journal of Comparative Law
Am.Psychol.: American Psychology
art.: Article
ART: Artificial Reproductive Technology
Austl. L.J.: Australian Law Journal
BayVBl: Bayerische Verwaltungsblätter
BGB: Bürgerliches Gesetzbuch
BGBl: Bundesgesetzblatt
BGH: Bundesgerichtshof
BK: Bonner Kommentar zum Grundgesetz
BR-Drucks.: Bundesratsdrucksache
Brook.L.Rev.: Brooklyn Law Review
BT-Drucks.: Bundestagsdrucksache
Buff.L.Rev.: Buffalo Law Review
B.U.L.Rev.: Boston University Law Review
BVerfG: Bundesverfassungsgericht
BYU J.Pub.L.: Brigham Young University Journal of Public Law
Cal.L.Rev.: California Law Review
Cal.Rptr.: California Reporter
Cal.W.Int'l L.J.: California Western International Law Journal
Case W.Res.L.Rev.: Case Western Reserve Law Review
Cath.Law.: Catholic Lawyer
Civ. Code: Civil Code
Clev.St.L.Rev.: Cleveland State Law Review
Colum.J.L.&Soc.Prbs: Columbia Journal of Law and Social Problems
Conn.L.Rev.: Connecticut Law Review
Const.: Constitution
Cont. Health L. & Pol'y: Contemporary Health Law and Policy
D.C.: District of Columbia
DEuFamR: Deutsches und europäische Familienrecht
DJT: Deutscher Juristentag
D.L.R.: Dominion Law Reports (Canada)
DNotZ: Deutsche Notar-Zeitschrift
DÖV: Die öffentliche Verwaltung
DRiZ: Deutsche Richterzeitung

Duq.L.Rev.: Duquesne Law Review
DVBl.: Deutsches Verwaltungsblatt
ESchG: Gesetz zum Schutz von Embryonen (Embryonenschutzgesetz)
F.: Federal Reporter
Fam.L.Q.: Family Law Quarterly
FamRZ: Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
FAZ: Frankfurter Allgemeine Zeitung
FS: Festschrift
F.Supp.: Federal Supplement
FuR: Familie und Recht
GA: Goldammers Archiv
Geo.L.J.: Georgetown Law Journal
Geo.Wash.J.Int'l L.& Econ: George Washington Journal of International Law and Economy
GG: Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland
Hastings Ctr.Rep.: Hastings Center Report
Hastings Const.L.Q.: Hastings Constitutional Law Quarterly
Harv.L.Rev.: Harvard Law Review
HB: House Bill
HbdVfR: Handbuch des Verfassungsrechts
Hous.J.Int'l L.: Houston Journal of International Law
H.R.: Designated File Number of a bill as introduced in the U.S. House of Representatives
HStR: Handbuch des Staatsrechts
Hum.Rts.: Human Rights
Ill.: Illinois
Ind.L.Rev.: Indiana Law Review
Int'l.J.L.&Fam.: International Journal of Law and Family
IPR: Internationales Privatrecht
IPRax: Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrechts
JA: Juristische Arbeitsblätter
J.Contemp.L.: Journal of Contemporary Law
J. of Div.& Remarr.: Journal of Divorce and Remarriage
J.L. & Health: Journal of Law and Health
J.Fam.L.: Journal of Family Law
J.Leg.Med.: Journal of Legal Medicine
JR: Juristische Rundschau
JuS: Juristische Schulung
Jura: Jura/ Juristische Ausbildung
JZ: Juristenzeitung
Kan.J.L.& Pub.Pol'y: Kansas Journal of Law and Public Policy
La.L.Rev.: Louisiana Law Review
L.J.: Law Journal
L., Med. & Health Care: Law, Medicine and Health Care

L.Rev.: Law Review
 Law & Inequ.J.: Law and Inequality Journal
 Loy.L.A.L.Rev.: Loyola of Los Angeles Law Review
 Loy.Consumer Rep.: Loyola Consumer Report
 Loy.L.Rev.: Loyola Law Review
 Loy.U.Chi.L.J.: Loyola University of Chicago Law Journal
 Marq.L.Rev.: Marquette Law Review
 MDR: Monatsschrift für Deutsches Recht
 MedR: Medizinrecht
 Med.Sci. & L.: Medical Science and Law
 Md.L.Rev.: Maryland Law Review
 Mich.L.Rev.: Michigan Law Review
 Mo.: Missouri
 MüKo: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
 N.C. Cent.L.J.: North Carolina Central Law Journal
 N.C.L.Rev.: North Carolina Law Review
 N.E.: North Eastern Reporter
 N.Eng.L.Rev.: New England Law Review
 N.J.L.J.: New Jersey Law Journal
 NJW: Neue juristische Wochenschrift
 N.Y.L.F.: New York Law Forum
 N.Y.S.: New York Supplement
 N.Y.U.: New York University
 N.Y.U.Rev.Soc.Change: New York University Review of Social Change
 Nw.U.L.Rev.: Northwestern University Law Review
 Ohio N.U.L.Rev.: Ohio Northern University Law Review
 Ohio St.L.J.: Ohio State Law Journal
 Okla.City U.L.Rev.: Oklahoma City University Law Review
 OLG: Oberlandesgericht
 Ont.: Ontario
 P.: Pacific Reporter
 Phil. & Pub. Aff.: Philosophy and Public Affairs
 PPM: Psychotherapie, Psychosomatik, Medizinische Psychologie
 PStG: Personenstandsgesetz
 Quinn.Prob.L.J.: Quinipiac Probate Law Journal
 Real Prop. Prob. & Tr.J.: Real Property, Probate and Trust Journal
 Rev.L.&Soc.Change: Review of Law and Social Change
 Rev.Stat.Ann: Revised Statutes Annotated
 RG: Reichsgericht
 S.File No.: Senate File Number
 S.Con.Res.: Senate
 S.Ct.: Supreme Court oder Supreme Court Reporter
 S.Cal.L.Rev.: South California Law Review
 S.E.: South Eastern Reporter

S.Ill.U.L.J.: Southern Illinois University Law Journal (?)
So.: Southern Reporter
Stanford L.&Pol’y Rev.: Stanford Law and Policy Review
StAZ: Das Standesamt
StV: Der Strafverteidiger
Suff.U.L.Rev.: Suffolk University Law Review
S.W.: South Western Reporter
SZ: Süddeutsche Zeitung
Temp. Env’tl. L.& Tech.J.: Temple Environmental Law and Technology Journal
Tenn.L.Rev.: Tennessee Law Review
Tul.L.Rev.: Tulane Law Review
U.C. Davis L.Rev.: University of California Davis Law Review
U.C.L.A.: University of California Los Angeles
U.Cin.L.Rev.: University of Cincinnati Law Review
U.L.A.: Uniform Laws Annotated
U.Mich.J.L.Ref.: University of Michigan Journal of Law Reform
UMKC L.Rev.: University of Missouri at Kansas City Law Review
UPA: Uniform Parentage Act
U.Pa.L.Rev.: University of Pennsylvania Law Review
U.Rich.L.Rev.: University of Richmond Law Review
U.S.: United States Reporter
U.S.C.: United States Code
USACA: Uniform Children of Assisted Conception Act
U.S.F.L. Rev.: University of San Francisco Law Review
U.S.L.W.: United States Law Week
U.Tol.L.Rev.: University of Toledo Law Review
v.: versus
Va.L.Rev.: Virginia Law Review
Vand.L.Rev.: Vanderbilt Law Review
Vand.J.Transnat’l L.: Vanderbilt Journal of Transnational Law
VersR: Versicherungsrecht
VerwArch.: Verwaltungsarchiv
Vt.L.Rev.: Vermont Law Review
Wash. & Lee L.Rev.: Washington and Lee Law Review
Wis.L.Rev.: Wisconsin Law Review
Wis.Women’s L.J.: Wisconsin Women’s Law Journal
Wm.-Mitchell L.Rev.: William Mitchell Law Review
Women’s Rts. L.Rep.: Women’s Rights Law Report
W.St.U.L.Rev.: Western State University Law Review
ZBJugR: Zentralblatt für Jugendrecht
ZRP: Zeitschrift für Rechtspolitik
ZStW: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

Einleitung

Die Zulässigkeit verschiedener Methoden der künstlichen Fortpflanzung wurde in Deutschland 1990 durch das Embryonenschutzgesetz erstmals gesetzlich geregelt. Dieses Gesetz nimmt einen sehr restriktiven Standpunkt ein. Damit steht Deutschland neben der Schweiz in Europa der künstlichen Fortpflanzung am kritischsten gegenüber¹. Ein sogenannter „Fortpflanzungstourismus“ ist zumindest innereuropäisch bereits zu beobachten².

Durch die nun neu entbrannte Diskussion um die sog. Präimplantationsdiagnostik und die Forschung an embryonalen Stammzellen³ wird das Embryonenschutzgesetz bereits zwölf Jahre nach seiner Verabschiedung wieder grundlegend in Frage gestellt. Mit einer Neuregelung der Embryonenforschung wird aber auch eine Überprüfung der Regelungen über die Zulässigkeit der künstlichen Reproduktion notwendig. Insofern hat auch dieser Themenbereich trotz der gesetzlichen Regelungen nicht an Aktualität verloren. Dies gilt nicht zuletzt auch deswegen, weil in der Praxis ein rasanter Anstieg der Zahlen künstlicher Zeugungen zu verzeichnen ist.

In den USA leiden ungefähr 5 Millionen Paare unter ungewollter Kinderlosigkeit, etwa 300.000 Personen werden jedes Jahr gegen Unfruchtbarkeit behandelt⁴. In Deutschland wurden im Jahre 1998 75000 Kinder mit Hilfe heterologer künstlicher Insemination gezeugt und diese Zahl wird sich jährlich um 4500 bis 5000 erhöhen⁵. Weltweit sind 50 bis 80 Millionen Menschen von Unfruchtbarkeitsproblemen betroffen⁶.

¹ S. Tabelle in DIE ZEIT v. 08.05.2002, 37.

² „Schwanger um jeden Preis“, DIE ZEIT v. 08.05.2002, 35.

³ Der Bundestag hat in seiner Sitzung vom 25.04.2002 das Stammzellgesetz (StZG) verabschiedet. Am 01.07.2002 ist das Gesetz in Kraft getreten. Danach ist die Einfuhr und die Verwendung embryonaler Stammzellen zu Forschungszecken unter sehr strengen Auflagen erlaubt, BR-Drucks. 344/02. Der Entwurf eines Gesetzes zur Regelung der Präimplantationsdiagnostik, wodurch das ESchG abgeändert werden soll, hat hingegen bisher noch keine Mehrheit gefunden, BT-Drucks. 14/7415; s. zu diesem Problemkomplex z.B. Classen, DVBl 2002, 141; Hufen, FAZ v. 21.05.01, 10; ders.: Zur verfassungsrechtlichen Beurteilung der Präimplantationsdiagnostik; „Clement: Genforschung ist Gebot der Nächstenliebe“, SZ v. 11.06.01, S. 5; „Ethiker unter Zeitdruck“, „Neuland an der Förde“, „Jungbrunnen für Stammzellen“, alles SZ v. 29.06.01, S. 2; Starck, FAZ v. 30.05.2001, 55; Benda, NJW 2002, 2147; Sandler, NJW 2001, 2148; Zuck, NJW 2002, 869; Laufs, NJW 2000, 2716; Faßbender, NJW 2001, 2745; Renzikowski, NJW 2001, 2753; Lilie/ Albrecht, NJW 2001, 2774; Herzog, NJW 2001, 393; Ipsen, JZ 2001, 989; Herdegen, JZ 2001, 773; Taupitz, ZRP 2002, 111; mit der PID setzten sich auch bereits Keller/ Günther/ Kaiser, ESchG, Einführung, Rn 27ff auseinander; ebenso das Symposium „Fortpflanzungsmedizin in Deutschland“ vom 24. bis 26 Mai 2000 in Berlin (Vorträge und Diskussion abgedruckt in Arndt/ Obe, Fortpflanzungsmedizin in Deutschland).

⁴ Cowley, Newsweek June 12, 1995, 66, 67; Bedell, The Dallas Morning News Jan. 27th 2000; Allein im Jahre 1996 wurden mehr als 64.000 Unfruchtbarkeitseingriffe in amerikanischen Klinken vorgenommen. Davon waren nur 27 % erfolgreich und es resultierten lediglich 22.6 % in Lebendgeburten (Centers for Disease Control and Prevention (US); National Center for Chronic Disease Prevention and Health Provision; Division of Reproductive Health; 1996 Assisted reproductive technology success rates; Atlanta: CDC, 1998); Im Jahre 1995 wurde 16.300 Kinder nach Unfruchtbarkeitsbehandlungen geboren (American Society for Reproductive Medicine).

⁵ Naumann, ZRP 1999, 142, 142.

⁶ Nach Angaben der World Health Organisation, zit. in Bedell, The Dallas Morning News Jan. 27th 2000.

An diesen Zahlen sieht man, dass die Fragen und Probleme der künstlichen Fortpflanzung nicht auf einen unbeachtlich kleinen Teil der Bevölkerung reduziert sind, sondern dass ihre Beantwortung und Bearbeitung für viele Menschen relevant ist. Durch die grundlegenden Weiterentwicklungen der medizinischen Möglichkeiten ist die Lösung der rechtlichen Probleme künstlicher Fortpflanzung seit den 70er Jahren von immer größerer Bedeutung geworden.

Die Gründe, aus denen sich ein unfruchtbares Paar für ein auf künstlichem Weg gezeugtes Kind entscheidet, anstatt für die Alternative der Adoption, sind verschiedenartig. Zum einen mag es der Gedanke sein, selbst in dem Kind weiter zu leben. Die Eltern wollen ihre genetischen Anlagen in ihrem Kind wiederfinden. Sie wollen eine gemeinsame Abstammung teilen, gerade wenn diese besondere kulturelle Relevanz hat⁷. Außerdem wünschen sie sich, möglichst „normale“ Eltern zu sein⁸. Auch wird die Frau, wenn möglich, das Erlebnis der Schwangerschaft und Geburt wünschen. Hinzu kommt, dass die Adoption in der Regel kein einfacherer Weg ist, zu einem Kind zu kommen. So wird jedenfalls in Deutschland und den USA das gesamte Familienleben der potentiellen Adoptiveltern zunächst bis ins Detail überprüft, um festzustellen, ob sie überhaupt in der Lage sind, dem Kind ein gutes Zuhause zu bieten. Dies kann zum einen sehr lange dauern, zum anderen auch eine nervenaufreibende Prozedur darstellen⁹. Die Akzeptanz sowohl von Abtreibung und Verhütungsmitteln als auch die Entstigmatisierung der nichtehelichen Geburt¹⁰ hat dazu geführt, dass es weit mehr adoptionswillige Paare als Adoptivkinder gibt. Aufgrund des krassen Missverhältnisses zwischen adoptionswilligen Paaren und adoptionsfähigen Kindern, muss ein Paar unter Umständen mehrere Jahre auf eine Adoptionsmöglichkeit warten¹¹.

Von den zahlreichen Fragen, die die künstliche Fortpflanzung aufwirft, sollen in der vorliegenden Arbeit zwei Bereiche behandelt werden. Dies sind zum einen die Probleme der Zulässigkeit einzelner Methoden und zum anderen die abstammungsrechtliche Zuordnung des Kindes nach erfolgter künstlicher Fortpflanzung. Andere Problemfelder, wie etwa die in der Literatur bereits ausführlich

⁷ Wie der Fall eines amerikanischen Juden zeigt, dessen gesamte Familie durch den Holocaust ausgelöscht worden war und der sich nun unbedingt genetische Nachkommen wünschte, In re Baby M. II 537 A.2d (N.J. 1988); für Aufruhr auf dem Gebiet der künstlichen Fortpflanzung sorgte in jüngster Zeit auch ein Fall, in dem sich ein gehörloses lesbisches Paar Samen eines ebenfalls gehörlosen Mannes spenden ließ, um so ein gehörloses Kind zu zeugen, s. „Der Wunsch nach dem fehlenden Sinn“, SZ v. 22.4.2002, 12; „Moralischer Hörsturz“, DIE ZEIT v. 25.04.2002.

⁸ Norton, 74 N.Y.U. L.Rev. (1999), 793.

⁹ Statistiken über die Wartezeiten für Wunscheltern gibt es nicht. An den Zahlen der Adoptivbewerber, wonach in den Ballungsräumen teilweise 40 Wunscheltern auf ein Adoptivkind kommen, kann man jedoch erkennen, dass es mehrere Jahre dauern kann bzw. vielen Ehepaaren gar nicht möglich ist, ein Kind in Deutschland zu adoptieren. Auslandsadoptionen führen dagegen in der Regel in ein bis zwei Jahren zum Ziel (Quelle: Persönliche Auskunft des Bundesministeriums für Familie, Senioren, Frauen und Jugend).

¹⁰ So wurden im Jahre 1970 lediglich 75802 nichteheliche Kinder geboren, 1980 waren es bereits 102921, 1990 138755 und im Jahre 1998 157117; s. Statistisches Jahrbuch 2000 für die BRD, 71; Goedel, Leihmutterchaft, 3 mwN.

¹¹ Im Jahre 1999 kamen 13 vorgemerkte Adoptionsbewerber auf ein Adoptivkind, auch die Jahre vorher schwankten diese Zahlen zwischen 13 (1997, 1996) und 19 (1992): Datenmaterial des Statistischen Bundesamtes; vgl. auch Lüderitz, FamR, Rn 1004; Benecke, Heterologe Insemination, 5.

behandelten erbrechtlichen¹², unterhaltsrechtlichen¹³ oder international-privatrechtlichen Fragen¹⁴, bleiben ausgeklammert.

Von besonderem Interesse soll dabei der Vergleich mit der Rechtslage in den USA sein. Aufschlussreich ist dieser Blick auf das amerikanische Recht und die dort geführte Diskussion insbesondere deshalb, weil bei der Frage der Zulässigkeit der künstlichen Fortpflanzung eine andere Perspektive eingenommen wird. Ausgangspunkt bei der Behandlung der einzelnen Rechtsfragen ist das sog. *right to procreate*, das Recht auf Fortpflanzung. Dieses Recht beschränkt den Gesetzgeber in seinen Möglichkeiten, einzelne Methoden künstlicher Fortpflanzung zu untersagen. In Deutschland dagegen hat sich die rechtspolitisch geprägte Diskussion im Wesentlichen auf die Gefahren konzentriert, die sich aus den neuen Möglichkeiten der Fortpflanzungsmedizin ergeben können. Die Interessen und Rechte der (Wunsch)eltern wurden dabei aus den Augen verloren. Dieser Befund soll Anlass sein, analog der US-amerikanischen Perspektive den Blick verstärkt auf die (Freiheits)rechte der Eltern zu lenken. Letztendlich wird es das Ziel sein, den Konflikt zwischen den verschiedenen Verfassungsgütern zu einer dogmatisch fundierten und damit methodisch nachvollziehbaren Lösung zu führen.

Neben den Fragen der Zulässigkeit der Methoden stellt die abstammungsrechtliche Zuordnung der künstlich gezeugten Kinder eine besondere Herausforderung dar. In Deutschland sind viele der umstrittenen Fragen durch die Reform des Kindschaftsrechts von 1998/ 99¹⁵ geklärt worden, einige Fragen sind jedoch offen geblieben. Auch hier lohnt der Blick auf die sich in Bewegung befindende amerikanische Rechtslage, die für einzelne Probleme eine von der deutschen Rechtslage abweichende Lösung vorsieht.

Die Abhandlung gliedert sich wie folgt: zunächst werden die unterschiedlichen Methoden der künstlichen Fortpflanzung kurz vorgestellt und ihre Anwendungsfälle dargelegt. Der zweite Teil klärt die Gesetzgebungskompetenz im Bereich der künstlichen Fortpflanzung, die besonders im US-amerikanischen Fallrecht für die Frage nach der Anwendbarkeit und Reichweite der Rechtsnormen von Bedeutung ist. Danach folgt im dritten Teil die Klärung der konzeptionellen Grundlagen des Abstammungsrechts und des Fortpflanzungsstrafrechts. Es schließt sich die Diskussion um die Zulässigkeit der einzelnen Methoden unter Berücksichtigung des Rechts auf Fortpflanzung der Wunscheltern an. Im fünften Teil wird das Abstammungsrecht der beiden Länder allgemein vorgestellt, bevor im sechsten Teil die abstammungsrechtlichen Fragen im Zusammenhang mit den verschiedenen Arten künstlicher Fortpflanzung erläutert werden. Den Schluss bildet eine

¹² S. etwa Mansees, Das Erbrecht des Kindes nach künstlicher Befruchtung.

¹³ z.B. Seidl, FamR, 112; Lee, Leihmutterchaft; LG Freiburg, NJW 1987, 1486; Göppinger/ Wax, UnterhaltsR, Rn 1676; Gernhuber/ Coester-Waltjen, FamR, § 53 I; Coester-Waltjen, Gutachten, B 56ff; Lüderitz, FamR, Rn 694ff; BGH, NJW 1995, 2028; Roth, FamRZ 1996, 769.

¹⁴ Siehe hierzu z.B.: Looschelders, IPRax 1999, 420; Henrich, FamRZ 1998, 1401; ders.: StAZ 1999; ders.: StAZ 1996, 353; Großmann, Neues Kindschaftsrecht, Rn 130ff; Hay, IPR, S. 289ff; Kegel/ Schurig, IPR, S. 775ff; v. Hoffmann, IPR, S. 320; MüKo/ Klinkhardt, BGB Artt. 19-21; Palandt/ Heldrich, BGB, Artt. 19-21; Staudinger/ Henrich, BGB Artt. 19-21; Soergel/ Kegel, BGB Artt. 19-21.

¹⁵ BT-Drucks. 13/ 4899.

zusammenfassende Darstellung und Beurteilung der abstammungsrechtlichen Lösungen.

1. Teil: Arten der künstlichen Fortpflanzung

Unfruchtbarkeit ist, wie gerade gesehen, ein weit verbreitetes Problem. Die Gründe dafür sind verschiedenartig. So können zum einen genetische Defekte vorliegen, zum anderen kann eine Krankheit der Auslöser gewesen sein genauso wie extremer Stress oder Druck. Daneben spielt vor allem bei Frauen das Alter eine entscheidende Rolle. So hatten in den USA im Jahre 1995 in der Gruppe der 15 bis 24 jährigen Frauen lediglich ca. 12 % ein Problem, schwanger zu werden, in der Gruppe der 35 bis 44 jährigen waren es bereits ca. 42 %¹. Auch in Deutschland sind die Zahlen ähnlich. Betrachtet man sich die Statistik der im Jahre 1999 Geborenen nach dem Alter der Mutter, so fällt auf, dass bereits ab dem dreißigsten Lebensjahr die Geburtenrate rapide abnimmt².

Je nachdem, wie die medizinischen Probleme des Paares gelagert sind, bieten sich unterschiedliche Arten der künstlichen Fortpflanzung an.

A. Homologe Insemination

Bei der homologen Insemination wird das zu einem früheren Zeitpunkt gewonnene Spermia des Mannes künstlich in die Vagina oder in die Gebärmutter seiner Partnerin eingebracht. Diese Methode ist angezeigt, wenn beide Partner an sich fruchtbar sind, eine Schwangerschaft aber nicht durch Geschlechtsverkehr herbeiführen können. Dies kann entweder daran liegen, dass sie aufgrund körperlicher Anomalien nicht in der Lage sind, den Geschlechtsverkehr auszuüben, oder aber daran, dass die Samenfäden nicht bis zu einer Eizelle hochwandern können und es so zu keiner Befruchtung kommen kann³.

Die homologe Insemination hat bereits eine lange Tradition. So wurde in Deutschland im Jahre 1907 der erste Fall bekannt⁴. Der Engländer Hunter soll sogar bereits 1790 eine erfolgreiche homologe Insemination durchgeführt haben⁵.

Auch wenn die Frau mit dem Samen ihres nichtehelichen Lebenspartners inseminiert wird, spricht man heute von einer homologen Insemination. Nach früherer Rechtsansicht stellte dies keine homologe Insemination dar, da hierunter lediglich die

¹ Statistik des National Surveys of Family Growth herausgegeben vom National Center for Health Statistics 1995.

² So brachte die Gruppe der Dreißigjährigen noch 60007 Kinder zur Welt, in der Gruppe der 35 Jährigen waren es lediglich noch 36185 und bei den Vierzigjährigen nur noch 7540; Statistisches Bundesamt, Statistisches Jahrbuch 2001, 71.

³ Heiss, Die künstliche Insemination, 44ff; Beuerlein, Künstliche Samenübertragung, 20ff; Junghans, Familienrechtlicher Status, 23.

⁴ OLG Köln, OLG Rspr 16, 222.

⁵ Heiss, Die künstliche Insemination, 7; Holfelder, Die künstliche Befruchtung.

Befruchtung durch den Ehepartner fallen sollte⁶. Dies wurde mit dem besonderen verfassungsrechtlichen Schutz der Ehe begründet, sowie mit der sittlichen Anstößigkeit, ein außereheliches Kind zu zeugen⁷. Diese sittlichen Vorstellungen der Allgemeinheit haben sich innerhalb der letzten Jahre und Jahrzehnte wesentlich gewandelt⁸. Zum einen nimmt die Zahl der nichtehelichen Lebensgemeinschaften immer mehr zu, zum anderen wird nichtehelichen Kindern der gleiche rechtliche Schutz zugestanden wie ehelichen. Diese Gleichstellung hat nicht nur zur Stärkung der Position des Kindes geführt, sondern auch der der nicht verheirateten Eltern. Daher ist es angebracht, die Definition der homologen Insemination zeitgemäß darauf zu erweitern, dass sie eine Insemination der Frau mit dem Samen ihres Partners bedeutet⁹. Zur Klarstellung soll in der Folge bei nicht verheirateten Paaren von quasi-homologer Insemination gesprochen werden¹⁰.

B. Heterologe Insemination

Falls die Eizelle der Frau nicht mit dem Samen ihres Ehemannes oder Lebenspartners, sondern eines Dritten befruchtet wird, spricht man von einer heterologen Insemination. Das erste auf diese Weise gezeugte Kind kam im Jahre 1978 in Großbritannien zur Welt¹¹.

Eine heterologe Insemination wird dann vorgenommen, wenn die Frau gesund ist, ihr Partner jedoch kein befruchtungsfähiges Spermium produzieren kann. Ebenfalls wendet man sie an, wenn die Partner unterschiedliche Rhesusfaktoren haben oder der Mann unter einer schweren Erbkrankheit leidet und die Partner von vornherein wissen, dass sie kein gemeinsames gesundes Kind zeugen können¹².

Die homologe und auch die heterologe Insemination sind sowohl in-vivo als auch in-vitro möglich. In-vivo Fertilisation bedeutet, dass die Samenzelle im Körper der Frau mit der Eizelle zusammengeführt wird (= Besamung oder Insemination). Bei einer in-vitro Befruchtung werden Samen des Mannes oder eines Dritten und die Eizellen der Frau im Reagenzglas zusammengeführt. Danach werden die befruchteten Eizellen, in der Regel mehrere, in die Gebärmutter der Frau implantiert (= Befruchtung oder Fertilisation).

C. Eispende

Bei der Eispende wird der Frau ein Embryo implantiert, der aus einer in-vitro Befruchtung einer fremden Eizelle mit dem Samen ihres Partners stammt. Sie trägt

⁶ Pasquay, Die künstliche Insemination, 59; Veil, Künstliche Befruchtung, 7ff.

⁷ Bernhard, Die künstliche Besamung beim Menschen im Hinblick auf schweizerisches Recht, 42; Mayer, Im Schatten der Technik, 203.

⁸ So bereits Diederichsen, NJW 1983, 1017.

⁹ So auch Lanz-Zumstein, Rechtsstellung, 16.

¹⁰ So auch Quantius, FamRZ 1998, 1145, 1147; Keller/ Günther/ Kaiser, ESchG, B V Rn 5; Bernat, Lebensbeginn durch Menschenhand, 125, 148.

¹¹ Sog. Baby L (Louise Brown).

¹² Heiss, Künstliche Insemination, 60; Guttmacher, Bedeutung der künstlichen Befruchtung, 11.

also ein Kind aus, das genetisch von ihrem Mann und einer anderen Frau abstammt. Diese Methode wird bei Defekten der Keimzellen der Frau angewendet.

D. Embryonenspende

Bei der Embryonenspende wird in die Gebärmutter der Frau ein Embryo transferiert, der aus einer in-vitro Befruchtung der Eizelle einer anderen Frau mit den Samen eines Dritten stammt. Hier sind also beide Wunscheltern nicht genetisch mit dem Kind verwandt. Die einzige biologische Verbindung zu diesem besteht darin, dass die Wunschmutter es austrägt und zur Welt bringt. Diese Methode findet dann Anwendung, wenn die Gameten sowohl der Frau als auch des Mannes Defekte aufweisen.

E. Ersatz- und Leihmutterschaft

Unter Ersatzmutterschaft versteht man die Fälle, in denen die Wunschmutter steril ist und daher eine fremde Frau künstlich mit dem Samen des Wunschvaters befruchtet wird und das Kind austrägt, es jedoch sofort nach der Geburt an die „Besteller“, das Wunschelternpaar, herausgeben soll. Diese sollen dann in der Regel das Kind adoptieren. Die befruchtete Eizelle stammt von der Ersatzmutter.

Unter Leihmutterschaft versteht man die Situation, dass die Wunschmutter und ihr Partner eine Ei- und eine Samenzelle spenden, diese dann in-vitro zusammengeführt werden und der Embryo in den Körper einer anderen Frau implantiert wird. Diese trägt das Kind aus und verspricht, es nach der Geburt an die Wunscheltern herauszugeben. Diese Art der Fortpflanzung wird angewendet, wenn entweder aufgrund einer Abnormalität der Fortpflanzungsorgane der Wunschmutter bereits eine Befruchtung ihrer Eizelle mit den Samen ihres Mannes nicht möglich ist oder aufgrund einer Abnormalität ihrer Gebärmutter das Austragen des Kindes unmöglich ist.

In den USA werden Leih- und die Ersatzmütter unter dem Begriff *surrogate mothers* zusammengefasst. Es wird dann unterschieden zwischen *traditional surrogacy* und *gestational surrogacy*. Unter *traditional surrogacy* versteht man den Fall, dass eine Frau mit dem Sperma des Wunschvaters inseminiert wird und das Kind nach der Geburt an das Wunschelternpaar herausgeben soll (= Ersatzmutterschaft). *Gestational surrogacy* beschreibt den Fall, dass Sperma und Eizelle des Wunschelternpaares künstlich vereinigt werden und der Embryo einer dritten Frau lediglich implantiert wird (= Leihmutterschaft).

F. Ersatzelternschaft

Eine weitere Konstellation der künstlichen Fortpflanzung liegt vor, wenn beide Wunscheltern unfruchtbar sind und die Wunschmutter nicht in der Lage ist, ein Kind auszutragen. Hier werden sowohl Samen als auch Eizelle dritter Spender benutzt und der so entstandene Embryo wird einer Tragemutter implantiert, die das Kind nach der

Geburt an die Wunscheltern herausgeben soll. Diese sind weder genetisch, noch durch das Geburtseignis biologisch an das Kind gebunden, sie haben lediglich den ersten Anstoß für seine Entstehung gesetzt. Diese Konstellation soll als Ersatzelternschaft bezeichnet werden.

2. Teil: Gesetzgebungskompetenz im Bereich der künstlichen Fortpflanzung

Die Frage nach der Gesetzgebungskompetenz im Bereich der hier zu behandelnden Probleme muss als Vorfrage für die Anwendbarkeit und Reichweite der relevanten Normen vor allem in den USA geklärt werden.

A. Deutschland

In Deutschland hat nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG der Bund die konkurrierende Gesetzgebungskompetenz sowohl im Bereich des bürgerlichen Rechts als auch des Strafrechts. Von dieser hat er aus zivilrechtlicher Sicht in den §§ 1297 bis 1921 BGB umfassend Gebrauch gemacht. Auf strafrechtlicher Seite findet sich dagegen lediglich das Embryonenschutzgesetz, das einzelne Methoden künstlicher Fortpflanzung unter Strafe stellt. Art. 74 Abs. 1 Nr. 26 GG weist dem Bund ausdrücklich auch die konkurrierende Gesetzgebungskompetenz im Bereich der Fortpflanzungsmedizin zu, von der er mit dem Erlass des Embryonenschutzgesetzes Gebrauch gemacht hat.

B. USA

Im *Common Law* ist die Frage der Gesetzgebungskompetenz nicht nur für die Anwendbarkeit formeller Gesetze relevant, sondern bestimmt auch das in Betracht zu ziehende Fallrecht. Allgemein gesprochen sind die Quellen des *Common Law* zum einen Gesetze, zum anderen Gerichtsentscheidungen, wobei letztere eine wesentlich größere Rolle spielen als in Ländern, die dem römischen Recht folgen¹. Wenn die Legislative innerhalb der ihr durch die Verfassung verliehenen Autorität Gesetze erlässt, sind diese *authoritative*, das heißt, die Richter müssen ihre Entscheidungen im Einklang mit den anwendbaren Normen treffen². Viele Rechtsgebiete bzw. Einzelfragen sind überhaupt nicht gesetzlich geregelt. Auch in den Gebieten, zu denen sich die Gesetzgebung geäußert hat, sind die Normen in der Regel generell und weit gefasst, so dass der richterlichen Interpretation ein großer Freiraum zukommt³. Dies zeigt sich besonders auch im Bereich des Rechts der künstlichen Fortpflanzung.

Typisch für das *Common Law* ist die Rechtsschaffung durch Präzedenzfälle. Dieses Fallrecht entwickelt sich, wenn die Richter die Verfassung, Statuten oder

¹ Zu einer genauen und differenzierten Darstellung der Quellen des anglo-amerikanischen Rechts s. Blumenwitz, Einführung, 2. Teil, §§ 3, 4, 5; Hay, Anglo-amerikanisches Recht, 3ff.

² Bodenheimer u.a., Introduction, 65.

³ Calvi/ Coleman, American Law, 13.

andere Rechtsquellen interpretieren⁴. Die Gerichte unterliegen hierbei der sogenannten *Doctrin of Stare Decisis*⁵. Diese besagt, dass, wenn ein rechtlicher Streitpunkt durch eine richterliche Entscheidung beigelegt wurde, dieser Entscheidung in allen kommenden vergleichbaren Fällen gefolgt werden muss⁶. Diese Doktrin ist insoweit bindend, dass ein unteres Gericht dem anwendbaren Präzedenzfall eines übergeordneten Gerichts folgen muss⁷. Ein Gericht ist in der Regel nicht an seinen eigenen Präzedenzfall gebunden. Es muss diesem also nicht folgen und kann seine Entscheidung umwerfen, solange es dadurch nicht im Widerspruch zu anwendbaren Präzedenzfällen eines höheren Gerichts steht⁸.

Der Nachteil dieser Doktrin besteht darin, dass ein Präzedenzfall unter Umständen bereits sehr alt sein kann bis ein gleichliegendes Problem wieder vor Gericht kommt. Dann kann es unangebracht sein, die gleichen Regeln anzuwenden, wenn sich das rechtliche Bewusstsein mittlerweile geändert hat⁹. Allerdings besagt die *Doctrin of Stare Decisis* nur, dass Menschen zur gleichen Zeit, in der die rechtlichen und sozialen Wertvorstellungen gleich sind, auch gleich behandelt werden müssen. Haben sich diese geändert, kommt der Präzedenzfall nicht zur Anwendung¹⁰.

In den USA steht in den meisten Gebieten des Privatrechts den Einzelstaaten die Gesetzgebungskompetenz zu. Die Bundesverfassung überlässt den Gliedstaaten grundsätzlich die Gesetzgebungskompetenz. Lediglich in den ausdrücklich in Art. 1 sec. 8 der Verfassung aufgeführten Fällen hat der Bund die Gesetzgebungskompetenz¹¹.

Das Familienrecht gehört nicht zu diesen ausdrücklich aufgeführten bundesgesetzlichen Kompetenzgebieten. Kongress und Bundesgerichte halten sich dementsprechend weitgehend aus familienrechtlichen Entscheidungen heraus. Der Kongress hat keine Gesetzgebungskompetenz und die Bundesgerichte lehnen es normalerweise ab, familienrechtliche Fälle zu entscheiden¹². Der Bund greift in Fragen des Familienrechts jedoch dann ein, wenn es um verfassungsrechtliche Probleme geht. Der *Supreme Court* kann die Vereinbarkeit einzelstaatlicher Regelungen mit der Verfassung überprüfen.

⁴ Calvi/ Coleman, American Law, 13.

⁵ Ursprung: *Stare decisis et non quieta movere* (lat.) = bei den Entscheidungen stehen bleiben.

⁶ Bodenheimer u.a., Introduction, 67.

⁷ Bodenheimer u.a., Introduction, 67; Blumenwitz, Einführung, 25; falls sich eine bundesgerichtliche Entscheidung nicht auf bundes-, sondern auf einzelstaatsrechtliche Fragen bezieht, so sind die staatlichen Gerichte ebenfalls nicht daran gebunden, betrachten diese Entscheidungen jedoch mit besonderer Aufmerksamkeit, z.B. wenn der *Supreme Court* eine staatliche Norm für nicht mit der Verfassung vereinbar erklärt.

⁸ Bodenheimer u.a., Introduction, 68.

⁹ Bodenheimer, Jurisprudence, 425 ff.

¹⁰ Bodenheimer, Jurisprudence, 425 ff.

¹¹ Das 10. Amendment der Verfassung schreibt vor: „The powers not delegated to the United States by the Constitution, nor prohibited by it to the States, are reserved to the States respectively, or to the people“.

¹² Ankenbrandt v. Richards, 112 S.Ct. 2206 (1992), zit. bei Reimann, Privatrecht, 167; Sosna v. Iowa, 419 U.S. 393 (1975).

Das Familienrecht in den USA ist weitgehend gesetzlich geregelt¹³. Dennoch spielt das Fallrecht nach wie vor eine bedeutende Rolle. Zumeist sind die Regelungen generalklauselartig ausformuliert und gewinnen erst durch richterliche Interpretation und Auslegung konkrete Bedeutung. Die Unterschiede zwischen den Einzelstaaten auf dem Gebiet des Familienrechts sind teilweise erheblich¹⁴. Jedoch wird auch hier versucht, durch sogenannte *Uniform Laws* einheitliche staatliche Regelungen zu erzielen. Bereits im Jahre 1892 wurde die *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws* gegründet, eine Kommission aus Fachleuten, die von den Staaten entsandt werden. Diese *Conference* erarbeitet Modellgesetze und empfiehlt sie den Staaten zur Annahme¹⁵. Dadurch soll eine Angleichung und Harmonisierung des Rechts der Einzelstaaten in den Rechtsgebieten erzielt werden, in denen in der Praxis ein besonderes Bedürfnis nach Rechtsvereinheitlichung besteht¹⁶. Die Staaten müssen diese Gesetze nicht annehmen und können sie auch im Falle der Annahme ihrem Belieben nach modifizieren. Das wichtigste dieser Gesetze auf dem Gebiet des Familienrechts ist der *Uniform Parentage Act* (UPA), der im Jahre 2000 eine weitgehende Überarbeitung erfahren hat.

Auch zur Regelung der künstlichen Fortpflanzung existiert kein Bundesgesetz. Hierzu fehlt dem Kongress ebenfalls die ausdrückliche Befugnis¹⁷. Somit sind die Staaten, nicht der Bund, für solche Fragen zuständig¹⁸. Auch hier mischt sich der Bund lediglich ein, wenn es darum geht, einzelstaatliche Gesetze auf ihre Verfassungsmäßigkeit zu überprüfen.

Es bestünde jedoch eine Möglichkeit, die Zuständigkeit des Bundes auch bei Fragen der künstlichen Fortpflanzungsmethoden zu begründen. Bei der künstlichen Fortpflanzung handelt es sich mittlerweile um ein 2 Billionen US-Dollar Geschäft auch zwischen den Staaten. Über Art. 1 sec. 8 cl. 3 der Bundesverfassung hat der Kongress die Zuständigkeit für Gesetze, die den Handel mit anderen Nationen oder zwischen den einzelnen Staaten regeln (sog. *Interstate Commerce Clause*)¹⁹. Hierüber könnte also eine Zuständigkeit des Bundes begründet werden. Es existieren jedoch keine Bundesgesetze aufgrund dieser Kompetenznorm, so dass es bislang bei der Alleinzuständigkeit der Einzelstaaten geblieben ist. Die Staaten haben die Autorität, die öffentliche Gesundheit, Sicherheit und Moral der Einwohner zu schützen, ebenso wie die Macht, familiäre Beziehungen wie Heirat, Scheidung, Adoption und eheliche Pflichten zu regulieren²⁰.

¹³ Reimann, Privatrecht, 167.

¹⁴ S. hierzu unten 5. und 6. Teil.

¹⁵ Reimann, Privatrecht, 8; Blumenwitz, Einführung, 48.

¹⁶ Blumenwitz, Einführung, 48.

¹⁷ U.S. Constitution art.I sec. 8, wo die "powers of congress" aufgezählt sind.

¹⁸ Der *Secretary of Health and Human Services* hat zwar die Möglichkeit, Empfehlungen für die künstliche Fortpflanzung abzugeben, jedoch kann er keine Regelungen, Normen oder Bedingungen aufstellen, die den Effekt haben, die Praxis der künstlichen Fortpflanzung tatsächlich zu kontrollieren; 42 U.S.C. §§ 263a-7, 263b, 263a-2(I) (1988 & Supp. IV 1992).

¹⁹ Sutton, 73 St.John's L.Rev. (1999), 857, 920.

²⁰ Blank, *Regulating Reproduction*, 114.

Festzuhalten bleibt also, dass zur Beantwortung der Fragen im Zusammenhang mit künstlichen Fortpflanzungsmethoden auf einzelstaatliche Normen und die hierzu ergangenen Gerichtsentscheidungen zurückgegriffen werden muss, daneben aber auch die Entscheidungen des *Supreme Courts* zu berücksichtigen sein werden.

3. Teil: Konzeptionelle Grundlagen von Fortpflanzungsstrafrecht und Abstammungsrecht am Beispiel des deutschen Rechts

A. Grundsätzliches

Ein wesentlicher Unterschied zwischen den die Zulässigkeit der künstlichen Reproduktion regelnden Normen und dem Abstammungsrecht liegt in der eingenommenen Regelungsperspektive. Das Verbot einer bestimmten künstlichen Fortpflanzungsmethode versucht, künstlich gezeugtes Leben zu verhindern, während das Abstammungsrecht sich mit der Zuordnung gleichsam auf diese Art gezeugten Lebens zu beschäftigen hat. Die Normen, welche die Zulässigkeit klären, wollen ex ante regeln, welche Fälle künstlicher Fortpflanzung unerwünscht sind. Der Gesetzgeber macht hier seine Haltung zu einzelnen Methoden künstlicher Fortpflanzung klar. Die abstammungsrechtlichen Normen klären dagegen ex post, wenn die Zeugung also bereits stattgefunden hat, die Zuordnung des Kindes zu einem Elternpaar. Dieses Kind kann nun, auch wenn es auf eine verbotene Art und Weise gezeugt wurde, nicht elternlos bleiben. Es kann sich nicht zu Lasten des Kindes auswirken, dass seine Eltern entgegen gewisser Verbotsnormen gehandelt haben. Das Abstammungsrecht hat also auch die Konstellationen zu regeln, die durch ein Verbot gerade verhindert werden sollten.

Führt nun dieser Unterschied in der Regelungsperspektive dazu, dass die Fragen der Zulässigkeit und der Abstammung in völliger Unabhängigkeit stehen, oder bestehen zwischen ihnen Verbindungselemente, die Interdependenzen begründen? Es gibt zwischen Zulässigkeitsnormen und Abstammungsrecht zweifelsohne faktische Zusammenhänge. Das Abstammungsrecht ist aus Sicht der Wunscheltern mitausschlaggebend für die Attraktivität einer künstlichen Fortpflanzungsmethode. Je einfacher diese später in eine gefestigte Rechtsstellung zu ihrem Wunschkind gelangen können, desto größer werden zuvor die Anreize sein, ein künstliches Verfahren zu wählen. Für die Durchsetzbarkeit von Verboten bestimmter Methoden ist dieser Aspekt überaus relevant. Mit zunehmender Attraktivität einer Methode im Hinblick auf die abstammungsrechtliche Behandlung steigt auch die Bereitschaft zum Normbruch. Entsprechend kann ein aus Sicht der Wunscheltern unbefriedigendes Abstammungsrecht eine künstliche Fortpflanzungsmethode unattraktiv werden lassen.

Auch in umgekehrter Richtung gibt es einen nicht unbedeutenden Zusammenhang. Indem bestimmte Verfahren der künstlichen Fortpflanzung pönalisiert werden, kann es zu einer gesellschaftlichen Stigmatisierung dieser Verfahren und der aus ihnen hervorgegangenen Kinder kommen. Dann vermag auch die abstammungsrechtliche Behandlung unter Umständen eine Beeinträchtigung des

Kindeswohls nicht mehr zu verhindern. Dass eine solcher Wirkungszusammenhang bestehen kann, ist kaum zu bestreiten. Man bedenke nur die Stigmatisierung des nichtehelichen Kindes, die erst dann an Bedeutung verlor, als der vor- bzw. nichteheliche Geschlechtsverkehr seinerseits das Stigma der Unsittlichkeit verlor. Wer also in der Art und Weise der künstlichen Zeugung etwas Unwürdiges erblicken will, muss sich der sozialen Folgen solcher Einschätzungen für die auf solche Weise gezeugten Kinder bewusst sein.

B. Konzeptionen des Abstammungsrechts

Grundsätzlich bezeichnet die Abstammung die Verwandtschaft zwischen zwei Personen. Der Personenstand eines jeden einzelnen soll definiert werden, indem jedem Menschen möglichst mit seiner Geburt ein Standort zugewiesen wird, der Schnittpunkt aller ihn berührenden familienrechtlichen Linien ist¹.

I. Prinzipien des Abstammungsrechts

Aus der Gesamtschau der abstammungsrechtlichen Normen lassen sich drei grundlegende Prinzipien des überkommenen Abstammungsrechts erkennen. Dieses sind die Prinzipien der genetischen Abstammungsbegründung, der Statusbeständigkeit sowie der Statusklarheit. An späterer Stelle wird zu untersuchen sein, inwieweit sich das neue Abstammungsrecht im Hinblick auf die Behandlung künstlich gezeugter Kinder in diese Systematik einfügt².

1. Prinzip der genetischen Abstammung

Nach § 1589 S. 1 BGB ist die Verwandtschaft zwischen zwei Personen dadurch geprägt, dass eine von der anderen abstammt. Damit ist die genetische Abstammung gemeint³. Das Abstammungsrecht sieht es traditionell als seine Aufgabe an, die genetische Verbindung zwischen Eltern und Kindern auch rechtlich herzustellen⁴.

¹ Gernhuber/ Coester-Waltjen, FamR, § 1 IV 1.

² S.u. 6. Teil.

³ Staudinger/ Rauscher, BGB, Einl. zu §§ 1589ff, Rn 1; MüKo/ Mutschler, BGB, vor § 1589 Rn 1; Soergel/ Gaul, BGB, § 1591, Rn 38; Palandt/ Diederichsen, BGB, vor § 1591 Rn 1; AK/ Teubner, BGB, vor §§ 1591ff Rn 1; Lipp/ Wagenitz, Das neue Kindschaftsrecht, § 1591, Rn 2; Greßmann, Neues Kindschaftsrecht, Rn 57; Lüderitz, FamR, Rn 627; Schlüter, FamR, 179; Schwab, FamR, 229; Seidl, FamR, 111; Selb, Rechtsordnung, 74; Wohn, Reproduktionstechniken, 71; BT-Drucks. 13/4899, 82; Gaul, FamRZ 1997, 1441, 1463; ders.: FamRZ 2000, 1461, 1471ff; Harder, JuS 1986, 505, 506; Muscheler/ Beisenherz, JR 1999, 407, 411; Mansees, FamRZ 1986, 756, 756f; Bernat, MedR 1986, 245, 245; Coester-Waltjen, Embryonenschutz, 80, 86; Mutschler, FamRZ 1996, 1381, 1385; Quantius, FamRZ 1998, 1145, 1147f; Coester, FamRZ 1995, 1245, 1246; ders.: JZ 1992, 809, 810; Diederichsen, NJW 1998, 1977, 1979.

⁴ Schwab, FamR, Rn 450; AK/ Teubner, BGB, vor §§ 1591ff, Rn 1; Ostendorf, In-vitro Fertilisation, 177, 190; Deutsch, Medizinrecht, Rn 261; Harder, JuS 1986, 505, 506; Bilsdorfer, MDR 1984, 803, 806; Kaufmann, Gentechnologie 3, 269f; Quantius, FamRZ 1998, 1145, 1147f; Coester, FamRZ 1995, 1245, 1246: „Es ist Aufgabe des verfassungskonformen Zivilrechts, die leiblichen Eltern als Zielpersonen des Art. 6 II 1 GG zu identifizieren“.

Dem wird teilweise widersprochen⁵. Vor allem im Hinblick auf die leidvolle Erfahrung im dritten Reich wird vor einer Überbewertung des Blutes und der genetischen Herkunft gewarnt⁶. *Deichfuß*⁷ argumentiert gegen ein Prinzip der genetischen Abstammung mit Verweis auf das Grundgesetz. Wenn mit dem Elternbegriff des Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG nicht die genetische Elternschaft gemeint sei⁸, dann könne auch im Familienrecht nicht vom genetischen Prinzip ausgegangen werden⁹. Auch bringt er vor, dass das deutsche Abstammungsrecht nur in wenigen Ausnahmefällen auf die genetische Abstammung zurückgreife und sonst anderen Kriterien den Vorrang gäbe, was nicht alleine auf Praktikabilitätsabwägungen zurückzuführen sei¹⁰. Insbesondere wäre sonst nicht erklärbar, warum auch offensichtlich „falsche“ Zuordnungen zugelassen werden. Es sei z.B. vermeidlich, dem „weißen Ehemann der weißen Mutter ein Mulattenkind zuzuordnen“¹¹. Nach Ansicht von *Frank* ist das deutsche, dem Statusprinzip folgende Abstammungsrecht nicht auf die Feststellung der wahren Erzeugerschaft ausgerichtet¹². Dies sei nur der Fall im sogenannten Anerkennungssystem, wie es zum Beispiel das französische Recht kennt¹³. Erklärtes Ziel des Statussystems sei es vielmehr, einem Kind bei seiner Geburt wenn möglich zwei Elternteile so bestandsfest wie möglich zuzuordnen und das Kind nicht in einem Schwebestadium verharren zu lassen, in dem die Elternschaft ungeklärt ist.

In dieser Einfachheit vermögen beide Argumentationen nicht zu überzeugen. Der verfassungsrechtliche Hinweis auf Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG greift zu kurz. Das Bundesverfassungsgericht hat nur angedeutet, dass diese Grundrechtsnorm den Gesetzgeber nicht zwingt, die genetische Verwandtschaft im Abstammungsrecht in jedem Fall zu verwirklichen. Andererseits hat es aber auch anerkannt, „dass diejenigen, die einem Kinde das Leben geben, von Natur aus bereit und berufen sind, die Verantwortung für seine Pflege und Erziehung zu übernehmen“¹⁴. Zudem hat das Gericht keine Aussage darüber getroffen, inwieweit im einfachgesetzlichen Recht ein solches genetisches Prinzip verwirklicht ist.

Und auch der Hinweis auf das Statusprinzip hilft nicht unbedingt weiter. Zweifelsohne wird das Ziel, die genetische Verbindung zwischen Eltern und Kind herzustellen, bei der Festlegung des Kindesstatus nicht kompromisslos verfolgt. Das Bedürfnis nach Statusbeständigkeit und Statusklarheit steht dem entgegen. Ebenso

⁵ Deichfuß, *Abstammungsrecht und Biologie*, 164ff; Koch, *FamRZ* 1990, 569, 573; Frank, *Familienpolitik*, 71, 83ff; Schlegel, *FuR* 1996, 116, 116; vgl. auch die undifferenzierte Warnung von Salgo, *NJW* 1995, 2129, 2131 vor einem „biologistischen Familienrecht“.

⁶ Vor allem Koch fordert, dass die biologische Herkunft unter psychologischen Vorzeichen nicht als Vorzeichen der geistig-seelischen Entwicklung neu entdeckt werden dürfe: Koch, *FamRZ* 1990, 569, 573.

⁷ Deichfuß, *Abstammungsrecht und Biologie*, 166f.

⁸ Hierzu aber unten 4. Teil B.I.3.

⁹ Deichfuß, *Abstammungsrecht und Biologie*, 166.

¹⁰ Deichfuß, *Abstammungsrecht und Biologie*, 167.

¹¹ Deichfuß, *Abstammungsrecht und Biologie*, 168.

¹² Frank, *Familienpolitik*, 71, 83.

¹³ Nach dem französischen Recht muss das Kind nach seiner Geburt auch von seiner Mutter zunächst vor dem Standesamt anerkannt werden; s. ausführlich zu einer Darstellung des französischen Rechts: Helms, *Biologische Abstammung*.

¹⁴ BVerfGE 24, 119, 150.

deutlich ist aber, dass auch die beiden letztgenannten Prinzipien nicht ohne Einschränkung gelten.

Letztlich bleibt also die Frage, welche Bedeutung der genetischen Verwandtschaft bei der Bestimmung des abstammungsrechtlichen Status zukommt. Erkennt man in der Beachtlichkeit der genetischen Verwandtschaft ein selbständiges Rechtsprinzip, so sind Abweichungen davon nur dadurch zu begründen, dass anderen, höherrangigeren Prinzipien Geltung verschafft werden soll. Anders ist dies, wenn man in einer der genetischen Abstammung entsprechenden Zuordnung nur eine Lösung sieht, die im Regelfall interessengerecht ist, der aber a priori keine eigenständige Legitimität zukommt.

Hingewiesen wurde in diesem Zusammenhang auf das in der Tradition verwurzelte allgemeine Bewusstsein, welches für die Bedeutung der genetischen Verwandtschaft spreche¹⁵. Ob die Entwicklung des deutschen Abstammungsrechts einen solchen Schluss trägt, ist jedoch zweifelhaft. Bereits im römischen Recht galt der Satz „Pater est quem nuptiae demonstrat“¹⁶. Es sprach schon damals eine erste Vaterschaftsvermutung für den Ehemann der Mutter, auch wenn es sich um ein Ehebruchskind handelte. Damals war es allerdings lediglich eine bloße Beweisregel, die den Gegenbeweis erlaubte¹⁷. Nach dem gemeinen Recht war die Ehelichkeit eines Kindes nur vom Vorhandensein einer rechtsgültigen Ehe zur Zeit seiner wahrscheinlichen Erzeugung abhängig¹⁸. Auch das Preußische Allgemeine Landrecht normierte eine Ehelichkeitsvermutung für das in der Ehe geborene Kind, die lediglich vom Ehemann anfechtbar war¹⁹. Bei der Schaffung des BGB wurde diese alte Regel als so selbstverständlich vorausgesetzt, dass sie nicht einmal Gegenstand einer Diskussion war²⁰. Auch bei den verschiedenen Änderungen des BGB im Laufe des 20. Jahrhunderts hielt man an der „Pater est“ Regel fest. Begründet wurde dies mit der Wahrung des Familienfriedens²¹ und dem Hinweis darauf, dass diese Zuordnung den wahren Abstammungsverhältnissen in der Regel entspreche²². Die aufkommenden Zweifel an der Berechtigung der „Treuevermutung der verheirateten Frau“ in der sozialen Wirklichkeit²³ hielt man für unberechtigt²⁴.

Auch eine Anfechtung der Ehelichkeit des Kindes war in früheren Rechtsordnungen nur sehr beschränkt möglich²⁵. Bis heute ist der genetische Vater

¹⁵ AK/ Teubner, BGB, vor §§ 1591ff, Rn. 1

¹⁶ Paulus, Dig. 2,4,5.

¹⁷ Kaser, Das Römische Privatrecht, 345.

¹⁸ Engelmann, Bl.f.Ranw.Bayern, Bd. LIX (1894), 1ff.

¹⁹ ALR II 2 §§ 1, 7ff; s. hierzu: Dernburg, Lehrbuch des preußischen Privatrechts, § 43, 2a.

²⁰ Motive IV, 650 = Mugdan, IV, 346.

²¹ Beitzke, FamR (23. Aufl. 1983), 184; Erman/ Küchenhoff, BGB (7. Aufl. 1981), § 1591, Rn 1; MüKo/ Mutschler, BGB (1978), §§ 1591, 1592, Rn 1; Soergel/ Gaul, BGB (11. Aufl. 1981) § 1591, Rn 2.

²² Soergel/ Gaul, BGB (11. Aufl. 1981), § 1591, Rn 2; Gaul, Gernhuber-FS, 619, 638.

²³ Frank, Familienpolitik, 71, 81; Ramm, Jugendrecht, 186

²⁴ Befremdlich in diesem Zusammenhang allerdings der Einwand von Gaul, Gernhuber-FS, 619, das Recht sei eine Sollensordnung und habe sich nicht nach den sozialen Begebenheiten zu richten.

²⁵ Vgl. Leinweber, Die rechtliche Beziehung.

nicht anfechtungsberechtigt²⁶. In der ursprünglichen Fassung des BGB war der nichteheliche Vater sogar nicht mit dem Kind verwandt²⁷. Der Vater stehe dem nichtehelichen Kind fremd und gleichgültig gegenüber, hieß es damals zur Begründung. Er betrachte es als Last und habe daher kein Interesse am Wohlergehen und an der körperlichen und geistigen Ausbildung des Kindes²⁸. Auch der Schutz der Ehe der Mutter sollte über der genetischen Beziehung stehen.

Besonderer Wert auf die genetische Abstammung wurde dagegen zur Zeit des Nationalsozialismus gelegt. Nach der nationalsozialistischen Ideologie musste die rechtliche Verwandtschaft stets den biologischen Abstammungsverhältnissen entsprechen²⁹. Anders als im Abstammungsrecht vor und auch nach dieser Zeit waren vor und während des zweiten Weltkrieges weitreichende außerfamiliäre Folgen an die Abstammung geknüpft. Das Reichsgericht erachtete, ohne dass es dafür eine gesetzliche Grundlage gegeben hätte, eine Abstammungsklage auf Feststellung der „echten“ biologischen Abstammung für zulässig³⁰. Dem nichtehelichen Kind wurde hierdurch die Möglichkeit gegeben, seinen Vater mit Wirkung für und gegen alle feststellen zu lassen.

Diese Vaterschaftsfeststellungsklage im Statusverfahren wurde auch nach Beendigung des zweiten Weltkrieges zunächst beibehalten³¹. An die Stelle der Argumente des Reichsgerichts traten nun die Hinweise auf die Persönlichkeit des Kindes. So wurde das Gleichstellungsgebot des nichtehelichen Kindes aus Art. 6 Abs. 5 GG, sowie die gestiegene Bedeutung des Vater-Kind-Verhältnisses auf bürgerlich- und öffentlich-rechtlichem Gebiet hervorgehoben³². Auch wurde darauf hingewiesen, dass die Notwendigkeit einer Abstammungsfeststellungsklage bereits vor der Zeit des Nationalsozialismus von vielen Gerichten anerkannt worden war. Das Bundesverfassungsgericht bestätigte diese Rechtsprechung im Jahre 1958³³. Erst 1961 im Zuge des Familienrechtsänderungsgesetzes³⁴ wurde diese Abstammungsfeststellungsklage wieder abgeschafft.

Historisch gesehen findet sich also keine Stütze für ein absolut gefasstes Prinzip der Beachtlichkeit der genetischen Abstammung. Andererseits kann nicht geleugnet werden, dass seit jeher die rechtliche Abstammung der genetischen Abstammung in der überwiegenden Zahl der Fälle entsprochen hat. Wenn auch der Vater eines nichtehelich gezeugten Kindes in dem Falle, dass die Mutter verheiratet ist, von sich aus seine Vaterschaft nicht feststellen lassen kann, so betrifft dies zumindest historisch gesehen nur einen eher geringen Anteil der Geburten. Auch das

²⁶ Für ein Anfechtungsrecht auch des wahren Erzeugers: Schwenzer, Gutachten, A 36f; dies.: Vom Status zur Realbeziehung, 244; Henrich, FamR, 194; Beitzke, Müller-Freienfels-FS, 31, 52; kritisch: Helms, Biologische Abstammung, 108ff mwN; ders.: FamRZ 1997, 913ff; Deichfuß, Abstammungsrecht und Biologie, 150ff.

²⁷ § 1589 S. 3 BGB damalige Fassung.

²⁸ Vgl zu diesen Argumenten Planck, Vorentwürfe Familienrecht 2, 1597; vgl. auch Mugdan, Motive IV, 851ff.

²⁹ S. die Nachweise bei Deichfuß, Abstammungsrecht und Biologie, 37 (FN 149).

³⁰ RGZ 160, 392ff.

³¹ Grundsatzurteil des BGH v. 28.5.1952: BGHZ 5, 385.

³² Guggemos, NJW 1947/ 48, 59; OLG Bamberg, NJW 1950, 790; Neumann-Duesberg, NJW 1950, 14ff; BGH, JZ 1952, 477; BVerfG, FamRZ 1958, 451; a.A. Schwab, NJW 1956, 649.

³³ BVerfGE 8, 210.

³⁴ BGBl. I, 1221.

Bundesverfassungsgericht hat nur entschieden, dass aus Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG so lange nicht die Pflicht folgt, dem genetischen Vater auch die rechtliche Vaterstellung einzuräumen, „soweit die leibliche Abstammung des Kindes vom Ehemann der Mutter als Regelfall anerkannt bleibt“³⁵. Auch wenn der einfache Gesetzgeber also bei der Festlegung der rechtlichen Elternschaft einen gewissen Gestaltungsspielraum hat, so kann nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts die genetische Abstammung jedenfalls nicht vollkommen außer Acht gelassen werden. Der Definitionsmacht des Gesetzgebers sind also auch im Bereich des Art. 6 Abs. 2 GG Schranken gesetzt³⁶.

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass der genetischen Abstammung traditioneller Weise im deutschen Recht bei der Bestimmung der Kindesstatus eine gewisse Bedeutung zukommt. Ein uneinschränkbares Prinzip der Beachtlichkeit der genetischen Abstammung existiert allerdings nicht, so dass die Blutsverwandtschaft nicht das einzige Kriterium für die Festlegung der Elternschaft ist. Bisher hat das Abstammungsrecht aber jedenfalls in der ganz überwiegenden Zahl der Fälle zu einer Zuordnung geführt, die den genetischen Verhältnissen entsprochen hat. Der Regelfall ist also die Entsprechung von genetischer und rechtlicher Verwandtschaft.

2. Prinzip der Statusbeständigkeit

Ein weiteres Prinzip des Abstammungsrechts ist die Bestandskräftigkeit der statusrechtlichen Zuordnung (Statusbeständigkeit)³⁷. Dem Kind soll möglichst dauerhaft ein Elternpaar zugeordnet werden.

Dieses Prinzip findet seinen Niederschlag etwa in der Beschränkung der Anfechtungsmöglichkeiten – so kann die Vaterschaft nur von einem bestimmten, kleinen Personenkreis und nur innerhalb bestimmter Fristen angefochten werden. Eine einmal geschaffene Familie soll nur im Ausnahmefall und auch nur, wenn die Familienmitglieder selbst es wünschen, wieder auseinandergerissen werden. Der Familienfriede soll soweit als möglich gewahrt werden³⁸. So wurde das Anfechtungsrecht des Staatsanwaltes schon 1961 durch das Familienrechtsänderungsgesetz abgeschafft³⁹. Und eben auch dem Erzeuger des Kindes steht kein solches Recht zu.

³⁵ BVerfGE 79, 256, 267 = FamRZ 1989, 255, 257.

³⁶ Ausdrücklich v. Mangoldt/ Klein/ Robbers, GG, Art. 6 Abs. 2, Rn 166; Dreier/ Gröschner, GG, Art. 6 Rn 73, aA nur Maunz / Dürig / Maunz, GG, Art. 6 Rn 25 f.

³⁷ MüKo/ Mutschler, BGB, §§ 1591, 1592, Rn 52; BVerfG, FuR 1994, 230, 230; Frank, Familienpolitik, 71, 74; Gaul, Gernhuber-FS, 619, 640; Coester-Waltjen, FamRZ 1984, 230, 232; dies.: Embryonenschutz, 80, 85; Gaul, FamRZ 1997, 1441, 1446; Wohn, Reproduktionstechniken, 94; Mutschler, FamRZ 1996, 1381, 1382.

³⁸ MüKo/ Mutschler, BGB, §§ 1591, 1592, Rn 52; Schwab, FamR, Rn 450; Wohn, Reproduktionstechniken, 94; BGH, FamRZ 1999, 716f; Gaul, FamRZ 1997, 1441, 1461; Soergel/ Gaul, BGB, § 1591 Rn 2; Quantius, FamRZ 1998, 1145, 1149; BT-Drucks. 13/ 4899, 57f.; Helms, Biologische Abstammung, 55; Schwenzler, FamRZ 1985, 1, 2; dies.: Gutachten, A 37; Frank, Familienpolitik, 71, 72.

³⁹ S. zur Begründung BT-Drucks. III 530, S. 14 zu Nr. 5.

3. Prinzip der Statusklarheit

Als drittes fundamentales Prinzip des Abstammungsrechts ist die möglichst schnelle und eindeutige Zuordnung zu nennen (Statusklarheit)⁴⁰. Dem Kind soll stets mit der Geburt eine Mutter und ein Vater zugeordnet werden. Ein Schwebezustand, während dessen Unklarheit herrscht, wer nun für das Kind die elterliche Verantwortung zu übernehmen hat, soll vermieden werden⁴¹. Es soll ein objektiv überprüfbares Abgrenzungskriterium für die Abstammungszuordnung des Kindes vorliegen⁴², um Unsicherheiten über die Abstammung zu verhindern⁴³.

Dieses Prinzip zeigt sich in den Normen, in denen auf äußere Faktoren bei der Elternschaftszuordnung abgestellt wird, wie etwa bei der Vaterschaftsvermutung für den Ehemann der Mutter, § 1592 Nr. 1 BGB⁴⁴. Im Gegensatz dazu wird der nichteheliche Partner der Mutter nicht als Vater vermutet, da es hier an dem äußerlich leicht festzustellenden Umstand der Ehe fehlt. Ein Abstellen auf diese äußeren Faktoren ermöglicht es, über die Eltern des Kindes schon vor der Geburt ein gewisses Maß an Sicherheit zu haben.

II. Ausgleich der Prinzipien

Nun können offensichtlich nicht alle drei genannten Prinzipien in vollem Umfang verwirklicht werden, sondern stehen in verschiedenen Spannungsbeziehungen zueinander. Wenn etwa der Ehemann als Vater des Kindes vermutet wird, so tritt die Bedeutung der genetischen Verwandtschaft in Konflikt mit dem Bemühen, die Abstammung möglichst schnell und einfach zu klären und dem Kind das Aufwachsen in einer intakten Familie zu ermöglichen. Auch hinter dem Bedürfnis nach Statusbeständigkeit tritt das Prinzip der genetischen Abstammung in gewissem Maße zurück, wenn der Kreis der Anfechtungsberechtigten beschränkt wird oder gewisse Ausschlussfristen zu beachten sind. Andererseits bedarf es für die Anfechtung des Ehemanns, falls er nicht der leibliche Vater ist, keines weiteren Grundes, insbesondere keiner Prüfung im Hinblick auf das Kindeswohl. Allein die fehlende genetische Verbindung ist Grund genug, die abstammungsrechtliche Zuordnung aufzuheben.

Der von der alten Rechtslage getroffene Ausgleich wurde durch das Aufkommen neuer künstlicher Fortpflanzungsmethoden in Frage gestellt. In der

⁴⁰ BVerfGE 56, 363; Lüderitz, FamR, Rn 630; Wohn, Reproduktionstechniken, 94; Frucht, Ersatzmutterchaft, 208; Gernhuber/ Coester-Waltjen, FamR, § 51 I; Schlüter, BGB FamR, Rn 268; Frank, Familienpolitik, 71, 72; Helms, Biologische Abstammung, 55; Gaul, Gernhuber-FS, 619, 637f; Bernat, MedR 1986, 245, 247; Laufs, JZ 1986, 769, 776; Coester-Waltjen, FamRZ 1985, 230, 232; dies.: Jura 1998, 436, 437; dies.: Embryonenschutz, 80, 83; Schwenger, FamRZ 1985, 1, 2; Gaul, FamRZ 1997, 1441, 1446; Kollhosser, JA 1985, 553, 555; Mutschler, FamRZ 1996, 1381, 1382; ders.: FamRZ 1994, 65, 66; Muscheler/ Beisenherz, JR 1999, 356, 357; Quantius, FamRZ 1998, 1145, 1150.

⁴¹ Laufs, JZ 1986, 769, 776; Gernhuber/ Coester-Waltjen, FamR, § 51 I; Schlüter, BGB FamR, Rn 268; BVerfGE 56, 363; BT-Drucks. 13/4899, 52; Muscheler/ Beisenherz, JR 1999, 356, 357; Greßmann, Neues Kindschaftsrecht, 178, 183; Gaul, FamRZ 1997, 1441, 1446.

⁴² Edenfeld, FuR 1996, 190, 192; Muscheler/ Beisenherz, JR 1999, 356, 357; so im Ergebnis auch Schwenger, Gutachten, A 25.

⁴³ BT-Drucks. 13/ 4899, 52; Muscheler/ Beisenherz, JR 1999, 356, 357; Gaul, FamRZ 1997, 1441, 1446.

⁴⁴ Kritik an der Vaterschaftsvermutung für den Ehemann übte in Deutschland: Schwenger, Vom Status zur Realbeziehung, 249, dies. Gutachten, A 24.

Reformdiskussion wurde viel darüber debattiert, ob die überkommenen abstammungsrechtlichen Lösungen noch interessengerecht sind. Besondere Beachtung fand dabei das Recht des Kindes auf Kenntnis seiner genetischen Abstammung, welches vom Bundesverfassungsgericht als Teil des Persönlichkeitsrechts gesehen wird⁴⁵. Die Bedeutung der Entscheidungen des Verfassungsgerichts auf diesem Gebiet liegt auch darin, dass sie die bestehenden Interessen des Kindes in konkrete Rechtspositionen übersetzt haben. In der Tat ermöglicht eine solche subjektivrechtliche Betrachtung des Abstammungsrechts, die Konflikte zwischen den oben genannten Prinzipien zum Ausgleich zu bringen und dabei die Interessen der Beteiligten in rechtsdogmatisch nachvollziehbaren und begründbaren Schritten zu berücksichtigen.

Für das Kindeswohl ist jedenfalls im Hinblick auf das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung eine verfassungsrechtliche Konkretisierung bereits gelungen. Insbesondere für die Interessen der Eltern steht sie noch aus⁴⁶. Dass die abstammungsrechtliche Zuordnung auch für die Eltern von großer Bedeutung ist, ist nicht zu bezweifeln. Die Frage ist eher, inwieweit den Beteiligten Rechtspositionen zustehen, die den Gesetzgeber zu einer Beachtung ihrer Interessen zwingen. Und letztlich bleibt dann zu klären, welche Bedeutung den Interessen der Allgemeinheit bei einer solchen subjektiv-rechtlichen Analyse zukommt.

1. Kindeswohl

Das Bundesverfassungsgericht hat klargestellt, dass bei einer Interessenbetrachtung zuerst auf das Wohl des Kindes abzustellen ist⁴⁷. Gerade in abstammungsrechtlichen Entscheidungen, in denen das Kind selbst keinerlei Einfluss nehmen kann, da es im Zeitpunkt der Entscheidung noch nicht in der Lage ist, für sich zu sprechen, ist es wichtig, auf sein Wohl zu achten⁴⁸. Durch die Rechtsprechung wurde dem Kind eine grundrechtskräftig verfestigte Anspruchsposition zugesprochen, nämlich das Recht auf Kenntnis seiner eigenen Abstammung⁴⁹. Dieses wird aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht des Art. 2 Abs. 1 iVm Art. 1 Abs. 1 GG hergeleitet⁵⁰.

Auch sonst muss im Kindschaftsrecht bei allen Entscheidungen auf das Wohl des Kindes Rücksicht genommen werden. So lässt es sich aus der Rücksicht auf das Kindeswohl erklären, dass die Beachtlichkeit der genetischen Abstammung teilweise durch andere Faktoren verdrängt wird, etwa durch das nach der Geburt des Kindes zunächst höher gewichtete Bedürfnis nach Statusklarheit⁵¹. Später muss dann die Statusbeständigkeit hinter dem Bedürfnis des Kindes nach Kenntnis seiner leiblichen

⁴⁵ Zu einer ausführlichen Diskussion dieses Rechts s.u. 4.Teil C.II.2.b)aa).

⁴⁶ Erste Ansätze hierfür finden sich bei Coester-Waltjen, Fortpflanzungsmedizin, 158, 158f; Zumstein, Fortpflanzungsmedizin, 134, 136.

⁴⁷ BVerfGE 79, 256, 268f = FamRZ 1989, 255, 257; BVerfG, FamRZ 1989, 147; BVerfGE 90, 263 = FamRZ 1994, 881; grundlegend zum Kindeswohl Coester, Das Kindeswohl als Rechtsbegriff; vgl. ausführlich auch BK/Jestaedt, GG, Art. 6 Abs. 2 u. 3 Rn 32 ff.

⁴⁸ Schlüter, BGB FamR, Rn 268; Mansees, FamRZ 1986, 756, 757; Zierl, DRiZ 1986, 302, 304; Wohn, Reproduktionstechniken, 7.

⁴⁹ BVerfG, FamRZ 1989, 255; BVerfG, FamRZ 1989, 147; BVerfG, FamRZ 1994, 881.

⁵⁰ Hierzu ausführlich unten 4. Teil C.II.2. b) aa) (1.).

⁵¹ BVerfGE 56, 363 = NJW 1981, 1201, 1202; Beitzke, Müller-Freienfels-FS, 31, 39.

Abstammung zurücktreten, wenn dem Kind keine andere Möglichkeit als die Anfechtung gegeben wird, seine genetische Abstammung zu klären⁵². Gleichzeitig wird durch eine solche Anfechtung des Kindes und anschließende Vaterschaftsfeststellung auch wieder eine genetisch korrekte Zuordnung hergestellt.

2. Elternrechte

Auch wenn das Kindeswohl das zunächst alles überragende Interesse ist, das bei jeder Entscheidung mit einzufließen hat, sollen die Interessen der Eltern ebenfalls nicht gänzlich unbeachtlich sein⁵³. Wie sich zeigen wird, lässt sich aus Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1, Art. 2 Abs. 1 GG ein Recht der genetischen Eltern auf Einräumung einer rechtlichen Elternstellung ableiten⁵⁴. Nun besteht die verfassungsrechtliche Gewährleistung des Elternrechts in erster Linie zum Schutz des Kindes⁵⁵. Dem Gesetzgeber steht es daher frei, bei der Ausgestaltung der Rechte und Pflichten beider Elternteile den unterschiedlichen tatsächlichen Verhältnissen Rechnung zu tragen und dadurch dem Kindeswohl Geltung zu verschaffen⁵⁶. Dabei hat der Gesetzgeber auch die Möglichkeit, die Feststellung der Elternschaft abweichend von der genetischen Abstammung zu regeln. Wiederum kann als Beispiel der Fall des Ehebruchskindes angeführt werden, wo der genetische Vater keine Möglichkeit hat, die Vaterschaft des Ehemanns anzufechten⁵⁷. Ein zweites Beispiel kann dem Adoptionsrecht entnommen werden. Eine Adoption ist prinzipiell nur mit Zustimmung der Eltern möglich, allerdings kann diese Einwilligung dann ersetzt werden, wenn die Eltern ihre Pflichten grob verletzt haben oder zur Pflege und Erziehung des Kindes nicht in der Lage sind (§ 1748 BGB).

Allerdings kann nicht bestritten werden, dass die leiblichen Eltern ein Interesse daran haben können, ihre Elternschaft feststellen zu lassen und dies nach außen bezeugen zu können. Dieses Bedürfnis weist einen engen Bezug zum Persönlichkeitsrecht der Betroffenen auf⁵⁸. Dennoch wird entsprechend der Konstruktion des Elternrechts auch bei der Feststellung der Elternschaft ein Freiraum nur gewährt werden können, soweit dies im Einklang mit dem Wohl des Kindes steht. Ein wirklicher Konflikt zwischen dem Recht auf Einräumung einer Elternstellung und dem Kindeswohl besteht daher nicht.

⁵² Zu der Problematik, dass das Kind die Mutterschaft nicht anfechten und im Anschluss die genetische Mutter feststellen lassen kann s. unten.6.Teil C.I.1.b)bb).

⁵³ Mutschler, FamRZ 1996, 1383, 1383.

⁵⁴ Dazu und zum folgenden ausführlich unter 4. Teil B.I.3.

⁵⁵ BVerfGE 61, 358, 371.

⁵⁶ BVerfGE 92, 158, 178.

⁵⁷ Vgl. aber den neuen § 1599 II BGB. Danach kann bereits während eines laufenden Scheidungsverfahrens ein anderer Mann als der Ehemann der Mutter als Vater festgestellt werden.

⁵⁸ BGH, NJW 1999, 1632, 1633.

3. Interessen der Allgemeinheit

Ebenfalls beachtet werden müssen die Interessen der Allgemeinheit⁵⁹, wie etwa auch der Schutz des Fiskalhilfefonds⁶⁰.

Unbedenklich ist die Berücksichtigung der Allgemeininteressen dann, wenn sie sich mit den Individualinteressen decken. So besteht sicherlich ein Interesse der Gemeinschaft an der gedeihlichen Entwicklung ihrer Kinder, welche wiederum wesentlich vom Bestehen einer Familiengemeinschaft abhängt. In diesen Fällen kommt der Berücksichtigung des Allgemeininteresses am Familienfrieden keine eigenständige Bedeutung zu.

Anders ist es, wenn es um Interessen geht, die zu den Individualinteressen der Beteiligten in Widerspruch stehen. Traditionell sind dies z.B. die fiskalischen Interessen an der Zuordnung zweier Unterhaltsschuldner. In neuerer Zeit haben diese Überlegungen deutlich an Bedeutung verloren. In der aktuellen Diskussion um die Familienförderung wird eine finanzielle Entlastung der Eltern angemahnt, sogar die Forderung nach einer staatlichen Vollfinanzierung der Kindererziehung ist äußerst populär.

Solche Allgemeininteressen im Bereich des Abstammungsrechts zu berücksichtigen, ist zunächst nicht per se illegitim. Es muss aber jeweils beachtet werden, inwieweit die Verfolgung der Allgemeininteressen einen Eingriff in die Rechte des Kindes oder der Eltern darstellt. Gegebenenfalls ist dann nach einer Rechtfertigung zu suchen, welche in den Fällen, in denen sich das Allgemeininteresse nicht mit individuellen Interessen deckt, sicherlich nicht immer einfach zu finden sein wird. Insbesondere stellt sich die Frage, ob die Verhinderung bestimmter künstlicher Fortpflanzungsmethoden ein legitimes staatliches Interesse im Bereich des Abstammungsrechts darstellt. Wie bereits gesagt, spielt die abstammungsrechtliche Behandlung künstlich gezeugter Kinder eine große Rolle für die Attraktivität der Methoden aus Sicht der Wunscheltern. In der Tat hat der Gesetzgeber bei der Neuregelung des § 1591 BGB die Absicht geäußert, dadurch auch von den Methoden der Leih- und Ersatzmutterchaft abzuschrecken⁶¹. Eine solche gesetzgeberische Motivation scheint mit den anerkannten Aufgaben des Abstammungsrechts unvereinbar. Das Bundesverfassungsgericht hat die überragende Bedeutung des Kindeswohls mehrfach herausgestellt. Auch der Gesetzgeber hat an anderer Stelle mit der vollständigen Gleichstellung des nichtehelichen Kindes jedem Versuch, die Diskriminierung des nichtehelichen Kindes aus der (rechtspolitisch motivierten) Erwägung des Eheschutzes heraus zu rechtfertigen⁶², eine klare Absage erteilt.

Das Kind trägt keine Verantwortung für die Art und Weise seiner Zeugung. Würde man nun dem Abschreckungsgedanken einen eigenständigen Raum eingestehen, müsste man dies u.U. auf Kosten des Kindeswohls tun. Man müsste also

⁵⁹ Mutschler, FamRZ 1996, 1381, 1382; BVerfG, FuR 1994, 230, 230; BVerfGE 38, 241, 252f; in den USA: Donovan, 11 N.Y.U.Rev.L.& Soc.Change (1982/83), 193, 240f; Kritchevsky, 4 Harv. Women's L.J. (1981), 1, 29ff.

⁶⁰ Deichfuß, Abstammungsrecht, 164.

⁶¹ BT-Drucks. 13/4699, 82.

⁶² So etwa noch Rüfner, FamRZ 1963, 153, 154, der diese Rechtfertigung als allgemeine Ansicht bezeichnet.

eventuell einem Kind den Status, der seinem Wohl am ehesten entspricht, deswegen verweigern, weil dies rechtspolitisch im Hinblick auf die Attraktivität künftiger künstlicher Zeugungen unerwünscht ist. Solche vom konkreten Rechtsträger losgelösten Erwägungen haben in den Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts zur Durchsetzung des Kindeswohls bisher aber keine Rolle gespielt. Die Funktionalisierung des Abstammungsrechts für Abschreckungsgedanken ist also nicht nur systematisch im Hinblick auf die unterschiedlichen Perspektiven von Fortpflanzungsstrafrecht und abstammungsrechtlicher Zuordnung bedenklich. Sie steht auch im Konflikt mit der verfassungsrechtlich gebotenen erhöhten Maßgeblichkeit des Kindeswohls in familienrechtlichen Fragen.

C. Konzeptionen strafrechtlicher Verbote künstlicher Fortpflanzung am Beispiel des deutschen Rechtssystems

I. Rechtsgutschutzfunktion des Strafrechts

Strafrechtliche Verbotsnormen finden sich an diversen Stellen der Rechtsordnung. Neben dem Strafgesetzbuch werden in verschiedenen öffentlich-rechtlichen Nebengesetzen, wie auch zum Beispiel dem Embryonenschutzgesetz und dem Adoptionsvermittlungsgesetz, Verbote normiert und mit Strafe bewehrt.

Nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts kann „dem Interesse der staatlichen Gemeinschaft an der Erhaltung ihrer Grundwerte und an der Bewahrung des Rechtsfriedens innerhalb der Gesellschaft nur dadurch Rechnung getragen werden, dass die Rechtsordnung bestimmte, sozialschädliche Verhaltensweisen bei Strafe verbietet“⁶³. Durch das mit Strafe bedrohte Verbot soll der einzelne davon abgeschreckt werden, sich dem Verbot entgegenzusetzen⁶⁴, um ein gedeihliches Zusammenleben in der Rechtsgemeinschaft zu ermöglichen⁶⁵.

Ausgehend vom Rechtsstaatsprinzip des Grundgesetzes ist heute allgemein anerkannt, dass das Strafrecht Mittel des Staates ist zur Aufrechterhaltung von Sicherheit und sozialer Ordnung, zur Verwirklichung des Gemeinwohls und zur Wahrung des Rechtsfriedens⁶⁶. Es handelt sich beim Strafrecht um eine Schutz- und Friedensordnung, die auf der sozialemischen Werteordnung unserer Verfassung beruht und sich an deren Zielsetzung orientiert⁶⁷. Das Strafrecht hat also aufgrund dieser Bindung an das Grundgesetz die Aufgabe, die elementaren Grundwerte des Gemeinschaftslebens zu sichern, die Erhaltung des Rechtsfriedens im Rahmen der sozialen Ordnung zu gewährleisten und das Recht im Konfliktfall gegen das Unrecht durchzusetzen⁶⁸.

⁶³ BVerfGE 51, 324, 343.

⁶⁴ Wessels, AT, 2.

⁶⁵ Maurach-Zipf, AT § 6; Schmidhäuser, AT 2, 14-24.

⁶⁶ BGHSt. 24, 318, 319; 24, 40, 42; 23, 39, 43f; BVerfGE 32, 40, 48; 29, 125, 144; Amelung, Rechtsgüterschutz, 330; Roxin, JuS 1966, 381; Günther, JuS 1978, 8, 9; vgl. auch die Begründung zum ESchG, BT-Drucks. 11/5460, 6.

⁶⁷ Wessels, AT, 2.

⁶⁸ BVerfGE 51, 324, 343.

Seine Schutzfunktion entfaltet das Strafrecht nach heute ganz herrschender Meinung durch die Ausrichtung auf den Schutz von Rechtsgütern⁶⁹. Allerdings hat der hier relevante Rechtsgutsbegriff bis heute keine abschließende Klärung erlangt. Teilweise wird an außerrechtliche Werteordnungen angeknüpft, teilweise an gesellschaftliche Systembedingungen. Wieder andere verweisen auf die Werteordnung des Grundgesetzes oder orientieren sich allein an dem Gedanken der Sozialschädlichkeit⁷⁰. Für eine ausführliche Diskussion des Rechtsgutsbegriffs bleibt hier kein Raum. Für die in der vorliegenden Untersuchung gewählte rechtsdogmatische Perspektive ist aber auch weniger die (materiell-rechtliche) Ausformung der schutzwürdigen Rechtsgüter interessant als die durch das Verfassungsrecht gezogenen Grenzen. Spätestens seit der Cannabis-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts⁷¹ dürfte klar sein, dass diese Grenzen weit zu ziehen sind. Als zweifellos strafschtzwürdig gelten die Gemeinschaftsbelange, die Teil der grundgesetzlichen Werteordnung sind, zweifelsohne nicht strafschtzwürdig sind die Belange, die die Gesellschaft nur unwesentlich berühren, weil sie keine elementaren oder grundlegenden Bereiche treffen, sondern reine Bagatellen darstellen. Dazwischen steht dem Gesetzgeber ein Gestaltungsspielraum zu, in dem ihm die Einschätzungsprärogative verbleibt, den Bereich der strafrechtlich erfassten Verhaltensweisen abzustecken. Teilweise wurde darin eine Abkehr vom Prinzip des Rechtsgüterschutzes selbst gesehen⁷², nach richtiger Auffassung geht es hier aber nur um eine Frage des *judicial self-restraint*⁷³.

Zu suchen ist also nach einem legitimen Gemeinschaftsbelang als Strafgrund für das Embryonenschutzgesetz. Wohlgermerkt geht es hier zunächst um das Vorliegen eines legitimen Zweckes staatlicher Intervention. Ob dieser Zweck die Einschränkung von Grundrechten anderer Beteiligter zu rechtfertigen vermag, ist im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung bei der Untersuchung der verschiedenen künstlichen Methoden zu klären.

II. Kindeswohl als strafrechtlich geschützter Gemeinschaftsbelang

Als schützenswertes Rechtsgut kommt zunächst das Kindeswohl in Betracht. So wurde schon zur Begründung des geplanten Verbots der heterologen Insemination im Entwurf eines Strafgesetzbuches 1962 auf den Schutz des Kindeswohls verwiesen⁷⁴. Und auch die Bund-Länder-Arbeitsgruppe „Fortpflanzungsmedizin“ hat eine Schutzpflicht des Staates im Hinblick auf das Wohl des Kindes in Betracht gezogen⁷⁵.

⁶⁹ Günther, JuS 1978, 8,9; Keller, Fortpflanzungsmedizin, 193, 195; ders.: Tröndle-FS, 705, 706 f.; BVerfGE 39, 312, 321; Roxin, JuS 1966, 381; Baumann/ Weber, AT, § 12 II 3b; Jäger, Strafgesetzbuch und Rechtsgüterschutz bei Sittlichkeitsdelikten; Jescheck, AT, 5; Sax, in Bettermann/ Nipperdey/ Scheuner, Die Grundrechte, Bd. III/2, 911; Pasquay, Künstliche Insemination, 26 mit Nachweisen aus dem älteren Schrifttum.

⁷⁰ Die verschiedenen Ansätze werden etwa dargestellt von Appel, KritV 1999, 278, 288 ff.

⁷¹ BVerfGE 90, 145.

⁷² Appel, KritV 1999, 279, 305 f.

⁷³ Vogel, StV 1996, 110, 115.

⁷⁴ E 62, 356ff.

⁷⁵ Anlage zur Drucks. 10/ 831 vom 29.11.1988 des Landtags von Baden-Württemberg, 29 ff.

Schließlich betont auch die Begründung des Gesetzesentwurfes des Embryonenschutzgesetzes, dass der „Wahrung des Kindeswohls“ besondere Beachtung geschenkt werde⁷⁶.

Der Begriff des Kindeswohls hat strafrechtlich keine Definition erfahren. Bei den Tatbeständen, die dem Schutz des Kindeswohls zuzuschreiben sind, geht es jedoch stets um Handlungen von besonderer Gefährlichkeit für die Entwicklung des Kindes⁷⁷. Dabei kommen zwei unterschiedliche Ansatzpunkte in Betracht, wie das Kindeswohl bei künstlicher Fortpflanzung beeinträchtigt werden kann. Zum einen können eventuell bestehende Rechtsnachteile künstlich gezeugter Kinder einen negativen Einfluss auf das Wohl des Kindes haben, zum anderen können die gesundheitlichen und sozialen Probleme, die auf künstlich gezeugte Kinder zukommen mögen, eine Belastung darstellen.

1. Rechtsprobleme und Kindeswohl

In der Literatur wurde diskutiert, in den rechtlichen Nachteilen, die einem (heterolog) künstlich gezeugten Kind drohen, eine Beeinträchtigung seines Wohls zu sehen, die Verbote bestimmter Möglichkeiten der Fortpflanzung rechtfertige⁷⁸.

Dieses Argument ist bedenklich. Erstens ist überhaupt fraglich, ob für künstlich gezeugte Kinder heute noch rechtliche Nachteile bestehen, die ihr Wohl nicht nur unerheblich beeinträchtigen⁷⁹. Auf diese Frage wird im 6. Teil der Arbeit nochmals zurückzukommen sein. Hier ist aber zunächst ein zweiter Einwand von Interesse. Ist es überhaupt legitim, ein gesetzliches Verbot damit zu rechtfertigen, dass der Gesetzgeber an anderer Stelle Konflikte möglicherweise nicht in befriedigender Art gelöst hat? Bedenken bestehen im Hinblick auf die Funktion des Strafrechts als ultima ratio des gesetzgeberischen Handelns. Hier würde diesem Grundsatz kaum gerecht geworden, wenn man die Rechtfertigung für einen strafrechtlichen Eingriff in bestehenden rechtlichen Unsicherheiten sähe. Vielmehr ist es die Aufgabe des Gesetzgebers – sofern er einen Regelungsbedarf ausmacht – die rechtlichen Unsicherheiten zu beseitigen. Und schließlich müssen die abstammungs- und familienrechtlichen Probleme ja trotz des Verbotes von bestimmten Fortpflanzungsmethoden gelöst werden, da nie ganz zu verhindern sein wird, dass Kinder auf eine der verbotenen Weisen gezeugt werden⁸⁰.

Nun gebietet das Abstammungsrecht, dass nicht nur im Interesse des Kindes, sondern auch der allgemeinen Rechtssicherheit eine schnelle und bestandsfeste Zuordnung zu einem Elternpaar erfolgt. Dass trotz dieser Grundsätze eine auch aus Sicht des Kindes vernünftige Lösung der Zuordnung möglich ist, wird sich bei der Behandlung der abstammungsrechtlichen Fragen im 6. Teil zeigen. Eine Rechtfertigung für strafrechtliche Sanktionen kann jedenfalls in einer möglichen Beeinträchtigung des Kindeswohls durch Rechtsnachteile nicht gesehen werden.

⁷⁶ BT-Drucks. 11/ 5460, 6.

⁷⁷ Keller/ Günther/ Kaiser, ESchG, 149.

⁷⁸ Vgl. Keller, Tröndle-FS, 705, 715 ff.

⁷⁹ So schon Keller, Tröndle-FS, 705, 718 zur alten Rechtslage.

⁸⁰ Baumann, Fortpflanzungsmedizin, 177, 184.

2. Kindeswohl als subjektives Rechtsgut

Neben möglichen Rechtsproblemen werden vor allem soziale Konflikte eines künstlich gezeugten Kindes als Rechtfertigung für das Verbot bestimmter Fortpflanzungsmethoden herangezogen. Solche Konflikte können sich aufgrund der „gespaltenen“ Vater- oder Mutterschaft ergeben. So soll die Entwicklung des Kindes zur selbstverantwortlichen Persönlichkeit gefährdet sein, sollen Identitätsprobleme und Konflikte zwischen den Wunscheltern und den genetischen Eltern drohen⁸¹. Auch diesbezüglich wird auf die einzelnen möglichen Probleme und ihre Bedeutsamkeit an späterer Stelle näher einzugehen sein. Von grundsätzlicherem Interesse ist hier die Bedeutung solcher möglichen Schwierigkeiten für das Rechtsgut Kindeswohl.

Die Relevanz solcher Probleme des geborenen Kindes für die Entscheidung über die (künstliche) Entstehung neuen Lebens wurde grundsätzlich von *Coester-Waltjen* in Frage gestellt. Sie hat vorgebracht, dass es schon im Ansatz unzulässig sei, bei der Frage, ob ein Kind künstlich gezeugt werden dürfe, auf das Kindeswohl zurückzugreifen. Das Kind würde gar nicht existieren, wenn man die künstliche Fortpflanzung nicht zuließe. Wenn man davon ausgehe, dass „jedes menschliche Leben grundsätzlich als Wert zu verstehen ist, dann muss es zwangsläufig dem Wohle des Kindes eher entsprechen, geboren zu werden als nicht zu existieren. Es gibt kein – und schon gar kein verfassungsmäßig geschütztes – Recht, nicht zu leben oder nicht geboren zu werden“⁸².

Coester-Waltjen argumentiert explizit aus einer rechtspolitischen Perspektive⁸³. Dies hat dazu geführt, dass auch der Widerspruch gegen ihre Argumentation auf rechtspolitischer Linie verlief und dabei der Gedanke des Rechtsgutschutzes als Aufgabe des Strafrechts aus den Augen verloren wurde⁸⁴. Ihre Argumentation lässt sich aber unmittelbar auf das rechtsdogmatische, verfassungsrechtliche Problem des Beginns der Grundrechtsträgerschaft überführen.

Das Kindeswohl als Abwehrrecht wird konstituiert durch den Würdeschutz des Art. 1 Abs. 1 GG, das allgemeine Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 iVm Art. 1 Abs. 1 GG) und das Recht auf körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 GG). Im Zusammenhang mit verfassungsrechtlichen Fragen des Kindeswohls wird vor allem um den Beginn der Grundrechtsträgerschaft gestritten. Die Ansichten diesbezüglich reichen vom Stadium schon vor der Befruchtung der Eizelle⁸⁵, dem Zeitpunkt der

⁸¹ Vgl. Gesetzesbegründung des ESchG, BT-Drucks. 11/5460, 7 f.

⁸² Coester-Waltjen, Bitburger Gespräche, Jahrbuch 1986/ 1, 93, 96; ebenso dies.: Gutachten, B 37; dies.: Lausanner Kolloquium 1985, 229, 231; ihr folgend: Britting, Postmortale Insemination, 115; Dreier/ Dreier, GG, Art. 1 Rn 58; ebenso für den Fall der heterologen Insemination ohne Nennung des Spendernamens: Koppnack, Grundrecht auf bioethische Selbstbestimmung, 154; in den USA ebenso Robertson, Surrogate Motherhood, 24, 28.

⁸³ Coester-Waltjen, Gutachten, B 45.

⁸⁴ So sogar Keller, Tröndle-FS, 705, 715 mit Verweis auf religiöse Ausführungen in Fn. 63, obwohl die ausdrückliche Grundlage seiner Abhandlung die Rechtsgutsperspektive war, vgl. S. 705 f; ders. Keller/ Günther/ Kaiser, ESchG, 150. Holzhauser, FamRZ 1986, 1162, 1164 hält es für „verhängnisvoll“, die „pseudo-juristische“ Argumentation Coester-Waltjens zu berücksichtigen, ohne seine polemische Ablehnung des Arguments juristisch zu begründen.

⁸⁵ Starck, Gutachten, A 17; Benda, Gentechnologie 3, 18; v. Münch, GG, Art. 1, Rnn 8 u. 32.

Befruchtung⁸⁶, dem Moment der Nidation (Einnistung in die Gebärmutter)⁸⁷ bis hin zur Herausbildung des Nervensystems etwa ab dem 35. Tag nach der Befruchtung⁸⁸. Darüber hinaus wird auch über die Grundrechtsqualität des Art. 1 Abs. 1 GG selbst gestritten⁸⁹. Bedeutsam für die hier untersuchte Fragestellung ist zunächst, ob die Grundrechtsträgerschaft schon vor der Insemination einsetzen kann. Die Autoren, die zu dieser Ansicht tendieren, argumentieren mit möglichen Schutzlücken im Bereich der Genmanipulation, wenn man den Menschenwürdeschutz erst mit der Verschmelzung der Keimzellen beginnen ließe⁹⁰. Diese Argumentation ist aber schon im Ausgangspunkt bedenklich. Die Ausdehnung des Schutzbereiches eines Grundrechts allein mit der Begründung sonst bestehender Schutzlücken ist im Sinne einer dogmatisch schlüssigen Begrenzung grundrechtlicher Positionen wenig überzeugend. Es geht ja gerade um die Frage der Schutzwürdigkeit im Rahmen des Grundrechtskatalogs.

Nicht zutreffend ist allerdings der Einwand, es brauche gerade im Hinblick auf die Gefahren der Genmanipulation keiner Vorverlagerung des Schutzes, da der naturgemäße Zustand des menschlichen Körpers im Rahmen des Rechts auf körperliche Unversehrtheit geschützt werde⁹¹. Ungelöst bleibt in diesem Falle das Problem des Einsetzens des Grundrechtsschutzes. Auch wenn eine genetische Veränderung später als Grundrechtseingriff gelten mag, gilt dieser Schutz nicht ohne weiteres zum Zeitpunkt der Vornahme der Manipulation. Zudem hilft der Schutz des Rechts auf körperliche Unversehrtheit bei Fragen der künstlichen Fortpflanzung nicht weiter. Die Hervorbringung neuen Lebens ist keine Verletzung des gezeugten Menschen.

Um den Menschenwürdeschutz auch schon auf den Zeitpunkt vor der Befruchtung der Eizelle auszudehnen, muss man aber nicht auf die Erweiterung der Grundrechtsträgerschaft zurückgreifen (mit all den Folgeproblemen der Konkretisierung der Schutzpositionen etwa für nicht zur Zeugung gedachter Keimzellen). Denn das Bundesverfassungsgericht hat klargestellt, dass „die Grundrechtsnormen nicht nur subjektive Abwehrrechte des Einzelnen gegen den Staat [enthalten], sondern ... zugleich eine objektive Werteordnung, die als verfassungsrechtliche Grundentscheidung für alle Bereiche des Rechts gilt“⁹². Wenn der Menschenwürdeschutz also schon vor der Zeugung einsetzen soll, so erfordert dies nicht die Grundrechtsträgerschaft der Keimzellen, sondern kann unter Rückgriff auf die objektiv-rechtliche Komponente des Würdeschutzes bewerkstelligt werden.

⁸⁶ Günther, Kindeswohl, 66; Adam, Grundrechtliche Probleme, 8 ff m.w.N.; Ebeling/ Zimmermann, DEuFamR 1999, 25, 29f mwN; Classen, DVBl 2002, 141, 143; so auch Begründung des ESchG, BT-DruckS.11/5460, S. 6.

⁸⁷ Hofman, JZ 1986, 365, 370; Soergel/ Fahse, BGB, § 1 Rn 27; Gründel, in Jüdes, 209; vgl. auch den Vorschlag von Wolfgang Schäuble in der FAZ vom 22.5.2001.

⁸⁸ Sass, Gentechnologie, 38 ff.

⁸⁹ Vgl. nur Maunz/ Dürig/ Dürig, GG, Art. 1 Abs. 1 Rn 13; ausführlich Geddert-Steinacher, Menschenwürde als Verfassungsbegriff, 164; Ipsen, JZ 2001, 989, 990; Zuck, NJW 2002, 869.

⁹⁰ So spricht sich Herdegen, JZ 2001, 773, 774f für einen gestuften Schutz der Menschenwürde des Embryos je nach Entwicklungsstufe aus.

⁹¹ Adam, Grundrechtliche Probleme, 5.

⁹² BVerfGE 39, 1,41 f.

3. Objektiv-rechtliche Würdekonzepktion des Grundgesetzes und Kindeswohl

Es bleibt also der Rückgriff auf die Würdekonzepktion des Grundgesetzes in ihrer objektiv-rechtlichen Natur⁹³. Teilweise wird nun in der Künstlichkeit der Zeugung selbst ein Verstoß gegen die Menschenwürde gesehen⁹⁴. Dies erscheint äußerst fragwürdig. Zutreffend ist zwar, dass die „Art und Weise des Fortpflanzungsgeschehens, die Herbeiführung der Verschmelzung von Gameten .. technisiert, der inneren menschlichen Physis entzogen und sichtbar gemacht [wird]“⁹⁵. Dadurch soll nun aber die Fortpflanzung ihrer naturgemäßen Würde beraubt werden⁹⁶. Auch stehe hinter dem Kunstkind nicht „die Liebe zweier Menschen“⁹⁷. Und zudem sei das Rechtsgut Ehe damit verletzt⁹⁸.

Einer solchen Biologisierung der grundgesetzlichen Würdekonzepktion wurde mit gutem Grund widersprochen⁹⁹. Insbesondere der Schutz der Ehe, auch wenn man diese als „Keimzelle des Volkes und der Menschheit“¹⁰⁰ begreift, lässt sich nicht fruchtbar machen für eine ausschließliche Festlegung auf den natürlichen Zeugungsakt. Und letztlich würde dieses Argument gegen jede künstliche Einflussnahme auf die Fortpflanzungsmöglichkeiten sprechen, also auch gegen die Zulässigkeit der homologen Insemination. Diese ist aber heute nach wohl unumstrittener Auffassung weder moralisch noch rechtlich zu beanstanden¹⁰¹.

Die Künstlichkeit allein kann also nicht ausschlaggebend sein für das Verdikt der Menschenwürdeverletzung¹⁰². Aber auch der Verweis auf die drohenden Beeinträchtigungen durch die Möglichkeit der gespaltenen Mutterschaft lässt sich mit der lebensbejahenden Ausrichtung des Grundgesetzes auch im Rahmen der objektiven Wertentscheidung kaum vereinbaren. Richtig ist, dass es anders als bei den Fällen des „*wrongful birth*“¹⁰³ nicht darum geht, bereits entstandenes Leben zu schützen, sondern um die Entstehung neuen Lebens. Warum dies aber eine andere Wertung rechtfertigen soll, bleibt unklar¹⁰⁴. Der Hinweis auf die – vermeintliche – Abschwächung der Elternrechte im Bereich der künstlichen Fortpflanzung hilft nicht weiter¹⁰⁵. Denn er beantwortet nicht die Frage, warum die Entstehung des Lebens um seiner selbst willen nicht schon Grund genug ist, künstliche Fortpflanzungsmethoden zu gestatten. Die Elternrechte kommen erst ins Spiel, wenn ein strafrechtlich schutzwürdiges Rechtsgut

⁹³ So auch Ipsen, JZ 2001, 989, 992f; vgl. aber Pasquay, Künstliche Insemination, 231f, der die Menschenwürde mangels Konkretisierung nicht als strafrechtsrelevantes Rechtsgut ansieht.

⁹⁴ Kongregation, 24; Bayertz, ARSP 71, 529; Marian, Rechtsstellung des Samenspenders, 56 („Dehumanisierung der menschlichen Fortpflanzung“).

⁹⁵ Adam, Grundrechtliche Probleme, 21.

⁹⁶ Adam, Grundrechtliche Probleme, 21; Kongregation, 24.

⁹⁷ Begründung E 62, 356ff.

⁹⁸ Pasquay, Künstliche Insemination, 235 f.

⁹⁹ Herzog, Staat und Recht im Wandel, 52f.

¹⁰⁰ Begründung E 1962, 357.

¹⁰¹ S.u. 4. Teil C.I.1.

¹⁰² Vgl. Pasquay, Künstliche Insemination, S. 229 ff: „Natürlichkeit“ kein strafrechtlich schutzwürdiges Rechtsgut.

¹⁰³ BGH, NJW 1983, 1371, 1473.

¹⁰⁴ Vgl. Keller/ Günther/ Kaiser, ESchG, 150, die ohne stichhaltige Begründung von einem „qualitativen Unterschied“ sprechen.

¹⁰⁵ So aber Keller/ Günther/ Kaiser, ESchG, 150.

ausgemacht wurde und es um die Frage der Grenzen des Gesetzgebers bei der Ausgestaltung der Schutznormen geht. Hier aber behält zunächst das Argument von *Coester-Waltjen* seine Berechtigung. Wenn menschliches Leben grundsätzlich als Wert anzusehen ist, dann kann es nicht der Würdekonzepktion des Grundgesetzes entsprechen, menschliches Leben mit Hinweis auf mögliche spätere Beeinträchtigungen zu verhindern¹⁰⁶.

Dem wurde im Rahmen der objektiven Komponente des Würdeschutzes von *Seibert* mit dem Argument widersprochen, dass der Lebensschutz selbst vor der Zeugung auch nicht bestehe und es auch kein Recht auf Leben gäbe. Deswegen seien Einschränkungen möglich, wenn „die Befruchtung und das anschließende Austragen des Kindes mit Risiken für die Entwicklung verbunden sind, die es unverantwortlich erscheinen lassen, ein Kind diesen Gefahren auszusetzen“¹⁰⁷. Insofern verfolge der Gesetzgeber ein legitimes Interesse.

Nun wurde von *Seibert* gegen die künstliche Fortpflanzung weiterhin der Einwand erhoben, es gehe im Grunde um die Anmaßung, menschliches Leben nach eigenen Vorstellungen zu erzeugen und darin sei ein Konflikt mit der Würdekonzepktion des Grundgesetzes zu sehen¹⁰⁸. Dieses Vorbringen sollte man sich nun aber auch vergegenwärtigen, wenn man dafür plädiert, künstliche Methoden deswegen zu unterbinden, weil das so gezeugte Kind in Verhältnissen aufwächst, die nicht den eigenen Vorstellungen des Normbilds einer Eltern-Kind-Gemeinschaft entsprechen oder eventuell erhöhte Risiken für das künftige Leben bergen. Auch wenn es noch nicht um den Lebensschutz eines konkreten Individuums geht, so hat die Verhinderung neuen Lebens eben einen solchen anmaßenden Charakter. Letztlich ist das Bedürfnis nach Fortpflanzung auch ein Teil dessen, was den Menschen ausmacht. Dann scheint eher jede Begrenzung der Fortpflanzung durch den Gesetzgeber mit diesem würdekonstituierenden Teil der Menschlichkeit in Konflikt zu treten. Dabei geht es nicht darum, das Gebot „Seid fruchtbar und mehret Euch“ verfassungsrechtlich zu fundieren¹⁰⁹, sondern vielmehr um die gebotene Zurückhaltung des Gesetzgebers, wenn es um die Frage geht, welches Leben lebenswert sein soll. Ähnliche Einwände lassen sich gegen die Versuche erheben, die Insemination einer unverheirateten Frau mit Hinweis auf das Leitbild der Familie, wie es in Art. 6 Abs. 1 GG verankert ist, zu verhindern. Häufig wird dabei zudem übersehen, dass es nicht darum geht, bestimmte Fortpflanzungsmethoden zu erlauben und dadurch neue Möglichkeiten der Fortpflanzung zu schaffen. Vielmehr geht es um Verbote der von der Medizin geschaffenen Möglichkeiten und damit auch um Einschränkungen der Freiheitsrechte der Beteiligten. Nun muss der Gesetzgeber sicherlich nicht jede technische Möglichkeit im Bereich der Fortpflanzungsmedizin akzeptieren. Wenn es etwa um Veränderungen des genetischen Materials geht, gibt es gute Gründe für staatliche Verbote. Im Mittelpunkt solcher Verbote steht dort aber weniger das Wohl der Kinder,

¹⁰⁶ S.o. 3. Teil C.II.

¹⁰⁷ Seibert, *Gentechnologie* 9, 62, 67.

¹⁰⁸ Seibert, *Gentechnologie* 9, 62, 64.

¹⁰⁹ So der Vorwurf von Holzhauser, *FamRZ* 1986, 1162, 1165.

deren Erbanlagen „verbessert“ werden, sondern die unabsehbaren Folgen für die Entwicklung der Menschheit.

Im Bereich der natürlichen Fortpflanzung kennt das deutsche Recht keinerlei Einschränkungen unter dem Gesichtspunkt des Kindeswohls. Dies gilt selbst für Paare, deren Kinder mit Sicherheit mit einer schweren Erbkrankheit belastet sein würden, geschweige denn für Frauen, bei denen aufgrund höheren Alters ein vergrößertes Risiko für Fehlbildungen des Kindes besteht¹¹⁰. Grund für diese gesetzgeberische Wertentscheidung sind auch die Bedenken, sich eine Entscheidung darüber anzumaßen, welches Leben sein darf und welches nicht. Aus Sicht der Paare, die unfruchtbar sind, aber über unbeschädigte Erbanlagen verfügen, mag ein Verbot bestimmter künstlicher Fortpflanzungsmethoden unter dem Gesichtspunkt des Kindeswohls dann willkürlich erscheinen. Der Rückgriff auf den Schutz des Kindeswohls als legitimes staatliches Interesse ist auch im Bereich der objektiv-rechtlichen Würdebetrachtung also äußerst bedenklich.

Häufig wird dann auch die sog. Objektformel im Rahmen des Art. 1 Abs. 1 GG herangezogen und im künstlich gezeugten Embryo ein Objekt der Wunscherfüllung bzw. der Gametenspende gesehen, die dieses für ihre Zwecke instrumentalisieren. Was die Wunscherfüllung betrifft, vermag diese oberflächliche Subsumtion nicht zu überzeugen. Denn auch bei der gewollten natürlichen Zeugung ist das Kind ein Objekt der Interessenverwirklichung der Eltern¹¹¹. Wer wollte aber auf die Idee kommen, in der Erfüllung des Kinderwunsches auf natürlichem Wege einen Verstoß gegen die Würdekonzepion des Grundgesetzes zu sehen? Auch im Hinblick auf die bloße Gametenspende hilft die Objektformel nicht wirklich weiter. Objekt in diesem Falle ist ja noch nicht der Embryo, sondern eben nur die Keimzelle. Was bleibt ist das Problem der „hässlichen Bezahlung“¹¹². Dann ist aber eher über ein Verbot der Entgeltlichkeit nachzudenken und nicht über das Verbot der Fortpflanzungsmethode als solcher¹¹³.

III. Gefahr des Missbrauchs

Allerdings ist fraglich, ob sich ein solches Verbot der Entgeltvereinbarung praktisch durchsetzen ließe. Allgemein formuliert geht es um das Problem der Missbrauchsmöglichkeiten¹¹⁴. Missbrauch ist neben der Entgeltvereinbarung und der damit verbundenen Kommerzialisierung vor allem im Hinblick auf die bei der extrakorporalen Befruchtung bestehende Möglichkeit der Verwendung der befruchteten Embryonen zu Forschungszwecken und der Möglichkeit der Selektion zu befürchten. So ist denn die zweite Säule der Gesetzesbegründung des Embryonenschutzgesetzes auch die Verhinderung von Manipulationsmöglichkeiten¹¹⁵.

¹¹⁰ Statistisch gesehen dürfte der Fall der altersbedingten Risikoschwangerschaft bald der Normfall werden.

¹¹¹ Vgl. dazu Benda, NJW 1985, 1730, 1732.

¹¹² Baumann, Fortpflanzungsmedizin, 177, 189.

¹¹³ Zivilrechtlich sind solche Entgeltvereinbarungen nach ganz h.M. als sittenwidrig einzustufen, jedenfalls wenn sie mehr als eine bloße Aufwandsentschädigung beinhalten.

¹¹⁴ Vgl. Baumann, Fortpflanzungsmedizin, 177, 185f mwN.

¹¹⁵ Begründung des ESchG, BT- Drucks. 11/5460, S. 6 f; kritisch hierzu Frommel, Fortpflanzungsmedizin, 67, 73, die davon ausgeht, dass Missbrauch auch anders vorgebeugt werden kann.

Diese Möglichkeiten werfen ein ganz neues Spektrum an aktuellen Fragen auf, für deren Behandlung hier nicht der Raum bleibt. Wichtig ist es aber, die Komplementarität der Problemkreise zu erkennen. Kommt es zu einer Legalisierung der genetischen Forschung an embryonalen Zellen oder bestimmten Selektionsverfahren im Zusammenhang mit der Präimplantationsdiagnostik, verlieren auch auf Missbrauchsgefahren begründete mögliche Verbote künstlicher Fortpflanzungsmethoden ihre Legitimation.

Akzeptiert man die Missbrauchsgefahr als legitimen Grund strafrechtlicher Verbote¹¹⁶, so wird weiterhin nach der Verhältnismäßigkeit der Maßnahmen besonders im Hinblick auf möglicherweise betroffene qualifizierte Freiheitsrechte zu fragen sein. Erkannt werden muss auch, dass Ansatzpunkt des Verbots die Gefahren der extrakorporalen Befruchtung als solche sind, also etwa auch im Falle einer homologen extrakorporalen Besamung der Eizelle auftreten. Dann gilt es mögliche Wertungswidersprüche im Auge zu behalten, wenn nur einzelne Methoden der künstlichen Reproduktion untersagt werden.

IV. Sittengesetz als Rechtsgut

Sieht man in der Missbrauchsgefahr keinen ausreichenden Grund des strafrechtlichen Verbots bzw. ändert sich die Auffassung des Gesetzgebers im Hinblick auf die Zulässigkeit der Forschung mit embryonalen Zellen, so bleibt als letzte Möglichkeit der Legitimierung des Verbots künstlicher Fortpflanzungsmethoden der Verweis auf die Moralvorstellungen der Gesellschaft. Auch wenn nach verbreiteter Formulierung die Wurzeln des Strafrechts von den sozialemischen Wertvorstellungen der Gemeinschaft gebildet werden¹¹⁷, ist doch umstritten, ob es auch Aufgabe des Strafrechts ist, ausschließlich moralwidriges, d.h. unsittliches Verhalten, zu verhindern. Die herrschende Auffassung verneint die Verantwortlichkeit des Strafrechts bei der Sanktionierung lediglich sittenwidrigen Verhaltens¹¹⁸. So wie es dem einzelnen Bürger nicht zustehe, seine Mitmenschen moralisch zu bevormunden, soll diese Befugnis auch dem Staate nicht zustehen, der die Strafberechtigung ja erst vom Bürger herleite¹¹⁹. Ähnlich urteilte auch der Bundesgerichtshof: „Das Strafrecht hat nicht die Aufgabe, auf geschlechtlichem Gebiet einen moralischen Standard des erwachsenen Bürgers durchzusetzen“¹²⁰. Die Sittenordnung als solche soll zudem zu unbestimmt sein, um rechtsstaatlichen Anforderungen zu genügen¹²¹. Hingewiesen wird auch auf die prinzipielle Unterscheidung von Rechtsnormen und Sittengesetz, die

¹¹⁶ Verneinend Baumann, Fortpflanzungsmedizin, 177, 186.

¹¹⁷ Kaufmann, JuS 1978, 361; Günther, JuS 1978, 8; dies ist nicht nur im Strafrecht, sondern in allen Rechtsgebieten so: Zippelius, Methodenlehre, 12f.

¹¹⁸ a.A. Keller, Fortpflanzungsmedizin, 193, 206, der das sittliche Empfinden der Allgemeinheit als ausreichende Legitimation betrachtet; Herzog, ZRP 2001, 393, 397 bescheinigt dem Strafrecht, dass es in der Hoffnung auf eine gewisse sittenbildende Kraft wertorientierte Signale setzen kann und muss.

¹¹⁹ Günther, JuS 1978, 8,9.

¹²⁰ BGHSt 24, 318, 319.

¹²¹ Jäger, Rechtsgüterschutz, 38 f.; aA aber BGHSt 6, 46, 52.

nicht durch den „Umweg über eine Rechtsgutsqualifizierung“ verwischt werden dürfe¹²².

Ausschlaggebend muss hier die Funktion des Strafrechts als ultima ratio der gesellschaftlichen Verhaltenssteuerung sein. Soll diese Zurückhaltung kein bloßes „Lippenbekenntnis“¹²³ sein, muss die Grenze der Sozialschädlichkeit des Verhaltens ernst genommen werden. Bedenklich erscheint auch, dass ansonsten das Strafrecht seinen Legitimationsgrund in sich selbst trüge. Durch die Pönalisierung wird ja gerade ein bestimmtes Sittlichkeitsurteil perpetuiert und könnte so zur Rechtfertigung der Aufrechterhaltung eines Verbotes dienen. Damit würden die Aufgaben des Strafrechts deutlich überspannt¹²⁴.

V. Zwischenergebnis

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass das Verbot bestimmter Methoden der künstlichen Fortpflanzung, sofern sie auf einer extrakorporalen Befruchtung beruhen, durch die Möglichkeiten des Missbrauchs mit den befruchteten Eizellen legitimiert werden können. Diese Legitimation ist allerdings nicht originär, sondern leitet sich von der rechtlichen Einschätzung des vermeintlichen Missbrauchs ab.

Nicht möglich ist es, auf das subjektive Kindeswohl als strafrechtliches Schutzgut abzustellen. Das ungezeugte Kind hat noch keine Subjektqualität. Bedenklich erscheint es dann, im Umweg über eine objektiv-rechtliche Würdebetrachtung doch wieder das individuelle Wohl nicht existenter Rechtssubjekte anzuführen, wenn es doch nur darum geht, in der Künstlichkeit einen Verstoß gegen ein nicht weiter konkretisiertes Konzept einer Menschenwürde konstituierenden „Natürlichkeit“ zu sehen. Diese Nähe zu allgemeinen Erwägungen der Sittlichkeit, welche als solche nicht ausreichen, ein strafrechtliches Verbot zu begründen, ist äußerst bedenklich. Dies wird sich erneut zeigen, wenn es um die Frage geht, ob ein so verstandener Würdeschutz nicht nur ein legitimes Schutzgut des Strafrechts ist, sondern auch als Rechtfertigung für Eingriffe in qualifizierte Freiheitsrechte taugt¹²⁵.

D. Das Recht auf Fortpflanzung als Begrenzung des gesetzgeberischen Gestaltungsspielraums

Fortpflanzungsstrafrecht und Abstammungsrecht wählen also nicht nur eine unterschiedliche Perspektive, sondern haben prinzipiell auch einen anderen Regelungszweck. Wie sich zeigen wird, haben beide aber einen Aspekt gemeinsam, der in der deutschen Literatur bisher nur eine nebensächliche Rolle gespielt hat. In beiden Bereichen wird der Regelungsspielraum des Gesetzgebers durch die verfassungsmäßigen Rechte der Beteiligten beschränkt¹²⁶. Im Bereich des Fortpflanzungsstrafrechts ist dies offensichtlich. Ein strafbewehrtes Verbot beschränkt

¹²² Pasquay, Künstliche Insemination, 227.

¹²³ Kaufmann, ZStW 76, 549.

¹²⁴ Vgl. Pasquay, Künstliche Insemination, 20.

¹²⁵ S.u. 4. Teil C.I.1.b)bb); 4. Teil C.III.1.a)aa).

¹²⁶ Zm Recht auf Fortpflanzung s.u. 4. Teil B.

die Möglichkeiten der Wunscheltern gravierend, so dass sich die Frage nach dem Umfang des ihnen zu gewährenden Schutzes aufdrängt. Gesteht man ihnen eine qualifizierte Rechtsposition zu, so kann dies dem Begehren des Gesetzgebers, bestimmte Methoden zu verbieten, eine - möglicherweise enge - Grenze setzen.

Weniger offensichtlich ist die Bedeutung der Elternrechte im Bereich des Abstammungsrechts. Im Vordergrund stehen hier die Aspekte der Statusklarheit und -beständigkeit, nicht aber der Ausgleich individueller Rechtspositionen. Durch die Möglichkeiten der künstlichen Fortpflanzung hat sich das Gewicht der Probleme im Bereich der Abstammungsbestimmung verändert, so dass die überkommenen Regelungskonzeptionen zu überdenken sein werden. Auch hier kann die individualrechtliche Perspektive Anregungen für sachgerechte Lösungen bieten und Grenzen des gesetzgeberischen Gestaltungsspielraums aufzeigen. Schließlich lässt sich auch das Kriterium des Kindeswohls, das bei der Beurteilung von Zweifelsfragen herangezogen wird, aus einer individualrechtlichen Betrachtung erklären. Ebenso könnten auch die Interessen der sonstigen Beteiligten an der künstlichen Fortpflanzung, die in der rechtspolitisch geprägten Diskussion angeführt wurden und werden, in konkrete Rechtspositionen überführt werden.

4. Teil: Zulässigkeitsprobleme

Im Zusammenhang mit künstlichen Fortpflanzungsmöglichkeiten stand schon seit jeher die Frage nach der rechtlichen Zulässigkeit der einzelnen Methoden im Vordergrund. Während einige Methoden als unproblematisch und unter ethischen Gesichtspunkten befürwortenswert angesehen werden, werden andere abgelehnt bzw. sogar strafrechtlich verboten. Dabei werden in Deutschland und den USA nicht die selben ethischen Standards angelegt. In Deutschland existieren zwei Gesetze, die Zulässigkeitsfragen der künstlichen Methoden klären – das Embryonenschutzgesetz (ESchG) und das Adoptionsvermittlungsgesetz (AdVermG). In den USA existiert kein gesetzliches Verbot bestimmter Arten der künstlichen Fortpflanzung. Der *Uniform Parentage Act*, der unten noch ausführlich erörtert wird¹, regelt ausschließlich die abstammungsrechtlichen Folgen künstlicher Fortpflanzung.

A. Normen zur Regelung künstlicher Fortpflanzung

I. Deutschland

In Deutschland findet man Normen, welche die Zulässigkeit der künstlichen Fortpflanzung regeln, vor allem im Embryonenschutzgesetz². Der Verabschiedung dieses Gesetzes war eine lange Diskussion vorangegangen. Seit Mitte der 80er Jahre waren verschiedene Kommissionen und Arbeitsgruppen ins Leben gerufen worden, die

¹ 5. & 6. Teil.

² Embryonenschutzgesetz, BGBl. 1990 I:2746.

zur Aufgabe hatten, die Fragen der Humangenetik kritisch zu begutachten und Vorschläge hinsichtlich ihrer Regulierung zu machen.

Die wohl bekannteste dieser Kommissionen war die sogenannte „Benda Kommission“³. Diese forderte das Verbot der Embryonenspende und jeder Form der Ersatzmutterschaft⁴. Auch einige Länder haben zu etwa dieser Zeit Entwürfe für Landesgesetze entwickelt. So wurde in Bayern im Jahre 1985 vom Ministerrat eine interministerielle Arbeitsgruppe eingesetzt, die unter anderem prüfen sollte, ob die neuen Verfahren der extrakorporalen Befruchtung und des Embryonentransfers einer gesetzlichen Regelung bedürfen. Das Ergebnis war der „Rohentwurf eines Bayerischen Gesetzes zur Regelung von Fragen der Fortpflanzungsmedizin (FMedG)“⁵. Danach sollte die heterologe Insemination außer in engen Ausnahmefällen strafbar sein, ebenso wie die Ei- und Embryonenspende und die Ersatzmutterschaft.

Im Jahre 1986 legte auch die vom rheinland-pfälzischen Justizminister berufene „Interministerielle Kommission zur Aufarbeitung von Fragen der Bioethik – Fortpflanzungsmedizin“ einen „Vorläufigen Arbeitsentwurf eines Landesgesetzes über Fortpflanzungsmedizin“ gleichzeitig mit ihrem Bericht vor⁶. Dabei sollten Verstöße gegen das Gesetz als Ordnungswidrigkeiten mit Geldbußen zwischen 30000,- und 50000,- DM geahndet werden. Ausdrücklich verboten werden sollte danach nur die Ersatzmutterschaft. Für alle anderen Methoden der künstlichen Fortpflanzung wurden zwar Einschränkungen gefordert, nicht jedoch ein generelles Verbot.

Im Mai 1986 kam es zur „Bundesratsentschließung zur extrakorporalen Befruchtung“, die von den Ländern Bayern und Baden-Württemberg ausging⁷. Diese wollten die Embryonenspende und die Ersatzmutterschaft verbieten. Eine befruchtete Eizelle sollte nur der Frau eingesetzt werden dürfen, von der sie stammte. Als Folge dieses Begehrens des Bundesrates wurde die Bund-Länderarbeitsgruppe Fortpflanzungsmedizin vom Bundesminister der Justiz eingesetzt, die die gesamte Problematik nochmals unter die Lupe nehmen und eigene Lösungsvorschläge machen sollte. Diese legte im August 1988 ihren Abschlussbericht vor⁸. Sie empfahl zum einen, die postmortale Insemination zu verbieten, außerdem sollte die heterologe in-vivo und in-vitro Insemination nur eingeschränkt zulässig sein, Ei- und Embryonenspenden sollten ausnahmslos verboten werden, ebenso wie Ärzten die Mitwirkung an künstlichen Befruchtungen zur Herbeiführung einer Ersatzmutterschaft verboten werden sollte.

³ Benannt nach ihrem Vorsitzenden, dem ehemaligen Präsidenten des Bundesverfassungsgerichts, Ernst Benda; die Kommission wurde vom Bundesminister der Justiz und dem Bundesministern für Forschung und Technologie im Jahre 1984 berufen und hieß offiziell „Arbeitsgruppe In-vitro-Fertilisation, Genomanalyse und Genterapie“.

⁴ Benda-Bericht, 21ff.

⁵ Abgedruckt in Seesing, Technologischer Fortschritt und menschliches Leben. Die Menschenwürde als Maßstab der Rechtspolitik (Bd. 11 Gentechnologie – Chancen und Risiken), 99ff.

⁶ IMKF-Bericht, Gentechnologie 11, 119.

⁷ S. hierzu Keller, Fortpflanzungsmedizin, 197ff.

⁸ Abgedruckt im Bundesanzeiger v. 6.1.1989; ebenso als Anlage zu Drucks. 10/ 831 des Landtages von Baden-Württemberg, 29ff.

Da daraufhin immer noch keine bundesgesetzliche Regelung erging, brachten die Länder Bayern und Niedersachsen Gesetzesanträge im Bundesrat ein. Bayern legte im November 1988 den „Entwurf eines Gesetzes zur Regelung der künstlichen Befruchtung beim Menschen (Fortpflanzungsmedizinengesetz)“ vor⁹. Dieser hielt sich weitgehend an die Empfehlungen der Bund-Länderarbeitsgruppe Fortpflanzungsmedizin, war jedoch insoweit strenger, als die heterologe Insemination ebenfalls vollkommen verboten werden sollte, sowie jegliche Art künstlicher Befruchtung in einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft. Da dieser Entwurf, namentlich wegen den Verschärfungen gegenüber den Vorschlägen der Bund-Länderarbeitsgruppe, in der Ausschussberatung keine hinreichende Unterstützung fand, verzichtete Bayern auf die Behandlung des Gesetzesantrags. Auch ein Vorschlag des Landes Niedersachsen, der „Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Grundgesetzes“¹⁰, der dem Bundesrat im November 1988 zugeleitet wurde, fand keinen Anklang und wurde im April 1989 von der Tagesordnung abgesetzt.

Im Januar 1989 brachte die Fraktion der SPD im Bundestag einen Entschließungsantrag „Chancen und Risiken der Anwendung neuer Methoden der künstlichen Befruchtung und bei Eingriffen in menschliche Keimzellen“ ein¹¹ und forderte darin, die Leihmutterschaft für unzulässig zu erklären, ihre Vermittlung sogar unter Strafe zu stellen. Außerdem sollten Samen- und Eispende verboten werden. Bereits im November 1989 folgte wiederum von der Fraktion der SPD ein „Entwurf eines Siebenunddreißigsten Gesetzes zur Änderung des Grundgesetzes (Art. 74 Nr. 19a-neu-)“¹² und der „Entwurf eines Gesetzes zur Regelung von Problemen der künstlichen Befruchtung beim Menschen und bei Eingriffen in menschliche Keimbahnzellen“¹³. Ersterer griff den Vorschlag des Landes Niedersachsen wieder auf und forderte, dem Bund die konkurrierende Gesetzgebungsbefugnis auf dem Gebiet der künstlichen Befruchtung beim Menschen zuzuweisen. Letzterer orientierte sich wiederum an den Vorschlägen der Bund-Länderarbeitsgruppe, ging jedoch darüber hinaus, indem er ein Verbot der heterologen Insemination forderte.

Der Entwurf eines „Gesetzes zum Schutz von Embryonen (Embryonenschutzgesetz EschG)“, wurde am 19.7.1989 vom Bundeskabinett verabschiedet. Nachdem der Bundestag das Gesetz am 24.10.1990 beschlossen hatte¹⁴, trat es am 1.1.1991 in Kraft. Das Embryonenschutzgesetz gehört zum Sonderstrafrecht und verbietet gewisse Methoden künstlicher Fortpflanzung, um den Embryo vor kommerzieller Ausbeutung und Forschung zu schützen¹⁵.

⁹ Siehe zu den folgenden Ausführungen BR-Drucks. 535/ 88.

¹⁰ BR-Drucks. 522/ 88.

¹¹ BT-Drucks. 11/ 1662.

¹² BT-Drucks. 11/ 5709.

¹³ BT-Drucks. 11/ 5710.

¹⁴ BR-Drucks. 745/ 90.

¹⁵ BT-Drucks. 11/ 5460, 6; Deutsch, *Creating the Child*, 333, 333.

II. USA

In den USA existieren keine Normen, die Zulässigkeitsfragen im Hinblick auf künstliche Fortpflanzungsmethoden ansprechen. Allerdings gibt es zwei *Uniform Acts*, die Folgeprobleme künstlicher Fortpflanzung zumindest teilweise regeln – den *Uniform Parentage Act* (UPA) und den *Uniform Children of Assisted Conception Act* (USCACA). Im Gegensatz zum USCACA wurde der UPA von vielen Staaten angenommen¹⁶. Der UPA wurde 1973 verabschiedet und von insgesamt 19 Staaten vollständig angenommen¹⁷. Ziel des UPA war es, die Unterscheidung zwischen ehelichen und nichtehelichen Kindern aufzugeben, indem die Beziehung zwischen Eltern und Kind nicht mehr über die Beziehung zwischen den Eltern, sondern zwischen dem Kind und jedem einzelnen Elternteil definiert wird¹⁸. Im Jahre 2000 wurde der UPA stark überarbeitet. Am 4. August 2000 wurde er von der *National Conference of Commissioners on Uniform Laws* verabschiedet und am 18. Oktober 2000 wurde die offizielle Kommentierung dazu herausgegeben. Angenommen wurde er bisher lediglich von Texas und Washington, momentan planen außerdem Minnesota und West Virginia seine Annahme.

In dieser Arbeit wird daher die momentan geltende Rechtslage unter Rückgriff auf UPA (1973) vorgestellt, jedoch stets auch auf die unter Umständen bald eintretende Rechtslage auf der Grundlage des UPA (2000) hingewiesen.

B. Das Recht auf künstliche Fortpflanzung

Ist die bestehende einfach gesetzliche Rechtslage also lückenhaft, liegt es nahe, nach der verfassungsrechtlichen Dimension der Problematik zu fragen. Dabei wird sich herausstellen, dass der Gesetzgeber sowohl in Deutschland als auch in den USA bei der Entscheidung über die Zulässigkeit einzelner Methoden der künstlichen Fortpflanzung an verfassungsrechtliche Vorgaben gebunden ist. Der Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers findet seine Grenzen im grundrechtlich gewährleisteten Recht der Beteiligten auf Fortpflanzung. Wie sich zeigen wird, ist dieses in beiden Ländern – wenn auch mit unterschiedlicher dogmatischer Begründung – in der Verfassung verankert.

Die verfassungsrechtliche Dimension bildet nicht nur eine Grenze für mögliche zukünftige Verbote von bestimmten künstlichen Fortpflanzungsmethoden, sondern wird möglicherweise auch zu beachten sein, wenn es um die Auslegung der abstammungsrechtlichen Bestimmungen geht.

¹⁶ 19 Staaten haben den UPA (1973) vollständig angenommen, viele weitere Staaten zumindest in Teilbereichen.

¹⁷ Dies sind: Ala. Code §§ 26-17-1 bis 26-17-22; Cal.Fam.Code §§ 7600 bis 7730; Colo.Rev.Stat. §§ 19-4-101 bis 19-4-130; Del.Code Ann. tit. 13 §§ 801 bis 819; Haw.Rev. Stat. Ann. §§ 584-1 bis 584-26; Ill.Comp.Stat. Ann. 45/1 bis 45/6; Kan.Stat. Ann. §§ 38-1110 bis 38-1138; Minn.Stat. Ann. §§ 257.51 bis 257.75; Mo. Ann. Stat. §§ 210.817 bis 210.852; Mont.Code Ann. §§ 40-6-101 bis 40-6-135; Nev.Rev.Stat. Ann. §§ 126.011 bis 126.371; N.J.Stat. Ann. §§ 9:17-38 bis 9:17-59; N.M.Stat. Ann. §§ 40-11-1 bis 40-11-23; N.D.Cent.Code §§ 14-17-01 bis 14-17-26; Ohio Rev.Code Ann. §§ 3111.01 bis 3111.19; R.I.Gen.Laws §§ 15-8-1 bis 15-8-27; Wash. Rev.Code Ann. §§ 26.26.010 bis 26.26.905; Wis.Stat. Ann.; Wyo.Stat. Ann. §§ 14-2-101 bis 14-2-129.

¹⁸ Sec. 1 UPA (1973).

I. Deutschland

Ein Recht auf Fortpflanzung wird in der Literatur ohne weitere Konkretisierungen aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht gefolgert¹⁹. Um die Fragen nach dem Schutzzumfang eines solchen Rechts beantworten zu können, ist es allerdings notwendig, sich über seine verfassungsmäßige Verankerung Klarheit zu verschaffen. Denn sowohl der Schutzbereich des Rechts, insbesondere seine Anwendbarkeit auf künstliche Fortpflanzungsmethoden, als auch die Schranken hängen von der Verortung im Grundrechtskatalog ab.

Es sollen nun im Folgenden zunächst die Grundlagen des Rechts auf Fortpflanzung allgemein geklärt werden (1.), sodann die Übertragbarkeit der Diskussion auf die künstliche Fortpflanzung geprüft werden (2.). Zum Schluss muss noch die Reichweite des Rechts auf Fortpflanzung geklärt werden (3.).

1. Grundlagen des Rechts auf Fortpflanzung

Es kommen mehrere Grundrechte als Grundlage des Rechts auf Fortpflanzung in Betracht. Dies sind der Schutz von Ehe und Familie des Art. 6 Abs. 1 GG und das allgemeine Persönlichkeitsrecht, das in Art. 2 Abs. 1 iVm Art. 1 Abs. 1 GG verankert ist bzw. subsidiär die allgemeine Handlungsfreiheit des Art 2 Abs. 1 GG.

a) Art. 6 Abs. 1 GG

Die Freiheit zur Gründung einer Familie wird aus Art. 6 Abs. 1 GG gefolgert²⁰. *Dürig* bezeichnet dieses Recht als das „natürliche Recht des Menschen, neues Menschenleben in die Welt zu bringen“²¹. Der Schutzbereich des Art. 6 Abs. 1 GG reicht von der Familiengründung bis in alle Bereiche familiären Zusammenlebens. Damit umfasst er auch die freie Entscheidung der Eltern, wann und wie viele Kinder sie haben wollen²². Folgt man diesen Definitionen, scheint sich das Recht auf Fortpflanzung in der Tat aus Art. 6 Abs. 1 GG ableiten zu lassen. Jedoch gilt es hier zu differenzieren. Das Recht auf Fortpflanzung ist nicht immer und stets identisch mit dem Recht, eine Familie zu gründen. Gerade wenn man sich den Fall der postmortalen Insemination betrachtet, wird der Unterschied deutlich. Eine Familie kann der Verstorbene mit dem Kind nicht mehr gründen, sich fortpflanzen kann er jedoch noch, falls er Samen hinterlegt hat. Der Hauptzweck, der dem Familienschutz des Art. 6 Abs. 1 GG zugrunde liegt, ist außerdem ein anderer. Geschützt werden soll die lebenslange Gemeinschaft von Eltern und Kind. Art. 6 Abs. 1 GG schützt in erster

¹⁹ Püttner/ Brühl, JZ 1987, 529, 532; Coester-Waltjen, Gutachten, B 32, 37; Britting, Postmortale Insemination, 104; Starck, Gutachten, A 18; Seibert, Gentechnologie 9, 62; Giesen, Hegnauer-FS 55, 65; ders.: Verhandlungen des 56. DJT Sitzungsberichte, K 51, K 65; Zierl, DRiZ 1986, 302, 303; Ramm, JZ 1989, 866; Koppernock, Grundrecht auf bioethische Selbstbestimmung, 131; Herzog, Staat und Recht im Wandel, 52f; Laufs, JZ 1986, 769, 772; ders.: Fortpflanzungsmedizin, 89, 101; Ebeling/ Zimmermann, DEuFamR 1999, 25, 28.

²⁰ BVerwGE 14, 21; Maunz/ Dürig/ Maunz, GG, Art. 6 Rn. 18; Hufen, FAZ v. 21.05.01, 10.

²¹ Maunz/ Dürig/ Dürig, GG, Art. 2 II Rn 31.

²² Jarass/ Pieroth/ Pieroth, GG, Art. 6 Rn 4a; Pieroth/ Schlink, Grundrechte, Rn 705; Koppernock, Grundrecht auf bioethische Selbstbestimmung, 143; BVerfGE 80, 81, 90f.

Linie die Erhaltung und Förderung der bestehenden sozialen Funktionen des Familienverbandes und begründet die gegenseitige Verantwortlichkeit seiner Mitglieder²³. Man sieht also, dass durch Art. 6 Abs. 1 GG eher die Beziehung der Eltern zu dem bereits geborenen Kind geschützt und gepflegt werden soll. Hauptzweck ist es, die Familie als geschlossenen und selbstbestimmten Lebensbereich zu schützen. Das Recht auf Fortpflanzung setzt dagegen schon früher an, nämlich bei der Frage, ob und wie ein Kind gezeugt werden soll. Für die Beantwortung dieser Frage liefert Art. 6 Abs. 1 GG keine befriedigende Antwort. Das Recht auf Fortpflanzung kann also in seinem Kern nicht aus Art. 6 Abs. 1 GG gefolgert werden.

b) Art. 2 Abs. 1 iVm Art. 1 Abs. 1 GG

Es bleibt das allgemeine Persönlichkeitsrecht zur Begründung eines allgemeinen Rechts auf Fortpflanzung. Dieses ist in Art. 2 Abs. 1 iVm Art. 1 Abs. 1 GG verankert. Zunächst wird es also aus der allgemeinen Handlungsfreiheit gefolgert²⁴. Bei der Bestimmung von Inhalt und Grenzen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts ist dann jedoch das Gewicht des Art. 1 Abs. 1 GG zu beachten²⁵. Die Menschenwürde hat die Aufgabe, den Schutzbereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts zu akzentuieren und das Schrankenmodell des Art. 2 Abs. 1 GG zu korrigieren. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht betrifft Verhaltensweisen, die einen besonderen Bezug zur Menschenwürde des einzelnen haben und daher eines stärkeren Schutzes bedürfen als die sonstigen Verhaltensweisen, die von der allgemeinen Handlungsfreiheit des Art. 2 Abs. 1 GG abgedeckt werden²⁶.

Inhaltlich besagt das allgemeine Persönlichkeitsrecht, dass jedermann ein Recht zur freien Selbstentfaltung hat. Es sichert dem einzelnen einen autonomen Bereich privater Lebensgestaltung, in dem er seine Individualität entwickeln und wahren kann²⁷. Es gibt die Freiheit, die private Sphäre nach eigener Entscheidung zu gestalten. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht tritt in verschiedenen Ausprägungen auf, wie etwa dem Recht auf Privatsphäre, dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung, dem Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung und auch dem Recht auf sexuelle Selbstbestimmung²⁸.

In der Literatur wird die Ansicht vertreten, dass das Recht auf Fortpflanzung Teil des allgemeinen Persönlichkeitsrechts in seiner Gestalt als Bestimmungsrecht

²³ BVerfGE 57, 170, 178; BVerwG, NJW 1984, 2780f; VGH BW, NVwZ 1982, 517ff.

²⁴ Ramm, JZ 1989, 861, 870 folgert das Recht auf Fortpflanzung ohne weitere Begründung lediglich aus der allgemeinen Handlungsfreiheit des Art. 2 I GG; ebenso für die künstlichen Methoden Starck, Gutachten, A 17f.

²⁵ BVerfGE 54, 153f; Höfling, JuS 1995, 857, 861.

²⁶ Jarass, NJW 1989, 857, 857; v.Münch/ Kunig/ Kunig, GG, Art. 1 Rn 10; Koppernock, Grundrecht auf bioethische Selbstbestimmung, 36.

²⁷ BVerfGE 90, 263, 270; BVerfGE 79, 256, 268.

²⁸ Zu einer genauen Aufzählung s. Pieroth/ Schlink, Grundrechte, Rn 431; Ipsen, Staatsrecht II, Rn 295; Degenhard, JuS 1992, 361; Koppernock, Recht auf bioethische Selbstbestimmung, 38ff; v. Münch/ Kunig, GG, Art. 2 Rn 31ff mwN; v. Mangoldt/ Klein/ Starck, GG, Art. 2 I, Rn 64; Schmitt-Glaeser, Hdb. d. StaatsR, § 129, Rn 33 u. 43ff.

über die körpereigenen Produkte sei²⁹. Der Träger der Keimzelle soll also die Befugnis haben, über deren Verwendung zu bestimmen. Aus zwei Gründen scheint diese dogmatische Begründung zu kurz zu greifen. Zum einen bleibt der besondere Zusammenhang der Fortpflanzung zum Schutz der Familie nach Art. 6 Abs. 1 GG unberücksichtigt. Auch wenn sich das Recht auf Fortpflanzung nach der hier vertretenen Auffassung nicht alleine aus Art. 6 Abs. 1 GG herleiten lässt, bleibt dessen Ausstrahlungswirkung im Rahmen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts zu beachten. Zum anderen scheint ein Recht auf Fortpflanzung auf bloßer Grundlage eines Bestimmungsrechts über körpereigene Produkte den Wesensgehalt der Fortpflanzung in ihrem Bezug zur Menschenwürde nicht ausreichend zu reflektieren. Um dies zu verdeutlichen, ist es geboten, sich den durch Art. 1 Abs. 1 GG gewährten Schutz der Menschenwürde vor Augen zu führen.

Die Menschenwürde ist ein schwierig zu fassender Begriff. In jüngerer Zeit hat man sich statt für eine Positiv- für eine Negativdefinition entschieden. Ein erster Ansatz in diese Richtung, der auch heute noch vertreten wird, hält den Menschen dann in seiner Würde für betroffen, wenn er zum Objekt staatlichen Handelns gemacht wird³⁰. Neuere Definitionen stellen hauptsächlich auf den konkreten Einzelfall und bestimmte Fallgruppen ab. Voraussetzung einer Verletzung der Menschenwürde ist danach, dass der Betroffene einer Behandlung ausgesetzt wird, die seine Subjektqualität prinzipiell in Frage stellt, oder dass in der Behandlung im konkreten Fall eine willkürliche Missachtung der Würde des Menschen liegt³¹. Entscheidend hierbei ist die Motivation staatlichen Handelns. Eine Behandlung durch den Staat darf nicht „Ausdruck der Verachtung des Wertes, der dem Menschen kraft seines Personseins zukommt“ sein³².

Dieser negativen Konkretisierung der Menschenwürde war eine lange Diskussion um eine Positivdefinition vorausgegangen, aus der jedoch kaum brauchbare Kriterien abzuleiten waren. So versuchte die humanistische Tradition eine Begründung der Menschenwürde, wonach diese das „Fundament des Vertrauens des einzelnen in sich selbst und in die anderen, auf das seine Existenz und Koexistenz im Bewusstsein prinzipieller Personalität und Solidarität überhaupt gründet“ sein sollte³³. Daneben wurde zum Beispiel vom bayerischen Verfassungsgerichtshof die Menschenwürdegarantie wie folgt umschrieben: „Der Mensch als Person ist Träger höchster geistiger und sittlicher Werte und verkörpert einen sittlichen Eigenwert, der unverlierbar und auch gegenüber jedem Anspruch der Gemeinschaft, insbesondere gegenüber allen politischen und rechtlichen Zugriffen des Staates und der Gesellschaft, eigenständig und unantastbar ist. Würde des Menschen ist dieser innere

²⁹ Püttner/ Brühl, JZ 1987, 529, 532; Coester-Waltjen, Gutachten, B 32; Britting, Postmortale Insemination, 104; Laufs, JZ 1986, 769, 772; Zierl, DRiZ 1986, 302, 303.

³⁰ BVerfGE 5, 85, BVerfGE 6, 32; BVerfGE 9, 89, 95; BVerfGE 57, 250, 275.

³¹ BVerfGE 30, 1, 25f; so auch der Großteil der Literatur; vgl. statt aller: AK/ Podlech, GG, Art. 1 Rn. 17ff; BK/ Zippelius Art. 1 Rn 17, 57ff; kritisch: Pieroth/ Schlink, Grundrechte Rn 405, die Bereiche typischer Eingriffe in Art. 1 I GG bestimmen.

³² BVerfGE 30, 1, 26.

³³ v. Mangoldt/ Klein/ Starck, GG, Art. 1 I Rn 5.

und zugleich soziale Wert und Achtungsanspruch, der dem Menschen um seinetwillen zukommt“³⁴.

Aus diesen Definitionen kann man unmittelbar ein allgemeines Recht auf Fortpflanzung des einzelnen folgern³⁵. Es gehört zu dem, was den Menschen als solchen ausmacht, dass er sich fortpflanzen möchte und in der nächsten Generation weiterleben will. Würde man die Fortpflanzung etwa allgemein untersagen, so würde der Mensch zum Objekt staatlichen Handelns, anstatt seine Subjektqualität zu bewahren³⁶. Der Wunsch nach Nachkommen ist einer der ursprünglichsten des Menschen. Die Fortpflanzung ist „nach den Anschauungen des abendländischen Kulturkreises offenbar diejenige menschliche Funktion, deren Ausübung an erster Stelle der freien Entscheidung des Individuums überlassen bleiben muss“³⁷. Das Recht auf Fortpflanzung stellt sich demnach als ein selbständiger Teilaspekt des allgemeinen Persönlichkeitsrechts dar³⁸.

2. Recht auf Fortpflanzung im Zusammenhang mit künstlichen Methoden

a) Prinzipielle Anwendbarkeit auf die verschiedenen Methoden

Ist nun die verfassungsrechtliche Grundlage für ein Recht auf Fortpflanzung gefunden, ist weiter nach dem Schutzzumfang des Rechts im Hinblick auf die hier behandelten künstlichen Fortpflanzungsmethoden zu fragen. Prinzipiell ist für jede Methode der Rückgriff auf die allgemeine Handlungsfreiheit des Art. 2 Abs. 1 GG möglich. Allerdings bietet das allgemeine Persönlichkeitsrecht einen weitergehenden Schutz, indem die Schrankentrias des Art. 2 Abs. 1 GG eine Modifikation durch die sog. Sphärentheorie des Bundesverfassungsgerichts erfährt³⁹.

Die Anwendbarkeit des Rechts auf Fortpflanzung auf künstliche Methoden ist in der deutschen Literatur bisher nur ansatzweise behandelt worden⁴⁰. An dieser Stelle soll zunächst die prinzipielle Übertragbarkeit der Überlegungen behandelt werden. Der genaue Umfang des Schutzes für die verschiedenen Methoden, d.h. die Einordnung in die Schutzsphären des Persönlichkeitsrechts, wird dann im Anschluss zu klären sein.

Zunächst sind prinzipiell drei qualitativ verschiedene Sachverhalte zu unterscheiden. Die Fortpflanzung nach einer homologen Methode, bei der beide

³⁴ BayVGH 8, 52, 57; 11 164, 181; 29, 38, 42.

³⁵ So folgert etwa Keller, Tröndle-FS, 705, 714 das Recht auf Fortpflanzung für die natürliche Fortpflanzung nur aus Art. 1 I GG.

³⁶ So ansatzweise Benda, Gentechnologie 3, 205, 209.

³⁷ Herzog, Staat und Recht im Wandel, 52f.

³⁸ So auch Starck, Gutachten, A 18; wohl auch Herzog, Staat und Recht im Wandel, 52f. und Keller, Tröndle-FS, 705, 715; Zumstein, Fortpflanzungsmedizin, 134, 136; Coester-Waltjen, Fortpflanzungsmedizin, 158, 158f; Frommel, Fortpflanzungsmedizin, 67, 67; Ebeling/ Zimmermann, DEuFamR 1999, 25, 28; a.A. Ramm, JZ 1989, 861 ff; Maunz/ Dürig/ Maunz, GG, Art. 2 Rdn. 31 (lediglich allgemeine Handlungsfreiheit).

³⁹ Zur Sphärentheorie s.u. 4. Teil B.I.2.b).

⁴⁰ Vgl. Starck, Gutachten, A 17 f; Günther, Kindeswohl, 59 f., die nicht zwischen den verschiedenen künstlichen Methoden differenzieren; ablehnend im Rahmen von Art. 6 GG prinzipiell E.M. v. Münch, HbdVfR, § 9 Rn 32 S. 317: Der Mutterschutz „umfasst nicht das Recht, auf jede technisch mögliche Weise Mutter zu werden“; lediglich feststellend: Zumstein, Fortpflanzungsmedizin, 134, 136; Ebeling/ Zimmermann, DEuFamR 1999, 25, 28; sehr dezidiert, aber ohne nähere Begründung: Coester-Waltjen, Fortpflanzungsmedizin, 158, 159.

Wunscheltern mit dem Kind genetisch verwandt sind (aa), die Befruchtungen in heterologen Fällen, in denen nur ein Wunschelternteil eine genetische Verwandtschaft mit dem Kind aufweist (bb) und schließlich die Konstellationen, in denen keine genetische Verwandtschaft der Wunscheltern zu ihrem Wunschkind besteht (cc). Anders als in Deutschland wird diese Problematik in den USA sowohl in der Literatur als auch in der Rechtsprechung diskutiert⁴¹. Teilweise lassen sich die dort vorgebrachten Argumente auch auf die deutsche Lage übertragen

aa) Recht auf Fortpflanzung nur im homologen System

Gegen die Erweiterung des Rechts auf künstliche Befruchtungen schlechthin und damit auch auf die homologe Insemination werden im Wesentlichen drei Argumente angeführt. Zum einen wird vorgebracht, durch die schnelle Entwicklung auf dem Gebiet der künstlichen Fortpflanzung bestehe die Möglichkeit, dass der Embryo geschädigt werde. Weiterhin wird vorgebracht, dass die Patienten, die sich künstlich fortpflanzen wollen, möglicherweise Träger einer Erbkrankheit seien, die sie dann an das Kind weitergeben könnten. Außerdem sei bei dieser Art der Fortpflanzung nicht gewährleistet, dass das Kind in eine angemessene familiäre Umgebung geboren werde⁴².

Diese Argumente sind jedoch alle nicht auf den Fall der künstlichen Fortpflanzung beschränkt. Die Angst um das Wohl des Kindes im Falle der neuen Technologien kann nicht genügen, um den Wunscheltern das Recht auf Fortpflanzung ganz abzusprechen⁴³. Vielmehr würde sich die Frage des Kindeswohls erst im Bereich der Schranken des Rechts stellen. Auch die Übertragung von Erbkrankheiten ist bei natürlicher Fortpflanzung ebenso möglich. Und ebenso wie in Fällen künstlicher Fortpflanzung kann das Kind auch, wenn es auf natürlichem Weg gezeugt und geboren wird, in einen unpassenden Familienrahmen hineingeboren werden. All diese Argumente stellen also keine Basis für eine Diskriminierung der unfruchtbaren Paare dar. Nicht zuletzt besteht sogar ein wichtiges staatliches Interesse daran, auch unfruchtbaren Paaren die Möglichkeit einer Wahl bei der Fortpflanzung zu geben, wenn diese ihnen persönliche Bedeutung, Würde und Identität gibt⁴⁴.

Im Ergebnis sind also die Gründe, die gegen eine Ausweitung des Rechts auf Fortpflanzung auch auf künstliche Methoden sprechen, allesamt leicht zu entkräften. Auch die Wahl geeigneter medizinischer Hilfsmittel zählt zum Recht auf Fortpflanzung⁴⁵. Auch hier trifft der Betroffene eine Entscheidung über das „Ob“ und „Wann“ der eigenen Fortpflanzung⁴⁶. Ob diese Entscheidung nun mit künstlichen oder natürlichen Mitteln umgesetzt wird, ist der selbe Ausdruck des allgemeinen

⁴¹ S. dazu unten 4. Teil B.II.2.

⁴² Siehe zu diesen Argumenten Chin, 8 Loy Consumer L. Rep. (1996), 190, 221 m.w.N.; zu letzterem Argument außerdem Capron, 20 U.C. Davis L. Rev. (1987), 679, 693f.

⁴³ So wurde in Re A.C., 573 A.2d 1235, 1252 (D.C. 1990) entschieden, dass kein Kaiserschnitt gegen den Willen der Frau vorgenommen werden darf um das Kind zu retten. Hier ging es allerdings um die Schranken des Rechts auf körperliche Unversehrtheit der Mutter und nicht um die Frage des Schutzbereichs.

⁴⁴ Nolan, 11 B.Y.U. J. of Pub. L. (1997), 1, 21.

⁴⁵ Püttner/ Brühl, JZ 1987, 529, 534; Hirsch, MedR 1986, 237; Seibert, Gentechnologie 9, 62, 65ff; Ramm, JZ 1989, 861, 870; Broda, RuP 1986, 7; Koppernack, Grundrecht auf bioethische Selbstbestimmung, 152.

⁴⁶ Püttner/ Brühl, JZ 1987, 529, 534.

Persönlichkeits- und Selbstbestimmungsrechts. Der zugrundeliegende Sachverhalt ändert sich nicht in moralisch relevanter Weise, wenn sich die Verwirklichung des Kinderwunsches nicht auf natürliche Weise bewerkstelligen lässt⁴⁷. Spräche man nur der natürlichen Fortpflanzung einen Bezug zu Art. 1 GG zu, käme man in eine „bedenkliche Abhängigkeit vom Sexuellen und Körperlichen“⁴⁸. Das Recht auf Fortpflanzung als Ausfluss des allgemeinen Persönlichkeitsrechts muss folglich grundsätzlich auch für künstliche Methoden Geltung haben.

bb) Recht auf Fortpflanzung im homologen und im heterologen System

Anders wird die Situation teilweise gesehen, wenn Dritte in den Fortpflanzungsvorgang mit einbezogen werden, also in Fällen der Samen- oder Eispende oder der Leih- und Ersatzmutterschaft. Es wird gefordert, künstliche Fortpflanzung prinzipiell nur dann zuzulassen, wenn lediglich die Wunscheltern daran beteiligt sind⁴⁹.

Argumentiert wird hier zum einen erneut mit dem Kindeswohl, zum anderen mit einem möglichen Eingriff in die Rechte Dritter. Die Einbeziehung einer dritten Person in den Fortpflanzungsvorgang soll negative Auswirkungen auf das Wunschelternpaar und in Folge davon auch auf das Kind haben können. Der Partner, der genetisch nicht mit dem Kind verwandt sei, könne Probleme damit bekommen und das Kind nicht als das seine ansehen. Hiernach soll jede äußere Einmischung in die eheliche Beziehung eine Gefahr für diese und das Kind nach sich ziehen.

Die Gefahr der Entfremdung zwischen Wunscheltern und Kind ist zu abstrakt und in vielen Fällen sicherlich nicht gegeben. Die Erfahrungen im Bereich der Adoptionen, wo in der Regel überhaupt keine genetischen Beziehungen zwischen Adoptivkind und Adoptiveltern besteht, zeigen, dass genetische Verwandtschaft keine notwendige Voraussetzung für eine normale Eltern-Kind Beziehung ist.

Auch die Bedenken, dass sich plötzlich ein Dritter in die Beziehung zwischen den Eheleuten einmischt⁵⁰ und dass es kompliziert sein kann, dem Kind die Umstände seiner Entstehung mitzuteilen, wiegen nicht schwer genug. Für das Wunschelternpaar besteht keine andere Möglichkeit, zu einem Kind zu kommen, das wenigstens mit einem von ihnen genetisch verwandten ist. Daher müssen sie mit den genannten Bedenken fertig werden, wenn sie sich denn entscheiden, ein Kind auf diese Weise in die Welt zu setzen.

Nun soll aber das Recht auf Fortpflanzung der Wunscheltern in Konkurrenz mit eben jenem Recht des dritten Beteiligten treten⁵¹. Werde also den Wunscheltern ein

⁴⁷ Koppernock, Grundrecht auf bioethische Selbstbestimmung, 152.

⁴⁸ Herzog, Staat und Recht im Wandel, 53.

⁴⁹ McCormick, 45 Loy.L.Rev. (1999), 269, 279; Lauritzen, Pursuing Parenthood, 57.

⁵⁰ Keller, Tröndle – FS, 705, 719.

⁵¹ Seibert, Gentechnologie 9, 62, 66, a.A. Koppernock, Grundrecht auf bioethische Selbstbestimmung, 140, der davon ausgeht, dass zumindest der Gametenspender nicht sein Recht auf Fortpflanzung auslebt, sondern lediglich seine allgemeine Handlungsfreiheit; er geht davon aus, dass es sich für den Spender nicht um eine Entscheidung über die eigene Fortpflanzung handelt und daher nicht um eine existentiell bedeutsame Frage; in der amerikanischen Diskussion vgl. Rao, 45 UCLA L. Rev. (1998), 1077, 1117; O'Brien, 65 N.C.L. Rev. (1986), 127, 152; Keller, 49 La. L. Rev. (1988), 143, 176; Hale, 24 J.Contemp.L. (1998), 335, 351; Nolan, 11 B.Y.U. J. Pub. L. (1997), 1, 16f; McCormick, 45 Loy.L.Rev. (1999), 268, 282.

Recht auf Fortpflanzung auch unter Heranziehung Dritter gestattet, so solle dies bedeuten, dass sie gleichzeitig das Recht auf Fortpflanzung dieses Dritten einschränken dürften. Dieser habe nämlich, da er keinen Kontakt zu dem Kind haben soll, keine Möglichkeit, sich selbst in ihm weiterleben zu sehen. Eine solche Einschränkung sei jedoch nicht möglich.

Auch diese Argumentation differenziert nicht zwischen der Frage nach dem Schutzbereich des Rechts auf Fortpflanzung und der Frage nach seinen Schranken. Die bloße Möglichkeit der Verletzung der Rechte Dritter kann kaum dazu führen, die Existenz eines Rechts gänzlich zu verneinen. Anders wäre nur dann zu urteilen, wenn bei jeder Fortpflanzung unter Beteiligung eines Dritten dessen Rechte zwangsläufig verletzt würden. Dieser ist aber in den Fällen, in denen er seine Gameten freiwillig zur Verfügung gestellt hat, gerade mit ihrer Verwendung durch die Wunscheltern einverstanden. Von einer Rechtsverletzung kann also nicht gesprochen werden. Kennt der Spender die Wunscheltern bei der Spende nicht, bzw. stehen diese noch gar nicht fest, so liegt es nahe, in der Spende einen Verzicht auf das Recht auf Fortpflanzung im Hinblick auf die Wahl des Fortpflanzungspartners zu sehen.

Die Frage nach der Verzichtbarkeit von Grundrechten ist allerdings nicht unumstritten. Vor allem früher wurde teilweise ein Verzicht auf Grundrechte für unzulässig erachtet⁵². Begründet wurde dies damit, dass die Grundrechte Gemeinwohlkonkretisierungen seien und in ihnen, wenn auch nicht überwiegend, öffentliche Interessen zum Ausdruck kämen. Eine solche integrative, staatskonstitutive Funktion verbiete es dem einzelnen, über Grundrechte zu verfügen⁵³.

Eine andere Auffassung geht von der grundsätzlichen Zulässigkeit des Grundrechtsverzichts aus. Der Begriff der Unveräußerlichkeit des Art. 1 Abs. 2 GG könne nicht bedeuten, dass ein einzelner nicht auf ein konkretes Grundrecht verzichten könne. Nicht möglich sei lediglich der generelle Verzicht auf Grundrechte in ihrer Gesamtheit⁵⁴. Begründet wird diese Ansicht hauptsächlich mit einem Verweis auf Art. 2 Abs. 1 GG und Art. 1 Abs. 1 GG, aus denen sich ergebe, dass es zur freien Entfaltung der Persönlichkeit und zur Selbstbestimmung des Menschen gehöre, auf den Schutz der Grundrechte auch verzichten zu können⁵⁵.

Eine neuere Auffassung wählt einen vermittelnden Weg. Sie will sowohl zwischen der Vielzahl von Tatbeständen, die als Grundrechtsverzicht bezeichnet

⁵² Koellreuter, Deutsches Staatsrecht, 52; Maunz, Deutsches Staatsrecht, 1. Aufl. 1951, § 15 IV 1, S.96; in späteren Auflagen nicht mehr in dieser Härte, s. Maunz/ Zippelius, Staatsrecht, § 20 II 2; v.Mangoldt/ Klein, GG, Bd.I, 2. Aufl. 1957, Vorbem. XVI 5, S.138; Malorny, JA 1974, 475; Erichsen, Staatsrecht und Verfassungsgerichtsbarkeit I, 162.

⁵³ Koellreuter, Deutsches Staatsrecht, 52; Maunz, Deutsches Staatsrecht, 1. Aufl. 1951, § 15 IV 1, S.96; in späteren Auflagen nicht mehr in dieser Härte, s. Maunz/ Zippelius, Staatsrecht, § 20 II 2; v.Mangoldt / Klein, GG Bd.I, 2. Aufl. 1957, Vorbem. XVI 5, S.138; Malorny, JA 1974, 475; Erichsen, Staatsrecht und Verfassungsgerichtsbarkeit I, 162.

⁵⁴ Bleckmann, JZ 1988, 57, 58; Dreier/ Dreier, GG, Vorbem. Rn. 83; Dürig, AöR 81 (1956), 117, 152; Ipsen, Staatsrecht II, Rn 71; Katz, Staatsrecht, Rn 655.

⁵⁵ Bleckmann, Staatsrecht II, § 15 III, 404ff; Dürig AöR 81 (1956), 117, 152.

werden, als auch zwischen den einzelnen Grundrechten und ihren Bedeutungsgehalten unterscheiden⁵⁶.

Das Bundesverfassungsgericht erachtet den Grundrechtsverzicht grundsätzlich für zulässig, setzt ihm aber Grenzen⁵⁷. Das Gericht ist bereit, eine individuelle Verfügungsmacht über Grundrechte zu respektieren, soweit das Grundrecht als solches nicht aus Gründen höherwertiger Interessen unverfügbar ist⁵⁸, der Grundrechtsberechtigte erkennbar freiwillig handelt⁵⁹ und keine anderen Verfassungsrechtsgüter entgegenstehen. Freiwillig bedeutet, dass keine den Willen zur Abgabe einer Verzichtserklärung beeinträchtigende Einwirkung vorliegt⁶⁰. Als letztes muss der Verzicht ausdrücklich oder konkludent erklärt werden. Der auf den Grundrechtsverzicht gerichtete Wille muss also eindeutig vorhanden sein⁶¹. Verfassungsrechtlicher Ansatzpunkt für diesen Grundrechtsverzicht ist die freie Selbstbestimmung des Individuums, wie sie in Art. 2 Abs. 1 iVm Art. 1 Abs. 1 GG verbürgt ist.

Heute wird man daher, auch gestützt durch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, als gesichert ansehen dürfen, dass die in Art. 2 Abs. 1 GG iVm Art. 1 Abs. 1 GG geschützte Selbstbestimmung der Persönlichkeit auch das Recht beinhaltet, über einzelne aus den Grundrechten fließende Befugnisse oder Handlungsweisen zeitlich befristet verfügen zu können⁶².

Im Falle der künstlichen Fortpflanzung hat die dritte Partei an ihrem Fortpflanzungsrecht in der Regel kein Interesse und ist bereit, es aufzugeben. Sie ist sich im klaren, dass aus ihren Gameten ein Kind gezeugt werden soll, das sie nicht aufwachsen sieht und zu dem sie keinen Kontakt haben wird. Solange diese Aufgabe freiwillig erfolgt, ist nichts dagegen einzuwenden. Wie bei den meisten Grundrechten ist ein solcher Verzicht möglich⁶³.

Es ist also kein bedeutsamer Grund ersichtlich, der es schon im Schutzbereich des Grundrechts gestatten würde, dass Personen, die unter einer Art der Unfruchtbarkeit leiden, die es ihnen ermöglicht, sich im homologen System fortzupflanzen, gegenüber denjenigen im Vorteil sein sollten, die der Hilfe einer

⁵⁶ Jarass/ Pieroth, GG, Vorbem. vor Art. 1 Rn 54; Pietzcker, Der Staat, Bd. 17 (1978), 527, 542; Sachs, VerwArch. 76 (1985), 398, 419; Robbers, JuS 1985, 925, 926ff; Hillgruber, Der Schutz des Menschen vor sich selbst, 141ff; Amelung, Einwilligung, 133ff.

⁵⁷ BVerfGE 9, 194, 199; BVerfGE 22, 49, 81f; BVerfGE 27, 344, 352; BVerfGE 45, 187, 229; BVerfGE 65, 1, 43ff; vgl. auch die Rechtsprechung des BGH und des BVerwG.: BGHZ 79, 131, 142 (zu Art. 2 II GG); BVerwGE 30, 65ff (Art. 12 I GG); BVerwG, NJW 1957, 1374 (Art. 19 IV GG).

⁵⁸ Vgl. Stern, StaatsR III / 2 § 86, II 6 a), 912f.

⁵⁹ Vgl. Amelung, Einwilligung, 79ff; Malorny, JA 1974, 475f; Robbers, JuS 1985, 925, 926; Püttner, JZ 1987, 529, 530.

⁶⁰ Stern, StaatsR III / 2, § 86 II 6 b), 914.

⁶¹ Pietzcker, Der Staat, Bd. 17 (1978), 527, 530; Malorny, JA 1974, 475; Robbers, JuS 1985, 925, 926.

⁶² BVerwGE 14, 21ff; Dürig, AöR 81 (1956), 117, 152; Robbers, JuS 1985, 925, 927; Lerche, HdbStR V, 1992, § 122 Rn 45; Schwabe, Probleme der Grundrechtsdogmatik, 1977, 123f; Katz, Staatsrecht, Rn 655.

⁶³ Pietzcker, Der Staat Bd. 17 (1978), 527, 542; Sachs, VerwArch. Bd. 76 (1985), 398, 419; Robbers, JuS 1985, 925, 926ff; Hillgruber, Der Schutz des Menschen vor sich selbst, 141ff; Amelung, Einwilligung, 133ff ; BVerfGE 9, 194, 199; BVerfGE 22, 49, 81f; BVerfGE 45, 187, 229; BVerfGE 27, 344, 352; BVerfGE 65, 1, 43ff.

dritten Person zur Fortpflanzung bedürfen. Denn die Rechte der Dritten sind in solchen Fällen nicht per se verletzt, da sie in den Eingriff einwilligen können.

cc) Recht auf Fortpflanzung, wenn keiner der Wunscheltern genetisch mit dem Kind verwandt ist

Es sind also keine Gründe dafür ersichtlich, nicht auch im Falle der heterologen Insemination und der Eispende vom Bestehen des Rechts auf Fortpflanzung auszugehen. Für den Partner, der seine Gameten zur Verfügung stellt, unterscheiden sich diese Formen der Fortpflanzung unter normativen Gesichtspunkten nicht von der natürlichen Fortpflanzung. Die mögliche Motivation, sich im Kinde weiterleben zu sehen, kann auch hier gegeben sein.

Dies ändert sich in dem Fall, dass zwischen Wunscheltern und Wunschkind keine genetische Beziehung besteht, also in den Fällen der Embryonenspende und der Ersatzelternschaft. Auch wenn die Wunscheltern einem so gezeugten Kind die gleiche Liebe und Verbundenheit entgegenbringen können wie einem eigenen Kind, fehlt hier der Ansatzpunkt für eine rechtliche Privilegierung. Die Wunscheltern pflanzen sich nämlich gerade nicht selbst fort. Das Recht auf Fortpflanzung, auch wenn man es auf künstliche Fortpflanzungsmethoden erweitert, beinhaltet immer, dass man sich selbst fortpflanzt, ein Stück seiner selbst für das spätere Kind gibt. Das Recht, sich fortzupflanzen zeigt bereits rein sprachlich, dass der einzelne etwas von sich geben muss und nicht lediglich die Gameten von zwei unbekanntem Dritten vereinigen und dies als Fortpflanzung seinerseits ausgeben kann. Der Grund für den besonderen verfassungsrechtlichen Schutz des Rechts auf Fortpflanzung liegt auch darin, dass es der Naturhaftigkeit des Menschen entspricht, seine Gene weiterzugeben, um sich selbst in der nächsten Generation weiterleben zu sehen. Gestände man ihnen ein Recht zu, sich sowohl die Gameten als auch die Dienste einer Leihmutter zu erkaufen, würde dies den Charakter des Rechts auf Fortpflanzung von Grund auf ändern. Denn letztlich müsste man das Recht dann auch solchen Personen zugestehen, die zwar auf natürlichem Wege Kinder zeugen können, die mit der Schwangerschaft verbundenen Strapazen aber nicht auf sich nehmen wollen. Hier würde das Kind zu einer Ware degradiert, die zu kompliziert in der Herstellung ist und daher bestellt wird. Diese Vorstellung widerspricht aber so fundamental der im Grundgesetz verankerten Werteordnung, dass schon der Schutzbereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts die Fälle der Embryonenspende und der Ersatzelternschaft nicht erfassen kann. In einem solchen Fall bleibt für die Wunscheltern nur der (schwächere) Schutz durch die allgemeine Handlungsfreiheit des Art. 2 Abs. 1 GG.

In jedem Fall bleibt aber zu beachten, dass auch dann, wenn sich ein Wunschelternteil selbst fortpflanzt und ihm das Recht auf Fortpflanzung deswegen zusteht, dieses Recht keinen Anspruch gegen den Staat beinhaltet, die Möglichkeiten der Fortpflanzung positiv zu erleichtern⁶⁴. Das Recht auf Fortpflanzung ist lediglich ein Abwehrrecht gegen den Staat.

⁶⁴ Coester-Waltjen, Fortpflanzungsmedizin, 158, 160; Zumstein, Fortpflanzungsmedizin, 134, 136.

dd) Recht auf Fortpflanzung des Spenders

Es bleibt zu fragen, ob dem Spender der Gameten ein verfassungsmäßiges Recht auf Fortpflanzung hinsichtlich der gespendeten Gameten zukommt, d.h. ob auch die Gametenspende selbst vom Recht auf Fortpflanzung gegenüber staatlichen Eingriffen geschützt wird. Zu denken ist hierbei an einen gänzlichen Verzicht des Spenders oder an eine missbräuchliche Ausübung des Rechts.

Zwar verzichtet der Spender durch seine Einwilligung auf sein negatives Recht, sich nicht fortzupflanzen, gleichzeitig ist darin aber auch eine Ausübung seines positiven Fortpflanzungsrechts zu sehen. Auch wenn er mit dem Kind, welches mit seinen Gameten gezeugt wird, nichts weiter zu tun haben will, so geht es ihm doch bewusst um die Weitergabe seiner Gameten zur Zeugung neuen Lebens. Ein Verzicht auf sein positives Fortpflanzungsrecht würde erfordern, dass der Spender durch sein Verhalten zu verstehen gibt, dass er kein Interesse an der Fortpflanzung hat. Dies kann jedoch nicht angenommen werden. Ist der Beweggrund für die Spende die finanzielle Belohnung, so besteht ein mittelbares Interesse daran, dass die Gameten auch zur Fortpflanzung verwendet werden dürfen, da ansonsten kein Bedarf für die Spende vorhanden wäre. In manchen Fällen mag es dem Gametenspender zudem wirklich darum gehen, seine Erbanlagen weiterzugeben. Auch wenn er u.U. keine Möglichkeit hat, das Kind aufwachsen zu sehen, kann es für ihn dennoch wünschenswert sein zu wissen, dass sein genetisches Material weiter lebt. Ein Verzicht des Gametenspenders auf sein positives Recht auf Fortpflanzung ist also nicht zu erkennen. Gleiches gilt für eine missbräuchliche Ausübung dieses Rechts. Rechtsmissbrauch setzt voraus, dass ein Recht für einen Sachverhalt in Anspruch genommen wird, für den es nicht gedacht war⁶⁵. Es ist schon fraglich, ob sich das Verhalten des Gametenspenders unter eine solche weite Definition des Rechtsmissbrauchs subsumieren ließe. Das Recht auf Fortpflanzung steht also auch dem Gametenspender zu. Das verminderte Schutzbedürfnis des Spenders wird bei der Frage der Einschränkung seines Rechts zu berücksichtigen sein.

b) Einordnung in die Sphären des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts

aa) Sphärentheorie

Für die Beschränkung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts werden die Schranken der allgemeinen Handlungsfreiheit des Art. 2 Abs. 1 GG modifiziert. Dies ist notwendig, da im Zusammenhang mit dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht auch die grundsätzlich nicht beschränkbare Menschenwürde eine Rolle spielt. Das Bundesverfassungsgericht hat hierfür die sogenannte „Sphärentheorie“ entwickelt⁶⁶.

Die Sphärentheorie unterteilt das allgemeine Persönlichkeitsrecht in verschiedene Sphären mit unterschiedlichen Anforderungen an die Rechtfertigung eines Eingriffs⁶⁷.

⁶⁵ Krüger, DVBl 1953, 97, 98 mwN.

⁶⁶ BVerfGE 6, 32, 41; 38, 312, 320; 27, 1, 6.

⁶⁷ Vgl. zur Sphärentheorie etwa Pieroth/ Schlink, Grundrechte, Rdn. 433 ff; Degenhart, JuS 1992, 361, 363 f.

Die innerste Sphäre, die Intimsphäre, stellt den letzten unantastbaren Bereich menschlicher Freiheit dar, der der Einwirkung der gesamten öffentlichen Gewalt entzogen ist⁶⁸. Als Kernbereich des Grundrechts ist er von Einschränkungen frei und darf in keinem Fall beeinträchtigt werden⁶⁹.

Eine zweite Sphäre stellt die Privat- oder Geheimsphäre dar. Diese unterliegt den Schranken des Art. 2 Abs. 1 GG, wobei Eingriffe jedoch nur durch überwiegende Interessen der Allgemeinheit unter strenger Wahrung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes gerechtfertigt werden können⁷⁰.

Und schließlich gibt es die Sozialsphäre, innerhalb derer sich der einzelne von vornherein nur im Kontakt zu anderen entfaltet. In diese kann unter weniger strengen Anforderungen eingegriffen werden⁷¹.

An dieser Einteilung in die verschiedenen Sphären wird in der Literatur Kritik geübt, da sich die Sphären oft nicht voneinander abgrenzen lassen⁷². Auch sei nicht verständlich, welchen Schutz die Intimsphäre geben solle, der nicht bereits von der Menschenwürde erfasst werde⁷³.

bb) Einordnung des Rechts auf natürliche bzw. künstliche Fortpflanzung

Im Zusammenhang mit künstlichen Fortpflanzungsmethoden wurde das Recht auf Fortpflanzung in der deutschen Literatur bisher kaum diskutiert.

Vereinzelt wird angenommen, das Recht auf Fortpflanzung sei bei natürlicher wie auch bei künstlicher Fortpflanzung der Intimsphäre zuzuordnen und damit uneinschränkbar⁷⁴.

Andere differenzieren zwischen künstlicher und natürlicher Fortpflanzung. Danach gehöre das Recht auf natürliche Fortpflanzung zum unantastbaren Kernbereich. Werde jedoch die Fortpflanzung künstlich durchgeführt, sei die Intimsphäre nicht betroffen, da hier auch ein Arzt mit in den Fortpflanzungsvorgang einbezogen werde⁷⁵.

Wieder andere zählen das Recht auf Fortpflanzung stets zur Privatsphäre, die grundsätzlich nur unter besonderen Verhältnismäßigkeitsanforderungen einschränkbar ist⁷⁶.

Diejenigen, die jede Einschränkung des Rechts auf Fortpflanzung auch bei künstlichen Methoden ablehnen, argumentieren - ausdrücklich oder stillschweigend -

⁶⁸ BVerfGE 6, 32, 41; 38, 312, 320; 27, 1, 6; 27, 344, 351; 32, 373, 379; 33, 367, 376; 34, 238, 245; 34, 269, 281; 35, 35, 39.

⁶⁹ BVerfGE 35, 35; 34, 238.

⁷⁰ BVerfGE 17, 108, 117; BVerfGE 65, 1, 44; 27, 344, 351; 34, 238, 245f; 32, 373, 379; 33, 367, 377; 35, 202, 220f.

⁷¹ BVerfGE 10, 354, 371; 48, 227, 234; v. Mangoldt/ Klein/ Starck, GG, Art. 2, I Rn 64 ff.

⁷² Pieroth/ Schlink, Grundrechte, Rn 435 mwN.

⁷³ v. Mangoldt/ Klein/ Starck, GG, Art. 2, I Rn 65; Schmitt-Glaeser, Hdb. d. StaatsR, Bd. VI, § 129, Rn 36.

⁷⁴ Günther, Kindeswohl, 58, allerdings mit verfassungsrechtlich nicht tragfähiger Begründung aus der (einfachgesetzlichen) Regelung des § 1905 I BGB und ohne jede Differenzierung nach Art der künstlichen Methode; wohl auch Herzog, Staat und Recht im Wandel, 52f, der jedoch das Recht auf Fortpflanzung aus der Menschenwürde und nicht aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht folgert; noch unenetschlossen scheint Coester-Waltjen, Fortpflanzungsmedizin, 158, 158.

⁷⁵ Keller, Tröndle-FS, 705, 715; Seibert, Gentechnologie 9, 62, 66.

⁷⁶ Starck, Gutachten, A 18.

in zwei Schritten. Erstens wird davon ausgegangen, dass die natürliche Fortpflanzung zum unantastbaren Kernbereich der Menschenwürde zählt. Dann wird vorgebracht, dass sich diese Einordnung allein wegen der Beteiligung eines Arztes nicht ändern könne. Die Biologisierung des Rechts auf Fortpflanzung wird als „bedenkliche Abhängigkeit vom Sexuellen und Körperlichen“⁷⁷ gesehen, für die sich im Grundgesetz keine Grundlage finde.

Zuzugeben ist dieser Argumentation, dass allein die Einschaltung eines Arztes an der Einschätzung der Fortpflanzung als Verwirklichung des Persönlichkeitsrechts nichts ändern sollte. Das Hinzuziehen des Arztes beruht auf einer medizinischen Notwendigkeit, die den Charakter des Vorgangs als gewünschte Hervorbringung neuen Lebens nicht verändert. Der Begriff der Intimsphäre als Differenzierungskriterium macht nur dann Sinn, wenn man ihn selbst normativ versteht. Allein auf Äußerlichkeiten abzustellen, führt nicht zu sachgerechten Ergebnissen. Schließlich müsste man denjenigen, die über genügend medizinische Sachkenntnis verfügen und einen entsprechenden Eingriff selbst vornehmen können, mehr Schutz zusagen, als denjenigen, die sich der (freiwilligen) Hilfe Dritter bedienen müssen. Für eine solche Differenzierung lässt sich im Verfassungsrecht keine Begründung ausmachen. Letztlich ist auch die Frage, wann noch von einer natürlichen Fortpflanzung und wann von einer künstlichen Fortpflanzung gesprochen werden kann, angesichts der Möglichkeiten hormoneller Behandlung zur Behebung leichter Fruchtbareitsstörungen keineswegs eindeutig zu beantworten. Weder an der generellen Anwendbarkeit des Rechts auf Fortpflanzung noch an der Einordnung in die Sphären des Persönlichkeitsrechts kann eine Beteiligung des Arztes also etwas ändern.

Anzusetzen ist vielmehr am Umfang des Schutzes der natürlichen Fortpflanzung. Wer dort undifferenziert für die Uneinschränkbarkeit jedweder Art plädiert, müsste konsequenter Weise zu dem Schluss kommen, dass die Vorschriften des geltenden Rechts, die etwa inzestuöse Verbindungen oder die sexuelle Nötigung unter Strafe stellen, mit der Verfassung nicht in Einklang zu bringen sind. Diese offensichtlich absurde Konsequenz wird vermieden durch eine Differenzierung, die sich auch im Hinblick auf die künstlichen Methoden als sehr brauchbar erweist. Geschützt als ein unantastbarer Bereich des Kerns des Menschseins ist die Entscheidung über das „Ob“ der Fortpflanzung sowohl im positiven als auch im negativen Sinn. Somit dürfte etwa jede Zwangssterilisation entgegen den Interessen des Betroffenen gegen den grundrechtlich gewährleisteten Würdeschutz verstoßen, ebenso wie jede nicht genehmigte Verwendung der eigenen Gameten zum Zwecke der Befruchtung. Nicht mehr zu diesem Kernbereich gehört allerdings die Entscheidung über die Auswahl des Fortpflanzungspartners bzw. dessen Keimzellen. Diese Differenzierung knüpft damit nicht an die Künstlichkeit des Vorgangs und die erforderliche Einbeziehung des Arztes als Dritten an, sondern folgt einer konsequent personalen Perspektive entsprechend der Konstruktion des allgemeinen Persönlichkeitsrechts. Der „Dritte“, der dazu führt, dass das Recht auf Fortpflanzung

⁷⁷ Herzog, Staat und Recht im Wandel, 53.

nicht in jeder Form in den Kernbereich der Menschenwürde fällt, ist der Träger der Gameten, mit denen die Fortpflanzung geschehen soll. Nur wenn die Fortpflanzung als solche untersagt wird und nicht an die Beteiligung des Fortpflanzungspartners angeknüpft wird, ist der unantastbare Intimbereich betroffen.

Was die künstlichen Methoden angeht, bietet, wie dargelegt, die Einbeziehung eines Arztes allein kein geeignetes Differenzierungskriterium, so dass auch die Entscheidung über eine künstliche Fortpflanzung als solche unantastbar geschützt ist. Angewendet auf die möglichen Einschränkungen künstlicher Fortpflanzung bedeutet dies zunächst, dass ein generelles Verbot künstlicher Methoden verfassungsrechtlich nicht tragfähig wäre. Insbesondere im Hinblick auf die extrakorporale Befruchtung stellt sich aber die Frage nach der Einschränkbarkeit einzelner Methoden als solcher. Entscheidend muss hierbei sein, dass für Frauen, die nur durch extrakorporale Befruchtung ein Kind bekommen könnten, ein Verbot dieser Methode eine Fortpflanzung faktisch unmöglich macht. Auch wenn hier nicht die Fortpflanzung als solche untersagt werden soll, bewirkt es eine „schwere und unerträgliche“ faktische Beeinträchtigung der Fortpflanzungsfreiheit. Ein Verbot der extrakorporalen Befruchtung als solcher ist unter diesem Gesichtspunkt also sehr bedenklich.

Noch nicht beantwortet ist die Frage, in welche Sphäre des Persönlichkeitsrechts die Fortpflanzung fällt, wenn es nicht um das Ob der Fortpflanzung geht. Möglich ist die nur unter qualifizierten Voraussetzungen beschränkbare Privatsphäre, aber auch die leichter einschränkbare Sozialsphäre.

Aus der Perspektive des Wunschvaters bzw. der Wunschmutter, deren Gameten verwendet werden, muss auch hier die Nähe des Wunsches nach Fortpflanzung zur menschlichen Würde Beachtung finden. Auch wenn die Fortpflanzung durch die Beteiligung des Partners nicht mehr in den Intimbereich fällt, so unterscheidet sie sich doch wesentlich von den Bereichen, die üblicherweise zur Sozialsphäre gezählt werden⁷⁸. Richtig ist zwar, dass die Fortpflanzung erst durch den „Kontakt mit anderen“ möglich ist, was für die Sozialsphäre charakteristisch ist. Im Vordergrund steht aber gerade nicht die Zukehrung zur Öffentlichkeit, die ein vermindertes Schutzniveau rechtfertigen würde. Auch nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts gehört das „Ehebett“ zur Privatsphäre⁷⁹. Dementsprechend wird man das Recht auf Fortpflanzung, soweit es nicht die unantastbare Frage des Ob der Fortpflanzung betrifft, zur Privatsphäre des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts zählen können. Auch der Gesetzgeber zeigt dadurch, dass er die Wunscheltern bei den verbotenen Methoden von der Strafandrohung ausnimmt⁸⁰, dass er von einem tiefen inneren Bedürfnis nach Fortpflanzung ausgeht. Dies gilt auch für die heterologen Methoden⁸¹. Denn auch die Einbeziehung eines Dritten als Gametenspender stellt sich kaum als eine Zukehrung zur Öffentlichkeit dar, geht es doch primär gar nicht um den Kontakt zu ihm. Wie auch hinsichtlich der Beteiligung des Arztes wird man allein in der Existenz eines

⁷⁸ Über die Bedeutung der Fortpflanzung als Persönlichkeitsverwirklichung vgl. oben 4. Teil B.I.1.b).

⁷⁹ BVerfGE 27, 344.

⁸⁰ S.u. 4. Teil C.III., IV.

⁸¹ Bedenken hiergegen bei Seibert, Gentechnologie 9, 62, 66.

Gametenspenders keine zwangsläufige Überschreitung einer Persönlichkeitssphäre sehen können.

Es bleibt die Frage des Schutzzumfangs für den Gametenspender. Anders als bei den Wunscheltern, die nur aus biologischer Notwendigkeit auf die Hilfe Dritter angewiesen sind, ist sein Verhalten in der Tat als eine Zukehrung zu anderen Personen zu sehen. Es geht ihm gerade um eine Weitergabe seiner Gameten an Dritte. Hinzu kommt, dass sein Recht auf Fortpflanzung auch deswegen weniger schützenswert ist, weil es ihm bestenfalls darum geht, sein genetisches Material weiter zu geben, nicht aber darum, eine Familie zu gründen. Beide Aspekte zusammen lassen es angemessen erscheinen, dem Gametenspender nur den Schutz der Sozialsphäre des Persönlichkeitsrechts zuzugestehen.

c) Zwischenergebnis

Das Recht auf Fortpflanzung als Ausprägung des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts findet prinzipiell auch auf künstliche Methoden Anwendung. Es steht denjenigen zu, deren Gameten bei der Zeugung verwendet werden, nicht dagegen den Wunschwätern oder –müttern, die genetisch nicht mit dem Kind verwandt sind.

Während das „Ob“ der Fortpflanzung auf dem natürlichen wie auch auf dem künstlichen Weg in den unantastbaren Kernbereich des Persönlichkeitsrechts fällt, gilt dies nicht für die Wahl des Fortpflanzungspartners. Hier ist zu differenzieren. Der Wunschelternteil, der sich genetisch fortpflanzt, wird durch die nur unter erschwerten Bedingungen einschränkbare Privatsphäre geschützt. Der Gametenspender kann sich nur auf den geringeren Schutz der Sozialsphäre berufen.

3. Umfang des Rechts auf Fortpflanzung: das Recht auf Einräumung einer Elternstellung

a) Recht auf Einräumung einer Elternstellung aus dem Allgemeinen Persönlichkeitsrecht

Nachdem nun die verfassungsrechtliche Grundlage des Rechts auf Fortpflanzung geklärt ist, fragt sich, welche Ansprüche es im einzelnen umfasst. Von Bedeutung ist hier insbesondere die Frage, ob lediglich die reine Fortpflanzungsentscheidung geschützt ist oder ob daneben auch ein Anspruch auf Einräumung einer Elternstellung besteht.

Betrachtet man die Gründe, aus denen man sich fortpflanzen will, so spricht einiges dafür, auch einen Anspruch auf eine Elternstellung aus dem Recht auf Fortpflanzung zu folgern. Durch die bewusste Fortpflanzung wollen die Eltern zum einen ihre Gene weitergeben, zum anderen möchten sie ihr Kind sehen und erleben, wie es sich entwickelt. Dabei wollen sie in der Regel am Leben des Kindes teilhaben, erzieherisch tätig werden und Erfahrungen, die sie selbst bereits gesammelt haben, an das Kind weitergeben. Natürlich gibt es auch Fälle, in denen sich die Erzeuger nicht für ihr Kind interessieren und es ihnen unter Umständen tatsächlich nur um den Akt

der Fortpflanzung und die Weitergabe des genetischen Materials geht. In der Mehrzahl der Fälle jedoch genügt es den sich Fortpflanzenden nicht, zu wissen, dass ihre Gene weiterleben, sie wollen auch sehen, wie sich ihre Kinder entwickeln und Einfluss auf diese Entwicklung nehmen.

Nun ist das allgemeine Persönlichkeitsrecht als Grundlage des Rechts auf Fortpflanzung ein Abwehrrecht und kein Leistungsrecht. So hat auch das Bundesverfassungsgericht im Zusammenhang mit dem Recht des Kindes auf Kenntnis seiner eigenen Abstammung entschieden, dass Art. 2 Abs. 1 iVm Art. 1 Abs. 1 GG keinen Anspruch auf Verschaffung von Kenntnissen über die eigene Abstammung gibt, sondern nur vor der Vorenthaltung erlangbarer Informationen schützt⁸². Ein Anspruch auf Einräumung einer Elternstellung kann demnach jedenfalls allein aus dem Recht auf Fortpflanzung nicht begründet werden⁸³. Möglich wäre jedoch die Konstruktion eines Rechts auf Kenntnis der eigenen Abkömmlinge als Teil des Persönlichkeitsrechts. Denn für die Selbstbestimmung eines Menschen kann das Wissen, ob und in welchem Kinde er fortlebt, von großer Relevanz sein⁸⁴. Für den Gesetzgeber würde ein solches Recht bedeuten, dass er entweder die Möglichkeit einer isolierten Abstammungsfeststellungsklage⁸⁵ schaffen muss oder aber dem genetischen Elternteil ermöglichen muss, seine rechtliche Vaterschaft feststellen zu lassen.

Ob das Interesse an der Kenntnis der eigenen Abkömmlinge vergleichbar ist mit dem Interesse an der eigenen Abstammung sei dahingestellt. Für die betrachteten künstlichen Fortpflanzungsmethoden spielt ein Recht auf Kenntnis der eigenen Abkömmlinge aber ohnehin kaum eine Rolle, da die abstammungsrechtlichen Verhältnisse in aller Regel geklärt sind, und die Gametenspender durch die Spende auf ihr Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung verzichtet haben. Auch wird sich sogleich zeigen, dass es im Interesse des Kindeswohls gerechtfertigt sein kann, in gewissen Fällen dem genetischen Elternteil nicht die Möglichkeit zu geben, die rechtliche Elternstellung zu erhalten.

b) Recht auf Einräumung einer Elternstellung aus Art. 6 Abs. 2 GG

In der Literatur wurde die Diskussion um ein Recht der genetischen Eltern auf Einräumung einer rechtlichen Elternstellung im Rahmen von Art. 6 Abs. 1, Abs. 2 GG geführt⁸⁶. Die Beantwortung dieser Frage hängt davon ab, wie man den Begriff der

⁸² BVerfG, FuR 1994, 230, 230; BVerfGE 79, 256, 268f

⁸³ aA, aber ohne Begründung Mansees, FamRZ 1986, 756, 757.

⁸⁴ Vgl z.B. Fleisch, Verfassungsrechtliche Stellung, 112.

⁸⁵ Zu dieser Problematik s.u. 6.Teil C.I.1.b)bb).

⁸⁶ So auch die Autoren, die bereits oben das Recht auf Fortpflanzung aus Art. 6 I GG folgern, außerdem Koppernock, Recht auf bioethische Selbstbestimmung, 142ff, der jedoch klarstellt, dass sich die Fortpflanzungs- und Familiengründungsfreiheit kaum voneinander trennen lassen; auch Holzauer, FamRZ 1982, 109, 111ff; nicht verwechselt werden darf dieses Problem mit der momentan heftig diskutierten Frage der Verfassungsmäßigkeit des § 1626 a BGB (s. hierzu BGH, FuR 2001, 357; AG Groß-Gerau, FamRZ 2000, 631; AG Korbach, FamRZ 2000, 629; Schumann, FuR 2002, 59; dies.: FamRZ 2000, 389, 394; Lipp/ Wagenitz, Kindschaftsrecht, 235f; Lipp, FamRZ 1998, 65, 70; Rauscher, FamRZ 2000, 329, 335; Finger, FamRZ 2000, 1204, 1206f; ders.: ZfJ 2000, 183, 188; Staudinger/ Coester, BGB, § 1672, Rn 9f). Für die hier zu entscheidenden Frage, ob ein Recht auf Einräumung einer Elternstellung besteht, kann diese Entscheidung über die Verfassungsmäßigkeit des § 1626 a BGB jedoch keine unmittelbare Relevanz haben. Man könnte sie höchstens als Indiz werten.

„Eltern“ in Art. 6 Abs. 2 GG definiert. Schon bevor es die durch die künstlichen Fortpflanzungsmethoden aufgeworfenen Probleme gab, war diese Definition vor allem in Hinblick auf die Stellung des Vaters eines nichtehelichen Kindes umstritten. In der Literatur sind diesbezüglich im Wesentlichen drei unterschiedliche Auffassungen auszumachen.

Nach Ansicht von *Maunz* ist der Begriff der Eltern aus den einfachen Gesetzen heraus zu verstehen und dementsprechend aus der gesamten Rechtsordnung heraus auszulegen⁸⁷. Dementsprechend obliegt es allein dem einfachen Gesetzgeber, ob er die Elternstellung anhand biologischer Faktoren bestimmt oder andere Kriterien mit einbezieht.

Die Gegenansicht verfolgt einen biologisch-genetischen Elternbegriff. Zumindest im Grundsatz soll der Begriff der Eltern in Art. 6 Abs. 2 GG auf die biologische Abstammung zurückzuführen sein⁸⁸. Gestehe man dem Erzeuger ein Recht auf Vaterstellung zu, sei auch der Auftrag des Art. 6 Abs. 2 GG, jedem Kind zwei rechtlich als Eltern anerkannte Elternteile zuzuordnen, erfüllt⁸⁹.

Eine dritte Ansicht will den Elternstatus nur davon abhängen lassen, inwieweit bei der betroffenen Person die Bereitschaft vorhanden ist, Elternverantwortung zu übernehmen bzw. inwieweit die Einräumung der Elternstellung dem Kindeswohl entspricht⁹⁰. Nach dieser Ansicht gehört Art. 6 GG zu den Grundrechten, die die „soziale Lebensordnung“ betreffen⁹¹. Gegenstand dieser Vorschrift seien Ehe, Familie und Elternschaft als soziale Erscheinung, keinesfalls aber biologische Faktoren⁹².

Heute nicht mehr vertreten wird die Ansicht, die Elternschaft allein aus dem Begriff der Ehelichkeit zu entwickeln. Folge dieser Auffassung wäre, dass sich auch die nichteheliche Mutter nicht auf den Schutz des Art. 6 Abs. 2 GG berufen könnte⁹³.

Auch das Bundesverfassungsgericht hat sich bereits in mehreren Entscheidungen mit dem Elternrecht bzw. der Elternverantwortung des Art. 6 Abs. 2 GG beschäftigt. Dabei geht es vom Regelfall aus, „in dem das Kind mit seinen durch die Ehe verbundenen Eltern in einer Familiengemeinschaft aufwächst“⁹⁴, lässt aber auch Raum für Abweichungen von diesem Normalfall. So wurde das Recht aus Art. 6

⁸⁷ Maunz / Dürig / Maunz, GG, Art. 6 Rn 25.

⁸⁸ So ausdrücklich BK/ Jestaedt, GG, Art. 6 Abs. 2 u. 3, Rn 78 („Eltern im Sinne des Grundgesetzes [sind] jene, von denen das Kind leiblich abstammt“) m.w.N.; v. Münch/ Kunig/ Coster-Waltjen, GG, Art. 6, Rn 71; Schumann, FamRZ 2000, 389, 390; Coester, JZ 1992, 809, 810; ders. FamRZ 1995, 1245, 1246; Krüger, Nichteeliche Kinder, 341, 342; Holzhauser, FamRZ 1982, 109, 111; Fleisch, Verfassungsrechtliche Stellung, 112 ff; Hahnzog, FamRZ 1971, 334, 335 ff; Münch/ Schmitt-Kammler, GG, Art. 6 Rn 46, 49 („biologische Elternschaft als sich anbietender Anknüpfungspunkt“); Dreier/ Gröschner, GG, Art. 6 Rn 73 („familiäre Verantwortung primär mit Ehe und Blutsverwandtschaft begründet“, einschränkend aber Rn 67: „biologisch-psychologisch-sozialen Durchschnittsbefund“); v. Mangoldt/ Klein/ Robbers, GG, Art. 6 Abs. 2 Rn 166 (Abstellen „primär auf den natürlichen Zusammenhang“); E.M. v.Münch, HdbVerfR, § 9 Rn 28 (Ausschluss des wirklichen Vaters von der Ehelich „verfassungsrechtlich bedenklich“);

⁸⁹ Fleisch, Verfassungsrechtliche Stellung, 113.

⁹⁰ Deichfuß, Abstammungsrecht und Biologie, 166; wenig weitreichend Rüfner, FamRZ 1963, 153, 156 f; Zacher, HStR VI, § 134 Rn 56, 62.

⁹¹ Deichfuß, Abstammungsrecht und Biologie, 166.

⁹² Deichfuß, Abstammungsrecht und Biologie, 166; Dölle, FamR I, § 2 II.

⁹³ So noch Hansmann, FamRZ 1962, 452, 454.

⁹⁴ BVerfGE 56, 363, 382; E61, 358, 372; E84, 168, 179; E92, 158, 177.

Abs. 2 S.1 GG bei Kindern nicht miteinander verheirateter Eltern zunächst jedenfalls der Mutter zuerkannt⁹⁵, ebenso den Adoptiveltern⁹⁶ und dem zum Vormund des Enkels ernannten Großeltern⁹⁷, nicht aber den Großeltern als solchen⁹⁸, den Pflegeeltern⁹⁹ und dem Vormund¹⁰⁰.

Hinsichtlich des Vaters eines nichtehelichen Kindes hat das Gericht zunächst entschieden, dass diesem jedenfalls dann das Grundrecht aus Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG zustehe, wenn er mit Mutter und Kind zusammen lebt und die Erziehungsverantwortung auch tatsächlich wahrnimmt¹⁰¹. Nunmehr hat das Bundesverfassungsgericht die Beschränkung aufgegeben und anerkannt, dass das Grundrecht aus Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG allen leiblichen Eltern zusteht¹⁰². Im Kernbereich schütze Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG den Vater gegen den wider seinen Willen erfolgten Verlust der rechtlich anerkannten Vaterschaft¹⁰³. Allerdings hat das Gericht offen gelassen, ob das Grundrecht die genetischen Eltern auch dann schützt, wenn sie bürgerlich-rechtlich nicht als Eltern gelten. Auch komme dem Gesetzgeber ein Spielraum hinsichtlich der Feststellung der Elternschaft zu. Schon früher hat das Bundesverfassungsgericht entschieden, dass es nicht von Verfassungs wegen geboten sei, das Vater-Kind-Verhältnis entsprechend der natürlichen Abstammung zu regeln, „soweit die leibliche Abstammung des Kindes vom Ehemann der Mutter als Regelfall anerkannt bleibe“¹⁰⁴. Auch der Bundesgerichtshof hat im Jahre 1981 die Klage eines nichtehelichen Vaters auf Feststellung seiner Vaterschaft vor Anfechtung der Ehelichkeit des Kindes abgewiesen¹⁰⁵ und diese Rechtsprechung in einer neueren Entscheidung bestätigt¹⁰⁶.

Im Urteil über das Elternrecht des leiblichen Vaters stützt sich das Verfassungsgericht auf „Wortlaut und Gehalt“ des Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG. Der Wortlaut der Norm bietet mit den Formulierungen „natürliches Recht“ und „Eltern“ zwei Ansatzpunkte der Interpretation.

⁹⁵ BVerfGE 8, 210, 215; BVerfGE 24, 119, 135; BVerfGE 25, 167, 196; BVerfGE 56, 363

⁹⁶ BVerfGE 24, 119, 142.

⁹⁷ BVerfGE 34, 165, 200.

⁹⁸ BVerfGE 19, 323, 329.

⁹⁹ BVerfGE 79, 51, 60.

¹⁰⁰ BVerfGE 10, 302, 328.

¹⁰¹ BVerfGE 31, 194, 205; BVerfGE 45, 104, 123; BVerfGE 56, 363, 382ff; BVerfGE 84, 168, 182.

¹⁰² BVerfGE 92, 158, 178: vgl. hierzu: Salgo, NJW 1995, 2129ff; Coester, FamRZ 1995, 1245; in diesem Zusammenhang ist die Neuregelung des § 1626a BGB sehr problematisch; dessen Verfassungsmäßigkeit wird momentan stark diskutiert, s. hierzu BGH, FuR 2001, 357; AG Groß-Gerau, FamRZ 2000, 631; AG Korbach, FamRZ 2000, 629; Schumann, FuR 2002, 59; dies.: FamRZ 2000, 389, 394; Lipp/Wagenitz, Kindschaftsrecht, 235f; Lipp, FamRZ 1998, 65, 70; Rauscher, FamRZ 2000, 329, 335; Finger, FamRZ 2000, 1204, 1206f; ders.: ZfJ 2000, 183, 188; Staudinger/Coester, § 1672 BGB, Rn 9f. Nach § 1626 a BGB kann die Mutter eines nichtehelichen Kindes die gemeinsame Sorge mit dem Vater verhindern, wenn sie keine entsprechende Erklärung abgibt. Die Frage der Verfassungsmäßigkeit des § 1626 a BGB wurde dem BVerfG bereits vorgelegt, auch liegen einige Verfassungsbeschwerden zu diesem Thema vor.

¹⁰³ BVerfGE 92, 158, 173 zur Adoption durch die Mutter und deren Ehemann.

¹⁰⁴ BVerfGE 79, 256, 267.

¹⁰⁵ BGHZ 80, 218; vgl. auch BGH, FamRZ 1982, 692, wo die notwendige Beiladung eines nichtehelichen Vaters im Adoptionsprozess verneint wurde; eine Anfechtung ist dem genetischen Vater jedoch ebenfalls gesetzlich versagt (vgl. hierzu Beitzke, Müller-Freienfels-FS, 31, 51ff mwN).

¹⁰⁶ BGH, NJW 1999, 1632, 1633.

Die Bezeichnung des Erziehungsrechts als „natürliches“ Recht der Eltern wurde in der Vergangenheit teilweise als ein Verweis auf das Naturrecht angesehen¹⁰⁷. Selbst dann sollte aber das Naturrecht nicht als geltendes Recht anerkannt werden, sondern durch das Grundgesetz als positivrechtliches, der staatlichen Rechtsordnung zugehöriges Recht ausgestaltet werden¹⁰⁸.

Überwiegend wurde aber jede naturrechtliche Interpretation des Art. 6 GG abgelehnt. Das Bundesverfassungsgericht sieht das Elternrecht zwar nicht als vom Staat verliehen an, sondern als von diesem als vorgefundenes Recht anerkannt¹⁰⁹, meint damit aber nichts anderes als die Anerkennung gesellschaftlicher Freiheit¹¹⁰ und den Bezug zur lebensweltlichen Struktur¹¹¹. Eine Orientierung am Naturrecht kommt schon aufgrund der Vielfalt der Naturrechtslehren nicht in Betracht¹¹². Auch entspricht eine Naturrechtsinterpretation nicht dem Leitbild des Grundgesetzes, dem Individuum einen seiner Weltanschauung entsprechenden Freiraum einzuräumen, ohne durch naturrechtliche Leitbilder bestimmter Prägung gebunden zu sein¹¹³.

Selbst wenn man naturrechtliche Bezüge berücksichtigen will, stellt dies kaum eine Hilfe für die Beantwortung der hier gestellten Frage dar. Ist schon die in der Literatur ausführlich diskutierte Frage der Elternschaft des Vaters eines nichtehelichen Kindes aufgrund der fundamental veränderten Lebenswirklichkeit kaum mehr sinnvoll mit überkommenen Naturrechtsvorstellungen zu behandeln, liegt der Rekurs auf naturrechtliche Vorstellungen im Zusammenhang mit der Elternschaft bei künstlich gezeugten Kinder schon begrifflich fern.

Wenig aufschlussreich ist auch die Analyse des Begriffs „Eltern“. Nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts umfasst der Begriff nach allgemeinem Sprachgebrauch auch die leiblichen Eltern des nichtehelichen Kindes¹¹⁴. Die Berücksichtigung des allgemeinen Sprachgebrauchs wirkt aber insoweit willkürlich, als die heute ganz herrschende Meinung auch „Scheinväter“, also die Väter, die rechtlich wie Väter behandelt werden, ohne „wirklich“ die Väter zu sein, unter den Schutz von Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG stellt¹¹⁵. Hinzu kommt, dass die Fortpflanzung mit künstlichen Methoden vergleichsweise neu und selten ist und sich dementsprechend ein allgemeiner Sprachgebrauch hinsichtlich der Eltern künstlich gezeugter Kinder bisher nicht gebildet hat. Nun kann aber darin sicherlich kein Grund gesehen werden, den Beteiligten den verfassungsrechtlichen Schutz in diesem Bereich zu versagen.

Ebenso wie die Wortlautinterpretation lässt auch die historische Auslegung keine brauchbaren Schlüsse zu. So hat etwa die Ansicht im Parlamentarischen Rat, dem Vater eines nichtehelichen Kindes sollten keine Mitwirkungsrechte bei der Erziehung des Kindes eingeräumt werden, keinen Eingang in den Verfassungstext

¹⁰⁷ Maunz/ Dürig/ Maunz, GG, Art. 6, Rn. 22; Hansmann, FamRZ 1962, S. 452, 453.

¹⁰⁸ Maunz/ Dürig/ Maunz, GG, Art. 6, Rn. 22.

¹⁰⁹ BVerfGE 59, 360.

¹¹⁰ AK/ Richter, GG, Art. 6 Rn 34

¹¹¹ Dreier/ Gröschner, GG, Art. 6 Rn 67 u. Fn 228; Böckenförde, Elternrecht, 70.

¹¹² BVerfGE 10, 59, 81; Dreier/ Gröschner, GG, Art. 6, Rn 66.

¹¹³ Hahnzog, FamRZ 1971, 334, 335 f.

¹¹⁴ BVerfGE 92, 158, 177.

¹¹⁵ Vgl. nur BK/ Jestaedt, GG, Art. 6 Abs. 2 u. 3, Rn 75 mit umfangreichen Nachweisen; v.Münch/ Kunig/ Coester-Waltjen, GG, Art. 6, Rn 71.

gefunden¹¹⁶. Die heutigen Möglichkeiten der künstlichen Fortpflanzung waren zudem bei der Schaffung des Grundgesetzes noch nicht einmal absehbar.

Sind sowohl die Auslegung des Wortlauts als auch die historische Auslegung wenig für die Beantwortung der hier aufgeworfenen Frage geeignet, bleibt der Rückgriff auf die teleologische Interpretation.

Das Elterngrundrecht nimmt eine Sonderstellung im Grundrechtskatalog ein. Die verfassungsrechtliche Gewährleistung des Elternrechts gilt in erster Linie dem Schutz des Kindes¹¹⁷. Die Eltern handeln als „Freiheitsvermittler des Kindes“¹¹⁸, nehmen selbst keine Freiheit im Sinne ungebundener Selbstbestimmung wahr¹¹⁹. „Die primäre Entscheidungszuständigkeit der Eltern beruht auf der Erwägung, dass die Interessen des Kindes in aller Regel am besten von den Eltern wahrgenommen werden“¹²⁰. Sie haben „ihre Rechte uneigennützig und verantwortungsbewusst wahr zu nehmen“¹²¹. Dem Elternrecht korrespondiert die Elternpflicht, so dass das Bundesverfassungsgericht insgesamt bei Art. 6 Abs. 2 GG von der Elternverantwortung spricht¹²². Dem Gesetzgeber stehe es daher frei, bei der Ausgestaltung der Rechte und Pflichten beider Elternteile den unterschiedlichen tatsächlichen Verhältnissen Rechnung zu tragen. Dabei müsse berücksichtigt werden, dass die Wahrnehmung des Elternrechts am Kindeswohl ausgerichtet ist¹²³.

Nicht geklärt ist damit allerdings die Reichweite der Definitionsmacht des Gesetzgebers. In der Literatur ist darauf hingewiesen worden, dass auch bei Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG die grundsrechtsdogmatische Trennung zwischen personalem und sachlichem Schutzbereich zu beachten sei. Der personale Schutzbereich regelt, wer Grundrechtsträger ist, der sachliche bestimme die Reichweite des Schutzes¹²⁴. Dementsprechend ist es denkbar, dass sich die Definitionsmacht auf den sachlichen Schutzbereich beschränkt, sich die Elternstellung als solche aber jedenfalls aufgrund der biologischen Abstammung ergibt¹²⁵.

Dem Bundesverfassungsgericht wurde vorgeworfen, dass es diese dogmatische Trennung der Schutzbereiche missachte, wenn es anführe, dass es Aufgabe des Gesetzgebers sei zu bestimmen, wie die Vaterschaft oder die Mutterschaft festzustellen sei¹²⁶. Tatsächlich sind die Ausführungen des Gerichts an dieser Stelle nicht ganz klar. Zunächst stellt es fest, dass der leibliche Vater „*jedenfalls dann*“ auch Elternteil im Sinne des Grundgesetzes sei, wenn er nach den gesetzlichen Vorschriften als Vater feststehe. Dann wird weiter ausgeführt, dass die Einbeziehung „*aller*

¹¹⁶ BVerfGE 92, 158, 177 mit Quellennachweisen.

¹¹⁷ BVerfGE 61, 358, 371; so auch Coester, JZ 1992, 809, 810; ders.: FamRZ 1995, 1245, 1246.

¹¹⁸ BVerfGE 59, 360, 376.

¹¹⁹ BK/ Jestaedt, GG, Art. 6 Abs. 2 u. Abs. 3, Rn 28.

¹²⁰ BVerfGE 60, 79, 94; ähnlich BVerfGE 34, 165, 184; E 56, 363, 395; E 59, 360, 376; E 61, 358, 371; E 75, 201, 219.

¹²¹ BVerfGE 56, 363, 384; 84, 168, 180.

¹²² Grundlegend BVerfGE 24, 119, 143; danach E 56, 363, 382; E 57, 361, 383, E 61, 358, 372; E 66, 84, 96; E 68, 176, 190; E 72, 155, 172.

¹²³ BVerfGE 92, 158, 178.

¹²⁴ BK/ Jestaedt, GG, Art. 6 Abs. 2 u. 3, Rn 60, 72; Kemm, JZ 1995, 1112, 1113; vgl auch Fleisch, Verfassungsrechtliche Stellung, 27 f.

¹²⁵ So ausdrücklich BK/ Jestaedt, GG, Art. 6 Abs. 2 u. 3, Rn 78.

¹²⁶ Kemm, JZ 1995, 1112, 1113.

leiblicher Eltern in den Schutzbereich“ nicht bedeute, dass es dem Gesetzgeber nicht freistünde, die Feststellung der Vaterschaft oder Mutterschaft abweichend von der genetischen Abstammung zu regeln.

Diese Ausführungen lassen zwei unterschiedliche Interpretationen zu. Geht man davon aus, dass das Gericht der Auffassung ist, dass in den Schutzbereich nur einbezogen ist, wer auch einfachgesetzlich als Elternteil feststeht¹²⁷, dann verbleibt dem Gesetzgeber in der Tat auch die Definitionsmacht über den personalen Schutzbereich.

Die zweite Interpretation ist, dass das Gericht davon ausging, dass der personale Schutzbereich unabhängig von der einfachgesetzlichen Zuordnung ist, gleichzeitig aber feststellte, dass das Verfassungsrecht nicht gebiete, jedem, der sich auf den Schutz von Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG berufen kann, auch eine bürgerlich-rechtliche Elternstellung einzuräumen. Dann könnten auch die früheren Ausführungen des Gerichts, dass es nicht von Verfassungs wegen geboten sei, das Vater-Kind-Verhältnis entsprechend der natürlichen Abstammung zu regeln¹²⁸, als Hinweis auf den sachlichen Schutzzumfang und seine (immanenten) Schranken gedeutet werden.

Gegen diese Interpretation spricht jedoch der „jedenfalls“-Schluss in den Urteilsgründen. Andererseits stand der Fall, dass eine rechtliche Vaterschaft des leiblichen Vaters nicht besteht, aber auch nicht zur Entscheidung, so dass für das Gericht keine Veranlassung bestand, diese Konstellation zu berücksichtigen. Umso erstaunlicher ist es dann aber, dass sowohl der Leitsatz der Entscheidung als auch die sonstigen Ausführungen ohne Einschränkungen allgemein von den leiblichen Eltern handeln. Letztlich basieren auch die vom Gericht angeführten Argumente nicht auf dem Bestehen einer einfachgesetzlichen Vaterstellung. Entsprechend wurde in der Literatur diese Differenzierung des Gerichts teilweise unbeachtet gelassen¹²⁹.

Für eine generelle Einbeziehung der genetischen Eltern spricht auch, „dass diejenigen, die einem Kinde das Leben geben, von Natur aus bereit und berufen sind, die Verantwortung für seine Pflege und Erziehung zu übernehmen“¹³⁰. Dies mag in Einzelfällen unzutreffend sein. Dort steht es dem Gesetzgeber frei, den sachlichen Schutzbereich des Elternrechts entsprechend auszugestalten.

Die Einbeziehung der genetischen Eltern in den personalen Schutzbereich impliziert gewisse Beschränkungen bei der Ausformung des sachlichen Schutzbereichs. Wenn dem leiblichen Elternteil dennoch nicht die rechtliche Elternstellung zugewiesen wird, liegt die Begründung hierfür im Regelfall im Kindeswohl – etwa im aus Art. 6 Abs. 1 GG fließenden Recht des Kindes auf die Dauerhaftigkeit der Sozialbeziehung zu seiner Familie¹³¹ –, soll aber etwa auch dem

¹²⁷ So BGH, NJW 1999, 1632, 1633, ohne die Möglichkeit zu diskutieren, dass auch dem rechtlich nicht anerkannten Vater ein verfassungsmäßiges Recht zusteht.

¹²⁸ BVerfGE 79, 256, 267.

¹²⁹ Vgl. etwa Salgo, NJW 1995, 2129, 2130; Kemm, JZ 1995, 1112, 1113; BK/ Jestaedt, GG, Art. 6 Abs. 2 u. 3, Rn 73; kritisch gegenüber der Differenzierung Coester, FamRZ 1995, 1245, 1246; Helms, Biologische Abstammung, 107f.

¹³⁰ BVerfGE 24, 119, 150.

¹³¹ Fleisch, Verfassungsrechtliche Stellung, 115f.

Schutz der Ehe (Art. 6 Abs. 1 GG) dienen können¹³². Die Bedeutung der Einschränkung der Definitionsmacht des Gesetzgebers hinsichtlich des personalen Schutzbereichs besteht darin, dass er das Primat der Elternverantwortung der genetischen Eltern beachten muss. Sie sind geeignete Kandidaten für die Zuweisung der einfachgesetzlichen Elternrechte, solange sich keine dem Kindeswohl zuträglichere Lösung findet¹³³.

Es erscheint also vorzugswürdig, den Begriff der „Eltern“ im Sinne des Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG weit auszulegen, so dass von ihm alle genetischen Eltern erfasst werden¹³⁴. Dies bedeutet nicht, dass im Rahmen des personellen Schutzbereiches ausschließlich auf genetische Faktoren abgestellt werden muss. So lässt sich mit ähnlicher Begründung der Schutzbereich auch auf die gebärende Frau im Falle einer Eispende oder Ersatzmutterschaft erweitern. Diese hat zwar keinen genetischen, sehr wohl aber einen biologischen Bezug zu dem Kind¹³⁵. Mit dem Wortlaut ist durchaus vereinbar, mehr als zwei Personen als Eltern eines Kindes im Sinne des Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG anzusehen¹³⁶.

Nach Ansicht von *Fleisch* soll das „Recht auf Vaterrechtsstellung“ zudem aus dem Begriff der Familie des Art. 6 Abs. 1 GG folgen¹³⁷. Dieser Anspruch werde unterstützt durch einen Rückgriff auf die Menschenwürde des Art. 1 Abs. 1 GG. Art. 1 Abs. 1 GG als eine bei der Auslegung eines jeden Grundrechts zu beachtende objektivrechtliche Verfassungswertung spreche dafür, denjenigen Eigenschaften, die für das individuelle Sosein des Menschen von besonderer Relevanz seien, besondere rechtliche Beachtung zukommen zu lassen. Da die Frage der Vater- bzw. Erzeugerschaft von besonderer Bedeutung für das individuelle Sosein des einzelnen Vaters sei, stütze Art. 1 Abs. 1 GG als Verfassungswertung eine Auslegung des Art. 6 Abs. 1 GG, die eine Absicherung der rechtlichen Vätereigenschaft zur Folge habe¹³⁸.

Auch der BGH hat in einer jüngeren Entscheidung anerkannt, dass der Erzeuger eines Kindes ein berechtigtes Interesse daran haben kann, seine Vaterschaft nach außen bezeugen zu können und dass dieses Interesse zumindest eine Beziehung habe zu seinem verfassungsrechtlich geschützten Persönlichkeitsrecht¹³⁹. Auch in der neueren Literatur ist die Bedeutung der Elternstellung für die Persönlichkeit betont worden¹⁴⁰.

Nun kann das Persönlichkeitsrecht als Abwehrrecht nicht das Recht beinhalten, eine Rechtsposition gegenüber einem anderen Menschen zu begründen. Seine

¹³² Vgl. etwa Holzauer, FamRZ 1982, 109, 112; Fleisch, Verfassungsrechtliche Stellung, 115; BGH, NJW 1999, 1632, 1633.

¹³³ So auch Coester, JZ 1992, 809, 810.

¹³⁴ Ebenso im Ergebnis auch hinsichtlich künstlicher Fortpflanzungsmethoden BK/ Jestaedt, GG, Art. 6 Abs. 2 u. 3, Rn 78. Ansonsten fehlt es an ausdrücklichen Stellungnahmen in der Literatur über den Fall des leiblichen Vaters eines nichtehelichen Kindes hinaus.

¹³⁵ Vgl. etwa v. Mangoldt / Klein/ Robbers, GG, Art. 6 Abs. 2, Rn 175.

¹³⁶ Vgl. v.Münch/ Kunig/ Coester-Waltjen, GG, Art. 6, Rn 73; für Hansmann, FamRZ 1962, 452, 453 war dies ausgehend von seiner Naturrechtskonzeption noch „undenkbar“ (im Hinblick auf Adoptiveltern).

¹³⁷ Fleisch, Verfassungsrechtliche Stellung, 112.

¹³⁸ Fleisch, Verfassungsrechtliche Stellung, 113.

¹³⁹ BGH, NJW 1999, 1632, 1633.

¹⁴⁰ Vgl. etwa v.Münch/ Kunig/ Coester-Waltjen, GG, Art. 6, Rn 74f.

Ausstrahlungswirkung kann aber im Rahmen des Rechts aus Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG berücksichtigt werden. Jedoch wurde bereits festgestellt, dass die verfassungsrechtliche Gewährleistung des Elternrechts in erster Linie dem Schutz des Kindes gilt. Den Eltern wird die grundrechtlich geschützte Freiheit und damit Raum der Selbstverwirklichung nur gewährt, soweit diese Freiheit im Einklang steht mit dem Wohl des Kindes¹⁴¹. Es besteht also bei der Ausgestaltung des Erziehungsrechts kein Konflikt zwischen Kindeswohl und Reichweite des Elternrechts¹⁴². Gleiches muss auch für die Begründung der Elternrechte gelten, so dass es auch hier nicht um den Ausgleich von kollidierenden Verfassungsgütern geht¹⁴³, sondern vielmehr darum, die Voraussetzungen für einen Abwägungsprozess zu schaffen, in dem dem genetischen Elternteil die Möglichkeit gegeben wird, als Sachwalter des Kindesinteresses einbezogen zu werden. Der Anspruch auf Einräumung einer Elternstellung aus Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG kann also auch unter Berücksichtigung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts nur soweit gehen, als das Kindeswohl nicht tangiert ist und es keine Zuordnung gibt, die dem Kindeswohl eher entspricht.

Dabei steht Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG einer typisierten Abwägung des Gesetzgebers nicht entgegen, so dass es nicht per se gegen diese Grundrechtsnorm verstoßen muss, wenn dem leiblichen Elternteil schon die Möglichkeit der gerichtlichen Feststellung seiner Elternschaft i.S. des BGB nicht eröffnet wird¹⁴⁴. Denn auch wenn sich der personale Schutzbereich des Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG für die genetischen Eltern allein aus dem Verfassungsrecht ergibt, muss dies nicht bedeuten, dass der einfache Gesetzgeber gezwungen ist, die bürgerlich-rechtliche Elternstellung entsprechend zu begründen¹⁴⁵. Vielmehr lässt sich die einfachgesetzliche Elternstellung auch als Teil des sachlichen Schutzbereiches begreifen, den der Gesetzgeber unter Berücksichtigung der Position der Eltern i.S. des personalen Schutzbereichs einerseits und dem Kindeswohl bzw. anderen Verfassungsgütern andererseits ausgestalten kann. Gesteht man dem genetischen Elternteil ein Recht auf gerichtliche Klärung der Elternschaft und der Elternrechte in jedem Fall zu, hat dies natürlich den Vorteil, dass auch die für das Kindeswohl relevanten Umstände des Einzelfalls berücksichtigt werden können¹⁴⁶. Andererseits kann gerade in der Geltendmachung dieser Rechte allein auf Veranlassung des genetischen Elternteils eine Gefährdung für das Kindeswohl oder die Ehe zu sehen sein, indem es Mutter, Kind und möglichen Scheinvater einem Rechtsstreit in einer solchen intimen Angelegenheit aussetzt. Unter diesem Gesichtspunkt erscheint es sinnvoll, dem Gesetzgeber einen Einschätzungsspielraum

¹⁴¹ BK / Jestaedt, GG, Art. 6 Abs. 2 u. 3, Rn 39; Zacher, HStR VI, § 134, Rn 83.

¹⁴² Ausführlich Jeand'Heur, Verfassungsrechtliche Schutzgebote, 106; nicht überzeugend die Kritik hieran von Dreier/ Gröschner, GG, Art. 6, Rn 72. In Kauf genommen wird durch die Einschätzungsprärogative der Eltern allerdings, dass einzelne Entscheidungen zu Nachteilen für das Kind führen, die ihm Rahmen einer nach objektiv-optimalen Kriterien betriebenen Erziehung hätten vermieden können, aber noch nicht die Gefahr für die Kindesentwicklung oder das Kindeswohl darstellen, vgl. BK/ Jestaedt, GG, Art. 6 Abs. 2 u. 3, Rn 42; siehe auch BVerfGE 34, 165, 184.

¹⁴³ So aber Schumann, FamRZ 2000, 389, 391, die im durch Art. 6 II 1 GG gestützten Interesse des leiblichen Vaters eines nichtehelichen Kindes an der Anfechtung der rechtlichen Vaterschaft des Ehemanns der Mutter ein mit dem Kindeswohl möglicherweise kollidierendes Verfassungsgut sieht.

¹⁴⁴ aA wohl Fleisch, Verfassungsrechtliche Stellung, 113.

¹⁴⁵ So aber Coester, FamRZ 1995, 1245, 1246.

¹⁴⁶ BK/ Jestaedt, GG, Art. 6 Abs. 2 u. 3, Rn 74.

bei der Frage einzuräumen, wann eine typisierte Abwägung und damit eine Einschränkung der Möglichkeit der gerichtlichen Feststellung der Elternschaft vorzunehmen ist und wann die Möglichkeit der Geltendmachung der vermeintlichen Elternrechte des genetischen Elternteils dem Kindeswohl eher entspricht. Dort wo die Grenzen des Spielraums überschritten sind – etwa weil die Typisierung unangemessen grob ausgefallen ist – , steht es dem genetischen Elternteil zu, die Verletzung seines Rechts auf Einräumung einer Elternstellung geltend zu machen¹⁴⁷.

4. Fazit

Das Recht auf Fortpflanzung lässt sich also aus dem Allgemeinen Persönlichkeitsrecht folgern. Besonders beachtet werden muss dabei der Schutz der Menschenwürde des Art. 1 GG, da der Wunsch, sich fortzupflanzen, zu dem gehört, was den Menschen als solchen ausmacht. Auch den besonders engen Zusammenhang zum Schutzrecht der Familie aus Art. 6 Abs. 1 GG muss man dabei stets im Auge behalten.

Grundsätzlich greift dieses Recht auch im Zusammenhang mit künstlichen Fortpflanzungsmethoden. Hier ist allerdings zu differenzieren. So findet das Recht auf Fortpflanzung uneingeschränkte Anwendbarkeit im Falle der homologen Insemination. Auch in den Fällen, in denen Dritte in den Fortpflanzungsvorgang miteinbezogen werden, also bei der heterologen Insemination und der Eispende, spricht nichts dagegen, dass sich derjenige Partner, der sich tatsächlich fortpflanzt, auch auf das Recht auf Fortpflanzung berufen kann. Lediglich in Fällen, in denen keiner der Wunscheltern mit dem Kind genetisch verwandt ist, bleibt ihnen die Berufung auf ein Recht auf Fortpflanzung verwehrt. Auch dem Gametenspender steht ein Recht auf Fortpflanzung zu.

Bei den Schranken des Rechts auf Fortpflanzung ist zwischen der absolut geschützten Entscheidung über das „Ob“ und der lediglich dem Schutz der Privatsphäre oder Sozialsphäre unterfallenden Schutz der Wahl des Fortpflanzungspartners zu unterscheiden.

Umfänglich beinhaltet das Recht auf Fortpflanzung grundsätzlich auch das Recht auf Einräumung einer Elternstellung der genetischen Eltern. Allerdings hat der Gesetzgeber eine Einschätzungsprärogative bei der einfachgesetzlichen Gestaltung dieses Rechts, wenn es darum geht, das Kindeswohl zu beachten und zu schützen.

II. USA

Auch bei der Prüfung der Rechtslage in den USA stellt sich zunächst die Frage, aus welchen Normen der Verfassung das Recht auf Fortpflanzung grundsätzlich gefolgert wird. Danach muss auf seine Anwendbarkeit auch auf Fälle der künstlichen Fortpflanzung, seine Einschränkbarkeit sowie seinen Umfang eingegangen werden.

¹⁴⁷ i.E. ebenso für den leiblichen Vater v.Münch/ Kunig/ Coester-Waltjen, GG, Art. 6, Rn 75; Coester, DEuFamR 1999, 3, 6; Schwenger, Gutachten, A36; Schumann, FamRZ 2000, 389, 391; allgemein auch BK/ Jestaedt, GG, Art. 6 Abs. 2 u. 3, Rn 73.

1. Grundlagen des Rechts auf Fortpflanzung

Das Recht auf Fortpflanzung ist in der Verfassung nicht ausdrücklich genannt. Es wird als Ausfluss des Rechts auf Privatsphäre angesehen.

a) Recht auf Privatsphäre

Das Recht auf Privatsphäre, das seine Parallele im deutschen Persönlichkeitsrecht findet, ist in der Verfassung nicht ausdrücklich aufgeführt. Die Gerichte haben jedoch im Laufe der Jahre eine umfassende Rechtsprechung dazu entwickelt. So soll es einen schützenden Mantel vor staatlichen Einmischungen um gewisse intime Beziehungen legen¹⁴⁸. Nach Ansicht des *Supreme Court* gibt es zwei Aspekte der Privatsphäre. Zum einen das Recht des einzelnen festzulegen, wie viel und welche Informationen über ihn offenbart werden sollen. Zum anderen umfasst es das Recht des einzelnen, gewisse Dinge zu tun oder nicht zu tun, gewisse Erfahrungen zu sammeln oder nicht¹⁴⁹.

In der Literatur wird als wesentlich für die Privatsphäre angesehen, dass bestimmte Entscheidungen, die zentral für die persönliche Identität eines Individuums sind, von staatlichen Einmischungen abgeschirmt werden¹⁵⁰. Die Privatsphäre wird als ein Beziehungsrecht angesehen, das einen Schutz für die Bildung und Aufrechterhaltung bestimmter persönlicher Beziehungen vor staatlicher Einmischung gewährleistet¹⁵¹. Teilweise wird an den Entscheidungen des *Supreme Court* kritisiert, dass er dadurch, dass er sich einer Definition des Begriffs Privatsphäre enthält, stets die Aktivitäten schützen könne, die den Richtern schützenswert erscheinen, nicht jedoch diejenigen, für die sie wenig Sympathie hegen¹⁵².

Auch wenn in der Verfassung eine ausdrückliche Normierung fehlt, so existieren doch die *Amendments*¹⁵³, die einen bestimmten Ausschnitt der Privatsphäre schützen. So wird im vierten *Amendment* das Recht der Bürger, vor grundlosen Durchsuchungen und Festnahmen geschützt zu sein, normiert. Hier wird also ausdrücklich die Privatsphäre der Person, ihrer Wohnung und Besitztümer geschützt, allerdings nur bezüglich möglicher Durchsuchungen. Das erste *Amendment* garantiert die Redefreiheit und beinhaltet auch die Freiheit, Informationen zu erhalten¹⁵⁴. Im dritten *Amendment* ist das Verbot der Einquartierung von Soldaten in Privathäusern

¹⁴⁸ Rao, 45 UCLA L. Rev. (1998), 1077, 1078.

¹⁴⁹ *Whales v. Rose*, 429 U.S. 589, 598ff (1977); Fried, 77 Yale L.J. (1967), 475, 483ff.

¹⁵⁰ Rao, 45 UCLA L. Rev. (1998), 1077, 1102; Tribe, American Constitutional Law §§ 15-1 to -3, 1302ff; Craven, 1976 Duke L.J. 699, 702f; Reiman, 6 Phil. & Pub. Aff. (1976), 26, 38ff.

¹⁵¹ *Roberts v. United States Jaycees*, 468 U.S. 609, 618 (1984).

¹⁵² Bork, *The Tempting of America*, 99 bringt das Beispiel an, dass grundsätzlich unter ein Recht auf Privatsphäre auch das Recht fallen müsste, Drogen zu nehmen oder der Prostitution nachzugehen, so lange das alles in einem privaten Rahmen geschieht.

¹⁵³ Zusatzartikel zur Bundesverfassung. Die ersten 10 Amendments bilden die sogenannte Bill of Rights, vergleichbar mit den deutschen Grundrechten.

¹⁵⁴ Erstmals ausdrücklich so entschieden in *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965); bereits impliziert in *Meyer v. Nebraska*, 262 U.S. 390 (1923); *Pierce v. Society of Sisters*, 268 U.S. 510 (1925).

normiert. Das fünfte *Amendment* garantiert, dass niemand gezwungen wird, sich selbst zu beschuldigen.

Trotz dieses ausdrücklichen Schutzes von Teilaspekten der Privatsphäre, wurde das Recht auf Privatsphäre zunächst aus dem *14. Amendment* gefolgt¹⁵⁵. Dieses schreibt eines der Hauptprinzipien der Verfassung vor, nämlich das des ordentlichen Verfahrens (*due process*). Es erklärt, dass niemandem Leben, Freiheit und Besitz entzogen werden kann, ohne dass hierbei ein bestimmtes rechtsstaatliches Verfahren eingehalten wird. Zunächst und hauptsächlich ist dieser *due process* prozessual zu verstehen¹⁵⁶. So werden durch diese Klausel unabhängig vom Ergebnis Erfordernisse gehörigen staatlichen Verfahrens festgesetzt, wenn Regelungen der öffentlichen Gewalt in Leben, Freiheit oder Eigentum des einzelnen eingreifen¹⁵⁷.

In der ersten Entscheidung zur Interpretation des Freiheitsbegriffes des *14. Amendments* schrieb *Justice McReynolds*, dass Freiheit nicht nur die Freiheit vor körperlichen Einschränkungen beinhalte, sondern auch das Recht des einzelnen, Verträge zu schließen, jede der üblichen Beschäftigungen des Lebens aufzunehmen, wichtige Informationen zu erhalten, zu heiraten, sich ein Zuhause zu errichten und Kinder großzuziehen, seinen eigenen Gott anzubeten und allgemein die Vorzüge zu genießen, die bereits seit langem vom *common law* als wesentlich anerkannt waren für den „*pursuit of happiness*“ des einzelnen¹⁵⁸. Nach der Interpretation des *Supreme Court* beinhaltet die im *14. Amendment* genannte Freiheit also auch bestimmte fundamentale Rechte, die nicht eigenständig in der Verfassung aufgeführt sind. Nach seiner Ansicht werden dadurch solche Rechte geschützt, die tief in der Geschichte und Tradition des Staates verwurzelt und mit dem Konzept der Freiheit so verbunden sind, dass weder Freiheit noch Gerechtigkeit existieren würden, wenn sie geopfert würden¹⁵⁹.

Da mittlerweile eine fast 100-jährige Rechtsprechung zu dem Recht auf Privatsphäre existiert, wird heute seine grundsätzliche Existenz nicht mehr in Zweifel gezogen. Das *14. Amendment* wird jedoch nicht mehr als seine Grundlage herangezogen. Neuere Entscheidungen haben klargestellt, dass die darin genannten Freiheiten ausschließlich die in der *Bill of Rights* genannten sind¹⁶⁰. Über das *14. Amendment* soll lediglich die *Bill of Rights* in den einzelnen Staaten für anwendbar erklärt werden. Daher muss das Recht auf Privatsphäre in diesen ersten zehn *Amendments* gefunden werden, damit es dann über das *14. Amendment* auch auf die einzelnen Staaten angewendet werden kann. Es wird mittlerweile aus der Ausstrahlungswirkung des ersten, dritten, vierten, fünften und neunten *Amendments* gefolgt¹⁶¹. In diesen *Amendments* werden jeweils bestimmte staatliche

¹⁵⁵ Meyer v. Nebraska, 262 U.S. 390 (1923); Pierce v. Society of Sisters, 268 U.S. 510 (1925); New State Ice Company v. Liebmann, 285 U.S. 262 (1932); Boyd v. United States, (1886) 116 U.S. 616; Palko v. Connecticut, 302 U.S. 319, 325 (1937).

¹⁵⁶ Zur Ausprägung als *substantial due process* vgl. Brugger, Öffentliches Recht, 96ff; Morrison/ Neuborne, Fundamentals, 116f.

¹⁵⁷ Brugger, Öffentliches Recht, 96.

¹⁵⁸ Meyer v. Nebraska, 262 U.S. 390, 399 (1923).

¹⁵⁹ Palko v. Connecticut, 302 U.S. 319, 325 (1935); Bowers v. Hardwick, 478 U.S. 186, 191 (1986).

¹⁶⁰ Stanley v. Georgia, 394 U.S. 557 (1969); Griswold v. Connecticut, 381 U.S. (1965), 479.

¹⁶¹ Griswold v. Connecticut, 381 U.S. (1965), 479, 450 war die erste Entscheidung, die das Recht

Einmischungen in das Privatleben des Einzelnen verboten, und diese Rechte strahlen aus auf andere Elemente der Privatsphäre, die nicht ausdrücklich genannt sind. Einige Staaten haben das Recht auf Privatsphäre auch ausdrücklich in ihre Staatsverfassung aufgenommen¹⁶².

b) Recht auf Fortpflanzung als Ausfluss des Rechts auf Privatsphäre

Eine der vom Recht auf Privatsphäre geschützten persönlichen Beziehungen ist die Ehe und die Familie. In diesen Beziehungen soll der Einzelne frei von staatlichen Einmischungen bleiben¹⁶³. Es werden nur enge persönliche Bindungen geschützt, nicht hingegen Ansammlungen von nicht verwandten oder eng verbundene Individuen¹⁶⁴ oder Geschäftsverbindungen¹⁶⁵. Der meistzitierte Satz hierzu stammt aus der Entscheidung *Eisenstadt v. Baird*, als der *Supreme Court* äußerte: „Wenn das Recht auf Privatsphäre irgend etwas bedeutet, dann das Recht des einzelnen, verheiratet oder nicht, frei von ungewollten staatlichen Einmischungen in Angelegenheiten zu sein, die so fundamental sind wie die Entscheidung ein Kind zu zeugen oder zu gebären“¹⁶⁶.

In den sechziger und siebziger Jahren wurde das Recht auf Privatsphäre zunächst auf das Recht ausgeweitet, Verhütungsmittel zu benutzen und abzutreiben, also ein Recht, sich nicht fortzupflanzen, geschaffen. Diese Entscheidungen lösten eine Kontroverse aus. Gegner eines verfassungsrechtlich geschützten Rechts auf sexuelle Selbstbestimmung brachten vor, dass ein solches Recht in der Verfassung nicht genannt sei, und die Richter sich zu große Freiheiten nähmen, wenn sie ein solches Recht dennoch anerkannten¹⁶⁷. Es wurde zwar zugegeben, dass es ein Recht auf Privatsphäre in bestimmten geschützten Beziehungen gebe, dies seien jedoch nur die ausdrücklich in der Verfassung genannten¹⁶⁸. Diese Argumentation dürfte jedoch nicht erst bei dem Recht auf Fortpflanzung beginnen. Hiernach wäre das ganze Recht auf Privatsphäre, soweit es nicht ausdrücklich in den ersten zehn *Amendments* geschützt ist, abzulehnen, da es nicht ausdrücklich in der Verfassung genannt ist. Dem *Supreme Court* steht jedoch das Recht zu, die Verfassung zu interpretieren. So wurde zunächst der Begriff der „Freiheit“ im *14. Amendment* interpretiert und ein Recht auf Privatsphäre und Fortpflanzung daraus gefolgert, später wurde dieses als Ausfluss aus den *Amendments* gefolgert, in denen ein Teil der Privatsphäre ausdrücklich geschützt ist.

auf Privatsphäre ausdrücklich aus der Verfassung folgerte; *Katz v. United States*, 389 U.S. 347 (1967); *Stanley v. Georgia*, 394 U.S. 557 (1969); *Terry v. Ohio*, (1968) 392 U.S. 1.

¹⁶² Alaska Const. art. I, § 22; Cal. Const. art.I, § 11; Fla. Const. art.I, § 23; Montana Const. art.II, § 10.

¹⁶³ So wurde in *Zablocki v. Redhail*, 434 U.S. 374 (1978) zum Beispiel das Recht, zu heiraten, wen man will, als unter das Recht auf Privatsphäre fallend anerkannt; *Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1 (1967).

¹⁶⁴ *Village of Belle Terre v. Boraas*, 416 U.S. 1, 7ff (1974).

¹⁶⁵ *Roberts v. United States Jaycees*, 468 U.S. 609, 621 (1984).

¹⁶⁶ *Eisenstadt v. Baird*, 405 U.S. 438, 453 (1972).

¹⁶⁷ Widersprechende Meinungen in *Griswold v. Connecticut*: Justice Black aaO 507; Justice Stewart aaO 527ff; Bork, *The Tempting of America*, 246, 110ff; Justice Rehnquist & Justice White, die der Entscheidung *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1972) widersprachen.

¹⁶⁸ Bork, *The Tempting of America* 113, 120; Bork spricht sogar davon, dass es unrechtmäßig sei, ein solches Recht aus der Verfassung zu folgern, das nirgendwo im Wortlaut zu finden sei.

Auch wenn das Recht auf Fortpflanzung zunächst nur als „Recht, sich nicht fortzupflanzen“ interpretiert wurde, so sprechen die gleichen Gründe dafür, auch das positive Recht auf Fortpflanzung anzuerkennen¹⁶⁹. In einigen Entscheidungen wurde dieses aktive Recht auch ausdrücklich als von der Verfassung gewährleistet angesehen¹⁷⁰. Es solle auch keine spezielle Verantwortung beinhalten, soll also jedem und immer gewährleistet werden¹⁷¹. Allerdings handelt es sich hierbei lediglich um ein Freiheitsrecht, nicht etwa um ein Leistungsrecht. Es ist also nicht Aufgabe des Staates, die Fortpflanzung für jedermann so angenehm wie möglich zu gestalten¹⁷².

2. Anwendbarkeit des Rechts auf künstliche Fortpflanzungsmethoden

Der *Supreme Court* hat sich bisher noch nicht mit der Frage der Erweiterbarkeit des Rechts auf Fortpflanzung auch auf die künstlichen Fortpflanzungsmethoden beschäftigt. Das Gericht ist in der Regel zurückhaltend, das Recht auf Privatsphäre auf neue Beziehungen und Aktivitäten zu erweitern¹⁷³. Einige untere staatliche Gerichte¹⁷⁴ haben jedoch ausdrücklich oder indirekt entschieden, dass auch die Fortpflanzung mit Hilfe künstlicher Methoden unter das verfassungsrechtlich garantierte Recht fällt. Die bisherigen *Supreme Court* Entscheidungen sprechen nicht gegen eine solche Interpretation. Das Gericht hat stets in so weiter Formulierung von dem Recht auf Fortpflanzung gesprochen, dass man darunter auch die künstlichen Methoden subsumieren kann¹⁷⁵.

In der Literatur werden unterschiedliche Ansichten dazu vertreten. Wie auch im deutschen Recht könnte man daran denken, das Recht auf Fortpflanzung gar nicht auf die künstlichen Methoden zu erweitern¹⁷⁶. Andere Autoren bejahen ein solches Recht

¹⁶⁹ Erstmals anerkannt in *Skinner v. Oklahoma*, 316 U.S. 353 (1942), worin dieses Recht als eines der Basisrechte der Menschenrechte bezeichnet wurde, da Ehe und Fortpflanzung fundamental für die Existenz und das Überleben der menschlichen Rasse sind; weitere Entscheidungen hierzu: *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965); *Boddy v. Connecticut*, 401 U.S. 371 (1971); *Eisenstadt v. Baird*, 405 U.S. 438 (1972); *Carey v. Population Servs, Int'l*, 431 U.S. 678 (1977); *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973); *Bowers v. Hardwick*, 478 U.S. 186 (1986); *Planned Parenthood v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992); *Andrews/ Elster*, 21 J.Legal Med. (2000), 35, 39.

¹⁷⁰ In *Meyer v. Nebraska*, 262 U.S. 390 (1923) wird das Recht, zu heiraten und sich fortzupflanzen, als eines der Basismenschenrechte, das fundamental wichtig ist für das Überleben der Rasse, anerkannt; in *Stanley v. Illinois*, 405 U.S. 645 (1972) erklärte das Gericht, dass das Recht, Kinder zu zeugen und aufzuziehen, ein essentielles Menschenrecht ist; auch das Recht zu heiraten wurde ausdrücklich als ein fundamentales Recht festgestellt: *Zablocki v. Redhail*, 434 U.S. 374 (1978); *Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1 (1967).

¹⁷¹ *Fried, Right and Wrong*, 152f; *Robertson*, 52 Wash. & Lee L. Rev. (1995) 233; *Gilbert*, 22 Hofstra L. Rev. (1993), 521.

¹⁷² *Rao*, 45 UCLA L. Rev. (1998), 1077, 1079; *Kerr*, 3 DePaul J. Health Care L. (1999), 39, 70; *Robertson, Children of Choice* 29; in Deutschland: *Coester-Waltjen, Fortpflanzungsmedizin*, 158, 160; *Zumstein, Fortpflanzungsmedizin*, 134, 136.

¹⁷³ *Michael H. v. Gerald D.*, 491 U.S. 110, 123 (1989); *Bowers v. Hardwick*, 478 U.S. 186, 194f (1986); *San Antonio Indep. School District v. Rodriguez*, 411 U.S. 1, 33 (1973).

¹⁷⁴ *Lifchez v. Hartigan*, 735 F. Supp. 1361 (N.D. 1990); *In re Baby M.I.*, 525 A.2d, 1128, 1164 (N.J.1987); *Goodwin v. Turner*, 702 F. Supp. 1452 (Mo.1988); *Johnson v. Calvert*, 851 P.2d (Ca. 1993), 776; *Hecht v. Superior Court*, 20 Cal. Rptr. 2d (Ca. 1993), 275; *Davis v. Davis*, 842 S.W.2d, (Tenn. 1992), 588; *Cameron v. Board of Education*, 795 F.Supp. (Ohio 1991) 228, 237.

¹⁷⁵ *Robertson*, 59 S.Cal.L.Rev. (1986), 939, 958.

¹⁷⁶ *Holder*, 16 Law, Med. & Health Care (1988), 51, 53; *Annas*, 16 Law, Med & Health Care (1988), 27, 30.

lediglich bei homologer Fertilisation¹⁷⁷. Das Recht auf Fortpflanzung kann dieser Ansicht nach nicht darauf erweitert werden, Sperma, Eizellen, Embryos oder Ersatz- oder Leihmutterdienste zu kaufen (a). Andere erweitern das Recht auf Fortpflanzung auf alle künstlichen Methoden, in denen ein Wunschelternteil mit dem Kind genetisch verwandt ist¹⁷⁸. Denn wenn das Recht auf Fortpflanzung verfassungsrechtlich geschützt sei, dann müssten auch die Methoden, durch die ein Kind gezeugt wird, geschützt sein, gleichgültig ob dies auf natürliche oder künstliche Art und Weise geschieht (b)¹⁷⁹. Und letztlich ist auch hier wieder zu prüfen, ob auch die Methoden der künstlichen Fortpflanzung, bei denen keiner der Wunscheltern genetisch mit dem Kind verwandt ist, unter dem Schutz des Rechts auf Fortpflanzung stehen (c).

a) Recht auf Fortpflanzung im homologen System

Gegen eine Erweiterung des Rechts auf sämtliche künstliche Fortpflanzungsmethoden kann man eine Entscheidung heranziehen, in der der *Supreme Court* klar macht, dass das Recht nur für die traditionelle Kernfamilie gelten soll¹⁸⁰. Wenn also das Konzept der geschützten Familienbeziehungen geschichtlich nicht dazu gedacht war, die Vielfalt der neuen Arrangements zu umfassen, könnte das Konzept des Schutzes der Fortpflanzung auch nur die traditionelle, also sexuelle Fortpflanzung bedeuten, nicht solche mit technischen Mitteln¹⁸¹. Jedoch hieße dies, die Verfassung nur so weit auszulegen, als ihre Verfasser damals bereits denken konnten. Als die Verfassung geschaffen wurde, waren die neuen technischen Möglichkeiten, sich fortzupflanzen, noch nicht absehbar. Die Verfassung und die *Bill of Rights* sollen aber nicht so gelesen werden, dass sie lediglich die Technologie des 18. Jahrhunderts umfassen¹⁸². Außerdem ging es in der genannten Entscheidung darum, die Elternstellung eines nichtehelichen Vaters festzustellen. Ob dies überhaupt unter das Recht auf Fortpflanzung fällt, ist äußerst fraglich¹⁸³. Das Argument des Schutzes der traditionellen Kernfamilie vermag jedenfalls für das Recht auf Fortpflanzung als Entscheidung über die Fortpflanzung selbst nicht zu überzeugen.

Nun sind auch wieder die schon oben im deutschen Recht erörterten Argumente vorzubringen. Dies sind die Möglichkeit der Schädigung des Embryos, Gefahr von Erbkrankheiten und das Fehlen einer angemessenen familiären Umgebung für das

¹⁷⁷ Rao, 45 UCLA L. Rev. (1998), 1077, 1117; O'Brien, 65 N.C.L. Rev. (1986), 127, 152; Keller, 49 La. L. Rev. (1988), 143, 176; Hale, 24 J.Contemp.L. (1998), 335, 351; Nolan, 11 B.Y.U. Journal of Public Law (1997), 1, 16f; McCormick, 45 Loy.L.Rev. (1999), 268, 282.

¹⁷⁸ Robertson, Children of Choice 145; ders.: 59 Cal. L. Rev. (1986), 942; ders.: 69 Ind. L.J. (1994), 1027, 1029; Kerian, 12 Wis. Women's L.J. (1997), 113, 116f; Silvosio, 3 W.St.Univ.L.Rev. (1975), 48, 55f; Shanner, 40 McGill L.J. (1995), 823, 847; Hessenthaler, 21 N.C. Cent. L.J. (1995), 169, 175; Gordon, 6 St. Thomas L. Rev. (1993), 191, 200; Pitrolo, 19 Hous. J.Int'l L. (1996), 147, 202f; Behm, 2 DePaul J. Health Care Law (1999), 557, 565; Cucci, 72 St. John's L. Rev. (1998), 417, 428; Gilbert, 22 Hofstra L.Rev. (1993), 521, 536; Schultz, 22 Ohio N.U.L.Rev. (1995), 273, 277; Kerr, 3 De Paul J.Health Care L. (1999), 39, 75; Rae, Ethics 18; Daar, 25 Am. J.L.& Med. (1999), 455, 463; Antall, 9 Health Matrix (1999), 203, 226f.

¹⁷⁹ Kerekes, 31 Real Prop.Prob. & Tr.J. 213, 227 (1996); Mika/ Hurst, 79 Marq.L.Rev. 993, 1017 (1996).

¹⁸⁰ Michael H. v. Gerald D., 491 U.S. 110 (1989).

¹⁸¹ Chin, 8 Loy. Consumer L Rep. (1996), 190.

¹⁸² United States v. White, 401 U.S. 745, 756 (1970).

¹⁸³ S. dazu unten 4.Teil B. II.4.

Kind¹⁸⁴. Wie bereits oben unter B. I. 2. gezeigt wurde, sind diese Gründe aber nicht überzeugend. Grundsätzlich lässt sich also ein Recht auf künstliche Fortpflanzung unter das Recht auf Privatsphäre fassen.

b) Recht auf Fortpflanzung im homologen und heterologen System

Umstritten ist dann weiter, ob dies auch dann gilt, wenn Dritte in die Fortpflanzung miteinbezogen werden. So sei es moralisch nicht erwünscht, eine dritte Person in den Vorgang der Fortpflanzung miteinzubeziehen, da dadurch genetische und soziale Elternschaft getrennt würden¹⁸⁵. Zu der Verantwortung der Elternschaft soll hiernach auch eine genetische Beziehung zu dem Kind gehören. Diese Argumentation lässt sich einfach mit Hinweis auf den Adoptionsvorgang entkräften. Auch hier werden soziale und genetische Elternschaft getrennt und die Adoptiveltern erhalten dennoch die elterliche Verantwortung für das Kind, ohne dass dies als unmoralisch angesehen würde.

Allerdings sei wie auch im deutschen Recht ein Eingriff in die Rechte der dritten an der Fortpflanzung beteiligten Person denkbar¹⁸⁶. Das Recht auf Fortpflanzung der Wunscheltern konkurriere dann mit dem Recht des Samenspenders oder der Leihmutter, und dies könne zu Nachteilen für alle Beteiligten sowie für das Kind führen. Es bestehe vor allem die Gefahr der Ausbeutung der Leihmutter¹⁸⁷. Das Recht auf Fortpflanzung beinhalte demnach auch das Recht, dasselbe Recht einer dritten Person vertraglich zu zerstören¹⁸⁸. Vor allem solle das Recht auf Fortpflanzung nicht auf kommerzielle Vereinbarungen erweitert werden. Das Recht, sich mit Hilfe Dritter fortzupflanzen, sei dann kein persönliches mehr, sondern ein kommerzielles, und dafür sei es nie gedacht gewesen¹⁸⁹.

Diese Argumentation ist jedoch wie bereits gesagt¹⁹⁰ fragwürdig. Wenn sich der Spender der Situation bewusst ist, gibt er sein Recht auf Fortpflanzung freiwillig auf, indem er dennoch Gameten spendet¹⁹¹. Die Aufgabe verfassungsrechtlich geschützter Rechte ist auch in den USA in gewissen Grenzen möglich. Voraussetzung für eine rechtlich beachtliche Aufgabe von Rechten ist allerdings die Freiwilligkeit der Entscheidung. An diese Freiwilligkeit müssen hohe Anforderungen gestellt werden¹⁹². Eine Person kann ihre verfassungsrechtlichen Rechte nur aufgeben, wenn sie dies wissentlich, freiwillig und mit genügend Bewusstsein der relevanten Umstände und möglichen Konsequenzen tut¹⁹³. Der Begriff der informierten Einwilligung stammt aus

¹⁸⁴ Chin, 8 Loy Consumer L. Rep. (1996), 190, 221; Capron, 20 U.C. Davis L. Rev. (1987), 679, 693f.

¹⁸⁵ McCormick, 45 Loy.L.Rev. 269, 277 (1999); Cahill, 16 Law, Med. & Health Care 65 (1988).

¹⁸⁶ Rao, 45 UCLA L. Rev. (1998), 1077, 1117; O'Brien, 65 N.C.L. Rev. 127, 152 (1986); Keller, 49 La. L. Rev. 143, 176 (1988); Hale, 24 J.Contemp.L. (1998), 335, 351; Nolan, 11 B.Y.U. Journal of Public Law 1, 16f (1997); McCormick, 45 Loy.L.Rev. 268, 282 (1999).

¹⁸⁷ O'Brien, 65 NC L.Rev. 127, 152 (1986).

¹⁸⁸ Rao, 45 UCLA L. Rev. (1998), 1077, 1089.

¹⁸⁹ Hale, 24 J.Contemp.L. 335, 353 (1998); Nolan, 11 BYU J.Pub.L. 1, 17(1997); Rao, 45 UCLA L. Rev. (1998), 1077, 1115.

¹⁹⁰ S.o. zur Diskussion in Deutschland 4. Teil B.I.2.a).

¹⁹¹ Daar, 25 Am.J.L.& Med. 455, 463 (1999).

¹⁹² Johnson v. Zerbst, 304 U.S. 458, 464 (1938); Glasser v. U.S., 315 U.S. 60, 70 (1942).

¹⁹³ Johnson v. Zerbst, 304 U.S. 458 (1938); Brady v. U.S., 397 U.S.742, 748 (1970).

der Medizin. Die informierte Einwilligung wird in allen Staaten durch das Fallrecht vor jedem medizinischen Eingriff gefordert¹⁹⁴. Die rechtliche Doktrin fordert, dass der Arzt dem Patienten unter anderem die Art der erforderlichen Behandlung offenbart, ihre Risiken und Vorteile sowie mögliche Alternativen¹⁹⁵. Informierte Einwilligung als ethisches und rechtliches Konzept bedeutet daher, dass dem Betroffenen die möglichen Konsequenzen des Eingriffs aufgezeigt werden, er diese versteht und in Anbetracht dieser ihm bekannten Folgen eine Entscheidung trifft¹⁹⁶.

Falls ein Entgelt für die Hilfe bei der Fortpflanzung gezahlt wird, mag die Frage nach der freiwilligen Aufgabe der Rechte bedenklich sein. Selbst wenn den dritten beteiligten Parteien ein Entgelt gezahlt wird, wird allein dadurch das Recht auf Fortpflanzung aber nicht zu einem kommerziellen Recht. Die Wunscherfüller entscheiden immer noch persönlich, dass sie sich fortpflanzen wollen, haben jedoch keine andere Möglichkeit, als dies mit Hilfe Dritter zu tun. So würde man ihnen eine persönliche Entscheidung verweigern, lediglich weil sie nicht in der Lage sind, diese auch in der ehelichen Gemeinschaft durchzuführen.

Letztlich ist es diese Idee der Gleichbehandlung, die es nahe legt, auch im Falle der Beteiligung Dritter an der Fortpflanzung ein Recht auf Fortpflanzung anzuerkennen. Eine Ungleichbehandlung müsste durch eine wesentlich andere Ausgangssituation gerechtfertigt sein. Allerdings ist die Benutzung der neuen Fortpflanzungsmethoden nicht mehr und nicht weniger künstlich als die Benutzung von Verhütungsmitteln, die der *Supreme Court* als vom Recht auf Fortpflanzung geschützt anerkannt hat¹⁹⁷. Außerdem gibt es keine konkreten Anhaltspunkte dafür, dass Familien, die aus künstlicher Fortpflanzung hervorgehen, sich in ihren emotionalen Bindungen und Beziehungen zueinander wesentlich von solchen Familien unterscheiden, die durch natürliche Fortpflanzung oder Adoption entstehen¹⁹⁸. Die Werte und Interessen, auf denen der Schutz der natürlichen Fortpflanzung beruht, sind auch in allen Fällen der künstlichen Fortpflanzung präsent – das Paar will ein mit wenigstens einem der Partner genetisch verwandtes Kind zeugen und dieses großziehen¹⁹⁹. Der Zweck, der hinter den *Supreme Court* Entscheidungen bezüglich des Rechts auf Fortpflanzung stand, war, die Privatsphäre familiärer und ehelicher Entscheidungen zu schützen. Mit diesem Zweck kann ebenso gut in Fällen künstlicher Fortpflanzung durch unfruchtbare Paare argumentiert werden, da ihre innerfamiliären Entscheidungen ebensolchen Schutz verdienen²⁰⁰. Das Recht auf Fortpflanzung ist im Grundsatz ein Recht auf Autonomie in Fortpflanzungsentscheidungen. Diese Autonomie muss auch dem unfruchtbaren Paar zustehen, das keine andere Möglichkeit

¹⁹⁴ Andrews, *Reproductive Laws* 361, 368.

¹⁹⁵ Andrews, *Reproductive Laws* 361, 368; dies.: 5 *Journal of Legal Medicine* 163 (1984).

¹⁹⁶ Macklin, *Surrogate Motherhood*, 136, 143.

¹⁹⁷ Behm, 2 *DePaul J. Health Care Law* 557, 564 (1999); Kerian, 12 *Wis. Women's L.J.* 113, 121 (1997); Massie, 18 *Hastings Const. L.Q.* 487, 505 (1991).

¹⁹⁸ Garrison, 113 *Harv.L.Rev.* 835, 881 (2000).

¹⁹⁹ Robertson, 59 *S.Cal.L.Rev.* 939, 960 (1986); Antall, 9 *Health Matrix* (1999), 203, 226; Massie, 18 *Const. L.Q.* 487, 505 (1991).

²⁰⁰ Antall, 9 *Health Matrix* (1999), 203, 226.

hat, als sich durch künstliche Methoden fortzupflanzen²⁰¹. Die von der Verfassung geschützten Freiheitsinteressen ändern ihre Definition nicht, bloß weil einmal natürliche und einmal künstliche Techniken verwendet werden²⁰².

So lässt auch ein Blick auf Sec. 5 UPA (1973) den Schluss zu, dass der Gesetzgeber keine Bedenken hat, auch Dritte in den Fortpflanzungsvorgang mit einzubeziehen. Dort wird die Abstammung nach heterologer Insemination geregelt und genau dargelegt, welche Voraussetzungen erfüllt sein müssen, damit der Ehemann der rechtliche Vater des Kindes ist, und der Samenspender nicht in die Vaterrolle gedrängt wird. Hierdurch wird also künstliche Fortpflanzung unter Beteiligung Dritter akzeptiert und in ihren Folgen geregelt. Dies sollte nicht nur für Fälle der heterologen Insemination gelten, sondern auch für alle anderen Fälle der künstlichen Fortpflanzung, in der die Wunscheltern der Hilfe Dritter bedürfen²⁰³.

c) Recht auf Fortpflanzung, wenn keiner der Wunscheltern genetisch mit dem Kind verwandt ist

Wie auch in Deutschland findet das Recht auf Fortpflanzung dann seine Grenzen, wenn beide Wunscheltern nicht mit dem Kind verwandt sind, also in den Fällen der Embryonenspende und der Ersatzelternschaft. Auch hier fehlt jeder Ansatzpunkt für eine rechtliche Privilegierung der Wunscheltern. Zwar wurde den Wunscheltern in einem Fall der Ersatzelternschaft von einem kalifornischen Gericht die Elternschaft zugesprochen, dies wurde aber nicht mit einem allgemeinen Recht auf Fortpflanzung begründet²⁰⁴.

d) Fazit

Auch in den USA existiert also ein verfassungsmäßig garantiertes Recht auf Fortpflanzung, welches auch die künstlichen Fortpflanzungsmethoden erfasst. Dieses lässt sich aus dem Recht aus Privatsphäre, das im ersten, dritten, vierten, fünften und neunten *Amendment* verankert ist, folgern und auf die weitaus meisten Arten künstlicher Fortpflanzung erweitern. Nicht geschützt werden allerdings die Fälle, in denen keine genetische Verwandtschaft zwischen den Wunscheltern und dem Kind besteht.

3. Einschränkung des Rechts auf Fortpflanzung

Auch in den USA hat das Recht auf Fortpflanzung keine uneingeschränkte Gültigkeit. Eingriffe sind unter bestimmten Voraussetzungen rechtmäßig. Die Schranken der einzelnen Grundrechte sind in der Regel gar nicht oder nur ansatzweise

²⁰¹ Robertson, 69 Va.L.Rev. 405, 430 (1983); Russel, 27 J.Fam.L. 585, 612 (1988/ 89).

²⁰² Massie, 18 Const. L.Q. 487, 505 (1991).

²⁰³ Behm, 2 DePaul J. Health Care L. 557, 565 (1999); Kerian, 12 Wis. Women's L.J. 113, 122 (1997); Rae, Ethics 17.

²⁰⁴ In re Marriage of Buzzanca, 72 Cal. Rptr.2d 280 (Cal. 1998), zu einer genauen Diskussion s.u.6.Teil G.II.

im Gesetzeswortlaut selbst zu finden und haben sich statt dessen richterrechtlich herausgebildet²⁰⁵.

a) Richterlicher Prüfungsstandard bei Grundrechtseingriffen

Die Prüfung der Rechtfertigung eines Grundrechtseingriffs vollzieht sich nach unterschiedlichen Standards, je nachdem um welches Grundrecht es sich handelt. Zum einen wird der „*rational basis test*“ vorgenommen (aa), zum anderen der „*strict scrutiny test*“, welcher durch den „*intermediate level of scrutiny*“ Standard eingeschränkt wird (bb). Einzelne Richter fordern für jeden Eingriff einen „*sliding scales test*“ (cc).

aa) Rational basis Test

Der *rational basis test* wird dann angewendet, wenn unbenannte Freiheitsinteressen durch staatliche Maßnahmen eingeschränkt werden, die vom *Supreme Court* nicht als grundrechtsgleiche fundamentale Rechte angesehen werden, ebenso wie wenn im Bereich der Gleichheitsprüfung sogenannte „unverdächtige Klassifizierungen“ benutzt werden. Dieser Test stellt lediglich eine Willkürkontrolle dar. Eine staatliche Regelung ist bereits dann verfassungsgemäß, wenn sie zugunsten irgendeines legitimen öffentlichen Interesses vorgenommen wird und dieses Mittel möglicherweise zur Verwirklichung des Gemeinwohlinteresses taugt²⁰⁶.

bb) Strict Scrutiny Test

Der *strict scrutiny test* dagegen wird angewendet, wenn der Staat in spezifisch erwähnte oder vom *Supreme Court* entwickelte Grundrechte eingreift, oder wenn er im Gleichheitsbereich verdächtige Klassifizierungen, wie z.B. die Rasse benutzt. Nach diesem Test muss der Staat zur Rechtfertigung einer gesetzlichen Regelung ein wichtiges, drängendes öffentliches Interesse verwirklichen wollen, und das gewählte Mittel muss erforderlich und geeignet sein²⁰⁷.

Wendet man diesen strengen Test ohne Einschränkung an, kommt man zumeist zu einer Verfassungswidrigkeit der Regelung. Daher wird in den Fällen, in denen dieser Test benutzt wird, zusätzlich der *intermediate level of scrutiny* Standard verwendet. Nach diesem muss das zu verwirklichende öffentliche Interesse erheblich, aber nicht überragend wichtig sein. Außerdem muss das gewählte Mittel mehr als nur die Chance der Förderung des Gemeininteresses haben, ohne dass die Geeignetheit oder Erforderlichkeit streng geprüft wird²⁰⁸.

²⁰⁵ S. hierzu und zu den folgenden Ausführungen Brugger, Öffentliches Recht, 90ff.

²⁰⁶ Brugger, Öffentliches Recht, 102.

²⁰⁷ *City of Cleburne v. Cleburne Living Ctr.*, 473 U.S. (1995), 432, 440; *Carey v. Population Services Int'l*, 431 U.S. 678 (1977); *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973); *In re Baby M. II*, 537 A.2d 1227, 1254 (N.J. 1988).

²⁰⁸ Brugger, Öffentliches Recht, 102.

cc) Sliding Scales Test

Der *sliding scales test*, der teilweise vorgeschlagen wird, hat bis heute keinen großen Zuspruch gefunden. Danach soll das erforderliche Gewicht des öffentlichen Interesses und die Strenge der Zweck-Mittel-Prüfung je nach der Eingriffsqualität des staatlichen Aktes und der Fundamentalität des betroffenen Grundrechtsinteresses festgelegt werden. Kritisiert wird hieran, dass dieser Test zu Lasten der Vorhersehbarkeit der gerichtlichen Entscheidung gehe²⁰⁹.

b) Rechtfertigung des Eingriffs in das Recht auf Fortpflanzung

Da es sich bei dem Recht auf Fortpflanzung um ein von den Gerichten entwickeltes Grundrecht handelt, kann ein Eingriff in dieses nur gerechtfertigt werden, wenn ein vernünftiger und erheblicher Grund bzw. ein anerkanntes staatliches Interesse dafür spricht, und die Norm eng gefasst ist, so dass kein weniger einschneidender Eingriff möglich ist²¹⁰. *Robertson* schlug vor, dass lediglich ein wesentlicher Schaden für wichtige Interessen Dritter eine Einschränkung des Rechts auf Fortpflanzung rechtfertigen könne²¹¹. Diese Formel wurde jedoch nie von einem Gericht angewendet, vermutlich deswegen, weil bedeutende staatliche Interessen auch die Interessen dritter Personen beinhalten, jedoch noch darüber hinausgehen. Die Gerichte sahen also *Robertsons* Formel unter Umständen als zu eng an. Es bleibt daher bei der allgemeinen Formel, so dass man auf jegliche erheblichen staatlichen Interessen zur Rechtfertigung zurückgreifen kann.

4. Umfang des Rechts auf Fortpflanzung: das Recht auf Einräumung einer Elternstellung

In den USA sind Ehe, Familie und Elternschaft nicht ausdrücklich verfassungsrechtlich geschützt. Ehe und Familie erfahren jedoch ebenfalls einen Schutz über die Freiheit im Sinne des *14. Amendments*²¹². Kein Freiheitsinteresse im Sinne des *14. Amendments* wurde jedoch dem nichtehelichen Vater zugestanden, der die Vaterschaft anerkennen wollte, wenn das Kind in einer intakten Familie mit der Mutter und deren Ehemann lebt²¹³. Die vom *14. Amendment* geschützten Interessen müssten stets auch bereits traditionell von der Gesellschaft als schützenswert angesehen worden sein. Es gebe aber keinen Hinweis in älteren Quellen, dass der genetische Vater ein Recht habe, seine Vaterschaft feststellen zu lassen, wenn das Kind in eine bestehende Partnerschaft hineingeboren worden sei²¹⁴. Der *Supreme*

²⁰⁹ Brugger, *Öffentliches Recht*, 103.

²¹⁰ *City of Cleburne v. Cleburne Living Ctr.*, 473 U.S. 432, 440 (1995): ein Eingriff in verfassungsrechtlich geschützte Rechte kann nur durch ein erhebliches staatliches Interesse gerechtfertigt werden und es muss sich um den mildest möglichen Eingriff handeln; *Carey v. Population Services Int'l*, 431 U.S. 678 (1977); *Sherbert v. Verner*, 374 U.S. 398, 406 (1963); *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113, 155 (1973); *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965); *In re Baby M. II*, 537 A.2d 1227, 1254 (N.J. 1988) zu dem Einfluss auf Dritte.

²¹¹ *Robertson, Children of Choice*, 39ff; ders.: 47 *Hastings L.J.* 911 (1996); ders.: 59 *S.Cal.L.Rev.* 939 (1986); ders.: 69 *Va.L.Rev.* 405 (1983).

²¹² *Moore v. City of East Cleveland*, 431 U.S. 494, 503f (1977); *Zablocki v. Redhail*, 434 U.S. 374 (1978).

²¹³ *Michael H. v. Gerald D.*, 491 U.S. 110 (1989).

²¹⁴ *Michael H. v. Gerald D.*, 491 U.S. 110, 112 (1989).

Court erkennt somit zumindest so lange keinen Anspruch eines leiblichen Elternteils an, auch die rechtliche Elternstellung zu erhalten, wie das Kind in einer Familieneinheit lebt. Aber auch in anderen Fällen, in denen das Kind nicht in einer anderweitig geschützten Familieneinheit lebte, ging der *Supreme Court* nicht von einem Recht auf Einräumung der Elternstellung der genetischen Eltern aus. Vielmehr muss seiner Ansicht nach zu der genetischen auch noch eine soziale Verbindung zu dem Kind hinzukommen, um die Elternstellung eingeräumt zu bekommen²¹⁵. Dies lässt den Schluss zu, dass das Gericht der genetischen Verbindung als solcher kaum verfassungsrechtliche Relevanz für die Bestimmung der Elternstellung beimisst.

Auch aus dem Recht auf Fortpflanzung als Ausprägung des Rechts auf Privatsphäre kann kein Anspruch auf Einräumung der Elternstellung gefolgert werden. Wie in Deutschland ist dieses Recht nämlich kein Leistungsrecht, das einen Anspruch gewähren kann, sondern vielmehr nur ein Abwehrrecht gegen den Staat²¹⁶. Somit ist ausschließlich die Fortpflanzungsentscheidung von dem Recht auf Fortpflanzung geschützt, also die Frage, ob, wann und mit wem man sich fortpflanzt²¹⁷.

Zwar gehen einige Autoren davon aus, dass es selbstverständlich sei, mit der Einräumung eines Rechts auf Fortpflanzung auch die Möglichkeiten der Feststellung der rechtlichen Elternschaft zu schaffen²¹⁸. Es sei auch von der Gesellschaft in der Regel akzeptiert, dass Folgen der Fortpflanzung nicht nur elterliche Rechte, sondern auch damit zusammenhängende elterliche Pflichten seien²¹⁹. Ein verfassungsrechtlich gewährleistetes Recht auf Einräumung einer Elternstellung wird aber von keinem Autor anerkannt.

C. Einzelfragen bei den verschiedenen Fortpflanzungsmethoden

Nachdem allgemein geklärt ist, dass ein Recht auf Fortpflanzung sowohl in Deutschland als auch in den USA existiert und dieses auch auf die künstliche Fortpflanzung Anwendung findet, können nun die Einzelfälle einer näheren Betrachtung unterzogen werden. Gerade im Hinblick auf das Recht auf Fortpflanzung ergeben sich hier teilweise Abweichungen. Vor allem bei der Frage nach den Schranken dieses Rechts sieht man einen deutlichen Unterschied zwischen der deutschen und der US-amerikanischen Rechtslage.

I. Homologe Insemination, insbesondere postmortale Insemination

Die rechtliche Behandlung des Normalfalls der homologen Insemination weist keine großen Unterschiede zwischen Deutschland und den USA auf. Lediglich die postmortale homologe Insemination ist unterschiedlich geregelt.

²¹⁵ z.B. *Lehr v. Robertson*, 463 U.S. 248 (1983); *Caban v. Mohammed*, 441 U.S. 380 (1979); *Rae*, 3 *S. Cal. Rev. L. & Women's Stud.* (1994), 219, 233.

²¹⁶ S. bereits oben 4. Teil B.I.3.a).

²¹⁷ *Hill*, 66 *N.Y.U.L.Rev.* 353, 368 (1991); *O'Neill, Having Children*, 30; *Birck*, 62 *U.Cin.L.Rev.* 1623, 1638 (1994) mwM; aus der Rechtsprechung: *New Jersey Supreme Court in Baby M II*, 537 *A.2d* 1227, 1253 (N.J.: 1988).

²¹⁸ *Hill*, 66 *N.Y.U.L.Rev.* 353, 368 (1991); *O'Neill, Having Children*, 30.

²¹⁹ *Birck*, 62 *U.Cin.L.Rev.* 1623, 1638 (1994) mwM.

1. Deutschland

Die homologe Insemination wird im Normalfall nicht als ethisch bedenklich oder verwerflich angesehen, da die Zeugung zum einen mit dem Samen des Ehemannes und zum anderen in-vivo erfolgt²²⁰. Auch wenn die Wunscheltern nicht verheiratet sind, wirft dies heute keine größeren Kontroversen mehr auf, da die Entscheidung des nichtverheirateten Paares ebenso geschützt ist, wie die des verheirateten²²¹. Das Embryonenschutzgesetz sieht hierfür, wie für jede Art der künstlichen Befruchtung, einen Arztvorbehalt vor (§ 9 Nr. 1 EschG). Nach § 11 Abs. 1 EschG macht sich strafbar, wer eine homologe Insemination vornimmt, ohne Arzt zu sein. In § 11 Abs. 2 EschG werden von der Strafbarkeit bei Nichtzuziehung eines Arztes jedoch die die Insemination bei sich vornehmende Frau und der Mann, dessen Samen zur Insemination verwendet wird, ausgenommen.

Problematisch gestaltet sich die Situation bei der postmortalen homologen Insemination. Hier hinterlegt der Mann sein Spermium bei einer Samenbank für den Fall seines Todes und seine Partnerin lässt sich nach seinem Tod damit künstlich befruchten. Zu einer „Zeugungsvorsorge“ kann es dann kommen, wenn der Mann sich einer operativen oder radiologischen Behandlung unterziehen muss, bei der die Gefahr besteht, dass sein Erbgut geschädigt oder er zeugungsunfähig wird²²². Auch erwogen wird diese Methode, wenn ein Mann einer lebensgefährlichen Tätigkeit nachgeht, zum Beispiel als Soldat in den Krieg zieht²²³.

Die postmortale Insemination ist in Deutschland ausdrücklich verboten. Nach § 4 Abs. 1 Nr. 3 ESchG wird bestraft, wer wissentlich eine Eizelle mit dem Samen eines Mannes nach dessen Tod künstlich befruchtet. Ausnahmen sind hier nicht vorgesehen, auch nicht für ein Ehepaar oder für besondere Krisensituationen²²⁴. Allerdings wird die Frau, bei der die künstliche Fortpflanzung vorgenommen wird, nach § 4 Abs. 2 EschG

²²⁰ So z.B. Coester-Waltjen, Gutachten, B 23; Deutsch, MDR 1985, 177, 181; ders. NJW 1986, 1971, 1973; Harder, JuS 1986, 505, 512; Keller, Fortpflanzungsmedizin, 193, 203; Seibert, Gentechnologie 9, 62, 69; Zierl, DRiZ 1985, 337, 339; Kritik übten allerdings die „Feministinnen“ in Streit 1986, 29 und die katholische Kirche in der Herbstvollversammlung der Deutschen Bischofskonferenz 1985: die homologe Insemination sei abzulehnen, da zum einen der hierfür erforderliche Akt der Masturbation unzulässig sei, es zum anderen widernatürlich sei, ein Kind ohne Liebesakt zu zeugen; die evangelische Kirche ging davon aus, dass gegen die homologe Insemination dann nichts spreche, wenn sie von den Ehepartnern nicht als Eingriff in ihre Intimsphäre empfunden werde, s.: Denkschrift zu Fragen der Sexualethik, 35.

²²¹ Seibert, Gentechnologie 9, 62, 69; Fechner, Fortpflanzungsmedizin, 37, 55f; BVerfGE 56, 363, 384; Wohn, Reproduktionstechniken, 89; aA Giesen, Referat, K 51, K 60f.

²²² Keller/ Günther/ Kaiser, ESchG, § 4 Rn 28; Hirsch/ Eberbach, Retortenkinder, 99.

²²³ Keller/ Günther/ Kaiser, ESchG, § 4 Rn 28; so sollen während des Golfkrieges Soldaten vor ihrem Transport in das Kriegsgebiet ihren Samen einer Samenbank zur Aufbewahrung mit der ausdrücklichen Weisung übergeben haben, diesen erst nach ihrem Tod an ihre Ehefrau zwecks Befruchtung auszuhändigen: s. Brox, FS für Stree und Wessels, 963, 967.

²²⁴ In Frankreich hingegen sind solche Ausnahmen erwogen worden, s. Rubellin-Devich, RT droit civil 1984, 703ff; auch spanische und katalanische Gesetze lassen die postmortale Befruchtung unter bestimmten Umständen zu, s. StAZ 1991, 265f.

nicht bestraft. Es handelt sich hierbei um einen persönlichen Strafausschließungsgrund²²⁵.

Als Gründe für diese strikte Handhabung in der Bundesrepublik werden neben der Unnatürlichkeit des Vorgangs die Möglichkeit des Samenmissbrauchs und der Kindesunterschlebung sowie die vorprogrammierte Vaterlosigkeit des Kindes genannt²²⁶. Auch solle es für ein Kind unter Umständen ein Schock sein, wenn es erfährt, dass sein genetischer Vater bei der Zeugung bereits tot war²²⁷. Früher konnte als weiterer Grund für das Verbot die Verhinderung außerehelicher Geburten angeführt werden.

Ob dieses Verbot der postmortalen Insemination verfassungsrechtlichen Vorgaben entspricht, ist fraglich. Denkbar ist eine Kollision mit verfassungsmäßigen Rechten sowohl des Verstorbenen als auch der Wunschmutter.

a) Rechte des verstorbenen Mannes

Dem Verstorbenen könnte auch über den Tod hinaus ein verfassungsmäßiges Recht auf Fortpflanzung zustehen. Daneben ist zu erwägen, ob die freie Verwendung des Spermas nach dem Tod auch durch das Eigentums- und Erbrecht des Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG geschützt ist. Diese Rechte könnten dann die Rechtmäßigkeit des Verbots der postmortalen Insemination fragwürdig erscheinen lassen.

aa) Postmortales Recht auf Fortpflanzung

Das Recht auf Fortpflanzung erstreckt sich grundsätzlich auf alle künstlichen Methoden, bei denen mindestens ein Wunschelternteil mit dem Kind genetisch verwandt ist²²⁸. Nun bleibt aber zu klären, ob es auch im Sonderfall der postmortalen Insemination greift, d.h. ob auch diese Methode vom Schutzbereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts erfasst wird. Im Unterschied zu den anderen Fällen sind hier nämlich nicht mehr beide Wunscheltern am Leben.

Ob es ein allgemeines Persönlichkeitsrecht auch noch nach dem Tod gibt, ist fraglich. Grundsätzlich sind die Grundrechte nur für den Schutz lebender Personen gedacht. Unumstritten ist jedoch, dass die Menschenwürde des Art. 1 Abs. 1 GG auch noch über den Tod hinaus wirkt, und die Würde des Verstorbenen beachtet werden muss²²⁹.

²²⁵ BT-Drucks. 11/5460; Keller/ Günther/ Kaiser, ESchG, § 4 Rn 34.

²²⁶ Starck, Gutachten, A 20; Beitzke, FamR in Geschichte und Gegenwart, 49, 51; Frank, Künstliche Fortpflanzung, 53; Wohn, Reproduktionstechniken, 78.

²²⁷ v. Sethe, Recht auf Kenntnis der Abstammung, 163; Wuermeling, Gentechnologie 3, 278, 283 und Keller/ Günther/ Kaiser, ESchG, § 4 Rn 29 weisen darauf hin, dass das Kind Probleme bei der Identitätsfindung haben kann.

²²⁸ S.o. 4. Teil B.I.2.a).

²²⁹ BVerfGE 30 173, 194 (Mephisto Entscheidung); BVerfG, NJW 2001, 2957; Stern, StaatsR III / 1, 1052; Dürig AöR 81 (1956), 126, ders. in Maunz/ Dürig, GG, Art. 1 I. Rn 23, 26; Lindemann, DVBl. 1957, 39f; Buschmann, NJW 1970, 2083; v. Mangoldt/ Klein/ Starck, GG, Art. 1 Rn 14; v. Münch/ Kunig, GG, Art. 1 Rn 7, Maurer, DÖV 1980, 7, 9; Zimmermann, NJW 1979, 569, 573; BK/ Zippelius, GG, Art. 1 Rn 25 mwN.

Was das allgemeine Persönlichkeitsrecht betrifft, so hat das Bundesverfassungsgericht in einer wesentlichen Entscheidung die Auffassung geäußert, dass dieses nicht über den Tod hinaus gelten soll, da es die Existenz einer wenigstens potentiell oder zukünftig handlungsfähigen Person als unabdingbar voraussetzt²³⁰. Diese Ansicht hat jedoch breite Ablehnung erfahren. So sind sowohl der Bundesgerichtshof als auch große Teile der Literatur der Ansicht, dass dem Verstorbenen in gewissem Maße ein postmortales Persönlichkeitsrecht zusteht²³¹. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht erfahre zwar mit dem Tod eine wesentliche Einschränkung, da diejenigen Ausstrahlungswirkungen beendet seien, die einen lebenden Menschen voraussetzen. Der Verstorbene lasse jedoch außer den materiellen auch immaterielle Güter zurück, die des Schutzes der Rechtsordnung bedürften²³². Die Fortwirkung des Schutzes des Persönlichkeitsrechts begründet der Bundesgerichtshof damit, dass Menschenwürde und freie Entfaltung zu Lebzeiten nur unzureichend gewährleistet seien, wenn der Mensch nicht auch auf einen Schutz seines Lebensbildes wenigstens gegen grob ehrverletzende Entstellungen nach seinem Tod vertrauen und im Vertrauen darauf leben könne²³³. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht gelte auch über den Tod hinaus, insoweit dort Rechtspositionen angesiedelt seien, die menschliche Aktivität nicht mehr verlangen. Das gelte insbesondere für den Achtungsanspruch, die Ehre, die Intimsphäre, überhaupt das Lebens- und Charakterbild eines Menschen, das nicht mit dem Tod erloschen sei²³⁴.

Ob unter diesen Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts nach dem Tod allerdings auch ein Recht auf Fortpflanzung fallen soll, ist problematisch. Der Großteil der Literatur spricht sich dagegen aus²³⁵. Als Hauptargument gegen ein postmortales Fortpflanzungsrecht wird angeführt, dass die erforderliche Einwilligung des Verstorbenen im Zeitpunkt der konkreten Insemination nicht mehr eingeholt werden könne²³⁶. Eine Einwilligung sei zum einen stets erforderlich und zum anderen sei ihr Hauptcharakteristikum, dass sie stets frei widerruflich sei²³⁷. Die Entscheidung, sich fortzupflanzen, hänge von sich ständig ändernden Umständen ab. Daher könne nicht unterstellt werden, dass der Verstorbene auch im Moment der konkreten Insemination noch damit einverstanden gewesen wäre. Dagegen lässt sich jedoch vorbringen, dass auch Samenspender oder Eispenderin ihre Einwilligung nicht im Moment der

²³⁰ BVerfGE 30, 173, 194; BVerfG, NJW 2001, 2957; BVerfG, NJW 1993, 1462; Jarass, NJW 1989, 857; AK/ Podlech, GG, Art. 2 I Rn. 1; v. Münch/ Kunig/ Kunig, GG, Bd.I, Art. 2 Rn 39.

²³¹ Starck in v. Mangoldt/ Klein/ Starck, GG, Art. 2 I Rn 29; Stern, StaatsR III /1, 1053; Zacharias, NJW 2001, 2950; auch die zivilrechtliche Judikatur geht von einem postmortalen Persönlichkeitsrecht nach Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG aus: BGHZ 50, 133; OLG Hamburg, NJW 1990, 1985; BGHZ 15, 249; BGHZ 26 52; a.A. z.B. früher: v. Mangoldt/ Klein, GG, 2. Aufl. 1966, Anm. 3c; heute: Bizer, NVwZ 1993, 653, 654, der argumentiert, dass der Tote kein Grundrechtsträger mehr sein kann und sein Andenken nur über das allgemeine Persönlichkeitsrecht noch lebender naher Verwandter oder Angehöriger geschützt werden kann.

²³² BGHZ 50, 133 (Mephisto); BGHZ 15, 249.

²³³ BGHZ 50, 133, 139.

²³⁴ Stern, StaatsR III / 1, 1053; ebenso Buschmann, NJW 1970, 2081; Hubmann, Persönlichkeitsrecht, 340.

²³⁵ Coester-Waltjen, Gutachten, B 38; Däubler-Gmelin, Gentechnologie 7, Ziff. 9.4; Giesen, Hegnauer-FS, 55, 65; ders.: Verhandlungen des 56. DJT Sitzungsberichte, K 51, K 65; Zierl, DRiZ 1986, 302, 303; Hegnauer, Noll – FS, 49, 55; Laufs, JZ 1986, 769, 772; ders.: Fortpflanzungsmedizin, 89, 101; Püttner/ Brühl, JZ 1987, 529, 532.

²³⁶ Coester-Waltjen, Gutachten, B 37f; Laufs, JZ 1986, 769, 772; Brohm, JuS 1998, 197, 201.

²³⁷ Coester-Waltjen, Gutachten, B 37.

konkreten Insemination geben, sondern bereits vorher. Sie wissen dann nicht, was mit ihren Gameten weiter geschieht und wie sie verwendet werden. Auch in Fällen der heterologen Insemination kann es passieren, dass ein Samenspender verstirbt, bevor sein Samen benutzt wird. Hieran wurde bisher keine Kritik geübt. Es fragt sich daher, ob nicht im homologen System die gleichen Kriterien angelegt werden sollten und eine Einwilligung vor dem Tod ausreichen sollte²³⁸. Der Unterschied zwischen den beiden Situationen besteht jedoch darin, dass der verstorbene Mann bei der homologen Insemination die Samen nur zu dem Zweck gespendet hat, sich nach seinem Tod damit fortzupflanzen. Falls der Samenspender in Fällen der heterologen Insemination stirbt, bevor es zur Befruchtung kommt, so war dies nicht seine gezielte Absicht, sondern vielmehr ein Zufall. Es ist aber ein Unterschied, ob man einen solchen Zufall toleriert und eine Insemination auch mit dem Samen eines möglicherweise bereits Verstorbenen durchführt, oder ob man einem Mann ein Recht zuerkennt, zielgerichtet Samen vor seinem Tod zu spenden, die danach zur Fortpflanzung verwendet werden sollen.

Der Sinn hinter den anderen Arten der künstlichen Fortpflanzung ist, die Sterilität eines Paares zu behandeln und zu überwinden²³⁹. Dieser Gedanke kann im Falle einer postmortalen Insemination häufig nicht herangezogen werden – zu Lebzeiten hätten die Ehepartner auf natürlichem Wege Kinder zeugen können, haben es jedoch, aus welchem Grund auch immer, unterlassen.

Teilweise wird sogar davon ausgegangen, dass es sich bei postmortaler Insemination gar nicht mehr um Fortpflanzung handele, zumindest aus der Sicht des Verstorbenen. Dieser ließe nur Gameten zurück und dies könne man nicht als Fortpflanzung ansehen, sondern lediglich als Aufbewahrung der körpereigenen Produkte²⁴⁰. Auch soll grundsätzlich der technische Fortschritt keine neuen, verfassungsmäßig geschützten Rechte schaffen können. Wenn die Technologie möglich mache, was in der Vergangenheit unmöglich war, könne dies dem Verstorbenen keine Rechte verleihen, indem es die Definition eines Rechts ändere, das ursprünglich für die Lebenden reserviert war²⁴¹. Das Hinterlassen von Gameten sei danach keine Art der Fortpflanzung, es bestünde lediglich die Möglichkeit der Fortpflanzung damit für eine dritte Person.

Der Verstorbene selbst hat in der Tat keine wertvolle Fortpflanzungserfahrung, die verfassungsrechtlich geschützt werden müsste. Denn auch das Ziel, sich selbst in der nächsten Generation weiterleben zu sehen, ist bei postmortaler Insemination nur eingeschränkt erreichbar. Der Verstorbene wird sein Kind nie sehen und diesem keine Werte und Erfahrungen mitgeben können. Einzig der Gedanke bereits vor seinem Tod, dass er auch danach in seinem Kind weiter lebt, könnte eine vergleichbar wichtige Erfahrung sein²⁴². Jedoch wird das Recht auf Fortpflanzung nicht lediglich auf den

²³⁸ Britting, Postmortale Insemination, 112; Starck, Gutachten, A 21.

²³⁹ Keller/ Günther/ Kaiser, ESchG § 4 Rn 28; Günther, Fortpflanzungsmedizin, 27ff.

²⁴⁰ So in den USA: Nolan, 11 BYU J. Pub. L. (1997), 1, 19; Robertson, 69 Ind. L.J. (1994), 1027, 1035ff.

²⁴¹ Nolan, 11 BYU J. Pub. L. (1997), 1, 18.

²⁴² So in den USA: Shuster, 15 J.Contemp.Health L. & Pol'y (1999), 401, 410; Bennett, 23 Melbourne U.L.Rev. (1999), 286, 302f spricht zwar nicht ausdrücklich von einem postmortalen Recht auf Fortpflanzung, macht jedoch ganz klar, dass der Verstorbene ein Recht darauf hat, dass seine Wünsche die Fortpflanzung betreffend auch nach seinem Tod respektiert werden.

Gedanken gestützt, dass der Mensch in der nächsten Generation weiterleben will, sondern auch darauf, dass er zu dieser nächsten Generation Kontakt hat, seine Kinder aufwachsen sieht und eigene Charakterzüge an ihnen wieder erkennt. Dies ist dem Verstorbenen nicht mehr möglich, daher hat er zumindest ein abgeschwächtes Interesse daran, sich noch nach seinem Tod fortzupflanzen. Er benötigt den Schutz durch ein postmortales Recht auf Fortpflanzung nicht²⁴³.

bb) Eigentums- und Erbrecht

Neben dem Recht auf Fortpflanzung ist im Fall der postmortalen Insemination der Schutz des Eigentums- und Erbrechts gem. Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG in Betracht zu ziehen. Der Eigentumsgarantie kommt im Gesamtgefüge der Grundrechte die Aufgabe zu, dem einzelnen einen Freiraum im vermögensrechtlichen Bereich zu sichern, um ihm eine eigenverantwortliche Gestaltung des Lebens zu ermöglichen²⁴⁴. Der Rechtsgehalt der Eigentumsgarantie ist durch Privatnützigkeit und durch die grundsätzlich freie Verfügungsbefugnis über den Eigentumsgegenstand gekennzeichnet. Darunter fallen Besitz, Nutzung, Verwaltung, Veräußerung und die umfassende eigentumsmäßige Handlungsfreiheit²⁴⁵. Voraussetzung für den Schutz durch Art. 14 Abs. 1 GG ist zunächst, dass es sich bei den vom Verstorbenen gespendeten Gameten um sein Eigentum handelt.

Die Ansichten darüber, ob es sich bei Gameten um Eigentum handelt, gehen auseinander. Grundsätzlich kann Eigentum nur an Sachen bestehen. Der lebende Mensch bildet eine Einheit aus Körper und Geist. Daher kann bei ihm nicht von einem Eigentumsrecht am Körper gesprochen werden. Der Körper ist Bestandteil des Menschen und bei seiner Verletzung steht ihm das Persönlichkeitsrecht zur Seite²⁴⁶. Wenn jedoch einzelne Teile des Körpers von diesem getrennt werden, z.B. Haare oder auch Organe, erwirbt derjenige das Eigentum daran, von dessen Körper sie stammen²⁴⁷. Während einige Autoren den ehemaligen Träger der Keimzelle ausdrücklich als deren Eigentümer bezeichnen²⁴⁸, wollen andere die Keimzelle nach dem Tod des Trägers für herrenlos erklären und den nächsten Angehörigen die Aneignungsgewalt darüber zugestehen²⁴⁹. Wieder andere lehnen die Sacheigenschaft

²⁴³ In der Literatur bejaht lediglich Deutsch ein Bestimmungsrecht auch über den Tod hinaus, will den sittlichen und moralischen Bedenken dann jedoch mit einer zeitlichen Grenze begegnen (Deutsch, VersR 1985, 700; ders.: NJW 1986, 1971, 1973; ähnlich: van den Daelen, Mensch nach Maß?, 34). Dadurch solle verhindert werden, dass es zu Generationensprüngen kommt und das Erbgut Verstorbener noch in zweiter oder weiterer Generation benutzt werde (zu diesem Problem ausführlicher: Wohn, Reproduktionstechniken, 44).

²⁴⁴ BVerfGE 30, 292, 334.

²⁴⁵ BVerfGE 31, 229, 239; E 50, 290, 339f; E 70, 191, 201; E 78, 58, 73; E 88, 366, 377.

²⁴⁶ Brohm, JuS 1998, 197, 199.

²⁴⁷ Brohm, JuS 1998, 197, 199; Palandt/ Heinrichs, BGB, § 90 Rn 3; MüKo/ Holch, BGB, § 90 Rn 21; Bilsdorfer, MDR 1984, 803, 804; Sch/ Sch/ Eser, StGB, § 242 Rn 20.

²⁴⁸ Palandt/ Heinrichs, BGB § 90 Rn. 3; Bilsdorfer, MDR 1984, 803, 804; Gottwald, International Medicine Vol. 5 No1, 1985, 20, 23; Gröner, Fortpflanzungsmedizin, 293, 317; Deutsch, MDR 1985, 177, 179; Shook-Wiercimok, FamRZ 1986, 859, 860; nicht ausdrücklich aber im Ergebnis ebenso: MüKo/ Holch, BGB § 90 Rn. 21; Köbl, Hubmann-FS 161, 176; Sternberg-Lieben, JuS 1986, 673, 675; Koch, MedR 1986, 259, 262; Lanz-Zumstein, Rechtsstellung 202, 212 spricht von einem sachähnlichen Gut, an dem auch Eigentum besteht

²⁴⁹ Bernat, Lebensbeginn durch Menschenhand, 125, 150; nach Wuermeling, Gentechnologie 3, 278, 283 fällt das Spermia in die Erbmasse und die Erben erlangen das Verfügungsrecht darüber.

der Keimzelle völlig ab. Entweder wird eine Parallele zum Körper des lebenden Menschen gezogen, der nicht als Sache bezeichnet wird²⁵⁰, oder es wird ein persönlichkeitsrechtlicher Ansatz gewählt, der den Samen als Teil der Persönlichkeit des Spenders sieht und daher nicht den Regeln über das Eigentum unterfallend. Letzteres folge aus ihrer besonderen Qualität, Träger künftigen Lebens zu sein und den sich daraus ergebenden Folgen für den Gametenträger²⁵¹. Diese Ansicht ist vorzugswürdig. Das Recht des Gametenträgers, zu bestimmen, ob sein Spermium zu einem befruchtungstauglichen Akt verwendet werden darf, ist Ausfluss seines allgemeinen Persönlichkeitsrechts und nicht des Eigentumsrechts²⁵². Damit sollte es aber auch den Grenzen des Schutzbereichs von Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG unterliegen, die nicht durch einen Rückgriff auf das Eigentums- und Erbrecht erweitert werden können.

cc) Fazit

Ein verfassungsrechtlich gewährleistetes Recht des Verstorbenen, sich auch nach seinem Tod noch fortpflanzen zu dürfen, existiert nicht. Das Embryonenschutzgesetz verstößt damit nicht gegen die Rechte des Verstorbenen.

b) Recht auf Fortpflanzung der Frau

Auch wenn dem Verstorbenen also kein postmortales Recht auf Fortpflanzung mehr zusteht, so könnte sich doch seine überlebende Ehefrau auf dieses Recht berufen. Diese Rechte der Witwe wurden bislang in der Literatur wenig beachtet²⁵³.

aa) Schutzbereich des Art. 2 Abs. 1 GG iVm Art. 1 Abs. 1 GG

Bei der Festlegung des Schutzbereichs des Rechts auf Fortpflanzung stellt sich zunächst die Frage, ob auch einer alleinstehenden Frau ein solches Recht zustehen soll. Auch die Frau des verstorbenen Samenspenders ist nämlich in der Regel eine alleinstehende Frau. Weiter ist zu prüfen, ob ihr ein Recht darauf zusteht, sich mit Samen eines bereits Verstorbenen fortzupflanzen.

aaa) In den USA wurde früher erwogen, das Recht auf Fortpflanzung alleinstehenden bzw. unverheirateten Frauen nicht zuzugestehen²⁵⁴.

Die einzige Grundlage einer solchen Differenzierung im deutschen Recht ist der Schutz der Ehe und Familie gem. Art. 6 Abs. 1 GG in seiner institutionellen Dimension. Nun ist heute ganz herrschende Meinung, dass der Schutz der Ehe und der Schutz der Familie in Art. 6 Abs. 1 GG zwei zu trennende Fragen sind²⁵⁵. Und es ist

²⁵⁰ Kaufmann, Gentechnologie 3, 259, 264.

²⁵¹ Brohm, JuS 1998, 197, 201.

²⁵² Brohm JuS 1998, 197, 201; Coester-Waltjen, Gutachten, B 31f; Deutsch, VersR 1985, 700, 700; ders.: Arztrecht, Rn 307ff; a.A. Bilsdorfer, MDR 1984, 803.

²⁵³ Vgl. etwa Coester-Waltjen, Fortpflanzungsmedizin, 158, 160, die lediglich feststellt, dass ein Bestimmungsrecht mit dem Tod endet, nicht aber darauf eingeht, ob nicht die überlebende Partnerin ein Recht hat, sich mit diesem Samen fortzupflanzen.

²⁵⁴ State v. Saunders, 381 A.2d 333 (N.J. 1977); Kritchevsky, 4 Harv. Women's L.J. (1984), 1, 20.

²⁵⁵ v. Münch/ Kunig/ v. Münch, GG, Art. 6 Rn 3; dies.in: Handbuch des VerFR, 293, 295.

anerkannt, dass auch die Beziehung einer alleinerziehenden Mutter zu ihrem Kind unter den Begriff der Familie i.S.d. Art. 6 Abs. 1 GG fällt²⁵⁶.

Zudem gründet sich das Recht auf Fortpflanzung nicht auf Art. 6 Abs. 1 GG allein, sondern auf das individuelle Persönlichkeitsrecht des Betroffenen. Man müsste also die Wertentscheidung des Grundgesetzes für die Ehe derart hoch gewichten, dass man zu einer Einschränkung eines qualifizierten individuellen Freiheitsrechts gelangt. Lediglich, dass die Ehe durch das Grundgesetz einen besonderen Schutz erfährt, bedeutet jedoch nicht, dass andere Lebensgemeinschaften nicht geschützt sind. Der Gesetzgeber ist nicht gehindert, nichteheliche Lebensgemeinschaften in Teilbereichen oder auch umfassend ebenfalls gesetzlich zu regeln. Schon gar nicht hat er die Pflicht, solchen Lebensgemeinschaften jegliche rechtliche Anerkennung zu versagen²⁵⁷. Lediglich eine völlige Gleichbehandlung mit der Ehe würde dem Schutzgebot des Art. 6 Abs. 1 GG widersprechen. Schon daran sieht man, dass der Schutz der Ehe nicht so weit gehen kann, alleinstehenden Personen ihre Freiheitsrechte ganz abzuspochen. Es muss auch der alleinstehenden Frau ein Recht auf Fortpflanzung zustehen²⁵⁸.

bbb) Sachlich fragt sich nun noch, ob dieses Recht der Frau soweit geht, dass sie sich mit Samen ihres verstorbenen Mannes fortpflanzen darf. Bei dieser Frage tauchen die gleichen Probleme auf, die bereits im Rahmen des Rechtes des Verstorbenen angesprochen wurden, nämlich dass das Kind ohne Vater aufwächst und es für dieses unter Umständen ein Problem sein kann, wenn es erfährt, dass es von einem Toten gezeugt wurde. Jedoch lebt die Frau im Gegensatz zu ihrem Mann noch und ihre Interessen überwiegen diese Bedenken jedenfalls bei der Frage des Schutzbereichs. Dennoch wollen einige Autoren bei der postmortalen Insemination die natürlichen Schranken auch als rechtliche festlegen²⁵⁹. Wenn die Partner also nicht mehr auf natürlichem Wege ein Kind zeugen können, sollen sie auch kein Recht auf Fortpflanzung mehr haben. Dieser Verweis auf die natürlichen oder normalen Grenzen könnte jedoch genauso bei jeder Form der künstlichen Fortpflanzung herangezogen werden. Stets stoßen die betroffenen Paare an ihre natürlichen Grenzen und müssen sich künstlicher Methoden bedienen. Dennoch wird den Partnern hier mit guten Gründen ein Recht auf Fortpflanzung zugestanden²⁶⁰. Daher muss die überlebende Frau auch ein Recht darauf haben, sich mit dem Samen ihres verstorbenen Partners fortzupflanzen.

ccc) Weiterhin muss geklärt werden, welcher Sphäre des allgemeinen Persönlichkeitsrechts das Recht der Frau zuzurechnen ist. Angesichts der obigen allgemeinen Ausführungen²⁶¹ liegen die Schlussfolgerungen für das Recht der Frau auf Fortpflanzung mit dem Samen eines verstorbenen Mannes auf der Hand. Da es nicht

²⁵⁶ v. Münch / Kunig/ v. Münch, GG, Art. 6 Rn 7; BVerfGE 45, 104, 123; E 79, 203, 211; Jarass/ Pieroth, GG, Art. 6 Rn. 4; Katz, Staatsrecht, Rn 747.

²⁵⁷ BVerfG, FamRZ 1990, 728, 729; v.Münch/ Kunig/ v.Münch, GG, Art. 6 Rn 5.

²⁵⁸ So auch Coester-Waltjen, Fortpflanzungsmedizin, 158, 160.

²⁵⁹ Laufs, JZ 1986, 769, 772; Coester-Waltjen, Gutachten, B 1.

²⁶⁰ S.o. 4.Teil B.I.2.a).

²⁶¹ 4.Teil B.I.2.b) bb).

um die Frage der Fortpflanzung als solcher, also das „Ob“ der Fortpflanzung, geht, kommt der Frau nicht der unbeschränkbare Schutz der Intimsphäre des Persönlichkeitsrechts zu. Im Mittelpunkt steht die Wahl der Gameten, die zur Befruchtung verwendet werden sollen. Diese Entscheidung wird durch die Privatsphäre im Rahmen des Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG geschützt und unterliegt damit den Schranken durch die verfassungsmäßige Ordnung, die Gesamtheit aller formell und materiell ordentlich zustande gekommenen Gesetze²⁶². An diese Gesetze werden besondere Verhältnismäßigkeitsanforderungen gestellt²⁶³. So muss dadurch ein wichtiges staatliches Interesse geschützt werden und kein milderer Eingriff möglich sein. Die Schranke der Rechte Dritter geht in dieser besonderen Verhältnismäßigkeitsprüfung völlig auf. Hilfsweise kann u.U. die Schranke der Sittengesetze herangezogen werden.

bb) Beschränkbarkeit des Rechts auf Fortpflanzung

aaa) Das Embryonenschutzgesetz stellt ein formell rechtmäßig zustande gekommenes Gesetz dar. Es muss jedoch geprüft werden, ob es den besonderen Verhältnismäßigkeitsanforderungen entspricht, ob also überwiegende Interessen der Allgemeinheit betroffen sind.

(1.) Bei der postmortalen Insemination wäre ein Verstoß gegen das Wohl des Kindes denkbar. Tatsächlich wird von den Gegnern der postmortalen Insemination vorgebracht, dass diese dem Wohl des ungezeugten Kindes widerspreche²⁶⁴. Das Kindeswohl stellt die subjektive Komponente der Menschenwürde des Kindes dar. Die Menschenwürde ist sowohl ein objektives Prinzip als auch ein subjektives Recht²⁶⁵. In objektiver Sicht wird stets gefragt, ob ein bestimmtes Verhalten menschenwürdig ist, subjektiv wird auf den einzelnen Menschen geachtet, und dass dieser nicht zum Objekt des Handelns Dritter wird. Die subjektive Komponente bedeutet also die Beachtung der Würde konkreter menschlicher Individuen, die objektive die Achtung dessen, was den Menschen als Gattung über die anderen biologischen Gattungen heraushebt²⁶⁶.

Es muss also eine doppelte Prüfung vorgenommen werden. Auf der subjektiven Seite muss gefragt werden, ob die postmortale Insemination dem Wohl des noch ungezeugten Kindes entspricht. Danach muss die objektive Komponente bedacht werden, nämlich, ob die postmortale Insemination einen Verstoß gegen grundlegende Prinzipien des Menschsein, gegen das Eigentümliche und Unverwechselbare der Gattung Mensch, darstellt.

²⁶² BVerfGE 6, 32 Leitsatz 3.

²⁶³ BVerfGE 17, 108, 117; E 65, 1, 44; E 27, 344, 351; E 34, 238, 245f; E 32, 373, 379; E 33, 367, 377; E 35, 202, 220f.

²⁶⁴ Benda-Bericht, Ziff. 2.3.2.1.1; Schumacher, FamRZ 1987, 313, 314; Seibert, Gentechnologie 9, 62, 70; Berghofer-Weichner, BayVBl. 1988, 449, 451.

²⁶⁵ Krawietz, Friedrich Klein-FS 245; Das Kindeswohl wiederum hat ebenfalls zwei Komponenten – zum einen wird aus subjektiver Sicht des Kindes nach seinem Wohlbefinden gefragt, zum anderen objektiv-normativ seine Zukunftsperspektive beurteilt, vgl. OLG Frankfurt a.M., FamRZ 1984, 614; Keller, Tröndle-FS 705, 710. Es müssen die Voraussetzungen für eine gedeihliche altersgemäße Entwicklung in jeder Beziehung sichergestellt werden, dazu BayObLG, ZBlJugR 1983, 308, 310; Keller, Tröndle-FS 705, 710.

²⁶⁶ Birnbacher, Gentechnologie 13, 177, 179.

Das Kind, das aus einer postmortalen Insemination hervorgeht, hat in der Regel keinen Vater, da es mehr als 300 Tage nach dessen Tod geboren wird²⁶⁷. Ein vaterloses Kind hat keine zweite Bezugsperson, an die es sich wenden kann. Seine Ausgangsposition ist somit in jedem Fall komplizierter als die eines Kindes, das in eine intakte Familie hineingeboren wird und auch in dieser aufwächst. Das Kindeswohl eines ungezeugten Kindes lässt sich jedoch nicht an den Grundrechten in ihrer subjektiven Form festmachen. Das ungezeugte Kind ist noch nicht grundrechtsfähig²⁶⁸.

Zurückgegriffen werden muss also auf die objektive Komponente der Ausstrahlungswirkung der Grundrechte. Im Rahmen der objektiven Beurteilung soll dann auch das Wohl des künstlich gezeugten Kindes Berücksichtigung finden²⁶⁹. Das Kindeswohl zur Rechtfertigung des Verbots der postmortalen Insemination heranzuziehen ist jedoch unter mehreren Aspekten problematisch. Die prinzipiellen Einwände sind schon im 3. Teil unter C.II. erläutert worden und sollen hier nur kurz wiederholt werden. Die Berücksichtigung des Kindeswohls ist deswegen bedenklich, weil das Kind gar nicht existieren wird, wenn man die postmortale Insemination nicht zulässt. Wenn jedes menschliche Leben einen Wert an sich hat, kann es auch nicht einem objektiv verstandenen Kindeswohl entsprechen, gar nicht geboren zu werden.

Selbst wenn man das Kindeswohl im Rahmen des objektiv-rechtlichen Würdekonzepts als grundsätzlich entscheidungserheblich ansehen will, ist weiter fraglich, ob dieses Wohl bei der postmortalen Insemination nicht nur unerheblich beeinträchtigt wird. Man kann sicherlich argumentieren, dass es nicht zum Wohle des Kindes sein kann, wenn es bereits ohne Partner gezeugt wird, nicht in eine bestehende Partnerschaft hineingeboren wird und somit unter Umständen auf immer vaterlos bleibt²⁷⁰.

Ebenfalls könnte man daran denken, in den erbrechtlichen Komplikationen bei der postmortalen Insemination eine Beeinträchtigung des Kindeswohls zu sehen. Nach § 1923 Abs. 2 BGB gilt derjenige, der zum Zeitpunkt des Erbfalls bereits gezeugt war, als vor dem Erbfall geboren und kann somit seinen verstorbenen Elternteil beerben. Wer jedoch zum Zeitpunkt des Erbfalls noch nicht gezeugt war, kann nach heutigem Stand des BGB nicht Erbe seines verstorbenen genetischen Vaters sein. Zwar wurde diskutiert, den Beginn der Erbfähigkeit für die Fälle der postmortalen Insemination vor zu verlagern und § 1923 Abs. 2 BGB analog darauf anzuwenden²⁷¹. Hierfür lassen sich jedoch keine überzeugenden Argumente finden. Der Wortlaut der Norm ist eindeutig. Der Gesetzgeber hat diesen nicht geändert, obwohl die Möglichkeiten der

²⁶⁷ S. zu den abstammungsrechtlichen Fragen unten 5.& 6. Teil.

²⁶⁸ Vgl. oben 3. Teil, C.II.2.

²⁶⁹ So wohl im Ansatz Keller, Tröndle-FS 705, 715, vgl. oben 3. Teil C.II.3.

²⁷⁰ So auch Böckenförde, MedR 2000, 417, 418 im Zusammenhang mit Eispenden für alleinstehende Frauen.

²⁷¹ Dagegen: Coester-Waltjen, Humangenetik, 39, 46; dies.: Gutachten, B 42; Bernat, Lebensbeginn durch Menschenhand, 125, 156f; Britting, Postmortale Insemination, 152ff; Heyll, Künstliche Samenübertragung, 56; Schumacher, FamRZ 1987, 313, 314f; Zierl, DRiZ 1986, 302, 303; dafür: Leopold, Kralik-FS, 467, 469ff.

postmortalen Insemination schon lange bekannt sind. Daneben wäre es auch schwierig, den Zeitpunkt festzulegen, auf den der Beginn der Erbfähigkeit vorverlagert werden sollte. Weiter besteht immer noch die Möglichkeit, dass das noch ungezeugte Kind, wenn schon nicht gesetzlicher, so doch testamentarischer Nach- oder Ersatzerbe seines verstorbenen Vaters wird²⁷². Zuletzt kann auch hier wieder das bereits bekannte Argument herangezogen werden, dass es für das Kind auf jeden Fall besser ist, geboren zu werden, ohne Erbe zu sein, als nicht geboren zu werden²⁷³. Hält man die gegenwärtige erbrechtliche Ausgestaltung bei der postmortalen Insemination für unangebracht, so ist der Gesetzgeber aufgerufen, dieses Problem im Erbrecht zu lösen. Als Argument zur Begrenzung der Zeugung neuen Lebens sind die rechtlichen Folgeprobleme, die sich aus der Zeugung ergeben, kaum geeignet²⁷⁴.

Weiter wird vorgebracht, dass das mögliche Kind einen Anspruch auf eine wenigstens minimale Lebensqualität habe. Diese fehle ihm in Fällen der postmortalen Insemination²⁷⁵. Dem Kind stets und ohne Prüfung der individuellen Situation eine nicht einmal minimale Lebensqualität zu bescheinigen, ist jedoch schlichtweg falsch.

Man muss zur Klärung der Frage nach der Lebensqualität des Kindes zwei Schritte unternehmen. Zunächst muss man sich die Lebenssituation betrachten, in die das Kind hineingeboren werden würde. Da es niemals die Möglichkeit haben wird, seinen Vater kennenzulernen, steht es diesbezüglich schlechter als Kinder, die in eine intakte Familie hineingeboren werden. Allerdings kann ihm dennoch nicht jegliche Lebensqualität aberkannt werden. Das hieße ja in weiterer Konsequenz, jedem Kind eines alleinerziehenden Elternteils die Lebensqualität abzuerkennen.

Auf der zweiten Stufe muss man den Vergleichsmaßstab festlegen. Womit vergleicht man die Situation des in eine unvollkommene Familie hineingeborenen Kindes? Die Vergleichssituation wäre die Situation eines ungeborenen Kindes. Dies macht wenig Sinn, es existiert nichts, womit man vergleichen könnte. Es bleibt nur, auf den hypothetischen Vergleich mit einem natürlich gezeugten Kind zurückzugreifen. Dann wird man in der Tat zum Schluss kommen, dass es für das Kind besser ist, einen lebenden Vater zu haben und nicht erfahren zu müssen, dass es auf künstliche Weise nach dem Tod des Vaters gezeugt worden ist.

Eine ganz andere Frage ist, ob darin im Rahmen der speziellen Verhältnismäßigkeitsprüfung ein überwiegendes Interesse der Allgemeinheit zu sehen ist. Angesichts der Tatsache, dass Familien mit alleinerziehenden Elternteilen heute nicht mehr selten sind und die so heranwachsenden Kinder nach heutigen Erkenntnissen keine bemerkbaren Defizite aufweisen, ist dies äußerst fraglich. Verwiesen wird in diesem Zusammenhang häufig auf die besondere,

²⁷² S. hierzu Britting, Postmortale Insemination, 157f mwN; Mansees, Das Erbrecht des Kindes nach künstlicher Befruchtung, 173.

²⁷³ a.A. Mansees, FamRZ 1986, 756, 759, der dieses Argument nicht nur für den Fall der postmortalen Insemination kategorisch ablehnt.

²⁷⁴ Vgl. näher 3. Teil C II. 1.

²⁷⁵ So in den USA: Nolan, 11 B.Y.U. J.of Pub. L. (1997), 1, 20; allgemein gegen die Argumentation des Wohles noch nicht gezeugter Kinder: Parfit, Reasons and Persons, 351 – 59 (1985); Bailes, 5 Phil. & Pub. Aff. (1976), 292, 294.

verfassungsrechtlich durch Art. 6 Abs. 2 GG geschützte Beziehung der Eltern zu den Kindern. Danach obliegt den Eltern die Pflege und Erziehung ihrer Kinder. Das Bundesverfassungsgericht beschreibt das als die Elternverantwortung²⁷⁶. Sie beinhaltet die Pflicht, dieses Recht auszuüben. Der verstorbene Mann hat von vorne herein niemals die Möglichkeit, dieser Pflicht nachzukommen²⁷⁷. Daher sehen einige Autoren Art. 6 Abs. 2 GG als den überwiegenden Grundrechtsartikel an, der ein Verbot der postmortalen Insemination zu rechtfertigen vermag²⁷⁸. Weil aus der Zeugung von Kindern verfassungsrechtlich festgelegte Pflichten folgen, soll die Besamung mit dem Samen eines toten Mannes unzulässig sein²⁷⁹.

Nun ist diese Argumentation unter rechtslogischen Gesichtspunkten nicht überzeugend. Es geht hier ja nicht darum, dass sich der verstorbene Mann seinen Pflichten entzieht, sondern darum, dass diese nie zur Entstehung gelangen. Zunächst ist Art. 6 Abs. 2 GG nur zu entnehmen, dass in den Fällen, in denen zwei Elternteile leben, diese auch Pflichten treffen. Ob darin auch eine Wertentscheidung derart zu sehen ist, dass der Staat sichert, dass Elternpflichten überhaupt entstehen können, ist eine andere Frage. Schließlich trifft auch den nichtehelichen Vater eine solche umfassende Elternpflicht nicht, wenn er kein Interesse daran hat²⁸⁰. Diese Interessenlage ist vergleichbar mit der der postmortalen Insemination. Das Kind ist in der Regel außerehelich geboren, und der Vater will oder kann keine Verantwortung übernehmen²⁸¹. So hindert das heutige Recht auch nicht die Zeugung nichtehelicher Kinder.

Allerdings bleibt zu bedenken, dass dem postmortal gezeugten Kind nicht nur eine Bezugsperson, sondern auch ein Unterhaltsschuldner fehlt. Von seinen Unterhaltspflichten kann sich nämlich der nichteheliche Vater nicht befreien. Dies kann natürlich einen wesentlichen Nachteil für das postmortal gezeugte Kind darstellen. Nun muss dies aber nicht der Fall sein, da es vom Einzelfall abhängt, ob Vermögen und Einkommen der Frau nicht schon ausreichen, den Bedürfnissen des Kindes gerecht zu werden. Ein pauschales Verbot ohne eine solche Einzelfallprüfung ist unter diesem Gesichtspunkt sicherlich unverhältnismäßig. Dies gilt auch, wenn man Belastungen für die Staatskasse fürchtet, da viele alleinstehende Mütter auf staatliche Hilfe angewiesen sind²⁸². Das Risiko, dass das Kind auf staatliche Hilfe angewiesen sein wird, könnte man etwa durch entsprechende Anforderungen an das Vermögen oder das Einkommen der Mutter auf ein Mindestmaß reduzieren. Dessen weitere Minderung stellt zumindest kein „überwiegendes Allgemeininteresse“ dar²⁸³. Hinzu

²⁷⁶ BVerfGE 10, 59, 67; E 24, 119, 143; E 56, 363, 382; E 56, 363, 383; E 68, 176, 190; s. hierzu bereits oben 4. Teil B.I.3.b).

²⁷⁷ Starck, Gutachten, A 21; Wuermeling, Gentechnologie 3, 278, 280f; Laufs, JZ 1986, 769.

²⁷⁸ Starck, Gutachten, A 21; Wuermeling, Gentechnologie 3; 278, 282; Püttner/ Brühl, JZ 1987, 529, 532; Berghofer-Weichner, BayVBl 1988, 449, 451; Laufs, JZ 1986, 769, 772, ders. Fortpflanzungsmedizin, 89, 100.

²⁷⁹ Starck, Gutachten, A 21.

²⁸⁰ BVerfGE 56, 363, 383.

²⁸¹ Britting, Postmortale Insemination, 114.

²⁸² Donovan, 11 N.Y.U. Rev.L.& Soc. Change (1982/83), 193, 240f; Kritchevsky, 4 Harv. Women's L.J. (1981), 1, 29ff.

²⁸³ Schließlich bestünde auch die Möglichkeit, den Abschluss einer Versicherung zugunsten des Kindes zu verlangen, die auch das letzte verbleibende Risiko übernimmt. Solche Versicherungen existieren in der Praxis, würden also auch nicht einen unverhältnismäßig großen Aufwand bedeuten.

kommt, dass die Verhinderung der Belastung der Staatskasse durch Ansprüche von Kindern in Deutschland heute kaum mehr als legitimes Interesse der Familienpolitik gelten dürfte.

Ohnehin beinhaltet das Elternrecht des Art. 6 Abs. 2 GG gerade nicht hauptsächlich die Unterhaltsverpflichtung. Es umfasst vielmehr die Beziehung zwischen Eltern und Kind im Sinne einer umfassenden Personensorge für das persönliche, körperliche und psychische Wohl, für die seelisch-geistige Entwicklung, für Bildung und Ausbildung, sowie überhaupt das Recht, über Ziel und Methode der Erziehung zu bestimmen²⁸⁴.

Der Verweis auf Art. 6 Abs. 2 GG vermag das Verbot der postmortalen Insemination also nicht zu rechtfertigen. Was bleibt ist der diffuse Hinweis auf mögliche psychische Beeinträchtigungen des Kindeswohls bei postmortal gezeugten Kindern. Selbst wenn man in der objektiven Würdekonzepktion den Ort sieht, diesen Bedenken zu Geltung zu verhelfen, darf es als äußerst fraglich gelten, ob hier „überwiegende Interessen der Allgemeinheit“ vorliegen. Die Konturen des Würdeschutzes werden noch unbestimmter, wenn man sich von der Würde des konkreten Individuums löst²⁸⁵. Dennoch wird man sicherlich aus Art. 1 Abs. 1 GG auch in diesen Bereichen legitime Zwecke staatlicher Intervention entnehmen können. Wenn man die erhöhten Rechtfertigungsanforderungen an Eingriffe in die Privatsphäre des Persönlichkeitsrechts allerdings ernst nehmen will, wird man beim Verweis auf unbestimmte Würdekonzepktionen äußerst vorsichtig sein müssen. Die Rechtfertigung des Verbots der postmortalen Insemination über ein objektiv verstandenes Kindeswohl steht dementsprechend nicht auf festem Boden. In der Literatur wurde bisher nur pauschal nach dem Vorliegen eines legitimen staatlichen Interesses gefragt. Das Recht auf Fortpflanzung und dessen qualifizierte Schranken wurden dabei nicht beachtet. Dies erklärt auch, warum dort gegen das Verbot der postmortalen Insemination bisher kaum Einwände erhoben wurden.

(2.) Die Gefahr des Missbrauchs der künstlichen Methoden im Hinblick auf Forschungszwecke ist begrenzt²⁸⁶. Auch die postmortale homologe Insemination kann in-vivo erfolgen, so dass es nicht zu einer Entstehung überzähliger Embryonen kommen muss.

Wenn befürchtet wird, dass es zu postmortalen Befruchtungen kommt, zu denen der Verstorbene keine informierte Zustimmung erteilt hat, dann ist dies ein legitimer Grund, den Partnern bestimmte Aufklärungs- und Beweispflichten aufzuerlegen. Unverhältnismäßig wäre es allerdings, mit dieser Begründung die postmortale Befruchtung ganz zu untersagen. Dafür müsste man in der Verwendung des Samens eine Verletzung der auch postmortal geschützten Würde des Verstorbenen selbst dann sehen, wenn er vor seinem Tod eine Einwilligung erteilt hat. Für ein solches Ergebnis lassen sich aber schwerlich vernünftige Gründe finden. Allenfalls könnte man

²⁸⁴ Jarass/ Pieroth, GG, Art. 6 Rn 32; v.Münch/ Kunig/ v.Münch, GG, Art. 6 Rn 26; dies.in: Hdb. d. VerfR, 293, 303f; Katz, Staatsrecht Rn 748.

²⁸⁵ Seibert, Gentechnologie 9, S. 62, 64.

²⁸⁶ S. zur Missbrauchsgefahr allgemein bereits oben 3. Teil C.III.

überlegen, eine zeitliche Grenze zu beachten, nach der eine postmortale Insemination trotz Einwilligung zu Lebzeiten nicht mehr vorgenommen werden darf. Denn in die Einwilligung des mittlerweile Verstorbenen kann kaum hineingelesen werden, dass er sich jederzeit, also möglicherweise auch noch 20 Jahre nach seinem Tod, fortpflanzen möchte. Allerdings ist es sehr schwierig, eine solche zeitliche Grenze festzulegen, da keine Kriterien ersichtlich sind, die man hierauf anwenden könnte – es gibt keine Erfahrungssätze, wie lange eine Einwilligung zur Fortpflanzung in der Regel aufrecht gehalten wird.

bbb) Als weitere Schranke des Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG kommt das Sittengesetz in Betracht. Teilweise wird diese Schranke für anwendbar gehalten, wenn kein schützenswertes Rechtsgut betroffen ist und deswegen die Schranke der verfassungsmäßigen Ordnung nicht anwendbar ist²⁸⁷. Dies sei bei der Frage der Zulässigkeit der künstlichen Fortpflanzungsmethoden der Fall, da noch kein schützenswertes Rechtssubjekt existiere²⁸⁸. Allerdings muss man den Begriff des Rechtsguts nicht mit dem des Individualrechtsguts gleichsetzen. So kann auch in der objektiven Wertordnung des Grundgesetzes ein schützenswertes Rechtsgut gesehen werden. Im Ergebnis kann es sich aber jedenfalls nicht auswirken, ob man die Werteordnung bereits bei der Schranke der verfassungsmäßigen Ordnung oder erst bei der Schranke des Sittengesetzes berücksichtigt.

Daneben hängt die Beantwortung der umstrittenen Frage, ob die Schranke des Sittengesetzes überhaupt eine eigenständige Funktion innehat, von der Definition des Sittengesetzes ab.

Teilweise wird das Sittengesetz mit den überlieferten Moralvorstellungen gleichgesetzt²⁸⁹. Dem wurde entgegengehalten, dass ein solches Begriffsverständnis der freiheitsbewahrenden Funktion des Art. 2 Abs. 1 GG widerspreche. Daher wäre es verfehlt, auf überlieferte Moralvorstellungen abzustellen, besonders auf dem Gebiet des sexuellen Verhaltens, das einem steten Wandel hinsichtlich moralischer Verwerflichkeit unterliegt²⁹⁰.

Auf der anderen Seite wird vorgeschlagen, das Sittengesetz im Sinne der Begriffe der guten Sitten, Treu und Glauben zum Beispiel der §§ 138, 242, 826 BGB zu verstehen²⁹¹. Da diese wiederum im Lichte des Grundgesetzes ausgelegt werden müssen, kommt der Schranke der Sittengesetze nach dieser Ansicht keine eigenständige Bedeutung zu.

Eine originäre Definition versucht *Sachs*²⁹², der davon ausgeht, dass mit dem Sittengesetz ethische Normen von solcher Fundamentalität gemeint sein müssen, dass sie dem staatlichen Recht als unverfügbare, überpositive Norm vorgegeben sind. Zur

²⁸⁷ v. Mangoldt/ Klein/ Starck, GG, Art. 2 Rn 27; Leibholz/ Rinck/ Hesselberger, GG, Art. 2 Rn 450; Erichsen, Hdb. d. Staatsrechts, 1185, 1202.

²⁸⁸ Starck, Gutachten, A 43.

²⁸⁹ Starck, Geiger-FS, 259, 276.

²⁹⁰ Sachs, GG, Art. 2 Rn 94; v. Münch/ Kunig, GG Bd.I Art. 2 Rn. 27; Pieroth/ Schlink, Grundrechte, Rn 387.

²⁹¹ Maunz/ Dürig/ Dürig, Art. 2 I, Rn 16; Pieroth/ Schlink, Grundrechte, Rn 388.

²⁹² Grundgesetz, Art. 2 Rn 96.

Konkretisierung schlägt *Sachs* dann doch eine Orientierung an der Menschenwürde vor²⁹³.

Eine selbständige Bedeutung erhalten die Sittengesetze dann, wenn man der Definition von *Zippelius* folgt. Hiernach sind die Sittengesetze die in der Gemeinschaft mehrheitlich konsensfähigen sozialemischen Vorstellungen, die ihre Ursprünge und kritische Instanz im Gewissen der Bürger haben²⁹⁴. Allerdings muss man dann gerade bei dieser Definition auch besonders vorsichtig sein, da sich die sittlichen und moralischen Anschauungen der Allgemeinheit schnell ändern können und das Gewissen der Bürger demnach unterschiedliche sittliche Vorstellungen haben kann²⁹⁵. Gerade wenn man die Praktiken in anderen Ländern, wie z.B. den USA oder auch unserem Nachbarland Frankreich, betrachtet, die die postmortale Insemination zulassen, wäre ein Wandel der Vorstellungen in Deutschland nicht undenkbar.

Der Großteil der Literatur spricht sich gegen die postmortale Insemination aus, teilweise auch im Hinblick gerade auf sittliche Bedenken²⁹⁶. So sei es sittlich fragwürdig, wenn ein Kind ohne Vater gezeugt wird und auch nie die Möglichkeit haben wird, seinen Vater kennen zu lernen²⁹⁷. Gerade da die rechtliche Situation des Kindes bezüglich Status- und Erbrecht noch nicht endgültig geklärt ist²⁹⁸, wird es teilweise als unethisch angesehen, das Kind dieser ungeklärten Situation auszusetzen²⁹⁹. Bei der Frage nach dem Kindeswohl war eine solche Argumentation nicht möglich, wenn es jedoch um die sittlichen und moralischen Vorstellungen der Allgemeinheit geht, soll man hiermit argumentieren können.

Diese Ausführungen zeigen, wie problematisch es ist, auf die herrschende Sozialmoral als Schranke des Art. 2 Abs. 1 iVm Art. 1 Abs. 1 GG abzustellen. Dies gilt nicht nur, weil sich diese Einschätzungen schnell ändern können, sondern auch, weil sich keine wirklichen Konturen einer so verstandenen Moral ergeben. Selbst wenn man in den Sittengesetzen eine „rechtsethische Kontrollschranke“ sieht, kann dies nicht zu einer grundsätzlich anderen Bewertung der Argumente führen, von denen im Rahmen der Schranke der verfassungsmäßigen Ordnung gezeigt wurde, dass sie nicht der grundgesetzlichen Konzeption entsprechen. Dies muss jedenfalls dann gelten, wenn es um die qualifizierten Anforderungen der Rechtfertigung eines Eingriffs in das allgemeine Persönlichkeitsrecht geht³⁰⁰.

²⁹³ Sachs, GG, Art. 2 Rn 98.

²⁹⁴ Maunz/ Zippelius, Staatsrecht, 181; Zippelius, Rechtsphilosophie, §§ 11 II 4, 21 I.

²⁹⁵ So war z.B. noch im Jahre 1962 die heterologe Insemination nach Ansicht eines Großteils der deutschen Bevölkerung wegen Verstoßes gegen die Sittengesetze unzulässig (s. Giesen, Die künstliche Insemination, 170), wohingegen bereits im selben Jahr ein Vorschlag, diese Praktik strafrechtlich zu verbieten, keine Zustimmung fand (s.u. 4. Teil C. II.1.a)aa).

²⁹⁶ Coester-Waltjen, Gutachten, B 38; dies. Bitburger Gespräche, Jahrbuch 1986 II, 93, 97; Däubler-Gmelin, Gentechnologie 7, Ziff. 9.4.; Giesen, Sitzungsberichte, K 51, K 65; ders.: Hegnauer-FS, 55, 65; Hegnauer, Noll-FS, 49, 55; Hirsch/ Eberbach, Retortenkinder, 101; Britting, Postmortale Insemination, 123; Holzhauser, FamRZ 1986, 1162, 1163; Koch, MedR 86, 259, 261; Laufs, JZ 86, 769, 772; Püttner/ Brühl, JZ 1987, 528, 532; Starck, Gutachten, A 21; Seibert, Gentechnologie 9, 63, 70; Zierl, DRiZ 1986, 302, 303; Selb, Rechtsordnung, 27.

²⁹⁷ Benda-Bericht, Ziff. 2.3.2.1.1; Schumacher, FamRZ 1987, 313, 314; Seibert, Gentechnologie 9, 62, 70.

²⁹⁸ Zu Statusfragen s.u. 6. Teil A.I.2.c), zur erbrechtlichen Problematik s.o. 4. Teil C.I.1.b)bb)aaa)(1.).

²⁹⁹ Wuermeling, Anfang und Ende des menschlichen Lebens, 101.

³⁰⁰ a.A.: Holzhauser, FamRZ 1986, 1162, 1163, der bei der postmortalen Insemination einen Verstoß gegen das Recht auf Fortpflanzung aus den Sittengesetzen folgert.

ccc) Die Diskussion hat gezeigt, dass es äußerst problematisch ist, das Recht auf Fortpflanzung, auch wenn es um eine postmortale Insemination geht, einzuschränken. Bei der anerkannten Schranke der verfassungsmäßigen Ordnung kann hier nicht mit der Würde des Kindes in ihrer objektiven Ausprägung argumentiert werden. Lediglich die Tatsache, dass das Kind keinen Vater und damit keinen Unterhaltsschuldner hat, macht die postmortale Insemination noch nicht zu einer Praktik, die gegen das wesentliche Menschsein verstößt und dem Kindeswohl in jedem Einzelfall zuwiderläuft. Auch eine evidente Missbrauchsgefahr liegt nicht vor, so dass sich ein überwiegendes Allgemeininteresse hier nur schwer begründen lässt. Eine Rechtfertigung des Eingriffs in das Recht auf Fortpflanzung der Ehefrau über die Sittengesetze ist nur dann möglich, wenn man diese als die herrschende Sozialmoral definiert.

2. USA

Auch in den USA sind gegen die homologe Insemination zu Lebzeiten der Beteiligten keine Bedenken erhoben worden, und sie ist dementsprechend erlaubt. Da lediglich die Ehepartner daran beteiligt sind, und die Situation äußerlich identisch ist mit der bei natürlicher Zeugung, wird die homologe Insemination auch ethisch nicht als problematisch angesehen.

Anders als in Deutschland existieren in den USA aber auch keine Normen, die die postmortale Insemination unterbinden. Eine einzige ausdrückliche gesetzliche Regelung in diesem Zusammenhang enthält der sogenannte *Uniform Status of Children of Assisted Conception Act (USCACA)*, der jedoch nur von zwei Staaten angenommen wurde³⁰¹. Dieser wurde im Jahre 1989 verabschiedet und definiert den Status künstlich gezeugter Kindern. Er geht nicht auf Zulässigkeitsfragen ein, sondern behandelt lediglich Abstammungsfragen. Für die postmortale Insemination normiert er, dass derjenige, der vor der Insemination stirbt, kein Elternteil ist. Dadurch soll von der postmortalen Insemination entmutigt und das Kind, das noch nicht gezeugt ist, davor geschützt werden, ein „Kind aus dem Grab“ zu werden³⁰². Trotz dieser Abschreckungsintention wird die Zulässigkeit der postmortalen Insemination selbst nicht geregelt.

Teilweise wird ein ausdrückliches Verbot der postmortalen Insemination gefordert³⁰³. Als Hauptgrund hierfür wird neben ethischen Bedenken genannt, dass diese Art der künstlichen Befruchtung sowohl für das Kind als auch für die überlebenden Verwandten zu Unsicherheit und Unklarheit führen kann³⁰⁴. Nun könnte

³⁰¹ Dies sind North Dakota und Virginia; außerdem hat Florida eine vergleichbare Regelung eingeführt; nach Fla. Stat. Ann. § 742.17 hat das Kind keinen Erbsanspruch, wenn der Elternteil vor dem Sperma- oder Eitransfer stirbt und das Kind nicht ausdrücklich im Testament genannt ist.

³⁰² Garside, 41 Loy. L. Rev. (1996), 713, 731.

³⁰³ Weisberg, The Family Coordinator, Oct. 1975, 549; Donovan, 11 Rev.L.& Soc. Change (1982/83), 193, 241; McGuire/ Alexander, 43 Fertility and Sterility (1985), 182.

³⁰⁴ McGuire/ Alexander, 43 Fertility and Sterility (1985), 182; Gilbert, Hofstra L.Rev. (1993), 521, 539; Sutton, 73 St.John's L.Rev. (1999), 857, 920; Corvalan, 7 Alb.L.J.Sci.&Tech. (1997), 335; Weisberg, The Family

ein solches Verbot jedoch gegen das verfassungsrechtlich geschützte Recht der Wunscheltern auf Fortpflanzung verstoßen. Falls dieses auch auf die postmortale Insemination anwendbar ist, würde ein Verbot der postmortalen Insemination einen Eingriff in verfassungsmäßig geschützte Rechte darstellen, der nur durch besondere staatliche Interessen gerechtfertigt werden kann. Im Folgenden soll in Anlehnung an die Prüfungsreihenfolge bei der deutschen Gesetzes- und Interessenlage zunächst das Recht auf Fortpflanzung des Verstorbenen, danach das seiner überlebenden Ehefrau auf Bestehen und mögliche Verletzungen hin untersucht werden. Während sich viele der in der deutschen Diskussion vorgebrachten Argumente naturgemäß auch hier wiederfinden, können sich Unterschiede in ihrer rechtlichen Bewertung ergeben.

a) Rechte des Verstorbenen

Auch in den USA wird im Zusammenhang mit der postmortalen Insemination neben dem Recht auf Fortpflanzung auch das Recht auf Eigentum herangezogen, wenn es um die verfassungsrechtliche Bewertung dieser Methode künstlicher Fortpflanzung geht³⁰⁵.

aa) Postmortales Recht auf Fortpflanzung

Auch in den USA existiert ein Recht auf Fortpflanzung, das grundsätzlich auf alle Arten künstlicher Fortpflanzung anwendbar ist³⁰⁶. Eine andere Frage ist, ob dem Verstorbenen ein solches Recht noch zusteht. Grundsätzlich enden die verfassungsrechtlichen Garantien ebenso wie in Deutschland mit dem Tod des Grundrechtsträgers. Nach dem Tod ist der Verstorbene keine Person mehr innerhalb des verfassungsrechtlichen Rahmens und hat keine Rechte mehr, in die eingegriffen werden könnte³⁰⁷. Seine lebzeitigen Wünsche bezüglich der Aufteilung des Erbes und des Sorgerechts für seine Kinder werden noch ausgeführt, weitere Rechte wurden ihm bisher nicht zugestanden. Auch ein postmortaler Ehrschutz, wie er in Deutschland zumindest in gewissem Umfang zu finden ist³⁰⁸, existiert in den USA nicht.

Die Ausdehnung des Rechts auf Fortpflanzung über den Tod hinaus soll allenfalls dann zu erwägen sein, wenn es eine bedeutsame Fortpflanzungserfahrung darstellt, zu wissen, dass die eigenen Gene je nach Wunsch nach dem Tod noch weiter verwendet werden³⁰⁹. Schon das ist allerdings fraglich³¹⁰. Der Grund für den Schutz des Rechts, sich zu Lebzeiten fortzupflanzen ist, dass die Fortpflanzung den einzelnen

Coordinator, Oct. 1975, 549; Nolan, 11 B.Y.U. J.of Pub. L. (1997), 1, 22; Donovan, 11 Rev.L.& Soc. Change (1982/83), 193, 241; Kritchevsky, 4 Harv. Women's L.J. (1981), 1, 29

Probleme ergeben sich hier vor allem im Hinblick auf die Abstammung und die daraus folgenden untherhalts- und erbrechtlichen Fragen, s. bereits oben bei der Diskussion in Deutschland 4.Teil C.I.1.b)bb)aaa)(1.).

³⁰⁵ Rao, 80 B.U.L.Rev. (2000), 359, 363.

³⁰⁶ Vgl. oben 4.Teil B.II.2.

³⁰⁷ Whitehurst v. Wright, 592 F.2d 834 (Ala. 1979); Kerr, 3 De Paul J.Health Care L. (1999), 39, 46, 65.

³⁰⁸ S.o. 4. Teil C.I.1.a)aa).

³⁰⁹ Robertson, 69 Ind.L.J. (1994), 1027, 1031; dagegen: Antall, 9 Health Matrix (1999), 203, 227; dafür: Dwyer, 52 Rutgers L.Rev. (2000), 881, 883ff: sie geht davon aus, dass die Intention des Verstorbenen zumindest in den Fällen, in denen er sich ausdrücklich gegen eine Fortpflanzung geäußert hat, beachtet werden muss, da das Recht, sich nicht fortzupflanzen, auch noch nach dem Tod respektiert und geschützt werden müsse.

³¹⁰ Vgl. hierzu die Ausführungen in Deutschland 4. Teil C.I.1.a).

mit zukünftigen Generationen verbindet und für persönliche Erfahrungen sorgt, hauptsächlich dadurch, dass die Personen, die sich fortpflanzen, ihre Abkömmlinge sehen und Kontakt mit ihnen haben³¹¹. Da der Verstorbene nicht mehr in der Lage ist, sein Kind aufwachsen zu sehen und eine Beziehung zu ihm aufzubauen, hat er kein vergleichbares Interesse an der Weitergabe seiner Gene wie ein lebender Mensch³¹². Anders als lebende unfruchtbare Paare kann ein Verstorbener keine persönliche Bedeutung oder Identität mehr erfahren, indem ihm die Möglichkeit gegeben wird, sich fortzupflanzen³¹³. Die Person hat höchstens bereits die gegenwärtige Befriedigung zu wissen, dass ihre Gene nach ihrem Tod zur Fortpflanzung genutzt werden.

Um diese Problematik zu umgehen definiert *Hill* das Recht auf Fortpflanzung als das Recht, ein Kind in die Welt zu setzen in der Bemühung, eine Familie zu gründen³¹⁴. Es soll also eine soziale Verantwortung auch für das Kind bedeuten. Diese könne der Verstorbene nicht mehr übernehmen.

Auch *Robertson* erhebt Bedenken gegen die Anerkennung eines postmortalen Rechts auf Fortpflanzung³¹⁵. In seinen sonstigen Äußerungen ist er stets ein Fürsprecher des Fortpflanzungsrechts in jeglicher Situation³¹⁶. Er erkennt jedoch an, dass das Bedürfnis, sich fortzupflanzen, nach dem Tod nicht mehr ebenso dringend ist wie zu Lebzeiten³¹⁷. Einigkeit besteht somit zwischen den Autoren, dass das Recht auf Fortpflanzung bei postmortaler Insemination, wenn es denn überhaupt noch existiert, so doch geringeren Schutz bietet als in Fällen der Fortpflanzung zu Lebzeiten³¹⁸.

Lediglich ein Gericht hat sich bisher zu diesem Thema geäußert. In *Hecht v. Superior Court*³¹⁹ wurde in zweiter Instanz entschieden, dass der Verstorbene ein fundamentales Interesse daran habe, sich fortzupflanzen. Das Recht auf Privatsphäre verlange, dass man die Intention des Spenders durchsetze und ihn über die letzte Verwendung seines Spermias entscheiden lasse. Näher wird jedoch darauf nicht eingegangen, und es wird nicht klar, ob das Gericht damit von der Existenz eines verfassungsmäßig geschützten postmortalen Persönlichkeitsrechts ausgeht.

Berücksichtigt man, dass nach der bisherigen höchstrichterlichen Rechtsprechung die Grundrechte nur in zwei Ausnahmen - dem Recht über die Aufteilung des Erbes und dem Recht, das Sorgerecht für seine Kinder zu bestimmen - über den Tod des Grundrechtsträgers Anwendung finden, so ist das Interesse des

³¹¹ Robertson, 69 Ind.L.J. (1994), 1027, 1031.

³¹² Nolan, 11 BYU J. Pub. L. (1997), 1, 19; Robertson, 69 Ind. L.J. (1994), 1027, 1035ff; ders. 59 S. Cal. L. Rev. (1986), 939, 1031f; Shaman, 18 J. Fam. L. (1980), 331, 344ff; Berry, 72 Tul. L. Rev. (1997), 231, 238; Brenwald/Redeker, 38 Washburn L.J. (1999), 599, 611; Shuster, 15 J. Contemp. Health L. & Pol'y (1999), 401, 409.

³¹³ Nolan, 11 B.Y.U. J. of Pub. L. (1997), 1, 21; Cate, 69 Ind. L.J. (1994), 1067, 1069.

³¹⁴ Hill, 66 N.Y.U.L.Rev. (1991), 353, 419.

³¹⁵ In 69 Ind.L.J. (1994), 1027, 1036 lässt er die Frage offen, ob dem Verstorbenen ein solches Recht zusteht, sieht jedoch zumindest kein bedeutendes staatliches Interesse, das gegen die Zulässigkeit einer postmortalen Insemination spricht.

³¹⁶ Robertson, 59 S. Cal. L. Rev. (1986), 939, 956, 966; ders.: 52 Wash. & Lee L. Rev. (1995), 233; ebenfalls für eine Erweiterung des Rechts auf Fortpflanzung auf die postmortale Insemination: Satpathi, 18 Temp. Env'tl. L. & Tech. J. (1999), 55, 77.

³¹⁷ Robertson, 69 Ind.L.J. (1994), 1027, 1041; Cate, 69 Ind. L.J. (1994), 1067, 1069.

³¹⁸ Robertson, 69 Ind.L.J. (1994), 1027, 1041; Chester, 33 Hous. L. Rev. (1996), 967, 979; a.A. Cate, 69 Ind. L.J. (1994), 1067, 1071, der davon ausgeht, dass die Autonomie, Entscheidungen über die postmortale Insemination zu treffen, vergleichbar ist mit jeder anderen autonomen Entscheidung.

³¹⁹ 59 Cal.Rptr.2d 222.

Verstorbenen an Fortpflanzung kaum ausreichend, eine weitere Ausnahme zu begründen.

bb) Eigentumsrecht

Neben dem Recht auf Fortpflanzung wird in der Literatur erwogen, das Grundrecht auf Eigentum im Zusammenhang mit der postmortalen Befruchtung anzuwenden.

Unter dem Eigentumsrecht versteht man ein Bündel von Rechten, die staatlich garantiert und geschützt werden³²⁰. Dies sind prinzipiell das Recht, das Eigentum im Besitz zu haben, es zu nutzen, andere davon auszuschließen und es zu verkaufen oder zu verschenken³²¹. Die Eigentumsdefinition weist eine intensive Normprägung auf. Es ist das einfache Recht zum jeweiligen Zeitpunkt, das Eigentum begründet. Dementsprechend ist der Eigentumsbegriff wandelbar im Zeitablauf.

Zunächst muss also geklärt werden, ob es sich bei Sperma um Eigentum handelt. Ebenso wie in Deutschland fällt der Körper selbst traditionell nicht unter diese Definition, er ist zumindest im kommerziellen Sinn kein Eigentum³²². Dies folgt aus der Überlegung, dass es Sklaverei wäre, den Körper in das Eigentum einer anderen Person zu stellen, und damit gegen das *13. Amendment* verstoßen würde³²³. Außerdem widerspräche es dem modernen Menschenbild und der Vorstellung der jedem Menschen zukommenden Würde, wenn dieser seinen Körper zu einer Ware machen könnte³²⁴. Aus diesen Gründen ist der Körper nicht Eigentum im traditionellen Sinne. So ist in den USA zwar eine Organspende oder auch ein Organgeschenk auf den Todesfall möglich, nicht jedoch der Verkauf von Organen³²⁵. Die kommerzielle Nutzung ist jedoch grundsätzlich eine der Charakteristiken des Eigentums. Somit hat eine Person kein Eigentum an ihrem Körper, hat jedoch gewisse Verfügungsrechte daran, wie zum Beispiel die Möglichkeit der Organspende³²⁶.

Anders könnte die Situation bei den körpereigenen Produkten aussehen. Betrachtet man die Tatsache, dass heutzutage Sperma und Eizellen verkauft werden, so könnte dies zumindest ein Indiz dafür sein, dass diese den Regeln des Marktes folgen und damit zu Waren gemacht werden³²⁷. Bereits im Jahre 1984 hatte die *American Fertility Society* eine Erklärung abgegeben, dass Gameten und

³²⁰ Black's Law Dictionary, 1216.

³²¹ Moore v. Regents of Univ. of Cal., 793 P.2d 479, 509 (Cal. 1990); Steinbock, 6 Stan.L. & Pol'y Rev. (1995), 57, 57; Rameden, 62 UMKC L.Rev. (1993), 377, 380.

³²² Finnely v. Atlantic Transportation Co., 115 N.E. 715 (N.Y. 1917); Teasley v. Thompson, 165 S.W.2d 940 (Ark. 1942); Sullivan v. Catholic Cemeteries, Inc., 317 A.2d 430 (R.I. 1974); Moore v. Regents of the University of California, 793 P.2d 479 (Cal. 1990).

³²³ Roosevelt, 39 Santa Clara L.Rev. (1998), 79, 80.

³²⁴ Radin, 100 Harv. L.Rev. (1987), 1849; Moore v. Regents of the University of California, 793 P.2d 479 (Cal. 1990); Roosevelt, 39 Santa Clara L.Rev. (1998), 79, 83.

³²⁵ Unif. Anatomical Gift Act s 10 (1987), 8 U.L.A. 58 (1993), der von allen Staaten angenommen wurde.

³²⁶ Steinbock, 6 Stan. L. & Pol'y Rev. (1995), 57, 61; Munzer, Theory of Property, 41.

³²⁷ Singer/ Wells, Making Babies, 65ff; Radin, 100 Harv. L.Rev. (1987), 1849; Collins, 33 U.Louisville J.Fam.L. (1995), 661, 675; Rameden, 62 UMKC L.Rev. (1993), 377, 396; Rao, 80 B.U.L.Rev. (2000), 359, 371; Cahn, Beyond Biology, 21 (2001); die American Fertility Society hat in ihrem Ethical Statement on In Vitro Fertilization die Ansicht vertreten, dass Gameten Eigentum sind, s. 46 Fertility & Sterility 89S (1986).

Präembryonen das Eigentum der Spender seien und diese das Recht hätten, nach ihrem eigenen Ermessen zu entscheiden, was mit diesen Gameten geschehen soll³²⁸. Teilweise wird dagegen vorgebracht, Gameten seien besonders einzigartige und wichtige körpereigene Zellen, die eher wie Körperteile behandelt werden sollten anstatt wie frei verfügbares und vererbliches Eigentum³²⁹. Unter bestehendem Recht sind allerdings nur Organe und Gewebe vom Eigentum ausgenommen. Daraus kann man den Umkehrschluss ziehen, dass Gameten Eigentum darstellen können³³⁰. Die Gerichte, die sich bisher mit diesen Fragen zu beschäftigen hatten, kamen zu dem Schluss, dass Gameten eine Zwischenstellung zwischen einem Objekt und einem Leben einnehmen. Gameten werden als „Zwischeneigentum“ (*interim property*) bezeichnet, das besonderen Respekt verdient wegen der Möglichkeit, zu einem Leben zu werden³³¹. Gameten sollen also keine volle Eigentumsstellung erhalten, es wird jedoch klargestellt, dass der einzelne am ehesten geeignet ist, über den Verbleib seiner Gameten zu entscheiden³³².

An dieser Definition des Zwischeneigentums wurde in der Literatur Kritik geübt. Teilweise wurde vorgebracht, dass es so etwas wie Zwischeneigentum nicht gebe. Wenn etwas als Eigentum bezeichnet werde, dann müssten auch alle mit dem Eigentum verbundenen Rechte auf diese Sache zutreffen³³³. Als zweiter Kritikpunkt wurde angeführt, dass auch eine Bezeichnung als Zwischeneigentum nicht passend für Gameten sei, da dadurch der Besonderheit der Situation nicht genügt würde. Gameten unterschieden sich dadurch von anderen Arten von Eigentum, dass ihr Hauptzweck darin bestehe, Leben zu erzeugen³³⁴. Eine Eigentumsanalyse bezüglich Gameten verschleierte oftmals die wahren Probleme, mit denen das Gericht zu tun habe und vereinfache unzulässigerweise Entscheidungen, die kompliziert und ethisch bedenklich seien³³⁵. Außerdem würden die Gerichte Gameten zwar als Zwischen- oder Quasieigentum bezeichnen, behandelten sie in Folge jedoch wie Eigentum, und es werde nicht klar, welche besonderen Regeln für dieses Zwischeneigentum gelten sollten³³⁶. Als weiteres Argument gegen die Quasieigentumsstellung von Gameten

³²⁸ American Fertility Society, 41 Fertility & Sterility (1984), 12, 12.

³²⁹ Shah, 17 J.Legal Med. (1996), 547, 558; Sutton, 73 St. John's L.Rev. (1999), 857, 887.

³³⁰ Collins, 33 U.Louisville J.Fam.L. (1995), 661, 673.

³³¹ Davis v. Davis, 842 S.W.2d 588 (Tenn. 1992); Hecht v. Superior Court, 20 Cal.Rptr.2d 275 (Cal. 1993); York v. Jones, 717 F.Supp. 421 (Va. 1989).

³³² Pitrolo, 19 Hous. J.Int'l L. (1996), 147, 200; Robertson, 76 Va.L.Rev. (1990), 437, 457; Rameden, 62 UMKC L.Rev. (1993), 377, 391.

³³³ Brown, 6 Stan. L. & Pol'y Rev. (1995), 73, 74ff; Robertson, 69 Ind. L.J. (1994), 1027, 1038f.

³³⁴ Corvalan, 7 Alb.L.J.Sci.&Tech. (1997), 335; Steinbock, 6 Stan. L. & Pol'y Rev. (1995), 57, 57; Bennett, 23 Melbourne U.L.Rev. (1999), 286, 296; Robertson, 59 S.Cal. L.Rev. (1986), 939, 972; a.A. Rameden, 62 UMKC L.Rev. (1993), 377, 396 der einen Vergleich mit Blut und Plasma heranzieht, das bereits seit langem vollen Eigentumsstatus ohne Einschränkung hat.

³³⁵ Corvalan, 7 Alb.L.J.Sci.&Tech. (1997), 335 verweist hier auf die Entscheidung Hecht v. Superior Court, wo in erster Instanz die Spermien im Verhältnis der einzelnen Erben unter ihnen aufgeteilt wurden, also nur auf den Eigentumsaspekt eingegangen wurde ohne Rücksicht darauf, dass die eigentliche Frage war, ob Deborah Hecht die Möglichkeit gegeben werden sollte, das Kind ihres verstorbenen Lebenspartners auszutragen.

³³⁶ Bailey, 47 DePaul L.Rev. (1998), 743, 769.

wurde vorgebracht, dass sie weniger Eigentum seien als vielmehr analog wie Personen behandelt werden sollten³³⁷.

Wenn man der Auffassung folgt, dass es sich bei den Gameten um (Quasi-)Eigentum handelt, so ist wie beim Recht auf Fortpflanzung auch hier nach der Fortgeltung des Rechts nach dem Tode des Gametenspenders zu fragen. Wie bereits erwähnt ist das Recht auf die Entscheidung über die Verwendung des Erbes Teil des Eigentumsschutzes und wirkt entsprechend seiner Natur über den Tod hinaus. Dem Verstorbenen würde danach ein Bestimmungsrecht über seine körpereigenen Produkte zugestanden. Diese könne er vererben, und solange seine Wünsche vernünftig und nicht im Konflikt mit Interessen und Wünschen der Lebenden oder mit staatlichen Interessen stehen, sollten diese Wünsche auch durchgesetzt werden³³⁸.

Wie aber schon bei der Frage der Anwendbarkeit von Art. 14 Abs. 1 GG in Deutschland³³⁹ muss festgestellt werden, dass der Eigentumsschutz auf die Fragen im Zusammenhang mit der postmortalen Insemination nicht wirklich passt. Hier geht es nicht um die Verwendung bestehender Güter nach dem Tode, sondern um die Schaffung neuen Lebens. Die eigentumsrechtliche Betrachtung verdeckt den Charakter dieses Aktes. In gewissen Situationen mag es angebracht sein, den Eigentumsschutz auch auf Gameten auszudehnen, so dass die Existenz von Eigentum oder Quasieigentum an den Gameten durchaus Berechtigung haben mag. Bei der Frage des postmortalen Schutzes des Rechts auf Fortpflanzung gelangt der Eigentumsbegriff aber an seine Grenzen. Die Betrachtung muss sich hier auf die aus den Persönlichkeitsgrundrechten abgeleiteten Rechte konzentrieren. Das Eigentumsrecht gewährt also keinen verfassungsrechtlichen Schutz der postmortalen Befruchtung.

b) Recht auf Fortpflanzung der Frau

Auch wenn also der Verstorbene keinen Anspruch auf postmortale Fortpflanzung mehr hat, so könnte jedenfalls die Frau, wie in Deutschland³⁴⁰, ein Recht darauf haben, sich mit Samen ihres verstorbenen Mannes fortzupflanzen. Um dies zu entscheiden, ist erneut nach der persönlichen und sachlichen Reichweite des Rechts auf Fortpflanzung zu fragen. Zunächst ist zu klären, ob das Recht auch alleinstehenden Frauen zusteht. Dann ist weiter problematisch, ob auch die Befruchtung mit dem Samen des verstorbenen Mannes vom Schutzbereich erfasst wird.

³³⁷ Dies wurde in der Entscheidung *Kass v. Kass*, 663 N.Y.S.2d 581 (N.Y. 1997) und *Davis v. Davis*, 842 S.W.2d 588 (Tenn. 1992) ausdiskutiert, jedoch muss man sehen, dass es dort um die Disposition von Embryonen ging und nicht lediglich von Spermazellen; aA Bailey, 47 DePaul L.Rev. (1998), 743, 764f; der Fötus bzw. Embryo werde auch im sonstigen Recht nicht analog zu einem Menschen behandelt. So könne bis zu einem bestimmten Zeitpunkt abgetrieben werden und er sei auch nicht gegen tätliche Angriffe strafrechtlich geschützt.

³³⁸ *Hecht v. Superior Court*, 20 Cal. Rptr. 2d, 283 (Cal. 1993); *York v. Jones*, 717 F.Supp. 421, 426 (Va. 1989); *Hodel v. Irving*, 481 U.S. 704, 716 (1987); *Davis v. Davis*, 842 S.W.2d 588 (Tenn. 1992); Ethics Committee of the American Fertility Soc'y, 46 Fertility and Sterility 89; *Hall v. Fertility Institute of New Orleans*, 647 So.2d 1348, 1351 (S.C. 1994); *Kerr*, 3 De Paul J.Health Care L. (1999), 39, 61; *Robertson*, 69 Ind.L.J. (1994), 1027, 1039; *Corvalan*, 7 Alb.L.J.Sci.&Tech. (1997), 335; *Steinbock*, 6 Stan. L. & Pol'y Rev. (1995), 57, 62.

³³⁹ S.o. 4. Teil C. I.1.a)bb).

³⁴⁰ S.o. 4. Teil C. I.1.b).

aa) Schutzbereich

aaa) Die Gerichte gestehen jeder Frau ein Recht zu, abzutreiben und Verhütungsmittel zu benutzen. Für alleinstehende Personen wurde nur dieses Recht, sich nicht fortzupflanzen, von den Gerichten anerkannt, wohingegen für verheiratete Personen auch das positive Recht, sich fortzupflanzen anerkannt wurde³⁴¹. In der Literatur wurde deswegen diskutiert, ob auch für Alleinstehende ein umfassendes Recht auf Fortpflanzung besteht.

Zunächst gilt, dass auch die unverheiratete Frau die familiären Werte, die die Verfassung schützen will, im Zusammensein mit ihrem Kind pflegen kann. Die Gründe, ein Kind in die Welt zu setzen, sind bei verheirateten und unverheirateten Frauen dieselben – sie wollen ein genetisch verwandtes Kind, dieses lieben und von ihm geliebt werden, ihre persönlichen Ideale und Werte und einen Teil ihrer selbst an die nächste Generation weitergeben³⁴².

Früher allerdings war alleinstehenden Personen das Recht auf Fortpflanzung entweder gar nicht oder nur beschränkt zugestanden worden. Dahinter stand das moralische Interesse, außerehelichen Geschlechtsverkehr sowie die Verbreitung von Geschlechtskrankheiten zu verhindern³⁴³. Diese Gründe dürfen als überholt gelten und treffen auf die künstliche Fortpflanzung schon gar nicht zu.

Das Recht der unverheirateten und verheirateten Frau geht so weit, dass sie entscheiden kann, ob sie eine Schwangerschaft durch künstliche Mittel verhindert oder beendet. Wenn sie also sogar die freie Entscheidung darüber hat, ob ein bereits entstandenes Leben wieder abgetötet werden soll, sollte man ihr auch die Freiheit zugestehen, zu entscheiden, ob sie eine Schwangerschaft durch künstliche Mittel auslöst³⁴⁴. Es handelt sich hierbei um eine positive Entscheidung für neues Leben und diese sollte nicht, nur weil sie auf künstlichem Wege umgesetzt wird, verboten werden. Außerdem ist es alleinstehenden Personen auch möglich, ein Kind zu adoptieren, falls sie nicht in der Lage sind, Kinder zu bekommen³⁴⁵. Ihre Entscheidung, mit einem Kind zusammenzuleben und es großziehen zu wollen, wird also akzeptiert.

Einige Autoren weisen darauf hin, dass es unfair sei, das Kind mit der Intention in die Welt zu setzen, dass es stets nur einen Elternteil haben werde und den Vater nie kennen lernen könne³⁴⁶. Dem wird jedoch auch in der amerikanischen Literatur entgegengehalten, dass es auch genügend Kinder gebe, deren Vater vor der Geburt

³⁴¹ Meyer v. Nebraska, 262 U.S. 390 (1923); Stanley v. Illinois, 405 U.S. 645 (1972); Kritchevsky, 4 Harv. Women's L.J. (1981), 1, 28.

³⁴² Note, 98 Harv.L.Rev. (1985), 669, 679; Robertson, 59 S.Cal.L.Rev. (1986), 942, 962.

³⁴³ State v. Saunders, 381 A.2d 333 (N.J. 1977); Kritchevsky, 4 Harv. Women's L.J. (1984), 1, 20.

³⁴⁴ Silvoso, 3 W.St.Univ.L.Rev. (1975), 48, 55ff; Kritchevsky, 4 Harv. Women's L.J. (1981), 1, 28; Note, 98 Harv.L.Rev. (1985), 669, 679; Robertson, 69 Va.L.Rev. (1983), 405; Kerr, 3 DePaul J.Health Care L. (1999), 39, 73; Krause, 19 Fam.L.Q. (1985), 185; Lorio, 44 La. L. Rev. (1997), 1641, 1642; Field, Surrogate Motherhood 59; Liu, Artificial Reproduction, 33; Entscheidungen in diesem Sinne: Johnson v. Calvert, 851 P.2d (Ca. 1993), 776; Hecht v. Superior Court, 20 Cal. Rptr.2d 275 (Cal. 1993); Lifchez v. Hartigan, 735 F. 1361 (N.D. 1990); Davis v. Davis, 842 S.W.2d 588 (Tenn. 1992); a.A. Sieck, 147 U.Pa. L.Rev. (1998), 435, 477, 482.

³⁴⁵ Kritchevsky, 4 Harv. Women's L.J. (1984), 1, 20; Note, 98 Harv.L.Rev. (1985), 669, 283; Manus, 29 U.Mich.J.L.Ref. (1996), 671, 704; Harlow, 6 S. Cal. Rev. L. & Women's Studies (1996), 173, 218.

³⁴⁶ Golombok/ Tasker, 9 Hum. Reproductions (1994), 1972; Shaffler, Developmental Psychology, 534.

stirbt oder deren Eltern aufgrund einer bereits bekannten Krankheit eine sehr kurze Lebenserwartung haben³⁴⁷. Ebenso könne die zunächst stabile Ehe bei Geburt des Kindes sich in Kürze auflösen, und das Kind müsse auch dann mit einem Elternteil auskommen und könne zusätzlich noch psychische Probleme aufgrund des vorangegangenen Scheidungskrieges der Eltern haben³⁴⁸. Außerdem sei es heutzutage jeder Frau auch auf natürlichem Weg möglich, ein Kind zu bekommen, ohne dass der Vater des Kindes dies jemals erfährt³⁴⁹. Des Weiteren wird es als schlicht „unangebracht“ bezeichnet, einer Frau den Zugang zu einer sicheren medizinischen Prozedur lediglich aufgrund ihres Familienstandes zu verweigern³⁵⁰. Somit steht der alleinstehenden Frau also grundsätzlich ein Recht auf Fortpflanzung zu.

Hinzu kommt, dass die genannten Aspekte des Kindeswohls wie auch bei der deutschen Rechtslage eher eine Frage der Schranken eines möglichen Rechts auf Fortpflanzung sind, als dass sie Grund geben würden, der alleinstehenden Frau ein Recht ganz abzusprechen. Es scheint demnach dringend geboten, auch der alleinstehenden Frau ein verfassungsrechtlich garantiertes Recht auf Fortpflanzung, auch mit künstlichen Mitteln, zu geben.

bbb) Auch wenn allgemein ein Recht der alleinstehenden Frau auf Fortpflanzung existiert, so bedeutet dies noch nicht, dass die Frau sich auch mit dem Samen eines bereits Verstorbenen fortpflanzen darf. Denn auch, wenn das Recht auf Fortpflanzung durch die Verfassung geschützt wird, so sind doch nicht alle Handlungen, die zur Fortpflanzung beitragen, ebenfalls geschützt. Es stellt sich also die Frage, ob der sachliche Anwendungsbereich des Rechts auf Fortpflanzung auch die postmortale Befruchtung erfasst.

Auch auf Seiten der Frau tauchen ähnliche Bedenken gegen eine postmortale Insemination auf wie bereits beim Verstorbenen. So wird das Kind in die Welt gesetzt, ohne jemals die Möglichkeit zu haben, seinen Vater kennen zu lernen, die restliche Familie kann emotional und erbrechtlich belastet werden, und die Frau selbst könnte aufgrund ihres Kummers überstürzt handeln. Anders als bei der Diskussion des Rechts des Verstorbenen existiert hier jedoch ein noch lebender Mensch, der sich durch das Kind seine Wünsche nach genetisch verwandten Kindern sowie nach Identität und Würde erfüllen kann. Ein mit dem Verstorbenen verwandtes Kind kann der Witwe über ihren Kummer hinweghelfen, wenn sie sieht, dass dieser noch weiterlebt. Sie selbst lebt ebenfalls in dem Kind weiter, und es liegen alle oben genannten Gründe vor, weswegen ein Mensch sich fortpflanzen will. Außerdem wird das Recht auf Fortpflanzung auch stets auf die Entscheidung erweitert, mit wem man sich fortpflanzen will. Wenn man sich also seinen Fortpflanzungspartner frei aussuchen

³⁴⁷ Auch haben Studien ergeben, dass das Kind nicht automatisch psychologische Probleme hat, weil es ohne Vater oder von zwei Frauen großgezogen wird: McGuire/ Alexander, 43 *Fertility & Sterility* (1985), 182; Faulk, 44 *Am. Psychol.* (1989), 941, 943ff; Polikoff, 78 *Geo. L.J.* (1990), 459, 561f.

³⁴⁸ Garrison, 113 *Harv.L.Rev.* (2000), 835, 906; Douglas, *Law, Fertility and Reproduction*, 122 (1991).

³⁴⁹ In den Jahren 1990 bis 1994 machte die Zahl der Geburten unverheirateter Frauen 53 % aller Geburten aus, auffallend daran ist, dass sich die Zahl der Teenagergeburten verringert hat, dafür die Zahl der Geburten von Frauen in den 30ern angestiegen ist; s. Jackson/ Claassen, *The Fort Worth Star-Telegram* Nov. 15th 1999.

³⁵⁰ Alle Argumente stammen aus *Jhordan C. v. Mary K.*, 224 *Cal. Rptr.* 530 (Cal. 1986).

kann, muss man auch die Möglichkeit haben, sich einen bereits Verstorbenen zum Partner zu wählen, wenn eine Fortpflanzung mit seinen Gameten noch möglich ist³⁵¹.

Der Witwe steht also ein verfassungsmäßiges Recht auf Fortpflanzung auch mit den Samen ihres verstorbenen Mannes zu³⁵².

bb) Rechtfertigung des Eingriffs

Da es sich beim Recht auf Fortpflanzung um ein von den Gerichten entwickeltes Grundrecht handelt, kann ein Eingriff in dieses nur gerechtfertigt werden, wenn ein vernünftiger und erheblicher Grund bzw. ein anerkanntes staatliches Interesse dagegen spricht, und die Norm eng gefasst ist, so dass kein weniger einschneidender Eingriff möglich ist³⁵³. Es sind verschiedene staatliche Interessen denkbar, die den Eingriff in das Recht auf Fortpflanzung der Frau rechtfertigen könnten. Die deutsche und die amerikanische Literatur unterscheiden sich in der Akzentuierung der vorgebrachten Interessen.

aaa) Kaum einen Unterschied gibt es allerdings hinsichtlich des Kindeswohls. Betont wird zunächst der Gedanke, dass das Kind schon von vorne herein niemals die Chance habe, in einer intakten Familie aufzuwachsen und seinen Vater kennen zu lernen. Ihm würden gewisse Vorteile, sowohl wirtschaftlicher als auch persönlicher Natur, vorenthalten, die die Gesellschaft damit verbinde, zwei Elternteile zu haben³⁵⁴. Es könnte somit einen Verstoß gegen die Menschenwürde des Kindes darstellen, wenn es ohne Vater gezeugt wird.

Für ein Kind kann es schwierig sein, mit der Tatsache fertig zu werden, dass sein Vater bei der Zeugung bereits tot war. Der psychische Schock ist aber nicht unbedingt größer als der eines Kindes, das eine alleinstehende Frau nach heterologer Insemination zur Welt bringt oder dessen Vater stirbt, wenn es noch im Baby- oder Kleinkindalter ist³⁵⁵.

Letztlich entscheidend ist aber wie auch im deutschen Recht das Vorbringen, es sei für ein Kind stets besser geboren zu werden als nicht, gleichgültig wie die Umstände seiner Zeugung sind³⁵⁶. Es kann nicht damit argumentiert werden, dass ein noch nicht gezeugtes Kind geschützt werden müsse, da dieses auch nach US-amerikanischem Verfassungsrecht noch keine Rechte hat. Das Recht, das hier herangezogen werden könnte, wäre das Recht, nicht gezeugt zu werden. Ein solches

³⁵¹ Robertson, 69 Ind.L.J. (1994), 1021, 1044.

³⁵² Chester, 33 Hous. L.Rev. (1996), 967, 981; Hodel v. Irving, 481 U.S. (1987), 704; Gibbons, 14 J.Contemp. Health L. & Pol'y (1997), 187, 202.

³⁵³ S.o. 4.Teil B.II.3.a).

³⁵⁴ McGuire/ Alexander, 43 Fertility and Sterility (1985), 182; Gilbert, Hofstra L.Rev. (1993), 521, 539; Sutton, 73 St.John's L.Rev. (1999), 857, 920.

³⁵⁵ Hecht v. Superior Court, 20 Cal. Rptr.2d, 275, 288 (Cal. 1993); Berry, 72 Tul. L. Rev. (1997), 231, 253.

³⁵⁶ Shuster, 15 J.Contemp.Health L. & Pol'y (1999), 401, 412f; Robertson, 69 Ind.L.J. (1994), 1027, 1040; ders.: Children of Choice, 75f; Shapiro, 28 U.S.F.L.Rev. (1994), 647, 669; Gilbert, 22 Hofstra L. Rev. (1993) 521, 546; Brown u.a., 39 Vand.L.Rev. (1986), 597, 655; Strasser, 60 Tenn. L.Rev. (1992), 135, 173f;

es kann grundsätzlich stets nur mit dem Interesse oder Wohl bereits lebender Personen argumentiert werden; Field, Surrogate Motherhood, 54; Peters, 8 S.Cal.Interdisciplinary L.J. (1999), 375, 381 geht davon aus, dass außer in Ausnahmefällen, wenn aufgrund einer Krankheit kein „wirkliches“ Leben möglich ist, es immer besser ist, geboren zu werden als nicht, wann jedoch dieses Level überschritten sein soll, ist nicht klar.

existiert jedoch nicht³⁵⁷. Gegen das Vorliegen einer Verletzung der Menschenwürde in ihrer objektiven Ausprägung können die gleichen Argumente wie in Deutschland vorgebracht werden³⁵⁸.

bbb) Als weiteres staatliches Interesse wird vorgebracht, die postmortale Insemination könne die Spaltung bereits existierender Familien bedeuten³⁵⁹. Die bereits existierenden Familienmitglieder würden zusätzlich zum Tode einer geliebten Person weiterem emotionalen, psychologischen und finanziellen Stress ausgesetzt.

Diese Familienschutzargumente müssen mit Vorsicht betrachtet werden, da sie nicht auf die Interessen des Kindes zielen, sondern vielmehr auf die der überlebenden Verwandten, die befürchten, dass ihr Erbteil geschmälert wird. Allerdings besteht auch ein staatliches Interesse daran, das Erbe des Verstorbenen so bald wie möglich nach seinem Tod unter den überlebenden Erben aufzuteilen. Um diesem Interesse nachzukommen, sollte zumindest eine zeitliche Beschränkung in die Praxis der postmortalen Insemination aufgenommen werden³⁶⁰.

Das Argument der emotionalen Verwirrung für bereits lebende Kinder oder andere Familienmitglieder kann nicht überzeugen. Eltern konsultieren in der Regel ihre Kinder vor der Entscheidung, sich fortzupflanzen, nicht, so dass diese auch bei natürlicher Fortpflanzung zweier lebender Elternteile emotionale Probleme haben können³⁶¹.

ccc) Auch wird argumentiert, man müsse die Frau vor einer übereilten und von der Trauer nach dem Tod ihres Mannes überschatteten Entscheidung schützen³⁶².

Doch auch der Schutz der Frau vermag die Einschränkung nicht zu rechtfertigen. Es gibt auch Fälle natürlicher Fortpflanzung, in denen das Kind nicht eingeplant war oder über den Kinderwunsch nicht allzu gut nachgedacht wurde³⁶³. Es hieße, die Frau zu bevormunden, wenn man ihr vorhalten würde, dass die Gründe, aus denen sie sich mit Samen ihres verstorbenen Mannes fortpflanzen möchte, die falschen sind, und sie vor sich selbst geschützt werden muss.

ddd) Als weiteres staatliches Interesse wird angeführt, dass die traditionelle Kernfamilie geschützt werden müsse. Es sollten keine neuen Arten der Familie geschaffen werden³⁶⁴. Dass auch auf natürlichem Wege bereits in vielen Fällen von der traditionellen Familie abgewichen werde, rechtfertige es nicht, dazu auch noch auf künstlichem Weg beizutragen³⁶⁵. Dagegen spricht, dass bereits seit langem auch

³⁵⁷ Shanner, 40 McGill L.J. (1995), 823, 843.

³⁵⁸ S. hierzu bereits oben 3. Teil C.II.3. und 4. Teil C.I.1.b)bb)aaa)(1.).

³⁵⁹ Robertson, 69 Ind.L.J. (1994), 1027, 1040; Corvalan, 7 Alb.L.J.Sci.&Tech. (1997), 335.

³⁶⁰ Corvalan, 7 Alb.L.J.Sci.&Tech. (1997), 335; Gilbert, 22 Hofstra L. Rev. (1993), 521, 556.

³⁶¹ Nolan, 11 BYU J.Pub.L. (1997), 1, 22.

³⁶² Zu allen Argumenten: Hecht v. Superior Court, 20 Cal.Rptr.2d, 275 (Cal.1993); ebenso Banks, 32 Loy.L.A.L.Rev. (1999), 251, 299f.

³⁶³ Gilbert, 22 Hofstra L. Rev. (1993), 521, 547.

³⁶⁴ Weisberg, The Family Coordinator, Oct. 1975, 549; Nolan, 11 B.Y.U. J.of Pub. L. (1997), 1, 22; Donovan, 11 Rev.L.& Soc. Change (1982/ 83), 193, 241; Kritchevsky, 4 Harv. Women's L.J.1, (1981), 29.

³⁶⁵ Grinwald, 24 J.of Div. & Remarr. (1995), 183; Atwood/ Zebersky, 24 J.of Div. & Remarr. (1995), 133.

nichttraditionelle Familien vom *Supreme Court* als schützenswert anerkannt werden³⁶⁶. Alleinerziehende Mütter sind keine Seltenheit mehr. Auch werden durch die postmortale Insemination keine neuen Arten von Familien geschaffen – die Art der Familie der alleinerziehenden Mutter mit Kind existiert bereits. Des Weiteren ist es alleinstehenden Frauen auch erlaubt, Kinder zu adoptieren. Hier wird also genau diese Art der Familie vom Staat akzeptiert und unterstützt³⁶⁷. Das zeigt außerdem, dass es alleinstehende Frauen gibt, die sowohl von ihrer wirtschaftlichen als auch ihrer privaten Situation her in der Lage sind, ein Kind großzuziehen.

eee) Ein weiteres Interesse kann darin gesehen werden, dass staatliche Gelder geschützt werden sollen. Da viele alleinstehende Mütter auf staatliche Hilfe angewiesen seien, seien auch ihre Kinder eine Belastung für die Staatskasse³⁶⁸.

Gegen dieses Staatsschutzargument kann vorgebracht werden, dass Frauen, die sich für einen solchen Eingriff entscheiden, zumeist recht wohlhabend sind, da die Prozedur sehr teuer ist. Anders als bei alleinerziehenden Müttern, deren Kind natürlich gezeugt wurde, besteht jedenfalls in der Allgemeinheit nicht die Gefahr, dass das Kind zu einer Last für den Staat wird. Jedenfalls gäbe es weniger einschneidende Maßnahmen, mit denen eine Belastung der Staatskasse verhindert werden könnte³⁶⁹.

fff) Eine weitere Einschränkung des Rechts der Frau könnte der entgegenstehende Wunsch ihres verstorbenen Mannes darstellen. Wollte dieser nämlich keine postmortalen Kinder zeugen, stehen sich unterschiedliche rechtliche Interessen gegenüber, die gegeneinander abgewogen werden müssen.

Zwar haben die Gerichte und auch die meisten Autoren dem Verstorbenen ein Recht auf Fortpflanzung nach dem Tod aberkannt³⁷⁰, dennoch sahen alle wesentlich weniger Probleme in Fällen, in denen der Verstorbene vor seinem Tod den Wunsch zur postmortalen Zeugung ausdrücklich geäußert hat³⁷¹. Nur wenn er ebenfalls damit einverstanden war, dass nach seinem Tod mit seinem Samen ein Kind gezeugt wird, sollte diese Prozedur vorgenommen werden. Dem Verstorbenen wird also kein positives Recht auf Fortpflanzung zuerkannt. Er hat aber in sofern ein negatives Recht, als dass ohne seine Zustimmung die Durchführung der postmortalen Insemination nicht möglich ist. Denn auch wenn der Tod die Existenz des Menschen beendet, sollen auch die Toten Verfassungsinteressen haben, die durch postmortale Ereignisse verletzt werden können. Was also verletzt werden könnte, falls eine postmortale Insemination

³⁶⁶ Levy v. Louisiana, 391 U.S. 68 (1968); Stanley v. Illinois, 405 U.S.645 (1972); Smith v. Org. of Foster Families for Equality and Reform, 431 U.S. 816 (1977).

³⁶⁷ Note, 98 Harv.L.Rev. (1985), 669, 283; Manus, 29 U.Mich.J.L.Ref. (1996), 671, 704; Harlow, 6 S. Cal. Rev. L. & Women's Studies (1996), 173, 218.

³⁶⁸ Donovan, 11 Rev.L.& Soc. Change (1982/83), 193, 240f; Kritchevsky, 4 Harv. Women's L.J. (1981), 1, 29ff.

³⁶⁹ S.o. 4. Teil C.I.1.b)bb)aaa)(1.) – etwa bestimmte Anforderungen an das Vermögen der Mutter oder der Abschluss einer Versicherung.

³⁷⁰ s.o. 4. Teil C.I.2.a)aa).

³⁷¹ Hecht v. Superior Court, 20 Cal.Rptr.2d , 248 (Cal. 1993); Corvalan, 7 Alb.L.J.Sci.&Tech. (1997), 335; Schiff, 75 N.C.L.Rev. (1997), 901, 901ff; Bailey, 47 DePaul L.Rev. (1998), 743, 763.

gegen den Willen des Verstorbenen vorgenommen wird, ist dessen Wunsch, in einer bestimmten Beziehung zu anderen Menschen zu stehen oder auch nicht³⁷².

Andere dagegen sprechen dem Verstorbenen jegliche rechtlichen und tatsächlichen Interessen ab, da ihm weder geschadet noch genutzt werden könne³⁷³. Es wird vorgebracht, dass den Interessen des Verstorbenen, was die Fortpflanzung mit seinen Gameten angeht, deswegen nicht Folge geleistet werden müsse, da er, anders als ein noch lebender Elternteil, nie erfahren werde, dass er noch einen genetischen Abkömmling hat und daher auch nie emotional oder finanziell belangt werden könne³⁷⁴.

Nun beeinflusst die Entscheidung, sich nach seinem Tod noch fortzupflanzen, die Gestalt des Lebens des Verstorbenen bzw. seines Andenkens wesentlich mehr als zum Beispiel die Entscheidung, ein Organ zu spenden. Die Wünsche bezüglich der Organspende werden jedoch vom Gesetz akzeptiert. Daher wäre es seltsam, wenn einem Wunsch, der so zentral für die persönliche Identität eines Menschen ist wie die Entscheidung, ob man sich fortpflanzen will oder auch nicht, keine Wichtigkeit beigemessen würde³⁷⁵.

ggg) Denkbar bestünde die Möglichkeit einer Rechtfertigung durch Sittengesetze oder Schranken der Moral. Dann müssten die Sitten- und Wertvorstellungen als ein bedeutendes staatliches Interesse aufzufassen sein³⁷⁶. Bei den bereits genannten staatlichen Interessen handelt es sich um eng definierte Interessen. Allein auf die Sittenwidrigkeit abzustellen wäre eine sehr weite Einschränkung ohne genauere Definition. Daher wird sie von keinem der Autoren, die sich mit der Einschränkung des Rechts auf Fortpflanzung durch staatliche Interessen beschäftigen, vorgebracht. *Bork* weist jedoch darauf hin, dass jedes Gesetz auf moralischen Vorstellungen gewisser Personen beruht und dass es daher nur normal sei, auch auf diese moralischen Aspekte Rückgriff zu nehmen. Dies werde de facto auch in den meisten Gerichtsentscheidungen getan³⁷⁷. Dies mag zwar stimmen, jedoch wurde niemals lediglich unter Rückgriff auf die guten Sitten oder moralische Vorstellungen ein Eingriff in ein verfassungsrechtlich geschütztes Recht gerechtfertigt. Vielmehr wird immer ein genau spezifizierter Aspekt dieser Moralvorstellungen vorgebracht und seine Wichtigkeit diskutiert. Somit kann ein Eingriff in verfassungsrechtlich geschützte Rechte nicht mit dem Hinweis auf die Sitten- und Moralvorstellungen gerechtfertigt werden.

cc) Zwischenergebnis

In den USA ist die postmortale Insemination nicht verboten. Ein Verbot würde mit den verfassungsmäßigen Rechten der Frau kollidieren. Ein überwiegendes staatliches Interesse, das einen solchen Eingriff rechtfertigen würde, ist nicht zu

³⁷² Schiff, 75 N.C.L.Rev. (1997), 901, 936; so im Ergebnis auch Dwyer, 52 Rutgers L.Rev. (2000), 881, 886 ff.

³⁷³ Partridge, 91 Ethics 2(1981), 43 ff.

³⁷⁴ Schiff, 75 N.C.L.Rev. (1997), 901, 942; Robertson 69 Ind.L.J. (1994), 1027, 1031.

³⁷⁵ Schiff, 75 N.C.L.Rev. (1997), 901, 943; Andrews/ Elster, 21 J.Legal Med. (2000), 35, 55f.

³⁷⁶ Dagegen in Bezug auf Leih- und Ersatzmutterchaft: Manus, 29 U.Mich.J.L.Ref. (1996), 671, 697.

³⁷⁷ Bork, *The Tempting of America*, 124f.

erkennen. Insbesondere kann nicht auf das Sittengesetz verwiesen werden, da dieses in den USA nicht als Beschränkung von Grundrechten anerkannt ist.

II. Heterologe Insemination

1. Allgemeine Zulässigkeitserwägungen

a) Deutschland

Die Zulässigkeit der heterologen Insemination ist bis heute nicht unumstritten. Gesetzlich ist diese Art der künstlichen Fortpflanzung bisher nicht geregelt. Dies ist nicht zuletzt deswegen überraschend, weil die Diskussion um ein gesetzgeberisches Einschreiten bereits vor mehr als vierzig Jahren begonnen hat.

aa) Geschichtliche Diskussion und heutige Rechtslage

Zur Zeit des Nationalsozialismus soll es an der Tagesordnung gewesen sein, heterologe Inseminationen durchzuführen. Diese dienten dem Zweck, arische Kinder zu „züchten“³⁷⁸. Die eheliche Kindschaft wurde abgewertet. Es ging nicht mehr darum, in welches Umfeld das Kind geboren wurde, sondern lediglich darum, ob es reine Erbanlagen hatte. Daher wurde die heterologe Insemination nicht als anstößig angesehen. Ebenfalls für die allgemeine Zulässigkeit der heterologen Insemination sprachen nach Ansicht des damaligen Justizministers *Thierack* die kriegsbedingten Verluste und die Notwendigkeit einer Bevölkerungsexpansion³⁷⁹.

Bereits zum Zeitpunkt der Schaffung des Familienrechtsänderungsgesetzes von 1961 wurden Stimmen laut, die sich für ein Verbot der heterologen Insemination aussprachen. Es wurde vorgebracht, dass sie das Kind systematisch in seinem Recht treffe, seine Herkunft zu erfahren³⁸⁰. Auch damals wurde also bereits ein Recht des Kindes auf Kenntnis seiner genetischen Abstammung, wenn auch nicht ausdrücklich, so doch indirekt, anerkannt. Außerdem sollte verhindert werden, dass dem Kind, falls der Samenspender anonym geblieben war und der Ehemann der Mutter die Ehelichkeit angefochten hatte, kein Vater und somit kein Unterhaltsschuldner mehr zugeordnet werden könnte.

Die große Strafrechtskommission befasste sich ab dem Jahre 1958 mit einer Strafbarkeit künstlicher Samenübertragungen. Im Jahre 1962 wurde dann der Entwurf eines Strafgesetzbuches vorgelegt, dessen § 203 eine künstliche Samenübertragung unter Strafe stellen sollte³⁸¹. Als Argumente hierfür wurden vorgebracht, die

³⁷⁸ Schläger sprach sich hier für die heterologe Insemination mit dem Argument aus, eine rassisch und gesundheitlich wertvolle Familie sei das Ziel der Bevölkerungspolitik; Schläger in Med. Klinik 1943, 147.

³⁷⁹ Giesen, FamRZ 1965, 248, 249; Wille, Die Insemination, 5

³⁸⁰ Helling, § 203 E 1962, 126; Schwalm, GA 1959, 1, 9; Giesen, Die künstliche Insemination, 174; ders.: FamRZ 1965, 248, 250.

³⁸¹ Der Wortlaut des § 203 E 1962 lautete:

„§ 203 Künstliche Samenübertragung

(1) Wer eine künstliche Samenübertragung bei einer Frau vornimmt, wird mit Gefängnis bis zu drei Jahren bestraft.

(2) Eine Frau, die eine künstliche Samenübertragung bei sich vornimmt oder zulässt, wird mit Gefängnis bis zu einem Jahr oder mit Strafhaft bestraft.

heterologe Insemination gleiche einem Ehebruch, führe zur Zerstörung der ehelichen Gemeinschaft, missachte das Recht des Kindes auf Kenntnis seiner Abstammung und begründe eine verstärkte Inzestgefahr aufgrund der Verschleierung der biologischen Abstammungsverhältnisse³⁸². Außerdem wurde angeführt, dass es so zu Eingriffen in „die Wurzel der Sittenordnung und der menschlichen Kultur“ komme, und das Gesetz „ihre sozialetische Verwerflichkeit“ daher „auch rechtlich mit aller Deutlichkeit und Entschiedenheit zum Ausdruck bringen“ müsse³⁸³.

Dieser Gesetzesvorschlag wurde jedoch nie in die Tat umgesetzt, da er nach Auffassung des 9. Internationalen Strafrechtskongresses in Den Haag 1964³⁸⁴ aufgrund der rechtlichen Tolerierung in anderen Ländern in ein politisches Abseits geführt hätte. So wurde die heterologe Insemination in Deutschland zwar nicht unter Strafe gestellt, jedoch vom Deutschen Ärztetag im Jahre 1959 für standeswidrig erklärt³⁸⁵. Sie widerspreche der Ordnung der Ehe und ihre medizinischen, rechtlichen und psychologisch-ethischen Folgen seien für den Arzt nicht überschaubar³⁸⁶.

Im Jahre 1970 revidierte der Deutsche Ärztetag seinen Beschluss von 1959 und erklärte die heterologe Insemination nicht mehr für standeswidrig, sondern lediglich für nicht empfehlenswert³⁸⁷. Die Rechtsberatertagung der Ärztekammern des Bundesgebietes beschloss in diesem Jahr Leitsätze für die heterologe Insemination. Sie forderten zum einen den Gesetzgeber auf, die Anfechtung des der Insemination zustimmenden Ehemannes auszuschließen, zum anderen gaben sie Empfehlungen an die Ärzteschaft, wie diese die heterologen Inseminationen durchführen sollte.

1979 wurde ein Vorschlag für eine gesetzliche Regelung der heterologen Insemination von einem juristisch-medizinischen Sachverständigenausschuss vorgelegt³⁸⁸. Danach sollte eine heterologe Insemination nur nach dem Einverständnis der Frau, ihres Ehemannes und des Samenspenders und nur von einem Arzt durchgeführt werden. Der Name des Samenspenders sollte anonym bleiben. Zwischen dem Kind und dem Samenspender sollten keinerlei verwandtschaftliche Bindungen oder Unterhaltsansprüche bestehen. Vielmehr sei das Kind das eheliche der Wunscheltern und an dieser Zuordnung könne nichts geändert werden. Dieser Entwurf wurde ebenfalls nie Gesetz.

Im Bericht des im Jahre 1984 eingesetzten Benda–Ausschusses³⁸⁹ wurden auch die Probleme der heterologen Insemination kurz angeschnitten. Sie wurde aus

(3) Die Absätze 1 und 2 sind nicht anzuwenden, wenn ein Arzt Samen des Ehemannes bei dessen Ehefrau mit Einwilligung beider Ehegatten oder eine Frau bei sich Samen ihres Ehemannes mit dessen Einwilligung überträgt.

(4) Wird die Tat des Absatzes 1 ohne Einwilligung der Frau begangen, so ist die Strafe Gefängnis nicht unter sechs Monaten“.

BT-Drucks. V/ 32, 43

³⁸² Siehe zu diesen Gründen: Baumann, Fortpflanzungsmedizin, 177, 178; Begründung E 62, 356ff.

³⁸³ Hanack, Juristische Problematik, 168, 178.

³⁸⁴ Hierzu Blau, FamRZ 1965, 244, 245; Frank, FamRZ 1988, 113, 113.

³⁸⁵ S. Fromm, Artifizielle Insemination, 31.

³⁸⁶ Wortbericht des 62. Deutschen Ärztetages 1959, S. 35 ff (zit. in Keller/ Günther/ Kaiser, ESchG, Einführung III, Rn. 2).

³⁸⁷ Ergebnisse des 73. Dt. Ärztetages 1970, 13.

³⁸⁸ Abgedruckt bei Hausheer, Zur Problematik der künstlichen Insemination, 226ff.

³⁸⁹ S. dazu bereits ausführlicher oben 4. Teil A.I.

verschiedenen Gründen, von denen die meisten auch heute noch in der Diskussion genannt werden, für bedenklich gehalten. Zum einen bestünde die Gefahr einer Traumatisierung des Kindes, wenn es erfahre, auf welchem Weg es gezeugt wurde. Außerdem widerspreche es unserem Menschenbild, dass der Vater von einem Dritten ausgesucht werde, und dieser sich ohne Übernahme jeglicher Verantwortung lediglich zum Samenspender degradiere. Auch wurden die möglichen Probleme auf Seiten des Ehemannes erwähnt, der jede ihm unerwünschte Entwicklung des Kindes auf Erbanlagen des Samenspenders zurückführen könnte. Mit Verweis auf den Missbrauch zur Zeit des Nationalsozialismus wurde auch hier davor gewarnt, es könne eines Tages dazu kommen, dass durch die Spenderauswahl besonders „hochwertige“ Menschen gezeugt würden³⁹⁰. Nichtsdestotrotz hielt aber auch diese Kommission die heterologe Insemination nicht für generell unvertretbar oder etwa für einen Verstoß gegen die Menschenwürde³⁹¹. Allerdings sollte ihrer Meinung nach die Identität des Spenders dokumentiert werden, und es sollten wegen der Inzestgefahr nicht mehr als zehn Nachkommen mit dem Samen eines Spenders gezeugt werden³⁹².

Eine weitere Äußerung zu diesem Thema findet sich in den Thesen des Deutschen Richterbundes, die dieser im Jahre 1986 zum Thema Fortpflanzungsmedizin und Humangenetik beschloss³⁹³. Hiernach wurde eine heterologe Insemination für nicht empfehlenswert, eine heterologe in-vitro Fertilisation sogar für unvertretbar gehalten. Auch hier wurde wieder auf die rechtlichen, psychischen und ethischen Probleme hingewiesen, die mit einer solchen Insemination verbunden seien. Eine Anonymität des Samenspenders wurde ebenfalls abgelehnt.

Auch der 56. Deutsche Juristentag, der vom 9.-12.9.1986 in Berlin stattfand, befasste sich mit diesen Fragen³⁹⁴. Er erklärte die künstliche Befruchtung nicht für ablehnenswert, aber doch nur unter bestimmten Voraussetzungen für zulässig³⁹⁵. So sollten zuvor alle anderen Möglichkeiten zur Erfüllung des Kinderwunsches eines Ehepaars, besonders auch die Adoption, abgeklärt werden. Das Kind müsse in eine stabile Partnerschaft, worunter auch nichteheliche Partnerschaften fallen sollten, hineingeboren werden, der Kinderwunsch des Ehepaars müsse ein ernsthafter sein, und man dürfe vor allem nie das Wohl des Kindes außer Acht lassen. Grundsätzlich müssten beide Partner der Insemination zustimmen. Fehle jedoch die Zustimmung eines der Partner, so ändere dies nichts an der statusrechtlichen Zuordnung des Kindes als eheliches. Der Partner, der der Insemination nicht zugestimmt hat, könne jedoch von dem anderen Schadensersatz gemäß §§ 823, 847 BGB fordern. Außerdem müsse das Recht des Kindes auf Kenntnis der eigenen Abstammung gewährleistet sein, indem die Identität des Samenspenders dokumentiert werde. Ebenfalls sei eine

³⁹⁰ Zu allen Argumenten siehe Benda-Bericht, 21ff.

³⁹¹ Benda-Bericht, 24.

³⁹² Benda-Bericht, 29.

³⁹³ Veröffentlicht unter dem Titel „Menschenwürde als oberster Maßstab“ in DRiZ 1986, 229f.

³⁹⁴ Das Thema lautete: „Die künstliche Befruchtung beim Menschen – Zulässigkeit und zivilrechtliche Folgen“; Ergebnisse sind veröffentlicht in DJT Protokollen Band II K 233ff.

³⁹⁵ S. zu dieser und den folgenden Forderungen DJT Protokolle, Band II, K 233ff.

gesetzliche Regelung zu treffen, die dem Ehemann nach vorheriger Zustimmung zur Insemination kein Anfechtungsrecht mehr einräume.

Die Bund-Länder-Arbeitsgruppe Fortpflanzungsmedizin vom Bundesminister der Justiz empfahl in ihrem Abschlußbericht von August 1988, die heterologe Insemination unter bestimmten Umständen, wie zum Beispiel der Beachtung des Kindeswohls, einer notariell beurkundeten Zustimmung des Ehemannes und einer Beratungspflicht zuzulassen³⁹⁶.

Zusammenfassend ist zu sagen, dass die heterologe Insemination in den fünfziger und sechziger Jahren kategorische Ablehnung erfuhr, später immer noch kritisch, jedoch nicht mehr völlig ablehnend betrachtet wurde. Bis heute finden sich jedoch in den Gesetzen, die sich zum Teil zur Zulässigkeit der Methoden künstlicher Fortpflanzung äußern, dem Embryonenschutzgesetz und dem Adoptionsvermittlungsgesetz, keine Aussagen zur Zulässigkeit der heterologen Insemination. Ebenso existieren keine Sondernormen im BGB, die diese Konstellation regeln. Allein das ärztliche Standesrecht hat Richtlinien für die heterologe Insemination geschaffen³⁹⁷.

Die „Richtlinien der Bundesärztekammer zur Durchführung des intratubaren Gametentransfers, der In-vitro Fertilisation mit Embryotransfer und anderer verwandter Methoden“³⁹⁸ sprechen sich nicht gegen die grundsätzliche Zulässigkeit der heterologen Insemination aus. Sie soll jedoch nur in Ausnahmefällen bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen durchgeführt werden.

So sollen diese Methoden grundsätzlich nur bei Ehepaaren Anwendung finden. Ausnahmen sind nur zulässig nach vorheriger Anrufung der bei der Ärztekammer eingerichteten Kommissionen³⁹⁹. Eine Insemination bei nicht verheirateten Partnern ist nach diesen Richtlinien grundsätzlich unzulässig. Der Grund für diese Unterscheidung wird in erster Linie in der geringen Beständigkeit nichtehelicher Gemeinschaften gesehen⁴⁰⁰. Für den Fall, dass eine Frau ohne Partner lebt, sich aber dennoch ein Kind wünscht, ist ebenfalls eine heterologe Insemination denkbar. Auch hier spricht jedoch erst recht das ärztliche Standesrecht dagegen, da das Kind in keinem Fall bei der

³⁹⁶ Bundesanzeiger v. 6.1.1989 (zit. in Keller/ Günther/ Kaiser, ESchG, Einf. III Rn 23).

³⁹⁷ Beim ärztlichen Standesrecht handelt es sich um ein vom Gesetzgeber legitimes Sonderrecht, in dem sich die Selbstverwaltung der Ärzteschaft manifestiert (Taupitz, Die Standesordnung der freien Berufe; ders.: NJW 1986, 2851; Kleine-Cosack Berufsständische Autonomie und Grundgesetz, 259; Deutsch, MedR, Rn 7). Es ist reines Sonderrecht der Ärzte und darf daher nicht das Verhalten von Patienten oder Dritten regeln (Deutsch, MedR, Rn 7). Die standesrechtlichen Pflichten werden von Berufsgerichten überwacht, die auch Sanktionen gegenüber den Ärzten verhängen können (Deutsch, MedR, Rn 7).

³⁹⁸ DÄrzteBl. 93, Heft 7, (16.2.1996), 9.

³⁹⁹ Sec. 3.2.3 BAeK Richtlinien.

⁴⁰⁰ Nach Vaskovics/ Rost/ Rupp, Lebenslage nichtehelicher Kinder 1997, 80f bestehen von den nichtehelichen Partnerschaften 6 Jahre nach der Geburt des Kindes nur noch 17% von ehemals 82% bei Beginn der Schwangerschaft; eheliche Kinder hingegen sind bis zur Volljährigkeit nur zu 14% von der Scheidung ihrer Eltern betroffen; dagegen geht die Leitlinie der SPD vom Oktober 1985 in: Däubler-Gmelin, Gentechnologie 7 davon aus, dass unverheiratete Paare den verheirateten in Bezug auf künstliche Fortpflanzung gleichgestellt werden sollten; dieser Vorschlag wurde jedoch nie gesetzlich normiert; ebenso sprach sich auf dem 56. DJT 1987 eine knappe Mehrheit dafür aus, dass die künstliche Zeugung außer bei Ehepaaren auch bei stabilen nichtehelichen Lebensgemeinschaften zulässig sein sollte.

Geburt einen sozialen Vater haben wird. Neben der Voraussetzung, dass die Eltern verheiratet sein sollen, wird gefordert, dass der Spender sorgfältig ausgewählt wird. Er muss gesund sein, über gute Erbanlagen verfügen und wenn möglich dem Partner der Frau auch äußerlich ähneln. Ganz allgemein soll die Verwendung von Spendersamen nur in Ausnahmefällen stattfinden. Ein solcher Ausnahmefall liegt vor allem dann vor, wenn der Ehemann unfruchtbar ist, der Samenspender sich mit der Bekanntgabe seines Namens an das Kind ausdrücklich einverstanden erklärt, die Ehegatten über jegliche tatsächliche Probleme aufgeklärt worden sind, und diese Aufklärung ausreichend dokumentiert wurde⁴⁰¹. In der Praxis lässt sich der Arzt vor der Insemination in der Regel das Einverständnis der Ehepartner schriftlich bescheinigen. Der Mann muss hierin bestätigen, dass er das Kind als das seine anerkennen wird. Auch wird in der Regel vereinbart, dass die Eltern keinerlei Ansprüche gegen den Arzt oder den Samenspender geltend machen werden und nichts unternehmen werden, um die Identität des Samenspenders ausfindig zu machen⁴⁰².

bb) Gesetzgeberische Perspektiven

Obwohl es sich bei der heterologen Insemination also um eine viel diskutierte Materie handelt, hat der Gesetzgeber auch im Zusammenhang mit der Neufassung des Kindschaftsreformgesetzes von 1998 keine speziellen Regelungen diesbezüglich eingeführt. Von verschiedenen Seiten wurde und wird immer noch ein explizites Verbot der heterologen Insemination gefordert⁴⁰³. Allgemein wird dies damit begründet, dass die heterologe Insemination gegen verfassungsrechtliche Prinzipien verstoße⁴⁰⁴, etwa mit der Menschenwürde der bei der Zeugung Beteiligten kollidiere⁴⁰⁵. In Betracht gezogen wird aber auch die Möglichkeit eines Verstoßes

⁴⁰¹ Anhang der Richtlinie zur Durchführung von In-vitro Fertilisation (IVF) und Embryotransfer (ET) als Behandlungsmethoden der menschlichen Sterilität“ vom 15.05.1985, abgedruckt im DtÄrzteBl (A) 1985, 1691 (1693ff).

⁴⁰² Muster eines solchen Einwilligungsvertrages siehe Junghans, Familienrechtlicher Status, 32.

⁴⁰³ Berghofer-Weichner, BayVBl. 1988, 449, 451; Pasquay, Insemination 179; Maunz/ Dürig/ Dürig, GG, Art. 1 I Rn. 39; Busse, Recht auf Kenntnis der Abstammung, 133; Laufs, Arztrecht, Rn 371; Heiss, Die künstliche Insemination der Frau, 143; Wille, Die Insemination, 14; Arens, Die künstliche Insemination, 116; Giesen, Die künstliche Insemination, 176ff; Baumann-Hölzle, Fortpflanzungsmedizin in Deutschland, 163, 165; wohl auch: Mieth, Fortpflanzungsmedizin in Deutschland, 169, 171; Keller, Tröndle-FS, 705, 719 spricht sich für ein Verbot, jedoch nicht auf strafrechtlicher Ebene aus.

⁴⁰⁴ Maunz/ Dürig/ Dürig, GG, Art. 1 I, Rn. 39; Laufs, Arztrecht, Rn 371; Busse, Recht auf Kenntnis der Abstammung, 133; Pasquay, Insemination 179; Krolzik, Kind um jeden Preis?, 145; Bayertz, ARSP 71, 529; Marian, Rechtsstellung des Samenspenders, 56; Keller, MedR 1988, 66; Brähler, Familie, Kinderwunsch, Unfruchtbarkeit, 94; Heiss, Die künstliche Insemination der Frau, 143; Wille, Die Insemination, 14; Arens, Die künstliche Insemination, 116.

⁴⁰⁵ So besonders.: Maunz/ Dürig/ Dürig, GG, Art. 1 I, Rn 39; Giesen, Die künstliche Insemination, 176ff; differenziert: Herzog, Heterologe Insemination, 26, 44ff; 96, 188f; früher wurde teilweise davon ausgegangen, die Samenspende verletze die Menschenwürde des Spenders, da die Samen durch Masturbation gewonnen würden, sowie aus dem Grund, dass die Samen anonym weitergegeben werden und die Möglichkeit eines Samenhandels durch die Samenbanken bestünde (Giesen, Die künstliche Insemination, 174ff; ders. Arzthaftungsrecht, 115; ders. FamRZ 1981, 413, 416; ders. JZ 1985, 652, 660; ders. Hegnauer – FS, 55ff; Maunz / Dürig/ Dürig, GG, Art. 1 Rn 39 (1958); Dürig, AöR 81 (1956), 117, 130). Dem ist jedoch entgegen zu halten, dass der Samenspender sich freiwillig und ohne äußeren Druck zu einer Samenspende bereit erklärt und er auch kein Interesse an der Aufklärung seiner Person hat. Anders als zum Beispiel bei einer freiwilligen Einwilligung in Folter, Sklaverei oder Menschenhandel, wird der Spender hier nicht zum Objekt staatlichen Handelns degradiert und die Einwilligung in eine Samenspende widerspricht auch nicht dem herrschenden Rechtsethos unserer Zeit (Busse, Kenntnis der eigenen Abstammung, 129 mwN).

gegen Art. 6 Abs. 1 GG und einer Verletzung der Menschenwürde und des Persönlichkeitsrechts des noch ungeborenen – bzw. sogar ungezeugten - Kindes⁴⁰⁶.

Nach der hier eingenommenen Perspektive ist umgekehrt zu fragen, ob eine Einschränkung des Rechts auf Fortpflanzung durch die genannten Verfassungsgüter gerechtfertigt wäre. Denn der Frau steht im Falle der heterologen Insemination der volle Schutz der Persönlichkeitssphäre des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts zu⁴⁰⁷. Dieses kann nur durch überwiegende Interessen der Allgemeinheit unter strenger Wahrung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes eingeschränkt werden.

aaa) Teilweise wird vorgebracht, der Ehemann werde dadurch, dass er lediglich durch seine Zustimmung an der Zeugung beteiligt sei, zu einer „auswechselbaren Nummer“ degradiert⁴⁰⁸. Gleiches gelte für den Samenspender, da er durch die Weitergabe seines Samens in einer an die „tierische Zuchtbesamung erinnernden Weise“ versachlicht werde⁴⁰⁹. Zuletzt werde auch die Wunschmutter auf ihre biologische Funktion als Mutter reduziert⁴¹⁰. Selbst wenn man diese Bedenken teilt, so wird doch bei einer solchen Argumentation nicht genügend beachtet, dass sich alle Beteiligten freiwillig auf die heterologe Insemination eingelassen haben⁴¹¹.

Hier stellt sich zunächst das allgemeine Problem, ob ein Verzicht auf den Schutz der Menschenwürde des Art. 1 Abs. 1 GG möglich ist. Grundsätzlich kann auf Grundrechtsschutz verzichtet werden⁴¹². Die Menschenwürde wird jedoch in Art. 1 GG als unantastbar bezeichnet. Daraus wird teilweise gefolgert, dass der Berechtigte nicht auf den Schutz seiner Würde verzichten könne⁴¹³. Hier kollidieren nun die Aufträge an den Staat, die Menschenwürde sowohl zu achten als auch zu schützen. Wenn nämlich die Würde geachtet werden muss, dann doch auch die Entscheidung des einzelnen, auf seine Würde zu verzichten, bzw. gewisse Verhaltensweisen nicht als Würdeverletzungen anzusehen. Dieser im Achtungsanspruch liegende Autonomieanspruch hat regelmäßig Vorrang vor dem Schutz der Würde⁴¹⁴. Also ist auch im Rahmen des Art. 1 Abs. 1 GG der Verzicht auf den Grundrechtsschutz in gewissen Grenzen möglich⁴¹⁵. Staatlicher Schutz soll und darf nicht zur

⁴⁰⁶ Bayertz, ARSP 71, 529; Marian, Rechtsstellung des Samenspenders, 56; Keller, MedR 1988, 66; Brähler, Familie, Kinderwunsch, Unfruchtbarkeit, 94; Heiss, Die künstliche Insemination der Frau, 143; Wille, Die Insemination, 14; Arens, Die künstliche Insemination, 116; Seibert, Gentechnologie 9, 62, 64.

⁴⁰⁷ Vgl. oben 4. Teil B.I.2.b).

⁴⁰⁸ Maunz/ Dürig/ Dürig, GG, Art. 1 I Rn. 39; Laufs, Arztrecht, Rn 371; Busse, Recht auf Kenntnis der Abstammung, 133; Kamps, MedR 1994, 339, 341.

⁴⁰⁹ Pasquay, Insemination, 179.

⁴¹⁰ Winkler, Wunschkinder über Züchtung? Reproduktionstechnologien, 170; Krolzik, Kind um jeden Preis?, 145.

⁴¹¹ Erdl, Moderne Medizin, 175, 177f; Heiss, Insemination, 283.

⁴¹² S.hierzu bereits oben 4. Teil B.I.2.a)bb).

⁴¹³ v. Münch/ Kunig/ v.Münch, GG, Vorbem. Art. 1-19, Rn 63; BGHZ 67, 119, 125; Jarass/ Pieroth, GG, Art. 1 Rn 8; BVerwGE 86, 362, 366; AK/ Podlech, GG, Art. 1 Rn 71.

⁴¹⁴ BVerfGE 49, 286, 298; v.Münch/ Kunig/ v.Münch, GG, Art. 1 Rn 34.

⁴¹⁵ Die Rspr. interpretiert diese Möglichkeit des Verzichts auf den Menschenwürdeschutz eher restriktiv: BVerwGE 64, 274, 279; VG München NVwZ 1983, 175f.

Bevormundung werden, solange nicht eine gewisse Grenze erreicht ist⁴¹⁶. Art. 1 GG will die individuelle Autonomie garantieren. Hierzu passt aufgedrängter Würdeschutz oder Würdeschutz gegen sich selbst nicht⁴¹⁷. Der Staat kann oder muss gegenüber würdelosem Verhalten erst dann einschreiten, wenn er über bestimmte Ermächtigungsgrundlagen zum Schutz der öffentlichen Sicherheit bzw. Dritter verfügt⁴¹⁸. Gerade in so persönlichen Dingen wie der eigenen Fortpflanzung ist Vorsicht geboten, wenn dem einzelnen ethische oder moralische Vorstellungen der Gesellschaft aufgedrängt werden sollen. In Entscheidungen, die eine solche äußerste Persönlichkeitsnähe haben, entspricht es eher der Achtung der Menschenwürde des einzelnen, wenn man seine Entscheidungen akzeptiert, anstatt ihm die Disposition darüber zu entziehen⁴¹⁹.

Jedenfalls aufgrund der Freiwilligkeit der Beteiligten erscheint eine Verletzung ihrer Menschenwürde durch die heterologe Insemination also fernliegend.

bbb) Als weiteres Argument gegen die heterologe Insemination wird angeführt, dass die Heranziehung eines Samenspenders ehegefährdende Tendenzen haben könne und damit einen Verstoß gegen Art. 6 Abs. 1 GG darstelle⁴²⁰. Wie diese Ehegefährdung aussehen soll, wird nicht näher dargelegt. Die Wunscheltern treten nicht in persönlichen Kontakt mit dem Spender, so dass dieser sich in ihre Ehe drängen oder die Ehefrau eine emotionale Beziehung zu ihm aufbauen könnte⁴²¹. Da die Eheleute keine andere Möglichkeit haben, ein wenigstens mit einem von ihnen genetisch verwandtes Kind in die Welt zu setzen, wird die Aufnahme des Kindes in die Ehegemeinschaft diese nicht etwa verschlechtern, sondern eher vertiefen und verschönern und kann damit sogar eheerhaltend wirken⁴²². So sind auch keine erhöhten Scheidungsraten von Ehen, in denen ein heterolog gezeugtes Kind lebt, zu verzeichnen⁴²³. Auch sieht man an der Adoptionsmöglichkeit und daran, dass ein außerehelich gezeugtes Kind zunächst als Kind des Ehemannes vermutet wird, dass der Gesetzgeber die Zeugung nicht als unabdingbare Voraussetzung der rechtlichen Elternschaft und der Ehelichkeit des Kindes sieht⁴²⁴.

⁴¹⁶ Busse, Recht des Kindes, 129; Coester-Waltjen, FamRZ 1984, 235; Marian, Rechtsstellung des Samenspenders, 55.

⁴¹⁷ Dreier/ Dreier, GG, Art.1 Rn 58; Maunz/ Dürig/ Dürig, GG, Art. 1 Rn 28; v.Münch/ Kunig/ v.Münch, GG, Art. 1 Rn34; Benda/ Maihofer/ Vogel/ Benda, Hdb. d. VerfR, 161, 189; BVerfGE 49, 286, 289; BVerfGE 22, 180, 219.

⁴¹⁸ v.Münch/ Kunig/ v.Münch, GG, Art. 1 Rn 34; Benda/ Maihofer/ Vogel/ Benda, Hdb.d. VerfR., 161, 190; Stern, StaatsR III / 2, § 86 III 3 a), 922f.

⁴¹⁹ Püttner/ Brühl, JZ 1987, 535.

⁴²⁰ Keller, MedR 1988, 66; Brähler, Familie, Kinderwunsch, Unfruchtbarkeit 94; Heiss, Die künstliche Insemination der Frau, 143; Wille, Die Insemination, 14; Arens, Die künstliche Insemination, 116; zumindest im Ansatz ebenso: Erdl, Moderne Medizin, 175, 179.

⁴²¹ So sprechen auch alle Erfahrungsberichte gegen eine solche Ehegefahr durch den Spender: Niederer, Reproduktionsmedizinische Methoden, 61; Beuerlein, Die künstliche Samenübertragung, 40; Marian, Rechtsstellung des Samenspenders, 56.

⁴²² Busse, Recht auf Kenntnis der Abstammung, 130.

⁴²³ Zumstein, Fortpflanzungsmedizin, 134, 134 mwN.

⁴²⁴ Diefenbach, Leihmutterschaft, 128; Coester-Waltjen, NJW 1982, 2532; Marian, Rechtsstellung des Samenspenders, 56; a.A. Giesen, Die künstliche Insemination, 177 mwN in FN 1075, 1076.

ccc) Menschenwürde sowie Persönlichkeitsrecht des Kindes könnten unter mehreren Gesichtspunkten berührt sein.

Auch hier gilt wieder, dass mit der individuellen Menschenwürde des nicht gezeugten Kindes schwerlich argumentiert werden kann⁴²⁵. Zurückzugreifen ist vielmehr auf die objektive Dimension des Würdeschutzes. Teilweise wird hier vorgebracht, durch den Einsatz technischer Hilfsmittel und die Beteiligung so vieler Personen an der Zeugung trete ein Verlust an Intimität ein, und dies führe zu einer „Dehumanisierung der menschlichen Fortpflanzung“⁴²⁶. Es soll also ein Verstoß gegen die Menschenwürde in ihrer objektiven Ausprägung durch die Art der Zeugung vorliegen⁴²⁷, die die Anmaßung bedeutet, menschliches Leben nach eigenen Vorstellungen zu erzeugen⁴²⁸. Diese Argumentation vermag nicht zu überzeugen⁴²⁹. Weder lässt sich dem Grundgesetz eine solche Biologisierung der Würdekonzption entnehmen, noch unterscheiden sich die Absichten der Wunscheltern bei der heterologen Insemination von den Vorstellungen der Eltern im Falle der natürlichen Zeugung. Schwerer wiegen die Bedenken hinsichtlich der psychischen Belastung, der das Kind bei Aufklärung über seine Zeugung ausgesetzt ist⁴³⁰.

Doch auch hier hängt das Ausmaß der Belastung davon ab, wie behutsam das Kind über die Umstände seiner Zeugung aufgeklärt wird. Es liegt in der Hand der Eltern, dass es für das Kind nicht zum Trauma wird, die wahren Hintergründe seiner Zeugung zu erfahren⁴³¹. Auch sind die tatsächlichen Umstände bei der heterologen Insemination nicht wesentlich anders als im Falle der natürlichen Zeugung, da das Kind genetisch von der Wunschmutter abstammt und auch von dieser ausgetragen und geboren wird⁴³². Außerdem muss sich das künstlich gezeugte Kind, anders als das Adoptivkind, niemals mit dem Gedanken auseinandersetzen, dass es ursprünglich nicht gewollt war. Es ist stets ein Wunschkind und muss nicht das Gefühl haben, nicht liebenswert zu sein⁴³³.

Besondere Probleme bereitet allerdings der Fall der anonymen heterologen Befruchtung. Hier besteht ein Konflikt mit dem Recht des Kindes auf Kenntnis der eigenen Abstammung. Dieses Problem wird in der Folge noch ausführlich diskutiert⁴³⁴. Festzuhalten bleibt aber zunächst, dass die heterologe Insemination

⁴²⁵ S. hierzu oben 4. Teil C.I.1.b)bb)aaa)(1.).

⁴²⁶ Bayertz, ARSP 71, 529; Marian, Rechtsstellung des Samenspenders, 56.

⁴²⁷ Kongregation, 24.

⁴²⁸ Seibert, Gentechnologie 9, 62, 64.

⁴²⁹ Vgl. oben 3. Teil C.II.

⁴³⁰ Bayertz, ARSP 71, 529; Deutsch, MDR 1985, 181; Benda-Bericht, 12; Krolzik, Kind um jeden Preis?, 145.

⁴³¹ Giesen, JZ 1985, 654; Marian, Rechtsstellung des Samenspenders, 58; allerdings zeigen Studien, dass viele Eltern das Kind überhaupt nicht über die Art seiner Zeugung aufklären wollen aus Angst vor Abwendung des Kindes und Schutz vor Diskriminierung; so gaben bei einer Untersuchung im Jahre 1994 34 von 40 Paaren an, die Tatsache der heterologen Insemination auch nächsten Familienangehörigen zu verheimlichen (Untersuchung der Klinik und Poliklinik für Psychosomatische Medizin und Psychotherapie der Universität Bonn; s. zu den Ergebnissen Schilling, PPMp 1995, 16).

⁴³² Pap, Extrakorporale Befruchtung, 289; Junghans, Familienrechtlicher Status, 180.

⁴³³ Die Befürchtungen hinsichtlich einer gestörten Entwicklung haben sich auch nicht bewahrheitet. So sprechen Studien von einer unauffälligen Entwicklung heterolog gezeugter Kinder; s. Zumstein, Fortpflanzungsmedizin, 134, 134; Lanz-Zumstein, Rechtsstellung, 22ff.

⁴³⁴ S.u. 4. Teil C.II.2.

jedenfalls dann nicht gegen den Würdeschutz des Grundgesetzes verstößt, wenn das Recht des Kindes auf Kenntnis der eigenen Abstammung gewahrt bleibt⁴³⁵.

b) USA

Die Zulässigkeit der heterologen Insemination ist auch in den USA bereits seit langem eine vieldiskutierte Frage. Erste gesetzgeberische Aktivitäten in diesem Bereich regten sich im Jahre 1964. Georgia führte eine Norm ein, die besagte, dass ein Kind, das aus einer heterologen künstlichen Insemination stammte, der beide Ehepartner schriftlich zugestimmt hatten, unanfechtbar ehelich war⁴³⁶. Die Insemination durfte nur von einem Arzt durchgeführt werden, und es handelte sich um eine Straftat, wenn jemand anderes sie vornahm. Bis 1970 hatten weitere drei Staaten vergleichbare Gesetze eingeführt⁴³⁷. Mittlerweile existieren in insgesamt 35 Staaten Normen, die diese Materie regeln⁴³⁸. Verboten ist die heterologe Insemination jedoch in keinem dieser Staaten. Lediglich zwei Staaten haben Normen eingeführt, die die heterologe Insemination, wenn sie nicht durch einen Arzt durchgeführt wird, unter Strafe stellen⁴³⁹. Dies bedeutet im Umkehrschluss, dass sie, wenn ein Arzt sie vornimmt, in diesen Staaten ebenfalls zulässig ist.

Problematisch und umstritten ist immer noch die Zulässigkeit der heterologen Insemination bei einer alleinstehenden Frau. Bisher ist es in keinem Staat illegal, eine heterologe Insemination bei einer alleinstehenden Frau vorzunehmen, dennoch scheuen sich viele Ärzte davor, da sie die möglicherweise entstehenden Konflikte fürchten⁴⁴⁰. Historisch kann dies damit erklärt werden, dass alleinstehende Frauen, die eine Insemination wünschten, als emotional und psychologisch instabil galten⁴⁴¹. Auch hat die Ethikkommission der *American Fertility Society* einen Katalog herausgebracht, der Kriterien für die Zulässigkeit von heterologen Inseminationen aufstellt. Der Wunsch einer alleinstehenden Frau nach einem Kind wird darin nicht erwähnt⁴⁴².

Im Jahre 1995 gab es in 3 Staaten Gesetzesentwürfe, die unverheirateten Frauen den Zugang zur heterologen Insemination verweigern bzw. erschweren wollten. So wurde in Hawaii der Vorschlag gemacht, das Gesundheitsministerium solle entscheiden, ob Samenbanken auch für unverheiratete Frauen zugänglich sein sollten⁴⁴³. Minnesota wollte ein Verbot der Insemination unverheirateter Frauen

⁴³⁵ So auch Zumstein, Fortpflanzungsmedizin, 134, 134; Ebeling/ Zimmermann, DEuFamR 1999, 25, 30.

⁴³⁶ Ga. Code Ann. §19-7-21.

⁴³⁷ Kalifornien, Kansas und Oklahoma.

⁴³⁸ Dies sind Alabama, Alaska, Arizona, Arkansas, Kalifornien, Colorado, Connecticut, Florida, Georgia, Idaho, Illinois, Kansas, Louisiana, Maryland, Massachusetts, Michigan, Minnesota, Missouri, Montana, Nevada, New Jersey, New York, New Hampshire, New Mexico, North Carolina, North Dakota, Ohio, Oklahoma, Oregon, Tennessee, Texas, Virginia, Washington, Wisconsin, Wyoming.

⁴³⁹ Ga. Code Ann. § 43-34-42 (1994); Or.Rev.Stat. §§ 677.360, 677.990.

⁴⁴⁰ Mika/ Hurst, 79 Marq.L.Rev. (1996), 993, 1015 bringen vor, dass die Tatsache, dass einige der UPA (1973) Staaten § 5(b) UPA (1973) nicht auch auf unverheiratete Frauen ausgeweitet haben, darauf schließen lässt, dass diese verboten sein soll, weil sie nicht ausdrücklich erlaubt ist; die Autorinnen übersehen jedoch, dass die rechtliche Situation genau umgekehrt ist – was nicht ausdrücklich verboten ist, ist erlaubt.

⁴⁴¹ Harlow, 6 S. Cal. Rev. L. & Women's Studies (1996), 173, 190.

⁴⁴² Ethics Commission of the American Fertility Society, 62 Fertility and Sterility (1994), 1 S, 439.

⁴⁴³ S. Con. Res. 75, 18th State Leg. 1995.

einführen, solange nicht ein Mann vor der Geburt des Kindes eine beurkundete Erklärung abgegeben hat, dass er alle väterlichen Pflichten für das Kind übernehmen werde⁴⁴⁴, und Oregon wollte dem Arzt verbieten, eine heterologe Insemination bei einer ledigen Frau vorzunehmen⁴⁴⁵. Keiner dieser Vorschläge ist jedoch Gesetz geworden.

Also ist nach momentaner Gesetzeslage die heterologe Insemination grundsätzlich sowohl für Ehepaare als auch für alleinstehende Frauen rechtlich zulässig. Ebenso wie die verheiratete Frau hat auch die ledige Frau ein Recht auf Fortpflanzung⁴⁴⁶. Auch im Fall der heterologen Insemination soll und muss die Frau entscheiden können, ob und mit wem sie sich fortpflanzen möchte. Ihr Recht auf Fortpflanzung kann nur aufgrund eines besonderen staatlichen Interesses beschnitten werden. In Fällen der heterologen Insemination sind keine weitergehenden staatlichen Interessen ersichtlich als diejenigen, die bereits bei der postmortalen Insemination diskutiert und als nicht ausreichend angesehen wurden⁴⁴⁷. Daher kann das Recht auch der unverheirateten Frau auch hier schwerlich eingeschränkt werden⁴⁴⁸.

2. Heterologe Insemination unter Wahrung der Anonymität des Samenspenders

Besondere Probleme wirft die heterologe Insemination unter Wahrung der Anonymität des Samenspenders auf. Auch diesbezüglich gibt es in Deutschland keine spezialgesetzliche Regelung⁴⁴⁹. In Rechtsprechung und Literatur wurde deswegen auf das verfassungsmäßige Recht des Kindes auf Kenntnis der eigenen Abstammung zurückgegriffen. Aber auch in den USA, wo in den Einzelstaaten spezielle Regelungen bestehen, kommt dem Verfassungsrecht bei der Auslegung der einfachen Gesetze Bedeutung zu.

Um Wiederholungen zu vermeiden, soll zunächst die Interessenlage der verschiedenen von der heterologen Insemination betroffenen Parteien dargestellt werden. Erst dann wird die verfassungsrechtliche Fundierung dieser Interessen in Deutschland und den USA gesondert behandelt.

a) Interessenlage

Bei der heterologen Insemination müssen die Interessen der unmittelbar am Befruchtungsvorgang Beteiligten, also der Mutter und des Samenspenders, sowie des Ehemannes der Mutter, der als Vater des Kindes vermutet wird und natürlich auch des Kindes in Einklang gebracht werden.

⁴⁴⁴ S. File No. 1785, 79th Leg. Sess. 1995.

⁴⁴⁵ HB No. 2303, 68th Leg. 1995.

⁴⁴⁶ Siehe zur allgemeinen Feststellung dieses Grundsatzes bereits oben 4. Teil B.II.2.

⁴⁴⁷ S. hierzu oben 4. Teil C. I.2.b)bb).

⁴⁴⁸ So auch das Gericht in *Hecht v. Superior Court*, 20 Cal.Rptr.2d 275, 289 (1993), das angab, dass auch die guten Sitten nicht dagegen sprächen, dass eine unverheiratete Frau Spendersamen benutzt.

⁴⁴⁹ Frankreich und Dänemark haben sogar eine gesetzliche Anonymitätspflicht für den Spender eingeführt: § 20 dän. FMedG v. 10.6.1997 i.V.m. § 15 des Richtlinie des dän. Gesundheitsministers Nr. 728 v. 17.9.1997; Art. 16-8 und Art. 311-19 französischer Code Civil nach der Gesetzesänderung v. 24.7.1994.

aa) Interessen des Kindes

Kinder, die aus einer heterologen Insemination hervorgegangen sind, können aus verschiedenen Gründen ein Interesse daran haben, die Identität ihres genetischen Vaters zu erfahren. Es lassen sich neben den Argumenten gegen eine Anonymität des Samenspenders jedoch auch solche für seine Anonymität finden.

aaa) Im Krankheitsfall kann es aus diagnostisch-therapeutischen Gründen notwendig sein, auf den genetischen Vater zurückzugreifen⁴⁵⁰. Für den Großteil der Fälle würde es hierfür zwar genügen, den genetischen Code des Samenspenders zu registrieren. Problematisch bleiben dann aber die Fälle, in denen man den Vater als Spender heranziehen möchte. Wenn das Kind zum Beispiel ein Organ oder Knochenmark benötigt, sind die Eltern in der Regel die geeignetsten Spender.

Des Weiteren besteht die Gefahr inzestuöser Verbindungen zwischen Kindern, die von demselben Mann anonym gezeugt wurden. Auch wenn die Wahrscheinlichkeit einer solchen Verbindung sehr klein ist, so sind doch bereits Fälle bekannt geworden, in denen Halbgeschwister geheiratet haben oder es zumindest wollten⁴⁵¹. Dieses Problem könnte man dadurch begrenzen, dass man die Zahl der Kinder, die ein Spender zeugen darf, beschränkt und unter Umständen auch einen Einsatz der gleichen Spermien nur in unterschiedlichen Regionen zulässt. Jedoch besteht bei vollständiger Wahrung der Anonymität des Samenspenders keine Möglichkeit, die Gefahr einer inzestuösen Verbindung ganz auszuschließen. Von einigen Autoren in den USA wird deswegen vorgeschlagen, Halbgeschwister, die mit dem Samen desselben Mannes gezeugt wurden, als rechtlich nicht miteinander verwandt zu betrachten⁴⁵². Unberücksichtigt bleibt hierbei jedoch der biologische Aspekt, der hinter dem Verbot der Geschwisterheirat steht. Das Rechtsproblem der Geschwisterheirat könnte auf diese Weise beseitigt werden, nicht aber das zugrundeliegende tatsächliche Problem der Gefahr genetischer Defekte bei Kindern, die von Halbgeschwistern gezeugt werden.

Ein weiterer Grund, aus dem ein Kind, das aus einer künstlichen Befruchtung hervorgegangen ist, die Identität seines biologischen Vaters kennen möchte, ist die Geltendmachung von Unterhalts- und Erbansprüchen. Hier haben mehrere Staaten der USA bereits rechtlich vorgesorgt und festgelegt, dass den Spender keine

⁴⁵⁰ Deutschland: Frank, FamRZ 1988, 113, 119; Frank, Künstliche Fortpflanzung, 46f; Greßmann, Neues Kindschaftsrecht, 19; USA: Swanson, 27 Colum. J. L. & Soc. Prbs. (1993), 151, 174; Andrews, Medical Genetics, 171f; Robertson, 59 S. Cal. L. Rev. (1986), 939, 1016; Mahlstedt/ Probasco, 56 Fertility and Sterility (1991), 747, 748; Gibson, 30 J.Fam.L. (1991/ 92), 1, 22; O'Rourke, 1 Berkeley Women's Law J., 140; Capron, 20 U.C. Davis L. Rev. (1987), 597, 691; Kern/ Ridolfi, 7 Women's Rts. L.Rep. (1982), 251, 257; Cahn, Beyond Biology, 7 (2001).

⁴⁵¹ Currie-Cohen, 300 New England J.Med. 585, 589; Ginsberg, 30 U. Mich. J.L.R. (1997), 850; bedenkt man, dass manche Männer in regelmäßigen Abständen Samen spenden und damit Frauen aus der gleichen geographischen Region befruchtet werden, so ist die Möglichkeit einer Heirat zwischen Halbgeschwistern nicht von der Hand zu weisen; Hoffer, Modern Med. Nov.1, 1979, 27 berichtet über einen Fall in Tel Aviv und einen Fall in den USA; Jakobovits, 27 Med. Sci. & L. (1987), 185 berichtet über einen Fall in Los Angeles, wo ein Mann seine durch heterologe Insemination gezeugte Tochter heiraten wollte.

⁴⁵² Wadlington, 64 Nw.U.L.Rev. (1970), 777, 806; Doren, 22 S.Diego L.Rev. (1985), 1193, 1210.

Unterhaltsverpflichtungen treffen und das Kind keinen Anspruch auf ein Erbteil hat⁴⁵³. In Deutschland ist ein solcher Ausschluss des Spenders von unterhalts- und erbrechtlicher Verantwortung nicht möglich.

bbb) Für die Anonymität des Samenspenders wird teilweise vorgebracht, es schade der psychischen Entwicklung des Kindes eher als dass es ihr nütze, wenn es die Identität seines Erzeugers erführe. Nach verschiedenen Studien könne davon ausgegangen werden, dass es für das Kind wichtiger ist, in einer intakten Familie aufzuwachsen als seine biologischen Wurzeln zu kennen⁴⁵⁴. Oftmals sei es auch nicht erfreulich und eher bestürzend, festzustellen, wer die wahren Eltern sind. Somit wird als ein Grund für die Anonymität angeführt, dass das Kind so vor emotionalem Kummer bewahrt würde⁴⁵⁵. Das Kind werde so nicht mit zwei Vätern konfrontiert und müsse sich nicht zwischen ihnen entscheiden⁴⁵⁶.

Für die Anonymität des Samenspenders wird weiterhin auf die für das Kindeswohl existentielle Bedeutung des Erhaltenbleibens der gewachsenen Bindungen eines Kindes an diejenigen elterlichen Betreuer, bei denen es aufwächst, hingewiesen⁴⁵⁷. Die Wunscheltern sind die psychologischen Eltern, mit denen das Kind verbunden ist durch das tägliche Zusammensein und die Erfahrungen, die es sammelt⁴⁵⁸. Dieses Argument kann jedoch nur so lange gelten wie das Kind nicht volljährig ist. Spätestens dann kann nämlich die Identitätssuche wichtiger werden als das Geborgenheitsgefühl im Familienverband. Zum anderen bedeutet die Kenntnis der eigenen Abstammung nicht, dass das emotionale Band zwischen Kind und Wunscheltern zerrissen werden muss. Unter Umständen kann die Suche nach dem biologischen Vater die Beziehung zu den Wunscheltern sogar stärken⁴⁵⁹. Gerade wenn diese dem Kind bei der Suche nach seinem natürlichen Vater behilflich sind, könne dies das Kind noch mehr an sie binden. Auch ein Kind könne bereits mehrere Bezugspersonen haben und sei nicht auf nur eine fixiert, weswegen man ihm auch die Möglichkeit geben sollte, seinen Erzeuger kennen zu lernen und sich selbst ein Bild von ihm zu machen.

ccc) Auch wenn für die Anonymität des Samenspenders ebenfalls Gründe aufgeführt werden können, so vermögen diese nicht zu überzeugen. Lediglich das Ziel, das Kind vor möglichem emotionalem Kummer zu bewahren, wiegt nicht stark genug im

⁴⁵³ Cal.Civ. Code § 7005; Colo. Rev.Stat. Ann.§ 19-6-106; Conn. Gen. Stat. § 45-69 (1); Mont. Rev. Codes Ann. § 61-306 (2); Or.Rev.Stat. § 45-69 (1); Tex.Fam.Code Ann. tit.2, § 12.03 (b); Wash. Ann. Rev. Code § 26.26.050 (2); Wyo.Stat. § 14-2-103 (b).

⁴⁵⁴ Feigelman/ Silverman, 67 Journal of Contemporary Social Work (1986), 219, 222.

⁴⁵⁵ Cork, 22 Wm.-Mitchell L.Rev. (1996), 1535, 1543; Weiss, 45 Clev. St. L.Rev. (1997), 101, 122; Bartholet, Family Bonds (1993), 58; Gibson, 30 J.Fam.L. (1991/ 92), 1, 10.

⁴⁵⁶ Broda, 56. DJT 1986, Diskussion, K 89 und 137; Frank, FamRZ 1988, 120.

⁴⁵⁷ Hassenstein, FamRZ 1988, 120, 122; Koch, FamRZ 1990, 569 (573); auch belegen Studien, dass Kinder, die in einer intakten Familie aufwachsen und Nähe und Geborgenheit erfahren, gar kein Bedürfnis haben, ihre leiblichen Eltern kennenzulernen: USA: Feigelman/ Silverman, 67 Journal of Contemporary Social Work (1986), 219, 222; GB: Raynor, Adopted Child, 100ff; Deutschland: Hoffmann-Riem, Das adoptierte Kind, 245ff; Finnland: Savolainen, 25 J. of Fam.L. (1986/87), 113, 117.

⁴⁵⁸ Silviso, 3 W.St.U.L.Rev. (1975), 48, 64; Cork, 22 Wm.-Mitchell L. Rev. (1996), 1535, 1543.

⁴⁵⁹ Sorosky, The Adoption Triangle, 192.

Vergleich zu den Argumenten gegen die Anonymität des Spenders. Mögliche Krankheiten, die Gefahr inzestuöser Verbindungen sowie die mögliche Geltendmachung unterhalts- und erbrechtliche Ansprüche sprechen also aus Sicht der Interessen des Kindes dagegen, die Identität des Samenspenders geheim zu halten.

bb) Interessen der Wunscheltern

Besonders die Wunscheltern haben ein Interesse daran, dass der Spender anonym bleibt. Zum einen wollen sie möglicherweise die Tatsache verschweigen, dass sie auf künstliche Methoden zurückgreifen mussten, um sich fortzupflanzen, weil sie sich für ihre Unfruchtbarkeit schämen⁴⁶⁰. Zum anderen mag ihrerseits die Angst bestehen, dass ihre Familie zerbricht und das Kind sich mehr in Richtung seines genetischen Vaters orientiert. In Deutschland wurde daher früher von ärztlicher Seite die Anonymität des Spenders als unverzichtbare Voraussetzung für eine heterologe Insemination angesehen⁴⁶¹.

Studien bei Adoptivfamilien haben ergeben, dass die Adoptiveltern die genetischen Eltern als Gefahr empfinden und das Adoptivverhältnis so dauerhaft wie möglich gestalten wollen⁴⁶². Ob diese Angst bei Familien mit einem künstlich gezeugten Kind ebenso ausgeprägt ist, ist fraglich, da das Kind hier mit einem biologischen Elternteil zusammenlebt und der biologische Vater von vorneherein kein Interesse an seiner Vaterstellung hatte. Das Kind ist also auch genetisch an die rechtliche Mutter gebunden und weiß, dass sein genetischer Vater nie auch rechtlicher Elternteil sein wollte. Daher ist die Angst, dass die Kenntnis der Identität des biologischen Vaters die Familieneinheit zerstören könnte, hier nicht in dem Umfang angebracht wie bei Adoptivkindern⁴⁶³. Auch könnte man diese Angst dadurch verringern, dass man lediglich volljährigen Kindern Einsicht in ihre Geburtsakten gewährt. Bis zu seiner Volljährigkeit hat sich die familiäre Beziehung zu den Personen, mit denen es aufgewachsen ist, in der Regel soweit verfestigt, dass kein Bruch mehr zu befürchten ist⁴⁶⁴.

cc) Interessen des Spenders

Grundsätzlich ist das Interesse des Samenspenders bereits deshalb unbeachtlich, da er eine freie Entscheidung über die Verwendung seines Spermas trifft. Es ist aber davon auszugehen, dass sich mehr Spender finden ließen, wenn sie ihren Namen nicht offenbaren müssten und so nicht der Gefahr einer Vaterschaftsfeststellung mit allen Konsequenzen ausgesetzt wären⁴⁶⁵. Untersuchungen unter Samenspendern aus

⁴⁶⁰ Swanson, 27 Colum. J.L. & Soc. Prbs. (1993), 151, 180; Ernst, 3 Int'l J.L. & Fam. (1989), 89, 101; Gibson, 30 J. Fam.L. (1991/ 92), 1, 11; Shapo, 25 Hofstra L. Rev. (1997), 1091, 1119.

⁴⁶¹ Junghans, Familienrechtlicher Status, 33; Ostendorf, In vitro Fertilisation, 177, 191; Benda, NJW 1985, 1730ff; Giesen, FamRZ 1981, 413ff; Deutsch, MDR 1985, 177, 181.

⁴⁶² Weiss, 45 Clev. St. L.Rev. (1997), 101, 119; Bartholet, Family Bonds, 58; In re Christine (R.I. 1979), 397 A.2d 511, 513.

⁴⁶³ Sie ist aber dennoch nicht ganz von der Hand zu weisen: Swanson, 27 Colum. J. L. & Soc. Prbs. (1993), 151, 180; Gibson, 30 J.Fam.L. (1991/ 92), 1, 24.

⁴⁶⁴ Weiss, 45 Clev. St.L.Rev. (1997), 101, 121.

⁴⁶⁵ Deutschland: Frank, FamRZ 1988, 118; Hübner, 56. DJT 1986, Diskussion, K 132; Broda, 56. DJT 1986, Diskussion, K 89; Deichfuß, NJW 1988, 117; Kleineke, Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung, 303;

verschiedenen Ländern haben ergeben, dass es den Spendern nicht auf die Wahrung ihrer Anonymität als solcher ankommt, sondern vielmehr darauf, nicht in finanzieller Hinsicht belastet zu werden⁴⁶⁶. Gegen eine rechtsfolgenlose Vaterschaftsfeststellung scheinen die Samenspenden in ihrer Mehrheit keine Bedenken zu haben⁴⁶⁷. Nach der deutschen Rechtsordnung ist eine solche aber nicht vorgesehen⁴⁶⁸.

dd) Interessenabwägung

Im Ergebnis ist festzuhalten, dass auf Seiten des Kindes die meisten und auch die überzeugendsten Gründe vorgetragen werden, die gegen die Anonymität des Spenders sprechen. Wie bei allen kinschaftsrechtlichen Entscheidungen muss auch hier hauptsächlich auf sein Wohl abgestellt werden. Die Interessen der anderen Beteiligten lassen sich leichter entkräften. Diese können sich vor allem vorher in Kenntnis aller Umstände und möglicher Probleme, die auf sie zukommen können, für oder gegen eine heterologe Insemination entscheiden. Dem Kind ist das nicht möglich. Es ist das Produkt ihres Handelns und soll im Vergleich zu Kindern, die auf natürlichem Wege gezeugt wurden, nicht schlechter stehen. Somit ist gerade das Kind, das künstlich gezeugt wurde, besonders schutzwürdig und auch schutzbedürftig.

Ebenso wie die Wunscheltern wurde auch der Samenspenden vor der Durchführung des Eingriffs über alle möglichen Folgen aufgeklärt. Da er sich freiwillig für eine Samenspende entschieden hat, hat er an der Zeugung menschlichen Lebens und damit eines der höchsten Rechtsgüter der Verfassung mitgewirkt⁴⁶⁹. Hierfür soll er die soziale und ethische Verantwortung tragen, so wie sie dem Menschenbild des Grundgesetzes entspricht⁴⁷⁰.

Lauritzen, DMW 1981, 197; USA: Robertson, 59 S. Cal. L. Rev. (1986), 942, 1018; ders.: Children of Choice, 75f; Shuster, 15 J. Contemp. Health L. & Pol'y (1999), 401, 413; Gilbert, 22 Hofstra L. Rev. (1993), 521, 546.

⁴⁶⁶ So wehrten sich nach einer Untersuchung am King's College Hospital, London, nur ein Drittel der Befragten gegen eine Identitätsaufdeckung (nachzulesen bei Morgan/ Lee, Human Fertilisation and Embryology Bill, 163); Nach einer Untersuchung in den USA aus dem Jahre 1983 wollten 60 % der Befragten auch spenden, wenn ihre Identität dem Kind später preisgegeben würde (Rowland in: Singer/ Wells, Reproductive Revolution, 74); in Schweden ist seit der Gesetzesreform 1984 eine Aufdeckung der Identität des Spenders möglich. Nach einem anfänglichen Absinken der Spenderbereitschaft wurde wieder eine Normalisierung verzeichnet, was die Ergebnisse der Untersuchungen bestätigt.

⁴⁶⁷ Das Ergebnis einer großflächigen Umfrage unter Samenspendern, die 10 bis 25 Jahre nach ihrer Spende diesbezüglich befragt wurden, war, dass diese fast ohne Ausnahme angaben, neugierig auf ihren genetischen Abkömmling zu sein und es zu bereuen, dass sie zum damaligen Zeitpunkt auf ihrer Anonymität bestanden haben. Auch waren sie besorgt darüber, dass das Kind möglicherweise psychische Probleme haben könnte, da es seinen biologischen Vater nie ausfindig machen konnte; (s. Hollinger, 18 U. Mich J.of L.Ref. (1985), 865, 922) Eine andere Studie kam zu dem Ergebnis, dass 96 % der Samenspenden damit einverstanden wären, dass Informationen über sie freigegeben werden, so lange ihre tatsächliche Identität nicht aufgedeckt wird. 59 % der befragten Spender wären auch damit einverstanden, wenn ihre Identität dem volljährigen Kind eröffnet würde (s. Mahlstedt/ Probasco; 56 Fertility and Sterility (Oct. 1991), 747, 749ff)).

⁴⁶⁸ S. unten 4. Teil, C. II. 2. b) aa)aaa(2.)(a).

⁴⁶⁹ Giesen, JZ 1989, 364, 369; ders.: JZ 1985, 652ff; BVerfGE 39, 1ff.

⁴⁷⁰ Benda, NJW 1985, 1730, 1732; Müller, FamRZ 1986, 635ff; Donhauser, Recht auf Kenntnis der Abstammung, 176; Giesen, JZ 1989, 264, 369.

b) Rechtliche Situation

Bei der rechtlichen Behandlung der Inseminationsberichte unterscheiden sich die Regelungen in Deutschland und den USA. Diesmal findet sich eine ausdrückliche Normierung in den USA, während man in Deutschland auf verfassungsrechtliche Grundsätze rekurren muss.

aa) Deutschland

In Deutschland findet sich weder eine Norm, die die Zulässigkeit einer anonymen Samenspende regelt, noch eine einfachgesetzliche Norm, die dem Kind einen Anspruch auf Kenntnis seines genetischen Vaters gibt. Dagegen wird adoptierten Kindern nach Erreichen ihres 16. Lebensjahres gemäß § 61 Abs. 2 PStG Einsicht in ihre Geburtsakten gewährt. Eine solche Einsichtnahme in die Geburtsakten würde jedoch dem heterolog gezeugten Kind nicht weiterhelfen. Nach § 21 Abs. 1 Nr. 1 PStG werden in das Geburtsbuch der Vor- und Familienname der Eltern eingetragen. Eltern sind jedoch bei der heterologen Insemination nach den allgemeinen Regeln des BGB die gebärende Frau und ihr Ehemann⁴⁷¹. Das Kind könnte also bei Einsichtnahme in die Geburtsakten nicht mehr herausfinden als es bereits weiß. Eine Möglichkeit, über § 61 Abs. 2 PStG Kenntnis von der eigenen Abstammung zu erhalten, bestünde nur dann, wenn man durch verfassungskonforme Auslegung der §§ 15, 21 PStG eine Verpflichtung des Standesbeamten zur Kennzeichnung des Ehemannes der Mutter als „Scheinvater“, sowie des Samenspenders als genetischen Vater begründen könnte. Dem steht entgegen, dass der Gesetzgeber bei Schaffung des Personenstandsgesetzes in Kenntnis des Phänomens der Scheinvaterschaft die Eintragung des Kindes gemäß §§ 15, 21 PStG bewusst an die durch Geburt entstehende familienrechtliche Zuordnung und nicht an die genetische Abstammung gebunden hat⁴⁷². Eine Pflicht, den Samenspender im Falle der heterologen Insemination in das Geburtenbuch einzutragen, kennt das Personenstandsgesetz nicht. Damit gibt es keinen einfachgesetzlichen Anspruch des Kindes auf Kenntnis seiner wahren Abstammung⁴⁷³.

Andere europäische Länder haben das Problem der Anonymität des Spenders gesetzlich geregelt. Während einige ausländische Rechtsordnungen die Anonymität ausdrücklich wahren⁴⁷⁴, gibt es in anderen Ländern die Pflicht zur Dokumentation der Identität des Spenders und ein Recht des Kindes auf Kenntnis der genetischen Eltern⁴⁷⁵. Gerade im Hinblick auf eindeutigen Regelungen im Ausland entstand eine

⁴⁷¹ S. hierzu unten im 5. und 6. Teil

⁴⁷² Diefenbach, Leihmutterschaft, 143.

⁴⁷³ Vgl. etwa Lauff/ Arnold, ZRP 1984, 279, 280f; Ostendorf, JZ 1984, 595, 597f; Müller, FamRZ 1986, 635, 635.

⁴⁷⁴ z.B. Frankreich: Art. 16-8 Cc; Großbritannien: Sec. 31 Human Fertilisation and Embryology Act, Spanien: Art. 5 V Fortpflanzungshilfegesetz; USA: § 5 (a) Uniform Parentage Act; Norwegen: Kap.2 § 10 Gesetz über die künstliche Befruchtung.

⁴⁷⁵ Österreich: §§ 13 Abs. 1 S.1, 15, 18, 20 FortpflanzungsmedizinG (Aufbewahrung der Daten über 30 Jahre in der entsprechenden medizinischen Einrichtung, danach bei staatlicher Stelle auf Dauer); Schweiz: Art. 26

ausgiebige Diskussion um die Frage, ob dem Kind in Deutschland ein solcher Anspruch aus dem Verfassungsrecht eingeräumt werden sollte und sogar ein Verfassungsauftrag besteht, die anonyme Samenspende zu verbieten.

Betroffen sind zum einen das Recht des Kindes auf Kenntnis der eigenen Abstammung, zum anderen aber auch das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Spenders auf Wahrung seiner Anonymität, zum dritten möglicherweise auch das allgemeine Persönlichkeitsrecht der Mutter, die nicht möchte, dass ihr Kind erfährt, wie es gezeugt wurde und wer sein Vater ist.

aaa) Aus dem sogenannten Recht des Kindes auf Kenntnis der eigenen Abstammung kann dieses unter Umständen einen Anspruch auf Einsicht in seine Geburtsakten haben.

(1.) Nach heute ganz herrschender Meinung existiert ein Recht des Kindes auf Kenntnis der eigenen Abstammung⁴⁷⁶. Dieses wird aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht des Kindes gemäß Art. 2 Abs. 1 iVm Art. 1 Abs. 1 GG gefolgert. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht sichert dem einzelnen einen autonomen Bereich privater Lebensgestaltung, in dem er seine Individualität entwickeln und wahren kann. Zu den Elementen, die für die Entfaltung der Persönlichkeit von entscheidender Bedeutung sein können, gehört auch die Kenntnis der eigenen Abstammung⁴⁷⁷. Allerdings gibt Art. 2 Abs. 1 iVm Art. 1 Abs. 1 GG in seiner Ausprägung als Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung keinen Anspruch auf Verschaffung von Kenntnissen über die eigene Abstammung, sondern schützt nur vor der Vorenthaltung erlangbarer Informationen⁴⁷⁸.

(a) Bereits vor fast 20 Jahren hat der Bundesgerichtshof dieses Recht unter dem Gesichtspunkt der Vermeidung von Erbkrankheiten und blutschänderischen Beziehungen anerkannt⁴⁷⁹. Auch das Bundesverfassungsgericht hat in zwei Urteilen ein solches Recht, wenn auch in anderem Zusammenhang, anerkannt. Zunächst entschied es, dass die §§ 1593, 1598 iVm § 1596 BGB a.F. verfassungswidrig seien, insoweit als sie dem volljährigen Kind, von den gesetzlichen Anfechtungstatbeständen abgesehen, sowohl die Änderung seines familienrechtlichen Status als auch die

FmedG (amtliche Aufbewahrung über 80 Jahre); Schweden: § 3 Abs. 3 Inseminationsgesetz (Ärztliche Aufbewahrung über 70 Jahre).

⁴⁷⁶ Daraus wird ein Anspruch auf Offenlegung der Spenderakten gefordert von: Coester-Waltjen, Jura 1989, 520, 523; dies. NJW 1982, 2528, 2532; dies.: NJW 1983, 2059, 2060; Müller, FamRZ 1986, 635; Giesen, JZ 1989, 364, 368f; ders. Verhandlungen, K 65; ders. FamRZ 1981, 413, 416; Kollhossler, JA 1985, 553, 557; Münder, RdJ 1989, 456, 462; Kleineke, Das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung; v. Mangold/ Klein/ Starck, GG, Art. 1 Rn 69; Benda, NJW 1985, 1730, 1732; Benda-Bericht, 14; Benecke, Heterologe Insemination, 65-69; Heiss, Die künstliche Insemination, 285; Lauff-Arnold, ZRP 1984, 279, 282; Ostendorf, JZ 1984, 595, 595; Zimmermann, FamRZ 1981, 929, 932; a.A. BK/ Zippelius, GG, Art. 1 Rn 21, der einen Anspruch des Kindes auf Kenntnis der eigenen Abstammung gänzlich ablehnt.

⁴⁷⁷ BVerfG, NJW 1994, 2475, 2475.

⁴⁷⁸ BVerfG, FuR 1994, 230, 230; BVerfGE 79, 256, 268f.

⁴⁷⁹ BGHZ 82, 173.

gerichtliche Klärung seiner Abstammung verwehrt⁴⁸⁰. Dem Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung sei nicht bereits dann genüge getan, wenn das Kind seine genetische Herkunft irgendwo erfahren könne, sondern es müsse auch die Möglichkeit haben, die erforderliche Feststellung in justizförmiger Weise treffen zu lassen, damit die Abstammungslage dann auch rechtlich geklärt sei. Eine Beschränkung dieses allgemeinen Persönlichkeitsrechts durch § 1596 Abs. 1 Nr. 1-5 BGB a.F. sei dann unverhältnismäßig, wenn eine Gefährdung von Ehe und Familie durch die Ehelichkeitsanfechtung nicht zu befürchten sei. Außerdem erklärte das Bundesverfassungsgericht auch § 1598 HS 2 BGB a.F. für unvereinbar mit dem Recht des Kindes auf Kenntnis der eigenen Abstammung⁴⁸¹. Nach § 1598 HS 2 BGB a.F. sollte die Zweijahresfrist zur Vaterschaftsanfechtung ab Volljährigkeit ohne Rücksicht auf Kenntnis des Kindes zu laufen beginnen. Besonders fragwürdig war diese Norm deshalb, weil die Frist anderer Anfechtungsberechtigter kenntnisabhängig war (§§ 1594 II, 1596 Abs. 2 S. 2 BGB a.F.).

Zu berücksichtigen ist in diesem Zusammenhang neben den Urteilen des Bundesverfassungsgerichts auch die UN-Konvention über die Rechte des Kindes vom 20.11.1989⁴⁸², die in Art. 7 Abs. 1 das Recht des Kindes auf Kenntnis der eigenen Abstammung statuiert. Diese Konvention wurde zwar unter dem Vorbehalt ratifiziert, dass sie im deutschen Recht keine unmittelbare Wirkung entfalten solle⁴⁸³, die inzwischen herrschende Ansicht in der Literatur nimmt jedoch eine innerstaatliche Verbindlichkeit des Abkommens an⁴⁸⁴.

(b) In der Literatur sind Bestehen und Umfang des Rechts auf Kenntnis der eigenen Abstammung und damit auch die beiden genannten Urteile umstritten⁴⁸⁵. Die Autoren, die für die Existenz eines solchen Rechts eintreten, bringen vor, dass es für den Menschen wesentlich sei, über seine individuelle Geschichte und damit über seine Herkunft reflektieren zu können. Enthälte man ihm diese Information vor, werde ihm ein wesentlicher Gegenstand seiner Reflexion entzogen⁴⁸⁶. Die Kenntnis der genetischen Ursprünge sei für die Identitätssuche des heranwachsenden Menschen von fundamentaler Bedeutung und für die weitere Persönlichkeitsentwicklung

⁴⁸⁰ BVerfGE 79, 256 (1989).

⁴⁸¹ BVerfG, NJW 1994, 2475.

⁴⁸² BGBl 1992 II, 121 ff = ZfJ 1990, 578ff.

⁴⁸³ FamRZ 1992, 266f.

⁴⁸⁴ Steindorff, FuR 1991, 214 ff; Ullmann, FamRZ 1991, 898, 900; ders. FamRZ 1992, 892ff; v. Sehte, Recht auf Kenntnis der Abstammung, 85; a.A. Stöcker, FamRZ 1992, 245ff.

⁴⁸⁵ Kritisch bzw. ablehnend: Deichfuß, Abstammungsrecht und Biologie, 124ff; ders.: NJW 1988, 113, 113; Frank, FamRZ 1988, 113, 114; Gottwald, Hubmann-FS, 116ff; Koch, FamRZ 1990, 569, 570; Helms, Biologische Abstammung, 48ff; Ramm, JZ 1996, 987, 994.

⁴⁸⁶ Mansees, NJW 1988, 2984, 2985; Coester-Waltjen, Jura 1989, 520, 523; dies. NJW 1982, 2528, 2532; dies. NJW 1983, 2059, 2060; Müller, FamRZ 1986, 635; Giesen, JZ 1989, 364, 368f; ders. Verhandlungen, K 65; ders. FamRZ 1981, 413, 416; Kollhossler, JA 1985, 553, 557; Münder, RdJ 1989, 456, 462; Kleineke, Das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung; v. Mangold/ Klein/ Starck, GG, Art. 1 Rn 69; Benda, NJW 1985, 1730, 1732; Benda-Bericht, 14; Benecke, Heterologe Insemination, 65-69; Heiss, Die künstliche Insemination, 285; Lauff-Arnold, ZRP 1984, 279, 282; Ostendorf, JZ 1984, 595, 595; Zimmermann, FamRZ 1981, 929, 932.

möglicherweise entscheidend⁴⁸⁷. Sie nehme im „Bewusstsein des einzelnen eine Schlüsselstellung für Individualitätsfindung und Selbstverständnis“ ein und bilde damit „einen wichtigen Anknüpfungspunkt für das Verständnis und die Entfaltung der eigenen Individualität“⁴⁸⁸.

Gegen ein verfassungsmäßiges Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung wird vorgebracht, die Kenntnis der biologischen Abstammung liefere auch keine vollständige Aufklärung über die eigenen Naturanlagen, und damit sei dem Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung jeder Boden entzogen⁴⁸⁹. Es werden hier Beispiele herangezogen über die Kombinationsmöglichkeiten der elterlichen Erbanlagen, die beweisen sollen, dass die Kenntnis der Abstammung wenig Informationswert für das eigene Selbst des Kindes hat⁴⁹⁰. Dieses Argument ist offensichtlich wenig tragfähig, da nicht nur die vollständige genetische Identität, sondern auch ein teilweises Wiedererkennen von Bedeutung sein kann.

Weiterhin wird gegen ein Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung vorgebracht, dass bei der Inkognitooption die Anonymität der Eltern mit gutem Grund gesichert werde⁴⁹¹. Auch zeigen diese Autoren auf, dass selbst das Bundesverfassungsgericht sich in dieser Hinsicht widersprochen hat, als es feststellte, dass im allgemeinen das Interesse des Kindes als eheliches Kind in der Familie aufzuwachsen, in die es hineingeboren wird, das Interesse an der genauen Feststellung seiner Abstammung überwiege⁴⁹². Ebenso sei ein kognitives Recht des Kindes auf Kenntnis der Herkunft dem geltenden Familien- und Personenrecht fremd, da die einfachrechtliche statusrechtliche Zuordnung oft von der genetischen Herkunft abweiche⁴⁹³. Hier werden die §§ 1594 ff BGB angeführt, die es einem Mann gestatten, die Vaterschaft für ein nichteheliches Kind unter den dort genannten Voraussetzungen anzuerkennen, auch wenn er nicht der genetische Vater ist. Somit widerspräche ein Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung familienrechtlichen Leitbildern und tangiere tragende Überzeugungen des Privatrechts, die auch im öffentlichen und im Straf- und Zivilprozessrecht ihren Niederschlag gefunden haben⁴⁹⁴. In familienrechtlichen Zusammenhängen sei nämlich der biologischen Komponente des Eltern-Kind-Verhältnisses immer geringere Bedeutung eingeräumt worden. Außerdem diene es dem Familienfrieden, wenn ein Kind, das statusrechtlich abweichend von der genetischen Abstammung zugeordnet wird, nicht von seiner anderweitigen Herkunft erfahre⁴⁹⁵.

⁴⁸⁷ Hassenstein, FamRZ 1988, 120; Frank, Künstliche Fortpflanzung, 47 Rn 121; Busse, Kenntnis der Abstammung, 138.

⁴⁸⁸ BVerfGE 79, 256, 269.

⁴⁸⁹ Koch, FamRZ 1990, 569, 573; Hassenstein, FamRZ 1988, 120.

⁴⁹⁰ Wenn es durch die Kombinationswirkung der Gene zur Durchsetzung rezessiver Gene kommt und das Kind also neue und andere Eigenschaften an sich entdeckt und nicht stets mit Blick auf die Eltern damit rechnen kann, die selben Veranlagungen und Charakteristiken in sich zu tragen; s. Hassenstein, FamRZ 1988, 122.

⁴⁹¹ Deichfuß, NJW 1988, 113, 113.

⁴⁹² BVerfG, FamRZ 1975, 82, 85.

⁴⁹³ Deichfuß, NJW 1988, 113; Frank, FamRZ 1988, 113, 114; Gottwald, Hubmann-FS, 116ff.

⁴⁹⁴ Koch, FamRZ 1990, 569, 570.

⁴⁹⁵ Gottwald, Hubmann-FS, 116, 119; Frank, FamRZ 1988, 113, 114; Deutsch, MDR 1985, 177, 178, 188.

Diese Argumentation vermag aber, wie bereits gesagt, höchstens solange zu überzeugen, als das Kind noch nicht volljährig ist. Auch bei der Adoption gewährt das Gesetz dem Kind ja ab dem 16. Lebensjahr ein Recht auf Einsichtnahme in die Geburtsakten. Danach ist der behauptete Schutz des Familienfriedens nur noch ein Schutz der rechtlichen Eltern vor unliebsamen Konfrontationen mit einem erwachsenen Kind, das die Wahrheit erfährt. Die gewachsenen Bindungen des Kindes zu seinen rechtlichen Eltern sind bis zur Volljährigkeit des Kindes soweit gefestigt, dass nicht zu befürchten ist, dass diese sich lösen, lediglich weil das Kind von seiner anderweitigen Abstammung erfährt. Es liefe daher allen Kindeswohlerwägungen zuwider, dem erwachsenen Kind seine wahre Abstammung nicht zu offenbaren⁴⁹⁶.

Ungeachtet der vereinzelt Gegenstimmen in der Literatur, wird man auch angesichts der eindeutigen Stellungnahme der Rechtsprechung von der Existenz eines verfassungsmäßigen Rechts auf Kenntnis der eigenen Abstammung ausgehen können.

(2.) Falls der Samenspender anonym bleibt und dem Kind zu keinem Zeitpunkt die Möglichkeit gegeben wird, in die existierende Spenderakten Einsicht zu nehmen, liegt darin ein Eingriff in das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung des Kindes.

Das allgemeine Persönlichkeitsrecht ist jedoch nicht uneingeschränkt gewährleistet. Auch das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung wird man zur Privatsphäre zählen müssen⁴⁹⁷. Diese kann durch die verfassungsmäßige Ordnung unter Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit beschränkt werden⁴⁹⁸. An die Verhältnismäßigkeit sind jedoch erhöhte Anforderungen zu stellen. Eine Regelung ist danach nur zulässig, wenn sie zum Schutz eines gewichtigen Gemeinschaftsgutes geeignet und erforderlich ist und wenn der Schutzzweck so schwer wiegt, dass er die Beeinträchtigung des Persönlichkeitsrechts in ihrem Ausmaß rechtfertigt⁴⁹⁹. Denkbare schützenswerte Güter wären die Rechte Dritter, nämlich des Samenspenders und der Wunscheltern.

(a) Das Recht auf Fortpflanzung als besondere Ausprägung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts kann im Falle des Samenspenders nicht als Rechtfertigung herangezogen werden. Der dahinterstehende Sinn ist, dass der einzelne sich fortpflanzen und dadurch in der nächsten Generation weiterleben will. Die Interessen des Samenspenders sind jedoch nicht so gelagert. Er will keine Familie gründen, vielmehr ist er hauptsächlich an dem Entgelt für die Samenspende interessiert⁵⁰⁰. Selbst wenn aber der Samenspender mit seiner Spende den Wunsch verfolgt, sich fortzupflanzen und weiterzuleben, so beinhaltet dieses Recht doch nicht den Anspruch, dem Kind gegenüber anonym zu bleiben.

⁴⁹⁶ Mansees, NJW 1988, 2984, 2986.

⁴⁹⁷ S. zu einer genauen Darstellung der Sphärentheorie oben 4. Teil B.I.2.b).

⁴⁹⁸ BVerfG, NJW 1984, 419; BVerfG, NJW 1989, 891; BVerfG, NJW 1994, 2475.

⁴⁹⁹ BVerfG, NJW 1994, 2475, 2475.

⁵⁰⁰ Wohn, Reproduktionstechniken, 95; so ist zum Beispiel in den USA bis heute erst ein Fall bekannt geworden, wo der Samenspender auf die Einräumung von Besuchsrechten klagte: McIntyre v. Crouch, 780 P.2d 239 (Oregon 1989), 495 U.S. 905 (1990).

Auch das Recht, sich nicht fortzupflanzen, kann nicht gegen eine Öffnung der Akten herangezogen werden, da sich der Samenspender gerade für eine Fortpflanzung entschieden hat und lediglich die weiteren mit der Fortpflanzung verbundenen Pflichten nicht auf sich nehmen möchte.

Auch sonst ist ein Verstoß gegen das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Spenders nicht ersichtlich. Zwar hat er gespendet ohne den Wunsch, jemals der Vater des Kindes zu sein, weder auf rechtlicher noch auf tatsächlicher Ebene. Er wollte also sein Privatleben nicht als Vater des mit seinem Samen gezeugten Kindes gestalten. Eben deswegen hat er ein Interesse an seiner Anonymität. Er wollte niemals auch Zahl- und sozialer Vater sein. Dagegen wird argumentiert, dass der Samenspender an der Entstehung eines der höchsten Verfassungsgüter mitgewirkt habe und sich nicht durch eine einfache vertragliche Vereinbarung von seiner Verantwortung befreien könne⁵⁰¹. Er trage vielmehr eine soziale und ethische Verantwortung für das Kind⁵⁰². Ebenso kann man zu bedenken geben, dass es auch bei Zeugung auf natürlichem Wege genügend Väter gibt, die gerne ihre Anonymität wahren würden – warum sollte dies dem Mann, der sich nach reiflichem Überlegen für eine Samenspende entschieden hat und wusste, was auf ihn zukommt, möglich sein, wohingegen einem Mann, der ein Kind in einer unsteten Beziehung zeugt oder das Kind gar nicht geplant hatte, diese Möglichkeit verwehrt bleibt?

Dieses Argument ist letztlich entscheidend. Rechtsdogmatisch beruht es auf dem Verzicht des Samenspenders auf sein Recht, sich nicht fortzupflanzen. Durch die Aufgabe dieses Rechts hinsichtlich der gespendeten Samen verliert er diesbezüglich auch den grundgesetzlich gewährten Schutz.

(b) Als weitere Rechtfertigung für einen Eingriff in das Recht des Kindes auf Kenntnis der eigenen Abstammung könnte man an das allgemeine Persönlichkeitsrecht der Mutter in der Ausprägung des Rechts auf Fortpflanzung denken⁵⁰³. Aus einem solchen Recht kann aber nicht gefolgert werden, dass der Samenspender anonym bleiben muss. Die Sterilität des einen oder anderen Partners mag zwar eine Belastung für die Partnerschaft darstellen, dies kann aber noch keinen Anspruch gegen den Staat begründen, dass dieser die heterologe Insemination so angenehm wie möglich ausgestaltet und den Wunscheltern zusichert, dass in ihre Familiengemeinschaft nicht von außen eingedrungen wird⁵⁰⁴.

bbb) Durch die Rechte des Samenspenders oder der Wunscheltern kann das Recht des Kindes auf Kenntnis seiner Abstammung nicht eingeschränkt werden, da deren verfassungsrechtlich geschützte Rechte nicht betroffen sind. Auch das BVerfG hat in mehreren Entscheidungen⁵⁰⁵ aus dem Recht des Kindes auf Kenntnis der eigenen Abstammung gefolgert, dass der Samenspender nicht anonym bleiben kann.

⁵⁰¹ Donhauser, Recht auf Kenntnis der Abstammung, 179.

⁵⁰² Giesen, JZ 1989, 369; Mansees, NJW 1988, 2987.

⁵⁰³ Teubner und Scheller, 56. DJT 1986, Diskussion, K 127 und K 173.

⁵⁰⁴ Donhauser, Recht auf Kenntnis der Abstammung, 178.

⁵⁰⁵ BVerfG, NJW 1994, 2475.

Allerdings muss hier nochmals darauf verwiesen werden, dass das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung dem Kind keinen Anspruch auf Verschaffung von Kenntnissen über die eigene Abstammung gibt. Es schützt vielmehr lediglich vor der Vorenthaltung vorhandener Informationen⁵⁰⁶. Die Informationen über die Identität des Samenspenders müssen für das Kind jedoch tatsächlich erlangbar sein, das heißt, sie müssen existieren. Um in die Akten Einsicht nehmen zu können, müssen solche Akten erstellt werden⁵⁰⁷. Um dem Kind die Sicherheit zu geben, dass es sein Recht auf Kenntnis der Abstammung auch tatsächlich durchsetzen kann, wäre eine gesetzlich vorgeschriebene Dokumentationspflicht, die über die momentan nach den ärztlichen Standesregeln bestehende Pflicht hinausgeht, nötig⁵⁰⁸.

Nach der momentanen Gesetzeslage ist der Samenspender, wenn seine Identität offenbart wurde, weiterhin nicht davor geschützt, von dem Kind in finanzieller Hinsicht in Anspruch genommen zu werden. Er tritt in die Vaterstellung ein und hat auch alle damit verbundenen Pflichten. Diese Lösung wird dem Samenspender in der Regel unangenehm sein, da er vor allem keine finanziellen Verpflichtungen für das Kind eingehen wollte. Die Folge einer ausführlichen Dokumentationspflicht mag dann in der Tat der Rückgang der zur Verfügung stehenden Spender sein.

bb) USA

Anders als in Deutschland findet sich in den USA mit Sec. 5 (a) S.3, 5 UPA (1973) eine spezielle Norm, die die Anfertigung von Inseminationsberichten und ein Einsichtsrechtsrecht des Kindes regelt. In diesen Berichten sind die persönlichen Daten des Spenders und der Mutter notiert, sowie deren mögliche Krankheitsgeschichte und sonstige Besonderheiten.

In Sec. 5 (a) S.3, 5 sieht der UPA (1973) vor, dass die Inseminationsberichte vertraulich in einem versiegelten Umschlag aufbewahrt werden sollen und dass sie lediglich dann geöffnet werden dürfen, wenn dies ein Gericht aufgrund eines guten Grundes anordnet. Diesen Teil des UPA (1973) bzw. vergleichbare Statuten haben mehrere Staaten angenommen⁵⁰⁹. Dem UPA (2000) dagegen fehlt diese ausdrückliche Offenlegung im Falle eines wichtigen Grundes. Er spricht nicht mehr von Inseminationsberichten, obwohl die künstliche Fortpflanzung ansonsten wesentlich genauer geregelt wird. Zwar regelt der UPA (2000) nun ausdrücklich und für alle Fälle der Gametenspende, dass der Spender bzw. die Spenderin kein Elternteil ist, jedoch werden dadurch nicht die Probleme beseitigt, die ein Kind haben kann, wenn es seine genetischen Wurzeln nicht kennt. Das Erlangen von Informationen über seine

⁵⁰⁶ BVerfG, FuR 1994, 230, 230; BVerfGE 79, 256, 268f

⁵⁰⁷ Eine Umfrage bei 15 Praxen und Kliniken, die häufig heterologe Inseminationen durchführen, ergab, dass in 10 der Praxen dem Samenspender völlige Anonymität zugesichert wird, in 9 davon seine Identität nicht einmal festgestellt wird; s. hierzu Naumann, ZRP 1999, 142, 142.

⁵⁰⁸ So auch Naumann, ZRP 1999, 142, 143; Taupitz, Fortpflanzungsmedizin, 280, 285f; Zumstein, Fortpflanzungsmedizin, 134, 134f, die in diesem Zusammenhang auch auf die Musterentwürfe der Länder zu einem Gesetz zur Regelung der künstlichen Befruchtung verweist.

⁵⁰⁹ Cal.Civ.Code § 7005 (a); Colo. Rev. Stat. Ann. § 19-6-106 (1); Mont.Rev.Code Ann. § 61-306; Wash. Rev. Code Ann. § 26.26.050; Wyo. Stat. § 14-2-103(a); Conn.Gen.Stat. § 45-69h; Kan.Stat. § 23-130; N.Y.City Health Code § 21.07; Okla.Stat.tit.10 § 553; Or.Rev.Stat. § 577.265 (3).

genetische Herkunft will der UPA (2000) anderen Gesetzen überlassen, die jedoch momentan noch nicht existieren⁵¹⁰.

Vor der Schaffung des UPA (2000) wurden de lege ferenda für das Problem der Öffnung der Geburtsakten verschiedene Lösungsansätze vorgeschlagen⁵¹¹. Da der UPA (2000) dieses Problem einfach übergeht, verdienen diese Ansätze immer noch eine genauere Betrachtung.

So wird teilweise gefordert, dass das Kind, das durch heterologe Insemination gezeugt wurde, ab einem bestimmten Alter die Möglichkeit haben soll, in seine Geburtsakten Einsicht zu nehmen, ohne jedoch die Identität des Spenders zu erfahren. Teilweise wird eine Identitätsaufdeckung in außergewöhnlichen Situationen gefordert⁵¹², teilweise völlig abgelehnt⁵¹³. Andere Autoren wollen dem Kind ab seiner Volljährigkeit das Recht der Einsichtnahme in alle Akten, auch in die, welche die Identität des Spenders enthalten, gewähren, da mit der Volljährigkeit einige der Hauptgründe für die Anonymität wegfallen. Der Spender solle jedoch nicht mit elterlichen Pflichten belastet werden⁵¹⁴.

Auch könne man den Spender fragen, ob er sich bereit erklärt, dass seine Identität zu einem späteren Zeitpunkt oder zumindest nach seinem Tod aufgedeckt wird⁵¹⁵. Teilweise wird zusätzlich gefordert, dass auch die rechtlichen Eltern der Einsichtnahme zustimmen müssen und das Kind volljährig sein muss⁵¹⁶. Bis zu seiner Volljährigkeit habe es bereits eine stabile familiäre Beziehung zu den rechtlichen Eltern aufgebaut und die emotionalen Spannungen würden reduziert.

⁵¹⁰ Kritik hieran übt Hollinger, *Concerns*, 2.

⁵¹¹ American College of Obstetrics and Gynecology, 1986, abgedruckt bei Eser/ Koch/ Wiesenbart, *Fortpflanzungsmedizin*, 340-344; Koehler, 5 *Alb. L. J. Sci. & Tech.* (1996), 321, 334; Schiff, 44 *Duke L.J.* (1994), 524, 564f; Gibson, 30 *J. Fam. L.* 1, 41ff; Mills v. Atlantic, 372 A.2d 646, 654 (N.J. 1977); Robertson, 59 *S. Cal. L.Rev.* (1986), 942, 1017; Hollinger, 18 *U. Mich.J.L.Ref.* (1985), 865, 921; Cork, 22 *Wm.-Mitchell L.Rev.* (1996), 1535, 1563; Annas, 14 *Fam. L.Q.* (1986), 1, 12; Poulin, 26 *J.Fam.L.* (1988) 395, 417.

⁵¹² Bericht der American Fertility Society aus dem Jahre 1986, abgedruckt bei v. Sethe, *Recht auf Kenntnis der Abstammung*, 336-340; Andrews, *Medical Genetics*, 171ff; Elias/ Annas, 17 *Fam.L.Q.* (1983), 199, 233; Capron, 20 *U.C. Davis L.Rev.* (1987), 579, 691; Smith, 11 *Colum. Hum. Rts. L. Rev.* (1979), 87, 100; Swanson, 27 *Colum. J.L. & Soc. Prbs.* (1993), 151, 187; Gibson, 30 *J.Fam.L.* (1991/ 92), 1, 33; Shapo, 25 *Hofstra L. Rev.* (1997), 1091, 1117; für den Fall der Adoption: Sachdev, *Unlocking the Adoption File*, 92; Nugent, 23 *Rutgers L.J.* (1992), 709, 718; Reiss, 28 *Sw. U.L.Rev.* (1998), 133, 156; Robertson, *Children of Choice*, 125; Poulin, 26 *J.Fam.L.* (1988) 395, 417.

⁵¹³ American College of Obstetrics and Gynecology, 1986, abgedruckt bei Eser/ Koch/ Wiesenbart, *Fortpflanzungsmedizin*, 340-344; Koehler, 5 *Alb. L. J. Sci. & Tech.* (1996), 321, 334.

⁵¹⁴ Schiff, 44 *Duke L.J.* (1994), 524, 564f; Gibson, 30 *J. Fam. L.* 1, 41ff; Mills v. Atlantic, 372 A.2d 646, 654 (N.J. 1977) schlägt für Adoptivkinder vor, dass bei minderjährigen Kindern die Beweislast bezüglich des guten Grundes auf Seiten der Kläger ist, bei volljährigen Kindern dagegen solle dem Staat die Beweislast aufgebürdet werden, dass kein guter Grund für die Öffnung der Akten vorliegt. In *Doe v. Sundquist*, 943 F.Supp. 893, 895 (Tenn. 1996), entschied das Gericht, dass das Interesse des Adoptivkindes, die Geburtsurkunden zu erhalten, einen möglichen Eingriff in verfassungsrechtlich geschützte Rechte der anderen Parteien rechtfertige. Außerdem verstießen die offenen Adoptionsakten nicht gegen Verfassungsrecht, da sie den fundamentalen Prozeß der Entscheidungsfindung der leiblichen sowie der Adoptiveltern nicht unmittelbar beschnitten.

⁵¹⁵ Robertson, 59 *S. Cal. L.Rev.* (1986), 942, 1017; Hollinger, 18 *U. Mich.J.L.Ref.* (1985), 865, 921; Cork, 22 *Wm.-Mitchell L.Rev.* (1996), 1535, 1563; Annas, 14 *Fam. L.Q.* (1986), 1, 12; Poulin, 26 *J.Fam.L.* (1988) 395, 417 im Hinblick auf Adoptivkinder.

⁵¹⁶ Cork, 22 *Wm.-Mitchell L.Rev.* (1996), 1535, 1563.

*Annas*⁵¹⁷ spricht sich dafür aus, dass heterologe Inseminationen nur noch mit Samen bereits toter Männer durchgeführt werden sollen. Diese müssten niemals die Befürchtung haben, noch für das Kind zahlen zu müssen.

Im allgemeinen scheint die amerikanische Literatur also eher dahin zu tendieren, eine Dokumentations- und Aufdeckungspflicht des Spendernamens abzulehnen. Es soll Aufgabe des Staates sein, die Bedürfnisse seiner existierenden Bürger zu befriedigen und nicht bereits an mögliche spätere Bürger zu denken⁵¹⁸. Diejenigen Autoren, die lediglich für eine Offenlegung der nichtidentifizierenden Informationen plädieren, reduzieren das Problem auf den Punkt des genetischen Materials. Das Kind soll Kenntnis von möglichen Erbkrankheiten oder ähnlichem erhalten. Die Bedeutung eines persönlichen Kontaktes zu dem genetischen Vater, um sich selbst kennen zu lernen, wird hierbei nicht bedacht.

Vor dem Hintergrund dieser Diskussion fragt sich nun, wie das Kriterium des guten Grundes in Sec. 5 (a) 3 UPA (1973) auszulegen ist. Hierfür muss als Vorfrage geklärt werden, ob ein verfassungsmäßiges Recht des Kindes auf Kenntnis seiner eigenen Abstammung existiert, das bei der Auslegung beachtet werden müsste. Hinter der Einschränkung des Einsichtsrechts müsste dann ein überzeugendes staatliches Interesse stehen und die Norm müsste so eng interpretiert werden, dass sie lediglich diesem Interesse dient⁵¹⁹.

aaa) Auf das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung wird in den USA zumeist nur kurz oder gar nicht eingegangen. Zwar wird auch hier erkannt, dass es aus psychologischer Sicht für einen Menschen notwendig sein kann, dass er seine biologischen Wurzeln kennt⁵²⁰. Diese Notwendigkeit wird jedoch in der Regel nicht verfassungsrechtlich qualifiziert.

Bisher ist noch kein Fall von einem Gericht entschieden worden, in dem es um das Recht eines künstlich gezeugten Kindes auf Kenntnis seiner wahren Abstammung ging. In den Fällen der Öffnung von Adoptionsakten ist die Frage nach dem Recht auf Kenntnis der Abstammung jedoch bereits häufiger aufgetaucht⁵²¹. Da unstrittig gewisse Parallelen zwischen der Zeugung durch heterologe Insemination und der Adoption bestehen, kann in gewissem Maße auf die Argumentation im Rahmen der Adoption zurückgegriffen werden.

(1.) Die Gerichte haben sich in adoptionsrechtlichen Streitigkeiten bisher stets gegen ein verfassungsmäßig gewährleistetes Recht auf Kenntnis der eigenen

⁵¹⁷ *Annas*, 14 Fam. L. Q. (1986), 1, 12.

⁵¹⁸ Es wird auch für unwahrscheinlich gehalten, dass ein solches Recht, zumindest im Hinblick auf Adoptivkinder, jemals mit Verfassungsrang anerkannt werden wird: *Kuhns*, 24 Golden Gate U. L. Rev. (1994), 259, 270; *Allan*, 46 Brook. L. Rev. (1980), 717, 731; *Hanley*, 2 Ohio N. U. L. Rev. (1975), 542, 549f.

⁵¹⁹ Zum richterlichen Prüfungsstandard bei Grundrechtseingriffen s.o. 4. Teil B.II.3.a).

⁵²⁰ Gerade Studien bei adoptierten Kindern haben gezeigt, dass diese ihre Identität nicht formen können solange sie nicht ihre biologischen Eltern kennen; *Burke*, 48 S. Cal. L. Rev. (1975), 1196; *Lifton*, Foreword to *M. Benet, The Politics of Adoption*, 3f; *Bartlett*, 70 Va. L. Rev. (1984), 879, 905; *Anderson*, 67 Child Welf. (1988), 15, 18f; *Verrier*, 2 Pre- and Peri-Natal Psychol. (1987), 75; *Weiss*, 45 Clev. St. L. Rev. (1997), 101, 124.

⁵²¹ *Koehler*, 5 Alb. L. J. Sci. & Tech. (1996), 321, 329; *Smith*, 11 Colum. Hum. Rts. L. Rev. (1979), 87.

Abstammung ausgesprochen⁵²². Dagegen wollen einige wenige Autoren in der Literatur dem Kind ein solches Recht zugestehen⁵²³. Als erstes Argument wird hier auch wieder vorgebracht, dass die Entwicklung einer persönlichen Identität grundlegend für ein gesundes und produktives Leben sei und diese Entwicklung ohne Kenntnis des eigenen biologischen Hintergrundes zumindest schwieriger sei⁵²⁴. Die dringendste Frage eines Adoptivkindes sei stets, warum seine natürlichen Eltern es zur Adoption freigegeben haben⁵²⁵. Wenn diese nicht beantwortet werde, könne sein Selbstwertgefühl zu leiden beginnen.

Mögliche Grundlage für ein solches Recht könnten das 14., das erste oder das 13. *Amendment* sein.

(a) Aus dem 14. *Amendment* könnte das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung in zweifacher Weise gefolgert werden. Zum einen könnte man es aus dem Recht auf Privatsphäre, das über das 14. *Amendment* in den einzelnen Staaten Anwendung findet, folgern, zum anderen aus dem Gleichberechtigungsgebot, das ebenfalls im 14. *Amendment* verankert ist.

Über das 14. *Amendment* ist das Recht auf Privatsphäre und Freiheit, das aus der Ausstrahlungswirkung des ersten, vierten, fünften, und neunten *Amendments* gefolgert wird, auch auf die einzelnen Staaten anwendbar⁵²⁶. Dieses Recht umfasst die Freiheit, innerhalb der Familie von staatlichen Einmischungen frei zu bleiben, ebenso wie das Recht, seine eigenen Wurzeln zu kennen. Es beinhaltet also auch das Recht, etwas über sich selbst herauszufinden, wenn man denn will. Es hätte aber dann keinen Wert, wenn nicht die Möglichkeit bestünde, auf Informationen über sich selbst zurückzugreifen⁵²⁷. Daher, wird argumentiert, soll es auch das Recht des Kindes schützen, seine wahre Identität zu kennen⁵²⁸. Dieser Ansatzpunkt in den USA entspricht soweit dem deutschen. Dagegen wird, wie auch schon beim Recht auf Fortpflanzung, vorgebracht, dass das Recht auf Öffnung der Geburtsakten weder implizit noch explizit in der Verfassung genannt sei und es nicht Aufgabe des Gerichtes sei, neue substantielle konstitutionelle Rechte zu schaffen, die nicht von der Verfassung vorgegeben sind⁵²⁹. Allerdings hat das Gericht das Recht auf Privatsphäre

⁵²² *Alma Society, Inc. v. Mellon*, 601 F.2d 1225 (N.Y. 1979); *Humphers v. First Interstate Bank of Oregon*, 696 P. 2d 527 (Or. 1985); *Yesterday's Children v. Kennedy*, 569 F.2d 431 (Ill. 1977); *In re Roger B.*, 418 N.E.2d 751 (Ill. 1981); *In re Maples*, 563 S.W.2d 760 (Mo. 1978); *Mills v. Atlantic City Dep't of Vital Statistics*, 372 A.2d 646 (N.J. 1977); *In re Linda F.M.*, 409 N.Y.S.2d 638 (N.Y. 1979).

⁵²³ *Burke*, 48 S.Cal.L.Rev. (1975), 1196, 1200-1212; *Hanley*, 2 Ohio N.L.Rev. (1975), 542, 549f; *Gloor*, 75 Nw.U.L.Rev. (1980), 316, 320; *Cahn/ Singer*, 2 U.Pa.J.Const.L. (1999), 150, 191 fordern, dass aus dem verfassungsrechtlich gewährleisteten Recht auf Privatsphäre des Kindes zumindest geschlossen werden müsse, dass die Akten nicht stets verschlossen bleiben, sondern dass vielmehr die leiblichen Eltern kontaktiert werden und festgestellt wird, ob sie noch ein Interesse an der Geheimhaltung ihrer Identität haben.

⁵²⁴ *Triseliotis, In Search of Origins*, 79; *Burke*, 48 S.Cal.L.Rev. (1975) 1196, 1200; *Swanson*, 27 Colum. J. L. & Soc. Prbs. (1993), 151, 179 für künstlich gezeugte Kinder.

⁵²⁵ *Triseliotis, In Search of Origins*, 110.

⁵²⁶ S. zu einer ausführlichen Diskussion des Rechts auf Privatsphäre oben 4. Teil B.II.1.

⁵²⁷ *Burke*, 48 S.Cal.L.Rev. (1975), 1196, 1209.

⁵²⁸ *In re Roger B.*, 418 N.E.2d 751, 753 (Ill. 1981).

⁵²⁹ *In re Roger B.*, 418 N.E.2d 751, 753 (Ill. 1981); zu der allgemeinen Frage, ob das Recht auf Privatsphäre aus der Verfassung gefolgert werden kann s.o.4.Teil B.II.1.

selbst auch aus der Ausstrahlungswirkung verschiedener *Amendments* gefolgert, und zu dieser Privatsphäre existiert mittlerweile eine so umfangreiche Fallliteratur, dass nicht mehr daran gezweifelt werden kann, dass dieses Recht existiert. Dem *Supreme Court* steht es also zu, die Verfassung zu interpretieren. Da er die Grenzen und Inhalte des Rechts auf Privatsphäre zudem nie abschließend dargelegt hat, könnte darunter auch das Recht fallen, Einsicht in seine Geburtsakten nehmen zu können und die Identität seiner genetischen Eltern zu erfahren.

Ein weiteres Recht, das aus dem *14. Amendment* abgeleitet wird, ist das Gleichberechtigungsgebot. Natürlich gezeugte Kinder haben leichten Zugang zu Informationen über ihre Eltern. Zum einen können sie diese befragen, wenn sie mit zumindest einem Elternteil zusammenleben, zum anderen können sie in ihre Geburtsakten Einsicht nehmen⁵³⁰. Adoptivkinder würden zudem im Vergleich zu nichtehelichen Kindern diskriminiert, da letztere wenigstens ihre biologische Mutter kennen und über diese auch die Identität ihres Vaters erfahren könnten⁵³¹.

Das Gleichberechtigungsgebot fordert aber auch im amerikanischen Recht lediglich, dass Gleiches gleich behandelt wird. Menschen in unterschiedlichen Situationen können auch unterschiedlich behandelt werden, wenn die Gründe hierfür nicht völlig willkürlich sind⁵³². Natürlich gezeugte nichteheliche Kinder und heterolog gezeugte Kinder befinden sich in unterschiedlichen Situationen. Künstlich gezeugte Kinder erfahren nie das „Stigma der unehelichen Geburt“ und daher ist es für sie unter diesem Gesichtspunkt nicht von solcher Dringlichkeit, die Identität ihrer leiblichen Eltern zu erfahren. Aber selbst wenn man objektiv eine willkürliche Ungleichbehandlung erkennen will, bedeutet das nicht notwendigerweise einen Verstoß gegen das Gleichbehandlungsgebot. Nach herrschender Meinung kann der Staat das *14. Amendment* nur verletzen, wenn er mit der Intention handelt, eine Gruppe zu diskriminieren⁵³³. Im Falle der Adoptivkinder will der Staat diese jedoch besonders schützen⁵³⁴. Ebensolche Beweggründe liegen auch im Falle von heterolog gezeugten Kindern nahe.

(b) Das Recht auf Kenntnis der Abstammung könnte sich weiterhin aus dem ersten *Amendment* ergeben⁵³⁵. Dieses schützt nicht nur die Redefreiheit, sondern auch das Recht, Informationen zu erhalten⁵³⁶. Es hilft, die Informationen zu erhalten, ohne die

⁵³⁰ *Mills v. Atlantic City Dep't of Vital Statistics*, 372 A.2d, 646, 653 (N.J. 1977); *In re Maples*, (Mo. 1978) 563 S.W.2d, 760, 764; *Alma Soc. Inc. v. Mellon*, (N.Y.1979) 601 F.2d 1225, 1233; *In re Roger B.*, 418 N.E.2d 751, 756 (Ill. 1981); *In re Linda F.M.*, 409 N.Y.S.2d 638, 644 (N.Y. 1978).

⁵³¹ *Mills v. Atlantic City Dep't of Vital Statistics*, 372 A.2d, 646, 652 (N.J. 1977); *In re Roger B.*, 418 N.E.2d 751, 756 (Ill. 1981); *Alma Soc. Inc. v. Mellon*, 601 F.2d 1225 (N.Y. 1979).

⁵³² *Royster Guano Co. v. Virginia*, 253 U.S. 412, 415 (1920); *In re Ginnan*, 422 N.Y.S.2d 1003, 1009 (N.Y. 1979); *Reed v. Reed*, 464 U.S.(1971) 71, 76; *City of Charlotte v. Local*, 426 U.S. (1976) 283, 286.

⁵³³ *Barron/ Dienes*, *Constitutional Law in a Nutshell*, 245.

⁵³⁴ *Washington v. Davis*, 426 U.S. (1976) 229, 239ff.

⁵³⁵ *Mills v. Atlantic City Dep't of Vital Statistics*, 372 A.2d, 646, 652 (N.J. 1977); *In re Roger B.*, 418 N.E.2d 751, 757 (Ill. 1981); *In re Maples*, 563 S.W.2d 760, 762 (Mo. 1978); *In re Linda F.M.*, 409 N.Y.S.2d 638, 644 (N.Y. 1978); aus der Literatur: *Burke*, 48 S.Cal.L.Rev. (1975), 1196, 1205.

⁵³⁶ *Red Lion Broadcasting Co. v. FCC*, 395 U.S. 367, 390 (1969); *Lamont v. Postmaster General*, 381 U.S. 301 (1965); *Martin v. City of Struthers*, 319 U.S. 141 (1943); *Kleindienst v. Mandel*, 408 U.S. 753 (1972); *Virginia*

eine intelligente Teilnahme an und ein Beitrag zum gesellschaftlichen und politischen Leben nicht möglich ist⁵³⁷. Bei Adoptivkindern wird teilweise argumentiert, diese könnten ohne Kenntnis ihrer Abstammung nie zu integrierten, gesunden Menschen werden, die am gesellschaftlichen Leben voll teilnehmen können⁵³⁸. Gleiches könnte man dann auch für heterolog gezeugte Kinder annehmen.

Selbst wenn man dem in dieser Allgemeinheit zweifelhaften Argument folgt, ist der Schutzbereich des ersten *Amendments* nach herrschender Auffassung nicht tangiert. Das *Amendment* garantiert zwar das Recht, Informationen von einem freiwilligen Informanten zu suchen und zu erhalten, nicht jedoch ein generelles Recht auf Informationen, die sich innerhalb der Regierungskontrolle befinden und der allgemeinen Öffentlichkeit nicht zugänglich sind⁵³⁹.

(c) Teilweise wird das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung aus dem *13. Amendment* gefolgert⁵⁴⁰. Dieses normiert die Abschaffung und das Verbot der Sklaverei. Es beinhaltet ebenfalls das Recht, dass Familienverbindungen beibehalten werden. Man könnte also die Situation eines heterolog gezeugten Kindes, das seine leiblichen Eltern nicht kennt und auch keine Möglichkeit des Zugriffs auf die Geburtsinformationen hat, mit der eines Sklavenkindes vergleichen, das verkauft wurde, bevor es seine Identität erfahren hat. Da im Falle der Adoptivkinder und heterolog gezeugten Kinder die u.U. lebenslang verschlossenen Akten eine dauernde Verweigerung der Kenntnis ihrer natürlichen Herkunft darstellten, könnte ihre Situation vom *13. Amendment* geschützt sein.

Würde man das *13. Amendment* allerdings so weit auslegen wie teilweise gefordert, würden viele Fälle, die üblicherweise vom *14. Amendment* erfasst werden, bereits hierunter fallen. Dies kann nicht beabsichtigt sein⁵⁴¹. Hinzu kommen die Bedenken gegen die Tragfähigkeit des Vergleiches, unterscheidet sich doch die Situation von Adoptivkindern und heterolog gezeugten Kindern wesentlich von der Situation von Sklavenkindern. Letztere wurden ihren Eltern weggenommen, damit man diese weiterhin unterdrücken konnte und um die Profite aus der Sklaverei zu erhöhen. Die Eltern hatten hier, anders als der Samenspender bei der heterologen Insemination, keine Wahl oder Kontrolle über den Vorgang⁵⁴².

State Board of Pharmacy v. Virginia, 425 U.S. 748, 756 (1976); Griswold v. Connecticut, 381 U.S. 497 (1965); Meyer v. Nebraska, 262 U.S. 390 (1923); Pierce v. Society of Sisters, 268 U.S. 510 (1925).

⁵³⁷ New York Times Co v. Sullivan, 376 U.S. 254, 271 (1964); Emerson, Yale L.J. 877, 882 (1963); Burke, 48 S.Cal.L.Rev. (1975), 1196, 1204.

⁵³⁸ Kuhns, 24 Golden Gate U. L. Rev. (1994), 259, 267; Emerson, 72 Yale L. J. (1963), 877; Burke, 48 S.Cal.L.Rev. (1975), 1196, 1206.

⁵³⁹ Bartel v. FAA 617 F.Supp. 190, 194 (D.C. 1985); Houching v. KQED, (1977) 438 U.S. 1; Branzburg v. Hayes, (1972) 408 U.S. 665, 684. In re Roger B., 418 N.E.2d 751, 757 (Ill. 1981); Mills v. Atlantic City Dep't of Vital Statistics, 372 A.2d 646, 652 (N.J. 1977); in In re Maples, 563 S.W.2d 760, 762 (Mo. 1978) verwies das Gericht darauf, dass die Informationen bezüglich der Adoption nicht öffentliche Informationen unter der Kontrolle der Regierung seien und nicht solche, die ihren Ursprung im freien Austausch von Ideen und Informationen unter Privatpersonen hat unter Verweis auf Stanley v. Georgia, 394 U.S. (1969) 557; Griswold v. Connecticut, 381 U.S.(1965) 479.

⁵⁴⁰ Alma Society. Inc.v. Mellon, 601 F.2d 1225 (N.Y. 1979).

⁵⁴¹ Alma Society. Inc.v. Mellon, 601 F.2d 1225, 1238 (N.Y. 1979).

⁵⁴² Alma Society. Inc.v. Mellon, 601 F.2d 1225, 1238 (N.Y. 1979).

(2.) Nun haben sich die Rechtsprechung und weite Teile der Literatur bisher zu dem Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung nur im Rahmen adoptionsrechtlicher Streitigkeiten geäußert. Lehnt man dort das Bestehen des Rechts ab, so ist als nächstes zu fragen, inwieweit daraus Schlüsse auf die Rechte des heterolog gezeugten Kindes gezogen werden können.

Das Kind, das aus einer künstlichen Befruchtung hervorgegangen ist, lebt in der Regel zumindest mit einem biologischen Elternteil zusammen, während das Adoptivkind von beiden Elternteilen getrennt wurde⁵⁴³. Ein Kind, das künstlich gezeugt wurde, ist stets ein Wunschkind, und der Beitrag des Samenspenders war lediglich ein unpersönlicher und mechanischer. Daher stellt ein unbekannter Samenspender für das Kind nicht dieselben Probleme dar wie ein unbekannter Elternteil für ein adoptiertes Kind⁵⁴⁴. Adoptivkinder wollen hauptsächlich wissen, weswegen sie zur Adoption freigegeben wurden. Bei Kindern, die aus einer künstlichen Befruchtung hervorgegangen sind, stellt sich eine solche Frage nie, da sie stets erwünscht und geplant waren⁵⁴⁵. Diese beiden Gründe sprechen dafür, dass dem Bedürfnis auf Kenntnis der eigenen Abstammung bei Adoptivkindern mehr Gewicht zukommt als bei künstlich gezeugten Kindern.

Aber auch in entgegengesetzter Richtung unterscheiden sich die beiden Fälle. Selbst wenn man die Entstigmatisierung des nichtehelichen Kindes als legitimen Grund für den Verschluss der Akten annimmt, so kann dies nicht auch in Fällen der heterologen Insemination vorgebracht werden. Auch wenn das Kind rein tatsächlich ein nichteheliches ist, so erfährt es doch nie dieses Stigma. Es lebt von Anfang an mit seiner leiblichen Mutter und deren Ehemann zusammen, und dieser ist auch der rechtliche Vater des Kindes. Das Kind ist es also aus rechtlicher Sicht ehelich. Ein weiterer Grund keinen Einblick in die verschlossenen Adoptionsakten zu gewähren, liegt darin, dass es Eltern leichter gemacht werden soll, ihr Kind zur Adoption freizugeben bzw. sich im Vorfeld dafür zu entscheiden, dieses Kind zur Welt zu bringen, anstatt es abzutreiben. In Fällen der künstlichen Befruchtung hat der Staat es jedoch nicht mit unerwünschten Kindern zu tun, deren Aufgabe den Eltern leichter gemacht werden soll. Somit entfällt ein weiterer Grund dafür, die Akten verschlossen zu halten⁵⁴⁶.

⁵⁴³ Smith, 11 Colum. Hum. Rts. L. Rev. (1979), 87, 92; Doren, 22 S.Diego L.Rev. (1985), 1193, 1209; Gibson, 30 J. Fam. L. (1991/ 92), 1, 20; Shapo, 25 Hofstra L.Rev. (1997), 1091, 1119; Koehler, 5 Alb. L. J. Sci. & Tech. (1996), 321, 329; Smith, 31 U.Louisville J.Fam. L (1992/ 93), 65, 75 für den parallelen Fall der Anonymität der surrogate mother.

⁵⁴⁴ Hollinger, 18 U.Mich.J.L.Ref. (1985), 865, 922; Mason, Medico-Legal Aspects, 221f; Shapo, 25 Hofstra L.Rev. (1997), 1091, 1119; Cahn, Beyond Biology, 5.

⁵⁴⁵ Dennoch zeigen auch hier Umfragen, dass auch diese Kinder, die mittlerweile größtenteils das 18. Lebensjahr vollendet hatten, angaben, dass ihnen die Kenntnis ihres biologischen Vaters für ihre Entwicklung viel bedeutet hätte und dass sie nicht unerheblich darunter gelitten haben, nie zu erfahren, wer ihr zweiter genetischer Elternteil ist (s. Hollinger, 18 U. Mich.J.of L.Ref. (1985), 865, 923; weitere Studie bei Turner/ Coyle; 15 Hum. Ep. 2041, 2050 (2000)); auf der anderen Seite konnte nie nachgewiesen werden, dass die psychologischen Probleme dieser Kinder tatsächlich darauf zurückzuführen waren, dass sie einen Elternteil nicht kannten und ob sie andererseits dadurch gelöst würden, wenn man ihnen die Identität des Elternteils offenbaren würde (s. Aumend & Barrett, 63 Child Welfare (1984), 251).

⁵⁴⁶ Smith, 31 U. Louisville J. Fam.L. (1992/ 93), 64, 94 für den Fall der Leih- und Ersatzmutterchaft.

Es bestehen also tatsächlich weitreichende Unterschiede zwischen der Situation adoptierter und künstlich gezeugter Kinder. Diese Unterschiede sprechen unter Berücksichtigung der bisherigen Rechtsprechung dafür, dass dem künstlich gezeugten Kind erst recht kein Anspruch auf Öffnung der Akten zusteht, da seine Ausgangssituation positiver ist als die eines Adoptivkindes. Auch die Autoren, die ein Recht auf Kenntnis der wahren Abstammung für Kinder fordern, die aus einer heterologen Insemination hervorgegangen sind, qualifizieren dieses nicht verfassungsrechtlich⁵⁴⁷. Ein qualifiziertes Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung, wie es das deutsche Recht kennt, existiert also in den USA nicht.

bbb) Das in § 5 (a) S.3 UPA (1973) geforderte Kriterium des guten Grundes wurde gerichtlich bisher in Fällen von heterolog gezeugten Kindern nicht konkretisiert. In vielen Staaten sieht das Adoptionsrecht ebenfalls vor, dass adoptierten Kindern nur bei Vorliegen eines guten Grundes Einblick in die Geburtsakten zu gewähren ist⁵⁴⁸.

Dort kamen die Gerichte bei der Frage der Auslegung des Merkmals zu unterschiedlichen Ergebnissen. Einige Gerichte haben entschieden, dass sowohl das psychologische Bedürfnis, seine Identität kennen zu lernen als auch das Bedürfnis, medizinische Informationen zu erhalten, einen guten Grund darstellen⁵⁴⁹. Falls es jedoch nur um das psychologische Bedürfnis geht, soll bloße Neugier nicht ausreichen, vielmehr müsse das Kind in seiner emotionalen und sozialen Entwicklung tatsächlich

⁵⁴⁷ Gibson, 30 J.Fam.L. (1991/ 92), 1; Sorosky, *The Adoption Triangle*, 113; Mazzone, 39 St. Clara L. Rev. (1998), 1, 24ff; unklar Shaman, 18 J.Fam.L. (1980), 331, 343; Green/ Long, *Marriage and Family Law Agreements*, 245.

⁵⁴⁸ In 15 Staaten werden die Akten immer noch völlig vertraulich behandelt. Das sind Arizona, Delaware, Indiana, Iowa, Montana, Maine, Nebraska, New Jersey, New Mexico, North Carolina, Oklahoma, Rhode Island, Vermont, Virginia, Mississippi. Wenn die Akten geöffnet werden sollen, muss das Gericht darüber entscheiden. Die Anforderungen an die Öffnungsvoraussetzungen sind unterschiedlich, zumeist muss allerdings ein guter Grund vorgebracht werden. Das genaue Gegenteil dazu findet sich in Alaska (Ala. Stat. § 18.50.500 (a) (1998) seit 1951), Kansas (Ka. Stat. Ann. § 65-2423 (1997) seit 1986), Tennessee (Tenn. Code Ann. §§ 36-1-125 to -129 (1996) seit 1995) und Colorado (Colo. Rev.Stat. Ann. § 19-5-305 (2)(b) seit 1.9.1999 und auch nur für Adoptionen, die nach diesem Datum vollendet werden), wo die Akten für das volljährige Adoptivkind offen sind. Die restlichen Staaten sehen vermittelnde Lösungen vor. Ein Teil der Staaten fordert, dass das Adoptivkind sowie seine leiblichen Eltern einen schriftliche eidliche Erklärung abgeben, die die Weitergabe von identifizierenden Informationen beinhaltet La. Ch. Code Ann. art. 1272 (D) (1992); Ark. Code Ann. § 9-9-504 (1991); Or. Rev. Stat. § 109.455 (1991); S.C. Code Ann. § 20-7-1780 (1991); Utah Code Ann. § 78-30-18(1) (1991); Ill. Ann. Stat. ch. 40 para 1522.3a (1992); W.Va. Code § 48-4-10(b)(1) (1992). Wenn also zu einem späteren Zeitpunkt eine der Seiten Informationen über die andere fordert, muss geprüft werden, ob diese eidlichen Erklärungen abgegeben wurden. Der Staat drängt hier jedoch nicht darauf, solche Erklärungen abzugeben. In anderen Staaten hingegen bemüht sich der Staat aktiv auf Bitte des volljährigen Adoptivkindes, die Zustimmung der biologischen Eltern zur Preisgabe persönlicher Informationen zu erhalten. Manche dieser Staaten suchen auch Adoptivkinder auf Bitte ihrer leiblichen Eltern oder Geschwister Ala. Code § 26-10A-31(h) (1991); Ga. Code Ann. § 19-8-23(f)(5)(A) (1991); Ky. Rev. Stat. Ann. § 199.527(1) (1991); Minn. Stat. Ann. § 259.49(1) 81992); N.D. Cent. Code § 14-15-16(6) (1991); Tenn. Code Ann. § 36-1-141 (1) – (4) (1990). Einige Staaten sehen die Möglichkeit einer Öffnung der Adoptionsakten nach Volljährigkeit des Kindes vor, jedoch ohne die Identität der genetischen Eltern zu offenbaren Ark. Code Ann. § 9-9-505 (a) (1991); Conn. Gen. Stat. Ann. § 45a-745; Ill. Ann. Stat. ch. 40 para 1522.4(a); Mass. Gen. Laws Ann. ch. 210 § 5D(a)(1) (1992); Me. Rev. Stat. Ann. tit. 19, § 534 (1990); Utah Code Ann. § 78-30-17 (1992); Va. Code Ann. § 63.1-221.1. (1991).

⁵⁴⁹ In re Ann Carol S., 172 N.J.L.J. 31 (N.J. 1974); Mills v. Atlantic City Dept. of Vital Statistics, 372 A.2d 646 (N.J. 1977); In re Anonymous, 399 N.Y.S.2d 857 (N.Y. 1977); Spillman v. Parker, 332 So.2d 573 (La. 1976); In re Adoption of Spinks, 232 S.E.2d 479 (N.C. 1977).

gehemmt sein⁵⁵⁰. Ein anderes Gericht entschied, dass auch die Frage nach einem möglichen Erbteil einen guten Grund für die Offenlegung der Materialien darstellt⁵⁵¹.

Da der UPA (1973) die Ehelichkeit des Kindes festsetzt, das nach einer heterologen Insemination in eine Ehe hineingeboren wird, und gleichzeitig die Verantwortung des Samenspenders für das Kind ausschließt, sind dadurch die Hauptprobleme, die die Beteiligten dazu brachten, anonym bleiben zu wollen, rechtlich gelöst worden⁵⁵². Es ist daher nicht ersichtlich, weswegen den Interessen der rechtlichen und biologischen Eltern noch Vorrang vor denen des Kindes eingeräumt werden sollte⁵⁵³.

In den Adoptionsfällen wird argumentiert, Sinn und Zweck des Adoptionsprozesses sei, der Adoptivfamilie die Garantie zu geben, dass sie eine soziale Einheit frei von Einmischungen Dritter bilden kann. Dem Kind solle eine Umgebung geboten werden, die es ihm erlaube, sich mit seinem neuen zu Hause zu identifizieren⁵⁵⁴. Das Kind solle voll in seine neue Familie integriert werden. Außerdem solle die Garantie der verschlossenen Geburtsakten eine Ermutigung für die biologischen Eltern sein, ihr Kind zur Adoption freizugeben, wenn sie sich nicht in der Lage sehen, es selbst großzuziehen. Des Weiteren wird vorgebracht, dass das Recht auf Privatsphäre der biologischen Eltern von Jahr zu Jahr stärker werde, da sie neue eigene familiäre Bindungen aufgebaut und unter Umständen die Adoption geheim gehalten haben. Die Interessen der natürlichen Eltern an der Geheimhaltung endeten also nicht mit der Volljährigkeit des Kindes, sondern sie würden vielmehr von Jahr zu Jahr stärker⁵⁵⁵. Das Recht auf Privatsphäre der Eltern und Adoptiveltern überwiege somit das des Kindes, wenn nicht ein guter Grund das Gegenteil indiziere⁵⁵⁶.

Zumindest nach der Volljährigkeit des Kindes vermag diese Argumentation nicht mehr zu überzeugen⁵⁵⁷. Bis dahin sind die Beziehungen zu seinen rechtlichen Eltern soweit gefestigt, dass es ihnen nichts mehr anhaben kann, wenn das Kind erfährt, wer sein genetischer Vater ist. Der Samenspender hat keine finanziellen Nachteile zu befürchten, da er nach dem Gesetz nicht als Vater des Kindes in Betracht gezogen wird. Wenn ihm seine Privatsphäre wichtiger ist als die reine Identitätsaufdeckung ohne weitere Folgen, sollte er sich gegen eine Samenspende

⁵⁵⁰ In re Ann Carol S., 172 N.J.L.J. 31 (N.J. 1974).

⁵⁵¹ Spillman v. Parker, 332 So.2d 573 (La. 1976).

⁵⁵² Swanson, 27 Colum.J.L. & Soc. Probs. (1993), 151, 163; siehe näher zu diesen abstammungsrechtlichen Fragen unten im 6. Teil B. II.

⁵⁵³ a.A. Alma Soc. Inc. v. Mellon, (N.Y. 1979) 601 F.2d 1225, 1236; Mills v. Atlantic City Dep't of Vital Statistics, 372 A.2d 646, 653 (N.J. 1977); Stanley v. Georgia, (1969) 394 U.S. 557, 564.

⁵⁵⁴ Terzian v. Superior Court, 88 Cal. Rptr. 805, 813 (Cal. 1970).

⁵⁵⁵ Alma Soc. Inc. v. Mellon, (N.Y. 1979) 601 F.2d 1225 (1236); Mills v. Atlantic City Dep't of Vital Statistics, 372 A.2d 646, 653 (N.J. 1977); Stanley v. Georgia, (1969) 394 U.S. 557, 564.

⁵⁵⁶ Mills v. Atlantic City Dep't of Vital Statistics, 372 A.2d, 646, 651 (N.J. 1977); In re Roger B., (Ill. 1981) 418 N.E.2d 751(756); Alma Soc. Inc. v. Mellon, (N.Y. 1979) 601 F.2d 1225; In re Maples, (Mo. 1978) 563 S.W.2d 760 (763f); In re Sage, (Wash.1978) 586 P.2d 1201, 1203.

⁵⁵⁷ Burke, 48 S. Cal.L.Rev. (1975), 1196, 1212; in den USA haben auch bereits einige Staaten eine solche Regelung eingeführt, nämlich Alaska, Kansas, Tennessee.

entscheiden. Im Gegensatz zu dem Kind steht ihm nämlich eine Entscheidungsmöglichkeit offen⁵⁵⁸.

Die Interessen des Kindes überwiegen also spätestens ab der Volljährigkeit die aller anderen Beteiligten. Dem ist bei der Auslegung des Erfordernisses eines guten Grundes in Sec. 5 (a) UPA (1973) Rechnung zu tragen. Die Voraussetzung sollte also wenigstens zugunsten des Kindes weit ausgelegt werden und auch die bloße Neugier sollte hier für die Öffnung der Akten genügen. So definieren die Gerichte mittlerweile auch in adoptionsrechtlichen Fällen den guten Grund, der für die Öffnung der Akten vorliegen muss, immer weitgehender.

De lege ferenda wäre zu überlegen, die Voraussetzung des guten Grundes völlig abzuschaffen und dem Kind stets, wenn auch erst ab Volljährigkeit, einen Anspruch auf Einsichtnahme in seine Geburtsakten zuzugestehen. Rechtssystematisch bildet die Voraussetzung eines guten Grundes in den meisten anderen Gebieten des Familienrechts in den USA einen Fremdkörper. Das Kindeswohl wird sonst wesentlich höher gewichtet. Durch Sec. 5 (a) UPA (1973) aber wird es eingeschränkt, um die Interessen des Samenspenders und der rechtlichen Eltern zu schützen, obwohl diese nicht einmal einen wesentlichen Nachteil hätten, wenn das Kind die Identität seines biologischen Vaters erführe. Der UPA (2000) bedeutet allerdings einen Rückschritt in dieser Hinsicht, da er den Anspruch auf Öffnung der Akten vollständig aus seinem Text gestrichen hat. Es bleibt daher abzuwarten, wie dieses Problem durch andere Gesetze gelöst wird.

III. Ei- und Embryonenspende

1. Deutschland

In Deutschland sind sowohl die Eispende nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 ESchG als auch die Embryonenspende nach § 1 Abs. 1 Nr. 2, 6 ESchG verboten. Lediglich der Fall, in dem eine Frau ein eigenes Ei mit dem Ziel befruchten lässt, sich selbst den daraus entstandenen Embryo einpflanzen zu lassen und dann im Nachhinein, aus welchen Gründen auch immer, nicht dazu in der Lage ist und den Embryo einer anderen Frau zur Verfügung stellt, ist straflos⁵⁵⁹. Hier tritt der Lebensschutz bzw. das Lebensrecht des Embryos in den Vordergrund.

Bestraft wird auch hier wieder nur der den Eingriff vornehmende Arzt, nicht die Eispenderin oder -empfängerin, § 1 Abs. 3 Nr. 1 ESchG. Die unmittelbar Betroffenen sollen im Gegensatz zum Arzt nicht der Strafbarkeit unterworfen sein. Der Gesetzgeber hat zum einen Verständnis für ihre Situation empfunden, zum anderen wollte er in existentielle Lebensvorgänge nicht mit Strafe eingreifen⁵⁶⁰. Außerdem wäre es für das Kind nachteilig, wenn seine Bezugspersonen nach der Geburt zunächst

⁵⁵⁸ Schiff, 44 Duke L.J. (1994), 524, 566.

⁵⁵⁹ So auch Helms, Biologische Abstammung, 115; missverständlich insoweit Keller/ Günther/ Kaiser, ESchG, § 1 Rn 9f und Wohn, Reproduktionstechniken, die davon ausgehen, dass die Embryonenspende nicht verboten ist. Lediglich der eben genannte, denkbar selten vorkommende Fall der Embryonenspende ist von der allgemeinen Strafbarkeit ausgenommen.

⁵⁶⁰ BT-Drucks. 11/8057, 14.

mit möglichen Strafverfahren beschäftigt wären oder sogar eine Zeit im Gefängnis verbringen müssten und sich so nicht um das Kind kümmern könnten⁵⁶¹.

Als Grund für das Verbot wird angeführt, dass im Sinne des Kindeswohls das Entstehen einer gespaltenen Mutterschaft verhindert werden soll⁵⁶². Es würde dem Wohl des Kindes widersprechen, wenn zwei Frauen gleichermaßen wesentlichen Anteil an seiner Entstehung hätten. Das Kind könnte dadurch Probleme bei seiner Identitätsfindung haben⁵⁶³. Außerdem könnten Probleme zum Nachteil des Kindes auftreten, wenn das Kind mit einer Behinderung geboren würde und die gebärende Frau sich mit Hinweis auf die genetische Verbindung zur Eispenderin von dem Kind lossagen könnte⁵⁶⁴. Auf der anderen Seite könnte auch die Ei- oder Embryonenspenderin zu viel Anteil an der Entwicklung des Kindes nehmen, und dieses könnte durch mögliche Konflikte der beiden Mütter Schaden nehmen⁵⁶⁵.

Erneut kann die Frage nach der verfassungsrechtlichen Dimension der gesetzgeberischen Entscheidung für ein Verbot aufgeworfen werden. Auch hier kommt es zu einem Eingriff in das qualifizierte Recht auf Fortpflanzung, daneben ist möglicherweise aufgrund der Ungleichbehandlung gegenüber der heterologen Insemination auch das Gleichheitsrecht des Art. 3 Abs. 1 GG betroffen.

a) Recht auf Fortpflanzung

aa) Eispende

Die Wunschmutter bringt das Kind zur Welt, hat jedoch keine genetische Verbindung zu ihm. Sie pflanzt sich also nicht fort. Dementsprechend ist ihr Recht auf Fortpflanzung nicht betroffen⁵⁶⁶. Die Eispenderin pflanzt sich zwar fort, will nach der Geburt des Kindes jedoch nicht in die Elternstellung eintreten. Ihr steht deshalb ein verminderter Schutz zu. Auf den vollen Schutz der Privatsphäre des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts kann sich allerdings der Mann berufen, mit dessen Samen die gespendete Eizelle befruchtet wird.

aaa) Gerechtfertigt werden kann ein allgemeines Verbot jedenfalls nicht mit der Gefahr eines Missbrauchs überzähliger Embryonen. Gesetzlich verboten ist es, eine fremde unbefruchtete Eizelle auf eine Frau zu übertragen. Es handelt sich hierbei also lediglich um die Zelle, nicht bereits um einen Embryo. Eine Missbrauchsgefahr ist daher ausgeschlossen, sofern die Befruchtung in-vivo erfolgt⁵⁶⁷.

⁵⁶¹ Nach E.M. v. Münch wäre eine Strafbarkeit der Mutter unter dem Gesichtspunkt des Mutterschutzes verfassungswidrig, vgl. § 9 Rn 32 HbdVfR (S. 317).

⁵⁶² Keller/ Günther/ Kaiser, ESchG § 1 I Nr. 1 Rn 1; BT-Drucks. 11/ 1856, 9 (Kabinettsbericht); BT-Drucks. 11/5460, 7 (Gesetzesentwurf der BReg).

⁵⁶³ Keller/ Günther/ Kaiser, ESchG § 1 Rn 7; Keller, Tröndle-FS, 705ff.

⁵⁶⁴ Keller/ Günther/ Kaiser, ESchG § 1 Rn 7.

⁵⁶⁵ BT-Drucks. 11/ 5460 (amtl. Begründung des Gesetzesentwurfs).

⁵⁶⁶ Vgl. oben 4. Teil B.I.2.a)cc).

⁵⁶⁷ Für eine Zulässigkeit der Eispende, wenn keine überzähligen Embryonen entstehen auch: Arztrechtl. Beschlüsse des 56. DJT, ArztlR 1986, 266, 268; Benda, NJW 1985, 1730, 1733; Eser, Gentechnologie 3, 248, 251f; Merz, Problematik, 172; Starck, Gutachten, A 36.

In Betracht zu ziehen ist daher nur die Möglichkeit eines Verstoßes gegen die Menschenwürde. Erneut gilt, dass man mit dem subjektiven Würdeschutz des zu zeugenden Embryos kaum wird argumentieren können, sondern auf die objektivrechtliche Dimension des grundgesetzlichen Würdekonzpts zurückgreifen muss⁵⁶⁸. Nun ist die Möglichkeit der Beeinträchtigung der Entwicklung des Kindes aufgrund der gespaltenen Mutterschaft nicht auszuschließen⁵⁶⁹. Die in der Gesetzesbegründung genannten Gefahren wurden durch wissenschaftliche Studien zwar bisher kaum bestätigt, aber auch nicht widerlegt. Dem Gesetzgeber steht insoweit prinzipiell eine Einschätzungsprärogative zu, ob und wie er solchen Gefahren begegnet. Dementsprechend wurden in der Literatur gegen das Verbot der Eispende als solches kaum Bedenken erhoben.

Unberücksichtigt geblieben ist dabei bisher, dass sich ein solches Verbot als Eingriff in das qualifizierte Freiheitsrecht der Gametenträger darstellt. Wie bereits festgestellt, ist das Recht auf Fortpflanzung auch im Zusammenhang mit künstlichen Methoden Teil der Privatsphäre des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts und kann deshalb nur durch überwiegende Interessen der Allgemeinheit unter strenger Wahrung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes eingeschränkt werden⁵⁷⁰. Hinzu kommt, dass es sich bei § 1 Abs. 1 Nr. 1 ESchG um ein strafrechtliches Verbot handelt, welches nur als ultima ratio zum Schutz elementarer Güter der Gemeinschaft gerechtfertigt ist⁵⁷¹. Aus diesen Gründen sind dem Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers engere Grenzen gesetzt. Ob die drohenden Beeinträchtigungen für ein Kind, das ansonsten gar nicht geboren würde, unter Berücksichtigung des lebensbejahenden Konzepts des Grundgesetzes ein solches überragendes Interesse darstellen, ist zumindest fraglich⁵⁷².

bbb) Wenn man dem Sittengesetz als Schranke des Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs.1 GG eine eigenständige Bedeutung zuerkennt, so wäre weiter zu fragen, ob in der Eispende ein Verstoß gegen die guten Sitten zu sehen ist. Auf die Probleme bei der inhaltlichen Bestimmung des Begriffs des Sittengesetzes wurde bereits hingewiesen⁵⁷³. Grundsätzlich sind hier keine anderen Erwägungen ersichtlich als im Rahmen des objektiven Würdeschutzes.

bb) Embryonenspende

Im Falle der Embryonenspende sind beide Wunscheltern nicht genetisch mit dem Kind verbunden. Sie können sich also in dieser Konstellation nicht auf ihr Recht auf Fortpflanzung berufen⁵⁷⁴. Für sie bleibt nur der Rückgriff auf die allgemeine Handlungsfreiheit. Die Gametenspender gelangen nur in den abgeschwächten Schutz

⁵⁶⁸ S. hierzu oben 4. Teil C. I.1.b)bb)aaa)(1.).

⁵⁶⁹ Zumstein, Fortpflanzungsmedizin, 134, 138 sieht das Kindeswohl durch die Fälle der gespaltenen Mutterschaft weniger gefährdet als durch die gespaltene Vaterschaft.

⁵⁷⁰ S.o. 4. Teil B.I.2.b)bb).

⁵⁷¹ Vgl. oben 3. Teil C.

⁵⁷² So auch Zumstein, Fortpflanzungsmedizin, 134, 138; Coester-Waltjen, Fortpflanzungsmedizin, 158, 160.

⁵⁷³ Vgl. o. 4. Teil C.I.1.b)bb)bbb).

⁵⁷⁴ S.o. 4. Teil B.I.2.a)cc); diesen Punkt übersieht Coester-Waltjen, Fortpflanzungsmedizin, 158, 160, wenn sie bei der Embryonenspende neben dem Recht auf Fortpflanzung auch die Rechte des bereits gesondertem Schutz unterliegenden Embryos beachtet wissen will.

der Sozialsphäre des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts. An die Verhältnismäßigkeitsprüfung sind also hinsichtlich aller beteiligten Personen weniger strenge Anforderungen zu stellen. Hinzu kommt, dass dem Gesetzgeber mit der Verhinderung der Möglichkeit des Missbrauchs ein legitimer Grund für ein strafrechtliches Verbot zukommt⁵⁷⁵. Die Embryonenspende erfolgt nach extrakorporaler Befruchtung der Eizelle und birgt somit die besonderen Gefahren der missbräuchlichen Verwendung der hergestellten Embryos in sich. Unter diesem Gesichtspunkt scheint das Verbot der Embryonenspende aus grundrechtlicher Sicht unbedenklich, solange die Verwendung embryonaler Zellen als unzulässig betrachtet wird. Sollte sich der Gesetzgeber zu einer Reform des Verbots der Herstellung embryonaler Zellen entschließen, ist demzufolge auch die Rechtfertigung des Verbots der Embryonenspende betroffen⁵⁷⁶.

b) (Un)gleichbehandlung von heterologer Insemination und Ei- und Embryonenspende

In der Literatur wird diskutiert, ob die Ungleichbehandlung von heterologer Insemination und Eispende gegen den Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG verstößt. Entsprechende Überlegungen lassen sich auch für die Embryonenspende anstellen. Betrachtet man die Situation aus Sicht des unfruchtbaren Paares, so liegt in der Tat eine unterschiedliche Behandlung vor. Denn während in dem Fall, dass der Mann zeugungsunfähig ist, Abhilfe geschaffen werden kann, ist dann, wenn die Frau keine befruchtungsfähigen Eizellen produzieren kann, ein Rückgriff auf eine Spende versagt.

Es fragt sich nun, ob es sich bei Ei- und Embryonenspende um eine wesentlich gleiche Situation handelt wie bei der Samenspende und der Gesetzgeber diese willkürlich unterschiedlich behandelt⁵⁷⁷. Die sogenannte „neue Formel“ des Bundesverfassungsgerichts, nach welcher das Gleichheitsgebot verletzt ist, wenn „eine Gruppe von Normadressaten im Vergleich zu anderen Normadressaten anders behandelt wird, obwohl zwischen beiden Gruppen keine Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, dass sie die ungleiche Behandlung rechtfertigen könnten“⁵⁷⁸ beinhaltet im Grunde dieselbe Abwägung.

aa) Embryonenspende

Bei der Embryonenspende sind die Unterschiede zur Samenspende evident, da hier nicht nur Gameten gespendet werden, sondern bereits ein aus einer befruchteten Eizelle entstandener Embryo. Somit wird zum einen bereits ein Leben gespendet, zum anderen ist keiner der Wunscheltern genetisch mit dem Kind verwandt.

⁵⁷⁵ So auch Zumstein, Fortpflanzungsmedizin, 134, 140, die jedoch dennoch die Embryonenspende in den Fällen zulassen will, in denen die gebärende Frau auch die Wunschmutter ist, da dann das Recht auf Fortpflanzung die anderen Bedenken überwiegen soll.

⁵⁷⁶ Durch das neue Stammzellgesetz (StZG) bleibt die Herstellung embryonaler Stammzellen in Deutschland verboten, ihre Einfuhr und Verwendung ist unter sehr strengen Auflagen erlaubt, BR-Drucks. 344/02. Der Gesetzgeber hat also einen ersten, wenn auch nur kleinen Schritt in Richtung einer Lockerung der strengen Gesetze getan. Ob er in Folge auch das Verbot der Embryonenspende aufgeben wird, bleibt abzuwarten.

⁵⁷⁷ So die „Willkürformel“ des BVerfG (BVerfGE 4, 144, 155).

⁵⁷⁸ BVerfGE 55, 72, 88.

bb) Eispende

Schwieriger fällt die Differenzierung zur Eispende. Wenn man sich auf den formalen Standpunkt beruft, dass in einem Fall der Samen und im anderen Fall das Ei gespendet wird, so liegt sicherlich auch hier keine vergleichbare Situation vor. Jedoch wird man allein deswegen nicht von einer wesentlich anderen Situation sprechen können. Die geforderte Gleichheit der Sachverhalte ist natürlich relativ. Eine vollständige Identität zweier Sachverhalte ist praktisch ausgeschlossen. Daher wird auch nur gefordert, dass es sich um wesentlich gleiche Sachverhalte handelt⁵⁷⁹.

Sowohl bei der Ei- als auch bei der Samenspende handelt es sich um die Spende von Gameten. Auch sind die moralischen und ethischen Bedenken, die man gegen eine Eispende haben kann, im Wesentlichen mit denen bei der Samenspende identisch⁵⁸⁰. Die Konstellation der Eispende kann sogar für alle Beteiligten unproblematischer sein als eine Samenspende. Bei der Eispende sind rechtlicher und biologischer Vater identisch und die gebärende Frau hat durch Schwangerschaft und Geburt die Chance, eine persönlich Beziehung zu dem Kind aufzubauen. Beide Wunscheltern sind also eng an das Kind gebunden. In Fällen der Samenspende kann es dagegen immer noch vorkommen, dass der Ehemann das Kind eines fremden Spenders ablehnt. Die Eispende wird deswegen teilweise als das aus Sicht der Wunscheltern unproblematischste von allen möglichen künstlichen Fortpflanzungsszenarien angesehen⁵⁸¹.

Ein die unterschiedliche Behandlung rechtfertigender sachlicher Grund könnte darin gesehen werden, dass es bei der Eispende eines operativen Eingriffs für die Spenderin bedarf. Dieser bedeutet wie jede Operation gewisse Gefahren. Die Eispende ist also nicht nur eine zeitlich längere Prozedur, sondern sie ist auch mit gesundheitlichen Risiken, sowohl während des Eingriffs, als auch im Hinblick auf mögliche Nachwirkungen verbunden⁵⁸². Auch auf Seiten des Wunschelternpaares stellt sich die Ausgangssituation anders dar. Anders als der Ehemann bei der Samenspende muss die Ehefrau bei der Eispende nicht nur ihre Zustimmung zu dem Eingriff geben, sondern sie muss ihn auch an sich vornehmen lassen und die folgenden neun Monate mit den Folgen zurechtkommen.

Entscheidend dürfte hier aber sein, dass die Gefahren einer gespaltenen Mutterschaft noch nicht abschätzbar sind⁵⁸³. Nicht überzeugend als Differenzierungsgrund ist die Möglichkeit, dass die Gametenspenderin eigene Ansprüche auf das Kind geltend machen könnte. Dieses Problem kann auch in der

⁵⁷⁹ BVerfGE 1, 14, 16; BVerfGE 49, 148, 165 mwN.

⁵⁸⁰ Robertson, 59 S. Cal. L. Rev. 59 (1986), 939, 1008; daher für eine Zulassung auch der Eispende: Helms, Biologische Abstammung, 115f mwN.

⁵⁸¹ So die Ansicht in den USA: Robertson, 39 Case W.Res. L. Rev (1988), 1, 12; Shapo, 25 Hofstra L. Rev. (1997), 1091, 1131; in Deutschland: Zumstein, Fortpflanzungsmedizin, 134, 139; Geilen, ZStW 103 (1991), 829, 839; auch der Entwurf eines Fortpflanzungsmedizingesetzes des Freistaates Bayern aus dem Jahre 1988 wies darauf hin, dass bei der Eispende weniger tatsächliche Probleme entstünden als bei der Samenspende (BR-Drucks. 535/ 88, 20f).

⁵⁸² Starck, Gutachten, A 37; Keller/ Günther/ Kaiser, ESchG, Einf. V Rn 17, die davon ausgehen, dass eine heterologe Insemination wegen der Einfachheit der Gewinnung des Samens und der Durchführung des Eingriffs nicht strafrechtlich kontrollierbar sei.

⁵⁸³ Keller/ Günther/ Kaiser, ESchG, Einf. V Rn. 16; so für die Embryonenspende auch Zumstein, Fortpflanzungsmedizin, 134, 140.

Person des Samenspenders auftreten. Anders als bei der heterologen Insemination trägt die gebärende Frau bei der Eispende jedoch ein Kind in sich, mit dem sie nicht genetisch verwandt ist. Dies mag sich in der Regel als unproblematisch herausstellen, es ist aber nicht auszuschließen, dass die Mutter eine gestörte Beziehung zu einem solchen Kind aufbaut. Diese Gefahr ist ein nichtwillkürlicher Grund für die unterschiedliche Behandlung von heterologer Insemination und Eispende.

c) Fazit

In Deutschland sind sowohl Eispende als auch Embryonenspende durch das Embryonenschutzgesetz unter Strafandrohung verboten. Während gegen das Verbot der Embryonenspende keine verfassungsrechtlichen Bedenken zu erheben sind, ist die Rechtfertigung des Eingriffs in das qualifizierte Recht auf Fortpflanzung des Wunschvaters bei der Eispende nicht unproblematisch. Aufgrund der sachlichen Unterschiede ist die unterschiedliche Behandlung von heterologer Insemination einerseits und Ei- und Embryonenspende andererseits rechtlich nicht zu beanstanden.

2. USA

Ei- und Embryonenspende sind in den in den meisten Staaten der USA nicht verboten⁵⁸⁴, und es wird zum Großteil auch keine Notwendigkeit für ein Verbot gesehen⁵⁸⁵.

Robertson geht davon aus, dass die Eispende erlaubt sein muss, wenn auch die Samenspende erlaubt ist⁵⁸⁶. Er sieht zwischen diesen beiden Fortpflanzungsszenarien keinen rechtlich erheblichen Unterschied. Die Eispende sei sogar unproblematischer als die Samenspende, da bei ersterer der Partner, der sich nicht genetisch fortpflanzen könne, also die Frau, doch zumindest eine biologische Verbindung zu dem Kind durch die Schwangerschaft und Geburt habe⁵⁸⁷.

Auch bei der Embryonenspende sieht er keine Notwendigkeit für ein Verbot. Wenn Samen- und Eispende erlaubt seien, dann müsse auch die Embryonenspende erlaubt sein⁵⁸⁸.

Ungeklärt ist bei diesen Arten der Fortpflanzung die Frage, inwieweit dem Kind Möglichkeiten zustehen, über seine genetische Abstammung Kenntnis zu erhalten. Zudem ist auch die Frage der Bewertung der postmortalen Eispende noch offen.

Bei der Frage des Gestaltungsspielraums hinsichtlich eines Verbots der Ei- und Embryonenspende spielt natürlich das Recht auf Fortpflanzung wieder eine Rolle. Dieses steht zumindest den Gametenspendern, im Falle der Eispende auch dem Wunschvater zu.

⁵⁸⁴ Manche Staaten verbieten Verkauf oder Spende von Embryonen: Mass. Gen.Laws Ann. ch. 112 § 12J; Mich. Comp.Laws § 333.2699.

⁵⁸⁵ *Robertson*, 59 S. Cal. L.Rev. (1986), 942, 1008ff; ders.: 39 Case W.Res. L. Rev (1988), 1, 12; Shapo, 25 Hofstra L. Rev. (1997), 1091, 1131.

⁵⁸⁶ *Robertson*, 59 S. Cal. L.Rev. (1986), 942, 1008.

⁵⁸⁷ *Robertson*, 59 S. Cal. L.Rev. (1986), 942, 1008; ders.: 39 Case W.Res. L. Rev (1988), 1, 12.

⁵⁸⁸ *Robertson*, 59 S. Cal. L.Rev. (1986), 942, 1010.

Wollte man Ei- und Embryonenspende verbieten, so müsste ein staatliches Interesse gefunden werden, das diesen Eingriff in das Recht auf Fortpflanzung der Beteiligten rechtfertigt. Insoweit gelten die gleichen Erwägungen wie auch bei der deutschen Rechtslage. Ein mögliches Interesse, an das man auch in den Fällen der Ei- und Embryonenspende denken kann, wäre das Wohl des Kindes in seiner objektiv-rechtlichen Form. Die Folgen der gespaltenen Mutterschaft für das Kind sind bisher noch nicht abschließend wissenschaftlich erforscht, jedoch kann eine mögliche negative Auswirkung nicht ausgeschlossen werden.

IV. Ersatz- und Leihmutterschaft

1. Deutschland

In Deutschland sind die Methoden der Ersatz- und Leihmutterschaft⁵⁸⁹ sowohl nach dem Embryonenschutz- als auch nach dem Adoptionsvermittlungsgesetz verboten.

Die Herbeiführung einer Ersatzmutterschaft wird in § 1 Nr. 7 ESchG unter Strafe gestellt. Ersatzmutter ist hiernach „eine Frau, die bereit ist, ihr Kind nach der Geburt Dritten auf Dauer zu überlassen“. Unter diese Definition fallen sowohl die Ersatz- als auch die Leihmutter. Auch hier werden die unmittelbar Beteiligten wiederum von der Strafbarkeit ausgeschlossen (§ 1 Abs. 3 Nr. 2 ESchG), da Verständnis für ihre Situation empfunden wurde und in existentielle Lebensvorgänge nicht mit Strafe eingegriffen werden sollte⁵⁹⁰.

Ein weiteres Verbot normiert das Adoptionsvermittlungsgesetz. Hauptzweck dieses Gesetzes war eine gesetzliche Festschreibung eines Ersatzmuttervermittlungsverbots durch seine §§ 13 a-d⁵⁹¹. Die Definition der Ersatzmutter in § 13 a AdVermG erfasst sowohl die Ersatz- als auch die Leihmutter. Eine Definition der Ersatzmuttervermittlung findet sich in § 13 b AdVermG. Man versteht darunter das Zusammenführen von Personen, die das aus einer Ersatzmutterschaft entstandene Kind annehmen oder auf Dauer bei sich aufnehmen wollen, mit einer Frau, die zur Übernahme einer Ersatzmutterschaft bereit ist. Dem Zusammenführen steht der Nachweis einer Gelegenheit einer Vereinbarung gleich (§ 13 b S.2 AdVermG). In § 13d AdVermG wird es den Wunscheltern sowie der Ersatzmutter untersagt, durch öffentliche Erklärungen, worunter insbesondere Zeitungsannoncen fallen, nach einer Ersatzmutter zu suchen, bzw. ihre Dienste als Ersatzmutter anzubieten. §§ 14 und 14b AdVermG enthalten Strafvorschriften für die private und geschäftsmäßige Ersatzmuttervermittlung. Wie beim Embryonenschutzgesetz werden aber auch hier gemäß § 14b Abs. 3 AdVermG die Wunscheltern und die Ersatzmutter ausdrücklich von der Strafbarkeit ausgenommen.

⁵⁸⁹ Vgl. zu den Begriffsdefinitionen 1.Teil E.

⁵⁹⁰ BT- Drucks. 11/8057, 14.

⁵⁹¹ Begr. der BReg., BT-Drucks. 11/ 4154, 8; die genaue Bezeichnung des Gesetzes lautet auch „Gesetz über die Vermittlung der Annahme als Kind und über das Verbot der Vermittlung von Ersatzmüttern“.

Der Gedanke dahinter ist wiederum zum einen das Wohl des Kindes, zum anderen die Anerkennung der psychischen Notsituation der Wunscheltern und der möglicherweise materiellen Notsituation der Ersatzmutter⁵⁹².

Vor allem zwei Gründe sind für das Verbot der Leih- und Ersatzmutterschaft anzuführen. Erstens ist dies der Gedanke, dass es im Sinne des Kindeswohls nicht zu einer gespaltenen Mutterschaft kommen soll. Zweitens wird an die Konflikte gedacht, wenn die austragende Frau das Kind nach der Geburt nicht herausgeben will oder umgekehrt, die Wunscheltern plötzlich kein Interesse mehr an dem Kind haben⁵⁹³. Das Dilemma bei der Ersatz- und Leihmutterschaft ist somit, dass die gebärende Frau entweder eine Bindung zu dem Kind entwickelt und es dann möglicherweise nach der Geburt nicht herausgeben will oder aber dem Kind gleichgültig gegenüber steht und während der Schwangerschaft nicht die nötige Rücksicht nimmt⁵⁹⁴.

Rechtliche Bedenken resultieren auch bei diesem Verbot wieder aus der möglichen Einschränkung des Rechts auf Fortpflanzung der Beteiligten. Im Hinblick auf Art. 3 Abs. 1 GG scheint das Verbot allerdings noch weniger bedenklich als das Verbot der Embryonenspende⁵⁹⁵.

Bei der Ersatzmutterschaft steht dem Vater des Kindes ein unter die Privatsphäre des allgemeinen Persönlichkeitsrechts fallender Schutz zu. Die Wunschmutter dagegen verwirklicht kein eigenes Recht auf Fortpflanzung. Der genetischen Mutter und austragenden Frau steht nur ein verminderter Schutz aus dem Persönlichkeitsrecht zu, da ihr Verhalten nur der Sozialsphäre des Persönlichkeitsrechts zuzurechnen ist⁵⁹⁶.

Bei der Leihmutterschaft steht den Wunscheltern als genetischen Eltern der volle Schutz des Rechts auf Fortpflanzung zu⁵⁹⁷. In diese Rechte wird durch § 1 Nr. 7 ESchG und §§ 13 a-d AdVermG eingegriffen, so dass nach einer qualifizierten Rechtfertigung dieses Eingriffs gefragt werden muss. Eine Konstellation verdient dabei besondere Aufmerksamkeit. Ist die Wunschmutter bei einer Leihmutterschaft selbst nicht in der Lage, ein Kind auszutragen, so bedeutet ein Verbot dieser künstlichen Methode, dass sie überhaupt nicht in der Lage sein wird, sich fortzupflanzen. Folglich geht es aus ihrer Sicht bei der Frage der Zulässigkeit der Leihmutterschaft um das „Ob“ der Fortpflanzung und damit um den Kern ihres allgemeinen Persönlichkeitsrechts. Sicherlich liegt in einem Verbot kein

⁵⁹² Gesetzesentwurf der Bundesregierung vom 11.8.1989, BR-Drucks. 417/ 89, 20; ebenso: Bach, FamRZ 1990, 575; Frucht, Ersatzmutterschaft, 174; Goedel, Leihmutterschaft, 136.

⁵⁹³ Keller/ Günther / Kaiser, ESchG, § 1 Rn. 16; auch schon vor Einführung der Gesetze: Benda, NJW 1985, 1733; Eberbach, MedR 1986, 253, 258; Laufs, JZ 1986, 769, 775; Benda-Bericht, 22f; dieser schlug jedoch vor, Ausnahmen zuzulassen zum einen für den Fall, dass das Kind für eine nahe Verwandte ausgetragen werden sollte, zum anderen für den Fall, dass überzählige Embryonen vor dem Absterben bewahrt werden sollten, das Kind dann aber auch von der gebärenden Frau aufgezogen werden sollte, S. 25.

⁵⁹⁴ Starck, Gutachten, A 41.

⁵⁹⁵ So auch Kienle, ZRP 1995, 201, 202; Palandt/ Diederichsen, BGB 54. Aufl., § 1591 Rn 7ff.

⁵⁹⁶ Zu den Sphären des allgemeinen Persönlichkeitsrechts s.o. 4.Teil B.I.2.b).

⁵⁹⁷ Vgl. oben 4.Teil B.I.2.a).

zielgerichteter staatlicher Eingriff in den Kernbereich des Fortpflanzungsrechts der Wunschmutter. Nun ist es aber anerkannt, dass auch in faktischen Beeinträchtigungen ein Eingriff liegen kann, wenn dem einzelnen durch zurechenbares staatliches Handeln ein Verhalten, das in den Schutzbereich eines Grundrechts fällt, unmöglich gemacht wird, gleichgültig ob dies beabsichtigt war oder nicht⁵⁹⁸. Das Verbot der Leihmutterschaft berührt hier dementsprechend als faktischer Eingriff den unantastbaren Kernbereich des Rechts auf Fortpflanzung der Wunschmutter. Nun stellt jeder Eingriff in diesen Kernbereich der Menschenwürde auch zugleich einen Verstoß gegen sie dar⁵⁹⁹. Die einzige Ausnahme besteht dann, wenn in die Menschenwürde zum Schutz der Menschenwürde eines anderen eingegriffen wird⁶⁰⁰. Eine Rechtfertigung des Verbots der Leihmutterschaft wird also, zumindest im Hinblick auf den Eingriff in das Recht der Wunschmutter, allenfalls in der Menschenwürde der anderen Beteiligten zu finden sein.

a) Würdeschutz des Grundgesetzes

Nach Ansicht einiger Autoren und Arbeitsgruppen stellt zumindest die Leihmutterschaft, wo das Kind genetisch nicht von der gebärenden Frau abstammt, einen Verstoß gegen die Menschenwürde des Kindes dar⁶⁰¹. Die Entwicklung im Mutterleib sei ein wichtiger Teil der Persönlichkeitsentwicklung des Kindes, und der biologischen und psychischen Beziehung zwischen der Schwangeren und dem Kind komme besondere Bedeutung für die Entwicklung des Kindes zu. Diese wichtigen Aspekte des Kindeswohls würden zumindest bei einer Leihmutterschaftsvereinbarung außer acht gelassen⁶⁰². Einem Kind komme aus seiner Menschenwürde ein Anspruch zu, von der Frau, die nach der Geburt auch die Mutterrolle übernehmen will, geboren zu werden⁶⁰³.

Gegen diese Argumentation mit dem Wohl des ungezeugten Kindes wurden nun schon wiederholt Bedenken erhoben⁶⁰⁴. Diese Bedenken kommen auch hier zum Tragen. Angesichts der erhöhten Anforderungen, die für den Eingriff in die Privatsphäre des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts gestellt werden, ist die Rechtfertigung durch die Erwägungen zum Kindeswohl eher fragwürdig. Die besondere Beziehung, die austragende Frau und Embryo während der Schwangerschaft zueinander aufbauen, und deren Folgen für die Entwicklung des Kindes sind bisher noch nicht tatsächlich bewiesen⁶⁰⁵. Außerdem kann es auch vorkommen, dass eine Frau, die plant, das Kind selbst aufzuziehen, während der

⁵⁹⁸ Vgl. etwa BVerfGE 66, 39, 60; Bleckmann/ Eckhoff, DVBl. 1988, 373.

⁵⁹⁹ v. Mangoldt/ Klein/ Starck, GG, Art. 1, Rn 28; v. Münch/ Kunig, GG, Art. 1, Rn 5.

⁶⁰⁰ v. Mangoldt/ Klein/ Starck, GG, Art. 1, Rn 28; v. Münch/ Kunig, GG, Art. 1, Rn 5.

⁶⁰¹ Verhandlungen des 56 DJT, Beschlüsse, K 233 ff, IV.2.1, 2.2; Benda-Bericht, 23; Benda, Gentechnologie 3, 222, ders.: NJW 1985, 1733; Diefenbach, Leihmutterschaft, 145; Laufs, Gentechnologie 13, 198ff; Hirsch/ Eberbach, auf dem Weg zum künstlichen Leben, 194ff; Seibert, Gentechnologie 9, 62, 77; Edlbacher, ÖJZ 1986, 326; Merkel-Walther, Ersatzmutterschaft, 36ff.

⁶⁰² Benda-Bericht 23; Innerministerielle Kommission des Landes Rheinland-Pfalz, IMKF-Bericht, These XII, 31; Bund-Länder Arbeitsgruppe, B-L-Bericht, 48ff.

⁶⁰³ Pap, Extrakorporale Befruchtung, 363, 377, ders.: MedR 1986, 229, 235f; ähnlich: Laufs, JZ 1986, 775.

⁶⁰⁴ S.o. 4.Teil C.I.1.b)bb)aaa)(1.).

⁶⁰⁵ Coester, JZ 1992, 809, 813; Hill, 66 N.Y.U. L. Rev. 1991, 353, 398.

Schwangerschaft eine distanzierte Beziehung zu dem in ihr wachsenden Kind hat. Dies kann sich negativ auf die Entwicklung des Kindes auswirken und wird dennoch von niemandem als Menschenwürdeverletzung des Kindes angesehen⁶⁰⁶. Die Menschenwürde kann auch hier nicht als Garant für optimale Zeugungs- und Geburtsvoraussetzungen für das Kind herangezogen werden. Außerdem findet auch der Anspruch, von der sozialen Mutter geboren zu werden, keine Grundlage in Art. 1 Abs. 1 GG. Teilweise wird angenommen, dass die bewusste Schwangerschaft, auf der Leih- und Ersatzmutterschaft beruhen, sogar ein Mehr an Menschenwürde darstellt als eine natürliche Schwangerschaft⁶⁰⁷.

Nun ist auch eine Verletzung der Menschenwürde der gebärenden Frau denkbar. Teilweise wird diesbezüglich ein Unterschied zwischen entgeltlichem und unentgeltlichem Austragen des Kindes gesehen. In den Fällen der entgeltlichen Leih- und Ersatzmutterschaft soll danach eine Verletzung der Menschenwürde der austragenden Frau vorliegen⁶⁰⁸. Erhält die Frau Geld im Gegenzug für das Kind, so reduziere sich das Bild der gebärenden Frau bei den Beteiligten lediglich auf ihre Fruchtbarkeit. Dieser werde ein materieller Gegenwert zuerkannt. Hierdurch werde die Ersatz- oder Leihmutter lediglich auf bestimmte Körperfunktionen reduziert und der restliche Teil ihrer Persönlichkeit trete dahinter zurück. Dadurch werde die Frau instrumentalisiert. Teilweise wird davon ausgegangen, dass im Falle der Leihmutterschaft die Würde der Leihmutter auch dann verletzt sei, wenn sie kein Entgelt für ihre Dienste erhalte. Da die Leihmutter ein genetisch völlig fremdes Kind austrage, werde sie dadurch zu einer „Gebärmachine“ degradiert⁶⁰⁹.

Zu berücksichtigen ist jedoch, dass die gebärende Frau die Möglichkeit hat, sich frei für oder gegen eine Fremdschwangerschaft zu entscheiden. Dementsprechend geht ein Teil der Literatur davon aus, dass ein Verstoß gegen ihre Würde nicht vorliege⁶¹⁰. Auf diese Möglichkeit der Entscheidungsfreiheit kann jedoch nur verwiesen werden, wenn die Frau überhaupt die Möglichkeit hat, auf die Beachtung ihrer Menschenwürde zu verzichten. Das Problem des Verzichts auf die Menschenwürde wurde oben bereits erörtert⁶¹¹. Da es sich hier wieder um eine Entscheidung handelt, die eine äußerste Persönlichkeitsnähe hat, sollte diese akzeptiert werden⁶¹². Außerdem ist es auch ein vom Adoptionsrecht her bekannter und dort gebilligter Fall, dass eine Frau ein Kind

⁶⁰⁶ Püttner/ Brühl, JZ 1987, 529, 534; Starck, Gutachten, A 42; Goedel, Leihmutterschaft, 158.

⁶⁰⁷ Ostendorf, In vitro Fertilisation, 177, 186; ebenfalls gegen eine Menschenwürdeverletzung des Ungeborenen: Gürtler, Leihmutterschaft, 203, 207.

⁶⁰⁸ van der Daelen, Mensch nach Maß, 56; Kühl-Meyer, ZBJugR 1982, 767; Püttner/ Brühl, JZ 1987, 535; Dietrich, Mutterschaft für Dritte, 463; Diefenbach, Leihmutterschaft 149; Hirsch/ Eberbach, Auf dem Weg zum künstlichen Leben. 204; Goedel, Leihmutterschaft, 154ff.

⁶⁰⁹ Cortese/ Feldmann, Streit 1985, 126; Hirsch/ Eberbach, Auf dem Weg zum künstlichen Leben, 204; Dubler-Baretta/ Fischer, Streit 1988, 31; Benda, Gentechnologie 3, 222; Birnbacher, Gentechnologie 13, 77, 82

⁶¹⁰ Ostendorf, In vitro Fertilisation, 177, 186; Pap, Extrakorporale Befruchtung, 363; Starck, Gutachten, A 42; v. Mangoldt/ Klein/ Starck, GG, Art. 2 Rn. 20; Graf Vitzthum, Fortpflanzungsmedizin, 76; Scholz, Bitburger Gespräche 1986/1, 78; Gürtler, Leihmutterschaft, 203, 207; a.A. Verhandlungen des 56. DJT, Beschlüsse, K 233ff, IV.2; Hirsch, MedR 1986, 237, 239; Diefenbach, Leihmutterschaft, 152f.

⁶¹¹ 4. Teil B.I.2)a)bb).

⁶¹² Püttner/ Brühl, JZ 1987, 531, 535; Merkel-Walther, Ersatzmutterschaft, 30.

zur Welt bringt und dann einem anderen Ehepaar zur Adoption überlässt⁶¹³. Auch in den Adoptionsfällen ist die Konstellation denkbar, dass eine Frau bewusst die Möglichkeit einer Schwangerschaft in Kauf nimmt mit dem Vorsatz, das Kind dann zur Adoption frei zu geben. Auch wenn die gebärende Frau mit diesem Vorsatz handelt, stellt dies keine Verletzung ihrer Menschenwürde dar.

Die Entscheidung, ein Kind für ein anderes Paar auszutragen, muss jedoch freiwillig getroffen werden. Zu dieser Freiwilligkeit gehört eine Autonomie, d.h. die Frau muss reale Verhaltensalternativen haben und darf nicht durch die soziale Wirklichkeit in ihrer Entscheidungsfreiheit eingeschränkt werden⁶¹⁴. Nach dem Vorbild der informierten Einwilligung in Heileingriffe wird auch bei Eingriffen zum Zwecke der künstlichen Fortpflanzung zusätzlich zur Freiwilligkeit gefordert, dass die Einwilligende hinreichende Informationen über den Eingriff hat⁶¹⁵. Die Freiwilligkeit ist dann fraglich, wenn die austragende Frau ein Entgelt für ihre Dienste erhält, das über die bloße Aufwandsentschädigung hinaus geht. Dann ist ihre Entscheidung unter Umständen durch die soziale Wirklichkeit begrenzt. Benötigt sie dringend Geld, so sieht sie das Angebot der Wunscheltern möglicherweise als so verlockend an, dass sie es nicht ablehnen kann, ohne sich über die Tragweite ihres Entschlusses bewusst zu werden.

Für die Rechtfertigung des Eingriffs in das Recht auf Fortpflanzung bedeutet dies zunächst, dass der Würdeschutz in dieser Pauschalität keine ausreichende Grundlage bietet. Ein weniger belastender Eingriff wäre es, lediglich die Entgeltvereinbarung bei der Ersatz- und Leihmutterschaft unter Strafe zu stellen. Nicht übersehen werden darf aber, dass ein solches Verbot schwer zu überwachen wäre. Da zu erwarten wäre, dass sich nur wenige Frauen zu einer Ersatz- oder Leihmutterschaft ohne Entgelt bereit erklären würden, liegt es nahe, dass die Wunscheltern doch versuchen würden, durch finanzielle Anreize eine Frau zu finden, die sich zur Austragung des Kindes bereit erklärt. Der Missbrauch der Zulässigkeit der unentgeltlichen Vereinbarung durch Absprachen über die Geheimhaltung von Zuwendungen ist dementsprechend zu erwarten⁶¹⁶. Unter diesem Gesichtspunkt ist der Schutz der gebärenden Frau ein überwiegendes staatliches Interesse, welches die Beschränkung der Ersatz- und der Leihmutterschaft zu rechtfertigen vermag.

Für die Fälle der extrakorporalen Befruchtung besteht auch die Möglichkeit der Rechtfertigung aufgrund der Missbrauchsgefahr in Bezug auf die hergestellten Embryonen. Wie auch bei der Embryonenspende gilt dies aber nur insoweit, als auch

⁶¹³ Coester-Waltjen, Gutachten, B 81; dies: Bitburger Gespräche 1986/1, 95; ähnlich Scholz, Bitburger Gespräche 1986/1, 78.

⁶¹⁴ Sturm, Geiger-FS, 173; Püttner/Brühl, JZ 1987, 529, 530.

⁶¹⁵ Püttner/Brühl, JZ 1989, 530, 532.

⁶¹⁶ Man beachte allerdings auch das Argument im amerikanischen Schrifttum, dass gerade durch die Illegalität der Vereinbarungen den Frauen, die sich gleichwohl zu einer Ersatz- oder Leihmutterschaft bereit erklären, die Hilfe des Rechtssystems und auch die qualifizierte medizinische Betreuung versagt bleibt (Shalev, Birth Power, 158; Landes/Posner, 7 J. of Legal Studies 323, 338 (1978)).

die Verwendung der Embryonen zu Forschungszwecken vom Gesetzgeber missbilligt wird⁶¹⁷.

b) Schutz von Ehe und Familie (Art. 6 Abs. 1 GG)

Neben dem Schutz der gebärenden Frau wird auch erwogen, den Schutz des Art. 6 Abs. 1 GG als Rechtfertigung für das Verbot der Ersatz- und Leihmutterschaft heranzuziehen.

Der durch Art. 6 Abs. 1 GG geschützte Familienfrieden könnte dadurch gefährdet werden, dass eine dritte Frau ein Kind für die Wunscheltern austrägt und somit eheliche Gemeinschaft und Geburt des Kindes nicht mehr untrennbar zusammen gehören⁶¹⁸. Allerdings muss ein solcher Zusammenhang auch nicht unbedingt bestehen. Der Gesetzgeber ging nicht von einer „untrennbaren Einheit von Ehe und Geburt“ aus⁶¹⁹. Außerdem besteht für die Wunscheltern keine ihre eheliche Gemeinschaft weniger gefährdende Alternative, ein Kind zu bekommen⁶²⁰. Schließlich kann durch die Geburt eines Kindes, das mit wenigstens einem der Partner genetisch verwandt ist, der Zusammenhalt in der Ehe der Wunscheltern gestärkt werden⁶²¹. Die gebärende Frau dringt auch nicht in die Familiengemeinschaft der Wunscheltern ein, da sie lediglich eine zeitlich begrenzte Aufgabe für diese übernimmt und danach in der Regel nichts mehr mit dem Kind und seiner neuen Familie zu tun haben wird.

Andererseits ist ein Eingriff in die Ehe der gebärenden Frau zu bedenken, wenn diese verheiratet ist. Sie trägt ein Kind aus, das nicht in ihrer Familie aufwachsen soll. Für die Zeit der Schwangerschaft beeinflusst dieses noch ungeborene Kind die Familiengemeinschaft der Ersatz- oder Leihmutter⁶²². Jedoch ist auch hier eine freiwillige Einwilligung möglich, wenn sich beide Ehepartner vorher im klaren und einig darüber waren, dass dieses Kind nach seiner Geburt an eine andere Familie herausgegeben werden soll. Problematisch bleibt der Fall, in dem der Ehepartner der Ersatz- oder Leihmutter nicht damit einverstanden ist, dass seine Frau einen solchen Dienst für ein anderes Paar übernimmt⁶²³.

c) Schranke des Sittengesetzes

Ersatz- und Leihmutterschaft stellen sittlich bedenkliche Praktiken dar. Auch in Ländern, in denen sie erlaubt sind, reißt die Diskussion um ihre Zulässigkeit nicht ab. Grundlage hierfür ist zum einen wieder die Angst hinsichtlich der möglichen

⁶¹⁷ Der Gesetzgeber hat sich im Stammzellgesetz für eine differenzierte Lösung entschieden – die Herstellung embryonaler Stammzellen ist verboten, die Einfuhr und Verwendung nur unter sehr strengen Auflagen erlaubt, BR-Drucks. 344/02. Welche Folgen das für die Ersatz- und Leihmutterschaft hat, bleibt abzuwarten.

⁶¹⁸ Pasquay, Die künstliche Insemination, 159; Balz, Heterologe künstliche Samenübertragung beim Menschen, 20ff; Lecheler, Handbuch des Staatsrechts, 219ff; Fromm, Artifizielle Insemination, 30ff; Maunz/ Dürig/ Herzog, GG, Art. 6 Rn 16.

⁶¹⁹ Diefenbach, Leihmutterschaft, 128; Coester-Waltjen, NJW 1982, 2532; Gürtler, Leihmutterschaft, 203, 208.

⁶²⁰ Coester-Waltjen, NJW 1982, 2532.

⁶²¹ Coester-Waltjen, Gutachten, B 46.

⁶²² Merkel-Walther, Ersatzmutterschaft, 41.

⁶²³ Merkel-Walther, Ersatzmutterschaft, 41.

Ausbeutung der gebärenden Frau, aber auch die noch nicht erforschte mögliche Gefahr für das ungeborene Kind, wenn es von einer Frau ausgetragen wird, die es nicht aufziehen, sondern direkt nach der Geburt weggeben will. Besonders schwer wiegt aus moralischen Gesichtspunkten die Angst, dass das Kind nach seiner Geburt plötzlich von niemandem mehr gewollt ist – entweder weil es behindert ist oder weil die Wunscheltern sich mittlerweile getrennt haben und keiner das Kind alleine aufziehen möchte. Umgekehrt kann es auch zu einem Kampf um das Kind kommen, wenn sowohl die Wunscheltern als auch die gebärende Frau Rechte an ihm beanspruchen⁶²⁴. Ein solcher Kampf kann sich ebenfalls negativ auf die Psyche des Kindes auswirken.

Diese Aspekte können jedoch alle schon im Rahmen des objektiven Würdeschutzes berücksichtigt werden. Auch hier besitzt die Schranke der Sittengesetze keine eigenständige Bedeutung, da die abwägungsrelevanten Argumente schon bei der Schranke der verfassungsgemäßen Ordnung zum Tragen kommen.

d) Fazit

In Deutschland sind Leih- und Ersatzmutterschaft durch § 1 Nr. 7 EschG und §§ 13 a-d AdVermG verboten. Gerechtfertigt wird der dadurch bewirkte Eingriff in das Recht auf Fortpflanzung durch den Schutz der Würde der gebärenden Frau. Ebenso könnte man auf eine Rechtfertigung durch die Sittengesetze zurückgreifen, wenn man dieser Grundrechtsschranke eine eigenständige Bedeutung zuerkennt. Durch das Sittengesetz könnte allenfalls der Eingriff in das Recht des Wunschvaters gerechtfertigt werden, nicht jedoch in das Recht der Wunschmutter. Bei dieser wird, da es sich um eine Frage des „ob“ der Fortpflanzung handelt, in den absolut geschützten Intimbereich des Persönlichkeitsrechts eingegriffen.

2. USA

In den USA ist die Leih- und Ersatzmutterschaft nicht verboten. Einige Staaten erklären zwar die Verträge über das Austragen eines Kindes für ein anderes Paar für undurchsetzbar bzw. nichtig⁶²⁵, sagen jedoch nichts über die Legalität der Praktik an sich aus.

Einen Schritt hin zu einer Regelung unternahm 1988 die *Family Law Section* der *American Bar Association*. Sie genehmigte einen sog. „*Model Surrogacy Act*“⁶²⁶. Hierin wurde genau vorgeschrieben, welche Voraussetzungen die Wunscheltern und die austragende Frau erfüllen müssen, damit der Vertrag zwischen ihnen Gültigkeit

⁶²⁴ Man denke an den noch genauer zu besprechenden Fall des „Baby M“, wo die gebärende Frau mit dem Kind durch mehrere Staaten der USA flüchtete, um es behalten zu können.

⁶²⁵ Die Nichtigkeit entgeltlicher Verträge normieren: Ky. Rev. Stat. Ann. § 199.590(4) (1998); La. Rev. Stat. Ann. § 9: 2713(A) (1999); Neb. Rev. Stat. § 25-21,200 (1995); Wash. Rev. Code Ann. § 26-26-40; einige dieser Staaten sehen es jedoch als zulässig an, der Leihmutter die Ausgaben für medizinische Betreuung und ihrem Lebensunterhalt zu ersetzen; die Nichtigkeit sämtlicher Verträge normieren: Ariz. Rev. Stat. Ann. § 25-218(A) (1999); D.C. Code Ann. § 16-402(a) (1997); Ind. Code Ann. § 31-20-1-1, 31-20-1-2 (1999); Mich. Comp. Laws Ann. § 722.855 (1993); N.Y. Dom. Rel. Law 122 (1997); N.D. Cent. Code § 14-18-05 (1998); Tenn. Code Ann. § 36-1-102(46)(C) (1998); Utah Code Ann. § 76-7-204(a) (1999).

⁶²⁶ Gitlin, 22 Fam.L.Q. (1988), 145.

erhält. Dieser *Model Surrogacy Act* sah auch die Möglichkeit einer Geldzahlung an die Leih- oder Ersatzmutter in Höhe von \$ 7500 bis \$ 12500 vor. Er wurde jedoch nicht vom Kongress verabschiedet. In Michigan wurde im Jahre 1981 ebenfalls versucht, kommerzielle Leih- und Ersatzmutterchaftsverträge zuzulassen⁶²⁷. Der Vorschlag wurde ebenfalls nicht angenommen.

Auch im Jahre 1989 gab es zwei Ansätze für rechtsvereinheitlichende *Uniform Acts*. Der erste Entwurf, der sog. „*Surrogacy Arrangements Act of 1989*“ wurde von dem Parlamentsmitglied *Thomas L. Luken* vorgestellt⁶²⁸. Hiernach sollten strafrechtliche Sanktionen auf die Personen zukommen, die auf einer kommerziellen Basis wissentlich eine Leih- oder Ersatzmutterverhandlung eingehen oder vermitteln⁶²⁹. Ebenso sollte es strafrechtlich verboten werden, jegliche Dienste im Zusammenhang mit Leih- oder Ersatzmutterverträgen durch Werbung anzupreisen. Auch wenn dieser Entwurf weitere Fürsprecher fand, wurde er doch nie verabschiedet. Der zweite Entwurf in diesem Jahr mit dem Titel „*Anti-Surrogate-Mother Act of 1989*“ wurde von Parlamentsmitglied *Robert K. Dornan* vorgestellt⁶³⁰. Dieser Vorschlag sah ebenfalls eine Bestrafung jeglicher Aktivitäten im Zusammenhang mit Ersatz- und Leihmutterchaft vor. Außerdem sollte hiernach jeglicher Vertrag in diesem Zusammenhang, sei er nun entgeltlich oder unentgeltlich, nichtig sein. Auch dieser Entwurf wurde nie Gesetz.

Da somit keine Normen existieren, die die Leih- oder Ersatzmutterchaft explizit verbieten, könnte man daran denken, Normen aus anderen Bereichen auf diese Konstellation anzuwenden. Denkbar wäre eine Anwendung der sog. „*Baby Selling Laws*“, die eine Geldzahlung im Gegenzug für eine Adoption verbieten. Ebenso könnte man die Normen anwenden, die die Forschung an Embryonen verbieten oder diejenigen, die den Verkauf von Organen verbieten.

a) Anwendbarkeit der Regelungen des Adoptionsrechts

In allen Einzelstaaten der USA existieren sogenannte „*Baby Selling Laws*“, die eine Geldzahlung im Austausch für die Adoption eines Kindes unter Strafe stellen⁶³¹. In der Literatur wird erwogen, diese Normen auf eine entgeltliche Leih- oder

⁶²⁷ Michigan House Bill 5184; 81st Leg., Reg.Sess. (1981).

⁶²⁸ H.R. 275, 101st Cong., 1st Sess. (1989).

⁶²⁹ § 2 (a) des vorgeschlagenen Acts.

⁶³⁰ H.R. 576, 101 Cong., 1st session (1989).

⁶³¹ z.B. Ala. Code § 26-10A-34; Ark. Code Ann. § 9-9-206; Ariz. Rev. Stat. Ann. § 8-114; Cal.Penal Code § 237; Colo. Rev. Stat. § 19-4-115(1); Del. Code Ann.tit. 13, § 928(a); Fla. Stat. Ann. § 63.212(1)(d); Ga. Code Ann. § 74-418(b); Idaho Code § 18-1511f; Ill. Ann.Stat. ch. 40, § 1702; Ind. Code Ann. § 35-46-1-9; Iowa Code Ann. § 600.9; Kan. Stat. Ann. § 59-2121; Ky.Rev.Stat. Ann. § 199.590(2); La. Rev.Stat. Ann § 14:286(A); Md. Fam.Law Code Ann.§ 5-327(a); Mass.Gen.Laws Ann. ch. 210, § 11A; Mich. Comp. Laws Ann. § 710.54(1); Mo. Ann Stat. § 453.110; Nev. Rev. Stat. Ann. § 127.287; N.H. Rev. Stat. Ann. § 170-B:15(III)(a); N.Y.Soc.Serv.Law § 374(6); N.C.Gen.Stat. § 48-37; N.D. Cent.Code § 50-12-09; Ohio Rev. Code Ann. § 3107.10; Okla. Stat. Ann. tit. 21 § 866; Or. Rev. Stat. § 109.311(3); Pa. Stat. Ann. tit. 18 § 4305; S.C. Code Ann. § 16-3-1060; S.D. Codified Laws Ann. §25-6-4.2; Tenn. Code Ann. § 36-1-135(a); Tex.Penal Code Ann. § 25.11; Utah Code Ann. § 76-7-203; Va. Code Ann. § 63.1-220.4; Wash. Rev. Code Ann. § 26.33.400; W.Va. Code § 48-4-16(a); Wis.Stat. Ann. § 946.716(1)(a).

Ersatzmuttervereinbarung anzuwenden⁶³². Dann müsste es sich bei der Adoption, die der Geburt eines Kindes durch eine Leih- oder Ersatzmutter folgt, um eine „Adoption gegen Entgelt“ handeln.

Einige Staaten haben in ihre *Baby Selling Laws* ausdrücklich aufgenommen, dass Leihmutterverträge nicht unter diese Regelung fallen sollen⁶³³. Das ließe darauf schließen, dass die Staaten, die diese Sonderregelung nicht getroffen haben, davon ausgehen, dass auch Leihmutterverträge darunter fallen sollen. Andererseits könnte man auch argumentieren, dass diese Staaten es für selbstverständlich hielten, dass die Normen lediglich für den Normalfall der Adoption gelten und es nicht für nötig erachteten, dies explizit in das Gesetz aufzunehmen.

Der Grund für das Verbot der entgeltlichen Adoption ist, dass sie im Wesentlichen eine Ausnutzung aller beteiligten Parteien darstellt. In der Situation, für die die *Baby Selling Laws* geschaffen wurden, geht es um den Verkauf eines bereits geborenen Kindes. Die Mutter oder die Eltern des Kindes sollen durch die Geldzahlung überredet werden, das Kind zur Adoption freizugeben. Falls sie sich in einer schwierigen finanziellen Situation befinden, kann ihre Entscheidung unfreiwillig sein⁶³⁴. Ebenfalls in einer Zwangssituation befinden sich häufig die kinderlosen Paare⁶³⁵. Viele dieser Paare sind so verzweifelt, dass sie alles tun würden, um zu einem Kind zu kommen, auch wenn sie nicht reich sind und relativ große finanzielle Opfer dafür bringen müssen.

Außerdem sprechen auch verfassungsrechtliche Aspekte gegen einen Verkauf von Menschen. Im *13. Amendment* ist der Verkauf in die Sklaverei verboten. In Fällen der Adoption gegen Entgelt wird das Kind zu einer Ware, die an den höchsten Bieter verkauft wird. Ebenso wurden früher Sklaven an den Meistbietenden versteigert. Außerdem ist der Verkauf von Menschen verboten, um das Entstehen eines Marktes zu verhindern, der Anreiz bietet, Kinder extra für diesen Markt zu zeugen⁶³⁶.

Es fragt sich, inwieweit Leih- und Ersatzmutterschaft gegen Entgelt mit dieser Situation vergleichbar sind⁶³⁷. Für die Anwendung der *Baby Selling* Normen auch auf Fälle der Leih- und Ersatzmutterschaft spricht, dass die gebärende Frau aus genau den Gründen bezahlt wird, die auch bei einer normalen Adoption gegen Entgelt vorliegen, nämlich dafür, ein Kind zu empfangen, auszutragen und zur Welt zu bringen und im

⁶³² Dafür: Kerian, 12 Wis. Women's L.J. (1997), 113, 153f; Krim, 5 Annals Health L. (1996), 193, 224f; Shannon, Surrogate Motherhood, 156; Gostin, Surrogate Motherhood, 3,13; Kimbrell, 24 Willamette L.Rev. (1988), 1035, 1037; Rae, 3 S.Cal.Rev.L.& Women's Stud. (1994), 219, 276 äußert sich hierzu nur im Hinblick auf eine Analogie bei der Frage nach der Bedenkzeit der gebärenden Frau nach der Geburt des Kindes; In Re Adoption of Paul, 550 N.Y.S.2d 815 (N.Y. 1990); dagegen: Surrogate Parenting Assocs. v. Kentucky, 704 S.W.2d 209, 211 (Ky 1986); Posner, 5 J.Contemp. Health L. & Pol'y (1989), 21, 28; Schuck, 76 Geo.L.J. (1988), 1793, 1796; In re Adoption of Baby Girl L.J., 505 N.Y.S.2d 813 (N.Y. 1986); Ingram, 76 Marq.L.Rev. (1993), 675, 682.

⁶³³ Ala. Code § 26-10A-34 (1999); W.Va. Code § 48-4-16(e)(3) (1999); Iowa Code Ann. § 710.11 (1997).

⁶³⁴ Ingram, 76 Marq.L.Rev. (1993), 675, 683.

⁶³⁵ Klinke, 18 Okla.City U.L.Rev. (1993), 113, 119.

⁶³⁶ Russell, 27 J.Fam.L. (1988/ 89), 585, 659; Annas/ Elias, 17 Fam.L.Q. (1983), 199, 221.

⁶³⁷ Für eine Vergleichbarkeit: Shannon, Surrogate Motherhood, 156; Gostin, Surrogate Motherhood, 3, 13; Kimbrell, 24 Willamette L.Rev. (1988), 1035, 1037; dagegen: Surrogate Parenting Assocs. v. Kentucky, 704 S.W.2d 209, 211 (Ky 1986); Posner, 5 J.Contemp. Health L. & Pol'y (1989), 21, 28; Schuck, 76 Geo.L.J. (1988), 1793, 1796.

Anschluss daran jegliche elterliche Rechte an dem Kind aufzugeben⁶³⁸. Zwar wird dagegen vorgebracht, dass die Leih- oder Ersatzmutter nicht das Kind, sondern eine Dienstleistung verkauft, nämlich lediglich das Austragen des Kindes, und sie für die Strapazen, die Schwangerschaft und Geburt mit sich bringen, bezahlt wird⁶³⁹. Es liege also keine „Adoption gegen Entgelt“ vor, sondern ein Gebären gegen Geld.

Nun bekommt die gebärende Frau das Geld regelmäßig erst gezahlt, wenn sie das Kind herausgegeben hat⁶⁴⁰. Und selbst wenn man forderte, dass der gesamte Geldbetrag bereits vor der Geburt und Übergabe des Kindes gezahlt werden muss⁶⁴¹, können solche Oberflächlichkeiten den Charakter der Vereinbarung nicht verdecken. Es geht den Wunscheltern nicht nur darum, dass die Ersatz- oder Leihmutter ein Kind zur Welt bringt, sondern auch darum, dass sie dieses Kind anschließend an die Wunscheltern herausgibt und den Weg für eine Adoption frei macht. Begrifflich kann dies durchaus unter eine „Adoption gegen Entgelt“ gefasst werden, die Wortlautgrenze ist mithin nicht überschritten.

Zudem werden teilweise alle Gründe, die gegen eine entgeltliche Adoption vorgebracht werden können, auch als hier gegeben angesehen: das Kind wird von seiner biologischen Mutter weggenommen, die Wunscheltern werden nicht auf ihre Fähigkeiten zur Kindeserziehung überprüft, und die gebärende Frau empfindet oft Schmerz und Schuld, dass sie ihr Kind weggegeben hat⁶⁴². Außerdem ist es auch aus Sicht des Kindes nicht weniger ausbeuterisch. Es wird als Ware behandelt, gleichgültig, wann der Vertrag über seinen Verkauf geschlossen wird⁶⁴³. Daher wird teilweise auch in der Diskussion um die Zulässigkeit der Leih- und Ersatzmutterchaft auf das *13. Amendment* zurückgegriffen⁶⁴⁴. Da die Mutter ihr Kind im Gegenzug für

⁶³⁸ Radin, 100 Harv. L.Rev. (1987), 1849, 1928; Gostin, *Surrogate Motherhood*, 3, 9; Strasser, 60 *Tenn.L.Rev.* (1992), 135, 155.

⁶³⁹ Gostin, *Surrogate Motherhood*, 3; Krim, 5 *Annals Health L.* (1996), 193, 225; Kerian, 12 *Wis.Women's L.J.* (1997), 113, 154; Robertson, 59 *S.Cal.L.Rev.* (1986), 939, 1021ff; ders.: *Children of Choice*, 140; Macklin, *Surrogate Motherhood*, 136, 145; *Surrogate Parenting Assocs. Inc. v. Kentucky*, 704 *S.W.2d* 209, 213f (Ky. 1986); McEwan, 32 *Vand. J. Transnat'l L.* (1999), 271, 291; *Johnson v. Calvert*, 851 *P.2d* 776, 784 (Cal. 1993); Field, *Surrogate Motherhood*, 18; Ingram, 76 *Marq.L.Rev.* (1993), 675, 683; so sehen nach Umfragen auch die Mehrzahl der Leihmütter das an sie gezahlte Geld nicht als Gegenleistung für die Übertragung der elterlichen Rechte sondern vielmehr als Gegenleistung für das von ihnen übernommene Risiko und die übernommenen Dienste: Rothstein, 5 *Am.J.Fam.L.* (No.1, 1991), 57, 58; dieses Argument muss aber in Fällen der Ersatzmutterchaft mit Vorsicht betrachtet werden. Anders als bei der Leihmutterchaft, wo die gebärende Frau nicht genetisch mit dem Kind verwandt ist, hat sie doch in Fällen der Ersatzmutterchaft auch einen eigenen genetischen Beitrag geleistet. Hier leistet die gebärende Frau also mehr als nur den Service des Zurverfügungstellens ihres Bauches: Shanley, *Expecting Trouble*, 156, 161.

⁶⁴⁰ Capron/ Radin, *Surrogate Motherhood*, 59, 65; Russell, 27 *J.Fam.L.* (1988/ 89), 585, 656; Jensen, *BYU L.Rev.* 1982, 935, 985; Strasser, 60 *Tenn. L.Rev.* (1992), 135, 151; McEwan, 32 *Vand. J. Transnat'l L.* (1999), 271, 292

⁶⁴¹ Lieber, 68 *Ind.L.J.* (1992), 205, 231 schlägt vor, das Geld ausdrücklich als Miete für den Bauch oder Entgelt für den Service zu deklarieren und bereits vor der Übergabe des Kindes zu zahlen.

⁶⁴² In Fällen der Adoption entscheidet nämlich nicht die Mutter des Kindes, wer die Adoptiveltern werden, sondern ein Gericht trifft diese Entscheidung aufgrund eines Kindeswohltests; *Belsito v. Clark*, 644 *N.E.2d* 760, 765 (Ohio 1994); Wenk, 28 *U.Tol.L.Rev.* (1996), 247, 270; Jensen, *BYU L.Rev.* 1982, 935, 985.

⁶⁴³ Ketchum, *Feminist Perspectives*, 284, 287.

⁶⁴⁴ Gostin, *Surrogate Motherhood*, 9; Holder, *Surrogate Motherhood* 77, 82; Die Gerichte waren jedoch bisher bis auf eine Ausnahme nicht bereit, ihre Entscheidungen durch das *13. Amendment* zu stützen: dagegen: *Johnson v. Calvert*, 851 *P.2d* 776, 784 (Cal. 1993); *In re Baby M.II*, 537 *A.2d* 12, 1253 (N.J. 1988); dafür: *Yates v. Keane*, 457 *N.W.2d* 693 (Mich. 1990).

eine Geldzahlung weggibt, sei die Situation die gleiche wie bei einem Verkauf in die Sklaverei.

Ein weiterer Vorteil der Anwendung der Adoptionsnormen auch auf die Leih- und Ersatzmutterschaft liege darin, dass dadurch der Staat durch Sozialarbeiter und durch Gerichte, die der Adoption zustimmen müssen, an dem Prozess beteiligt wäre. Dadurch würde gesichert, dass die Übergabe an die Wunscheltern auch dem Kindeswohl entspricht⁶⁴⁵. Lediglich die Tatsache, dass diese bereit waren, eine nicht unwesentliche Geldsumme zu zahlen, bedeute nicht, dass sie auch wirklich passende Eltern für das Kind sein werden. Auch wenn man eine der Begründungen für die *Baby Selling Laws* betrachtet, nämlich, dass ein Markt mit eigens dafür gezeugten Kindern verhindert werden soll, stellt Leih- und Ersatzmutterschaft gegen Entgelt einen Verstoß gegen diese Norm dar. Hier wird das Kind tatsächlich gezeugt, um es später gegen Entgelt weiter zu geben.

Neben diesen Gemeinsamkeiten der Sachverhalte gibt es jedoch auch Unterschiede. Der auffälligste Unterschied zwischen der klassischen Adoption einerseits und Leih- und Ersatzmutterschaft andererseits besteht darin, dass in Fällen der Leihmutterschaft das Kind noch nicht einmal gezeugt ist zu dem Zeitpunkt, zu dem die Wunscheltern mit der gebärenden Frau in Vertragsverhandlungen treten. Es geht hier nicht darum, dass die finanziellen Bedürfnisse der Leihmutter ausgenutzt werden, um sie dazu zu bringen, sich von ihrem Kind zu trennen⁶⁴⁶. Die Leih- oder Ersatzmutter wird nicht unter Druck gesetzt und muss sich nicht innerhalb von kurzer Zeit entscheiden⁶⁴⁷. Sie weiß, worauf sie sich einlässt und willigt wissentlich und freiwillig in die spätere Herausgabe des Kindes an die Wunscheltern ein. Die Schwangerschaft ist also anders als in Fällen der Adoption nicht ungewollt, sondern aktiv geplant⁶⁴⁸. Durch die Adoptionsnormen soll die junge unerfahrene Frau geschützt werden, die sich durch die ungeplante Schwangerschaft in einer besonderen Stresssituation befindet und während der Schwangerschaft nicht in der Lage ist, ihre eigenen Interessen zu schützen⁶⁴⁹. Die Leih- oder Ersatzmutter dagegen befindet sich nicht in einer vergleichbaren Stresssituation, sondern kann vielmehr vor der Schwangerschaft mit kühlem Kopf eine Entscheidung treffen und auch ihre möglichen Vor- und Nachteile in die Abwägung mit einbeziehen⁶⁵⁰. Das Problem für die Leih- oder Ersatzmutter liegt häufig eher darin, die Zuneigung, die sie für das Kind nach der

⁶⁴⁵ Capron/ Radin, 16 L., Med. & Health Care (1988), 34, 40.

⁶⁴⁶ Surrogate Parenting Associates, Inc. v. Kentucky, 704 S.W.2d 209 (Ky. 1986); Brown u.a., 39 Vand.L.Rev. 597, 642; Brandel, 54 Md.L.Rev. (1995), 488, 502; Johnson v. Calvert, 851 P.2d 776, 784 (Cal. 1993); Wadlington, 29 Idaho L.Rev. (1992/ 93), 383, 389; Ingram, 76 Marq.L.Rev. (1993), 675, 683.

⁶⁴⁷ Brown u.a., 39 Vand.L.Rev. 597, 642; Sly, 18 Gonzaga L.Rev. (1982), 539, 549; Comment, 16 U.Rich. L.Rev. (1982), 467, 478; Schuck, 13 Harv. J.L.& Pub.Pol'y (1990), 132, 133.

⁶⁴⁸ Katz, 20 Columbia J.L.Soc.Prbs. (1986), 1, 21; Shanley, Expecting Trouble, 156, 158; Schuck, 13 Harv. J.L.& Pub.Pol'y (1990), 132, 134; Blomeke, 24 U.Dayton L.Rev. (1999), 513, 525; Ingram, 76 Marq.L.Rev. (1993), 675, 683 (1993).

⁶⁴⁹ Blomeke, 24 U.Dayton L.Rev. (1999), 513, 526; Ellman, Family Law, 1238.

⁶⁵⁰ Blomeke, 24 U.Dayton L.Rev. (1999), 513, 527; Strasser, 60 Tenn.L.Rev. (1992), 135, 215f.

Geburt empfindet, zum Zeitpunkt der Vereinbarung mit den Wunscheltern unterschätzt zu haben⁶⁵¹.

Als weiterer Unterschied kann angeführt werden, dass der Wunschvater in der Konstellation der Leih- und Ersatzmutterschaft auch der genetische Vater ist. Das Kind wird nicht auf dem freien Markt an den Meistbietenden versteigert, sondern vielmehr von seinem biologischen Vater zu sich geholt⁶⁵². Dadurch werde das Kind zum einen nicht zur Ware, zum anderen handele es sich eher um eine Sorgerechts- als um eine Adoptionsfrage⁶⁵³.

Insgesamt bestehen in den Fällen der Leih- und Ersatzmutterschaft also Gefahren, die sich von den Risiken bei der entgeltlichen Adoption, auf die die *Baby Selling Laws* zugeschnitten sind, unterscheiden. Es ist also zumindest fraglich, ob die *Baby Selling Laws* ohne eine gesetzgeberische Stellungnahme auf die Fälle der Leih- und Ersatzmutterschaft angewendet werden sollten.

b) Anwendbarkeit der Normen, die die Forschung an Embryonen verbieten

Viele Staaten haben Normen eingeführt, die die Forschung an Embryonen verbieten⁶⁵⁴. Man könnte sich überlegen, diese Normen auf Fälle zumindest der Leihmutterschaft anzuwenden. Hier wird der Leihmutter ein Embryo, der aus Spermia und Eizelle der Wunscheltern geschaffen wurde, implantiert. Die Mehrheit der genannten Normen verbietet nichttherapeutische Forschung an Embryonen und Föten. Die meisten beziehen sich lediglich auf Aktivitäten, die einer Abtreibung nachfolgen, einige Staaten haben das Verbot jedoch ausdrücklich auch auf überschüssige Embryonen im Falle der in-vitro Fertilisation erweitert⁶⁵⁵. Grundsätzlich ist lediglich das Experimentieren außerhalb des Körpers verboten. Zumindest dann, wenn die Ersatzmutter heterolog in-vivo befruchtet wird, finden diese Normen keine Anwendung. Jedoch auch auf die Fälle der in-vitro Fertilisation mit anschließendem Embryonentransfer sind die Normen nicht zugeschnitten. Der Sinn der Normen ist der

⁶⁵¹ Unpassend in diesem Zusammenhang der Hinweis von Schuck, 13 Harv. J.L. & Pub. Pol'y (1990), 132, 135, allein die Tatsache, dass eine Entscheidung, wie z.B. die Entscheidung, eine bestimmte Person zu heiraten, bereut werden kann, sei kein Grund, sie zu verbieten.

⁶⁵² Ketchum, *Feminist Perspectives*, 284, 287.

⁶⁵³ Field, *Surrogate Motherhood*, 18; Black 16 N.Eng. L.Rev. (1981), 373, 387ff; Keane, 1980 S.Ill. U.L.J. 147, 161ff; Epstein, 81 Va.L.Rev. (1995), 2305, 2331; Mahoney, *Surrogate Motherhood*, 183, 185; auch das Gericht in *Baby M.* benutzt diesen Wortlaut indem es feststellt, dass man nicht adoptieren könne, was einem bereits gehöre. Allerdings könnte man auch argumentieren, dass das Kind zumindest von der Ehefrau des Vaters adoptiert werden soll. Der Vater kauft das Recht für seine unfruchtbare Frau, das Kind zu adoptieren. Er leistet also durch seine Geldzahlung einen verbotenen Beitrag zur Vereinfachung der Adoption zumindest durch die Wunschmutter (so Justice Wintersheimer der der Meinung der Mehrheit in *Surrogate Parenting Assocs., Inc. v. Kentucky*, 704 S.W.2d 209, 213 (Ky. 1986) widersprach).

⁶⁵⁴ Das sind: Arizona, Arkansas, Kalifornien, Florida, Illinois, Indiana, Kentucky, Louisiana, Maine, Massachusetts, Michigan, Minnesota, Missouri, Montana, Nebraska, New Mexico, North Dakota, Ohio, Oklahoma, Pennsylvania, Rhode Island, South Dakota, Tennessee, Utah, Wyoming.

⁶⁵⁵ z.B. Minn. Stat. Ann. § 145.422 subd.2, aber siehe N.M.Stat. Ann. § 29-9A-1D wo in-vitro Fertilisation grundsätzlich auch unter das Verbot fallen soll, nicht jedoch dann, wenn sie lediglich als Unfruchtbarkeitsbehandlung genutzt wird.

Schutz des Embryos vor Gewalt und Schaden⁶⁵⁶. Leih- und Ersatzmutterschaft schaden dem Fötus jedoch nicht, sondern fördern seine Gesundheit und Sicherheit⁶⁵⁷. Auch kann bei der bloßen Vornahme einer Befruchtung nicht von Forschung gesprochen werden. Die Normen, die die Forschung an Embryonen verbieten, sind damit nicht auf den Fall der Leih- und Ersatzmutterschaft anwendbar.

c) Anwendbarkeit der Normen, die den Verkauf von Organen verbieten

In den USA ist es durch den bundesgesetzlichen *National Organ Transplant Act* verboten, menschliche Organe zu verkaufen⁶⁵⁸. Es soll verhindert werden, dass sich Wohlhabende auf Kosten der Armen ihre Gesundheit erhalten. Niemand verkaufe ein Organ, wenn er nicht aufgrund seiner Armut dazu gezwungen sei. Die Entscheidung sei also erzwungen und gefährlich und damit ausbeuterisch⁶⁵⁹.

Es fragt sich nun, ob diese Normen auch auf Fälle der Leih- und Ersatzmutterschaft anwendbar sind. Der fundamentale Unterschied zwischen der Organspende einerseits und der Leih- und Ersatzmutterschaft andererseits besteht darin, dass ein Organ im Gegensatz zu einem Kind nicht dafür gedacht ist, aus dem Körper entfernt zu werden. Es gefährdet das Leben des Spenders, wenn er ohne das Organ leben muss. Babys dagegen sollen gerade den Körper verlassen, und die Leih- oder Ersatzmutter wird nicht körperlich dadurch gefährdet, dass sie ohne das Kind lebt⁶⁶⁰. Außerdem wählen die meisten Leih- und Ersatzmütter zwar diese Art der Arbeit auch wegen des Geldes, jedoch ist dies oftmals nicht ihr einziger Beweggrund. Die meisten wollen ebenso das Gefühl der Schwangerschaft erleben oder einfach einem unfruchtbaren Paar helfen⁶⁶¹.

Letztlich scheidet eine Anwendung der Normen, welche die Organspende regeln, schon deswegen aus, weil der Wortlaut eine Anwendung auf selbständiges menschliches Leben verbietet. Ein Baby lässt sich auch bei weiter Auslegung nicht mehr unter den Begriff „Organ“ fassen. Eine Analogie ist ausgeschlossen, da auch im US-amerikanischen Strafrecht der Grundsatz „nulla poena sine lege“ und damit ein Analogieverbot gilt⁶⁶².

⁶⁵⁶ Brown u.a., 39 Vand.L.Rev. (1986), 597, 643; Andrews, 6 Whittier L.Rev. (1984), 789, 791ff; Flannery u.a., 67 Geo.L.J. (1979), 1295, 1299f.

⁶⁵⁷ Brown u.a., 39 Vand.L.Rev. (1986), 597, 643.

⁶⁵⁸ National Organ Transplant Act of 1984 42 U.S.C.Para. 274 (e) (1982).

⁶⁵⁹ Steinbock, 16 L., Med. & Health Care (1988), 44, 48; a.A. Brody/ Engelhardt, Bioethics, 331.

⁶⁶⁰ Andrews, 16 L.Med.& Health Care (1988), 72, 80.

⁶⁶¹ Steinbock, 16 L. Med. & Health Care (1988), 14, 19; Robertson, 13 Hastings Center Report (1983), 29.

⁶⁶² Morrison/ Jacobs, Fundamentals, 295; LaFave/ Scott, Criminal Law; dies übersehen offensichtlich Annas, 16 L., Med. & Health Care (1988), 27, 31; O' Brien, 65 N.C.L.Rev. (1986), 127, 143, Lieber, 68 Ind.L.J. (1992), 205, 212f, die annehmen, dass es a fortiori auch verboten sein muss, ein Kind zu verkaufen, da auch hier die Armen von den Reichen ausgebeutet werden. Wenn es einer Frau verboten ist, ihren Uterus zu verkaufen, soll ihr auch nicht erlaubt werden, das Kind, das in diesem Uterus herangewachsen ist, zu verkaufen. Ebenso wie bei einer Organspende erfahre die Verkäuferin des Kindes Schmerzen und ein wesentliches Risiko, der Käufer bezahle eine enorme Summe und die Ware, die verkauft werde, sei einzigartig und unersetzlich. Die Wortlautgrenze wird von diesen Autoren nicht für relevant gehalten.

d) Ausblick

Leih- und Ersatzmutterschaft sind nicht ausdrücklich verboten und es existieren auch keine Normen, die darauf angewendet werden könnten. Es stellt sich die Frage, welchen Spielraum der Gesetzgeber bei künftigen Regelungen hat. Auch hier spielt das Recht auf Fortpflanzung wieder eine Rolle.

Ein mögliches Interesse, das den Eingriff in dieses Recht rechtfertigen könnte, wäre das Wohl des Kindes in objektiv-rechtlicher Form. Auch in der amerikanischen Literatur wird weiter auf eine mögliche Menschenwürdeverletzung der austragenden Frau hingewiesen. Sie werde nicht als geliebtes und geachtetes Individuum angesehen, sondern als Quelle für Eizellen, oder als Austragungsobjekt behandelt. Der Verkauf des eigenen Körpers verletze grundlegende Prinzipien des Menschseins, wonach Individuen einen alleine aus ihrer Existenz abgeleiteten Wert besäßen, der nicht in Geld messbar sei. Aus diesem Grund sei die Leih- und Ersatzmutterschaft ebenso wie Prostitution oder Sklaverei zu verbieten⁶⁶³. Ebenso wie in Deutschland wird hier teilweise von der „Gebärmachine“ gesprochen, zu der die Frau degradiert würde. Allerdings kann eine Würdeverletzung auch im amerikanischen Recht nur angenommen werden, wenn die Frau sich nicht freiwillig dazu entschlossen hat, für ein anderes Paar ein Kind auszutragen. Dabei wird vorgebracht, dass man die Entscheidung der Frau akzeptieren müsse, diese Tätigkeit einer anderen vorzuziehen, selbst wenn sie Geld dafür erhalte. Dass sie dafür ein Entgelt erhalte, sei auch nur natürlich, da die wenigsten Menschen bereit wären, unentgeltlich zu arbeiten⁶⁶⁴. Auch wird davor gewarnt, durch ein Verbot der Praktiken diese in den Untergrund zu verlagern. Dies sei gerade aus medizinischer Sicht nicht erwünscht, da dann keine hinreichende Versorgung der Leih- und Ersatzmutter gewährleistet sei⁶⁶⁵. Außerdem würden, wenn es zu einem „Leihmuttermarkt“ käme, die Preise für diese nun verbotene Handlung künstlich in die Höhe getrieben. Ebenso wären Ausnutzung und unehrenhaftem Verhalten Tür und Tor geöffnet, da die Parteien keine Möglichkeit hätten, gerichtlich gegeneinander vorzugehen, um ihre Vereinbarungen durchzusetzen⁶⁶⁶.

Dementsprechend sieht die überwiegende Meinung in der Literatur keine Veranlassung, die Leih- und Ersatzmutterschaft zu verbieten. Ihre Vorteile, einem unfruchtbaren Paar zu einem Kind zu verhelfen, das als Wunschkind in einer intakten Familie aufwachsen kann, überwiegen nach dieser Ansicht die Nachteile und ethischen und moralischen Bedenken⁶⁶⁷.

⁶⁶³ Charo, 16 Law, Med. & Health Care (1988), 96, 108; Capron/ Radin, 16 Law, Med & Health Care (1988), 34, 36.

⁶⁶⁴ Levitt, 25 Col.J.L.Soc.Probs., 462; Shalev, Birth Power, 263.

⁶⁶⁵ Levitt, 25 Col.J.L.Soc.Probs., 463; Steinbock, 16 L., Med. & Health Care (1988), 14; Garrison 22 Fam.L.Q. (1988), 155.

⁶⁶⁶ Shalev, Birth Power, 158; Landes/ Posner, 7 J.of Legal Studies (1978), 323, 338.

⁶⁶⁷ Levitt, 25 Col.J.L.Soc.Probs., 462; Andrews, New Conceptions 241.

V. Ersatzelternschaft

Zuletzt bleibt noch die Zulässigkeit der Ersatzelternschaft zu diskutieren, der Fall also, bei dem weder die Wunscheltern noch die gebärende Frau genetisch mit dem Kind verwandt sind.

1. Deutschland

Zwar ist diese Konstellation in Deutschland nicht spezialgesetzlich geregelt, es können hierauf aber die Normen hinsichtlich der Eispende sowie der Ersatz- und Leihmutterchaft angewendet werden. Denn auch hier wird ein Ei bzw. bereits ein Embryo gespendet und zudem eine andere Frau als die Wunschmutter mit dem Austragen dieses Embryos beauftragt. Die Situation ist also ein Zusammentreffen von Embryonenspende und Leihmutterchaft und fällt damit ebenso unter das Verbot gem. § 1 Abs. 1 Nr. 1,2,6,7 EschG, §§ 13 a-d AdVermG.

Der den Beteiligten gewährte Grundrechtsschutz ist im Fall der Ersatzelternschaft deutlich vermindert. Die Wunscheltern verwirklichen kein eigenes Recht auf Fortpflanzung und werden daher nur durch die allgemeine Handlungsfreiheit geschützt. Die genetischen Eltern erfahren nur einen abgeschwächten Schutz des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts, da ihre Entscheidung in den Bereich der Sozialsphäre dieses Rechts fällt⁶⁶⁸.

Gerechtfertigt wird das Verbot daher schon durch ein legitimes staatliches Interesse unter Wahrung der Verhältnismäßigkeit. Ein solches Interesse ist etwa in der Verhinderung der Ausbeutung der austragenden Frau zu sehen⁶⁶⁹.

2. USA

In den USA existiert auch hier wiederum kein Verbot. Grundsätzlich können die Parteien sich Spermia und Eizelle beschaffen, vereinigen und den Embryo von einer von ihnen ausgewählten Frau austragen lassen. Einen Anspruch, dass es bei dieser Rechtslage bleibt, haben die Wunscheltern jedoch nicht, da ihr Recht auf Fortpflanzung auch hier nur so weit gehen kann als sie ihre eigenen Gene an die nächste Generation weitergeben.

Die Ersatzelternschaft birgt die Gefahr einer Vermarktung von Kindern in sich. Wer über genügend Geld verfügt, aber weder selbst einen biologischen Beitrag leisten, noch den mühsamen Weg der Adoption durchlaufen möchte, kann sich sein Kind bestellen. Vorher können die Gameten ausgesucht und Spender mit wünschenswerten Eigenschaften ausgewählt werden. Da einem Menschen immer noch ein besonderer Rang besonders aus der Verfassung zukommt, sollte man bei dieser Praktik zumindest besondere Vorsicht walten lassen.

⁶⁶⁸ Vgl. oben 4. Teil B.I.2.b)bb).

⁶⁶⁹ Vgl. oben 4. Teil B.I.2.b).

VI. Zusammenfassung

Wie man gesehen hat, ist der Dreh- und Angelpunkt bei der Frage nach der Zulässigkeit einzelner Methoden künstlicher Fortpflanzung das Recht auf Fortpflanzung der beteiligten Parteien. Dieses ist sowohl in Deutschland als auch in den USA verfassungsrechtlich verankert.

So findet es in Deutschland seine Grundlage im allgemeinen Persönlichkeitsrecht gemäß Art. 2 Abs. 1 iVm 1 Abs. 1 GG. Bei den Möglichkeiten der Rechtfertigung eines Eingriffs in dieses Recht ist zu differenzieren zwischen seinen einzelnen Sphären. Es kann entweder in die Persönlichkeits- oder in die Sozialsphäre oder sogar in die absolut geschützte Intimsphäre eingegriffen werden. Bei der Frage, in welche der Sphären eingegriffen wird, ist zum einen zwischen dem „Ob“ und dem „Wie“ der Fortpflanzung zu differenzieren. Geht es um die Frage, ob man sich fortpflanzen will, so ist dies eine Entscheidung, in die nicht durch den Staat eingegriffen werden kann, da sie eine äußerste Persönlichkeitsnähe hat und eng mit der Menschenwürde des Einzelnen verbunden ist. Die Frage nach dem „Wie“ der Fortpflanzung ist lediglich der Privatsphäre zuzurechnen und hier sind Einschränkungen möglich, wenn auch nur durch überragende Allgemeininteressen unter Berücksichtigung einer speziellen Verhältnismäßigkeitsprüfung. Eine weitere Differenzierung zwischen den Sphären des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts findet sich, wenn man die verschiedenen an der Fortpflanzung beteiligten Personen betrachtet. So stellt die Fortpflanzung für die Wunscheltern stets einen Teil ihrer Privatsphäre dar, wohingegen sie bei den Gametenspendern lediglich der Sozialsphäre zuzuordnen ist. Die Rechtfertigung eines solchen Eingriffs in die Sozialsphäre unterliegt wesentlich geringeren Anforderungen.

In den USA folgert man das Recht auf Fortpflanzung aus dem Recht auf Privatsphäre. Ein Eingriff ist dann gerechtfertigt, wenn ein vernünftiger und erheblicher Grund bzw. ein anerkanntes staatliches Interesse gegen eine Art der künstlichen Fortpflanzung spricht und die Verbotsnorm eng gefasst ist, so dass kein weniger einschneidender Eingriff möglich ist.

Verbietet man die eine oder andere Methode der künstlichen Fortpflanzung, stellt dies stets einen Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht verschiedener Personen dar. So wird bei einem Verbot der postmortalen Insemination in das Recht auf Fortpflanzung der Witwe eingegriffen, bei einem Verbot der heterologen Insemination in das der Wunschmutter und des Gametenspenders. Verbietet man die Eispende, so greift man in das Recht der Eispenderin und des Wunschvaters ein, bei der Embryonenspende ausschließlich in das der Gametenspender. Ein Verbot der Leihmutterchaft stellt einen Eingriff in das Recht der Wunscheltern dar, ein Verbot der Ersatzmutterchaft in das Recht des Wunschvaters und der gebärenden Frau. Das Verbot der Ersatzelternschaft greift wiederum nur in das Recht der Gametenspender ein.

In den USA wurde diese Problematik weitgehend dadurch umgangen, dass keine Methode der künstlichen Fortpflanzung unter Strafe gestellt wurde. Es kann hier

nur hypothetisch diskutiert werden, ob ein solches Verbot gerechtfertigt werden könnte. Allerdings wird in der Mehrzahl weder von den Gerichten noch von den Autoren, die sich mit diesen Themen beschäftigen, eine Notwendigkeit für ein Verbot einer Art der künstlichen Fortpflanzung gesehen.

In Deutschland dagegen sind lediglich homologe und heterologe Insemination nicht verboten. Die Diskussion hat gezeigt, dass diese strikte Haltung des deutschen Gesetzgebers nicht unproblematisch ist. Wie die Prüfung der Grundrechtsrelevanz in Deutschland ergeben hat, ist ein Eingriff in das Recht auf Fortpflanzung bei manchen Verboten der künstlichen Fortpflanzung nur schwer zu rechtfertigen. Eine solche Prüfung anhand der Grundrechtsrelevanz für Wunscheltern und Gametenspender scheint der Gesetzgeber vor Schaffung des Embryonenschutzgesetzes nicht vorgenommen zu haben. Vielmehr hatte er den allein Schutz des Ungeborenen bzw. Ungezeugten vor Augen. Eine Übersetzung der festgestellten Schutzbedürftigkeit in adäquate verfassungsrechtliche Kategorien ist ausgeblieben. Auf die Menschenwürde in ihrer subjektiven Form kann sich ein ungezeugtes Kind noch nicht berufen und auch die objektive Würdekonzepption spricht gerade nicht dagegen, ein Kind künstlich zu zeugen. Daher bleibt als Rechtfertigung lediglich der Rückgriff auf eine mögliche Verletzung der Rechte dritter beteiligter Parteien, wie der Leih- oder Ersatzmutter oder den Missbrauch überzähliger Embryonen bei einer extrakorporalen Befruchtung. Letztere Schranke des Rechts auf Fortpflanzung hängt aber von der Einschätzung des Gesetzgebers hinsichtlich der Embryonenforschung ab. Sollte sich diese ändern, entfällt auch die Rechtfertigung für Verbote der extrakorporalen Befruchtung¹.

5. Teil: Abstammungsrecht in Deutschland und den USA

Zunächst soll die abstammungsrechtliche Situation in beiden Ländern allgemein dargestellt werden, bevor im 6. Teil auf die Besonderheiten und Probleme bei künstlicher Fortpflanzung eingegangen wird.

A. Abstammungsrecht in Deutschland

Hauptänderung des Kindschaftsrechtsreformgesetzes, das am 1.7.1998 in Kraft getreten ist, war die Aufgabe des Begriffs des nichtehelichen Kindes. So wird nun nicht mehr von nichtehelichen Kindern gesprochen, sondern nur noch von Kindern, deren Eltern „bei der Geburt des Kindes nicht miteinander verheiratet sind“ (§ 1626 a Abs. 1 BGB). Außerdem wurde eine gesetzliche Definition der Mutterschaft in das BGB eingefügt, um die Fälle des Auseinanderfallens von gesetzlicher und genetischer

¹ Gerade im Zusammenhang mit der PID wird momentan diskutiert, ob das ESchG nicht geändert werden müsste, da es zumindest unklar ist, ob es sich für ein Verbot der PID ausspricht. Ein Entwurf eines Gesetzes zur Regelung der Präimplantationsdiagnostik, wodurch das ESchG abgeändert werden soll, wurde bereits vorgelegt, BT-Drucks. 14/7415. So lange diese Frage aber nicht geklärt ist, existiert zumindest ein faktisches Verbot der PID; s. hierzu Faßbender, NJW 2001, 2745, 2747, allgemein zu den Fragen der Strafbarkeit der PID: Renzikowski, NJW 2001, 2753, jeweils mwN; für ein Verbot, das aber nicht strafbewehrt sein sollte, spricht sich Herzog, NJW 2001, 393, 397 aus; keine verfassungsrechtliche Grundlage für eine Einschränkung oder ein Verbot der PID bzw. der Embryonenforschung oder sogar der Herstellung von Embryonen und theapeutischen Klonen sieht Ipsen, JZ 2001, 989, 995.

Mutterschaft, die durch die Fortschritte in der modernen Fortpflanzungsmedizin möglich geworden sind, zu regeln². Auch die Beiwohnungsvermutung des § 1591 Abs. 2 BGB a.F. wurde als lebensfremd angesehen und daher abgeschafft. Ebenfalls wurden die Voraussetzungen der Vaterschaftsanfechtung hinsichtlich der Anfechtungsberechtigten geändert³.

Die Gleichstellung ehelicher und nichtehelicher Kinder war allerdings nicht der alleinige Beweggrund der Kindschaftsrechtsreform, da nach Ansicht des Gesetzgebers diese Gleichstellung bereits mit der Verabschiedung des Nichteelichengesetzes von 1969 erfüllt worden war⁴. Anlass zur Änderung des Abstammungsrechts gaben vielmehr zum einen die beiden bereits oben⁵ genannten Urteile des Bundesverfassungsgerichts, die das Recht des Kindes auf Kenntnis der eigenen Abstammung als verfassungsrechtlich gewährleistet ansahen und daher eine Erweiterung der Anfechtungstatbestände forderten⁶, zum anderen die UN-Konvention, die einen umfassenden Schutz des Kindes und die Fürsorge, welche zu seinem Wohlergehen notwendig ist, gewährleisten soll⁷. Außerdem war das Familienrecht der Bundesrepublik Deutschland nicht in vollem Umfang für die neuen Bundesländer in Kraft gesetzt worden⁸. Bei den Verhandlungen über den Einigungsvertrag bestand Einigkeit, dass die Bundesregierung dem künftigen Gesetzgeber eine Novellierung des Nichteelichenrechts vorschlagen werde⁹.

I. Vaterschaft

Es bestehen drei Möglichkeiten, die rechtliche Vaterschaft zu begründen. Zunächst spricht eine Vaterschaftsvermutung für den Ehemann der Mutter. Falls kein Ehemann existiert, so kann die Vaterschaft anerkannt oder gerichtlich festgestellt werden.

1. Vaterschaft kraft Ehe mit der Mutter, § 1592 Nr. 1 BGB

Zunächst wird der Mann als Vater vermutet, der im Zeitpunkt der Geburt des Kindes mit dessen Mutter verheiratet ist (§ 1592 Nr.1 BGB)¹⁰. Dies war auch vor der Gesetzesänderung schon so und ist aus Praktikabilitätsgründen beibehalten

² BT-Drucks. 13/ 4899; 45.

³ Vgl. BT-Drucks. 13/4899, 29.

⁴ BT-Drucks. 13/ 4899, 39; ebenso Limbach, FuR 1995, 200, 202; dennoch war es ein weiteres erklärtes Ziel, in Teilbereichen noch bestehende Ungleichbehandlungen zwischen ehelichen und nichtehelichen Kindern abzuschaffen: BT-Drucks. 13/ 4899, 29; Gaul, FamRZ 1997, 1441, 1442, Ramm, JZ 1996, 987, 988; Schmidt-Jortzig, ZfJ 1996, 444; Schwab/ Wagenitz, FamRZ 1997, 1375, 1375.

⁵ 4. Teil C.II.2.b)aa)aaa)(1.)a).

⁶ BVerfGE 79, 256; BVerfGE 90, 263.

⁷ Abgedruckt in BT-Drucks. 12/ 42, 1; Schlüter, BGB FamR, Rn 265; Muscheler/ Beisenherz, JR 99, 356, 356.

⁸ Schlüter, BGB FamR, Rn 266; Coester, JZ 1992, 809.

⁹ BT-Drucks. 13/ 4899, 29 mit Verweis auf BT-Drucks. 11 /7817, 36.

¹⁰ So auch Schweiz Art. 252 II ZGB; Norwegen §§ 3, 4 KinderG 1981; Schweden 1. Kap., §§ 1, 3 ElternG 1949; Belgien Artt. 315, 319 Cc n.F.; USA Sec 4 Uniform Parentage Act; Ontario Ch. 41, Art. 8 Children's Law Reform; Niederlande Art. 1:199 BW idF des Entwurfes v. 4.7.1988; obwohl in all diesen Staaten die Unterscheidung zwischen ehelichen und nichtehelichen Kindern nicht existiert.

worden. Die Eheschließung der Mutter ist urkundlich leicht beweisbar und es ist der sicherste und schnellste Weg, dem Kind einen Vater zuzuordnen¹¹. Auch heute noch gilt also der Satz „Pater est quem nuptiae demonstrat“ (Dig. 2.4.5.).

Eine Vaterschaftsvermutung aufgrund bloßer Lebensgemeinschaft mit der Mutter ist weiterhin nicht vorgesehen. Somit macht es also noch einen Unterschied, ob die Eltern des Kindes bei dessen Geburt verheiratet waren oder nicht. Hierfür spricht jedoch die Praktikabilität. Es soll weiterhin an die klare, leicht erkennbare Voraussetzung der Ehe mit der Mutter angeknüpft werden. Dies entspricht deutscher Rechtstradition und hat nichts von seiner Berechtigung verloren¹². Bei der schlichten Lebensgemeinschaft fehlt es an diesem Publizitätsmerkmal¹³.

Falls die Ehe der Eltern vor der Geburt des Kindes durch Scheidung aufgelöst wird, ist der geschiedene Ehemann von seiner Verantwortung gegenüber dem Kind befreit, auch wenn es keinen zur Vaterschaftsanerkennung bereiten Nachfolger gibt. Dass der ehemalige Ehemann der Mutter tatsächlich der Vater des Kindes ist, ist durch das scheidungsrechtlich regelmäßig erforderliche Trennungsjahr die Ausnahme¹⁴.

Stirbt dagegen der Ehemann, so wird das Kind als das seinige vermutet, wenn es innerhalb von 300 Tagen nach seinem Tod geboren wird (§ 1593 BGB), soweit hier nicht bereits eine Vaterschaftsvermutung für den neuen Ehemann nach § 1592 Nr. 1 BGB spricht. Sinn dieser Sonderregelung ist der Gedanke, dass im Falle des Todes eines Ehepartners, anders als bei der Scheidung, keine Anhaltspunkte für ein Zerwürfnis der Eltern vorliegen, welche Anlass zu der Vermutung gäben, dass das Kind nicht von dem Ehepartner abstammt¹⁵.

Eine Besonderheit enthält § 1599 Abs. 2 BGB. Hiernach gilt das während des Scheidungsverfahrens geborene Kind nicht als Kind des Ehemannes, wenn ein Dritter die Vaterschaft anerkennt, und der Ehemann der Mutter sowie die Mutter bzw. das Kind, wenn der Mutter die elterliche Sorge nicht zusteht, zustimmen. Dadurch bleiben den Beteiligten unnötige Anfechtungsklagen erspart, das Kind ist dennoch zu keinem Zeitpunkt ohne rechtlichen Vater¹⁶. Die Regelung wird dem Gedanken gerecht, dass bei einem nach Anhängigkeit und vor Rechtskraft der Scheidung geborenen Kind der Ehemann der Mutter aufgrund der Mindesttrenndauer des § 1566 Abs. 1 BGB in den

¹¹ BT-Drucks. 13/ 4899, 52; Muscheler/ Beisenherz, JR 1999, 356, 357; Greßmann, Neues Kindschaftsrecht, 178, 183; Gaul, FamRZ 1997, 1441, 1446.

¹² BT-Drucks. 13/ 4899, 52.

¹³ BT-Drucks. 13/ 4899, 52; Gaul, FamRZ 1997, 1441, 1446; Schwenzer, Gutachten, A 27; Kirchmeier, FamRZ 1998, 1281, 1282; Muscheler/ Beisenherz, JR 99, 356, 357; Wohn, Reproduktionstechniken, 57; anders sehen dies z.B. Ontario (Ch. 41, Art. 8 Children's Law Reform Act), New South Wales (Sec. 10 III Children Equality of Status Act 1976) und Frankreich (Art. 334-8 Abs. 2 Cc), wo die nichteheliche Lebensgemeinschaft bzw. die gelebte Eltern-Kind-Beziehung ausreicht um die Vaterschaft automatisch zu begründen.

¹⁴ BT-Drucks. 13/ 4899, 52f; Muscheler/ Beisenherz, JR 1999, 356, 357.

¹⁵ Palandt/ Diederichsen, BGB § 1593, Rn 2; Muscheler/ Beisenherz, JR 1999, 356, 358.

¹⁶ BT-Drucks. 13/ 4899, 53 u. 83; Schwab/ Wagenitz, FamRZ 1997, 1377, 1378; Muscheler/ Beisenherz, JR 1999, 356, 358; zu einer genaueren Auseinandersetzung mit diesem Problem und vor allem auch der Kritik an § 1599 II s. Wohn, Reproduktionstechniken, 61ff.

wenigsten Fällen der Erzeuger sein wird¹⁷. Daher wurde die Möglichkeit einer einvernehmlichen Vaterschaftszuordnung geschaffen¹⁸.

2. Vaterschaftsanerkennung, § 1592 Nr. 2 BGB

Liegt keine Vaterschaftsvermutung kraft Ehe mit der Mutter vor, so kann die Vaterschaft gemäß § 1592 Nr.2 BGB ohne vorherige Anfechtung anerkannt werden. Unter Anerkennung versteht man die Anerkennungserklärung des Mannes¹⁹. Es handelt sich um ein einseitiges und zustimmungsbedürftiges Rechtsgeschäft, das keine statusbegründende, sondern nur statusfeststellende Wirkung hat²⁰. Diese Anerkennung kann unrichtig sein, also eine Abstammung behaupten, die nach Kenntnis des Erklärenden ausgeschlossen ist. Die Wirksamkeit der Anerkennung wird hierdurch zunächst nicht berührt. Bei der Anerkennung handelt es sich also um eine Willenserklärung und damit um ein Rechtsgeschäft²¹, nicht etwa um eine Wissenserklärung, wie manche Autoren annehmen²². Die weiteren Einzelheiten der Vaterschaftsanerkennung regeln die §§ 1594 bis 1598 BGB.

Die Vaterschaftsanerkennung ist von der Zustimmung verschiedener Personen abhängig. Neu ist das Zustimmungsrecht der Mutter aus eigenem Recht (§ 1595 Abs. 1 BGB). Sie weiß am ehesten, wer der genetische Vater ihres Kindes ist²³. Auch wird sie, zumindest solange das Kind sich noch im Kleinkindalter befindet, mehr von der Vaterschaftsfeststellung betroffen sein als das Kind selbst²⁴. In der Regel ist sie Inhaberin der vollen elterlichen Sorge (§ 1626a BGB). Es ist also sachgerecht, ihr bereits bei der Entstehung der Vaterschaft ein Mitwirkungsrecht einzuräumen und sie nicht auf die Möglichkeit der späteren Anfechtung zu verweisen²⁵. Falls die Mutter jedoch ein Anerkenntnis blockiert, ohne die Vaterschaftsfeststellung gegen einen anderen Mann zu betreiben, wird sie in der Regel ihre Pflicht zur elterlichen Sorge verletzen und sich nach §§ 1833 Abs. 1, 1664 BGB schadenersatzpflichtig machen²⁶.

Die Zustimmung des Kindes ist nur erforderlich, falls die Mutter nicht seine gesetzliche Vertreterin ist (§ 1595 Abs. 2 BGB).

¹⁷ Muscheler/ Beisenherz, JR 1999, 356, 358.

¹⁸ An dieser Regelung wurde bereits Kritik geübt z.B. von Gaul, FamRZ 1997, 1441, 1448; ders.: FamRZ 2000, 1461, 1463ff; Niepmann, MDR 1998, 565, 568; Diederichsen, NJW 1998, 1977, 1979; Veit, FamRZ 1999, 902, 904f; v.Münch/ Künig/ Coester-Waltjen, GG, Art.6, Rn 75; Coester-Waltjen, Jura 1998, 436, 438.

¹⁹ im Gegensatz zur früheren Gesetzesfassung, wo unter Anerkennung zum einen die tatsächliche Anerkennung samt Zustimmung des Kindes zum anderen die Anerkennungserklärung des Mannes verstanden wurde; s. BT-Drucks. 13/ 4899, 52, 84; Muscheler/ Beisenherz, JR 1999, 356, 359.

²⁰ BGHZ 64, 129 (133); Erman/ Holzhauser, BGB, § 1600 b Rn 1; Palandt/ Diederichsen, BGB, § 1594 Rn 4.

²¹ BGHZ 64, 129; die wissentlich falsche Vaterschaftsanerkennung stellt auch strafrechtlich keine Personenstands Fäl schung dar: Frank, FamRZ 1988, 113, 115; Muscheler/ Beisenherz, JR 1999, 356, 359.

²² Beitzke, FamR 25. Aufl., 216; Palandt/ Diederichsen, BGB, § 1594, Rn 4 spricht sich für die Doppelnatur der Anerkennung als Wissens- und Willenserklärung aus.

²³ Lüderitz, FamR, Rn 640.

²⁴ BT-Drucks. 13/ 4899, 54, Muscheler/ Beisenherz, JR 99, 356, 359; Kritik übt Gaul, FamRZ 1997, 1441, 1450.

²⁵ BT-Drucks. 13/ 4899, 54.

²⁶ Lüderitz, FamR, Rn 641.

Weitere Neuerung in diesem Bereich ist § 1597 Abs. 1 BGB, der nunmehr generell die öffentliche Beurkundung der Anerkennung und Zustimmung vorschreibt und somit die bisherigen Regelungen des § 1600e Abs. 1 und Abs. 2 BGB a.F. vereinheitlicht.

Ebenfalls neu ist, dass die Erklärung der Zustimmung an keine Frist mehr gebunden ist. Der Mann kann lediglich gemäß § 1597 Abs. 3 S. 1 BGB die Anerkennung widerrufen, wenn sie ein Jahr nach der Beurkundung noch nicht wirksam geworden ist. Dies stellt eine Erleichterung der Vaterschaftsanerkennung dar und ist sowohl für das Kind als auch für den Anerkennenden vorteilhaft. Aus Sicht des Kindes besteht ein Bedürfnis zur schnellen, einfachen und möglichst bestandsfesten Zuordnung²⁷. Bisher war es jedoch so, dass die Versäumnis der Sechsmonatsfrist des § 1600e Abs. 3 S. 1 BGB a.F. zum rechtlichen Verfall des Anerkenntnisses führte (§ 1600f Abs. 1 BGB a.F.). Die gesamte Anerkennungsprozedur musste also wiederholt werden²⁸. Der Verzicht auf die Fristsetzung dient insofern der Vereinfachung. Dem Interesse des Anerkennenden wird das Widerrufsrecht dadurch gerecht, dass es verhindert, dass seine einmal abgegebene Anerkennung im Schwebezustand verharret. Der Mann kann sich nun also selbständig entscheiden, ob er die Anerkennung widerruft oder nicht, es wird ihm keine Entscheidung aufgezwungen.

3. Gerichtliche Vaterschaftsfeststellung (§§ 1592 Nr.3, 1600 d, e BGB)

Bei der Vaterschaftsfeststellung wird auf Antrag der Mutter, des Kindes oder des Mannes von einem Gericht die Vaterschaft festgestellt.

Neu hierbei ist die eigene Klagebefugnis der Mutter. Nach früherer Gesetzeslage war sie lediglich als Vertreterin des Kindes zur Klageerhebung befugt. Diese Änderung war notwendig, da die Mutter nun auch ein eigenes Zustimmungsrecht zur Vaterschaftsanerkennung und ein eigenes Recht auf Vaterschaftsanfechtung hat. Da ihre Rechte ausgedehnt werden sollten²⁹, musste ihr auch die Möglichkeit gegeben werden, die Vaterschaftsfeststellung zu betreiben. Durch diese neue Befugnis, die Vaterschaftsfeststellung zu betreiben, wird die Begründung der Vater-Kind-Beziehung weitgehend in die Hand der Mutter gelegt³⁰. Die Zustimmung zur Vaterschaftsanerkennung ist im Gegensatz hierzu weniger problematisch, da im Falle der Zustimmung der Mutter gute Chancen bestehen, dass zwischen den Beteiligten tragfähige Beziehungen entstehen. Wehrt sich die Mutter hingegen gegen eine Anerkennung, so kann die Vaterschaft immer noch gerichtlich festgestellt werden.

²⁷ S.o. zu den Prinzipien des Abstammungsrechts 3.Teil B.

²⁸ MüKo/ Mutschler, § 1600e Rn 15.

²⁹ Schwenger, Gutachten, A 28f; Gaul, FamRZ 1997, 1441, 1452; Mutschler, FamRZ 1996, 1381, 1382; Schlüter, FamR, 178; Edenfeld, FuR 1996, 190; kritisch hierzu: Muscheler/ Beisenherz, JR 99, 356, 361; MüKo/ Seidel, Ergbd. zur 3. Aufl., § 1600 e, Rn 2.

³⁰ Dies kann besonders problematisch werden bei nicht verheirateten Elternteilen, wo die Mutter es alleine in der Hand hat, ob und wann ein Vaterschaftsfeststellungsverfahren betrieben wird, s. Wohn, Reproduktionstechniken, 70 mwN.

4. Vaterschaftsanfechtung

Die Vaterschaft kann von verschiedenen Personen unter Einhaltung unterschiedlicher Fristen angefochten werden. Es muss bewiesen werden, dass der vermutete Vater nicht der genetische ist. Dieser Beweis der Nichtabstammung ist in der Regel durch medizinische Gutachten zu führen³¹.

a) Anfechtungsrecht, § 1600 BGB

aa) Anfechtungsberechtigte Personen

Ein Anfechtungsrecht steht der Mutter, dem Kind sowie dem Mann, dessen Vaterschaft nach § 1592 Nr.1, 2, § 1593 BGB besteht, zu (§ 1600 BGB).

Die Mutter hat stets, nicht nur bei einem nichtehelichen Kind, ein eigenständiges Klagerecht³². Nach dem Gesetzesentwurf der Bundesregierung sollte das Anfechtungsrecht an das Kindeswohl und nach der Volljährigkeit des Kindes an dessen Zustimmung gebunden werden³³. Hierdurch sollte Missbräuchen vorgebeugt werden. Da durch die Anfechtung rechtliche Bande zerstört werden, könne dem Vertreter des Anfechtungsberechtigten ein Anfechtungsrecht nur zugestanden werden, wenn er auf dessen Wohl achte³⁴. Der Bundesrat widersprach dieser Beschränkung jedoch im Hinblick auf das uneingeschränkte Anfechtungsrecht des Scheinvaters³⁵. Der Gesetzgeber hat sich dieser Begründung angeschlossen und keine Beschränkung der Anfechtung durch die Mutter eingeführt³⁶.

Das Kind kann stets und nicht nur bei Vorliegen besonderer Anfechtungsgründe die Vaterschaft anfechten, da es durch das Verfassungsrecht von übermäßiger Rücksicht auf Ehe- und Familienfrieden befreit ist³⁷.

Auch der Ehemann der Mutter hat ein eigenes Anfechtungsrecht (§ 1600 1.Alt. BGB). Für diesen wurde eine Einschränkung des Anfechtungsrechts unter Berücksichtigung des Kindeswohls nicht in Betracht gezogen. Seine Anfechtung

³¹ Beitzke/ Lüderitz, FamR, 26. Auflage 1992, § 22 I 4, S. 227 ff; Soergel/ Gaul, BGB, Anhang zu § 1591 Rn 50ff.

³² Bereits früher war die Einbeziehung der Mutter in den Kreis der Anfechtungsberechtigten aus dem Verfassungsrecht gefordert worden; dass nur dem Ehemann ein Anfechtungsrecht eingeräumt wurde, sei ein Verstoß gegen den Gleichberechtigungsgrundsatz; s. Hübner, Die Gleichberechtigung von Mann und Frau, 43, 90; Otto, FamRZ 1954, 127; Bamberger, Unsere Jugend 1949, Heft 6, 22, 24; Krüger, DRiZ 1953, 82, 84; dies. NJW 1954, 1509; Scheffler in: Bettermann/ Nipperdey/ Scheuner, Die Grundrechte Bd. IV, 1, 286; LG Essen, FamRZ 1955, 263; neuere Vertreter dieser Ansicht waren: Finger, NJW 1984, 846ff; MüKo/ Mutschler, § 1593 Rn 13; Ramm, NJW 1989, 1594 (1595); ders. Jugendrecht § 26 IV 3a; Kollhosser, JA 1985, 555f; Gernhuber, FamR § 45 II 2; Münder, Anm. zu BVerfG RdJB 1989, 456, 461f; Beitzke, Müller-Freienfels-FS, 31, 50.

³³ BT-Drucks. 13/ 4899, 54.

³⁴ BT-Drucks. 13/ 4899, 87.

³⁵ BT-Drucks. 13/ 4899, 148.

³⁶ Kritisch hierzu Gaul, FamRZ 2000, 1461, 1470; ders.: FamRZ 1997, 1442, 1457f; Muscheler/ Beisenherz, JR 1999, 407, 408 mwN; für eine Kindeswohlprüfung bereits vor der Gesetzesänderung: Edenfeld, FuR 1996, 190, 194.

³⁷ BVerfGE 79, 256; kritisch hierzu: Quantius, FamRZ 1998, 1145, 1149, Gaul, FamRZ 2000, 1461, 1469.

berührt im Gegensatz zur Anfechtung durch die Mutter auch seine eigene Rechtsposition. Ihm ist es nicht zuzumuten, im Interesse des Wohles eines Dritten, des Kindes, auf Dauer die rechtlichen Bürden der Vaterschaft zu tragen, nur weil dafür zunächst der Anschein besteht³⁸.

bb) Nicht-anfechtungsberechtigte Personen

aaa) Von der Anfechtung ausgenommen werden seit der Gesetzesänderung die Eltern des Ehemannes. Früher wurden diese als Sachwalter der Persönlichkeitsinteressen des Mannes angesehen, und ihnen wurde somit ein Anfechtungsrecht nach dessen Tod zugebilligt. Als Argument für die Neufassung wird angeführt, dass ihr Interesse an der Beseitigung der Vater-Kind-Beziehung deutlich geringer sei als das des gesetzlichen Vaters und es deshalb hinter dem Kindesinteresse am Fortbestand des Status zurücktreten müsse³⁹. Die Klärung von Abstammungsfragen müsse vor allem wegen der massiv betroffenen Interessen des Kindes auf den Kernbereich der Familie beschränkt bleiben⁴⁰. Auch könnten die Eltern des Mannes sich von egoistischen Motive treiben lassen, nämlich dann, wenn das Kind seinen Erbanspruch zu Lasten des elterlichen Erbanspruches geltend macht. Letztlich war das Anfechtungsrecht der Eltern des Mannes auch systemfremd, da das BGB eine Erbfolge in familienrechtliche Gestaltungsmöglichkeiten sonst nicht kannte⁴¹.

bbb) Auch dem Erzeuger des Kindes steht kein Anfechtungsrecht zu. Der Kreis der Anfechtungsberechtigten soll auf den Kernbereich der Familie beschränkt werden. Dies diene dem Wohl des Kindes und der Aufrechterhaltung der einmal geschaffenen personenstandsrechtlichen Zuordnung⁴². Zwar könne es zum Nachteil des Erzeugers reichen, wenn er sein Verwandtschaftsverhältnis zu dem Kind nicht herstellen könne, da ihm so zum einen Unterhalts- und Erbrechte entgehen und es zum anderen auch psychologisch wichtig sein könne, zu wissen, ob er der Vater ist oder nicht. Jedoch solle bei kindschaftsrechtlichen Entscheidungen im Zweifel das Wohl des Kindes im Vordergrund stehen. Fechten also die übrigen Beteiligten die Vaterschaft nicht an, spreche das dafür, dass eine Anfechtung dem Wohl der sozialen Familie widersprechen würde⁴³.

Übersehen wird bei dieser Argumentation jedoch das Recht des genetischen Vaters auf Einräumung einer Elternstellung⁴⁴. Wenn ihm nie und unter keinen

³⁸ Edenfeld, FuR 1996, 190, 194.

³⁹ BR-Drucks. 180/ 96, 67.

⁴⁰ Der Familienfrieden soll zum Wohle des Kindes gewahrt bleiben: BT-Drucks. 13/ 4899, 1, 29; ebenso: BGH, FamRZ 1999, 716f; Wohn, Reproduktionstechniken, 94; Gaul, FamRZ 1997, 1441, 1461.

⁴¹ BT-Drucks. 13/ 4899, 57; Muscheler/ Beisenherz, JR 99, 407, 410.

⁴² BGH, FamRZ 1981, 538; BGH, FamRZ 1999, 716f; Gaul, FamRZ 1997, 1441, 1461; kritisch hierzu: Schumann, FamRZ 2000, 389, 391, Staudinger/ Rauscher, BGB, Einl. Zu §§ 1589ff Rn 120.

⁴³ BT-Drucks. 13/ 4899, 58; nach BGH, NJW 1999, 1632, 1633 hält sich diese Entscheidung des Gesetzgebers zumindest innerhalb des Gestaltungsraums, den der Gesetzgeber bei der Abwägung gegenläufiger, verfassungsrechtlich geschützter Interessen und Rechte nach seinem Ermessen ausfüllen darf; so auch aus der Literatur: Mutschler, FamRZ 1994, 65, 69; Wolf, FuR 1998, 392, 395.

⁴⁴ S. hierzu oben 4. Teil B.I. 3.b); Ebeling/ Zimmermann, DEuFamR 1999, 25, 34.

Umständen ein Anfechtungsrecht eingeräumt wird, hat der Gesetzgeber seinen bereits oben festgestellten Einschätzungsspielraum bei der Festlegung der bürgerlich-rechtlichen Elternstellung überschritten⁴⁵.

Dem widerspricht *Jestaedt* mit dem Argument, der Erzeuger habe immer noch die Möglichkeit der vorgeburtlichen Anerkennung oder gerichtlichen Vaterschaftsfeststellung. Deshalb sei es gerechtfertigt, ihn vollständig aus dem Kreis der Anfechtungsberechtigten auszuklammern⁴⁶. Dem kann nicht gefolgt werden. Für eine Anerkennung ist die Zustimmung der Mutter erforderlich. Falls diese also wünscht, dass das Kind mit ihr und ihrem Ehemann in einer Familiengemeinschaft aufwächst, kann sie die Anerkennung blockieren. Auch eine pränatale gerichtliche Vaterschaftsfeststellung hilft nicht stets weiter. Bei der gerichtlichen Feststellung wird der Mann als Vater vermutet, der der Mutter in der Empfängniszeit beigewohnt hat. Diese Voraussetzung wird für den Erzeuger in der vorliegenden Konstellation schwer beweisbar sein, da er nachweisen müsste, dass die Mutter in der Empfängniszeit nicht auch mit ihrem Ehemann Geschlechtsverkehr hatte. Eine genetische Untersuchung vor der Geburt kann wiederum an der mangelnden Kooperationsbereitschaft der Mutter scheitern. Da es sich gleichzeitig um einen Eingriff in ihren Körper handelt, kann sie dazu nicht gezwungen werden, sondern müsste wiederum ihre Zustimmung erteilen. Der Erzeuger ist also über die pränatale Vaterschaftsanerkennung bzw. gerichtliche Feststellung nicht ausreichend geschützt.

Zwar könnte man wiederum sagen, dass eine typisierte Kindeswohlprüfung zu dem Ergebnis geführt hat, dass es für das Kind stets besser ist, dem Ehemann der Mutter solange abstammungsrechtlich zugeordnet zu werden, bis eines der Familienmitglieder die Vaterschaft anfecht. In dieser Absolutheit kann dem jedoch nicht zugestimmt werden. So sind Fälle denkbar, in denen Scheinvater und Mutter nicht mehr in Familiengemeinschaft mit dem Kind leben oder sogar mit einer Anfechtung der Vaterschaft durch den genetischen Vater einverstanden sind⁴⁷. Des Weiteren sind Fälle denkbar, in denen das Kind in Dauerpflege gegeben wurde oder beide Eltern verstorben sind⁴⁸. Wenn also keine schützenswerte, intakte Familiengemeinschaft mit dem Scheinvater mehr besteht, kann der Grund für den Ausschluss des genetischen Vaters von der Anfechtung nicht mehr zum Tragen kommen. Der vollständige, ausnahmslose Ausschluss des genetischen Vaters aus der Gruppe der Anfechtungsberechtigten, wenn dem Kind der Ehemann der Mutter als Vater zugeordnet wird, ist also verfassungsrechtlich bedenklich⁴⁹. Dem kann auch nicht entgegengehalten werden, dass dem Kind ein uneingeschränktes Anfechtungsrecht zusteht und dieses entscheiden sollte, wann es seinem Wohl

⁴⁵ S.o. 4.Teil B.I.3.b).

⁴⁶ BK/ Jestaedt, GG, Art. 6 Rn 293.

⁴⁷ Beispielfälle bei Schwenzer, Gutachten, A 37; v. Münch, Hdb.d.VerfR, 293, 313; Beitzke, Müller-Freienfels-FS, 31, 51ff.

⁴⁸ Schwenzer, FamRZ 1985, 1, 8; dies.: Gutachten, A 36; Henrich, FamR, 197; Helms, FamRZ 1997, 913, 917; Beitzke, Müller-Freienfels-FS, 31, 51ff

⁴⁹ Coester, DEuFamR 1999, 3, 6; v.Münch, Hdb.d.VerfR, 293, 313; v.Münch/ Kunig/ Coster-Waltjen, GG, Art. 6 Rn 75.

entspricht, die Vaterschaft des Scheinvaters anzufechten⁵⁰. Dem Erzeuger steht nämlich eine eigene verfassungsrechtlich garantierte Position aus Art. 6 Abs. 2 GG zu⁵¹. Diese muss er als Sachwalter der Interessen des Kindes selbst durchsetzen können. Ein Anfechtungsrecht sollte dem Erzeugers daher zumindest dann zugestanden werden, wenn weder eine Familiengemeinschaft geschützt werden muss, noch andere, das Recht des Erzeugers verdrängenden Gegenpositionen ersichtlich sind und das Wohl des Kindes dem nicht entgegensteht⁵².

b) Anfechtungsfrist, § 1600b BGB

Die Anfechtungsfrist beträgt einheitlich zwei Jahre ab Erlangung der Kenntnis der Umstände, die gegen die Vaterschaft sprechen (§ 1600 b Abs. 1 BGB). Sie ist damit eine Überlegungsfrist. Eine Ausnahme gilt nur für das Kind, dessen gesetzlicher Vertreter nicht rechtzeitig angefochten hat. Hier beginnt der Fristlauf mit Volljährigkeit neu. Die Zweijahresfrist nach Erlangung der Volljährigkeit wurde abgeschafft. Die Frist läuft nun verfassungsgemäß⁵³ erst ab Kenntnis der Umstände, die zur Anfechtung berechtigen.

Diese neue kenntnisabhängige Frist ist aber nicht frei von Problemen. Es besteht keine Sicherheit, ab wann keine Vaterschaftsanfechtungen mehr zu erwarten sind. Diese Ungewissheit über den eigenen Status kann für das Kind unter Umständen belastend sein⁵⁴.

II. Mutterschaft

Für die Feststellung der Mutterschaft wurde nun erstmalig eine eindeutige Norm eingefügt. Dem Kind wird stets die gebärende Frau als Mutter zugeordnet (§ 1591 BGB).

Hierbei handelt es sich nicht um eine widerlegbare Vermutung, sondern um eine unanfechtbare rechtliche Zuordnung⁵⁵. Es kann also nie zu Unsicherheiten bezüglich der Mutter des Kindes kommen. Diese steht stets sofort und endgültig mit der Geburt fest. Die Institute der gerichtlichen Mutterschaftsfeststellung oder der Mutterschaftsanerkennung existieren nicht⁵⁶. Bereits vor der ausdrücklichen Klärung durch den Gesetzgeber wurde der Streit zwischen genetischer Mutter und gebärender Frau von der herrschenden Meinung zugunsten der letzteren gelöst⁵⁷. Der Gesetzgeber

⁵⁰ So Gaul, FamRZ 1997, 1442, 1460.

⁵¹ S.o. 4. Teil B.I.3.b).

⁵² So auch: Schwenzer, Gutachten, A 37; dies.: FamRZ 1992, 121, 124; Beitzke, Müller-Freienfels-FS, 31, 51ff; v.Münch/ Künig/ Coster-Waltjen, GG, Art. 6 Rn 75; Ebeling/ Zimmermann, DEuFamR 1999, 25, 34; Coester, JZ 1992, 809, 811; ders.: DEuFamR 1999, 3, 6 spricht sich für eine isolierte Feststellungsmöglichkeit der genetischen Abstammung auch in diesem Fall aus; weitergehend: Helms, FamRZ 1997, 913, 917.

⁵³ BVerfGE 90, 263.

⁵⁴ Helms, FuR 1996, 178, 185.

⁵⁵ BT-Drucks. 13/ 4899, 82; Schlüter, FamR, Rn 268; Muscheler/ Beisenherz, JR 99, 407, 411.

⁵⁶ Anders in Frankreich, wo die Gebärende erst durch die Anerkennung des Kindes zur Mutter wird; dahinter stehen die Erwägungen, dass die Gebärende das Kind unter Wahrung ihrer Anonymität in die Hand der Fürsorge geben kann und so die Gefahr der Tötung unerwünschter Kinder vermieden werde; s. hierzu: Spellenberg, FamRZ 1984, 117, 119f; Deichfuß, Abstammungsrecht und Biologie, 189.

⁵⁷ S. ausführlich hierzu unten 6.Teil C.I.1.a).

ist dem gefolgt. Der dahinterstehende Sinn ist zunächst die Rechtssicherheit. Es wird auf den äußerlich erkennbaren Umstand der Geburt abgestellt⁵⁸. Die Zuordnung zur genetischen Mutter wäre unpraktikabel, da das Kind sonst unter Umständen zunächst mutterlos wäre⁵⁹. Für die Mutterschaft der gebärenden Frau spricht auch die psychische Beziehung, die sie während der Schwangerschaft und während und nach der Geburt zu dem Kind aufbaut⁶⁰. Auch muss die gebärende Frau aufgrund der mit der Schwangerschaft eingetretenen Belastung die mit der Mutterschaft verbundenen Rechte (Mutterschutz) wie die in § 1747 BGB verbürgte Entscheidungsfreiheit besitzen⁶¹.

Unberücksichtigt lässt der Gesetzgeber hier das Recht der genetischen Mutter auf Einräumung einer Elternstellung. Die Mutterschaft des § 1591 BGB ist nicht anfechtbar, eine Mutterschaftsfeststellung existiert ebenfalls nicht. Dass neben den Interessen des Kindes auf Kenntnis seiner genetischen Abstammung auch Interessen der genetischen Mutter betroffen sein können, übersieht der Gesetzgeber völlig⁶². Auf diesen Punkt wird ausführlicher an späterer Stelle zurückzukommen sein⁶³.

B. Abstammungsrecht in den USA

Das Familienrecht in den USA ist eine einzelstaatliche Angelegenheit. länderübergreifender Ebene existieren lediglich die *Uniform Acts* als Vorschläge zur Rechtsvereinheitlichung⁶⁴. Der wichtigste *Uniform Act* auf dem Gebiet des Abstammungsrechts ist der *Uniform Parentage Act* (UPA). Ein weiterer *Uniform Act*, der sich mit diesem Thema beschäftigt, ist der *Paternity Act*, der 1960 geschaffen wurde. Dieser hatte ebenfalls zum Ziel, die rechtliche Unterscheidung zwischen ehelichen und nichtehelichen Kindern aufzuheben. Der *Paternity Act* wurde jedoch lediglich von 6 Staaten angenommen⁶⁵ und hat daher niemals größere Bedeutung erlangt. Die höhere Akzeptanz des UPA (1973) liegt vermutlich daran, dass 1960 noch keine höchstrichterlichen Entscheidungen zu diesem Thema vorlagen und die Brisanz der Frage daher nicht zu Tage getreten war. Hier soll lediglich die rechtliche Situation in den Staaten dargestellt werden, die den UPA (1973) angenommen haben, da dieser die wichtigsten Regelungen auch im Hinblick auf die künstliche Fortpflanzung getroffen hat. Sonstige staatliche Sonderregelungen werden in Einzelfällen gesondert vorgestellt. Auf den UPA (2000) wird jeweils an passender Stelle hingewiesen, um zu zeigen, wie die Rechtslage in Zukunft aussehen könnte, wenn sich die Einzelstaaten entschließen, diesen anzunehmen.

⁵⁸ BT-Drucks. 13/ 4899, 51; Zimmermann, DNotZ 1998, 404, 411; Edenfeld, FuR 1996, 190, 191.

⁵⁹ Gaul, FamRZ 1997, 1441, 1463; Coester-Waltjen, Gutachten, B 112; Edenfeld, FuR 1996, 190, 191; Quantius, FamRZ 1998, 1145, 1150.

⁶⁰ Edenfeld, FuR 1996, 190, 191.

⁶¹ Lüderitz, FamR, Rn 628; Gaul, FamRZ 1997, 1441, 1464; ders.: FamRZ 2000, 1461, 1473; ebenso in Österreich: Bernat, Lebensbeginn durch Menschenhand, 125, 164.

⁶² BR-Drucks. 180/ 96, 93; BT-Drucks. 13/ 4899, 83.

⁶³ S.u. 6.Teil C.I.1.b)aa).

⁶⁴ S.o. 2. Teil B.

⁶⁵ Dies sind: Kalifornien, Kentucky, Maine, Mississippi, New Hampshire, Rhode Island, Utah.

In seinem ersten Teil erweitert der UPA (1973) die Eltern – Kind-Beziehung auf alle Eltern und alle Kinder, gleichgültig ob die Eltern verheiratet sind oder nicht. Früher war das nichteheliche Kind weder mit der Mutter noch mit dem Vater verwandt (sog. *filius nullius* Status). Der UPA (1973) änderte dies grundlegend. Anstatt niemandes Kind ist nun jedes Kind das Kind zweier Eltern. Die abstammungsrechtlichen Fragen werden in den Sec. 3- 7, 21 UPA (1973) geklärt. Der UPA (2000) behandelt diese Fragen in seinen Artikeln 2 und 3.

I. Vaterschaft

Der UPA (1973) arbeitet mit einem System von Vaterschaftsvermutungen, die auf die eine oder andere Weise widerlegt werden können. Daran ändert auch der UPA (2000) nichts, jedoch sind manche der früheren Vermutungen abgeschafft worden.

1. Vaterschaftsvermutungen

a) UPA (1973): Sec. 4 (a)

Die erste und sich stets aufdrängende Vaterschaftsvermutung spricht für den Ehemann der Kindsmutter. Nach Sec. 4 (a) (1) UPA (1973) ist ein Mann dann der Vater des Kindes, wenn er im Zeitpunkt der Geburt des Kindes mit dessen Mutter verheiratet ist oder die Geburt innerhalb von 300 Tagen nach Auflösung der Ehe stattfindet. Er wird auch dann als Vater vermutet, wenn er versucht hat, die Mutter vor der Geburt des Kindes zu heiraten, diese Ehe jedoch ungültig ist. Auch wenn heute das Stigma der Nichtehelichkeit weitgehend nicht mehr existiert, so soll doch so weit als möglich stets versucht werden, dem Kind den Status eines ehelichen zu geben, weswegen auch die erste und stärkste Vaterschaftsvermutung des UPA (1973) auf den Ehemann der Mutter abzielt⁶⁶.

Nach Sec. 4 (a) (4) UPA (1973) wird auch der Mann als Vater vermutet, der das minderjährige Kind in seinem Haus aufnimmt und es nach außen als sein Kind ausgibt⁶⁷. Hier soll auf die tatsächliche Beziehung des Mannes zu dem Kind abgestellt werden. Allerdings reicht das Verhalten des Mannes nicht in jedem Fall für die Vermutung der Vaterschaft. Wenn der Mann das Kind in seinem Haus aufnimmt und es als sein eigenes ausgibt, die Mutter jedoch noch mit einem anderen Mann verheiratet ist und auch den Wunsch äußert, mit diesem das Kind großzuziehen, wird der Mann, der die Beziehung zu dem Kind aufgebaut hat, nicht als der Vater

⁶⁶ M.R.D. by P.D. v. F.M. (Colo. 1991) 805 P.2d 1200; State ex rel. Umelu v. Edwards (Mo. 1997) 963 S.W.2d 670; P.L.K. v. D.R.K. (Mo. 1993) 852 S.W.2d 366; Ex parte C.A.P. (Ala. 1996) 683 So.2d 1010.

⁶⁷ Entscheidungen hierzu: Adoption of Michael H. (Cal. 1995) 43 Cal Rptr.2d 445; Adoption of Kelsey S. (Cal. 1992) 4 Cal. Rptr. 2d 615; In re Phoenix B. (Cal. 1990) 267 Cal.Rptr.269; Jemstad v. McNelis (Cal. 1989) 258 Cal.Rptr 519; Spaeth v. Warren (Minn. 1991) 478 N.W.2d 319; Larson v. Schmidt (Minn. 1987) 400 N.W.2d 131; Foster v. Whitley (Ala. 1990) 564 So.2d 990.

anerkannt⁶⁸. Das zeigt, dass der UPA (1973) zwar versucht, die Vaterschaft nur von der Vater-Kind-Beziehung abhängig zu machen, dass es jedoch immer noch in erster Linie auf die Beziehung des Mannes zu der Mutter des Kindes ankommt. Auch bereits vor Einführung und Umsetzung des UPA (1973) waren die Gerichte bereit, einem Mann die väterlichen Rechte zuzugestehen, der mit der Mutter und dem Kind in einer Familieneinheit lebte, ohne dass er und die Mutter verheiratet waren⁶⁹. Die Regelung des Sec. 4 (a) (4) UPA (1973) war also bereits durch Fallrecht verwirklicht.

Nach Sec. 4 (a) (5) UPA (1973) wird ein Mann dann als der Vater des Kindes vermutet, wenn er seine Vaterschaft schriftlich anerkannt hat und die Mutter dem nicht widersprochen hat. Falls ein anderer Mann als Vater vermutet wird, muss dieser entweder der Anerkennung schriftlich zustimmen oder seine Vaterschaft muss vorher widerlegt werden⁷⁰.

Falls das Kind nach diesen Vermutungsregeln mehrere Väter hat, so soll nach Sec. 4 (b) UPA (1973) die Vermutung überwiegen, die nach der Sachlage auf den gewichtigeren Überlegungen begründet ist. Hier ist es grundsätzlich so, dass stets die Vermutung für den Ehemann überwiegen soll, wenn er mit der Mutter des Kindes zusammenlebt und sie das Kind gemeinsam großziehen wollen⁷¹.

Nicht alle Staaten haben den UPA (1973) vollständig übernommen. Teilweise wurden Normen ausgelassen, teilweise neue Formulierungen eingefügt. Einige Staaten fordern zusätzlich zur Ehe mit der Kindsmutter im Zeitpunkt der Geburt, dass der Ehemann mit seiner Frau während der Empfängniszeit zusammen gewohnt hat und nicht impotent oder steril ist⁷². Einige Staaten haben eine zusätzliche Vaterschaftsvermutung für den Mann eingefügt, für dessen Vaterschaft bei einem Bluttest eine gewisse, hohe Wahrscheinlichkeit spricht⁷³.

Minnesota geht von einer Vermutung für den Ehemann der Mutter lediglich bis zu 280 Tage nach Auflösung der Ehe aus. Diese Vermutung soll dann nicht gelten, wenn ein anderer Mann seine Vaterschaftsfeststellung beantragt hat und der Ehemann

⁶⁸ Michael H. v. Gerald D. 491 U.S. 110, 129 (1989); Ronald FF. v. Cindy GG. (N.Y. 1987) 502 N.Y.S.2d, 823 revised 511 N.E.2d, 75; a.A. Comino v. Kelley (Cal. 1994) 30 Cal.Rptr.2d, 728 (732), wo jedoch der Ehemann der Mutter kein Interesse an der Vaterschaft hatte.

⁶⁹ Die erste Entscheidung hierzu war Stanley v. Illinois 405 U.S. 645 (1972); nach Verabschiedung des UPA folgten Quilloin v. Walcott 434 U.S. 246 (1978); Caban v. Mohammed 441 U.S. 380 (1979); In re Phoenix B. (1990) 267 Cal.Rptr.269.

⁷⁰ Kalifornien & Wyoming lassen diese Möglichkeit aus; Hawaii führt hier nur aus, dass kein anderer Mann als Vater vermutet werden darf; in Minnesota muss die Erklärung von Vater und Mutter gemeinsam abgegeben werden.

⁷¹ Ex parte Presse (Ala. 1989) 554 So.2d 406; Finkenbinder v. Burton (Ala. 1985) 477 So. 2d, 459; Michael H. v. Gerald D. (1989) 491 U.S. 110; H. v. P. (N.Y. 1982) 457 N.Y.S.2d 488; Lory v. Lory (N.Y. 1983) 462 N.Y.S.2d 744; Nelson v. Nelson (Ohio 1983) 460 N.E.2d 653; Banta v. Banta (Okla. 1989) 782 P.2d 946; In re Marriage of A. (Or. 1979) 598 P.2d 1258; John M. v. Paula T. (Pa. 1990) 571 A.2d 1380; falls die Ehepartner jedoch geschieden werden, kann der genetische Vater auch nach 10 Jahren, in denen er sich nicht um Kind gekümmert hat, als rechtlicher Vater festgestellt werden: Minnesota v. Thomas 584 N.W.2d 421 (Minn. 1998).

⁷² z.B. Kalifornien Dawn D. v. Superior Court (Jerry K.) (Cal. 1998) 72 Cal.Rptr.2d 871.

⁷³ Colorado: mindestens 97 %; Minnesota: mindestens 99 %; Montana: mindestens 95 %; New Mexico: mindestens 99 %; North Dakota: mindestens 95 %.

dieser zugestimmt hat. Auch wurde in Minnesota durch eine Entscheidung festgestellt, dass die Vaterschaftsvermutungen des UPA (1973) nicht abschließend sein sollen, sondern lediglich einen Orientierungsmaßstab für das Gericht vorsehen⁷⁴.

In New Mexico spricht eine Vermutung für den Mann, der das Kind öffentlich als das seine ausgibt und eine persönliche, finanzielle oder sorgerechtliche Beziehung zu ihm aufgebaut hat, auch wenn er es nicht in sein Haus aufgenommen hat. Außerdem wurde eine weitere Norm eingefügt: wenn mehrere Männer als Vater vermutet werden, kann einer dieser Männer seine Vaterschaft lediglich feststellen lassen, wenn die anderen dem zustimmen⁷⁵.

b) UPA (2000): Art. 2 Sec. 201 (b), Sec. 204

Der UPA (2000) legt zunächst in Art. 2 Sec. 201 (b) fest, wann ein Mann Vater des Kindes ist. Dies kann er zum einen werden durch eine der Vaterschaftsvermutungen der Sec. 204, ebenso durch Vaterschaftsanerkennung, gerichtliche Vaterschaftsfeststellung, Adoption, Zustimmung zur künstlichen Befruchtung seiner Ehefrau sowie nach einer gerichtlichen Entscheidung im Falle der Leih- und Ersatzmutterschaft. Diese Section bietet damit einen Überblick über die im Folgenden genauer beschriebenen Möglichkeiten, die Vaterstellung für ein Kind zu erhalten.

Die Vaterschaftsvermutungen sind in Art. 2 Sec. 204 UPA (2000) geregelt. Viele der Vermutungen des UPA (1973) sind übernommen worden. Abgeschafft wurde jedoch die Vermutung für den Mann, der das Kind in seinem Haus aufnimmt. Als Begründung hierfür wird angeführt, dass heutzutage mithilfe genetischer Tests die Vaterschaft wesentlich besser festgestellt werden könne, so dass man eine solche Vermutung nicht mehr benötige⁷⁶. Ebenfalls abgeschafft wurde die schriftliche Vaterschaftsanerkennung gemäß Sec. 4 (a) (5) UPA (1973). Diese würde mit der neuen, freiwilligen Vaterschaftsanerkennung des Art. 3 UPA (2000) kollidieren, wonach eine gültige Anerkennung nicht nur eine Vermutung der Vaterschaft in sich trägt, sondern die Vaterschaft rechtlich begründet.

Auch das Vorgehen im Falle der Kollision zweier Vaterschaftsvermutungen des Sec. 4 (b) UPA (1973) wurde ersatzlos gestrichen. Dieser Ansatz wurde für überholt angesehen, da es heute für das Gericht leicht ist, genetische Tests zur Vaterschaftsfeststellung anzuordnen und daher eine Abwägung zwischen den unterschiedlichen Vermutungen nicht mehr zeitgemäß ist⁷⁷.

⁷⁴ Matter of Welfare of C.M.G. (Minn. 1994) 516 N.W.2d 555.

⁷⁵ N.M. Stat. Ann. § 40-11-5 B.

⁷⁶ Comment zu Art. 2 UPA (2000); zustimmend: Morgan, Parenting for the Millenium; kritisch: Hollinger, Concerns, 1.

⁷⁷ Comment zu Art. 2 UPA (2000).

2. Vaterschaftsfeststellung

a) UPA (1973): Sec. 6

Der UPA (1973) sieht eine gerichtliche Vaterschaftsfeststellung in Sec. 6 vor. Die Vaterschaftsfeststellung soll mit dem Ziel betrieben werden, festzustellen, wer der biologische Vater des Kindes ist⁷⁸. Wie die biologische Vaterschaft bewiesen werden kann, normiert Sec. 12 UPA (1973). So kann etwa der Beweis geführt werden, dass die Mutter und der vermutete Vater zur Zeit der möglichen Empfängnis Geschlechtsverkehr hatten, oder es muss ein Blut- oder anderer genetischer Test von einem Experten durchgeführt werden. Ursprünglich wurde diese Feststellung durch die Fürsorgebehörden veranlasst, da ihnen die Bürde des Unterhalts für nichteheliche Kinder zukam, falls der Vater nicht zur Verantwortung gezogen werden konnte⁷⁹. Auch heute noch handelt es sich hierbei primär um eine Feststellung im öffentlichen Interesse. Wenn der Vater eines Kindes ausfindig gemacht werden kann, soll dieser zahlen und nicht der Staat. Die Feststellung der Vaterschaft ist zusammen mit ihrer Anfechtung normiert und setzt auch zunächst eine Anfechtung voraus. Erst wenn das Kind vaterlos ist, ist Platz für die Feststellung eines anderen Mannes als Vater⁸⁰.

Falls die biologische Verbindung zwischen dem Ehemann der Mutter und dem Kind geklärt werden soll, sind nur die Mutter, der vermutete Vater und das Kind klagebefugt. Die Klärung der Vaterschaft kann notwendig werden, wenn der vermutete Vater oder ein anderer Feststellungsberechtigter seine Vaterschaft anzweifelt. Diese Vaterschaftsfeststellung kann jederzeit erfolgen⁸¹.

Weiter ist der Kreis der Klageberechtigten in den Fällen, in denen nicht die Vaterschaft des Ehemannes, sondern eines anderen Mannes vermutet wird. Nach dem UPA (1973) sind die Mutter, das Kind, der Mann, der als Vater vermutet wird, oder jede interessierte Person befugt, die Vaterschaftsfeststellung zu betreiben. Auch diese Feststellung kann jederzeit erfolgen⁸².

Falls das Kind keinen vermuteten Vater nach Sec. 4 UPA (1973) hat, so sind die Mutter, das Kind, der Vertreter des Kindes, der Nachlassverwalter der Mutter, falls diese tot ist, der Mann, der behauptet, der Vater des Kindes zu sein oder dessen Nachlassverwalter, befugt, die Vaterschaftsfeststellung zu betreiben⁸³. Für diesen Fall sieht der UPA (1973) eine Frist von drei Jahren nach der Geburt des Kindes vor. Wenn die Feststellung von dem Kind oder in dessen Namen betrieben wird, soll die Frist 3 Jahre nach der Volljährigkeit des Kindes enden⁸⁴. Der UPA (1973) macht hier keine zwingenden Vorgaben. Er empfiehlt diese Fristen lediglich.

⁷⁸ Friedman, *The Law of Parent-Child Relationship*, 71.

⁷⁹ Conn.Gen.Stat. Ann. § 52-440a; Me.Rev.Stat.ANn.tit.19,§272; Md. Ann. Code art. 16,§ 66C; Minn.Stat. Ann. § 257.18; N.H. Rev.Stat. Ann. §§ 168:6, 168:9; Pa.Stat. Ann. tit. 62, § 2043,35; R.I.Gen.Laws § 15-8-1; S.C. Code Ann. § 20-305; Va.Code Ann. § 20-64; Wis. Stat. Ann. § 52.24.

⁸⁰ UPA (1973) Sec 6 (a)(2).

⁸¹ UPA (1973) Sec. 6 (a).

⁸² UPA (1973) Sec. 6 (b).

⁸³ UPA (1973) Sec. 6 (c).

⁸⁴ UPA (1973) Sec. 7.

Falls das Kind die Feststellung betreibt, soll es nicht durch seine Mutter vertreten werden, auch wenn es noch minderjährig ist. Da deren Interessen oftmals gerade gegenläufig zu denen des Kindes sind, soll dem Kind ein unabhängiger Vertreter zur Seite gestellt werden⁸⁵.

Die meisten Staaten haben den UPA (1973) dahingehend modifiziert, dass nur die Mutter, deren Ehemann und das Kind befugt sind, die Vaterschaftsfeststellung zu betreiben. Andere Staaten hingegen erlauben jedem, der ein Interesse daran hat, als Vater des Kindes festgestellt zu werden, die Feststellung zu betreiben⁸⁶. Diese Regel ist insbesondere für den biologischen Vater geschaffen.

Die Fristen zur Klageerhebung sind auch in den Staaten, die den UPA (1973) angenommen haben, von Staat zu Staat unterschiedlich⁸⁷. Teilweise haben die Staaten gar keine Regelung diesbezüglich getroffen, und es muss von den Gerichten entschieden werden, wie lang die Frist sein soll. Sogar die Rechtsprechung des *Supreme Court* zeigt sich jedoch diesbezüglich uneinheitlich. So wurde teilweise eine einjährige Frist nach der Geburt des Kindes festgesetzt⁸⁸, teilweise eine zwei⁸⁹- oder sogar sechsjährige⁹⁰. Einige Staaten gestehen den Berechtigten ein Antragsrecht bereits während der Schwangerschaft zu⁹¹, die meisten Staaten geben ihnen dieses Recht jedoch erst nach der Geburt des Kindes. Minnesota hat hier durch eine Entscheidung eine besondere Regelung getroffen. So kann der biologische Vater in den Fällen, in denen die Mutter mit einem anderen Mann verheiratet ist, seine Vaterschaft nur feststellen lassen, wenn er sofort nach der Geburt des Kindes die Vaterschaftsvermutung für den Ehemann angegriffen hat⁹².

b) UPA (2000)

Auch in UPA (2000) ist die gerichtliche Vaterschaftsfeststellung in Artikel 6 geregelt. Befugt, eine solche Feststellung zu betreiben, sind nach Art. 6 Sec. 602 UPA (2000) das Kind, seine Mutter, der Mann, der seine Vaterschaft feststellen lassen will und verschiedene staatliche Stellen. Neu an dieser Regelung ist, dass die Klageberechtigung nicht mehr von der Art der Vaterschaftsvermutung abhängt. Auch

⁸⁵ Krause, *Illegitimacy*, 113.

⁸⁶ Cal.Fam.Code § 7670; Hawaii Rev.Stats.§579-1 (nicht jedermann, aber angeblicher Vater des Kindes wird mit einbezogen); Del.Code Ann.tit.13, §1321; Iowa Code Ann. § 675.8.

⁸⁷ 1 Jahr: Miss.Code Ann. § 383-02; N.H. Rev. Stat. Ann. § 168:1; 2 Jahre: Hawaii Rev. Stats. § 579-1; Ill. Rev.Stat. ch. 106 ¾, § 54; MD. Ann. Code art.16, § 66; Neb.Rev.Stat. § 13-111; Tenn.Code Ann. § 36-224; 4 Jahre: Ky. Rev.Stat. Ann. § 406.031; 3 Jahre: Wyoming (Kind bis zu 3 Jahre nach seiner Volljährigkeit); jederzeit vor 18. Geburtstag des Kindes: Colorado; bis zu 3 Jahre nach Volljährigkeit des Kindes: New Mexico.

⁸⁸ *Mills v. Habluetzel*, 456 U.S.91 (1982).

⁸⁹ *Pickett v. Brown* 462 U.S.1 (1983).

⁹⁰ *Clark v. Jeter*, 486 U.S.456 (1988).

⁹¹ Ala. Code tit. 27, § 12(1); Ariz.Rev.Stat.Ann. § 12-841; Del.Code Ann. tit. 12 § 1321; D.C.Code Ann. § 16-2344; Fla. Stat. Ann. § 742.011; Hawai Rev. Stats. § 579-1; Ill. Rev. ch.106 ¾, § 54; MD. Ann. Code art. 16, § 66; Mich.Stat.Ann. § 722.714 (b); Minn.Stat.Ann. § 257.18; Neb.Rev.Stat. §13-113; N.H. Rev.Stat.Ann. § 168:1; N.J. Stat. Ann. § 19:17—2; Ohio Rev. Code Ann. § 3111.01; R.I.Gen.Laws Ann. § 15-8-1; Tenn. Code Ann. § 36-224; Wash.Rev. Code Ann. § 26.24.010.

⁹² *State ex rel. Umelu v. Edwards* (Mo. 1997) 963 S.W.2d 670.

der mögliche Vater soll eine vernünftige Möglichkeit haben, seine Vaterschaft feststellen zu lassen⁹³. Zusätzlich zu den Klageberechtigten müssen noch die Mutter des Kindes sowie der Mann, dessen Vaterschaft festgestellt werden soll, als Parteien an dem gerichtlichen Vaterschaftsfeststellungsverfahren teilnehmen (Art. 6 sec 603 UPA (2000)). Neu hieran ist, dass das Kind keine notwendige Partei mehr ist. Als Begründung hierfür wird angeführt, dass die weitreichende Nutzung von genetischen Tests eine solche Teilnahme des Kindes überflüssig gemacht hat⁹⁴. Die Frist, innerhalb der eine Vaterschaftsfeststellung betrieben werden muss, ist in bestimmten Fällen völlig aufgehoben worden. So kann in dem Fall, dass das Kind keinen vermuteten, festgestellten oder anerkannten Vater hat, die Feststellung jederzeit erfolgen, auch wenn das Kind mittlerweile erwachsen ist (Art. 6 sec 606 UPA (2000)). Die Verfasser des UPA (2000) sehen das Recht des Einzelnen, seine Vaterschaft feststellen zu lassen, als besonders wichtig an und können keinen Grund sehen, weswegen dieses Recht nur zeitlich begrenzt wahrgenommen werden solle⁹⁵. Allerdings beachtet auch der UPA (2000) das Prinzip der Stattsicherheit. Das zeigt sich daran, dass die unbefristete Feststellung nicht möglich ist, wenn das Kind bereits einen vermuteten oder festgestellten Vater hat. Dann nämlich kann nach Art. 6 Sec. 607 UPA (2000) die Vaterschaftsfeststellung nur innerhalb von 2 Jahren nach der Geburt des Kindes vorgenommen werden.

3. Anfechtung der Vaterschaft

a) UPA (1973)

Die Anfechtung der Vaterschaft ist im UPA (1973) zusammen mit ihrer Feststellung in Sec. 6 geregelt. Eine Vaterschaftsvermutung kann durch die in Sec. 12 UPA (1973) festgeschriebenen Beweise widerlegt werden. Wer zur Anfechtung befugt ist und innerhalb welcher Frist diese zu erfolgen hat, richtet sich danach, welche Vaterschaftsvermutung greift.

Wenn es darum geht, die Vaterschaftsvermutung für den Ehemann der Mutter anzugreifen, so kann dies durch das Kind, die Mutter und deren Ehemann geschehen. Der biologische Vater hat in dem Fall, dass der Ehemann als Vater vermutet wird, nach dem Wortlaut des UPA (1973) kein Recht, die Vaterschaft anzufechten oder seine Vaterschaft feststellen zu lassen. Als Anfechtungsfrist wird zunächst nur eine vernünftige Zeitspanne, nachdem die relevanten Fakten der jeweiligen Person zur Kenntnis gekommen sind, genannt. Später als 5 Jahre nach der Geburt des Kindes ist eine Anfechtung jedoch nicht mehr zulässig⁹⁶. Der Familienfrieden soll so gewährleistet werden.

⁹³ Comment zu Art. 6 Sec. 602.

⁹⁴ Comment zu Art. 6 Sec. 603.

⁹⁵ Comment zu Art. 6 Sec. 606, außerdem habe es bisher keine Probleme gegeben in Staaten, die schon von jeher die Vaterschaftsfeststellung an keine Fristen gebunden haben.

⁹⁶ UPA (1973) Sec. 6 (a) (2); M.R.D. by P.D. v. F.M. (Colo. 1991) 805 P.2d 1200; Guardianship of Szwed (Cal. 1990) 271 Cal.Rptr. 121; Runner 28 J. Fam. L. 116; State ex rel. H.v.P. (N.Y. 1982) 457 N.Y.S.2d 488; Boyles v. Boyles (N.Y. 1983) 466 N.Y.S.2d 762; Sharon GG. v. Duane HH. (N.Y. 1983) 467 N.Y.S.2d 941; Ettore I. v.

Falls es um die Anfechtung einer anderen Vaterschaftsvermutung als der für den Ehemann der Mutter geht, kann diese jederzeit und von jedermann vorgenommen werden⁹⁷. Hier hat also auch der biologische Vater ein Anfechtungsrecht. Wenn er das Kind zusätzlich noch in sein Haus aufgenommen und als das seine ausgegeben hat, spricht in Folge auch eine Vermutung für seine Vaterschaft⁹⁸.

Falls die Vaterschaftsvermutung aufgrund freiwilliger Erklärung angefochten werden soll, normieren die meisten UPA (1973) Staaten in diesem Zusammenhang lediglich einen „vernünftigen“ Zeitraum, innerhalb dessen die Anfechtung erfolgen soll, ohne eine genauere Definition dieses unbestimmten Rechtsbegriffs zu geben⁹⁹. Minnesota hat hierfür eine Sondernorm geschaffen. Danach darf die Vaterschaft, die freiwillig bei der Geburt des Kindes anerkannt wurde, lediglich bis zu drei Jahre nach der Geburt angefochten werden¹⁰⁰.

Angela D. (N.Y. 1987) 513 N.Y.S.2d 733; Nelson v. Nelson (Ohio 1983) 460 N.E.2d 653; In re Marriage of Johns (Or. 1979) 599 P.2d, 1230; In re Marriage of Hodge & Hodge (Or. 1987) 733 P.2d 458; In re Paternity of D.L.H. (Wis. 1987) 419 N.W.2d 283; Clevenger v. Clevenger (Cal. 1961) 11 Cal.Rptr. 707; In re Marriage of Valle (Cal. 1975) 126 Cal.Rptr. 38; In re Marriage of Johnson (1979) 152 Cal.Rptr. 121; die Staaten haben hier teilweise ausdrückliche Regelungen getroffen: so läuft in Kalifornien eine 2 Jahresfrist nach Geburt des Kindes (7574 (d) Cal. Civil Code).

⁹⁷ UPA (1973) § 6 (b).

⁹⁸ Michael M. v. Giovanna F. (Cal. 1992) 7 Cal. Rptr.2d, 461 (463).

⁹⁹ Ala.Code § 26-17-6(b) (Supp. 1994); Cal.Fam.Code §§ 7611, 7630 (West 1994); Colo. Rev. Stat. Ann. § 19-4-107(2) (West Supp. 1994); Del. Code Ann. tit. 13 § 805 (1993); Ill. Ann. Stat. ch. 750, para. 45/7 (Smith-Hurd Supp. 1994); Kan. Stat. Ann. §§ 38-1114, 1115 (1993); Mo. Ann. Stat. §§ 210.882, .826 (Vernon Supp. 1994); Mont. Code Ann. § 40-6-107(1) (1993); Nev.Rev.Stat. § 126.071(1) (1994); N.J.Re. Stat. Ann. § 9:17-45 (West 1993); N.M. Stat. Ann. § 40-11-7 (Michie 1994); Ohio Rev. Code Ann. § 3111.04(a) (Anderson Supp. 1994); R.I.Gen. Laws 15-8-1 to 27 (1988); Wash. Rev. Code Ann. § 26.26.060(1)(b) (West 1986); Wyo. Stat. § 14-2-104(c) (1994).

In Ex Parte State ex Rel. A.T. (Ala. 1997) 695 So.2d 624 ließ das Gericht eine Anfechtung auch noch nach 13 Jahren zu. Der angebliche Vater hatte sich im Zeitpunkt der Geburt nicht gegen seine Heranziehung als Vater des Kindes gewehrt und seine Vaterschaft anerkannt. Nach 13 Jahren wollte er nun den damals ausgeschlagenen Bluttest als Beweis seiner nicht bestehenden Vaterschaft durchführen lassen und das Gericht stimmte dem zu. In Re Marriage of Johnson (Cal. 1990) 565 N.E.2d 162) wurden jedoch 15 Jahre als zu lange angesehen. Eine so lange Frist widerspreche der Intention des UPA (1973), dem Wohle des Kindes zu dienen. Wenn der Mann sich ursprünglich freiwillig dazu bereit erklärt habe, die Verantwortung der Vaterschaft zu übernehmen, könne er sich nicht nach einer so langen Zeit eines anderen besinnen und sie anfechten (Ex Parte W.J. (Ala. 1993) 622 So.2d 358; Ex Parte State ex rel. Milton (Ala. 1992) 598 So.2d 914; Ex parte State ex rel. Harrell (Ala. 1991) 588 So.2d 868; Justice Kennedy in seinem Widerspruch zu Ex Parte State ex rel. A.T. (Ala. 1997) 695 So.2d 624 (627); Wachter v. Ascero (Pa. 1988) 550 A.2d 1019; Robert J. v. Leslie M. (Cal. 1997) 59 Cal. Rptr.2d 905; Flemings v. Littles (Ark. 1996) 926 S.W.2d 445). Dadurch wird das Kind vaterlos und verliert somit einen Unterhaltsschuldner und es besteht nur eine geringe Chance, dass der wahre biologische Vater noch gefunden werden kann.

¹⁰⁰ Minn. Stat. § 257.57, subd. 2(2) (1993); case law hierzu: In re Welfare of C.M.G. (Minn. 1994) 516 N.W.2d 555 (561); Wilson v. Speer (Minn. 1993) 499 N.W.2d 850 (854); Pierce v. Pierce (Minn. 1985) 374 N.W.2d 450 (452); DeGrande v. Demby (Minn. 1995) 529 N.W.2d 340 (342); auch Hawaii hat die 3 Jahresfrist normiert Haw. Rev.Stat. § 584-6 (1985); in North Dakota gilt eine 5 Jahresfrist N.D.Cent. Code § 14-17-05 (1991); An diesen Regelungen ist jedoch auch Kritik geübt worden. So wurde angeführt, dass es nicht stets im Interesse des Kindes sei, einen Mann als Vater zugeordnet zu bekommen, der, wie alle Beteiligten wissen, nicht sein biologischer Vater ist. Da es sich hier auch um keinen Fall handele, wo eine Familieneinheit geschützt werden müsse, da die Mutter nicht mit dem vermuteten Vater verheiratet ist, könne es unter Umständen eher im Interesse des Kindes sein, wenn die Vaterschaft angefochten werde. Außerdem wird vorgebracht, dass ein Mann oftmals jahrelang davon ausgeht, der Vater des Kindes zu sein und deshalb seine Vaterschaft nicht anfecht. Wenn er nun Kenntnis von Umständen erhält, die gegen seine Vaterschaft sprechen, soll es genügen, wenn er diese umgehend

Auch wenn die Vaterschaft grundsätzlich anfechtbar ist, so gibt es doch Gerichtsentscheidungen, in denen eine Anfechtung abgelehnt wird, falls sie nicht dem Kindeswohl entspricht. Dies sind zumeist Fälle, in denen das Kind aus einem Ehebruch hervorgegangen ist, die Eheleute nun aber wieder zusammenleben und auch das Kind gemeinsam groß ziehen wollen¹⁰¹. Hier wird entweder mit dem Kindeswohl argumentiert oder aber damit, dass unter gewissen Umständen eine solche Anfechtung rechtsmissbräuchlich wäre¹⁰².

b) UPA (2000): Art. 6

Eine spezielle Norm für die Vaterschaftsanfechtung existiert in der Neufassung des UPA nicht. Die Verfasser des UPA (2000) gingen wohl davon aus, dass es einer solchen Anfechtung nicht bedürfe, nachdem das Leugnen der Vaterschaft nun nach Art. 3 UPA (2000) mit Zustimmung der Mutter stets möglich ist.

Für den Fall, dass ein anderer als der vermutete Vater die Vaterschaft anfechten möchte, ordnet Art. 6 Sec. 607 UPA (2000) jedoch an, dass die Vaterschaftsvermutungen zumindest dann jederzeit angreifbar sind, wenn durch das Gericht festgestellt wird, dass der vermutete Vater und die Mutter des Kindes während der Empfängniszeit weder zusammen gewohnt noch sexuelle Beziehungen zueinander hatten und der vermutete Vater das Kind nie offen als das seine behandelt hat. Hat das Kind bereits einen vermuteten, festgestellten oder anerkannten Vater, so darf die Vaterschaftsfeststellung eines anderen Mannes nur dann betrieben werden, wenn vorher durch genetische Tests festgestellt wurde, dass das Kind genetisch nicht vom bisherigen Vater abstammt.

II. Mutterschaft

1. UPA (1973)

Die Frage nach der Mutterschaft wird vom UPA (1973) scheinbar auf widersprüchliche Weise beantwortet. Eine Frau ist jedenfalls dann Mutter des Kindes, wenn es biologisch von ihr abstammt und von ihr geboren wurde¹⁰³. In Sec 3 (1) UPA (1973) ist zunächst normiert, dass eine Mutter-Kind-Beziehung durch den Beweis der Geburt hergestellt wird. In Sec. 21 verweist der UPA (1973) dann für die Feststellung der Mutterschaft auf alle Normen über die Vaterschaft. Es kann also zu Mutterschaftsfeststellungen und –anfechtungen kommen. Grundsätzlich wäre hiernach

anfecht (Judge Norton in seinem Widerspruch zu DeGrande v. Demby (Minn. 1995) 529 N.W.2d 340 (344, 345)).

¹⁰¹ Michael H. v. Gerald D. 491 U.S.110 (1989); M.F. v. N.H. 599 A.2d 1297 (N.J. 1992); B.H. v. K.D. 506 N.W.2d 368 (N.D. 1993); In re paternity of C.A.S. 468 N.W.2d 719 (Wis. 1991); ebenso in Staaten, die den UPA nicht angenommen haben: Ban v. Quigley, 812 P.2d 1014 (Ariz. 1990); Turner v. Whisted, 607 A.2d 935 (Md. 1992).

¹⁰² In re Marriage of K.E.V. 883 P.2d 1246 (Mont. 1994); Pettinato v. Pettinato 582 A.2d 909 (R.I. 1990); In re Marriage of D.R.J. and R.R.J. 469 N.W.2d 877 (Wis. 1991); In re Adoption of R.C.S. 837 P.2d 1089 (Wyo. 1992); Nicht-UPA-Staaten: Manze v. Manze 523 A.2d 821 (Pa. 1987).

¹⁰³ UPA (1973), Sec. 3 (1).

die genetische Mutter auch die rechtliche Mutter, da Anfechtung und Feststellung dazu dienen sollen, die genetische Verwandtschaft festzustellen.

In einigen Staaten, die den UPA (1973) nicht angenommen haben, ist die Mutterschaft unanfechtbar¹⁰⁴. Hier soll die Frau, die das Kind zur Welt bringt, unwiderruflich dessen rechtliche Mutter sein. Der UPA (1973) erlaubt jedoch scheinbar in jedem Fall einer gespaltenen Mutterschaft über Sec. 21 i.V.m. Sec. 6 (a)(2) UPA (1973) eine Anfechtung auch der Mutterschaft. Hiernach könnte also die Mutterschaft durch die Mutter, den vermuteten Vater und das Kind angefochten werden. Dies müsste innerhalb von 5 Jahren nach der Geburt des Kindes geschehen. Ob Sec. 21 UPA jedoch tatsächlich so auszulegen ist und die Mutterschaft der gebärenden Frau nur eine stets widerlegbare Vermutung ist, wird später noch zu diskutieren sein¹⁰⁵.

In der Literatur werden verschiedene Auffassungen vertreten, welche Frau in Zweifelsfällen die rechtliche Mutterrolle übernehmen soll¹⁰⁶. Die Rechtsprechung hat sich in Fällen, in denen es zu Streitigkeiten zwischen der genetischen Mutter und der gebärenden Frau kam, oftmals dafür entschieden, der genetischen Mutter den Vorzug zu geben¹⁰⁷. Umgekehrt wird bei der Vaterschaftsfeststellung der genetischen Abstammung nicht unbedingt der Vorzug gegenüber anderen Faktoren, wie zum Beispiel der äußerlich erkennbaren Ehe mit der Mutter oder dem tatsächlichen Zusammenleben, gegeben¹⁰⁸.

2. UPA (2000)

Der UPA (2000) hat wesentlich detailliertere Regelungen auch für die Mutterschaft geschaffen. Nach Art. 2 Sec. 201 (a) UPA (2000) entsteht eine rechtliche Mutter-Kind-Beziehung durch Geburt, gerichtliche Mutterschaftsfeststellung, Adoption oder gerichtliche Entscheidung im Falle von Leih- und Ersatzmutterschaft. Durch diese neue Regelung werden jedoch die alten Probleme nicht aus der Welt geräumt. Auch hiernach kann also die Mutterschaft zum einen auf der Geburt beruhen, zum anderen auf der genetischen Verbindung zu dem Kind, welche durch das Gericht festgestellt wird.

¹⁰⁴ z.B. Or. Stat. Rev. § 109.070 (1997).

¹⁰⁵ S.u. 6. Teil C.II.1.a).

¹⁰⁶ Ein Überblick findet sich bei Pretorius, Surrogate Motherhood, 135 ff m.w.N.; s. auch unten 6. Teil C. II.1.a).

¹⁰⁷ S.u. 6. Teil C.II.1.b); Smith v. Jones No. 85-53201401 (Mich. 1986); Johnson v. Calvert 851 P.2d (Cal. 1993), 776; Belsito v. Clark 644 N.E.2d 760 (Ohio 1994).

¹⁰⁸ Michael H. v. Gerald D. 491 U.S. 110, 123 (1989), wonach ein Gesetz für verfassungsgemäß erklärt wurde, das dem biologischen Vater das Recht versagt, die Vaterschaft des Ehemannes der Mutter anzufechten.

6. Teil: Abstammung nach künstlicher Fortpflanzung

In Deutschland gelten grundsätzlich abstammungsrechtlich keine Besonderheiten für künstlich gezeugte Kinder. Einzig der neue § 1600 Abs. 2 BGB trifft eine besondere Regelung für den Fall der Vaterschaftsanfechtung nach konsentierter heterologer Insemination. In den USA dagegen haben die meisten Staaten die künstliche Fortpflanzung mittlerweile in abstammungsrechtlicher Sicht spezialgesetzlich geregelt. Der größte Schritt in diese Richtung war die Verabschiedung des UPA (1973) und seine Umsetzung in den Einzelstaaten. Doch auch die Staaten, die den UPA (1973) nicht angenommen haben, haben das eine oder andere Problem im Zusammenhang mit der künstlichen Fortpflanzung bereits durch spezialgesetzliche Normen gelöst.

Besondere Beachtung soll bei der gesamten Diskussion auch wieder das Recht auf Fortpflanzung, diesmal in seiner Ausprägung als Recht auf Einräumung einer Elternstellung finden. Gerade die Frage, wie den Interessen der genetischen Eltern und der Wunscheltern zur Geltung verholfen werden kann, wurde bisher in der Literatur eher vernachlässigt.

A. Homologe Insemination

Die homologe Insemination wirft in ihrer Grundform keine größeren abstammungsrechtlichen Probleme auf, da die Konstellation mit den allgemeinen Normen zufriedenstellend zu lösen ist. Problematisch kann jedoch die postmortale Insemination werden.

I. Deutschland

1. Mutterschaft

Die Feststellung der Mutter bereitet im Fall einer homologen Insemination keine Probleme. Nach § 1591 BGB ist die gebärende Frau die Mutter. Diese ist im Fall der homologen Insemination auch die genetische Mutter. Die Geburt nach einer homologen Insemination ist identisch mit der nach natürlicher Zeugung.

2. Vaterschaft

Komplizierter gestaltet sich die Feststellung der Vaterschaft. Das Kind wird nach § 1592 Nr.1 BGB so lange als das Kind des Ehemannes der Mutter vermutet, bis das Gegenteil in einem förmlichen Anfechtungsverfahren festgestellt worden ist (§§ 1592 Nr.1, 1599 Abs. 1 BGB).

a) Homologe Insemination bei Ehepaaren

Da § 1592 Nr.1 BGB in seiner neuen Fassung ausschließlich an das Geburtseignis in der Ehe anknüpft, tritt seine Rechtsfolge unabhängig davon ein, ob der Zeugungsvorgang auf natürliche oder künstliche Weise vollzogen wurde¹. Das Kind wird also mit der Geburt Kind des Wunschvaters. Da es auch genetisch von diesem abstammt, divergieren die nach § 1592 Nr. 1 BGB geltende Rechtslage und die wahre Abstammungslage nicht.

An diesem Ergebnis könnte sich lediglich dann etwas ändern, wenn die Insemination gegen den Willen des Ehemannes vorgenommen wurde. Bezüglich der Abstammung wurde in Fällen nicht konsentierter homologer Insemination früher teilweise vorgebracht, der Ehemann der Mutter solle dann nicht der vermutete rechtliche Vater des Kindes sein². Hierfür wurde angeführt, es sei dem Mann nicht zuzumuten, trotz sexueller Enthaltensamkeit mit der Bürde der Vaterschaft belastet zu werden. Diese Auffassung findet allerdings im geltenden Gesetzeswortlaut keine rechtliche Grundlage³. Billigkeitserwägungen spielen bei der Frage nach der Abstammung keine Rolle⁴. Es geht hier vielmehr darum, dem Kind zu dessen Wohl möglichst schnell und eindeutig einen Vater und eine Mutter zuzuordnen. Statusklarheit und Statussicherheit stehen im Vordergrund⁵. Auch eine Anfechtung vermag die Vater-Kind Zuordnung nicht zu beseitigen, da der Ehemann auch der genetische Vater ist⁶. Auch wenn die Insemination gegen den Willen oder ohne das

¹ Harder, JuS 1985, 505, 506; MüKo/ Mutschler, §§ 1591, 1592 Rn 48; Schumacher, FamRZ 1987, 313, 314.

² Wille, Insemination, 31; nicht eindeutig RG, JW 1908, 485, 486.

³ Wohn, Reproduktionstechniken, 77 mwN; früher bereits Heyll, Beurteilung der künstlichen Samenübertragung, 67; Bernat MedR 1986, 245, 246.

⁴ Junghans, Familienrechtlicher Status, 67.

⁵ S.o.3.Teil B.I.2.&3.

⁶ Die einzige Möglichkeit einer Kompensation für den Ehemann ist ein Schadensersatzanspruch. Das Recht des Ehemannes, das verletzt wird, ist sein allgemeines Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 I GG iVm Art. 1 I GG. Hieraus folgt, dass er selbst die Entscheidungsfreiheit haben soll, ob und wann er ein Kind zeugt. Der dem Ehemann entstandene Schaden liegt in dem Unterhalt, den er dem Kind zu zahlen hat.

Bei der Frage nach dem Schadensersatz des Arztes kam es zu jahrelangen Kontroversen unter dem Schlagwort „Kind als Schaden“. Ein solcher Schadensersatzanspruch wurde aber im Endeffekt bejaht: BVerfGE 96, 375; BGH, NJW 1980, 1490, 1492; NJW 1984, 2625; NJW 1985, 671; NJW 1995, 2407; NJW 1997, 1638; BGH, VersR 1982, 68; die neueste Entscheidung zu diesem Thema traf der BGH am 18.06.2002 (Az: VI ZR 136/ 02), s. hierzu SZ v. 19.06.2002, S. 2; bereits vorher: LG Itzehoe, VersR 1969, 265; OLG Düsseldorf, NJW 1975, 595; OLG Zweibrücken, NJW 1978, 2340; OLG Celle, NJW 1978, 1688; aA der Zweite Senat des BVerfG, s. BVerfGE 88, 203, 296; BVerfG, NJW 1998, 523, 524.

So sollte es nach teilweise vertretener Ansicht gegen die Menschenwürde des Kindes verstoßen, wenn es als Schaden für den Ehegatten angesehen wurde, und es so stets das Gefühl bekommen müsste, es sei eigentlich unerwünscht. Ob es dieses Gefühl allerdings nur dann bekommt, wenn der Ehemann einen Prozeß gegen den Arzt führt auf Zahlung des Unterhalts, erscheint doch fraglich. So kann der Ehemann dem Kind alltäglich zu verstehen geben, dass es eigentlich unerwünscht war und es eine Last für die Eltern bedeutet. Diese Situation würde wahrscheinlich sogar noch entspannt, wenn der Ehemann von der Unterhaltsverpflichtung befreit wird und so wenigstens die monetäre Bürde von ihm genommen ist.

So hat auch der BGH entschieden, dass solche Schadensersatzklagen möglich sind. Nicht das Kind sei der Schaden sondern vielmehr der mit ihm verbundene Unterhaltsaufwand und dieser sei neutral. (BGH NJW 1980, 1490, 1492; NJW 1984, 2625; NJW 1985, 671; NJW 1995, 2407; NJW 1997, 1638; VersR 1982, 68)

Im Ergebnis kommt man also zu einem Schadensersatzanspruch des Ehemannes gegen den behandelnden Arzt (Looschelders, Einwirkungen, 93, 107ff; Puhl, Einwirkungen, 197, 204ff; Bernat, Lebensbeginn durch Menschenhand, 125, 130).

Wissen des Ehemannes durchgeführt wurde, kann dieser sich nicht aus seiner Vaterrolle befreien. Falls nämlich eine biologische Verbindung zwischen Mann und Kind besteht, bedarf es des Wissens und Willens des Erzeugers nicht, um ihm das Kind statusrechtlich zuzuordnen⁷. Auch ein Mann, der im Zustand der Volltrunkenheit oder im Vertrauen auf die Wirksamkeit von Verhütungsmitteln ein Kind gezeugt hat, ist dessen Vater, ohne dass er die Möglichkeit hat, sich hiervon zu lösen. Auch eine Vaterschaftsanfechtung durch das Kind wird stets ohne Erfolg bleiben, da das Kind die Vaterschaftsvermutung des § 1600c Abs. 1 BGB hier gerade nicht bzw. nur im Falle einer Verwechslung des Spermias durch den behandelnden Arzt widerlegen kann⁸.

b) Homologe Insemination bei nichtehelicher Lebensgemeinschaft

Im Falle der quasi-homologen Insemination sind die Eltern also unverheiratet, jedoch möchte sich der Samenspender zu seiner Vaterschaft bekennen, so dass nicht die für die heterologe Übertragung typische Interessenlage besteht. Damit der Lebensgefährte zum rechtlichen Vater des Kindes wird, muss es zu einer Anerkennung (§§ 1592 Nr.2, 1594ff BGB) oder gerichtlichen Feststellung (§§ 1592 Nr.3, 1600d BGB) der Vaterschaft kommen. Im Rahmen der gerichtlichen Feststellung wird zunächst der Mann als Vater vermutet, der der Mutter in der Empfängniszeit beigewohnt hat (§ 1600d Abs. 2 BGB). Die künstliche Befruchtung wird hier der Beiwohnung gleichgestellt⁹. Der Gesetzgeber hatte mit der Beiwohnung jegliches Zusammenbringen von Eizelle und Sperma gemeint¹⁰. Das Kind kann die Vaterschaft nicht anfechten, da personenrechtliche Zuordnung und wahre Abstammung übereinstimmen.

Der nichteheliche Partner der gebärenden Frau wird also nicht mit der Geburt des Kindes als dessen Vater vermutet. Die Interessenlage wird immer noch nicht mit der verheirateten Paare gleichgesetzt. Die Begründung hierfür ist, dass es bei einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft an klaren Anknüpfungspunkten fehle, insbesondere, weil auch beim Zusammenleben zweier Menschen das Vorliegen einer

Noch vergleichsweise selten diskutiert wurde die Frage, ob der Vater auch einen Anspruch auf Schadensersatz gegen die Mutter des Kindes haben kann, wenn diese gegen seinen Willen die Empfängnisverhütung abgesetzt hat und so schwanger geworden ist; hierzu ausführlich Looschelders, Jura 2000, 169, 170; außerdem Lange, Schadensersatz, § 6 IX 7b dd; Laufs, NJW 1998, 797; Ramm, JZ 1986, 1011; Grunsky, Jura 1987, 82, 84; BGHZ 97, 372. Es ist hier nicht der Ort, diese Frage ausführlich zu diskutieren, jedoch wird man im Ergebnis einen solchen Anspruch des ehelichen wie nichtehelichen Vaters mit Rücksicht auf die verfassungsrechtlich geschützten Interessen des Kindes weder aus Vertrag noch aus Delikt folgern können, Looschelders, Jura 2000, 169, 170ff mwN.

⁷ Staudinger/ Göppinger, BGB, § 1591 Rn 38; Coester-Waltjen, Gutachten, B 25; MüKo/ Mutschler, § 1591 Rn 48; Soergel/ Gaul, BGB, § 1591 Rn 30; Dölle, Rabel-FS I, 187, 190, 197.

⁸ Harder, JuS 1985, 505, 506; Quantius, FamRZ 1998, 1145, 1146.

⁹ Schumacher, FamRZ 1987, 313, 318; Coester-Waltjen, Gutachten, B 27; Britting, Postmortale Insemination, 133f; früher stellte sich das selbe Problem im Rahmen der Vaterschaftsvermutung für den Ehemann der Mutter, da auch dort eine Beiwohnungsvermutung normiert war; damals wurde entschieden, dass Beiwohnung und homologe Insemination rechtlich gleichzusetzen seien; vgl. den ersten Fall hierzu bereits im Jahre 1908: RG, JW 1908, 485 = Das Recht 1908, 2946.

¹⁰ Dölle, Rabel-FS, Band 1, 187, 191; Gernhuber, FamR, 3. Aufl., § 45 X 3; Hanack, Juristische Problematik, 168, 183; MüKo/ Mutschler, 2. Aufl., § 1592 Rn 7; Britting, Postmortale Insemination, 130; Baumgärtel/ Laumen, Handbuch der Beweislast im Privatrecht, Band 2, § 1591, Rn 12; Giesen JZ 1985, 1055, 1056.

nichtehelichen Gemeinschaft nach außen nicht eindeutig feststellbar sei¹¹. Diese Begründung spiegelt das Prinzip der Statusklarheit wider. Es soll bei der abstammungsrechtlichen Zuordnung des Kindes an klar nach außen erkennbare Faktoren angeknüpft werden.

In das Recht auf Einräumung einer Elternstellung des nichtehelichen Partners wird dadurch nicht eingegriffen, da er die Vaterschaft anerkennen oder gerichtlich feststellen lassen kann. Das Recht auf Fortpflanzung in Form des Rechts auf Einräumung einer Elternstellung beinhaltet keinen Anspruch darauf, dass die Elternschaftszuordnung ohne weiteres Zutun mit der Geburt des Kindes erfolgt.

c) Postmortale Insemination

Nach der Neufassung des Gesetzes kommt es für die Vaterschaftsvermutung für den Ehemann nur noch auf die Geburt innerhalb der Ehe oder bis zu 300 Tage nach dem Tod des Ehemannes an. Da die Geburt eines postmortal gezeugten Kindes in der Regel nicht mehr innerhalb von 300 Tagen nach der durch Tod des Ehemannes aufgelösten Ehe stattfindet (vgl. §§ 1593 S. 1, 1592 Nr. 1 BGB), gilt der verstorbene Mann zunächst nicht mehr als Vater des Kindes¹². Das Kind kann die Vaterschaft des verstorbenen Ehemannes der Mutter jedoch gerichtlich feststellen lassen (§§ 1592 Nr.3, 1600d BGB). Falls die Mutter vor der Geburt des Kindes erneut geheiratet hat, gilt das Kind gemäß § 1592 Nr.1 BGB als vom jetzigen Ehemann der Mutter abstammend. Da diese Zuordnung nicht den wahren Abstammungsverhältnissen entspricht, können das Kind, die Mutter und der neue Ehemann der Mutter die Vaterschaftsvermutung nach § 1600 BGB anfechten.

Dass der Verstorbene nicht der Vater des Kindes wird, verstößt nicht gegen sein Recht auf Fortpflanzung in Form des Rechts auf Einräumung der Elternstellung. Nach dem Tod steht ihm dieses Recht nicht mehr zu¹³.

II. USA

1. Mutterschaft

Im Falle einer homologen Insemination kann es zu keinen Problemen im Hinblick auf die Frage nach der rechtlichen Mutterschaft kommen. Gebärende Frau, genetische Mutter und Wunschmutter sind identisch.

¹¹ BT-Drucks. 13/ 4899, 52; Wohn, Reproduktionstechniken, 77f.

¹² GhM Bernat, Lebensbeginn von Menschenhand, 125, 151; Britting, Postmortale Insemination, 138; Soergel/ Gaul, BGB, § 1591 Rn 47; MüKo/ Mutschler §§ 1591, 1592 Rn 48; Schumacher, FamRZ 1987, 313, 314; Quantius, FamRZ 1998, 1445, 1447; a.A. Deutsch, MDR 1985, 177, 181.

¹³ S. hierzu bereits oben 4. Teil C I.1.a).

2. Vaterschaft

a) Allgemein

Bei einer homologen Insemination wird in den USA problem- und diskussionslos der Ehemann der Mutter über Sec. 4 (a) (1) UPA (1973) als Vater des Kindes vermutet¹⁴. Auch hier stimmen äußerer Schein und genetisches Material überein, weswegen eine Anfechtung nicht möglich ist. Der Lebensgefährte der Mutter wird hingegen nicht ohne weiteres als Vater des Kindes vermutet. Wenn er jedoch das Kind in sein Haus aufnimmt und als das seine ausgibt, spricht auch für ihn eine Vaterschaftsvermutung (Sec. 4 (a) (4) UPA (1973)). Nach der Neufassung des UPA (2000) bleibt die Vaterschaftsvermutung für den Ehemann bestehen, der Lebenspartner kann allerdings nur noch durch freiwillige Anerkennung der Vaterschaft nach Art. 3 UPA (2000) oder im Wege der gerichtlichen Feststellung zum rechtlichen Vater werden. Damit ist die abstammungsrechtliche Situation ebenso geregelt wie in Deutschland. Wohl wurde erkannt, dass Vaterschaftsvermutung durch die Aufnahme des Kindes in das Haus des Mannes das Prinzip der Statusklarheit zu Lasten der Statusbeständigkeit zu weit ausdehnen würde. Der Zustand des bloßen Zusammenlebens mit dem Kind kann einfach und problemlos aufgelöst werden. In diesem Fall hätte das Kind dann keinen vermuteten Vater mehr. Daran zeigt sich, dass eine solche Vermutung für den mit dem Kind zusammenlebenden Mann das Prinzip der Statusbeständigkeit nicht genügend beachtet und im Einzelfall zu Lasten des Kindes gehen kann.

b) Postmortale Insemination

Probleme können bei der postmortalen Insemination auftreten. Hier stellt sich zum einen die Frage, ob es sich um eine homologe oder eine heterologe Insemination handelt, danach muss geklärt werden, wer der Vater des Kindes sein soll.

aa) Homologe oder heterologe Insemination

Zunächst ist die Frage zu beantworten, ob die postmortale Insemination unter den Begriff der homologen Insemination oder den der heterologen Insemination fällt. In Deutschland stellt sich dieses Problem nicht, da keine Sondernormen für die heterologe Insemination existieren. Gleichgültig welche Art der Insemination vorliegt, müssen dort die allgemeinen Normen angewendet werden. Da in den USA jedoch der UPA (1973) mit Sec. 5 eine Sondernorm für den Fall der heterologen Insemination geschaffen hat, muss diese Frage hier zunächst geklärt werden.

Für eine heterologe Insemination spricht, dass die Frau im Zeitpunkt der Insemination nicht mehr verheiratet ist. Die Ehe wurde durch den Tod ihres Mannes aufgelöst. Die Frau wird also mit Samen eines Mannes befruchtet, der nicht (mehr) ihr

¹⁴ Adoption of Anonymous 345 N.Y.S.2d, 430, 431 (N.Y.1973); People v. Sorensen 66 Cal. Rptr. 7 (Cal. 1968); Sherwyn & Handel v. Dept. of Social Services 218 Cal. Rptr. 778, 780; Doornbos v. Doornbos 23 U.S.L.W. 2308; Oakley, Fathers, Husbands and Lovers, 75, 76.

Ehemann ist¹⁵. Würde man nach dieser Argumentation zu dem Ergebnis kommen, es handele sich bei der postmortalen Insemination um eine heterologe Besamung nach Sec. 5 UPA (1973), ist immer noch nicht klar, welchen Status das Kind haben soll. Nach Sec. 5 (b) UPA (1973) ist der Samenspender nur dann nicht der Vater des Kindes, wenn eine andere Frau als seine Ehefrau mit seinem Samen befruchtet wird. Hier ist es aber gerade die frühere Ehefrau des Spenders, die befruchtet wird. Wenn man auf den Zeitpunkt der Samenspende abstellt, war die Frau auch verheiratet. Auch hatte die Frau eine Beziehung mit dem Samenspender, und dieser hat die Entscheidung, ein Kind zu zeugen, mitgetragen¹⁶. Sec. 5 (b) UPA (1973) will nur den Samenspender, mit dessen Samen eine andere Frau als seine Ehefrau befruchtet wird, davor schützen, väterliche Pflichten übernehmen zu müssen. Auch wenn man davon ausgeht, dass die Frau eine alleinerziehende Mutter sein wird, so besteht doch kein Zweifel, dass der Samen, mit dem das Kind gezeugt wurde, der ihres Ehemannes ist. Dies unter den Begriff der heterologen Insemination zu subsumieren, würde unnötige Probleme schaffen.

bb) Gesetzliche Regelungen

Die Frage nach der Vaterschaft nach einer postmortalen Insemination wird nur teilweise ausdrücklich spezialgesetzlich geregelt. Der *Uniform Status of Children of Assisted Conception Act* (USCACA) greift diese Problematik auf. North Dakota und Virginia, die diesen Act angenommen haben, haben eine ausdrückliche Regelung bezüglich der Vaterschaft nach postmortaler Insemination getroffen. North Dakota hat den Wortlaut des USCACA übernommen, wonach eine Person, die vor der Insemination stirbt, kein Elternteil ist¹⁷. Virginia hat eine differenzierte Regelung getroffen. Wer stirbt, bevor der Embryo in den Uterus eingesetzt ist, ist hiernach kein Elternteil¹⁸. Zwei Ausnahmen gelten jedoch in diesem Zusammenhang. Zum einen, wenn die Todesnachricht dem Arzt, der den Eingriff vorgenommen hat, nicht mehr rechtzeitig vor Durchführung des Eingriffs zugeht und zum anderen, wenn der Verstorbene vor seinem Tod der Insemination schriftlich zugestimmt hat. In diesen Fällen ist der Verstorbene der Vater des aus der Insemination hervorgehenden Kindes. Die restlichen Staaten haben keine Regelung getroffen¹⁹. In den sechziger Jahren wurde vorgeschlagen, dass ein Kind, das aus einer postmortalen Insemination hervorgegangen ist, das eheliche Kind der Mutter und ihres verstorbenen Ehemannes ist, wenn die Mutter nicht vor der Geburt erneut geheiratet hat²⁰. Nach dem heutigen geschriebenen Recht in den Staaten, die keine Sonderregelung geschaffen haben, kommt man stets dann zu diesem Ergebnis, wenn das Kind innerhalb von 300 Tagen

¹⁵ Shapiro, 1 J.L. & Health 229, 247; Gilbert, 22 Hofstra L.Rev. 521, 530 (1993-94); Jones, 36 Am. J. Comp. L. (1988) 525, 528; Burkdale, 46 Hastings L.J. (1995) 875, 886; Mika/ Hurst, 79 Marq.L.Rev. 993, 1017 (1996); Atherton, 60 Austl. L. J. (1986) 374, 380f; Shapiro/ Sonnenblick, 1 J.L. & Health 229, 247.

¹⁶ Gilbert, 22 Hofstra L. Rev. (1993) 521, 530f.

¹⁷ N.D. Cent. Code § 14-18 (1995).

¹⁸ Va. Code Ann. §§ 20-156 – 165 (1995).

¹⁹ Teilweise wird auch in anderen Staaten von einem postmortalen Kind und seinem möglichen Erbrecht gesprochen, jedoch nicht auf Vaterschaftsfragen oder das Problem der Zeugung nach dem Tod eingegangen, z.B. Colo Rev. Stat. Ann. § 38-30-119, Kan. Stat. Ann. § 59-501.

²⁰ Leach, 48 A.B.A.J. 942, 944 (1962).

nach der Auflösung der Ehe geboren wurde. Der UPA (1973) trifft keine Sonderregelung, wenn das Kind erst nach dem Tod des Ehemannes gezeugt wurde. Der neue UPA (2000) dagegen hat auch für diese Situation eine Regelung getroffen. Nach Art. 7 Sec. 707 UPA (2000) ist der verstorbene Ehepartner grundsätzlich kein Elternteil, wenn die Insemination nicht bereits vor seinem Tod vorgenommen wurde. Eine Ausnahme soll jedoch dann gelten, wenn der Verstorbene vor seinem Tod einer postmortalen Insemination ausdrücklich in einer protokollierten Erklärung zugestimmt hat.

In der weit überwiegenden Zahl der Staaten werden momentan noch keine besonderen Regelungen bezüglich der postmortalen Vaterschaft getroffen. Auch aus Verfassungsrecht kann dort dem verstorbenen Mann keine Vaterstellung eingeräumt werden. Der verstorbene Mann hat kein Recht auf Fortpflanzung mehr²¹. Dies erscheint aus Sicht des Mannes interessengerecht. Da er bei der Geburt des Kindes bereits tot ist, liegt kein Grund mehr vor, ihm die Elternstellung einzuräumen – er kann sein Kind nicht mehr sehen und sich selbst in ihm wiedererkennen, ebenso wenig kann er ihm Erfahrungen und Werte in erzieherischer Weise weitergeben.

Aus dem Recht auf Fortpflanzung der Ehefrau kann auch kein Anspruch abgeleitet werden, dass ihr verstorbener Ehemann als Vater des Kindes anerkannt wird. Denn auch wenn man einen solchen Anspruch auf Einräumung einer Elternstellung aus dem Recht auf Fortpflanzung folgert²², wird nur der Frau selbst dies zugestanden. Sie kann sich fortpflanzen und wird in Folge auch die rechtliche Mutter des Kindes. Einfluss auf die Vaterstellung kann sie jedoch aus eigenem Recht nicht nehmen. Das Recht auf Fortpflanzung geht nur so weit, wie es um die eigene Fortpflanzung geht.

Auch das Kind hat keinen Anspruch, einen bestimmten Mann als Vater zugeordnet zu bekommen. Die abstammungsrechtlichen Prinzipien der Statusklarheit sowie der Statusbeständigkeit können nach dem Tod des Vaters nicht mehr verwirklicht werden²³. Dem Prinzip der genetischen Abstammung wird dadurch Rechnung getragen, dass der Mann bei einer Geburt innerhalb von 300 Tagen nach seinem Tod als Vater des Kindes vermutet wird.

III. Fazit

In Deutschland und den USA wirft die homologe Insemination in ihrer Grundform keine abstammungsrechtlichen Probleme auf. Das Ehepaar, das das Kind gezeugt hat, tritt auch rechtlich in die Elternstellung ein. Schwieriger ist die Situation bei der Frage nach der postmortalen Insemination und ihren statusrechtlichen Folgen. Es existieren außer in zwei Staaten der USA keine Sondernormen. Der verstorbene Ehemann wird nach den gesetzlichen Regelungen sowohl in Deutschland als auch in den USA nur dann der rechtliche Vater, wenn das Kind innerhalb einer bestimmten

²¹ S.o.4.Teil C.I.2.a).

²² Was in den USA nicht geschieht s.o.4.Teil B.II.4.

²³ Zu einer Darstellung dieser Prinzipien s.o.3.Teil B.I.

Zeitspanne nach seinem Tod geboren wird oder seine Vaterschaft gerichtlich festgestellt wird.

B. Heterologe Insemination

Die heterologe Insemination ist in ihrer abstammungsrechtlichen Behandlung ebenfalls zunächst unproblematisch. In Deutschland dreht sich die Hauptdiskussion darum, ob der Ehemann der Mutter seine Vaterschaft noch anfechten kann, wenn er der Insemination vorher zugestimmt hatte. In den USA sind dafür bereits Sondernormen geschaffen worden.

I. Deutschland

Die Regelungen im Hinblick auf die moderne Fortpflanzungsmedizin, insbesondere die heterologe Insemination, sind auch durch die neue Gesetzesfassung nicht klarer geworden. Zumindest die Vaterschaft wird nicht näher erläutert. Als Begründung hierfür wurde angeführt, dass der Gesetzgeber einer umfassenden Regelung der Gesamtproblematik nicht durch eine punktuelle Regelung von Teilaspekten im Zivilrecht vorgreifen wolle²⁴. Vielmehr sollen die noch bestehenden Lücken auf dem Gebiet der künstlichen Fortpflanzung durch ein noch zu erlassendes Fortpflanzungsmedizingesetz geschlossen werden²⁵. Außerdem wurde vorgebracht, es sei zu befürchten, dass zivilrechtliche Teilregelungen der heterologen Insemination als Billigung dieser Methode der Fortpflanzungsmedizin durch den Gesetzgeber verstanden würden, ohne dass die Grenzen dieser Methode gesetzlich festgelegt seien²⁶. An der Untätigkeit des Gesetzgebers im Hinblick auf die abstammungsrechtliche Behandlung der heterologen Insemination ist in der Literatur Kritik geübt worden²⁷.

Da aber noch keine Sonderregelungen für die künstliche Fortpflanzung und besonders für die heterologe Insemination existieren, muss man auf die allgemeinen abstammungsrechtlichen Normen zurückgreifen.

1. Mutterschaft

Die Feststellung der Mutterschaft bereitet keine Probleme. Nach § 1591 BGB ist die gebärende Frau die Mutter des Kindes. Sie ist auch seine genetische Mutter.

²⁴ BT-Drucks. 13/ 4899, 52, 166; 13/ 8511, 69.

²⁵ Ein solches existiert in Österreich bereits seit 1992, s. hierzu: Coester-Waltjen, FamRZ 2000, 598; auch die ehemalige Gesundheitsministerin Fischer plante ein solches Fortpflanzungsmedizingesetz für die BRD, s. Rede der Gesundheitsministerin auf der Tagung zur Biomedizin der Bundestagsfraktion Bündnis 90/ Die Grünen vom 4.11.2000; die Sprecherin für Humangenetik der CDU/ CSU-Fraktion Reiche kündigt momentan für die nächste Legislaturperiode ein umfassendes Fortpflanzungsmedizingesetz an, s. DIE WELT v.

Klinkhammer, Dt.Ärztebl. 2000, 1275.

²⁶ BT-Drucks. 13/ 8511, 69.

²⁷ Gaul, FamRZ 1997, 1441, 1465; Helms, FuR 1996, 178; Mutschler, FamRZ 1996, 1381, 1385; Ramm, JZ 1996, 987, 993.

2. Vaterschaft

Komplizierter als die Frage nach der Mutterschaft gestaltet sich diejenige nach der Vaterschaft. Hier kommt man zu unterschiedlichen Ergebnissen, je nachdem ob die Mutter des Kindes verheiratet ist oder nicht.

a) Verheiratete Mutter

Ein durch heterologe Insemination gezeugtes Kind ist genetisch das Kind der Ehefrau und des Spenders. Da es jedoch in die Ehe der Mutter geboren wird, gilt nach § 1592 Nr. 1 BGB für den Ehemann der Mutter zunächst die Vaterschaftsvermutung. Das Nichtbestehen der Vaterschaft kann nur mittels einer Vaterschaftsanfechtung nach §§ 1600ff BGB geltend gemacht werden. Diese Anfechtung kann jedoch nicht durch den Samenspender vorgenommen werden. Ihm steht auch nach der Neufassung des BGB kein solches Anfechtungsrecht zu²⁸. Im Falle der heterologen Insemination stellt dies keinen Verstoß gegen das aus der genetischen Verbindung zwischen Spender und Kind folgende Recht des Samenspenders auf Einräumung der Elternstellung dar. Der Spender hat auf dieses Recht verzichtet. Er hat sich in Kenntnis der Tatsache, dass er nicht die Vaterstellung für das Kind erhalten wird, für eine Samenspende entschieden. Zusätzlich zu seinem Verzicht auf das Recht auf Elternstellung wäre ein Eingriff in dieses Recht in der Regel durch einen Rückgriff auf das Kindeswohl gerechtfertigt. Das Kind hat ein Interesse an einer möglichst schnellen und anhaltenden Zuordnung zu einem Vater. Die Prinzipien der Statusklarheit und Statusbeständigkeit überlagern hier das Prinzip der genetischen Abstammung. Auch geht die typisierte Kindeswohlprüfung hier zurecht davon aus, dass das Kind stets besser in der Familie der Wunscheltern aufgehoben ist.

b) Unverheiratete Mutter

Bei einer unverheirateten Frau gilt es nochmals zu unterscheiden zwischen alleinstehenden Frauen und Frauen, die in nichtehelicher Lebensgemeinschaft leben. Grundsätzlich sollen heterologe Inseminationen bei nichtverheirateten Partnern nach dem ärztlichen Standesrecht nicht vorgenommen werden²⁹. Mit den abstammungsrechtlichen Folgen dennoch erfolgter Inseminationen muss man sich aber doch befassen.

aa) Nichteheleiche Lebensgemeinschaft

Anders als der Ehemann wird der nichteheleiche Partner nicht automatisch mit der Geburt rechtlich als Vater vermutet. Das Kind ist also zunächst vaterlos. Will man den zustimmenden Lebenspartner ebenso wie den Ehemann an seiner Verantwortung für das Kind auch statusrechtlich bereits vor der Zeugung des Kindes festhalten, kommen zwei Modelle in Betracht.

²⁸ S.o. 5.Teil A.I.4.a)bb)bbb).

²⁹ Sec. 3.2.3 BAeK Richtlinien.

aaa) Zum einen könnte man ein präkonzeptionelles Vaterschaftsanerkennnis bzw. eine präkonzeptionelle Adoption zulassen. Dem Kind könnte so bereits vor der Zeugung ein Mann als Vater zugeordnet werden.

Eine präkonzeptionelle Adoption wird allerdings einstimmig abgelehnt³⁰. Eine solche würde vom geltenden Adoptionsrecht an keiner Stelle vorgesehen, da sie mit dem Wesen des Adoptionsrechts nicht vereinbar wäre. Hier müssten bereits bindende Entscheidungen getroffen werden in einem Stadium, in dem noch nicht einmal sicher ist, ob das Kind überhaupt geboren wird, ob nämlich die Befruchtung zum Erfolg geführt hat³¹. Auch müsste das Vormundschaftsgericht über das Wohl eines noch nicht gezeugten Kindes, das möglicherweise niemals zur Welt kommen wird, entscheiden³².

Allgemein kennt das deutsche Recht keine statusbestimmenden Erklärungen vor der Zeugung³³. Daher ist auch ein Vaterschaftsanerkennnis lediglich pränatal, nicht jedoch präkonzeptionell zulässig³⁴. Das deutsche Recht sieht an keiner Stelle Handlungen vor, die zugunsten oder zu Lasten eines noch Ungezeugten vorgenommen werden können. Diese wären mit zu vielen Unabwägbarkeiten verbunden, da im Zeitpunkt der Handlung noch nicht einmal klar wäre, ob der Mensch, für den sie vorgenommen wird, überhaupt jemals existieren wird.

bbb) Eine weitere Möglichkeit wäre eine Orientierung am Modell einiger ausländischer Rechtsordnungen, wonach der einer heterologen Insemination zustimmende Mann unwiderlegbar als Vater vermutet wird³⁵. Diese Zustimmung sollte dann notariell beurkundet werden. Auch diese Lösung ist jedoch mit dem geltenden deutschen Recht nicht zu vereinbaren, da die letzte, unwiderlegliche Vaterschaftsvermutung für den genetischen Vater spricht³⁶. Auch der Ehemann kann nach Ansicht der Gerichte nicht an seine Zustimmung zur Insemination gebunden werden, sondern es soll ihm sein Anfechtungsrecht erhalten bleiben³⁷. Man wird dann den nichtehelichen Partner erst recht nicht an seiner Zustimmung vor der Zeugung festhalten können.

Es besteht also nach momentaner deutscher Gesetzeslage keine Möglichkeit, den nichtehelichen Lebenspartner der Mutter bereits vor der Zeugung des Kindes an seine Zustimmung zu binden. Das Kind ist darauf angewiesen, dass er vor oder nach

³⁰ Schumacher, FamRZ 1987, 313, 317; Bund-Länder-Arbeitsgruppe „Fortpflanzungsmedizin“, Abschlußbericht, Beilage zum Bundesanzeiger v. 6.1.1989, S. 21; Coester-Waltjen, Embryonenschutz, 80, 90; Junghans, Familienrechtlicher Status, 74.

³¹ Das Kind muss als Objekt der Anerkennung bzw. Adoption bereits existent, wenn auch noch nicht geboren sein: Junghans, Familienrechtlicher Status, 74; Coester-Waltjen, Embryonenschutz, 80, 90.

³² Coester-Waltjen, Embryonenschutz, 80, 90.

³³ Soergel/ Gaul, BGB, § 1591 Rn 33 Nachträge Oktober 1984; Junghans, Familienrechtlicher Status, 74; Lüderitz, Familienrecht, Rn 694.

³⁴ § 1594 Abs. 4 BGB.

³⁵ Österreich: § 163 III ABGB idF eines Fortpflanzungshilfegesetzes 1990; GB: Sec. 28 III Human Fertilisation and Embryology Act 1990; Schweden: 1. Kap., § 7 ElternG 1949 idF 1984; USA: Sec. 5 UPA (1973).

³⁶ Palandt/ Diederichsen, BGB § 1600d, Rn 1.

³⁷ S.u. 6. Teil B.I.2.d)aa)bbb).

der Geburt seine Vaterschaft anerkennt. Da ihm diese Möglichkeit zusteht, wird in sein Recht auf Einräumung einer Elternstellung nicht eingegriffen.

bb) Alleinstehende Frau

Hat die künstlich befruchtete Frau keinen Lebenspartner, wird das Kind als das nichteheliche der Mutter und des Samenspenders geboren. Da kein Ehemann oder Partner existiert, der rechtlich mit der Geburt als Vater vermutet wird oder die Vaterschaft anerkennen könnte, ist das Kind zunächst vaterlos. Ihm fehlt ein Unterhaltsschuldner. Also ist das Kind hier in der Regel darauf angewiesen, dass der Samenspender als Vater festgestellt wird. Dies widerspricht auch nicht dem Kindeswohl, da es in jedem Fall besser ist, einen Unterhaltsschuldner mehr zu haben, auch wenn dieser kein Interesse daran hat, eine wirkliche Vater-Kind-Beziehung aufzubauen³⁸.

c) Zwischenergebnis

Falls das Kind in eine bestehende Ehe hineingeboren wird, wird der Ehemann der Mutter als sein Vater vermutet. Wenn die Mutter jedoch nicht verheiratet ist, sei es, weil sie in nichtehelicher Lebensgemeinschaft lebt oder alleinstehend ist, hat das Kind zunächst keinen Vater. Es besteht auch keine Möglichkeit, die Vaterschaft des nichtehelichen Lebenspartners oder des Samenspenders bereits vor der Zeugung des Kindes im Rahmen der bestehenden Systematik des Abstammungsrechts zu sichern, vielmehr muss auf die allgemeinen Institute der Vaterschaftsanerkennung oder gerichtlichen Feststellung zurückgegriffen werden.

d) Anfechtung der Vaterschaft bei konsentierter Insemination

Wenn das Kind in eine bestehende Ehe hineingeboren wird, wird gemäß § 1592 Nr.1 BGB der Ehemann der Mutter als dessen Vater vermutet, auch wenn es eindeutig und allen Beteiligten klar ist, dass er nicht der genetische Vater ist. Hat der Ehemann der Insemination nicht zugestimmt, ist unumstritten, dass er seine Vaterschaft anfechten kann. Anders lag der Fall bis vor kurzem, wenn er der Insemination zugestimmt hat. Ob ihm hier ebenfalls ein Anfechtungsrecht zustehen soll und welche Folgen dieses haben kann, war lange Zeit unklar. Durch das Gesetz zur Verbesserung von Kinderrechten³⁹, das am 12.04.2002 in Kraft getreten ist, wurde ein neuer § 1600 Abs. 2 BGB eingefügt, wonach dem Vater sowie der Mutter für den Fall eines mit Einwilligung beider durch heterologe Insemination geborenen Kindes die Anfechtung versagt wird⁴⁰. Mit dieser neuen Regelung hat sich eine jahrelange Diskussion erledigt. Der Gesetzgebers hat sich der herrschenden Meinung in der Literatur angeschlossen. Der BGH hatte sich dagegen stets für eine grundsätzliche Anfechtbarkeit ausgesprochen. Für das Verständnis der Entscheidung des Gesetzgebers ist es

³⁸ Bernat, Lebensbeginn durch Menschenhand, 125, 147.

³⁹ BGBl. I, 1239

⁴⁰ Diese Norm gilt sowohl für den Ehemann der Mutter als auch für den nicht mit der Mutter verheirateten Mann, der seine Vaterschaft anerkannt hat; BT-Drucks. 14/ 2096, 7.

unerlässlich, sich die früher geführte Diskussion über das Anfechtungsrecht des Ehemannes zu vergegenwärtigen.

aa) Anfechtungsrecht des Ehemannes

Das Anfechtungsrecht des Ehemannes bei konsentierter Insemination wurde durch das Kindschaftsrechtsreformgesetz aus dem Jahre 1998 noch nicht gesetzlich ausgeschlossen. Viele andere Länder hatten bereits damals Spezialregelungen für diese Fälle getroffen⁴¹. Bei den Beratungen zum Kindschaftsrechtsreformgesetz plädierte der Bundesrat dafür, die Anfechtung des Ehemannes generell auszuschließen⁴². Die Bundesregierung hingegen suchte nach Garantien für eine informierte Einwilligung. Der Ehemann sollte sich vor seiner Einwilligung über alle Folgen völlig im Klaren sein. Eine solche Sicherheit hätte man etwa, wenn man eine notarielle Beurkundung der Beratung des Ehemannes fordern würde. Da dies aber sehr kompliziert und langwierig sein würde, verlangte die Bundesregierung erfolgreich eine Verschiebung des Problems⁴³. Außerdem wurde vorgebracht, dass es zunächst einer vorrangigen Klärung schwieriger Rechtsfragen wie der Zulässigkeit der Samenspende allgemein bedürfe⁴⁴. Dieses Argument wurde vom Bundesrat in der Begründung zum Gesetz zur Verbesserung von Kinderrechten ausdrücklich abgelehnt, da vielmehr ausschlaggebend sein müsse, dass durch heterologe Insemination gezeugte Kinder vorhanden seien, die geschützt werden müssen⁴⁵.

Literatur und Rechtsprechung nahmen im Streit um das Anfechtungsrecht des Ehemannes unterschiedliche Standpunkte ein, die ursprünglich wesentlich voneinander abwichen, im Laufe der Jahre aber durch ein differenziertes System von Ausnahmen zumeist zu den selben Ergebnissen kamen.

aaa) Die Literatur vertrat zu diesem Problem überwiegend die Auffassung, die Zustimmung des Ehemannes zur künstlichen Befruchtung schließe dessen anschließende Anfechtung aus bzw. stelle diese nach dem Grundsatz des „venire contra factum proprium“ als rechtsmissbräuchlich dar⁴⁶. Als Argument hierfür wurde

⁴¹ Zu der Regelung in den USA in Sec. 5 UPA (1973) vgl unten 6. Teil B.II.2.; aber auch in europäischen Ländern wurden vielfach gesetzliche Regelungen getroffen: Großbritannien: Sec. 28 II und III Human Fertilisation and Embryology Act 1990; Norwegen: § 9 III KinderG 1981; Portugal: Art. 1839 III Cc; Schweiz: Art. 256 III ZGB; Belgien: Art. 318 § 4 Cc; Niederlande: Art. 1:201 I BW; Österreich: §§ 156a, 163 III ABGB; Schweden: 1. Kap. § 6 ElternG 1949 idF v 1984; Spanien: Art. 8 I Gesetz über künstliche Befruchtung 1988.

⁴² BT-Drucks. 13/ 4899, 148.

⁴³ BT-Drucks. 13/ 4899, 166; auch bei der Beratung zum Gesetz zur Verbesserung von Kinderrechten forderte die Bundesregierung, dass die Einwilligung notariell beurkundet werden solle, BT-Drucks. 14/ 2096, 9. Der neue § 1600 Abs. 2 BGB sieht eine solche notarielle Beurkundung jedoch nicht vor.

⁴⁴ BT-Drucks. 13/ 4899, 166.

⁴⁵ BT-Drucks. 14/2096, 7.

⁴⁶ Schlüter, FamR, 158; Kollhossler, JA 1985, 553, 555; Giesen, Hegnauer-FS, 67; ders. Verhandlungen, K 62f; Deutsch, MDR 1985, 177, 180; ders.: VersR 1985, 1002, 1003; ders. Arztrecht und Arzneimittelrecht, Rn 257; Küppers, Entgeltliche Tragmutterschaft, 74ff; Bernat, Lebensbeginn durch Menschenhand, 125, 136; ders. MedR 1986, 245, 247; Staudinger/ Göppinger, BGB § 1591, Rn 40, MüKo/ Mutschler, §§ 1591, 1592, Rn 52; Becker, ZBlJugR 1979, 241; Gernhuber, FamR, § 45 X 5; Benecke, Heterologe Insemination, 20ff; Erman/ Küchenhoff, BGB § 1591, Rn 9; Coester-Waltjen, NJW 1983, 2059; Dietrich, Mutterschaft, 384ff; Zimmermann, FamRZ 1981, 931; Giesen, JZ 1983, 552; Grünkorn, Die Frist zur Anfechtung, 28ff; Leipold, Kralik-FS, 470; Reinke, Recht des Kindes, 60; Harder, JuS 1986, 505, 507; Ostendorf, In vitro Fertilisation, 177, 191; Lurger, DEuFamR 1999, 210, 215; aus der älteren Literatur: Heiss, Die künstliche Insemination, 360;

angeführt, dass auch der Mann, der einer Adoption zustimme, sich danach nicht mehr von ihr lösen könne⁴⁷. Außerdem sollte die Bedenkzeit des § 1600b Abs. 1 BGB nach ihrem Sinn und Zweck nur denjenigen Ehemann schützen, der plötzlich und unvorbereitet von Umständen Kenntnis erlangt, die gegen seine Vaterschaft sprechen, so dass er unter Berücksichtigung des Zustandes seiner Ehe und nach sorgfältiger Abwägung des Für und Wider eine im Gewissen gebundene Entscheidung über die Frage treffen könne, ob er dem Kind seinen Status nehmen wolle oder nicht⁴⁸. Bei der konsentierten Fremdinsemination lägen die Voraussetzungen gerade nicht so, vielmehr habe sich der Ehemann in der Regel vor dem Eingriff genau überlegt, ob er diesem zustimmen solle. Er habe sich also bereits auf die Tatsache eingestellt, dass das Kind nicht sein leibliches sein werde. Somit sei seine Situation nicht vergleichbar mit der, für die das Anfechtungsrecht geschaffen wurde⁴⁹. Ebenfalls sollte nach dieser Ansicht eine Anfechtung der Vaterschaft nicht möglich sein, weil das Kind danach mit dem „Stigma der Unehelichkeit“ belastet sein würde⁵⁰. Außerdem habe der Mann durch seine Zustimmung eine Bedingung für das Entstehen eines Kindes gesetzt⁵¹.

Allerdings machte die Literatur Ausnahmen vom Ausschluss des Anfechtungsrechts. Zum einen wurden hier die Fälle des täuschungsbedingten Einverständnisses genannt, wenn der Ehemann also entweder über seine Infertilität oder aber über die Beziehung seiner Ehefrau zu dem Samenspender getäuscht wurde⁵². Auch sollte das Anfechtungsrecht dann nicht ausscheiden, wenn der Ehemann bei Abgabe seines Einverständnisses geschäftsunfähig war⁵³.

bbb) Nach Ansicht der Rechtsprechung bestand grundsätzlich ein Anfechtungsrecht des Ehemannes, auch wenn er der heterologen Insemination zunächst zugestimmt hatte⁵⁴. Im Laufe der Jahre hatte jedoch auch die Rechtsprechung einen Katalog von Ausnahmen entwickelt. So sollte danach eine Anfechtung nicht möglich sein, wenn beide Ehegatten in die Verwendung des Spendersamens eingewilligt hatten, der Ehemann zeugungsunfähig war, die Ehe der Eltern intakt war, der Ehemann sich

Wassermann, Archiv Sexualforschung 2 (1915/ 1916), 347; Holfelder, Die künstliche Befruchtung; Dünnebiel, Insemination; ebenso: Roth, FamRZ 1996, 769, 771, der allerdings nicht einmal auf den Rechtsmissbrauch, sondern lediglich auf die Privatautonomie abstellt.

⁴⁷ Kollhosser, JA 1985, 553, 559; Deutsch, VersR 1985, 1002, 1003; Bernat, MedR 1986, 245, 248; Giesen, JZ 1983, 552, 553; Frank, Familienpolitik, 71, 97.

⁴⁸ Staudinger/ Göppinger, BGB § 1591 Rn 40; Giesen, JZ 1983, 552, 553; Bernat, Lebensbeginn durch Menschenhand, 125, 136.

⁴⁹ Giesen, JZ 1983, 552, 553; Bernat, MedR 1986, 245, 247; ders. Lebensbeginn durch Menschenhand, 135f; Zimmermann, FamRZ 1981, 929, 931; Schlegel, Jus 1996, 1067, 1069; Kollhosser, JA 1985, 553, 555; Staudinger/ Göppinger, BGB § 1591, Rn 40.

⁵⁰ So etwa Giesen, JZ 1983, 552, 553; ders.: Referat, K 63; Zimmermann, FamRZ 1981, 929, 931; Deutsch, NJW 1986, 1971, 1974; aA Coester-Waltjen, NJW 1983, 2059, 2059.

⁵¹ Deutsch, NJW 1986, 1971, 1974; Giesen, JZ 1983, 552, 553; Roth, FamRZ 1996, 769, 771; Schlegel, JuS 1996, 1067, 1068; Quantius, FamRZ 1998, 1145, 1149; Bernat, MedR 1986, 245, 247.

⁵² Benecke, Heterologe Insemination, 33.

⁵³ Junghans, Familienrechtlicher Status, 211f; so die Situation in BGHZ 87, 169, wo der BGH zum ersten Mal über das Anfechtungsrecht des Ehemannes zu entscheiden hatte.

⁵⁴ Die erste Entscheidung zu diesem Problem findet sich 1983 in BGHZ 87, 169; danach z.B.: BGH NJW 1995, 2921; AG Wesel FamRZ 1986, 493; OLG Celle NJW 1992, 1516; aus der Literatur zustimmend: Spickhoff, AcP 197 (1997), 398, 402; Lee, Leihmutterchaft, 151 mwN; Coester-Waltjen NJW 1983, 2059, 2059; Deichfuß, Abstammungsrecht und Biologie, 173ff.

ebenfalls ein Kind wünschte und dieser vor dem Eingriff über alle möglichen Folgen aufgeklärt worden war⁵⁵. Ebenfalls beachtet werden sollte hier, ob der Spender ausfindig gemacht werden könne. Wenn nicht, bedeute die Anfechtung durch den Ehemann eine besondere Härte für das Kind, da es danach vaterlos bleiben würde⁵⁶.

Grundsätzlich sollte jedoch eine Anfechtung möglich sein. Begründet wurde dies damit, dass das Gesetz denjenigen Willenserklärungen allgemein die rechtliche Wirkung versage, die auf den Ausschluss des Anfechtungsrechts gerichtet seien. Die Anfechtung der Vaterschaft sei nicht vertraglich beschränkbar. Dies sehe man besonders daran, dass § 1598 BGB a.F. abgeschafft wurde⁵⁷. Dieser hatte normierte, dass der Ehemann der Mutter, nachdem er die Ehelichkeit des Kindes anerkannt hatte, diese nicht mehr anfechten konnte. Nach § 1600b BGB führe nunmehr ausschließlich die Versäumnis der Anfechtungsfrist zu einem Rechtsverlust⁵⁸. Dem Mann solle also der Schutz der Überlegungsfrist des § 1600b BGB stets gebühren und er müsse vor übereilten Entschlüssen geschützt werden. Daher verstoße eine Anfechtung der Vaterschaft auch nicht gegen Treu und Glauben und stelle sich nicht als rechtsmissbräuchlich dar. Dies treffe auch auf die Fälle konsentierter heterologer Insemination zu. Solange es keine gesetzliche Regelung zum Schutz des Mannes gebe, die zum Beispiel eine bestimmte Form der Zustimmungserklärung vorschreibe, müsse er anderweitig geschützt werden. Dies geschehe dadurch, dass sein Anfechtungsrecht nicht ausgeschlossen werde. Zwar könne man vorbringen, es widerspreche dem Wohl des Kindes, die Vaterschaftsanfechtung zuzulassen, da es so seine intakte Familiengemeinschaft verliert. Allerdings werde nur in den wenigsten Fällen, in denen es zu einer Anfechtung der Vaterschaft kommt, noch eine Gemeinschaft der Eltern und des Kindes bestehen⁵⁹. Daneben gelte es zu beachten, dass das Kind ein Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung habe. Diesem Recht könne zwar auch anders als durch Anfechtung der Vaterschaft durch den Scheinvater zur Geltung verholfen werden, jedoch werde gerade daran deutlich, dass eine Anfechtung den Interessen des Kindes nicht zuwider liefe⁶⁰.

Das Kind sollte aber auch nach Ansicht der Rechtsprechung nicht schutzlos gestellt werden. Daher wurde in der Zustimmung des Ehemannes zur heterologen Insemination ein konkludentes Unterhaltsversprechen gesehen⁶¹. Es sollte ein vor der Geburt des Kindes zwischen seiner Mutter und deren Ehemann geschlossener Vertrag

⁵⁵ Vgl BT-Drucks. 13/ 4899, 148; OLG Hamm, NJW 1994, 2424, 2425; OLG Düsseldorf, FamRZ 1988, 762, 763; BGH, FamRZ 1988, 764; AG Norderstedt, DAVorm 1991, 419, 421; AG Dieburg, NJW 1987, 713ff; für die Diskussion bei der Neufassung des Gesetzes; aus der Literatur z.B. Gaul, FamRZ 1997, 1441, 1465; Helms, FuR 1996, 178, 189.

⁵⁶ So AG Lüdenscheid, NJW 1986, 784; AG Dieburg, NJW 1987, 713.

⁵⁷ BGHZ 87, 169, 174; bereits vor der Problematik der künstlichen Insemination: BGHZ 2, 130; OHGZ 3, 168; in der Literatur Beitzke, JR 1962, 85; MüKo/ Mutschler, § 1591 Rn 49, § 1594 Rn 14; a.A. OLG Köln, NJW 1961, 2312.

⁵⁸ So das Urteil des KG vom 7.10.1981 (AZ 3 U 1190/ 81), das in zweiter Instanz das Urteil BGHZ 87, 168 vorwegnahm.

⁵⁹ So auch Coester-Waltjen, Gutachten, B 52.

⁶⁰ Coester-Waltjen, Gutachten, B 53.

⁶¹ Noch ausdrücklich offengelassen in BGH, NJW 1993 2073; dann jedoch so entschieden in BGH, NJW 1995, 2921; BGH, NJW 1995, 2028; LG Duisburg, FamRZ 1987, 97; aus der Literatur: Coester-Waltjen, NJW 1983, 2059; dies.: Gutachten, B 54; Gernhuber/ Coester-Waltjen, FamR, § 52, 1; Beitzke/ Lüderitz, FamR (26. Aufl.) § 24 II 4; Göppinger/ Wax u.a., UnterhaltsR, Rn 1676.

zugunsten Dritter vorliegen, aus dem das Kind berechtigt war, seinen Unterhalt zu verlangen.

ccc) Klar dürfte auch vor der Neufassung des § 1600 Abs. 2 BGB gewesen sein, dass man dem Ehemann ein Anfechtungsrecht nur zustehen konnte, wenn man für die unterhaltsrechtlichen Folgeprobleme eine angemessene Lösung vorsah. Ohne die Konstruktion eines konkludenten Unterhaltsversprechens hätte die Anfechtung zu einer nicht gerechtfertigten Härte für das Kind geführt. Hatte sich der Ehemann vorher in Kenntnis aller Umstände mit der Insemination einverstanden erklärt, so verstieße ein uneingeschränktes Anfechtungsrecht gegen das Prinzip des Kindeswohls und der Ehemann hätte sich auf Kosten des Kindes von seiner früheren Entscheidung lossagen können. Der Ehemann ist bei der heterologen Insemination weniger schutzbedürftig als ein Ehemann, der plötzlich und unerwartet von der Nichtehelichkeit des Kindes Kenntnis erlangt⁶². Damit muss ihm auch kein uneingeschränktes Anfechtungsrecht eingeräumt werden. Das Anfechtungsrecht des heutigen § 1600 Abs. 1 BGB wurde eingeführt, damit sich der Ehemann dagegen wehren kann, dass ihm gegen seinen Willen die Stellung eines Vaters für ein nicht von ihm abstammendes Kind aufgebürdet wird⁶³. Der Mann, der einer heterologen Insemination zustimmt, befindet sich nicht in einer vergleichbaren Situation wie derjenige, der mit einem Ehebruchskind konfrontiert wird. Durch seine Zustimmung hat er erst eine Voraussetzung für die Zeugung des Kindes geschaffen. Daher sollte er sich nach der Geburt des Kindes nicht aus seiner Verantwortung befreien können⁶⁴. Da er vor der Zustimmung alle Vor- und Nachteile bedenken konnte, kann ihm auch zugemutet werden, dass er sich nach der Zeugung des Kindes an seiner Zustimmung festhalten lassen muss. Die Mutter hingegen wäre in ihrer Verantwortung gefangen, auch wenn sie argumentiert, dass sie das Kind nie ohne Zustimmung des Mannes und ohne dessen Mithilfe nach der Geburt hätte haben wollen⁶⁵.

Das Argument, man könne sich von seinem Anfechtungsrecht nicht durch Willenserklärung lossagen, ist zu formalistisch. Als der Gesetzgeber 1961 entschied, dem Mann müsse die Anfechtungsfrist des § 1594 BGB damaliger Fassung stets zustehen, hatte er dabei nicht an die Fälle einer konsentierten heterologen Insemination gedacht, da solche Eingriffe damals noch nicht an der Tagesordnung waren⁶⁶. Daher schien es zumindest problematisch, wenn der Bundesgerichtshof auf diese Entscheidung verwies.

Hinsichtlich des Umfangs des Ausschlusses des Anfechtungsrechts darf man auf der anderen Seite die psychische Stresssituation, in der sich der Ehemann befindet, auch nicht unterschätzen. Zum einen wird er unter seiner Zeugungsunfähigkeit leiden, zum anderen ist auch für ihn nicht vorhersehbar, wie er auf ein genetisch fremdes Kind

⁶² Staudinger/ Göppinger, BGB, § 1591 Rn 40; Giesen, JZ 1983, 552, 553; Bernat, Lebensbeginn durch Menschenhand, 125, 136.

⁶³ BVerfGE 38, 241, 251.

⁶⁴ So auch BT-Drucks. 14/ 2096, 6.

⁶⁵ Im Ergebnis ebenso Junghans, Familienrechtlicher Status, 107 u. 129f.

⁶⁶ Wie der BGH selbst einräumt in BGHZ 87, 169 (171).

reagieren wird⁶⁷. Daher erscheint es sinnvoll, dem Mann im Vorfeld so viel Aufklärung und Beratung wie möglich zukommen zu lassen.

Auch die Argumente der Literatur waren nicht unbedingt und ohne Einschränkung zu befürworten. Der Vergleich mit der Situation des Ehemannes bei einer Adoption, der teilweise angestellt wurde, passt nicht auf die Situation der heterologen Insemination. Bei der Adoption liegt zunächst ein Pflegeverhältnis vor (§ 1744 BGB), mittels dessen erste soziale Bindungen entstehen. Ehemann und Pflegekind sind also bereits miteinander vertraut, es besteht eine „soziale Vaterschaft“⁶⁸. Bei der Zustimmung zur Fremdinsemination fehlt es an einer solchen sozialen Beziehung zumindest im Moment der Zustimmung. Sie kann sich erst ab der Geburt des Kindes entwickeln.

Auch kann man vorbringen, dass es dem Kindeswohl, das wie bei allen kindschaftsrechtlichen Entscheidungen im Mittelpunkt stehen soll, gar nicht widerspricht, wenn dem Ehemann ein Anfechtungsrecht eingeräumt wird. Hiernach soll im Interesse des Kindes alles vermieden werden, was das Kind als unerwünscht und missbilligt erscheinen lässt. Früher konnte man hier diskutieren, welche Nachteile der Verlust der Ehelichkeit für das Kind hat. Mittlerweile wurde jedoch die Unterscheidung zwischen ehelichen und nichtehelichen Kindern aufgegeben und es stellt sich nur noch die tatsächliche Frage, welche Nachteile für das Kind entstehen, wenn es vaterlos wird. Es mag zwar zutreffen, dass nichteheliche Kinder im täglichen sozialen Leben noch Anfeindungen ausgesetzt sind, von einem „Stigma der Unehelichkeit“ kann allerdings nicht mehr gesprochen werden. Einzig das Problem des Wegfalls eines Unterhaltsschuldners stellt sich auch heute noch. Verliert also ein Kind seinen Vater durch eine Vaterschaftsanfechtung, verliert es damit in der Regel auch einen Unterhaltsschuldner und ist darauf angewiesen, dass ein anderer Mann als Vater festgestellt wird. In Fällen der konsentierten heterologen Insemination gestand der Bundesgerichtshof dem Kind nach der Anfechtung durch den Mann jedoch einen Unterhaltsanspruch aus Vertrag zugunsten Dritter zu. Da das nach der Anfechtung nichteheliche Kind keine weiteren rechtlichen Konsequenzen zu fürchten hatte, hatte es zumindest keinen finanziellen Nachteil, wenn das Anfechtungsrecht des Mannes nicht ausgeschlossen wurde.

Auch kann man schwerlich damit argumentieren, dass das Kind durch die Anfechtung in jedem Fall eine wertvolle Beziehung verliert⁶⁹. Der Ehemann, der sich zur Anfechtung entschlossen hat, bringt keine Vatergefühle für das Kind auf, da er sonst seine Vaterschaft nicht anfechten würde. Daher ist es oftmals sogar besser, die beiden räumlich voneinander zu trennen, da das Kind so nicht den permanenten Eindruck des Unerwünschtseins bekommt⁷⁰. Außerdem kann durch den Ausschluss

⁶⁷ OLG Celle, NJW 1992, 1516; Junghans, Familienrechtlicher Status, 107 mwN.

⁶⁸ Beitzke, FamR in Geschichte und Gegenwart, 49, 61; auch ist bei der heterologen Insemination anders als bei der Adoption die Zustimmung des Ehemannes nicht an bestimmte Formvorschriften gebunden: Soergel/ Gaul, BGB § 1591, Rn. 34.

⁶⁹ So aber wohl im Ansatz BT-Drucks. 14/2096, 7.

⁷⁰ Im Ergebnis ebenso Beitzke, Müller-Freienfels-FS, 33 u. 37: dieser meint, dass es dem Kind sogar angenehm sein werde, wenn der Ehemann anfecht, da ihm so eine eigene Anfechtung erspart bleibe; außerdem schütze die

des Anfechtungsrechts das Recht des Kindes auf Kenntnis seiner eigenen Abstammung verschleiert werden, was nicht seinem Wohl entspricht⁷¹.

Da der Bundesgerichtshof zum einen seine Meinung durch die Einführung dezidierter Ausnahmeregelungen abgeschwächt hatte und zum anderen dem Kind über die Konstruktion eines Vertrages zugunsten Dritter einen Unterhaltsanspruch zugestanden hat, hatten sich Literatur und Rechtsprechung angenähert. Da nach beiden Ansichten stets eine Einzelfallprüfung vorzunehmen war, in der die Besonderheiten des Falles zu beachten waren, kamen sie danach meist zum selben Ergebnis. Unterschiede bestanden allerdings hinsichtlich der Anschlussfrage nach dem Weiterbestehen erbrechtlicher Ansprüche des Kindes nach einer Vaterschaftsanfechtung des Ehemanns. Folgte man der Rechtsprechung, war unklar, was mit den erbrechtlichen Ansprüchen, die dem Kind durch Anfechtung entgehen, passiert. Man hätte aus der Zustimmung zur Insemination auch ein weiteres konkludentes Versprechen herleiten können, dass der Mann das Kind auch erbrechtlich wie sein eigenes behandeln will⁷². Der Vertrag zugunsten Dritter, der im Hinblick auf das Unterhaltsversprechen angenommen wurde, sollte nach dieser Ansicht also noch ausgeweitet werden. Dies war allerdings problematisch, da dem zustimmenden Ehemann weitreichende Folgen, die er unter Umständen im Zeitpunkt der Geburt noch nicht übersehen konnte, zugemutet wurden und eine Willenserklärung fingiert wurde, die so niemals abgegeben wurde⁷³. Der BGH führte hierzu aus, dass sich die Beziehung der Parteien zueinander auf die Unterhaltsverpflichtungen des Mannes gegenüber dem Kind beschränke⁷⁴. Es bestehe kein gegenseitiges Erbrecht. Zwar solle im Kindschaftsrecht stets das Kind so weit als möglich geschützt werden. Jedoch dürfe es andererseits auch nicht so weit kommen, dass die Rechte aller anderen Beteiligten außer Acht gelassen werden und ihnen im Interesse des Kindes Willenserklärungen in den Mund gelegt werden, die sie so niemals abgegeben haben.

Rechtsdogmatisch war die Lösung der Literatur konsequenter. Die Zustimmung des Ehemanns sollte dazu führen, dass ihm das Anfechtungsrecht versagt wird. Die weiteren Folgen der Vaterschaft ergaben sich aus dem Gesetz. Letztlich zeigten die Bedenken des Bundesgerichtshofs, der Zustimmung des Ehemanns auch einen erbrechtlich beachtlichen Erklärungsgehalt zu geben, dass die vertragsrechtliche Konstruktion auf unsicherem Fundament stand. Einer Auseinandersetzung mit dem Erklärungsinhalt der Zustimmung hätte es hier gar nicht bedurft. Ein unwiderrufliches Erbversprechen kennt das deutsche Recht nicht und ein solches könnte dementsprechend auch nicht konkludent begründet werden. Nicht zuletzt die Unsicherheiten bei der Auslegung der Zustimmungserklärung sprachen für die Konstruktion der herrschenden Meinung in der Literatur. Diese kam ohne die

Anfechtung des Mannes Mutter und Kind vor dessen Beteiligung an der elterlichen Sorge; ähnlich argumentieren Coester-Waltjen, Gutachten, B 54 und Laufs, JZ 1986, 769, 776.

⁷¹ Lee, Leihmutterchaft, 150; aA Schwenger, Gutachten, A 31, wonach durch das Anfechtungsrecht des Kindes seinem Recht auf Kenntnis der Abstammung genüge getan sei. Das Kind solle entschieden, ob es von diesem Recht Gebrauch machen wolle, nicht jedoch derjenige, der willentlich zu seiner Existenz beigetragen habe.

⁷² Kemper, FuR 1995, 311; Coester-Waltjen, Gutachten, B 58; Spickhoff, AcP 197 (1997), 398, 409f.

⁷³ Kirchmeier, FamRZ 1998, 1281, 1283; Lurger, DEuFamR 1999, 210, 214.

⁷⁴ BGH, FamRZ 1995, 861, 864.

Unstimmigkeiten der Rechtsprechung zu einem sachgerechten Ergebnis⁷⁵. Gerade auch um diese widersprechende Konsequenzen in erbrechtlicher Hinsicht zu vermeiden hat sich der Gesetzgeber nun dafür entschieden, das Anfechtungsrecht des Ehemannes nach konsentierter Insemination auszuschließen⁷⁶.

bb) Anfechtungsrecht der Mutter

Lediglich ansatzweise diskutiert wurde in Literatur und Rechtsprechung das Anfechtungsrecht der Mutter nach heterologer Insemination⁷⁷. Dieses eigene Anfechtungsrecht steht ihr seit der Gesetzesänderung im Jahre 1998 zu.

Vor Einführung des § 1600 Abs. 2 BGB n.F. war fraglich, ob diese Anfechtung im Falle der konsentierten heterologen Insemination ausgeschlossen sein sollte. Einer der Gründe, dem Mann das Anfechtungsrecht zu versagen, besteht darin, dass seine Frau im Vertrauen darauf, dass sie gemeinsam für dieses Kind verantwortlich sein

⁷⁵ Anders wird man dies jedoch beim ähnlich gelagerten Problem des konsentierten Ehebruchs sehen müssen, wenn der Ehemann also dem außerehelichen Geschlechtsverkehr seiner Ehefrau mit einem Dritten zum Zwecke der Zeugung eines Kindes zugestimmt hat. Auf den ersten Blick ist die Situation vergleichbar – ein Kind wird mit dem Willen des Ehemannes durch den Samen eines anderen Mannes gezeugt. Bei einem Ehebruch kennt jedoch die Mutter den Erzeuger des Kindes. Die Wahrscheinlichkeit, dass sie sich nach der Zeugung dem wahren Kindsvater zuwendet und ihre Ehe zerbricht ist also wesentlich höher (Bernat, Lebensbeginn durch Menschenhand, 125, 139; Beitzke, Müller-Freienfels-FS, 33, 35; Soergel/ Gaul, BGB, § 1591 Rn 34; Schumacher, FamRZ 1987, 313, 314). Auch umgekehrt kennt der Erzeuger die Ehefrau und weiß, dass das Kind, das nun als das gemeinsame Kind der Mutter und ihres Ehemannes in deren Familie aufwächst, biologisch das seine ist. Zwar kann der Erzeuger die Vaterschaft nicht anfechten, er kann jedoch auf die Mutter, ihren Ehemann oder sogar das Kind Druck ausüben. Auch für den Ehemann der Mutter ist dies eine heikle Situation. Oftmals kommt es nicht bereits beim ersten Geschlechtsverkehr zu einer Schwangerschaft. Das bedeutet, er muss sich damit einverstanden erklären, dass seine Frau so oft Ehebruch begeht, bis sie schwanger ist. Wenn dies öfter und sogar geplant stattfindet, wird die Möglichkeit, dass die Ehe daran zerbricht immer größer. Eine heterologe Insemination wird dagegen in einer nüchternen Atmosphäre unter ärztlicher Aufsicht durchgeführt und entspricht eher einem ärztlichen Heileingriff als einer zwischenmenschlichen Begegnung. Auch der Bewusstseinsstand des Ehemannes ist aufgrund der Beratung und Aufklärung durch den Arzt bei der heterologen Insemination ein anderer (Benecke, Heterologe Insemination, 28). Schließlich ist auch darauf hinzuweisen, dass eine Zustimmung des Ehemannes zum Ehebruch schwierig nachzuweisen ist. Bei einer konsentierten heterologen Insemination geht diese Zustimmung und die Umstände der Zustimmung in der Regel aus den Unterlagen des Arztes hervor (Schumacher, FamRZ 1987, 313, 314; Junghans, Familienrechtlicher Status, 161). Insgesamt sprechen also hier gute Gründe dafür, dem Ehemann sein Anfechtungsrecht zu belassen, auch wenn er dem außerehelichen Geschlechtsverkehr seiner Frau zum Zwecke der Zeugung eines Kindes zugestimmt hat (so wohl Kirchmeier, FamRZ 1998, 1281, 1284; Staudinger/ Göppinger, BGB, § 1591, Rn 40 a.E.; a.A. Beitzke, FamR § 22 II 1 a; RGRK/ Böckermann §§ 1591, 1592 Rn 37; Soergel/ Gaul, BGB, § 1591 Rn 33; Erdsiek, NJW 1960, 23, 24; Selb, Rechtsordnung und künstliche Reproduktion des Menschen, 57; anders auch das schweizerische ZGB: es normiert in § 256 III, dass der Ehemann dann nicht klagen kann, „wenn er der Zeugung durch einen Dritten zugestimmt hat“. Hierunter fällt auch der Ehebruch im beiderseitigen Einverständnis. Noch einen Schritt weiter geht das niederländische BGB – nach § 201 I kann dem Anfechtungsrecht nicht stattgegeben werden, „wenn der Mann die Zustimmung zu einer Handlung gegeben hat, welche die Zeugung des Kindes zur Folge gehabt haben kann“. Der Ehemann kann danach also selbst dann nicht anfechten, wenn er zwar dem Ehebruch, nicht jedoch der daraus resultierenden Kindeszeugung zugestimmt hat). Dies gilt jedenfalls dann, wenn die freiwillige und informierte Einwilligung des Mannes etwa durch einen Arzt oder notarielle Beurkundung nicht nachweisbar ist.

⁷⁶ BT-Drucks. 14/ 2096, 7.

⁷⁷ Kirchmeier, FamRZ 1998, 1281, 1283 behauptet zwar, es bestehe Einigkeit, dass auch der Mutter kein Anfechtungsrecht zustehe, benennt hierfür jedoch keine weiteren Gründe; ebenso: Helms, FuR 1996, 178, 189; Schlegel, FuR 1996, 284, 287; auch der Bundesrat schlug einen gesetzlichen Ausschluss des Anfechtungsrechts der Mutter vor (BT-Drucks. 13/ 4899, 148); ausführlicher hierzu Lurger, DEuFamR 1999, 210, 215ff; OLG Celle, NJW 2001, 3419, entschied, dass eine Anfechtung der Mutter nach heterologer Insemination stets möglich sein soll und dass dieser Anfechtung weder das Kindeswohl, noch die Tatsache, dass der Spender schwer oder unmöglich als Vater festgestellt werden kann, entgegenstehen.

werden, eine heterologe Insemination vorgenommen hat. Die Notwendigkeit dieses Vertrauensschutzes fehlt, wenn die Frau selbst anfechten will. Umgekehrt hätte man davon ausgehen können, dass auch dem Ehemann ein gewisser Vertrauensschutz zusteht, da er davon ausging, Vater des Kindes zu werden und zu bleiben, nachdem er und seine Frau sich gemeinsam für eine heterologe Insemination entschieden haben⁷⁸. Ein solcher Schutz wäre jedoch einzigartig im Recht der Anfechtung gewesen. Der Mann, der nicht der genetische Vater des Kindes ist, kann grundsätzlich nicht darauf vertrauen, dass seine Scheinvaterschaft nicht angefochten wird.

Der Frau hätte jedoch ein Verstoß gegen den Grundsatz des *venire contra factum proprium* vorgeworfen werden können. Ein solcher Vorwurf des widersprüchlichen Verhaltens hätte ihr allerdings auch in den Fällen gemacht werden können, in denen ihr Partner weiß, dass das Kind nicht von ihm abstammt und die Frau ihm verspricht, die Vaterschaft nicht anzufechten. Der Scheinvater wird nicht vor der Anfechtung seiner Vaterschaft geschützt. In diesem Zusammenhang überwiegt das Prinzip der genetischen Abstammung⁷⁹.

Das Anfechtungsrecht der Mutter hätte also lediglich im Hinblick auf das Kindeswohl versagt werden können. *Lurger* ging davon aus, dass durch die Zustimmung ein „Verantwortungstatbestand“ geschaffen werde⁸⁰. Da die Eltern eine für das Kind potentiell problematische Situation geschaffen haben, schuldeten sie dem Kind diesbezüglich Schutz⁸¹. Allerdings ist die Mutter bei einer Anfechtung im eigenen Namen nach dem Wortlaut des § 1600 Abs. 1 BGB nicht an das Kindeswohl gebunden⁸². Gerade da im Kindschaftsrecht bei allen Entscheidungen das „Primat des Kindeswohls“ gilt, mutete diese Entscheidung des Gesetzgebers seltsam an⁸³. Auch bei der Anfechtung durch den Ehemann wird gesetzlich keine ausdrückliche Kindeswohlprüfung vorgeschrieben und wurde doch de facto nach sämtlichen früheren Ansichten bei der typisierten Beschränkung der Anfechtung nach heterologer Insemination vorgenommen. Ebenso hätte man auch bereits vor Einführung des § 1600 Abs. 2 BGB bei der Anfechtung durch die Mutter das Kindeswohl als alles überragendes, ungeschriebenes Prinzip des Kindschaftsrechts ansehen und mitberücksichtigen können⁸⁴.

Die neue Gesetzesfassung hat dem Kindeswohl Rechnung getragen und darauf abgestellt, dass auch die Mutter durch ihre Zustimmung zur heterologen Insemination dem Kind gegenüber die Verantwortung übernommen habe, dass es bestandsfest einen Mann als rechtlichen Vater zugeordnet bekomme⁸⁵. Das Kindeswohl wird bei einer Anfechtung der Vaterschaft durch die Mutter nach heterologer Insemination in der

⁷⁸ Dieses Problem des Schutzes des Mannes spricht OLG Celle, NJW 2001, 3419 nicht einmal an.

⁷⁹ Hiervon scheint auch OLG Celle, NJW 2001, 3419 auszugehen, da die Frage des Schutzes des Scheinvaters nicht einmal aufgeworfen wird.

⁸⁰ So *Lurger*, DEuFamR 1999, 210, 215f; a.A. OLG Celle, NJW 2001, 3419.

⁸¹ *Lurger*, DEuFamR 1999, 210, 216.

⁸² S.o. 5.Teil A.I.4.a)aa).

⁸³ Kritik übt auch *Gaul*, FamRZ 1997, 1442, 1457f; für ein am Kindeswohl orientiertes Anfechtungsrecht der Mutter auch schon *Beitzke*, Müller-Freienfels-FS, 31, 50.

⁸⁴ a.A. OLG Celle, NJW 2001, 3419, 3420.

⁸⁵ BT-Drucks. 14/ 2096, 6, 7.

Regel betroffen sein. Nach der Vaterschaftsanfechtung stünde das Kind nämlich vor der schwierigen Situation der gespaltenen Vaterschaft, falls eine Statusbeziehung zum Spender begründet werden kann, der Ehemann der Mutter aber weiterhin Unterhalt zahlen müsste⁸⁶.

cc) Anfechtungsrecht des Kindes

Die Zuordnung zu dem Ehemann der Mutter nach heterologer Insemination kann durch das Kind angefochten werden, indem es die Vermutung des § 1600c Abs. 1 BGB widerlegt. Dieses Recht steht dem Kind wegen seines Rechts auf Kenntnis der eigenen Abstammung auch uneingeschränkt zu⁸⁷. Die Bedenken, die bezüglich der Anfechtung durch den Vater oder auch die Mutter ausgeführt wurden, treffen auf das Kind nicht zu. Durch ihre Zustimmung zur Insemination können die Eltern nur sich selbst binden. Das Kind hat ein Recht auf Kenntnis seiner wahren Abstammung, das es durchsetzen darf⁸⁸.

3. Fazit

In Deutschland ist die Frau, die das Kind nach heterologer Insemination zur Welt bringt, dessen Mutter, ihr Ehemann, falls sie verheiratet ist, ist der rechtliche Vater. Ein Anfechtungsrecht steht dem Ehemann nach neuer Gesetzeslage und auch bereits früher vorzugswürdiger Auffassung dann nicht zu, wenn er der heterologen Insemination nach vorangehender Information über deren Konsequenzen zugestimmt hat.

II. USA

In fast allen Staaten der USA existieren gesetzliche Regelungen für den Fall, dass eine verheiratete Frau eine künstliche Insemination vornehmen lässt. Viele dieser

⁸⁶ Lurger, DEuFamR 1999, 210, 215.

⁸⁷ Kritisch hierzu: Quantius, FamRZ 1998, 1145, 1149, der bei dieser pauschalen Bevorzugung der Interessen des Kindes den sonst bei Aufeinandertreffen widerstreitender Verfassungsgüter so oft geforderten Ausgleich im Sinne praktischer Konkordanz vermisst; außerdem könne dieses uneingeschränkte Anfechtungsrecht die Gefahr des Missbrauchs in sich bergen.

⁸⁸ Problematisch ist, ob das Kind in Folge seiner Anfechtung auch den Unterhaltsschuldner verliert oder ob der Ehemann der Mutter ihm weiterhin Unterhalt leisten muss. Das Unterhaltsversprechen des Ehemannes ist zunächst bedingungslos und will die Freistellung anderer möglicher Schuldner erreichen. Daraus folgern manche, dass die Anfechtung durch das Kind keine Zurückweisung des Versprechens nach § 333 BGB oder einen Wegfall der Geschäftsgrundlage darstellt und ihm damit der Ehemann weiterhin Unterhalt schulde (v. Sethe, Recht auf Kenntnis der Abstammung, 188; Junghans, Familienrechtlicher Status, 177). Andere gehen davon aus, dass es stillschweigende Geschäftsgrundlage des Vertrages zugunsten des Kindes sei, dass das Eltern – Kind – Verhältnis rechtlich bestehe oder zumindest nicht von dem Kind angefochten werde. Dass der Ehemann selbst für den Fall der Anfechtung durch das Kind den Unterhalt weiterhin zahlen wolle, sei nicht lebensnah (Coester-Waltjen, Gutachten, B 63; OLG Hamm, NJW 1994, 2424; BGH, FamRZ 1995, 865; BGH, FamRZ 1995, 861, 864; Kirchmeier, FamRZ 1998, 1281, 1284; Ebeling/ Zimmermann, DEuFamR 1999, 25, 35). Wenn also das Kind die rechtlichen Bande zwischen sich und dem Scheinvater zerschneide, entfalle die Geschäftsgrundlage des Vertrages zwischen der Mutter und dem Scheinvater. Anders als bei der Anfechtung durch den Ehemann habe dieser diesmal die entscheidende Änderung der Verhältnisse nicht bewirkt und könne sich daher auf den Wegfall der Geschäftsgrundlage berufen (BGH, FamRZ 1995, 865, 866; mit Verweis auf BGH, NJW-RR 1993, 880, 881; BGH, ZIP 1993, 234, 237; MüKo/ Roth, 3. Aufl. § 242 Rn. 542; Roth, FamRZ 1996, 769; Palandt/ Diederichsen, BGB, Einf.v. § 1591, Rn16).

Normen stammen allerdings aus einer Zeit, als es für unverheiratete Frauen noch undenkbar war, sich künstlich befruchten zu lassen. Daher ist oftmals unklar, wie verfahren werden soll, wenn eine unverheiratete Frau eine heterologe Insemination vornehmen lässt.

1. Mutterschaft

Die Frage nach der Mutterschaft ist einfach zu beantworten. Genetische Mutter und gebärende Frau sind bei der heterologen Befruchtung identisch. Somit kommen Sec. 2 und Sec. 21 UPA (1973) zum selben Ergebnis. Auch nach UPA (2000) sind die gebärende Frau und die Frau, die gerichtlich als die genetische Mutter festgestellt werden kann, identisch, so dass die Möglichkeiten der Mutterschaftszuordnung des Art. 2 Sec. 201 (a) UPA (2000) zum selben Ergebnis kommen.

2. Vaterschaft

Problematischer ist die Frage nach der Vaterschaft. Von den heutigen Gesetzen befassen sich vor allem der UPA (1973) und der USCACA mit der Frage der Abstammung nach künstlicher Fortpflanzung. Einige Staaten haben keinen dieser *Uniform Acts* angenommen und dennoch Normen für die Fälle der heterologen Insemination geschaffen. In 15 Staaten existieren jedoch bis heute noch keine speziellen Regelungen⁸⁹. Hier muss auf allgemeine Normen zurückgegriffen werden.

a) Abstammungsrechtliche Behandlung außerhalb des UPA (1973)

Der Ehemann einer Frau, die sich künstlich durch den Samen eines dritten Mannes befruchten lässt, wird in den meisten Staaten unanfechtbar der Vater des Kindes, wenn er der Insemination zugestimmt hat⁹⁰. Falls eine entsprechende Norm in einem Staat fehlt, soll nach verbreiteter Auffassung ebenfalls der Ehemann Vater werden⁹¹. Dies entspreche der allgemeinen Regel, dass der Ehemann der Mutter der

⁸⁹ Das sind: Delaware, Hawaii, Indiana, Iowa, Kentucky, Maine, Mississippi, Nebraska, Pennsylvania, Rhode Island, South Carolina, South Dakota, Utah, Vermont, West Virginia; hier wird von der Rechtsprechung mit staatlichen Interessen gearbeitet dergestalt, dass ein Kind, wenn möglich, ehelich sein soll und der Ehemann, wenn er sich entsprechend verhalten hat nach den Grundsätzen des widersprüchlichen Verhaltens auch nicht dagegen vorgehen kann; s. In Re Marriage of Adams 551 N.E.2d 635 (Ill); Estate of Gordon 501 N.Y.S.2d 969 (N.Y.1986), In re Baby Doe 353 S.E.2d 877 (1987 S.C.); Levin v. Levin 626 N.E.2d 527 (Ind. 1993); Karin T. v. Michael T. 484 N.Y.S.2d 780 (N.Y. 1985); a.A. Jensen BYU L. Rev. 1982, 935, 973f, der argumentiert, dass die Ehelichkeit eines Kindes davon abhängt, ob seine genetischen Eltern verheiratet seien und eine Zustimmung ein Kind nicht ehelich machen könne.

⁹⁰ Ariz. Rev. Stat. Ann. § 25-501 (1998); Ark. Code Ann. § 9-10-210 (1998); Conn. Gen.Stat. Ann. § 45a-771 (1993); Fla. § 742.11; Ga.Code Ann. § 19-7-21, 43-34-42 (1991); Idaho Code § 39-5401 (1998); Kan. Stat. Ann. § 23-128 (1995); La.Civ. Code Ann. art. 188 (1993); Md. Code Ann., Est. & Trusts § 1-206 (1991); Mass. Ann.Laws ch. 46 § 403 (1983); Mich. Comp. Laws § 333.2824 (6) (1998); N.H.Rev.Stat. Ann. § 168-B:3(e); N.Y.Dom.Rel. Laws § 73 (1988); N.C. Gen.Stat. § 49A-1 (1999); N.D. Cent.Code § 14-18-03; Ohio Rev.Code Ann. § 3111.30 (1998); Okla.Stat. tit. 10, § 551ff (1998); Or.Rev. Stat. §§ 109.239 (1997); Tenn.Code Ann. § 68-3-306 (1996); Tex. Fam. Code Ann. § 13.03 (1996); Va. Code Ann. § 20-156ff.

⁹¹ Robertson, S. Cal. L.Rev. 59 (1986), 942, 1005; Penick, 83 Iowa L. Rev. (1998), 633, 657.

Vater des Kindes ist und kein Außenstehender diese Vaterschaftsvermutung angreifen kann⁹².

Diese Vaterschaftszuordnung ist unanfechtbar⁹³. Eine widerlegbare Vaterschaftsvermutung in Fällen der heterologen Insemination würde kaum Sinn machen, da einfach nachgewiesen werden könnte, dass der Ehemann nicht der biologische Vater des Kindes ist und das Kind von einem anderen Mann abstammt⁹⁴. In der US-amerikanischen Diskussion wird also, anders als in Deutschland, nicht davon ausgegangen, dass dem Mann auch dann das Anfechtungsrecht belassen werden müsse, wenn er ursprünglich der Insemination zugestimmt hat.

Lässt sich eine unverheiratete Frau heterolog befruchten, hat das Kind im Moment seiner Geburt zunächst keinen Vater. Dem Kind nutzt eine Zustimmung des Lebensgefährten nichts für seine abstammungsrechtliche Zuordnung. Das Kind ist also darauf angewiesen, dass seine Vaterschaft anerkannt wird, oder aber es bleibt vaterlos.

Offen bleibt die Frage, ob der Spender in seine väterlichen Pflichten herangezogen werden kann. Wo keine Normen existieren, muss bei der Bestimmung der Vaterschaft auf allgemeine Grundsätze zurückgegriffen werden. Bei der heterologen Insemination einer verheirateten Frau ist ihr Ehemann in den meisten Staaten, falls er der Insemination zugestimmt hat, unwiderruflich der Vater des Kindes. Hat dieser also seine Zustimmung gegeben, hat der Samenspender nichts zu befürchten. Lediglich falls die Zustimmung des Ehemannes fehlt und er seine vermutete Vaterschaft anfechtet, kann infolge dieser Anfechtung u.U. die Vaterschaft des Samenspenders festgestellt werden. Ebenso kann die Vaterschaft des Samenspenders festgestellt werden, wenn eine unverheiratete Frau künstlich befruchtet wurde.

b) Abstammungsrechtliche Behandlung nach UPA (1973)

Sec. 5 UPA (1973) befasst sich mit den Fragen der Vaterschaft nach heterologer Insemination⁹⁵. Je nachdem wie sich die Wunscheltern und der Samenspender verhalten haben, wird der Ehemann der Mutter unanfechtbar der Vater des Kindes. Der Samenspender hat keine Möglichkeit, seine Vaterschaft feststellen zu lassen.

aa) Situation des Ehemannes – Sec. 5 (a) UPA (1973)

Nach Sec. 5 (a) UPA (1973) sind hinreichende Voraussetzungen für die Vaterschaft des Ehemannes zum einen seine Zustimmung zur künstlichen Befruchtung

⁹² Krause, 19 Fam.L.Q. (1985) 185, 192ff.

⁹³ Auf die Anfechtungsmöglichkeit des Mannes wird überhaupt nicht eingegangen; auch die Mutter kann nicht anfechten, selbst dann, wenn sie angibt, das Kind sei nicht durch heterologe Insemination, sondern durch Geschlechtsverkehr mit einem anderen Mann gezeugt worden: State ex rel. H. v. P. 457 NYS2d 488 (N.Y. 1982); People ex rel. Abajian v. Dennett (1958) 184 NYS2d 178 (N.Y.); Brooks v. Fair (1988) 532 NE2d 208 (Ohio); Anonymous v. Anonymous (1989) 542 NYS2d 586 (N.Y.).

⁹⁴ Penick, 83 Iowa L.Rev. 633, 646 (1998).

⁹⁵ In dieser Fassung von 13 Staaten angenommen: Alaska, Kalifornien, Colorado, Illinois, Minnesota, Missouri, Montana, Nevada, New Jersey, New Mexico, Washington, Wisconsin, Wyoming.

und zum anderen, dass der Samen an einen Arzt übergeben wurde, der als Mittler zwischen dem Samenspender und der Wunschmutter fungiert. Außerdem muss der Arzt die Insemination überwacht haben. Sind diese Voraussetzungen erfüllt, wird der Ehemann rechtlicher Vater des Kindes. Problematisch sind die Fälle, in denen eine oder mehrere Voraussetzungen des Sec. 5 (a) UPA (1973) nicht erfüllt sind.

aaa) Die Zustimmung des Ehemannes muss in den meisten Staaten schriftlich erfolgen und von dem behandelnden Arzt dokumentiert und beglaubigt werden⁹⁶. Der Sinn einer schriftlichen Zustimmung allgemein liegt zum einen in ihrer Beweisfunktion, zum anderen in ihrer Warnfunktion⁹⁷. Der Erklärende, hier der Ehemann, soll wegen der Risiken des Geschäfts vor übereilten Bindungen geschützt werden. Daneben soll auch das ärztliche Personal, welches den Eingriff durchführt, von einer möglichen Haftung freigestellt werden⁹⁸. Wenn der Ehemann der Insemination seiner Frau schriftlich zugestimmt hat, wird er vor dem Gesetz so behandelt, als sei er der genetische Vater des Kindes⁹⁹.

In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, ob es genügt, wenn der Ehemann der Mutter der Insemination einmalig zugestimmt hat, oder ob er vielmehr jeder heterologen Insemination zustimmen muss, falls sich seine Frau mehreren Eingriffen zu unterziehen hat¹⁰⁰. Geht man davon aus, dass eine Zustimmung Gültigkeit für jeden folgenden Eingriff besitzt, schafft man die größtmögliche Sicherheit für das Kind. Außerdem kann der Arzt ohne Zeitverlust die weiteren Inseminationen vornehmen, wenn er nichts Gegenteiliges von dem Ehemann hört. Es kann dem Ehemann zugemutet werden, seine Zustimmung zu widerrufen, falls er nicht mehr mit der Insemination seiner Frau einverstanden ist. Es sollte also eine einmalige

⁹⁶ Die meisten Staaten fordern die schriftliche Zustimmung beider Ehepartner (Ala. Code § 26-17-21 (1991); Alaska Stat. § 25.20.045 (1992); Fla. Stat. Ann. § 742.11 (1993); Ga. Code Ann. § 19-7-21 (1991 & 1993); Ill. Ann. Stat. ch. 40 para 1553 (1992); Mo. Ann. Stat. § 210.824 (1993); Nev. Rev.Stat. Ann. § 126.061 (1993); N.M. Stat. Ann. § 40-11-6 (1989); N.Y. Dom. Rel. Law § 73 (1988); N.C. Gen.Stat. § 49A-1 (1984); Wash. Rev. Code Ann. § 26.26.050 (1986); Wis.Stat. Ann. § 891.40 (1992)).

In anderen Staaten genügt die schriftliche Zustimmung alleine des Ehemannes (Ohio Rev. Code Ann. § 3111.37 - .38 (1989); Tex. Fam. Code Ann. § 12.03 (1993)).

In manchen Staaten genügt die mündliche oder konkludente Zustimmung des Ehemannes (Mass. Gen. Laws Ann. ch.46§4B (1993); Mich. Comp.Laws Ann. § 700.111(2) (1980); Or. Rev. Stat. § 109.243 (1991); Tenn. Code Ann. § 68-3-309 (1992)).

Als letzte Möglichkeit wird noch die mündliche oder konkludente Zustimmung beider Ehegatten genannt (Okla.Stat. Ann.tit. 10§ 552 (1987)).

Der USCACA fordert keine Zustimmung des Ehemannes, vermutet diese vielmehr, wenn er nicht innerhalb von 2 Jahren nach der Geburt das Gegenteil geltend macht.

⁹⁷ Dies gilt in den USA ebenso wie in Deutschland, vgl. hierzu allgemein: Palandt/ Heinrichs, BGB § 125 Rn. 2ff; für den Fall der Zustimmung zur heterologen Insemination: Coester-Waltjen, Embryonenschutz, 80, 91.

⁹⁸ Lane v. Lane (N.M. 1996) 912 P.2d 290, 295.

⁹⁹ § 5 (a) UPA (1973); falls eine Zustimmung vorliegt, ist es selbst in ungewöhnlichen Fällen kaum noch möglich, die Vaterschaft des Ehemannes in Frage zu stellen, s. State ex rel. H. v. P. 457 N.Y.S.2d 488 (N.Y. 1982): hier gab die Ehefrau an, sie sei nicht durch die Insemination, sondern durch Geschlechtsverkehr mit einem anderen Mann schwanger geworden. Das Gericht ließ keinen Bluttest zu unter Hinweis auf widersprüchliches Verhalten der Frau im Prozess.

¹⁰⁰ Für einmalige Zustimmung: R.S. v. R.S., 670 P2d 923 (Kansas 1987); K.S. v. G.S. 440 A.2d 64 (N.J. 1981); S. v. S. (1981) 440 A2d 64 (New Jersey); für mehrmalige Zustimmung: In re Marriage of Witbeck-Wildhagen, 667 N.E.2d 122 (Ill. 1996).

Zustimmung genügen, um den Ehemann in Folge auch nach mehrmaliger heterologer Insemination seiner Frau zum Vater des Kindes zu machen.

Umstritten sind die Folgen des Fehlens der Schriftform einer erteilten Zustimmung¹⁰¹. Zum einen könnte man davon ausgehen, dass die Schriftform zwingend ist und dem Kind ohne sie kein rechtlicher Vater zugeordnet wird. Hierfür soll vor allem der klare Wortlaut des UPA (1973) sprechen¹⁰². Auch die Warnfunktion verlangt die Unverzichtbarkeit der schriftlichen Zustimmung. Bei Fehlen der schriftlichen Zustimmung könnte der Ehemann also allenfalls nach der allgemeinen Vermutungsregeln des Sec. 4 (a) (1) UPA (1973) als Vater vermutet werden. Er könnte die Vaterschaft aber innerhalb der gesetzlichen Frist anfechten.

Sieht man die Schriftform lediglich als hinreichende, nicht aber als notwendige Bedingung für die Vaterschaft des Ehemanns an, würde der Ehemann auch dann unanfechtbar der Vater des Kindes, wenn sich seine ausdrückliche oder konkludente Zustimmung auf andere Weise feststellen ließe. Für diese Lösung spricht das Kindeswohl. Es besteht hier also ein Konflikt zwischen dem Schutz des Ehemanns durch die Schriftform und dem Schutz des Kindes. Hier erscheint es vorzugswürdig, sich für das Kindeswohl zu entscheiden. Das Kind hatte ja, anders als etwa die Vertragspartner bei formpflichtigen Verträgen, keine Möglichkeit, auf das Schriftformerfordernis hinzuweisen. Es soll ihm dann aber auch nicht zum Nachteil gereichen, dass seine Eltern und der Arzt – sei es aus Unwissenheit oder aus Nachlässigkeit – die Zustimmung nicht schriftlich dokumentiert haben¹⁰³.

Diese Probleme, die sich bei Fehlen der erforderlichen Schriftform der Zustimmung ergeben, könnten verhindert werden, wenn eine Regelung ähnlich § 3 USCACA eingeführt würde. Danach wird der Ehemann unabhängig von seiner Zustimmung Vater, wenn er seine Vaterschaft nicht innerhalb von 2 Jahren nach der Geburt des Kindes anfecht¹⁰⁴. Vor Ablauf der Frist kann er die Vaterschaft auch bei erfolgter Zustimmung ohne Einschränkungen anfechten. Diese grundsätzliche

¹⁰¹ Vgl. Smith, 21 Loy.U.Chi.L.J. (1990), 1173.

¹⁰² In re Marriage of Adams 551 N.E.2d, 638 (1990 Ill.); In re Marriage of Witbeck-Wildhagen 667 N.E.2d 122 (Ill. 1996).

¹⁰³ Smith, 21 Loy.U.Chi.L.J. (1990), 1173; In re Marriage of Adams 528 N.E.2d 1089 (1990 Ill.); In Re Baby Doe 353 S.E.2d 877 (S.C. 1987), wo dadurch, dass Ehemann seine Frau zum Arzt begleitet hat und wußte, dass sie inseminiert würde, seine Zustimmung angenommen wurde; nach R.S. v. R.S. 676 P.2d 923 (Kan. 1983) soll auch eine mündliche Zustimmung genügen; in S.C. v. R.C. 1991 WL 198136 (Wis. 1991) hatte der Ehemann seine Frau zum Arzt begleitet, der Insemination nie widersprochen und das Kind als das seine ausgegeben; in Lane v. Lane (N.M. 1996) 912 P.2d 290 (296) hatte der Ehemann seine Frau zu Geburtsklassen begleitet und zugestimmt, niemandem zu offenbaren, dass das Kind künstlich gezeugt wurde; in K.S. v. G.S. 440 A.2d 64 (N.J. 1981) sollte die mündliche Zustimmung genügen; Hill v. Hulet 881 P.2d 460 (Colo. 1994) geht ebenfalls davon aus, dass die schriftliche Zustimmung nicht zwingend notwendig ist; in Nicht-UPA (1973) Staaten kamen die Gerichte bei fehlender schriftlicher Zustimmung in der Regel zu einer Verneinung der Vaterschaft des Ehemannes: K.B. v. N.B. 811 S.W.2d 634 (Tex. 1991); Anonymous v. Anonymous N.Y. Sup.Ct. Jan. 18, 1991; in K.B. v. N.B. 811 S.W.2d 634 (Texas 1991) wurde zwar festgehalten, dass eine mündliche Zustimmung nicht genügen soll, wenn eine schriftliche gefordert wird, wenn der Ehemann das Kind jedoch jahrelang als das seine ausgegeben hat, solle dies ebenfalls für eine unanfechtbare Vaterschaft genügen.

¹⁰³ In re Marriage of Adams 551 N.E.2d, 638 (1990 Ill.); In re Marriage of Witbeck-Wildhagen 667 N.E.2d 122 (Ill. 1996).

¹⁰⁴ Sec. 3 USCACA.

Anfechtbarkeit ähnelt der deutschen Rechtslage. Dementsprechend kann auf die diesbezüglichen Ausführungen verwiesen werden¹⁰⁵.

Auch der UPA (2000) verzichtet nicht auf eine schriftliche Zustimmung. In Art. 7 Sec. 703, 704 UPA (2000) fordert er, dass die Frau und ihr Ehemann der künstlichen Insemination schriftlich zustimmen.

bbb) Sec. 5 (a) UPA (1973) fordert für das Eintreten des Ehemanns in die Vaterstellung, dass der Eingriff durch einen Arzt überwacht wird. Der hinter Sec. 5 (a) UPA (1973) stehende Sinn ist zunächst, dass eine neutrale dritte Partei in den Prozess mit einbezogen wird, die versichern kann, dass Mann und Frau der Insemination zugestimmt haben¹⁰⁶. Außerdem soll so gesichert werden, dass die Frau Zugang zu medizinischer Versorgung hat¹⁰⁷. Nun handelt es sich bei der homologen oder heterologen Insemination um einen einfachen Eingriff, der auch ohne ärztliche Hilfe durchgeführt werden kann. Auch der Zweck, die Zustimmung der Ehepartner durch den Arzt festzustellen, könnte erreicht werden, wenn der Samen lediglich an den Arzt übergeben würde, dieser ihn auf mögliche Krankheiten untersuchen und in einem Gespräch mit den Ehepartnern deren Intention feststellen würde¹⁰⁸. Die Anwesenheit eines Arztes kann aber auch noch einem dritten Zweck dienen. Sie kann sicher stellen, dass auch tatsächlich das Sperma, das er zuvor im Einverständnis mit den Ehepartnern ausgewählt hat, zur Insemination verwendet wird.

Wurde die Insemination ohne das Beisein eines Arztes durchgeführt, wird der Ehemann der Frau nach der allgemeinen Vermutungsregel des Sec. 4 (a) (1) UPA (1973) als Vater vermutet. Grundsätzlich ist diese Vermutung jedoch anfechtbar, unabhängig davon, ob die Zustimmung des Ehemanns anderweitig dokumentiert wurde oder ob wirklich nicht sicher ist, dass das ausgesuchte Sperma verwendet wurde. Im Hinblick auf die Interessen des Kindes ist diese starre Regelung nicht unbedenklich.

So fordert der USCACA im Gegensatz zum UPA (1973) keine Übergabe an oder Überwachung des Eingriffs durch einen Arzt. Gerade da der Eingriff so leicht durchführbar ist, sei es unrealistisch, eine ärztliche Teilnahme zu fordern, die doch oftmals nicht erfolgen würde¹⁰⁹. Auch der UPA (2000) hat das Erfordernis der Überwachung des Eingriffs durch einen Arzt abgeschafft.

¹⁰⁵ S.o.6.Teil B.I.2.d).

¹⁰⁶ Jhordan C. v. Mary K. (1986) 224 Cal. Rptr. 530, 534f.

¹⁰⁷ Jhordan C. v. Mary K. (1986) 224 Cal. Rptr.530, 534f; kritisch hierzu: Schiff, 44 Duke L.J. 524, 545 (1994).

¹⁰⁸ Schiff, 44 Duke L.J. 524, 546 (1994) mwN.

¹⁰⁹ Penick, 83 Iowa L.Rev. 633, 642 (1998); USCACA § 3 9B U.L.A.188, 200 (1998).

bb) Situation des Samenspenders – Sec. 5 (b) UPA (1973) und seine staatliche Umsetzung

Sec. 5 (b) UPA (1973) regelt, dass der Samenspender bei der heterologen Insemination dann nicht rechtlicher Vater des Kindes ist, wenn er den Samen an einen Arzt übergeben hat.

aaa) Nach Sec. 5 (b) UPA (1973) wird der Samenspender, der den Samen einem Arzt übergeben hat, so behandelt, als sei er nicht der biologische Vater des Kindes, wenn damit eine künstliche Befruchtung bei einer anderen Frau als der Ehefrau des Spenders vorgenommen wird¹¹⁰. Das heißt, er ist gesetzlich nicht der Vater des Kindes und er ist frei von Rechten und Pflichten gegenüber dem Kind. Dahinter steht die Vorstellung, dass die Samenspende mit der Blut- oder Organspende vergleichbar sei, wo der Spender nach der Spende nicht mehr dafür verantwortlich sei, was damit geschieht, und sich auch nicht mehr dafür interessiere¹¹¹.

Sec. 5 (b) UPA (1973) regelt nur den Fall, dass das Spermium einem Arzt übergeben wurde. Es stellt sich die Frage nach der abstammungsrechtlichen Behandlung des Samenspenders, falls es an einer solchen Übergabe fehlt. In einer aufsehen erregenden Entscheidung¹¹² zu dieser Frage wurde die Zwischenschaltung eines Arztes als notwendige Voraussetzung für die Anwendung der genannten Normen angesehen. Durch die Einschaltung des Arztes solle zum einen die Gefahr gesundheitlicher Risiken für Mutter und Kind verringert werden, da dieser die Krankengeschichten sowohl der Mutter als auch des Samenspenders kenne. Zum anderen solle dadurch der Beziehung zwischen Samenspender und -empfängerin eine formale, dokumentierte Struktur verliehen werden. Gerade dadurch solle vermieden werden, dass es zu Unklarheiten über die Beziehung zwischen den Parteien komme. Auch habe sich der UPA (1973) bewusst für diese Formulierung entschieden, obwohl schon zur Zeit seiner Verabschiedung die Möglichkeit bekannt war, dass sich eine Frau selbst künstlich befruchtet. Dem Einwand, die Übergabepflicht verstoße gegen das Recht auf Privatsphäre¹¹³, wurde nicht stattgegeben. So sei es nämlich nicht erforderlich für das Freiwerden von der Vaterstellung, die Insemination ebenfalls von einem Arzt vornehmen zu lassen. Der Arzt müsse lediglich als Übergabestation zwischengeschaltet werden. Das Gericht erklärte nach diesen Ausführungen den Samenspender zum Vater des Kindes, da der Samen nicht an einen Arzt übergeben worden war und Sec. 5 (b) UPA (1973) somit keine Anwendung fand¹¹⁴.

¹¹⁰ Ebenso schließt der Uniform Putative and Unknown Fathers Act, 9B U.L.A. 86 (Supp.1998) den Samenspender von den Kategorien der möglichen oder unbekanntenen Väter aus, das heißt, er kann seine Vaterschaft nie feststellen lassen; auch der USCACA normiert in § 4(a), dass ein Gametenspender kein Elternteil ist.

¹¹¹ *People v. Sorensen*, 66 Cal. Rptr. 7 (1968).

¹¹² *Jhordan C. v. Mary K.* (1986) 224 Cal. Rptr. 530; ebenso: *Thomas S. v. Robin Y.* 618 N.Y.S.2d 356 (1994).

¹¹³ Schiff, 44 Duke L.J. 524, 546 (1994).

¹¹⁴ *Jhordan C. v. Mary K.* (1986) 224 Cal. Rptr. 530.

Diese Entscheidung ist in der Literatur auf Kritik gestoßen. Dabei wurden insbesondere die Gründe für die Zwischenschaltung des Arztes einer genauen Prüfung unterzogen. In Wirklichkeit werde nämlich die gesundheitliche Überprüfung des Spenders in der Regel nicht unternommen¹¹⁵. Zum anderen wurde kritisiert, dass es nicht Aufgabe des Arztes sei, Missverständnisse zwischen den Parteien hinsichtlich ihrer elterlichen Pflichten zu vermeiden. Für solche Hinweise sei nicht ein Arzt zuständig, sondern vielmehr ein Rechtsanwalt. Auch forderten die genannten Paragraphen lediglich eine Übergabe an den Arzt und weder eine gesundheitliche Überprüfung des Spenders noch eine Beratung der Parteien¹¹⁶. Es frage sich auch prinzipiell, ob die Weitergabe des Samens an einen Arzt oder auch die Durchführung der Insemination durch einen Arzt als ein vollkommen sachfremdes Kriterium bei der Bestimmung der Vaterschaft von Bedeutung sein kann¹¹⁷. Der Status einer Person bestimme sich nach biologischen oder sozialen Verbindungen der Wunscheltern zu dem Kind, nicht danach, ob ein Dritter irgendwie in den Zeugungsvorgang mit einbezogen wurde.

Sec. 5 (b) UPA (1973) wolle sicherstellen, dass der Samenspender nicht mit väterlichen Pflichten belastet wird. Der dahinterstehende Sinn sei der, dass der Samenspender in der Regel die Vaterrolle nicht übernehmen wolle und auch nicht müsse¹¹⁸. Ihm solle versichert werden, dass ihn keine väterlichen Pflichten in Bezug auf das Kind treffen. Dass die Weitergabe an den Arzt genannt werde, sei im historischen Zusammenhang zu verstehen. Damals sei eine heterologe Insemination ohne ärztlichen Beistand die absolute Ausnahme gewesen, auch wenn medizinischer Sachverstand keine Voraussetzung für die Durchführung eines solchen Eingriffes sei¹¹⁹.

Der UPA (2000) erleichtert die Situation für den Spender. In Art. 7 Sec. 702 UPA (2000) wird festgelegt, dass ein Gametenspender kein Elternteil des Kindes ist, wenn eine künstliche Fortpflanzung mit diesen Gameten stattgefunden hat. Auch hier wurde die Übergabe an einen Arzt, die UPA (1973) fordert, abgeschafft, und der Samenspender wird nun unter keinen Umständen in die Vaterrolle gedrängt. Der Samenspender hat allerdings auch keine Möglichkeit, jemals die Vaterstellung für das Kind zu erhalten. Diese Regelung verstößt nicht gegen das Recht auf Fortpflanzung in seiner Ausprägung des Rechts auf Einräumung einer Elternstellung. Zum einen wird ein solches Recht in den USA nicht anerkannt, vielmehr muss zu der genetischen noch eine soziale Komponente kommen, um ein Recht auf Einräumung der Elternstellung zu begründen¹²⁰, zum anderen liegt in der Samenspende die Aufgabe dieses Rechts.

¹¹⁵ Andrews, *New Conceptions*, 56; Blankenship u.a., *Gender and American Law*, 150, 159; Roosevelt, 39 *Santa Clara L.Rev.* 79, 106 (1998).

¹¹⁶ Blankenship u.a., *Gender and American Law*, 150, 159.

¹¹⁷ McAllister, 29 *Real Prop., Prob. & Tr. Journal* (1994), 55, 78; Andrews, *Reproductive Laws*, 361, 378; Ross, 9 *Tex. J. Women & L.* 29, 50 (1999); McIntyre v. Crouch (1989) 780 P.2d 239 (Or.1989).

¹¹⁸ Roosevelt, 39 *Santa Clara L.Rev.* 79, 106 (1998); Schiff, 44 *Duke L.J.* 524, 551f (1994).

¹¹⁹ Schiff, 44 *Duke L.J.* 524, 543 (1994); Wikler/ Wikler, 69 *Milbank Q.* 5, 8 (1991); Jhordan C. v. Mary K. 224 *Cal.Rptr.* 530, 535 (1986).

¹²⁰ S.o. 4. Teil B.II.4.

bbb) Problematischer gestaltet sich die Frage der Vaterschaft des Samenspenders in Fällen, in denen sich eine unverheiratete Frau künstlich inseminieren lässt. Anders als in den Fällen, in denen sie verheiratet ist, fällt der Ehemann als der bei Geburt zunächst vermutete Vater weg. Die Normen, die den Samenspender als Vater ausschließen, beziehen nicht in allen Staaten auch die Insemination einer unverheirateten Frau mit ein¹²¹. Sec. 5 (b) UPA (1973) betrifft nur den Fall der Übergabe des Samens zur Befruchtung einer verheirateten Frau.

(1.) In den Staaten, in denen die Norm, die den Samenspender als Vater ausschließt, nicht auf unverheiratete Frauen erweitert wurde, kann der Samenspender nach den allgemeinen Regeln als nichtehelicher Vater herangezogen werden¹²².

Diese Rechtsfolge ist in der amerikanischen Literatur im Hinblick auf das Kindeswohl nicht unumstritten¹²³. In der Regel sei zwar davon auszugehen, dass es dem Wohl des Kindes diene, zwei Elternteile zu haben¹²⁴. In Fällen der heterologen Insemination bei einer unverheirateten Frau hatten die biologischen Eltern aber niemals vor, gemeinsam für das Kind zu sorgen. Daher könne es für das Kind eher belastend sein, wenn es einen Vater aufgedrängt bekomme, der kein Interesse an ihm habe. Daher wird teilweise vorgeschlagen, auf die Intention der Parteien zurückzugreifen und den Samenspender nur zum rechtlichen Vater zu machen, wenn er dies auch wollte¹²⁵. Die Intention der Parteien müsse allerdings klar und eindeutig sein, weswegen sie in einem Register festgehalten werden sollte¹²⁶.

(2.) In den Staaten, die die Insemination der unverheirateten Frau in die Umsetzung des Sec. 5 (b) UPA (1973) mit aufgenommen haben, wird der Samenspender dann von seinen väterlichen Pflichten befreit, wenn er den Samen an einen Arzt übergeben hat.

¹²¹ Lediglich Kalifornien, Colorado, Illinois, New Jersey, New Mexico, North Dakota, Ohio, Washington, Wisconsin und Wyoming haben die Norm ausdrücklich auf die unverheiratete Frau erweitert; Cal. Fam. Code § 7613 (b) (1993); Colo. Rev. Stat. Ann. § 19-4-106(1990); Ill. Ann. Stat. ch 750, para 4013 (1993); N.J. Stat. Ann. § 9:17-44 (1993); N.M. Stat. Ann. § 40-11-6 (1989); Ohio Rev. Code Ann. § 3111.37 (1989); Wash. Rev. Code Ann. § 26.26.050 (1986); Wis. Stat. Ann. § 891.40 (1993); Wyo. Stat. § 14-2-103 (1986). Vergleichbare Normen existieren in North Dakota und Virginia, die den USCACA angenommen haben, wonach ein Gametenspender kein Elternteil ist. Auch in Oregon existiert eine solche Norm, die den Samenspender von der Elternstellung ausnimmt.

¹²² Thomas S. v. Robin Y. 618 N.Y.S.2d 356 (N.Y. 1994); vor Annahme des UPA: M. v. C. (N.J. 1977) 377 A2d 821; C.M. v. C.C. 377 A.2d 821 (N.J. 1977).

¹²³ Vgl. Schiff, 44 Duke L.J. 524, 556 (1994).

¹²⁴ Stumpf, 96 Yale L.J. 187, 195 (1986); Shultz, 1990 Wis.L.Rev. 297, 316; Schiff, 44 Duke L.J. 524, 556 (1994); Michael H. v. Gerald D. 491 U.S.110 (1989).

¹²⁵ Schiff, 44 Duke L.J. 524, 556 (1994); Robertson, 59 S.Cal.L.Rev. 939, 1006 (1986); Shapo, 25 Hofstra L. Rev. 1091, 1122f (1997); McIntyre v. Crouch 708 P.2d 239 (Or. 1989); Leckie v. Voorhies 875 P.2d 521 (Or. 1994); C.O. v. W.S. 639 N.E.2d 523 (Ohio 1994) in diesen Entscheidungen hat das Gericht festgestellt, dass die Vereinbarungen zwischen der unverheirateten Mutter und dem Samenspender beachtet werden müssen; aA Garrison, 113 Harv.L.Rev. 835, 908 (2000), die den Samenspender stets zum rechtlichen Vater machen will mit dem Argument, dass der Sexualpartner der Mutter diese Rolle auch übernehmen müsse, auch wenn er nicht in einer engen Beziehung zu dieser gestanden habe und keine elterlichen Rechte und Pflichten übernehmen wollte.

¹²⁶ Schiff, 44 Duke L.J. 524, 558 (1994).

Diese Norm erscheint fragwürdig, wenn man die Prinzipien des Abstammungsrechts betrachtet¹²⁷. Weder das Prinzip der genetischen Abstammung noch das der Statusklarheit oder -beständigkeit können als Grundlage dieser Regelung angeführt werden. Das Kind der unverheirateten Mutter ist vielmehr vaterlos. Es liegt also auch keine Durchbrechung der Prinzipien aufgrund des Kindeswohls vor. Auch das Recht der Erzeuger auf Fortpflanzung kann grundsätzlich nur soweit gehen, dass sie entscheiden, sich fortzupflanzen oder nicht. Wenn sie jedoch eine solche Entscheidung getroffen haben, sollen sie sich auch daran festhalten lassen. Da der Samenspender sich dafür entschieden hat, sich fortzupflanzen, sollte ihm in der Folge mit Rücksicht auf das Kindeswohl auch die Vaterstellung eingeräumt werden. Der Gesetzgeber scheint also mit der Erweiterung des Sec. 5 (b) UPA (1973) auch auf Kinder unverheirateter Frauen zu weit gegangen zu sein und hier das Kindeswohl außer Acht gelassen zu haben.

Auch in der Literatur wurde diese Regelung häufig kritisiert. So wird teilweise angenommen, dass die Normen, die dem Kind die Feststellung des Samenspenders als Vater nicht zugestehen, einen Verstoß gegen das Gleichberechtigungsgebot des *14. Amendments* der Verfassung darstellen¹²⁸. Im Gegensatz zu Kindern, die in eine bestehende Ehe hineingeboren werden, hätten künstlich gezeugte Kinder einer unverheirateten Frau keinen Vater im Zeitpunkt der Geburt und könnten auch niemanden als ihren Vater feststellen lassen. Auch im Gegensatz zu anderen nichtehelichen Kindern würden sie ungleich behandelt, da diese die Möglichkeit hätten, auch gegen den Willen ihrer Mutter eine Vaterschaftsfeststellung zu betreiben. Für diese Ungleichbehandlung lässt sich nach Ansicht der Autoren auch keine Rechtfertigung durch ein besonderes staatliches Interesse finden¹²⁹.

Dagegen wurde in einer Entscheidung festgestellt, dass eine Rechtfertigung durch die überwiegenden Interessen der Mutter vorliege. Das Recht auf Fortpflanzung der Frau überwiege das Recht des Kindes auf Gleichbehandlung¹³⁰. Wenn dem Spender kein Anspruch auf väterliche Rechte und Pflichten zugestanden werde, sollten dadurch die unverheiratete Frau und der Spender vor gegenseitigen Ansprüchen geschützt werden.

Allerdings übersieht das Gericht hier, dass das Recht auf Fortpflanzung der Frau gar nicht betroffen wäre, wenn man den Samenspender als rechtlichen Vater ansehen würde. Die Frau hat sich für die Fortpflanzung entschieden und sie hat auch ihren Fortpflanzungspartner ausgewählt. Selbst wenn man ihr auch in den USA aus ihrem Recht auf Fortpflanzung auch einen Anspruch auf Einräumung einer eigenen Elternstellung zugestehen würde, beinhaltet dieser aber keinen Anspruch auf

¹²⁷ Zu diesen Prinzipien s.o.3.Teil B.I.

¹²⁸ Vgl. zu den folgenden Ausführungen: Dwyer, 21 San Diego L.Rev. (1984), 1061 (1067); Padgett, 32 U.Louisville J.Fam.L. (1993), 511, 521.

¹²⁹ Ein solches wäre z.B. die Stärkung der traditionellen Familie. Aus diesem Grund ist es möglich, nichteheliche Kinder ungleich zu behandeln. Ein solcher Grund ist in Fällen der heterologen Insemination einer unverheirateten Frau jedoch nicht ersichtlich.

¹³⁰ McIntyre v. Crouch 780 P.2d (Or. 1989), 239.

Einräumung der Vaterstellung für ihren Lebensgefährten bzw. Verhinderung der Einräumung der Elternstellung des Samenspenders¹³¹.

Auch wenn die Gerichte die Regelung des Vaterschaftsausschlusses für den Samenspender für verfassungsgemäß halten, lockern sie diese teilweise unter Hinweis auf die Intention der Parteien auf. Bei der Beurteilung der Frage, ob der Samenspender der Vater des Kindes sein soll, greifen sie auf die Vereinbarungen zwischen diesem und der Mutter zurück¹³². Andere Gerichte haben dagegen entschieden, dass die Vereinbarung keinerlei Auswirkungen auf die rechtliche Beziehung zwischen Samenspender und Kind hat¹³³. Einige Staaten haben ausdrücklich normiert, dass der Samenspender nicht als rechtlicher Vater des Kindes angesehen wird, außer wenn ein schriftlicher Vertrag zwischen der Mutter und dem Samenspender besteht, der das Gegenteil besagt¹³⁴. Falls es sich um einen anonymen Samenspender handele, zeige dies bereits, dass er keine Verantwortung für das so gezeugte Kind übernehmen und somit nicht die Vaterstellung einnehmen wolle¹³⁵. Die Intention der Parteien ist jedoch nicht immer leicht festzustellen. So könnte der unverheirateten Frau der Samenspender als Vater ihres Kindes aufgedrängt werden, wenn sie ihm gewisse Rechte an dem Kind vor oder nach der Geburt eingeräumt hat, die von dem Spender sowie dem Gericht dergestalt ausgelegt werden, dass dadurch die Vaterstellung des Spenders anerkannt werden sollte.

Anders als in Fällen der Insemination einer verheirateten Frau ist das Kind einer unverheirateten Frau im Moment seiner Geburt vaterlos. Hierbei bleibt es auch, wenn der Samen an einen Arzt übergeben wurde. Da die Gerichte in ihrem Bemühen, möglichst eine traditionelle Familienstruktur aufzubauen, eine Präferenz dafür haben, einem Kind zwei Elternteile unterschiedlichen Geschlechts zuzuordnen¹³⁶, werden Ausnahmen gemacht, wenn Spender und Mutter eine andere mündliche oder schriftliche Vereinbarung getroffen haben. Das Problem dieser Lösung liegt in den möglichen Unklarheiten, wenn eine unverheiratete Frau trotz bestehender Normen nicht weiß, wie ein Vaterschaftsprozess des Spenders entschieden wird. Diese Unklarheiten würden vermieden, wenn man die Normen, die den Samenspender als Vater bei der Insemination einer unverheirateten Frau ausschließen, gemäß ihrem

¹³¹ S. hierzu bereits oben 4. Teil B.II.4.

¹³² In re interest of R.C. 775 P.2d 27 (Colo. 1989) wo ein Gericht in Colorado auf die Vereinbarung zurückgegriffen hat, obwohl § 5(b) UPA (1973) auch auf unverheiratete Frauen erweitert wurde; dahingegen in McIntyre v. Crouch 780 P.239 (Or. 1989) ausdrücklich nicht auf die Vereinbarung zurückgegriffen, obwohl § 5 (b) UPA (1973) hier nicht erweitert wurde. In Adoption of Matthew B. (Cal. 1991) 284 Cal. Rptr. 18 wurden Normen, die die Vaterschaft des Samenspenders ausschließen ohne auf die Vereinbarung zwischen diesem und der Mutter zurückzugreifen für verfassungswidrig erklärt, da sie einen Verstoß gegen das Recht auf due process des Spenders darstellen, ebenso C.O. v. W.S. (1994) 639 NE2d 523 (Ohio). Robertson, 59 S.Cal.L.Rev. 942, 1005f (1986) ist der Ansicht, dass ein Verstoß gegen das Recht auf Fortpflanzung vorliege, wenn die Intention der Parteien nicht beachtet werde.

¹³³ Thomas S. v. Robin Y. 618 N.Y.S.2d 356, 361-363 (N.Y. 1994); In re Leckie & Voorhies 875 P.2d 521 (Or. 1994).

¹³⁴ N.J.Stat. Ann. § 9:17-44; Wash. Rev. Code Ann. § 26.26.050(2); N.M. Stat. Ann. § 40-11-6; auch der USCACA normiert grundsätzlich den Ausschluss des Samenspenders von seinen väterlichen Pflichten, sagt jedoch im Vorwort, dass diese Norm nicht gelten soll, wenn der Spender und die Mutter sich anderweitig geeinigt haben: Prefactory Note 9B U.L.A. 163.

¹³⁵ C.M. v. C.C. 377 A.2d, 821 (N.J. 1977).

¹³⁶ C.M. v. C.C. 377 A.2d, 821, 825 (N.J. 1977); Jhordan C.v. Mary K. (1986) 224 Cal. Rptr. 530, 536.

Wortlaut stets anwenden würde¹³⁷. Eine einzige sinnvolle Ausnahme läge dann vor, wenn der Samenspender und die Mutter eine gemeinsame Erklärung unterzeichnet haben, dass der Samenspender der rechtliche Vater des Kindes sein soll¹³⁸. Denn grundsätzlich soll die Mutter darauf vertrauen können, dass ihr der Samenspender nicht als Vater des Kindes aufgedrängt wird. Nur in Ausnahmefällen, wenn eindeutige Schriftstücke vorliegen, die das Einverständnis der Mutter sowie des Samenspenders dokumentieren, könnte diesem die Vaterschaft zuerkannt werden.

Der UPA (2000) macht keinen Unterschied mehr zwischen der Insemination verheirateter und unverheirateter Frauen. Stattdessen wird in Art. 7 sec 702 UPA (2000) lediglich festgelegt, dass der Spender kein Elternteil ist. Der neue Wortlaut ist klar und eindeutig und lässt keinen Platz für eine Auslegung. Der Samenspender ist damit nie der Vater, gleichgültig ob die spätere Insemination bei einer verheirateten oder einer unverheirateten Frau vorgenommen wird, ob er seine Spende an einen Arzt übergeben hat und ob die Frau ihm Rechte im Hinblick auf das Kind einräumt¹³⁹.

3. Ergebnis

In den USA ist der Ehemann der Mutter in so gut wie allen Staaten dann unanfechtbar der rechtliche Vater des Kindes, wenn er dessen Zeugung durch heterologe Insemination schriftlich zugestimmt hat und der Eingriff von einem Arzt vorgenommen wurde. Die Schriftform der Zustimmung wird von der herrschenden Meinung als entbehrlich angesehen. Der Samenspender wird in vielen Staaten ausdrücklich von der Vaterschaft ausgenommen, wenn der Samen an einen Arzt übergeben wurde.

C. Eispende

Bei der Eispende taucht nun erstmals das Problem auf, dass genetische Mutter und gebärende Frau nicht identisch sind, also eine biologische Doppelmutterschaft vorliegt. Der deutsche und der US-amerikanische Gesetzgeber haben unterschiedliche rechtliche Lösungen für die dabei entstehenden abstammungsrechtlichen Probleme gefunden. Vor der Einführung des neuen § 1591 BGB und der dadurch herbeigeführten eindeutigen Klärung der Frage der rechtlichen Mutterschaft war dieser Punkt auch in Deutschland sehr umstritten. In den USA herrscht auch heute noch Unklarheit hierüber. Daher sollen die verschiedenen Mutterschaftsmodelle in der deutschen Diskussion nur kurz dargestellt und dann bei der Erörterung der US-amerikanischen Rechtslage einer genaueren Prüfung unterzogen werden.

¹³⁷ So auch Blankenship u.a., *Gender and American Law*, 150, 170.

¹³⁸ Schiff, 44 *Duke L.J.* 524, 559f (1994) schlägt sogar vor, dass sich Mutter und Samenspender in einem Register des Gesundheitsministeriums eintragen und dort bereits ihre Intentionen hinsichtlich der Elternstellung für das Kind dartun müssten.

¹³⁹ Vgl. Comment zu Art. 7 sec 702 UPA (2000).

I. Deutschland

Genetische Mutter und gebärende Frau sind bei der Eispende nicht identisch. Dem Kind könnten also zwei Mütter zugeordnet werden. Die Bestimmung des Vaters hängt mit davon ab, welche Frau als rechtliche Mutter angesehen wird, so dass auf diesen Aspekt erst im Anschluss an die Fragen der Mutterschaft eingegangen werden kann.

1. Mutterschaft

a) Frühere Situation

Für das Verständnis der heutigen Regelung über die Mutterschaft ist es hilfreich, sich die geschichtliche Diskussion hierüber in Erinnerung zu rufen. Der frühere Streit um die Mutterschaft macht deutlich, dass der Gesetzgeber aufgefordert war, eine klare Entscheidung für die eine oder andere Frau als rechtliche Mutter zu treffen.

aa) Mutterschaftsvermutung

Vor der Neufassung des Kindschaftsgesetzes gab es keine klare Regelung bezüglich der Mutterschaft. Auch die „mater semper certa est“ Regel führt bei einer gespaltenen Mutterschaft nicht ohne weiteres zu einem befriedigenden Ergebnis. Da der Gesetzgeber des BGB bei dessen Schaffung noch nicht an die Probleme der gespaltenen Mutterschaft gedacht hatte, waren neue Lösungen zu suchen. Es wurden hier drei Möglichkeiten diskutiert. Nach einer Ansicht war die Keimzellenspenderin als Mutter im Rechtssinne anzusehen (genetische Lösung)¹⁴⁰, andere sprachen sich für die gebärende Frau als Mutter aus (Geburtslösung)¹⁴¹, zum dritten wurde diskutiert, dem Kind zwei rechtliche Mütter zuzuordnen, eine genetische und eine Tragemutter (Doppelmutterschaftslösung)¹⁴².

¹⁴⁰ Lauff/ Arnold, ZRP 1984, 282; Mansees, Das Erbrecht des Kindes nach künstlicher Befruchtung, 201; Frank SjZ 1984, 365 (367); Coester-Waltjen, Embryonenschutz, 80, 86; Deutsch, Gentechnologie, 17, 18; ders.: Medizinrecht, Rn 261; Ostendorf, In-vitro Fertilisation, 177, 190; Bilsdorfer, MDR 1984, 803, 806; Kaufmann, Gentechnologie 3, 269f.

¹⁴¹ v.d. Daele, Mensch nach Maß, 67, 68; Schumacher FamRZ 1987, 313, 315; Coester-Waltjen, FamRZ 1984, 230, 232; dies.: Gutachten, B 111; dies.: FamRZ 1984, 230, 236; dies.: Jura 1987, 626, 633; Knöpfel, FamRZ 1983, 317, 322; Hohloch, StAZ 1986, 153, 158; Schumacher, FamRZ 1987, 313, 315; Bernat, Lebensbeginn durch Menschenhand, 125, 163f; Kollhosser, JA 1985, 555; Knöpfel, FamRZ 1983, 317; Reinke, Recht des Kindes auf Kenntnis seiner genetischen Herkunft, 29; Harder, JuS 1986, 508; Giesen, Hegnauer-FS, 76; v. Sethe, Recht auf Kenntnis der Abstammung, 173; Donhauser, Recht auf Kenntnis der Abstammung, 165; Gürtler, Leihmutterschaft, 203, 208; Laufs, JZ 1986, 769, 776; Kaufmann, Oehler-FS, 649, 661; Petersen, Retortenbefruchtung, 51; Hesral, Verträge, 15; Medicus, Zivilrecht und werdendes Leben, 25; Benda Bericht, 19; Hirsch/ Eberbach, Auf dem Weg zum künstlichen Leben, 24; Giesen, Sitzungsberichte des 56. DJT, K 42, K66; Giesen, Hegnauer-FS, 55, 71; Narr, Arzt, Patient, Krankenhaus, 329; Deutsch MDR 1985, 177, 182; Eberbach, MedR 1986, 253, 254f.

¹⁴² Selb, Rechtsordnung und künstliche Reproduktion des Menschen, 75f; Lee, Leihmutterschaft, 124ff; Bernat, Lebensbeginn durch Menschenhand, 125, 163; im Ansatz: Bilsdorfer, MDR 1984, 803, 805.

Gegen die Doppelmutterschaftslösung sprach, dass eine Doppelerternschaft der Systematik des BGB fremd ist¹⁴³. Auch bei der Vaterschaft wurde keine Aufspaltung in Zahlvaterschaft und biologische Vaterschaft erwogen. Es soll stets eine schnelle, klare und eindeutige Zuordnung des Kindes zu einem Vater und einer Mutter erfolgen¹⁴⁴. Nach dem bis 1979 geltenden Adoptionsrecht waren Adoptivkinder zwar sowohl mit ihren leiblichen als auch mit ihren Adoptiveltern verwandt. An der Abschaffung dieser doppelten Zuordnung zumindest für Minderjährige zeigt sich aber, dass es nicht im Sinne des Gesetzgebers gewesen wäre, eine solche praeter legem wieder einzuführen. Eine doppelte Elternschaft würde auch zahlreiche praktische Probleme nach sich ziehen, wie z.B. die Ausübung der elterlichen Sorge¹⁴⁵. Es widerspräche auch dem Wohl des Kindes, wenn es so zum Zankapfel mehrerer Mütter oder auch Väter gemacht werden könnte.

Für die genetische Lösung wurde angeführt, dass die Eispenderin die erste Ursache zur Entstehung neuen Lebens gesetzt habe¹⁴⁶. Auch sei das Kind mit ihr blutsverwandt, und das deutsche Abstammungsrecht wolle nun einmal die tatsächliche blutmäßige Abstammung feststellen¹⁴⁷. Diese Lösung kam auch dem Interesse des Kindes nach Kenntnis seiner genetischen Abstammung entgegen¹⁴⁸. Daneben würde hierdurch das Recht auf Einräumung einer Elternstellung der genetischen Mutter durchgesetzt¹⁴⁹.

Andererseits war nicht unbedingt einleuchtend, warum die Frau, die lediglich den ersten Anstoß für die Entstehung des Kindes gegeben hat, eine engere Verbindung zu diesem haben sollte als die Frau, die die gesamte Schwangerschaft erlebt und das Kind geboren hat¹⁵⁰. Ebenfalls für die Geburtslösung sprachen die sozialrechtlichen Mutterschaftsleistungen, die an die Schwangerschaft anknüpfen¹⁵¹. Auch ein Vergleich mit der Vaterschaftsvermutung führte zur Bestimmung der gebärenden Frau als Mutter. So wurde und wird als Vater zunächst derjenige vermutet, der mit der Mutter zum Zeitpunkt der Geburt verheiratet ist. Es sollte also sowohl bei der Vaterschafts- wie auch bei der Mutterschaftsvermutung auf einen Publizitätsakt ankommen, der dem

¹⁴³ Lee, Leihmutterschaft, 126; Hohloch, StAZ 1986, 153, 157; Soergel/ Gaul, BGB, § 1593 Rn 19d; Kirchmeier, FamRZ 1998, 1281, 1285.

¹⁴⁴ Lee, Leihmutterschaft, 125; Schwab, FamR, Rn 450; Schlüter, BGB FamR, Rn 268; Gernhuber/ Coester-Waltjen, FamR, § 1 IV 2; Giesen, Hegnauer-FS, 71; Mansees, Das Erbrecht des Kindes nach künstlicher Befruchtung, 107; Bernat, Lebensbeginn durch Menschenhand, 125, 163.

¹⁴⁵ Lee, Leihmutterschaft, 125; Bernat, Lebensbeginn durch Menschenhand, 125, 163; Coester-Waltjen, Gutachten, B 112; Wohn, Reproduktionstechniken, 106; aA Selb, Rechtsordnung, 76, der klarstellt, dass Status und Sorgerecht zwei völlig unterschiedliche Fragen seien.

¹⁴⁶ Ostendorf, In-vitro Fertilisation, 177, 188f; ders. JZ 1984, 594; Bilsdorfer, MDR 1984, 803, 805; Lauff/ Arnold, ZRP 1984, 282; Mansees, Das Erbrecht des Kindes nach künstlicher Befruchtung, 201; Coester-Waltjen Embryonenschutz, 80, 86; Deutsch, Gentechnologie, 17, 18; Bernat, Lebensbeginn durch Menschenhand, 125, 164.

¹⁴⁷ Ostendorf, In-vitro Fertilisation, 177, 190; Deutsch, Medizinrecht, Rn 261; Bilsdorfer, MDR 1984, 803, 806; Kaufmann, Gentechnologie 3, 269f.

¹⁴⁸ Ostendorf, In-vitro Fertilisation, 177, 190.

¹⁴⁹ Zum Recht auf Einräumung der Elternstellung s.o. 4. Teil B.I.3.

¹⁵⁰ Mit diesem Argument sprachen sich für die gebärende Frau als Mutter aus: v.d. Daele, Mensch nach Maß, 67, 68; Schumacher, FamRZ 1987, 313, 315; Giesen, Hegnauer-FS, 55, 71; Narr, Arzt, Patient, Krankenhaus, 329; Deutsch, MDR 1985, 177, 182; Eberbach, MedR 1986, 253, 254f.

¹⁵¹ Gaul, FamRZ 1997, 1441, 1464; ders.: FamRZ 2000, 1461, 1473; Lüderitz, FamR, Rn 629; ebenso in Österreich: Bernat, Lebensbeginn durch Menschenhand, 125, 164.

Beweis zugänglich ist¹⁵². Wollte man die genetische Mutter zur rechtlichen machen, würde das für das Kind oftmals zunächst Mutterlosigkeit bedeuten, bis die Eispenderin gefunden ist¹⁵³. Daher sollte aus Gründen der Statusbeständigkeit und Statusklarheit das Kriterium der Geburt den Vorzug vor der genetischen Abstammung erhalten. Mit diesen Argumenten ließ die früher herrschende Meinung zugunsten der gebärenden Frau zumindest eine Mutterschaftsvermutung gelten¹⁵⁴.

bb) Mutterschaftsanfechtung

Umstritten und problematisch war dann, ob und wenn ja in welchem Verfahren diese Mutterschaftsvermutung angefochten werden konnte¹⁵⁵. Der Sinn einer Statusanfechtung besteht in der Regel darin, die tatsächliche genetische Abstammung feststellen zu lassen. Eine Anfechtung der Mutterschaft wäre sowohl durch die gebärende Frau, die als rechtliche Mutter vermutet wurde, sowie auch durch das Kind denkbar gewesen.

aaa) Da die Mutterschaftsvermutung für die gebärende Frau in Fällen der Eispende nicht der biologischen Wirklichkeit entspricht, wurde teilweise eine Analogie zu § 1594 a.F. BGB vorgenommen und der gebärenden Frau ein Anfechtungsrecht eingeräumt¹⁵⁶. Als Argument hierfür wurde angeführt, dass das Kind ein Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung habe, und die Anfechtung ihm daher zugute kommen würde¹⁵⁷. Außerdem wäre es nicht zum Wohle des Kindes, wenn die gebärende Frau es ablehnen würde, sich aber rechtlich nicht von ihm lösen könnte¹⁵⁸.

Für die Zulassung einer Mutterschaftsanfechtung sprach früher, dass der durch das Bundesverfassungsgericht erweiterte Katalog der Anfechtungstatbestände des §

¹⁵² Coester-Waltjen, FamRZ 1984, 230, 232; dies. Gutachten, B 111; Knöpfel, FamRZ 1983, 317, 322; Hohloch, StAZ 1986, 153, 158; Hirsch/ Eberbach, Auf dem Weg zum künstlichen Leben, 24; Giesen, Sitzungsberichte des 56. DJT, K 42, K66.

¹⁵³ Gaul, FamRZ 1997, 1441, 1463; Coester-Waltjen, Gutachten, B 112; Edenfeld, FuR 1996, 190, 191; Quantius, FamRZ 1998, 1145, 1150.

¹⁵⁴ Hohloch, StAZ 1986, 158; Schumacher, FamRZ 1987, 313, 315; Bernat, Lebensbeginn durch Menschenhand, 125, 163f; Kollhosser, JA 1985, 555; Knöpfel, FamRZ 1983, 317; Coester-Waltjen, FamRZ 1984, 230, 236; dies. Jura 1987, 626, 633; Reinke, Recht des Kindes, 29; Harder, JuS 1986, 508; Giesen, Hegnauer-FS, 76; v. Sethe, Recht auf Kenntnis der Abstammung, 173; Donhauser, Recht auf Kenntnis der Abstammung, 165; Gürtler, Leihmutterschaft, 203, 208; Laufs, JZ 1986, 769, 776; Kaufmann, Oehler-FS, 649, 661; Hesral, Verträge., 15; Medicus, Zivilrecht und werdendes Leben, 25; Benda-Bericht, 19.

¹⁵⁵ Ablehnend Bernat, MedR 1986, 245, 252; Zierl, DRiZ 1986, 302, 306; Lauff/ Arnold, ZRP 1984, 279, 282; Deutsch, MDR 1985, 177, 182, Lanz-Zumstein, Leistungsfähigkeit des Rechts, 233, 259; Lee, Leihmutterschaft, 134f; v. Sethe, Recht auf Kenntnis der Abstammung, 176; Holzhauser, FamRZ 1986, 1166; aA Coester-Waltjen, Gutachten, B 113; dies.: FamRZ 1984, 230, 234; die der Frau ein Anfechtungsrecht einräumen wollte, wenn ihr gegen oder ohne ihren Willen fremde Eizellen eingesetzt worden waren.

¹⁵⁶ Coester-Waltjen, FamRZ 1984, 230, 233; dies.: Gutachten, B 111f; dies. Jura 1987, 629, 633; dies.: FamRZ 1992, 369, 371; Gernhuber/ Coester-Waltjen, FamR, § 53 I 2; Laufs, JZ 1986, 769, 776; Knöpfel, FamRZ 1983, 317, 322; Hohloch, StAZ 1986, 153, 160; Kollhosser, JA 1985, 553, 555.

¹⁵⁷ Coester-Waltjen, Gutachten, B 113; dies.: FamRZ 1984, 230, 233.

¹⁵⁸ Da jedoch in Fällen der Ei- und Embryonenspende die gebärende Frau sich für dieses Kind entschieden hat und es als das ihre bekommen wollte, wurde der gebärenden Frau von einem Teil der Literatur nur in Fällen der Leih- und Ersatzmutterschaft ein Anfechtungsrecht eingeräumt: Leipold, Kralik-FS, 467, 471ff; Kollhosser, JA 1985, 555f.

1596 Abs. 1 a.F. BGB sich auch auf die Anfechtung der Mutterschaft übertragen ließ¹⁵⁹.

Die Situation der Mutterschaftsanfechtung nach der Eispende ist außerdem vergleichbar mit der Anfechtung der Vaterschaft durch den Scheinvater bei heterologer Insemination¹⁶⁰. Allerdings wurde gerade wegen dieser Vergleichbarkeit von manchen Autoren angenommen, dass die Mutter durch ihre Zustimmung zur Eispende auf ihr Anfechtungsrecht verzichtet habe oder sich ein solches jedenfalls als rechtsmissbräuchlich darstellen würde¹⁶¹. Würde man die Ansicht der Rechtsprechung auch auf diese Konstellation übertragen, müsste auch eine Anfechtung durch die gebärende Frau prinzipiell möglich sein. Sie würde sich lediglich nicht von ihrer Verpflichtung zu Unterhaltsleistungen befreien können, da hier ein Vertrag zugunsten Dritter bestünde, der bereits vor der Geburt des Kindes geschlossen wurde¹⁶². Jedoch sah das Gesetz, anders als bei der Vaterschaft, auch im weiteren Verlauf keine Feststellung der genetischen Mutterschaft vor. Das Kind wäre also mutterlos geblieben bzw. hätte nur eine schlichte „Zahlmutter“. Aus diesem Grund entschied auch der Bundesgerichtshof, dass eine Anfechtung durch die gebärende Frau rechtsmissbräuchlich sei, da diese so die Verantwortung für das auf ihr Betreiben in die Welt gesetzte Kind abwälzen könnte. Dieses Interesse der Frau sei im Gegensatz zum Wohl des Kindes nicht schutzwürdig¹⁶³. Letztlich sei der Fall der Anfechtung nach einer Eispende auch nicht vollkommen vergleichbar mit der nach heterologer Insemination¹⁶⁴. Bei letzterer müsse der Ehemann lediglich zustimmen, seine Vaterschaft hänge an dem dünnen Band einer mündlichen Willenserklärung. Bei der Eispende hingegen habe sich die Frau in der Regel nach reiflichem Nachdenken für einen solchen, medizinisch nicht ganz unkomplizierten Eingriff entschieden und sei dann auf neun Monate mit dem Kind verbunden, währenddessen sie bereits eine Beziehung zu diesem aufbauen könne¹⁶⁵.

Ein weiteres Problem bei der Anfechtung der Mutterschaft wäre auch gewesen, dass das Kind bei erfolgreicher Anfechtung nicht nur mutter- sondern auch vaterlos geworden wäre¹⁶⁶. Die Vaterschaft wird nämlich über die Mutterschaft vermittelt. Wenn die Mutter verheiratet ist, wird ihr Ehemann als Vater vermutet. Dieser wäre nach einer Mutterschaftsanfechtung nicht mehr der Vater des Kindes, da er nicht mehr der Ehemann der Mutter, sondern lediglich der Ehemann der ehemaligen Mutter wäre¹⁶⁷. So hätte also eine Mutterschaftsanfechtung zu dem Ergebnis geführt, dass die Scheinmutter sich von dem Kind hätte lossagen können, dieses aber gleichzeitig auch seinen genetischen Vater verloren hätte und diesen in einem neuerlichen Verfahren

¹⁵⁹ Coester-Waltjen, Gutachten, B 113; dies.: FamRZ 1984, 230, 233, die sich jedoch nur für eine vorsichtige Analogie aussprach, da die Ausgangs- und Interessenlage nicht stets identisch mit der des scheinheiligen Vaters sei.

¹⁶⁰ Bernat, Lebensbeginn durch Menschenhand, 125, 166.

¹⁶¹ Coester-Waltjen, FamRZ 1984, 230, 234; Bernat, Lebensbeginn von Menschenhand, 125, 167; Kollhossler, JA 1985, 555; Deutsch, MDR 1985, 182; Harder, JuS 1985, 509; Eberbach, MedR 1986, 255.

¹⁶² Zum Streit bei der Vaterschaftsanfechtung nach heterologer Insemination s.o.6.Teil B.I.2.d).

¹⁶³ BGH, NJW 83, 2070; ebenso Coester-Waltjen, FamRZ 1984, 230, 233.

¹⁶⁴ Lee, Leihmutterschaft, 134; Bernat, Lebensbeginn durch Menschenhand, 125, 166.

¹⁶⁵ Bernat, MedR 1986, 245, 248; Lee, Leihmutterschaft, 134.

¹⁶⁶ Lee, Leihmutterschaft, 135.

¹⁶⁷ Anders: Coester-Waltjen, Gutachten, B 114f.

erst wieder hätte feststellen lassen müssen. Dies hätte dem Wohl des Kindes nicht entsprochen.

bbb) Auch wenn damit der gebärenden Frau von der Mehrzahl der Autoren kein Anfechtungsrecht eingeräumt wurde, so fragte sich, ob nicht dem Kind ein solches zugestanden werden musste. Ihm steht nämlich grundsätzlich ein Recht auf Kenntnis seiner eigenen Abstammung als Ausfluss seines allgemeinen Persönlichkeitsrechts zu¹⁶⁸. Daher sollte es ihm nach teils vertretener Ansicht, zumindest nach Volljährigkeit gestattet sein, die Scheinmutterschaft anzufechten¹⁶⁹. Vereinzelt wurde deswegen daran gedacht, die Regeln über die Anfechtung der Vaterschaft analog auf die Anfechtung der Mutterschaft anzuwenden¹⁷⁰ oder dem Kind zur Durchsetzung des Rechts auf Kenntnis seiner Abstammung eine isolierte Abstammungsfeststellungsklage zuzugestehen¹⁷¹.

b) Heutige Situation

Die neue Gesetzesfassung entscheidet sich für die gebärende Frau als rechtliche Mutter (§ 1591 BGB). Die bereits früher herrschende Meinung wurde somit Gesetz. Ausschlaggebend für den Gesetzgeber war, dass es zu keiner gespaltenen Mutterschaft und den für das Kind damit verbundenen Problemen kommen sollte¹⁷². Für die Mutterschaft der gebärenden Frau soll die durch Schwangerschaft und Geburt aufgebaute körperliche und psychosoziale Bindung der Frau zu dem Kind sprechen¹⁷³. Der Geburtsvorgang ist außerdem nach außen deutlich erkennbar. Die Ei- oder Embryonenspende wird durch die neue Regelung damit zwar nicht als zulässig anerkannt¹⁷⁴, jedoch in ihren zivilrechtlichen Folgen bewältigt¹⁷⁵. Der Gesetzgeber übt durch diese Mutterschaftszuordnung seine Einschätzungsprärogative mit Rücksicht auf das Kindeswohl aus.

Diese Zuordnung des Kindes zur Gebärenden ist keine bloße Scheinmutterschaft, die durch Anfechtung beseitigt werden kann, um die Feststellung der Eispenderin als genetische Mutter zuzulassen¹⁷⁶. Die gebärende Frau soll also unanfechtbar die rechtliche Mutter des Kindes sein. Diese starre, unabänderliche statusrechtliche Zuordnung zur gebärenden Frau begegnet jedoch verfassungsrechtlichen Bedenken.

¹⁶⁸ S.o. 4.Teil C.II.2.b)aa)aaa).

¹⁶⁹ Schwenzer, Gutachten, A 40, die auch den Vorschlag macht, dass eine Anfechtung stets dann zulässig sein sollte, wenn alle Beteiligten damit einverstanden sind.

¹⁷⁰ Eberbach, MedR 1986, 255.

¹⁷¹ So heute auch der Bundestag in BT-Drucks. 13/ 4899, 83; MüKo/ Mutschler, BGB, § 1596 Rn 21.

¹⁷² BT-Drucks. 13/ 4899, 82.

¹⁷³ BT-Drucks. 13/ 4899, 82.

¹⁷⁴ § 1 I Nr. 1 ESchG; §§ 13c, 13d AdVermG.

¹⁷⁵ Schwab/ Wagenitz, FamRZ 1998, 1377, 1377f.

¹⁷⁶ BT-Drucks. 13/ 4899, 82; BT-Drucks. 13/ 8511, 69; dazu Schlegel, FuR 1996, 284; Wolf, FuR 1998, 392, 395; kritisch: Diederichsen, NJW 1998, 1977, 1979; Ramm, JZ 1996, 987, 989; Coester, DEuFamR 1999, 3, 5; Schwab/ Wagenitz, FamRZ 1997, 1377, 1377f.

aa) Recht der genetischen Mutter auf Einräumung einer Elternstellung

Zum einen gibt die Norm im Hinblick auf die verfassungsrechtliche Stellung der genetischen Mutter Anlass zu Kritik. So gab es bei der Gesetzesberatung auch Stimmen, die lediglich eine anfechtbare Mutterschaftsvermutung für die gebärende Frau gelten lassen wollten¹⁷⁷. Dieser Vorschlag setzte sich nicht durch, da man Gefahren für das Wohl des Kindes befürchtete¹⁷⁸. Allerdings wurde hier nicht beachtet, dass nicht nur das Kind, sondern auch die genetische Mutter Rechte hat, die unter Umständen durchgesetzt werden müssen. Zwar hat der Gesetzgeber bei der Ausgestaltung des Elternbegriffes der Verfassung im bürgerlichen Recht im Interesse des Kindeswohls einen Gestaltungsspielraum. Allerdings wird hierbei nicht beachtet, dass es unter Umständen auch dem Kindeswohl zuträglich sein kann, wenn nicht die gebärende Frau, sondern die genetische Mutter als rechtliche Mutter festgestellt wird¹⁷⁹. Ein pauschalierter Hinweis auf den Schutz des Kindes bei Unanfechtbarkeit der Mutterschaft ist also kaum vertretbar. Zwar steht es in der Macht des Gesetzgebers, eine typisierte Kindeswohlprüfung vorzunehmen. In der Regel muss jedoch für Ausnahmefälle die Möglichkeit bestehen, dass von dieser Elternschaftszuordnung abgewichen wird.

Diese für den Fall der Vaterschaftsanfechtung entwickelten Grundsätze könnten hier anders zu bewerten sein, da anders als der Scheinvater die gebärende Frau auch eine biologische Verbindung zu dem Kind hat¹⁸⁰. Alleine diese zusätzliche biologische Verbindung kann jedoch nichts an dem Recht der genetischen Mutter auf Einräumung der Elternstellung ändern. Wenn man ihr lediglich in den Fällen eine Anfechtungsmöglichkeit gäbe, in denen es dem Kindeswohl entspricht, wäre bereits gesichert, dass das Kind der gebärenden Frau nicht entrissen wird, wenn es eine besonders enge Beziehung zu ihr aufgebaut hat. Der Gesetzgeber sollte daher eine Ausnahmevorschrift in das BGB einfügen, die der genetischen Mutter die Mutterschaftsanfechtung und darauffolgende Anerkennung ermöglicht, wenn sie dem Kindeswohl dient¹⁸¹. Der Gesetzgeber hat hier die Grenzen seines Einschätzungsspielraums überschritten, wenn er die Möglichkeit der Anfechtung und Mutterschaftsfeststellung für die genetische Mutter vollkommen ausschließt¹⁸².

Anders als im Falle der Leihmutterschaft treffen diese Bedenken bei der Ei- und Embryonenspende nicht zu. Zum einen wird man sagen müssen, dass es dem Kindeswohl zuträglich ist, seiner Wunschmutter und seinem genetischen Vater auch

¹⁷⁷ Deutscher Juristentag bereits 1992 in FamRZ 1992, 1275, Deutscher Juristinnenbund und Arbeitsgruppe Nichtehelichenrecht zit. in BT-Drucks. 13/ 4899.

¹⁷⁸ BT-Drucks. 13/ 4899, 82; Schlüter, FamR, 172; Schwab, FamR (9.Aufl.), 215; Wohn, Reproduktionstechniken, 109.

¹⁷⁹ So z.B. oftmals in den Fällen der Leihmutterschaft.

¹⁸⁰ Lurger, DEuFamR 1999, 210, 218, die jedoch auch der gebärenden Frau kein absolutes Schutzrecht einräumen, sondern vielmehr eine Einzelfallprüfung vornehmen will (219).

¹⁸¹ So verwies auch MüKo/ Mutschler, BGB, § 1596, Rn 21 bereits vor der Gesetzesänderung darauf, dass im Spannungsfeld zwischen rechtlich-sozialer und genetischer Elternschaft auch die Blutsverwandschaft angemessen zu berücksichtigen sei. Daher ist er der Ansicht, dass eine unabänderliche Festlegung der gesetzlichen Mutterschaft kraft Geburt auf längere Sicht nicht von Bestand sein könne.

¹⁸² Zu diesem Einschätzungsspielraum s.o. 4. Teil B.I.3.b).

statusrechtlich zugeordnet zu werden. Außerdem hat die Eispenderin ihr Recht auf Einräumung der Elternstellung freiwillig aufgegeben. Sie weiß bereits bei der Spende, dass sie nicht die rechtliche Mutter des Kindes sein wird. Wenn sie in Kenntnis dieser Umstände dennoch ein Ei spendet, kann man darin einen Verzicht auf das Recht auf Einräumung der Elternstellung sehen.

bb) Recht des Kindes auf Kenntnis der eigenen Abstammung

Daneben könnte durch die Unanfechtbarkeit der Mutterschaftszuordnung das Recht des Kindes auf Kenntnis der eigenen Abstammung verletzt sein¹⁸³. Dieses Recht besteht grundsätzlich auch im Hinblick auf die genetische Mutter¹⁸⁴. Dem Kind ist es jedoch, anders als bei der Vaterschaft, verwehrt die Mutterschaft der gebärenden Frau anzufechten und die der genetischen Mutter feststellen zu lassen. Darin liegt ein Wertungswiderspruch¹⁸⁵.

Die Probleme, die aus dem Recht des Kindes auf Kenntnis der eigenen Abstammung resultieren dachte der Gesetzgeber durch Verweis auf eine isolierte Abstammungsfeststellungsklage gemäß § 256 ZPO zu umgehen¹⁸⁶. Eine solche Klage hätte keine abstammungsrechtlichen Konsequenzen und würde damit den Status des Kindes unberührt lassen. Einziger Zweck wäre die Befriedigung des Rechts auf Kenntnis der eigenen Abstammung, es käme zu keinen weiteren abstammungsrechtlichen Konsequenzen wie Unterhaltszahlungen oder erbrechtlichen Ansprüche¹⁸⁷. Die Möglichkeit einer solchen isolierten Abstammungsfeststellungsklage war bereits früher im Zusammenhang mit der Vaterschaft des Samenspenders bei der heterologen Insemination diskutiert worden. Statt eines umfassenden Anfechtungs- und Feststellungsrechts wurde teilweise in Erwägung gezogen, dem Kind lediglich die Möglichkeit einer isolierten Abstammungsfeststellungsklage zuzugestehen¹⁸⁸. Diese sollte seinem Interesse an der Kenntnis der Abstammung genügen. Der Samenspender sollte so vor den väterlichen Pflichten geschützt werden, das Kind dennoch Kenntnis von seiner Abstammung erhalten. Der Gesetzgeber hat sich jedoch bei der Vaterschaft für ein umfassendes Anfechtungsrecht des Kindes entschieden und die Möglichkeit einer rechtsfolgenlosen Vaterschaftsfeststellung ausdrücklich verworfen¹⁸⁹. Die Möglichkeit der isolierten

¹⁸³ Seidl, FamR, 111; Muscheler/ Beisenherz, JR 1999, 407, 411; Helms, FuR 1996, 178, 188; Coester, JZ 1992, 809, 811; ders.: DEuFamR 1999, 3, 5; Lurger, DEuFamR 1999, 210, 218.

¹⁸⁴ Donhauser, Recht auf Kenntnis der Abstammung, 181; Busse, Kenntnis der Abstammung, 176; Wolf, FuR 1998, 392, 396.

¹⁸⁵ Muscheler/ Beisenherz, JR 1999, 407, 411; Helms, FuR 1996, 178, 188; ders.: Biologische Abstammung, 120; MüKo/ Mutschler, BGB (2. Auflage) § 1597, Rn 21; kritisch: MüKo/ Mutschler, BGB (3.Aufl.) §§ 1591, 1592 Rn 53, 55.

¹⁸⁶ BR-Drucks. 180/ 96, 93; BT-Drucks. 13/ 4899, 83; befürwortend auch Edenfeld, FuR 1996, 190, 192; Mutschler, FamRZ 1996, 1381, 1385; Wolf, FuR 1998, 392, 397.

¹⁸⁷ Für solch eine Klage bei der Vaterschaft: Münder, RdJ 456, 460; Oberloskamp, FuR 1991, 263, 269; dagegen: Donhauser, Recht auf Kenntnis der Abstammung, 148f; Henrich, FamR 5. Aufl., 195; Reinke, Recht des Kindes, 152ff; Kirchmeier, FamRZ 1998, 1281, 1285.

¹⁸⁸ Münder, RdJ 456, 460; Oberloskamp, FuR 1991, 263, 269

¹⁸⁹ BT/ Drucks. 13/ 4899, 56f

Abstammungsfeststellungsklage auf der Grundlage des § 256 ZPO war und ist sehr umstritten.

Nach herrschender Meinung ist die genetische Abstammung kein Rechtsverhältnis im Sinne des § 256 ZPO¹⁹⁰. Zivilprozessual ist die Abstammung vielmehr nur das Element eines Rechtsverhältnisses¹⁹¹, so dass eine isolierte Abstammungsklage zivilprozessual unzulässig wäre¹⁹². Auch würde im Verfahren nach § 256 ZPO volle Dispositionsbefugnis der Parteien bestehen, was bedeutet, dass die Beklagte ohne Konsequenzen befürchten zu müssen, ein Versäumnisurteil herbeiführen könnte¹⁹³.

Aufgrund dieser Bedenken wurde in der Reformdiskussion für die Fälle der Ei- und Embryonenspende mehrfach die ausdrückliche gesetzliche Einführung einer isolierten Abstammungsfeststellungsklage gefordert¹⁹⁴. Auch eine solche Klage wäre jedoch aus verschiedenen Gründen bedenklich. So wurde auch die Einführung einer isolierten Vaterschaftsfeststellung von der herrschenden Meinung stets abgelehnt¹⁹⁵. Dadurch käme es zu einer Aufspaltung der Ist- und der Zahlvaterschaft. Diese sollte jedoch gerade durch das Nichteilengesetz von 1969 beseitigt werden.

Auch könne niemand das Kind zweier Väter sein, da das Verwandtschaftsverhältnis seiner Natur nach ein Ausschließlichkeitsverhältnis und daher unteilbar sei¹⁹⁶. Die rechtliche Vaterschaft würde entwertet, wenn gerichtlich ein anderer Mann als genetischer Vater festgestellt werden könnte, den jedoch keine weiteren Verpflichtungen treffen. Diese Argumente können auf die Mutterschaft übertragen werden und gegen die Einführung einer isolierten Abstammungsfeststellungsklage vorgebracht werden.

Nach momentaner Gesetzeslage ist eine solche isolierte Abstammungsfeststellungsklage nicht möglich. Dass der Gesetzgeber nun, obgleich er die Möglichkeit einer isolierten Abstammungsfeststellungsklage bei der Frage nach der Mutterschaft nicht in das Gesetz aufgenommen hat, in der Begründung zu dem neuen Kindschaftsrecht darauf verweist, scheint befremdlich. *Wolf*¹⁹⁷ geht davon aus, dass man hier die Wertung des Gesetzgebers berücksichtigen müsse, und dieser nun eine Auslegung des Begriffes „Rechtsverhältnis“ im Sinne des § 256 ZPO

¹⁹⁰ Schwab/ Wagenitz, FamRZ 1997, 1377, 1378; Diederichsen, NJW 1998, 1977, 1979; Pieper, FuR 1998, 33, 35; Gaul, FamRZ 1997, 1441, 1464; ders.: FamRZ 2000, 1461, 1474; Helms, FuR 1996, 178, 188; Coester, DEuFamR 1999, 3, 5; Lurger, DEuFamR 1999, 210, 219.

¹⁹¹ BGHZ 68, 331, 332, 334; Muscheler/ Beisenherz, JR 1999, 407, 412; Ziegler/ Mäuerle, FamR, Rn 362; Helms, Biologische Abstammung, 121.

¹⁹² Frank, Arens-FS, 65, 74; Gaul, Familienrecht in Geschichte und Gegenwart, 40, 46; Helms, FuR 1996, 178, 188; ders.: Biologische Abstammung, 121.

¹⁹³ Helms, FuR 1996, 178, 188.

¹⁹⁴ MüKo/ Mutschler, BGB, § 1593 Rn 21a; These II.6 des Deutschen Juristinnenbundes, FuR 1992, 185; SPD-Antrag, Reform des Kindschaftsrechtes, BT-Drucks. 12/ 4024, 4; ebenso: Edenfeld, FuR 1996, 190, 196; Oberloskamp, FuR 1991, 263, 269; Coester, JZ 1992, 809, 811; ebenso nach der Gesetzesänderung: Coester, DEuFamR 1999, 3, 6; Zumstein, Fortpflanzungsmedizin, 134, 139.

¹⁹⁵ So auch die Gesetzesbegründung zum neuen Kindschaftsrecht: BT-Drucks. 13/ 4899, 56f.

¹⁹⁶ Soergel/ Gaul, BGB, § 1593 Rn 19d; Kirchmeier, FamRZ 1998, 1281, 1285.

¹⁹⁷ FuR 1998, 392, 397.

vorgenommen habe. Dem kann entgegengehalten werden, der Gesetzgeber habe ebenso darauf hingewiesen, dass nach dem neuen Gesetz die einzige rechtlich maßgebliche Mutterschaft geklärt sei und eine statusrechtlich offene Frage, die ein Rechtsverhältnis darstellen könnte, nicht existiere¹⁹⁸. Daher sollte eigentlich eine Feststellungsklage nun erst recht nicht möglich sein¹⁹⁹. Der Gesetzgeber hat sich somit selbst widersprochen. Jedoch könnte man im Hinblick auf das Recht des Kindes auf Kenntnis der eigenen Abstammung einen Auskunftsanspruch zumindest gegen die rechtliche Mutter aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht in Verbindung mit § 1618 a BGB herleiten²⁰⁰.

Aus diesem Anspruch und der überragenden Bedeutung, die dem Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung zukommt, ergibt sich, dass eine anonyme Eispende nicht zulässig ist. Ebenso wie bei der Samenspende muss das Kind auch hier die Möglichkeit haben, die Identität seiner genetischen Mutter zu erfahren. Daher muss diese dokumentiert werden.

2. Vaterschaft

Als Vater wird der Ehemann der Mutter vermutet, wenn diese verheiratet ist. In Fällen der Eispende ist der Ehemann auch gleichzeitig der genetische Vater. Der nichteheliche Lebenspartner wird dagegen wieder nicht als Vater vermutet, sondern muss seine Vaterschaft anerkennen oder gerichtlich feststellen lassen.

II. USA

Die statusrechtlichen Folgen der Eispende sind in den meisten Staaten der USA nicht spezialgesetzlich geregelt²⁰¹. Daher muss man auf die allgemeinen Normen zurückgreifen.

1. Mutterschaft

a) UPA (1973)

Hinsichtlich der Mutterschaft enthält UPA (1973) eine unklare Formulierung. In Sec. 3 (1) UPA (1973) wird die gebärende Frau als rechtliche Mutter bezeichnet, Sec.

¹⁹⁸ BT-Drucks. 13/ 4899, 82; BT-Drucks. 13/ 8511, 69.

¹⁹⁹ Lipp/ Wagenitz, Das neue Kindeschaftsrecht § 1591 Rn 5; Schwab, FamR, Rn 494; Schwab/ Wagenitz, FamRZ 1997, 1377; Gaul, FamRZ 1997, 1441, 1464; Helms, FuR 1996, 178, 188; aA Quantius, FamRZ 1998, 1145, 1150; für die Einführung einer Mutterschaftsanfechtung zumindest ab Volljährigkeit des Kindes: Muscheler/ Beisenherz, JR 1999, 407, 412.

²⁰⁰ Ziegler/ Mäuerle, FamR, Rn 362; Gaul, FamRZ 2000, 1461, 1475; Wolf, FuR 1998, 392, 396; Lipp/ Wagenitz, Das neue Kindschaftsrecht, § 1591, Rn 5; ein solcher Anspruch des nichtehelichen Kindes besteht gegen seine Mutter auf Nennung der Namen ihrer Sexualpartner: BVerfGE 79, 256, 269; AG Passau, FamRZ 1987, 1309; LG Passau, NJW 1988, 144; LG Münster, FamRZ 1990, 1031; Donhauser, Recht auf Kenntnis der Abstammung, 84.

²⁰¹ In Oklahoma, Texas, Florida, North Dakota und Virginia existieren Normen, die vergleichbar mit § 5 (b) UPA (1973) die Eispenderin aus der Verantwortung für das Kind herausnehmen und die Elternschaft nach der Intention der Parteien bestimmen.

21 UPA (1973) verweist im Hinblick auf die Mutterschaft auf die Regeln über die Vaterschaftsfeststellung. Nach Sec. 21 UPA (1973) soll also die genetische Mutter auch die rechtliche Mutter sein.

Der USCACA hingegen hat eine klare Regelung auch für die Eispende getroffen. Danach soll auch die Eispenderin, ebenso wie der Samenspender bei der heterologen Insemination, kein Elternteil sein²⁰². Da jedoch der USCACA im Gegensatz zum UPA (1973) keine weitreichende Akzeptanz gefunden hat, muss der Widerspruch zwischen Sec. 3 (1) und Sec. 21 UPA (1973) gelöst werden. Es werden verschiedene Mutterschaftsmodelle vorgeschlagen. Die Diskussion gleicht der deutschen vor der Gesetzesänderung. Aufgrund der abweichenden Gesetzeslage werden teilweise andere Argumente bzw. Begründungen vorgebracht und vielfältigere Lösungsvorschläge unterbreitet.

aa) Mutterschaftsmodelle

Insgesamt finden sich in der Diskussion in den USA sieben Mutterschaftsmodelle. Nicht ganz klar wird bei diesen Modellen, ob es sich lediglich um Mutterschaftsvermutungen handeln soll, oder ob die Zuordnung unabänderlich sein soll.

aaa) Auch in den USA wird vereinzelt vorgeschlagen, beide Frauen zu rechtlichen Müttern des Kindes zu machen²⁰³. Für die gebärende Frau kann man zur Bestimmung der Mutterschaft auf Sec. 3 (1) UPA (1973) zurückgreifen, für die genetische Mutter auf Sec. 21 UPA (1973).

Teilweise wird sogar vorgebracht, dass die Elternschaft jedem zukommen solle, der eine funktionale elterliche Beziehung zu dem Kind aufgebaut habe, die ein rechtlich anerkannter Elternteil vermittelt habe mit der Intention, dass eine zusätzliche Eltern-Kind Beziehung entsteht²⁰⁴. *Mahoney* erweitert diese Definition sogar noch, indem sie jeden zum Elternteil machen will, der eine elterliche Rolle im Leben des Kindes gespielt hat, gleichgültig ob die rechtlichen Eltern das wollten oder nicht²⁰⁵. Für das Kindeswohl sei es förderlich, so viele Bezugspersonen zu haben wie möglich. *Bartlett* stimmt dem nur insoweit zu, als dass nur dann eine nicht rechtlich als Elternteil anerkannte Person die Stellung eines Elternteils erhalten könne, wenn die Beziehung zu den rechtlichen Eltern zusammengebrochen sei²⁰⁶.

bbb) Eine weitere Möglichkeit bestünde darin, dem Kind keine rechtliche Mutter zuzuordnen²⁰⁷. Definiert man Mutter als die Frau, die sowohl genetisch mit dem Kind

²⁰² § 4 (a) USCACA 9 B U.L.A. 166.

²⁰³ Kisthardt, 65 Tul. L.Rev., 585, 631 (1991); Bartlett, 70 Va. L.Rev. 879 (1984); Mahoney, *Reproduction, Ethics and the Law* 35, 47; Shultz, 2 Wis.L.Rev. 1990, 297 (332); American Civil Liberties Unit in *Johnson v. Calvert* 851 P.2d, 781 (Cal. 1993) FN 8; Charo, 15 Wis. Women's L.J. 231, 251 (2000); die Gerichte haben sich jedoch stets dagegen ausgesprochen: *Johnson v. Calvert* 851 P.2d (Cal. 1993) 776, 781; *McDonald v. McDonald* 608 N.Y.S.2d (N.Y. 1994) 477; *Belsito v. Clark* 644 N.E.2d 763 (Ohio 1994).

²⁰⁴ Polikoff, 78 Geo. L.J. (1990), 459, 572.

²⁰⁵ Mahoney, *Reproduction, Ethics and the Law* 35, 47.

²⁰⁶ Bartlett, 70 Va.L.Rev. 879 (1984), 946f.

²⁰⁷ Dolgin, 23 Vt. L. Rev. (1998), 225, 238.

verwandt ist als auch durch die Geburt mit ihm verbunden ist, hat hier keine der Frauen den vollen Beitrag erbracht und kann als Mutter des Kindes angesehen werden.

ccc) Auch könnte man daran denken, keine festen Regeln bezüglich der Mutterschaft aufzustellen, sondern in jedem Einzelfall eine Abwägung der Interessen und persönlichen Bindungen der möglichen Mütter zu dem Kind vorzunehmen²⁰⁸.

ddd) Teilweise wird befürwortet, dass die Parteien selbst entscheiden sollen, wer die Mutter des Kindes sein soll. Die Elternschaft soll also nach den Vorstellungen der Parteien bestimmt werden²⁰⁹. *Shultz*²¹⁰ geht davon aus, dass es zwar bei natürlicher Fortpflanzung problematisch sei, die Fortpflanzungsintention von anderen Motiven zu trennen, bei künstlicher Fortpflanzung jedoch gehe die Intention der Parteien eindeutig aus dem Vertrag hervor. Auch fordere die Neuheit der Fragen, die die wissenschaftlichen Veränderungen aufgeworfen haben, neue rechtliche Ansätze und Antworten²¹¹.

eee) Ähnlich wollen andere Autoren das Kindeswohl entscheiden lassen, wer die Mutter des Kindes sein soll²¹². Die Frau, bei der das Kind besser aufgehoben ist, soll die rechtliche Mutter sein²¹³. Diese Kindesinteressen könnten anhand der Faktoren, die auch bei Sorgerechtsentscheidungen zu beachten sind, festgestellt werden. Hierfür haben einige Staaten sehr weite Richtlinien aufgestellt, andere haben die zu beachtenden Faktoren genau aufgezählt²¹⁴. So sollen der eheliche Status der Frau sowie die Stabilität der Ehe beachtet werden, ebenso die Existenz von Geschwistern, das Ausmaß der Bindung des Kindes an die gebärende Frau, die Fähigkeit der Frau, hauptsächliche Bezugsperson für das Kind zu sein, ebenso wie ihre Fähigkeit, andere, nicht sorgeberechtigte Elternteile eine Beziehung zu dem Kind aufbauen zu lassen²¹⁵. Auch die Vertreter dieser Meinung kommen in der Regel zum selben Ergebnis wie die der Intentionlösung. Letztlich plädieren auch die meisten Autoren für eine typisierte Kindeswohlprüfung, indem sie davon ausgehen, dass es stets dem Kindesinteresse entspreche, den Wunscheltern zugeordnet zu werden²¹⁶. Es entspreche dem

²⁰⁸ Shultz, 2 Wis. L. Rev. 1990, 297, 332; Wolf, Cal.Fam.L.Monthly May 1998, Issue 5.

²⁰⁹ Shultz, 2 Wis. L. Rev. (1990), 297, 332; Wilder, 26 SPG Hum. Rts. (1999), 23, 24; Robertson, Children of Choice, 125; Abell, 45 Mercer L. Rev. (1994), 1429, 1437; Schiff, 44 Duke L.J. 524, 550f (1994); Shalev, Birth Power 99.

²¹⁰ 2 Wis.L.Rev. 297, 324 (1990).

²¹¹ Shultz, 1990 Wis.L.Rev.297, 324.

²¹² Krause, 19 Fam.L.Q. 185, 193 (1985); Sly, 18 Gonzaga L.Rev. 539, 560 (1982); Pretorius, Surrogate Motherhood, 138; ebenso Kandel, 47 Rutgers L. Rev. (1994), 165, 178; Wolf, Cal.Fam.L.Monthly May 1998, Issue 5; Justice Kennard in Johnson v. Calvert; Snyder, 16 Law & Inequ. J. 289, 349 (1998); Irwin, 24 Sw. U.L.Rev. 1277, 1291f (1995) spricht sich dafür aus, in keinem Fall den Intentionstest zuzulassen, da hierbei die gebärende Frau niemals eine Chance habe, als rechtliche Mutter anerkannt zu werden. Wende man den Kindeswohltest an, seien ihre Chancen zwar auch gering, sie bestünden jedoch jedenfalls.

²¹³ Ebenso: Wolf, Cal.Fam.L.Monthly May 1998,, Issue 5; Pretorius, Surrogate Motherhood, 138; Kandel, Rutgers L.Rev. (1994), 165, 178; Noble-Allgire, 64 Mo.L.Rev. (1999) 517, 577.

²¹⁴ Siehe McCahey, Child Custody Visitation Law and Practice § 10.06(2)(b)(iii) und 10.06(2)(i)(ii).

²¹⁵ Noble-Allgire, 64 Mo.L.Rev. (1999), 517, 582.

²¹⁶ Noble-Allgire, 64 Mo.L.Rev. (1999), 517, 582, die dies als einen großen Vorteil an dieser Lösung ansieht.

Kindeswohl, wenn die Frau, die zusammen mit ihrem Partner dafür verantwortlich ist, dass das Kind zur Welt kommt, seine Mutter sei²¹⁷.

fff) Eine weitere Möglichkeit wäre, die Normen, welche die Samenspende regeln, analog auf die Eispende anzuwenden und die gebärende Frau zur rechtlichen Mutter zu machen. Dann wäre die Ehefrau, die einer Eispende zustimmt und das Kind zur Welt bringt, die Mutter des Kindes. Bei der Samenspende wird der Ehemann der Mutter, der der künstlichen Befruchtung zustimmt, unanfechtbar zum rechtlichen Vater des Kindes. Da Samen- und Eispende in vieler Hinsicht durchaus vergleichbar sind, wird vorgeschlagen, diese Normen analog anzuwenden²¹⁸. Da das Gesetz sowieso der gebärenden Frau ein gewisses Vorrecht hinsichtlich der Mutterschaft einräumt, müsste für diese Lösung grundsätzlich keine neue Norm geschaffen werden²¹⁹.

Auch spricht für diese Lösung zunächst, dass die gebärende Frau vermutlich die stärkere körperliche und emotionale Beziehung zu dem Kind hat, da es neun Monate Teil ihres Körpers war und sie sogenannte „Mutterbande“ zu ihm aufgebaut hat²²⁰. Auch hat sie ein körperliches Opfer für das Kind auf sich genommen und ist die gesundheitliche Gefahr einer Schwangerschaft eingegangen²²¹.

Als weiteres Argument für die Geburtslösung wird das Kindeswohl angeführt. Auch das Kind baue durch die Schwangerschaft und in der Zeit direkt nach der Geburt eine enge Beziehung zu der Frau auf, die es geboren hat²²².

Auch der Wortlaut des UPA (1973) spricht für die gebärende Frau als Mutter. In Sec. 3 (1) hat er dies zunächst normiert. Sec. 21 verweist dann auch in Bezug auf die Mutterschaft auf die Regeln der Vaterschaftsfeststellung und -anfechtung. Es wird jedoch angenommen, dass letztere Norm sich nur auf die Fälle beziehen sollte, in denen die tatsächliche Identität der Mutter in Frage steht, wenn sie und das Kind zum Beispiel direkt nach der Geburt getrennt wurden²²³. Lediglich dann sollten Bluttests durchgeführt werden, um die biologische Mutter ausfindig zu machen, ansonsten gelte stets die gebärende Frau als Mutter. Dies leuchtet vor allem deswegen ein, da der UPA (1973) bereits 1973 in Kraft trat – fünf Jahre vor der Geburt des ersten Kindes nach einer in-vitro Fertilisation – und er damit gar nicht an die Lösung der Probleme bei

²¹⁷ Daher kombiniert Katers, 2000 Wis.L.Rev. 441, 469 die beiden Elemente auch, indem sie zunächst auf die Intention abstellt und in einem zweiten Schritt überprüft, ob die so gefundene Zuordnung auch dem Kindeswohl entspricht.

²¹⁸ Robertson, S. Cal. L. Rev. 59 (1986), 942 (1009); Shapo, 25 Hofstra L. Rev. 1091, 1128 (1997).

²¹⁹ Hollinger, 18 U.Mich.J.of L.Ref., 865 (898), 1985; Capron, 20 U.C. Davis L.Rev. 675, 698 (1987); Birck, 62 U. Cin.L.Rev. (1994), 1623, 1656; McAllister, 29 Real Prop., Prob. & Tr. Journal (1994), 55 (90); Field, 31 Washburn L.J. 1, 3 (1991); Charo, 3 Texas J.of Women and the Law 265, 292 (1994); Annas, Reproductive Laws 414 fordert, dass eine ausdrückliche Norm geschaffen wird, die die gebärende Frau und nur diese zur Mutter in allen rechtlichen Angelegenheiten macht; Entscheidung in diesem Sinn: Andres A. v. Judith N. 591 N.Y.S.2d (N.Y. 1992), 946.

²²⁰ Hill, 66 N.Y.U. L.Rev. 353, 394 (1991) mwN.

²²¹ Irwin, 24 Sw. U.L.Rev. 1277, 1289 (1995); Annas, 14 Hastings Ctr. Rep. Oct. 84, 50; Annas/ Elias, 17 Fam.L.Q. (1983) 199, 216f; Bartlett, 98 Yale L.J. (1988), 293, 329f; Oxman, 33 Jurimetrics J. (1993), 387; Russell-Brown, 23 Colum. Hum. Rts L. Rev. (1992), 525; Hill, 66 N.Y.U. L.Rev. 353, 407f (1991); Pierce-Gealy, 28 Akron L. Rev. (1995), 535, 563ff; Snyder, 16 Law & Inequ. J. 289, 331 (1998).

²²² Hill, 66 N.Y.U. L. Rev. (1991), 353, 400f; Birck, 62 U.Cin.L.Rev. 1623, 1648ff (1994).

²²³ McAllister, 29 Real Prop., Prob. & Trust J. (1994), 55, 93.

doppelter Mutterschaft gedacht hatte²²⁴. Sec. 21 UPA (1973) ist also nach richtiger Auffassung nur für die Fälle eingefügt worden, in denen nicht klar ist, wer das Kind zur Welt gebracht hat.

Und schließlich kann für die gebärende Frau als rechtliche Mutter auch in den USA, ebenso wie in Deutschland, die Einfachheit der äußeren Tatsache der Geburt angeführt werden²²⁵. Dieser Publizitätsakt, der einem Beweis leicht zugänglich ist, verhindert Statusunsicherheiten. Das Kind wird so vor einem Schwebestadium nach seiner Geburt geschützt, während dessen unklar ist, wer die rechtliche Mutter ist und wie die Mutterschaft festgestellt werden kann.

ggg) Wieder andere Stimmen sprechen sich für die Eispenderin als rechtliche Mutter aus. Die genetischen Faktoren sollen hiernach für die Mutterschaftszuordnung entscheidend sein²²⁶. Zunächst kann für diese Lösung der Aspekt der genetischen Identität vorgebracht werden²²⁷. Die genetischen Eltern sehen sich selbst in ihren Kindern heranwachsen, sie leben weiter in ihren Kindern²²⁸. Diese Konzentration auf die genetischen Wurzeln hat geschichtliche und mythologische Hintergründe in jeder Kultur²²⁹. Auch auf Seiten des Kindes bestehe oftmals ein starkes Interesse daran, seine genetischen Wurzeln zu erforschen. Die Fälle vieler Adoptivkinder, die ihre genetischen Eltern ausfindig machen wollen, zeigen, dass die Gene doch eine wesentliche Rolle spielen und für beide Seiten von besonderer Wichtigkeit sein können²³⁰. Auch würde mit der genetischen Lösung das Recht auf Fortpflanzung in seiner Ausprägung des Rechts auf Einräumung einer Elternstellung durchgesetzt²³¹.

Weiterhin wird für die Eispenderin als rechtliche Mutter das sog. Eigentumsargument vorgebracht²³². Danach sei jede Person Eigentümer der Produkte, Prozesse und Organe ihres Körpers. Die Eltern sollen anhand der eigentumsrechtlichen Zuordnung der Gameten vor der Befruchtung bestimmt werden. Damit ließe sich auch erklären, warum der Samenspender nicht der rechtliche Vater des Kindes sein soll. Er habe seine Eigentumsrechte an dem Samen aufgegeben²³³.

²²⁴ McAllister, 29 Real Prop., Prob. & Trust J. (1994), 55, 93.

²²⁵ Annas, 14 Hastings Center Rep. 50 (1984); ders.: Reproductive Laws 414; Note, 99 Harv. L. Rev. 1936, 1950f (1986).

²²⁶ Brahams, 17 Hastings Center Rep. 16, 18f (1981); Warnock Committee, 51 Medico-Legal J. 174, 176 (1983); Rae, 3 S.Cal.Rev.L. & Women's Studies (1994), 219, 228; Roosevelt, 39 Santa Clara L.Rev.79, 88 (1998).

²²⁷ Brahams, 17 Hastings Center Rep. 16, 18f (1981); Rae, 3 S.Cal.Rev.L. & Women's Studies (1994), 219, 228; Snyder, 16 Law & Inequ. J. 289, 325 (1998); Hill, 66 N.Y.U. L.Rev. 353, 389 (1991).

²²⁸ Lifton, The Life of the Self, 32 (1983); dem widerspricht Hill, 66 N.Y.U. L. Rev. 1991, 353 (391) wenig überzeugend mit dem Hinweis, dass sich die Gene ja mit denen des Mannes vermischen und die Frau sich deswegen ja gar nicht wiedererkennen könne.

²²⁹ Chodorow, The Reproduction of Mothering: Psychoanalysis of Gender (1978); Hill, 66 N.Y.U. L.Rev. 353, 390 (1991).

²³⁰ Rae, 3 S.Cal.Rev.L. & Women's Studies (1994), 219, 228.

²³¹ Zwar wird in den USA ein solches Recht nicht als aus dem Recht auf Fortpflanzung ausschließend anerkannt (s.o.4.Teil B.II.4.), jedoch scheinen diese Gedanken bei den Gerichten, die sich für die genetische Lösung entschieden haben, eine beträchtliche Rolle gespielt zu haben.

²³² Rae, 3 S.Cal. Rev. L.& Women's Stud. (1994), 219, 230; Roosevelt, 39 Santa Clara L.Rev.79, 88 (1998); Macklin, Hastings Ctr. Rep., Jan-Feb. 1991, 6; Hill, 66 N.Y.U. L.Rev. 353, 391f (1991); Snyder, 16 Law & Inequ. J. 289, 329 (1998).

²³³ Roosevelt, 39 Santa Clara L.Rev.79, 93 (1998).

bb) Stellungnahme

Mit dem Wortlaut des UPA (1973) ließen sich bis auf die Mutterlosigkeitslösung alle vorstehende Meinungen in Einklang bringen. Daher muss auf andere Argumente zurückgegriffen werden, wenn es um die Entscheidung über die rechtliche Mutterschaft geht.

aaa) Die Doppelmutterschaftslösung führt in der Regel zu nicht sachgerechten Ergebnissen²³⁴. Zwar haben einzelne Gerichte, die über das vergleichbare Problem der Doppelvaterschaft zu entscheiden hatten, keine Bedenken gehabt, auch dem biologischen Vater gewisse Rechte einzuräumen. Dies gilt vor allem dann, wenn die Parteien vor der Zeugung entsprechende Vereinbarungen getroffen haben²³⁵. Andere Gerichte haben sich aber dagegen ausgesprochen, dass das Kind einen rechtlichen und einen de facto Vater haben kann²³⁶. Als Begründung wurde angeführt, dass ein staatliches Interesse daran bestehe, das Kind vor Verwirrung, gespaltener Zuneigung und dem Stigma zu schützen, das die Mehrfachelternschaft hervorrufen könnte²³⁷.

Auch die Ausführungen von *Bartlett* und *Mahoney* zur Mehrfachelternschaft überzeugen nicht²³⁸. Man mag der Begründung von *Bartlett* noch zugeben, dass in den besonderen Fällen, in denen kein anderer Elternteil mehr existiert, der sich um das Kind kümmern könnte, es durchaus dem Kindeswohl entspricht, zumindest eine oder zwei Bezugspersonen zu haben. Wendet man jedoch die Theorie *Mahoneys* an, ist äußerst fraglich, ob dies noch den Interessen des Kindes entspricht. Fraglich ist es schon, ob es überhaupt förderlich für ein Kind ist, mehr als zwei Bezugspersonen zu haben. Wenn diese jedoch nun sogar alle eine Elternstellung erhalten und eventuell unterschiedliche Erziehungsstrategien verfolgen, sind die Folgen für das Kind nicht abschätzbar²³⁹. Für das Kind kann es Unsicherheit, Unklarheit und Instabilität in

²³⁴ Zu denken ist hier an die bereits oben (6.Teil C.I.a)aa) genannten möglichen Streitigkeiten bezüglich Sorge- und Besuchsrechten.

²³⁵ *Weinschel v. Strople*, 466 A.2d 1301 (Md. 1983); *In re Adoption of Children by F.*, 406 A.2d 986 (N.J. 1979); *In re Baby M.I.*, 525 A.2d, 1128, 1164 (N.J.1987); Gerichte in Louisiana haben eine ausgereifte Doktrin entwickelt für die Fälle, in denen eine verheiratete Frau das Kind eines anderen Mannes bekommen hat. In diesen Fällen kann der biologische Vater seine Vaterschaft herstellen und ihm werden gewisse Pflichten und Rechte eingeräumt. Dem Kind kommt jedoch immer noch den Status eines ehelichen Kindes der Mutter und ihres Ehemannes zu: *Smith v. Cole*, 553 So.2d 847 (La. 1989); *Smith v. Jones*, 566 So.2d, 408 (La. 1990); *Finnerty v.Boyett*, 469 So.2d, 287 (La.1985); *Durr v. Blue*, 454 So.2d, 315 (La. 1984); In Michigan wird dem Kind vom Gesetz ein doppeltes Erbrecht eingeräumt – es erbt vom Ehemann der Mutter sowie von seinem biologischen Vater, *Mich. Comp. Laws Ann. § 700.111(7)* (1997).

²³⁶ *Michael H. v. Gerald D.*, 491 U.S. 110, 123 (1989); *Ronald FF. v. Cindy GG.*, (N.Y. 1987) 502 N.Y.S.2d, 823 revised 511 N.E.2d, 75.

²³⁷ *Petitioner F. v. Respondent R.*, 430 A.2d, 1075 (Del. 1079); ebenso *Justice Jones* dissenting in *Finnerty v. Boyett*, 469 So.2d, 287, 297 (La.1985), der auch kein Interesse des biologischen Vaters anerkannte, diesem die Vorteile der Vaterschaft ohne ihre Nachteile zu verschaffen; *Michelle W. v. Ronald W.*, (Cal. 1985) 703 P.2d, 88; ebenso in der Literatur *Polikoff*, 78 *Geo.L.J.*, 459, 470 (1990); *Katz*, 57 *Alb. L.Rev.* (1994), 733, 754.

²³⁸ S.o. 6.Teil C.II.1.a)aa)aaa).

²³⁹ Dieses Argument spräche allerdings auch gegen die gemeinsame Sorge bei getrennt lebenden Eltern. Diese entspricht aber heute in USA und in Deutschland der Regel. So wird zum Beispiel in Kalifornien seit 1979 die gemeinsame Sorge als der Normalfall angesehen und in 75 % der Fälle angeordnet (*Maccoby/ Mnookin, FamRZ* 1995, 1); inzwischen sind auch zahlreiche Einzelstaaten diesem Beispiel gefolgt: s. *Merkt*, in: *Doppfel, Kindschaftsrecht im Wandel*; 465, 474 mwN in FN 50; in Deutschland ist nach neuer Gesetzeslage der Regelfall, dass die Eltern auch nach der Scheidung das gemeinsame Sorgerecht für das Kind innehaben. Wenn nicht einer

seinen Versuchen bedeuten, eine Eltern-Kind-Beziehung zu seiner Mutter aufzubauen. Eine Doppelmutterschaft erscheint aus diesen Gründen nicht interessengerecht.

bbb) Noch deutlicher gilt dies für die Mutterlosigkeitslösung. Diese würde zu dem befremdlichen Ergebnis führen, dass zwei biologisch mit dem Kind verbundene Frauen vorhanden sind - eine genetisch und eine durch den Vorgang der Geburt – und keiner von beiden die Mutterstellung eingeräumt wird. Dies widerspricht so eindeutig dem Wohl des Kindes, dass in ihr keine ernsthafte Lösung der Problemstellung gesehen werden kann. Es ist ein anerkanntes Ziel des Abstammungsrechts, dem Kind, wenn irgend möglich, zwei Elternteile zuzuordnen²⁴⁰.

ccc) Die Einzelfalllösung birgt ihre Probleme in der Praktikabilität, müsste doch in jedem Fall einer Eispende eine umfangreiche und u.U. zeitaufwendige Abwägung der Interessen der Beteiligten erfolgen. Dies ist nicht zuletzt unter dem Gesichtspunkt der Rechtssicherheit bedenklich. Die Frauen, die sich auf Verträge der genannten Art einlassen, müssen bereits vor der Geburt des Kindes wissen, wer dessen Mutter ist. Zwei der Grundprinzipien des Abstammungsrechts sind die Statussicherheit und die Statusbeständigkeit²⁴¹. Bereits vor der Geburt des Kindes muss allen Beteiligten klar sein, wer dessen Eltern sein werden. Sowohl für das Kind als auch für die unmittelbar Beteiligten sowie für die Rechtsgemeinschaft ist es notwendig, feste Kriterien zu haben, nach denen sich die Abstammung richtet.

ddd) Die Intentionlösung scheint auf den ersten Blick am ehesten den Interessen der Beteiligten gerecht zu werden. Sie birgt aber Praktikabilitätsprobleme, wenn es um Feststellung und Beweis der Intentionen geht. Außerdem entspricht die Ausklammerung aller biologischen und genetischen Faktoren nicht der Systematik des sonstigen Abstammungsrechts²⁴².

Das Problem des Nachweises der Intention wollen die meisten Fürsprecher dieser Meinung durch das Heranziehen des Vertrags zwischen den Parteien, in dem die Intentionen ihren Niederschlag gefunden haben, lösen²⁴³. Damit entfernt man sich allerdings noch weiter von den allgemeinen Grundsätzen des Familienrechts. Ein Status lässt sich nicht vertraglich begründen²⁴⁴. Ohnehin ist das gesamte Kindschaftsrecht nicht vertraglich geprägt. In einzelnen Staaten existieren Normen, die Vereinbarungen, welche die elterliche Sorge, den Unterhalt oder den Status eines Kindes regeln, ausdrücklich für undurchsetzbar erklären. Der Grund für diese

der Elternteile einen gerichtlichen Antrag nach § 1671 BGB auf Übertragung der Alleinsorge stellt, wird das Sorgerecht im Rahmen der Scheidung gar nicht diskutiert.

²⁴⁰ Maccoby/ Mnookin, FamRZ 1995, 1.

²⁴¹ S.o. 3. Teil B.I.

²⁴² Rae, 3 S.Cal.Rev.L. & Women's Stud. (1994), 219, 255; Belsito v. Clark, 644 N.E.2d 760, 764 (Ohio 1994).

²⁴³ Shultz, 2 Wis.L.Rev.297, 323 (1990); Shalev, Birth Power, 99ff; Schiff, 44 Duke L.J. 524, 549ff (1994); Satpathi, 18 Temp.Envtl.L.& Tech. J. 55, 80 (1999); aus der Rechtsprechung: Kass v. Kass, 696 N.E.2d 174, 180 (N.Y. 1998); Davis v. Davis, 842 S.W.2d 588, 591 u. 603f (Tenn. 1992).

²⁴⁴ Garrison, 113 Harv.L.Rev. 835, 861f; auch in anderen Gebieten des Kindschaftsrechts werden Verträge in der Regel für nicht durchsetzbar erklärt: Elluman u.a., Family Law, 839; Combs v. Sherry-Combs, 865 P.2d 50 (Wyo. 1993) bezüglich Kindesunterhalt; Osborne v. Osborne, 428N.E.2d 810 (Mass. 1981) bezüglich Sorgerecht; in Deutschland ebenso: Goedel, Leihmutterchaft, 183 mwN.

vertraglichen Einschränkungen sind stets Bedenken im Hinblick auf das Wohl des Kindes und seine Interessen. Diese Bedenken greifen ebenso bei vertraglichen Vereinbarungen im Bereich künstlicher Fortpflanzungsmethoden, weswegen bei der Frage nach der Mutterschaft nicht auf den Vertrag zurückgegriffen werden dürfe²⁴⁵.

Entscheidend muss aber sein, dass die Intentionslösung zwar den Interessen der Wunscheltern und der Eispenderin gerecht werden kann, aber den Kindesinteressen keine Beachtung schenkt. Berechtigt mag der Zweifel daran sein, ob die althergebrachten Grundsätze des Abstammungsrechts ihrer selbst wegen erhaltungswürdig sind. Allein die Neuheit eines Sachverhalts ist aber auch keine Rechtfertigung für ein Abrücken von diesen Grundsätzen. Das Kindeswohl verlangt Rechtssicherheit und Statusklarheit. Nun existiert häufig kein Vertrag zwischen den Parteien, auf den zurückgegriffen werden kann. Oder aber die Gültigkeit einer vertraglichen Vereinbarung wird von einer der Parteien erfolgreich angezweifelt. In diesen Fällen müssten die Absichten der Beteiligten wieder auf andere Weise festgestellt werden, was zu einer Unsicherheit über den Status des Kindes führt. Aus diesem Grund tut das Familienrecht gut daran, die Entscheidung der Mutterschaft auf eindeutigere Kriterien zu gründen.

eee) Gegen die Kindeswohllösung sprechen ähnliche Argumente wie gegen die Intentionslösung. Die Unsicherheit, die durch möglichen Streit über die Frage entstehen kann, welche Mutterschaftszuordnung dem Kindeswohl am ehesten entsprechen würde, schadet selbst wieder den Interessen des Kindes. Aus der Sicht des Kindes ist zunächst nur eine schnelle und eindeutige Zuordnung eine gute Lösung. Eine solche vermag die Kindeswohllösung nicht zu bieten.

fff) Gegen die Geburtslösung spricht, dass es bisher nicht bewiesen ist, ob ein pränataler Mutterinstinkt tatsächlich existiert oder ob dieser der Frau vielmehr von der Gesellschaft aufgedrängt wird²⁴⁶. Vor der Geburt weiß man gerade nicht, wie eng die Mutterbande sein werden. Dies ist ja auch einer der Gründe dafür, dass in die Adoption nicht vor der Geburt eingewilligt werden darf.

Teilweise wird von der amerikanischen Literatur in der Geburtslösung eine Geschlechterdiskriminierung gesehen. Würde man bei der Feststellung der Mutterschaft auf den Geburtsvorgang abstellen, den Vater jedoch nach seiner genetischen Verbindung zu dem Kind bestimmen, würde dies ein unerwünschtes geschlechterspezifisches Element in die Feststellung der Elternschaft einführen²⁴⁷. Dieser Einwand vermag nicht zu überzeugen. Die unterschiedliche Behandlung von genetischem Vater und genetischer Mutter beruht gerade auf den unterschiedlichen Beiträgen der Geschlechter bei der Fortpflanzung, ist also nicht sachfremd. Die Frau

²⁴⁵ Garrison, 113 Harv.L.Rev. 835, 862 (2000).

²⁴⁶ So gaben bei einer Umfrage nur 41 % der Frauen an, sie hätten für ihr Kind bereits während der Schwangerschaft tiefere Gefühle empfunden. Bei dem Rest der Befragten stellten sich diese Gefühle erst nach der Geburt ein, s. Hill, 66 N.Y.U. L. Rev. (1991), 353, 398.

²⁴⁷ Garrison, 113 Harv.L.Rev. 835, 917 (2000); auch die unveröffentlichte Entscheidung *Smith v. Jones*, No. 85-53201401 (Mich. Cir.Ct. Wayne County March 14, 1986) bringt dieses Argument vor (siehe Rae, 3 S. Cal. Rev.L.& Women's Stud. 219, 225).

trägt das genetisch nicht von ihr abstammende Kind neun Monate in sich und bringt es schließlich zur Welt. Das ist der Grund für die unterschiedliche Behandlung und nicht etwa eine willkürliche Anknüpfung an das Geschlecht der Frau.

ggg) Gegen die genetische Lösung spricht, dass Sec. 21 UPA (1973) auf Fälle der Eispende nicht angewendet werden sollte, da hier keine mit der Vaterschaft vergleichbare Situation vorliegt²⁴⁸. Sec. 21 UPA (1973) spricht nur davon, dass die Normen über die Vaterschaftsfeststellung dann angewendet werden sollen, wenn es praktikabel ist. Bei der Vaterschaftsfeststellung kann es jedoch nie um die Entscheidung zwischen einem genetischen und einem gebärenden Vater gehen. Für die Entscheidung dieser Frage sind die Normen also nicht praktikabel. Außerdem sind sie dafür gedacht, die Unterscheidung zwischen ehelichen und nichtehelichen Kindern zu beseitigen, was bei der Entscheidung zwischen genetischer und gebärender Mutter nicht das Ziel ist. Der Gesetzgeber hatte in Sec. 21 UPA (1973) also einen anderen Zweck im Sinn als eine Entscheidung zugunsten der genetischen Mutter zu fällen, wenn es in Fällen der Doppelmutterschaft zu Streitigkeiten kommt²⁴⁹.

Auch das Eigentumsargument für die Eispenderin vermag nicht zu überzeugen. Prinzipiell scheint die eigentumsrechtliche Betrachtung hier nicht angemessen²⁵⁰. Sie vermag nicht, dem Stellenwert des menschlichen Lebens gebührend Ausdruck zu verleihen. Die Eispenderin kann an dem Kind kein Eigentum haben²⁵¹. Eigentum an Ei- oder Spermazellen ist möglich, nicht jedoch an einem anderen Menschen, selbst wenn dieser aus den eigenen Zellen hervorgegangen ist²⁵².

Daneben zeigt auch ein Vergleich mit bereits entschiedenen Vaterschaftsklagen, dass die Gerichte dem genetischen Vater teilweise dann die Vaterschaft nicht zuerkannt haben, wenn er nicht auch noch eine soziale Verbindung zu dem Kind aufgebaut hat²⁵³. Daraus kann man folgern, dass elterliche Rechte eine Kombination aus einem genetischen Beitrag und einer Beziehung zu dem Kind voraussetzen und dass daher auch nicht allein die Gene der entscheidende Faktor für die Feststellung der Mutterschaft sein sollen.

Auch ein Vergleich mit der Samenspende kann als Argument gegen die genetische Lösung herangezogen werden. Jedenfalls die Staaten, die den UPA (1973) angenommen haben, haben sich nämlich gegen die absolute Bedeutung der genetischen Verwandtschaft entschieden. Dort wird der Samenspender jedenfalls dann nicht rechtlicher Vater, wenn er den Samen einem Arzt übergeben hat und eine verheiratete Frau befruchtet wurde²⁵⁴. Bei der Eispende sprechen sogar noch bessere Gründe dafür, nicht die genetische, sondern die Wunschmutter zur rechtlichen Mutter

²⁴⁸ Field, 31 Washburn L.J.1, 14 (1991); Birck, 62 U.Cin.L.Rev. 1623, 1648ff (1994); Andres A. v. Judith N., 591 N.Y.S.2d 946, 950 (N.Y.1992).

²⁴⁹ Siehe zu dieser Argumentation: Field, 31 Washburn L.J.1, 14 (1991); Birck, 62 U.Cin.L.Rev. 1623, 1648ff (1994).

²⁵⁰ Vgl. schon oben 4.Teil C.I.1.a)bb).

²⁵¹ Hill, 66 N.Y.U. L. Rev. (1991), 353, 391f.

²⁵² Snyder, 16 Law & Inequ. J. 289, 335 (1998); Hill, 66 N.Y.U.L.Rev. 353, 392 (1991).

²⁵³ Z.B. Lehr v. Robertson, 463 U.S. 248 (1983); Caban v. Mohammed, 441 U.S. 380 (1979); Michael H. v. Gerald D., 491 U.S. 110 (1988); Rae, 3 S.Cal.Rev.L.& Women's Stud. (1994), 219, 233.

²⁵⁴ S.o. 6.Teil B.II.2.b)bb).

zu machen, da sie bereits durch Schwangerschaft und Geburt eine Beziehung zu dem Kind aufgebaut hat.

hhh) Für die Geburtslösung sprechen nach diesen Ausführungen die überzeugendsten Argumente. Bis auf die genetische Lösung widersprechen alle anderen Ansätze auf jeden Fall dem Kindeswohl, indem sie keine klare und eindeutige Zuordnung ermöglichen. Genau dies ist aber der Vorteil der Geburtslösung. Für das Kind ist es besonders nach der Geburt wichtig, sofort eine Bezugsperson zu haben. Hier ist es einfacher und praktikabler, ihm die Frau, die den beweis zugänglichen Akt der Geburt vollbracht hat, als Mutter zuzuordnen.

Auch der Vergleich mit der Samenspende zeigt, dass es zu erheblichen Wertungswidersprüchen führen würde, wenn man in Fällen der Eispende die Spenderin zur Mutter erklären würde²⁵⁵. Der Blick auf die Vaterschaftsklagen zeigt, dass alleine die genetische Verbindung kein Recht auf Einräumung der Elternstellung begründen kann, sondern noch eine soziale Komponente dazu kommen muss²⁵⁶. Die Eispenderin will keine Beziehung zu dem Kind aufbauen, und sie und das Kind verbindet lediglich das genetische Band.

b) UPA (2000)

Der UPA (2000) schreibt in Art. 7 Sec. 702 vor, dass Gametenspender keine Eltern sind. Dies gilt sowohl für den Samenspender als auch für die Eispenderin²⁵⁷. Damit entscheidet UPA (2000) den eben geführten Streit im Sinne der Geburtslösung. Gerade im Hinblick darauf, dass die Gerichte bisher dazu tendiert haben, die Mutterschaft über die genetische Verbindung festzustellen, ist diese Lösung zu begrüßen, da sie endlich Klarheit schafft.

c) Sonderproblem: Anonymität der Eispenderin

Ebenso wie in Fällen der Samenspende stellt sich auch hier die Frage nach einer möglichen Anonymität der Eispenderin. Dieser Frage wurde nie vergleichbare Aufmerksamkeit gewidmet wie der Anonymität des Samenspenders. Dies könnte zum einen daran liegen, dass die Praxis der Eispende noch nicht so lange genutzt wird wie die Samenspende, zum anderen daran, dass keine Sondernormen für die Eispende existieren.

Anders als in Fällen der Samenspende existieren auch keine Normen, welche die Anfertigung und vertrauliche Aufbewahrung von Inseminationsberichten vorschreiben, die auf gerichtliche Anordnung bei Vorliegen eines guten Grundes geöffnet werden können. Prinzipiell stellt sich hier ebenso die Frage, ob das Kind einen verfassungsrechtlich gewährleisteten Anspruch auf Kenntnis seiner genetischen

²⁵⁵ Shapo, 25 Hofstra L.Rev. 1091, 1138 (1997); Robertson, S. Cal. L. Rev. 59 (1986), 942, 1009; Birck, 62 U.Cin.L.Rev. 1623, 1653 (1994); Wenk, 28 U.Tol.L.Rev. 247, 275 (1996); Schultz, 22 Ohio N.U.L.Rev. 273, 285 (1995); Katers, 2000 Wis. L.Rev. 441.

²⁵⁶ S.o.4.Teil B.II.4.

²⁵⁷ Comment zu Art. 7 Sec. 702.

Mutter hat. Das wird man mit Verweis auf die vergleichbare Situation bei der Samenspende verneinen müssen²⁵⁸. Zudem ist das Kind, anders als in Fällen der Samenspende, bei der Eispende mit beiden rechtlichen Elternteilen biologisch verbunden – der Vater hat den Samen gespendet und die Mutter hat es ausgetragen. Daher mag das Bedürfnis des Kindes, seine genetische Mutter kennen zu lernen, weniger dringend sein²⁵⁹. Wenn man dem durch heterologe Insemination gezeugten Kind kein Recht auf Kenntnis über seine genetischen Wurzeln einräumt, so wird man dementsprechend für das durch eine Eispende gezeugte zum selben Ergebnis kommen.

2. Vaterschaft

Die Frage der Vaterschaft hängt davon ab, welche Frau man als die Mutter des Kindes ansieht. Auch in den USA wird grundsätzlich die Vaterschaft über die Mutterschaft vermittelt.

Betrachtet man die gebärende Frau als Mutter des Kindes, so wird nach dem Wortlaut von Sec. 4 (a)(1) UPA (1973) ihr Ehemann als Vater des Kindes vermutet. Da er auch der biologische Vater ist, kann es zu keinen Streitigkeiten kommen. Auch eine analoge Anwendung von Sec. 5 (a) UPA (1973) käme zu dem Ergebnis, dass der Ehemann der gebärenden Frau, wenn er der Eispende zugestimmt hat, der Vater des Kindes sein soll.

Folgt man jedoch der genetischen Lösung und sieht die Eispenderin als die Mutter des Kindes an, ist die Vaterschaftsfeststellung nicht mehr so eindeutig. Grundsätzlich wird dann zunächst der Ehemann der Eispenderin gemäß Sec. 4 (a) (1) UPA (1973) als Vater vermutet und der biologische Vater muss eine Vaterschaftsfeststellung betreiben. Dies ist jedoch nur in wenigen Staaten möglich. In den meisten Staaten können nur die Mutter, deren Ehemann und das Kind die Vaterschaftsfeststellung in Gang setzen²⁶⁰. Der biologische Vater wäre hier also darauf angewiesen, dass der Ehemann der Eispenderin oder die Eispenderin selbst sich gegen die Elternschaft zur Wehr setzen. Auch hieran sieht man, wie unpraktikabel es ist, die Eispenderin als Mutter des Kindes festzulegen und ihr und ihrem Ehemann eine Elternschaft aufzubürden, die sie nie wollten.

D. Embryonenspende

Auch bei der Embryonenspende taucht wiederum das Problem der gespaltenen Mutterschaft auf. Daneben ist das Kind aber auch mit dem Ehemann der Wunschmutter nicht genetisch verwandt.

²⁵⁸ S.o. 4. Teil C.II.2.b)bb)aaa).

²⁵⁹ Cohen, New Ways of Making Babies, 88, 89.

²⁶⁰ S.o. 5. Teil B.I.2.

I. Deutschland

In Deutschland muss auch in dieser Konstellation auf die allgemeinen Regeln zurückgegriffen werden. Für die Mutter gilt wie stets § 1591 BGB, wonach die gebärende Frau unanfechtbar auch die rechtliche Mutter des Kindes ist.

Hinsichtlich der Vaterschaft waren nach der früheren Gesetzesfassung, die noch auf die Beiwohnung abstellte, diese Fälle umstritten. Da weder eine Beiwohnung noch eine Empfängnis der Mutter noch eine homologe Insemination vorliegt, wurde teilweise die Vaterschaft des Wunschvaters abgelehnt²⁶¹. Das hatte zur Folge, dass das in die Ehe der Wunscheltern hineingeborene Kind den Status eines nichtehelichen Kindes hatte. Eine solche Lösung war aber unerträglich und widersprach dem Sinn des Gesetzes²⁶².

Da nach der Neufassung des Gesetzes nicht mehr auf die Beiwohnung abgestellt wird, sondern lediglich auf die Geburt in der Ehe, sind auch diese Fälle eindeutig zugunsten der Wunscheltern gelöst.

Da der Wunschvater jedoch nicht der genetische Vater des Kindes ist, stellt sich auch hier wieder das Problem der Anfechtbarkeit der Vaterschaft. Es gelten die gleichen Grundsätze wie sie bereits oben bei der heterologen Insemination dargelegt wurden²⁶³. Der Ehemann hat durch seine Zustimmung zur Befruchtung und Einpflanzung der Eizelle einen Vertrauenstatbestand geschaffen. Eine Anfechtung seiner Vaterschaft würde sich daher regelmäßig als rechtsmissbräuchlich darstellen.

Die Gametenspende, denen hier ein Recht auf Einräumung der Elternstellung als Ausfluss ihres Rechts auf Fortpflanzung zusteht, haben auf dieses freiwillig verzichtet. Im Moment der Spende war ihnen bereits klar, dass sie nicht Eltern des Kindes werden würden. Dies entspricht auch den abstammungsrechtlichen Prinzipien der Statusklarheit und -beständigkeit unter Beachtung des Kindeswohls²⁶⁴.

II. USA

In Fällen der Embryonenspende hat wie bei der Eispende die Frau, die das Ei spendet, keine engere Verbindung zu dem Kind, wohingegen die Wunschmutter das Kind austrägt und eine persönliche Bindung aufbauen kann. Folgt man jedoch der genetischen Lösung, so erhält die Eispenderin die Mutterstellung, ihr Ehemann ist der vermutete rechtliche Vater. Auch hieran zeigt sich wieder, dass diese Lösung unpraktikabel ist. Die Eispenderin wollte lediglich ein Ei spenden und keine Mutterpflichten übernehmen. Ihr Ehemann hat ebenfalls kein Interesse daran, die Vaterstellung für das Kind zu übernehmen, da er auch genetisch keine Verbindung zu ihm hat. Das Kind würde also abstammungsrechtlich zunächst einem Paar zugeordnet,

²⁶¹ Lauff-Arnold, ZRP 1984, 282; Harder, JuS 1986, 505, 509.

²⁶² So auch die damalige hM; z.B. Deutsch, MDR 1985, 177, 182; Staudinger/ Göppinger, BGB, § 1591 Rn 48.

²⁶³ S.o.6.Teil B.I.2.d)aa); so auch ausdrücklich Staudinger/ Göppinger, BGB, § 1591, Rn 48; Zierl, DRiZ 1986, 302, 306.

²⁶⁴ Zu den Prinzipien und ihrem Ausgleich s.o. 3.Teil B.

das kein Interesse an ihm hat und es niemals als das ihre in die Welt setzen wollte. Ein möglicherweise langwieriger Prozess der Vaterschaftsanfechtung und –anerkennung bzw. einer Adoption müsste erst noch durchlaufen werden. Daher sollte man auch hier die gebärende Frau als rechtliche Mutter ansehen, ihren Ehemann als Vater. Zu diesem Ergebnis kommt auch der UPA (2000) über Art. 7 Sec. 702.

E. Leihmutterschaft

Ebenso wie bei der Ei- und Embryonenspende sind auch bei der Leihmutterschaft genetische Mutter und gebärende Frau nicht identisch, daher ist die Lösung dieses Konflikts auch das in diesem Zusammenhang meistdiskutierte Problem.

I. Deutschland

Gerade in Fällen der Leihmutterschaft war man vor der neuen Gesetzesfassung oftmals versucht, die genetischen Eltern auch zu den rechtlichen Eltern zu machen, da sie es sind, die dieses Kind als das ihre aufziehen wollen. Durch das neue Kindschaftsgesetz wurde diese Lösung jedoch ausgeschlossen.

1. Mutterschaft

Genetische Mutter und gebärende Frau sind wiederum nicht identisch. Die Situation ist insofern komplizierter als bei der Eispende, als dort der Ehemann der Mutter wenigstens der genetische Vater ist. Hier stammt das Kind genetisch weder von der Leihmutter noch von ihrem Ehemann ab. Das Gesetz entscheidet sich mit § 1591 BGB in der Neufassung eindeutig für die gebärende Frau als rechtliche Mutter.

Früher war diese Konstellation sehr umstritten. Wie bei der Eispende sprachen sich auch hier einige Stimmen für die genetische Lösung aus²⁶⁵. Die herrschende Meinung entschied sich jedoch wiederum für die gebärende Frau als rechtliche Mutter²⁶⁶. Ebenso wie bei Ei- und Embryonenspende konnten als Argumente angeführt werden, dass die Frau, welche die Strapazen der Schwangerschaft erträgt und den Geburtsvorgang erlebt, eine engere Beziehung zu dem Kind hat als die Eispenderin.

Hier fragt sich nun zum ersten Mal, welches Ausmaß das Recht auf Einräumung einer Elternstellung für die genetischen Eltern haben sollte. Die Wunschmutter ist genetisch mit dem Kind verwandt, wird ihm jedoch abstammungsrechtlich nicht als Mutter zugeordnet. Sie hat auch keine Möglichkeit, die Mutterschaft der gebärenden Frau anzufechten und ihrem Recht so zur Durchsetzung zu verhelfen. Zwar hat der Gesetzgeber, wie schon gesagt, einen

²⁶⁵ Ostendorf, JZ 1984, 594; ders. In-vitro Fertilisation, 177, 190; Bildsörfer, MDR 1984, 803, 806.

²⁶⁶ Knöpfel, FamRZ 1983, 317, 322; Coester-Waltjen, FamRZ 1984, 230, 232; dies. Gutachten, B 82; dies.: NJW 1982, 2529; dies. Jura 1987, 631; dies. Embryonenschutz, 80ff; Kollhosser, JA 1985, 555; Schlüter, Gentechnologie 11, 76; Bernat, Lebensbeginn durch Menschenhand, 167f; ders. MedR 1986, 251ff; Laufs, Gentechnologie 13, 197; Hohloch, StAZ 1986, 158; Dietrich, Mutterschaft für Dritte, 367.

Einschätzungsspielraum bei der Festlegung der Elternschaft²⁶⁷. Diesen hat er hier jedoch überschritten, da es im Falle der Leihmutterschaft oftmals gerade dem Kindeswohl dient, wenn seine genetische Mutter auch als rechtliche festgestellt werden kann. Dies ist nun die erste Konstellation, wo die genetische Mutter nicht eine bloße Eispenderin sein wollte und auf ihr Recht auf Einräumung der Elternstellung auch nicht freiwillig verzichtet hat. Daher müsste zumindest eine einzelfallbezogene Kindeswohlprüfung stattfinden, in deren Anschluss die genetische Mutter zum einen die Mutterschaft der gebärenden Frau anfechten, zum anderen ihre Mutterschaft feststellen lassen könnte. Einem pauschalen Ausschluss der Anfechtung der Mutterschaft stehen hier die Interessen der Wunschmutter entgegen.

Auch im Hinblick auf das Verbot der Leihmutterschaft²⁶⁸ kann eine solche abstammungsrechtliche Zuordnung nicht akzeptiert werden. Es ist nicht Aufgabe des Abstammungsrechts, Verbote, die in anderen Gesetzen aufgestellt werden, durchzusetzen bzw. Verstöße dagegen zu sanktionieren. Das Abstammungsrecht muss sich vielmehr mit den Folgen auch der Verstöße gegen die Verbotsnormen auseinandersetzen und für die so gezeugten Kinder anhand der Prinzipien der genetischen Abstammung, der Statusbeständigkeit und der Statusklarheit die beste Lösung finden. Mit diesem Argument hat nun auch der Gesetzgeber das Anfechtungsrecht nach konsentierter heterologer Insemination ausgeschlossen²⁶⁹.

2. Vaterschaft

Wer Vater des Kindes ist, bestimmt sich nach dem Status der Leihmutter.

a) Verheiratete Leihmutter

Falls die Leihmutter verheiratet ist, wird ihr Ehemann nach § 1592 Nr. 1 BGB als Vater vermutet. Jedoch scheint die Anwendung dieser Regelung dann wenig angebracht, wenn alle Beteiligten wissen, dass das Kind nicht von der Leihmutter und deren Ehemann abstammt²⁷⁰. Ursprünglich wurde die Norm für die Fälle geschaffen, in denen zumindest dem Ehemann nicht klar war, dass das Kind nicht von ihm abstammt und sie galt so lange bis der Scheinvater seine Vaterschaft angefochten hatte.

aa) Anfechtungsmöglichkeit

In Fällen der Leihmutterschaft konnte der Ehemann der Mutter bis zum Inkrafttreten des neuen § 1600 Abs. 2 BGB direkt nach der Geburt seine Vaterschaft anfechten²⁷¹. Die Vaterschaft des Wunschvaters konnte nicht festgestellt werden bevor

²⁶⁷ S.o. 4. Teil B.I.3.b).

²⁶⁸ S. hierzu ausführlich oben 4. Teil, C.IV.1.

²⁶⁹ BT-Drucks. 14/2096, 7.

²⁷⁰ Schlegel, FuR 1996, 116, 117; Giesen, JZ 1985, 1065.

²⁷¹ aA Harder, JuS 1986, 505, 511, der davon ausgeht, dass auch diese Anfechtung rechtsmissbräuchlich sei. Der Ehemann sei nicht schutzwürdig, da er gegen geltendes Adoptionsrecht verstoße; ebenso: Dietrich, Mutterschaft für Dritte, 401f.

nicht die Vaterschaft des Ehemannes der gebärenden Frau erfolgreich angefochten worden war²⁷². Zu einer solchen Anfechtung war und ist allerdings der genetische Vater nicht befugt. Die Wunscheltern waren also darauf angewiesen, dass entweder die Leihmutter oder ihr Ehemann die Vaterschaft anfecht.

Nun konnte man sich hier vor der Neufassung des § 1600 Abs. 2 BGB fragen, ob dem Ehemann der Leihmutter ein Anfechtungsrecht zusteht, falls er sich mit der Leihmutter einverstanden erklärt hat. Die Leihmutter ist nämlich ein Fall der heterologen Insemination. Im Normalfall der heterologen Insemination lehnte ein Großteil der Literatur ein Anfechtungsrecht des Ehemannes ab²⁷³. Anders als im Normalfall der heterologen Insemination hat jedoch der Ehemann hier zwar der Durchführung der Leihmutter zugestimmt, jedoch wollte er nie die Vaterrolle für das so gezeugte Kind übernehmen. Es war daher fraglich, ob sich auch seine Anfechtung als rechtsmissbräuchlich darstellen würde²⁷⁴.

Teilweise wurde angenommen, der Mann verdiene bereits deswegen den Rechtsschutz der Anfechtbarkeit nicht, da er und seine Frau die Absicht hätten, das Kind sogleich nach der Geburt wegzugeben und sie damit gegen geltendes Adoptionsrecht verstießen²⁷⁵. Der Ehemann verhalte sich widersprüchlich, wenn er zwar der Insemination seiner Frau zustimme, dabei aber nicht bereit sei, die soziale Verantwortung für das Kind zu übernehmen²⁷⁶. *Dietrich* ging sogar davon aus, dass die Anfechtung des Ehemannes in diesem Fall ein noch krasserer Rechtsmissbrauch sei als im Normalfall der heterologen Insemination, da der Mann bereits bei der Zustimmung zur Insemination die spätere Anfechtung beabsichtige²⁷⁷.

Hiergegen spricht, dass Voraussetzung für Rechtsmissbrauch stets das Schaffen eines Vertrauenstatbestandes ist²⁷⁸. Einen solchen hat der Ehemann der Leihmutter jedoch weder bezüglich des Kindes noch bezüglich der Mutter geschaffen. Vielmehr wird in der Regel sogar eine Vereinbarung über die Ausübung des Anfechtungsrechts des Ehemannes getroffen²⁷⁹. Auch die Schutzwürdigkeit des Kindes sprach nicht für einen Ausschluss des Anfechtungsrechts. Das Kind blieb nach der Anfechtung nicht vaterlos, sondern der Wunschvater konnte seine genetische Vaterschaft anerkennen oder gerichtlich feststellen lassen²⁸⁰. Daher wäre eine Anfechtung in der Regel auch im Interesse der an der Leihmuttervereinbarung Beteiligten gewesen. Da der Ehemann der Leihmutter also niemals einen Vertrauenstatbestand geschaffen hatte, wurde früher seine Anfechtung auch nicht als rechtsmissbräuchlich angesehen. Durch die Neufassung des § 1600 Abs. 2 BGB wird jedoch auch sein Anfechtungsrecht ausgeschlossen, wenn er der Insemination zugestimmt hat. Die dahinter stehende

²⁷² BGH, NJW 1981, 1372; MüKo/ Mutschler, §§ 1591, 1592 Rn 49a.

²⁷³ S.o.6.Teil B.I.2.d)aa)aaa).

²⁷⁴ Gegen Rechtsmissbrauch: Lee, Leihmutter, 154; Merkel-Walther, Ersatzmutter, 178; Zierl, DRiZ 1986, 302, 306; Bernat, Lebensbeginn durch Menschenhand, 249; aA Harder, Jus 1986, 505, 511; Holzhauser, FamRZ 1986, 1162, 1165; Dietrich, Mutterschaft für Dritte, 402f.

²⁷⁵ Harder, JuS 1986, 505, 511.

²⁷⁶ Dietrich, Mutterschaft für Dritte, 401f.

²⁷⁷ Dietrich, Mutterschaft für Dritte, 401f.

²⁷⁸ Lee, Leihmutter, 153; Deichfuß, Abstammungsrecht und Biologie, 173.

²⁷⁹ Lee, Leihmutter, 153; mit Verweis auf OLG Hamm, NJW 1986, 781.

²⁸⁰ Lee, Leihmutter, 153.

Intention des Gesetzgebers kann die Abschreckung von den Praktiken der Leih- und Ersatzmutterchaft gewesen sein²⁸¹. Der Ehemann der Leihmutter muss also nun einer heterologen Insemination seiner Frau widersprechen, damit er sich nach der Geburt des Kindes aus seiner Vaterstellung befreien kann.

bb) Anfechtungspflicht

Umgekehrt stellt sich die Frage, ob der Ehemann zur Anfechtung der Vaterschaft gezwungen werden kann, wenn er der Insemination im Vorfeld widersprochen hat²⁸². Oftmals wird eine solche Anfechtungsvereinbarung in den Leihmuttervertrag mit aufgenommen. Ihre Durchsetzbarkeit birgt jedoch Probleme.

Das Anfechtungsrecht des Ehemannes ist Ausfluss seines allgemeinen Persönlichkeitsrechts²⁸³. In der Ausübung dieses Rechts ist er also frei²⁸⁴. Wenn schon ein rechtsgeschäftlicher Verzicht auf das Anfechtungsrecht zum Teil abgelehnt wurde²⁸⁵, so doch erst recht eine rechtsgeschäftliche Pflicht zur Anfechtung. Eine solche Verpflichtung zur Anfechtung ist auch gesetzlich nicht geregelt, während der Verzicht auf die Anfechtung durch Verstreichenlassen der Frist gesetzlich vorgesehen ist²⁸⁶.

Auch können Gründe der Statusbeständigkeit gegen eine Anfechtungspflicht des Ehemannes angeführt werden²⁸⁷. Durch die Beschränkung der Anfechtungsmöglichkeiten sollen Ehe und Familie geschützt werden. Dieses Prinzip des Abstammungsrechts verliert im Falle der Leihmutterchaft nichts an Gültigkeit.

Problematisch ist jedoch gerade hier das Recht des Wunschvaters auf Einräumung einer Elternstellung, das ihm aufgrund seiner genetischen Verbindung zu dem Kind zusteht. Anders als der Samenspender im Normalfall der heterologen Insemination hat er nicht auf sein Recht verzichtet. Da ihm auch kein Anfechtungsrecht zusteht, ist er darauf angewiesen, dass die Vaterschaft des Ehemannes der Leihmutter angefochten wird. Gerade in diesem Fall zeigt sich wieder, dass der völlige Ausschluss des Erzeugers von der Vaterschaftsanfechtung verfassungsrechtlich bedenklich ist. Der Erzeuger hat nach momentaner Gesetzeslage keine Möglichkeit, sein Recht auf Einräumung einer Elternstellung, das eine Ausprägung des Rechts auf Fortpflanzung ist, durchzusetzen. Dieser Ausschluss kann im vorliegenden Fall auch nicht mit dem Einschätzungsspielraum des Gesetzgebers und seiner typisierten Kindeswohlprüfung gerechtfertigt werden²⁸⁸. Gerade in Fällen der Leihmutterchaft kann es für das Kind besser sein, wenn es den Wunscheltern und damit auch seinem leiblichen Vater abstammungsrechtlich zugeordnet wird. Das

²⁸¹ Die Gesetzesbegründung äußert sich nicht zu diesem Problemfeld. Daher ist nicht klar, ob an den Fall der Leihmutterchaft bei Schaffung des § 1600 Abs. 2 BGB überhaupt gedacht wurde.

²⁸² Dagegen Coester-Waltjen, NJW 1982, 2528, 2531; Zierl, DRiZ 1986, 302, 306.

²⁸³ Gernhuber, FamR, § 45 III, 2 1.

²⁸⁴ Coester-Waltjen, NJW 1982, 2528, 2531.

²⁸⁵ S.o. 6. Teil B.I.2.d)aa)bbb).

²⁸⁶ Coester-Waltjen, NJW 1982, 2528, 2531.

²⁸⁷ Coester-Waltjen, NJW 1982, 2528, 2531.

²⁸⁸ S. hierzu oben 4. Teil B.I.3.b).

Anfechtungsrecht des Erzeugers sollte also so bald als möglich erneut gesetzgeberisch untersucht werden. Allerdings kann in Fällen der Leih- und Ersatzmutterchaft auf die Möglichkeit der vorgeburtlichen Vaterschaftsanerkennung verwiesen werden²⁸⁹. In diesen Fällen wird die austragende Frau zumindest eher bereit sein, der Anerkennung zuzustimmen, da sie das Kind nach der Geburt aufgrund der Vereinbarung sowieso an die Wunscheltern herausgeben soll. Falls sie jedoch ihre Meinung geändert hat und das Kind nunmehr behalten will, kann auch durch eine vorgeburtliche Anerkennung die Elternstellung des genetischen Vaters nicht gestärkt werden. Ihm sollte daher ein differenziertes Anfechtungsrecht zugestanden werden.

b) Ledige Leihmutter

Falls die Leihmutter ledig ist, ist das Kind der Leihmutter und dem Ehemann der Wunschmutter rechtlich zuzuordnen, soweit letzterer seine Vaterschaft anerkennt oder diese gerichtlich festgestellt worden ist²⁹⁰. Eine solche Anerkennung ist im Falle, dass die Mutter des Kindes nicht verheiratet ist, auch stets möglich, solange sie ihr zustimmt. Stimmt die Mutter der Anerkennung nicht zu, bleibt der Rückgriff auf die gerichtliche Vaterschaftsfeststellung. Hier kann der genetische Vater sein Recht auf Einräumung der Elternstellung also auch nach bereits geltendem Recht durchsetzen.

II. USA

In den USA besteht aufgrund der sich widersprechenden Regelungen der Sec. 3 (1) und Sec. 21 UPA (1973) ein weitreichenderer Spielraum, was die Feststellung der Mutterschaft betrifft. Die Vaterschaft vermittelt sich im Anschluss daran über die Mutterschaft. In seiner Neufassung hat der UPA (2000) einen eigenen Artikel ausschließlich für die Fragen der Elternschaft bei Ersatz- und Leihmutterchaft geschaffen.

1. Mutterschaft nach UPA (1973)

Die Frage nach der rechtlichen Mutter bei der Leihmutterchaft hat Autoren und Gerichte in den USA häufig beschäftigt²⁹¹. Die rechtliche Unsicherheit resultiert wie auch bei der Eispende daraus, dass zwar Sec. 3 (1) UPA (1973) bestimmt, dass die gebärende Frau die Mutter sein soll, in Sec. 21 UPA (1973) aber auf die Regeln der Vaterschaftsfeststellung verwiesen wird²⁹². Danach wäre also die genetische Mutter auch die rechtliche. Einige Staaten haben bereits Regelungen für die Ersatz- und

²⁸⁹ Schlegel, FuR 1996, 284, 288; BK/ Jestaedt, GG, Art. 6, Rn 293; zu einer kritischen Auseinandersetzung mit diesem Argument s.o.5. Teil A.I.4.a)bb)bbb).

²⁹⁰ Medicus, Zivilrecht und werdendes Leben, 18.

²⁹¹ Siehe vor allem Johnson v. Calvert 851 P.2d, 776 (Ca. 1993), wo die Wunscheltern eine Eizelle der Wunschmutter mit dem Sperma ihres Ehemannes künstlich befruchten ließen und diese Zelle wurde einer dritten Frau eingesetzt, die das Kind auch zur Welt brachte. Danach jedoch wollte die gebärende Frau das Kind nicht an die Wunscheltern herausgeben mit der Begründung, sie sei die Mutter des Kindes. Dies war das erste Mal, dass ein Gericht über die Mutterschaft entscheiden musste, obwohl die biologischen Fakten klar waren. Die gleiche Konstellation lag in Smith v. Johnson (1986) und in Belsito v. Clark (Ohio 1994) 644 N.E.2d 760 vor.

²⁹² Zur Diskussion bei der Eispende s.o. 6. Teil C.II.1.a)bb)fff).

Leihmutterschaft getroffen, wonach hier stets die gebärende Frau die Mutter sein soll²⁹³. Andere Staaten entscheiden aufgrund eines „best-interest“ Tests, wer die Mutter des Kindes sein soll²⁹⁴. Drei Staaten haben festgelegt, dass auf die Intention der Parteien abzustellen ist²⁹⁵. In den meisten Staaten fehlt es noch an einer eindeutigen Klärung durch den Gesetzgeber.

Die Diskussion gleicht der bei der Eispende. Erwähnt werden sollen hier deshalb im Wesentlichen nur die Argumente, die sich mit der speziellen Situation der Leihmutterschaft auseinandersetzen. Dementsprechend wird die Darstellung auch auf die drei Lösungsvorschläge beschränkt, deren Bewertung von den speziellen Argumenten bei der Leihmutterschaft abhängt. Dies sind die Geburtslösung, die genetische Lösung und die Intentionslösung.

a) Geburtslösung

Zunächst sprechen auch bei der Leihmutterschaft wieder dieselben Argumente wie bei der Eispende dafür, die gebärende Frau zur rechtlichen Mutter zu machen²⁹⁶.

Vor allem kann hier wieder das Argument der Statusklarheit genannt werden – wer das Kind zur Welt bringt, ist nach außen sichtbar und zumeist dokumentiert²⁹⁷.

Daneben wird als Vorteil dieser Lösung der abschreckende Effekt angeführt²⁹⁸. Die Mutterschaftszuordnung erfolgt nicht so, wie die Beteiligten es vertraglich festgelegt haben. Die Wunscheltern müssen das Kind nach der Geburt adoptieren. Das bedeutet eine wesentliche Unsicherheit für sie sowie für die Leihmutter.

Auch habe die Leihmutter eine wesentlich bessere Verhandlungsposition, wenn sie auch die rechtliche Mutter ist und das Kind erst noch zur Adoption freigeben müsse, damit die Wunscheltern die Möglichkeit haben, es zu adoptieren²⁹⁹. Die Wunscheltern würden es dann nicht wagen, sie finanziell auszubeuten, da sie ansonsten unter Umständen das Kind nicht zur Adoption freigeben werde.

Außerdem müsse der austragenden Frau die Entscheidungsfreiheit belassen werden. Nach geltendem Adoptionsrecht muss ihr eine gewisser

²⁹³ Ariz. Rev. Stat. Ann. § 25-218 (B),(C) (1991); Fla. Stat. Ann. §§ 742.11, 742.13-742.17 (1986 & 96); N.D. Cent. Code §§ 14-18-05 (1997); N.H. Rev. Stat. Ann. § 168-B:2 (1994 & 96); Okla. Stat. Ann. tit. 10 §§ 554, 555 (1987 & 94); Tex. Fam Code Ann. §§ 151.102, 151.103 (1996); Utah Code Ann. § 76-7-204 (3)(a) (1995).

²⁹⁴ Mich. Comp.Laws Ann. § 722.861 (1993), Wash. Rev. Code § 26.26.260 (1996).

²⁹⁵ Ark. Code Ann. § 9-10-201 (b); Nev. Rev.Stat. § 126.045 (2); Va. Code Ann. § 20-162 (in Virginia soll die Intention jedoch nur helfen, wenn einer der Wunscheltern mit dem Kind genetisch verwandt ist).

²⁹⁶ zu einer ausführlichen Diskussion siehe oben; ausdrücklich mit dieser Frage beschäftigen sich: Andrews, 16 L.Med. & Health Care (1988), 72; Irwin, 24 Sw.U.L.Rev. 1277, 1289 (1995); Seavello, 3 Hastings Women's L.J. (1992), 211, 229; Pierce-Gealy, 28 Akron L. Rev. 535 (1995); Pollitt, Nation Dec. 31, 1990, 825; Coleman, 17 Cardozo L. Rev. (1996), 497, 525; Rothman, Recreating Motherhood (1989), 45; Russell-Brown, 23 Colum. Hum. Rts. L. Rev. (1992), 525; Goodwin, 26 Fam. L.Q. (1992), 275, 291; Field, 31 Washburn L.J. 1, 3; Andersen, 30 J.Fam. L. (1991/ 92), 847; Hill, 79 Cornell L. Rev. (1994), 631, 637ff; Krim, 5 Annals Health L. (1996), 193, 194; Bussel, 41 Duke L.J. (1991), 661, 666; Pitt, 108 Yale L. J. (1999), 1893, 1900; Note, 99 Harv. L. Rev. (1986), 1936, 1951; Annas, 14 Hastings Ctr. Rep. Oct. 84, 50; Annas/ Elias, 17 Fam. L. Q. (1983), 199, 216f; Bartlett, 98 Yale L.J. (1988), 293, 329f; Annas, 16 L., Med. & Health Care 27, 36 (1988); Oxman, 33 Jurimetrics J. (1993), 387.

²⁹⁷ S.o.3.Teil B.I.3.

²⁹⁸ Goodwin, 26 Fam.L.Q.275, 291 (1992).

²⁹⁹ Russel-Brown, 23 Colum. Hum.Rts. L.Rev. 525, 543 (1992); McEwan, 32 Vand. J.Transnat'l L. 271, 292 (1999).

Entscheidungszeitraum nach der Geburt des Kindes eingeräumt werden. Erst danach soll sie sich entscheiden, ob sie es zur Adoption freigeben will.

b) Genetische Lösung

Auch für die rechtliche Mutterschaft der genetischen Mutter sprechen wieder einige Argumente³⁰⁰. Es wird vorgebracht, dass die genetische Mutter die einzige natürliche Mutter des Kindes sei, da der Mensch eine Kombination genetischer Faktoren sei³⁰¹.

Die natürliche Mutterschaft beruhe auf der Blutsverwandtschaft. Auch traditionell habe Mutterschaft stets etwas mit Blutsverwandtschaft zu tun. Daran sollte festgehalten werden, da es sowohl im Interesse des Kindes als auch der Gesellschaft sei³⁰².

Auch sei diese Lösung im Interesse des Kindes sowie der beteiligten Parteien. Nur so könne verhindert werden, dass der Leihmutter und ihrem Ehemann, soweit es einen solchen gibt, die Elternschaft aufgebürdet werde, die sie niemals übernehmen wollten³⁰³. Das Kindeswohl gebiete es also, das Kind der genetischen Mutter zuzusprechen.

c) Intentionlösung

Ein weiterer Ansatz wäre die Feststellung der rechtlichen Mutterschaft anhand der Intention der Parteien³⁰⁴. Erstmals kam der *California Supreme Court* im Fall *Johnson v. Calvert*³⁰⁵ zu diesem Ergebnis. Er machte zunächst klar, dass das Kind grundsätzlich zwei natürliche Mütter habe, dass aber nur eine von ihnen die rechtliche Mutter sein könne. Um dieses Dilemma aufzulösen, sei auf die Intention der Parteien zurückzugreifen³⁰⁶. Nach dem *California Supreme Court* soll jedoch die Intention

³⁰⁰ Die Gerichte entschieden sich im Fall *Johnson v. Calvert*, 851 P.2d (Ca. 1993), 776, der ein Präzedenzfall für die Frage der Mutterschaft in Fällen der Leihmutterschaft ist, in allen drei Instanzen für die genetische Mutter als rechtliche Mutter. Eine neue Entscheidung hierzu erging am 28. März 2000 in New Jersey, wo entschieden wurde, dass die Leihmutter zwar eine Bedenkzeit von drei Tagen haben sollte, danach jedoch die genetische Mutter in der Geburtsurkunde eingetragen wird, s. zur Falldarstellung Brody, *The Record*, March 29, 2000.

³⁰¹ Anna J. v. Marc C., *Nat'l L.J.* Nov. 5, 1990, 990.

³⁰² Pretorius, *Surrogate Motherhood*, 135; Katz, 57 *Alb. L. Rev.* (1994), 733, 747; Havins/ Dalessio, 48 *De Paul L. Rev.* (1999), 825, 766; Brahams, 17 *Hastings Center Rep.* (1987), 16, 18f; Place, 17 *Harv. J. L. & Pub. Pol'y* (1994), 907; Hofheimer, 19 *N.Y.U. Rev. of Soc. Change* (1992), 571, 602; Rae, 3 *S.Cal.Rev.L. & Women's Stud.* (1994), 219, 228ff; *Belsito v. Clark*, 644 N.E.2d 760 (Ohio 1994).

³⁰³ So entschieden in *Soos v. Superior Court*, 897 P.2d (Ariz. 1994) 1356, 1361, wo die Regelung Arizonas, wonach die gebärende Frau die Mutter sein soll für verfassungswidrig erklärt wurde zum einen wegen Verstoßes gegen das Gleichberechtigungsgebot, da nämlich dem biologischen Vater erlaubt sei, seine Vaterschaft feststellen zu lassen, nicht jedoch der biologischen Mutter und dafür kein überzeugendes staatliches Interesse erkennbar sei. Zum anderen, da die Bürde der Mutterschaft nicht der Leihmutter aufgehalst werden soll, die in der Regel kein Interesse daran hat.

³⁰⁴ Wie in Arkansas, Nevada und Virginia bereits normiert.

³⁰⁵ 851 P.2d (Ca. 1993), 776.

³⁰⁶ Entscheidung mit gleichem Ergebnis aufgrund dieser Argumentation: *McDonald v. McDonald*, 608 N.Y.S.2d, 477 (N.Y. 1994), wo es jedoch um einen Fall der Eispende ging und nicht die genetische Mutter sondern die gebärende Frau, die gleichzeitig die Intention hatte, das Kind aufzuziehen, zur rechtlichen Mutter erklärt wurde; aA *Belsito v. Clark*, 644 N.E. 2d 760 (Ohio 1994), wo sich das Gericht ausdrücklich gegen den Intentionstest entschied und statt dessen die genetische Verbindung für ausschlaggebend hielt.

nicht gleichzusetzen sein mit der vertraglichen Vereinbarung. Auch wenn teilweise der Vertrag zur Feststellung der Intention herangezogen werden könne, solle er doch nur Beweisfunktion haben.

Für die Intentionslösung werden verschiedene Argumente vorgebracht. So werde die Situation für alle beteiligten Parteien erleichtert, wenn die Wunschmutter lediglich durch ihre Zustimmung zur rechtlichen Mutter würde und das Kind nicht noch adoptieren müsse³⁰⁷.

Auch entspreche diese Lösung dem Kindeswohl, da sie eine klare Linie vorgebe, wer die Eltern des Kindes sein sollten. Das Kind werde so vor Unsicherheit und Instabilität bewahrt³⁰⁸. Nur so würden dem Kind stets und mit Sicherheit die Personen als Eltern zugeordnet, die von Anfang an in die Elternstellung eintreten wollten³⁰⁹.

Daneben wird für die Feststellung der Elternschaft anhand der Intention die Vergleichbarkeit mit der Samenspende ins Feld geführt. Dort würden präkonzeptionelle Vereinbarungen stets durchgesetzt, und der Samenspender werde nicht als rechtlicher Vater vermutet³¹⁰.

Zudem spreche für eine Mutterschaftszuordnung anhand der Intention, dass auch eine biologische Verbindung keine Garantie dafür gebe, dass der Elternteil eine Beziehung zu dem Kind aufbaue³¹¹.

Auch habe das Ehepaar, welches das Kind „bestellt“ hat, den ersten Anstoß für seine Entstehung gesetzt. Die Intention sei also der entscheidende Auslöser für die Elternschaft.

d) Stellungnahme

Gegen die Geburtslösung können im Fall der Leihmutterschaft über die bei der Eispende genannten Aspekte hinaus noch weitere Argumente angeführt werden.

So wird vorgebracht, hier fungiere die gebärende Frau nur als eine Art Gastmutter³¹² ohne direkte genetische Verbindung zu dem Kind³¹³. Daher scheine es

³⁰⁷ O'Hara/ Vorzimer, 26 W.St.U.L.Rev. 25, 33 (1999); Eine Stiefkindadoption in den USA bedarf der Zustimmung des Ehemannes und wesentlichen Verwaltungsaufwands. Das solle der Wunschmutter erspart bleiben.

³⁰⁸ Lawrence, 21 Golden Gate U.L.Rev. (1991), 525, 555; Shultz, 1990 Wis. L. Rev. 297, 302f; Silver/ Silver, 11 Harv. J.L. & Tech. (1998), 593, 611; Hill, 66 N.Y.U.L.Rev. (1991), 353, 413ff; Schiff, 80 Iowa L.Rev. (1995), 265, 277ff; Lascarides, 25 Hofstra L.Rev. (1997), 1221, 1230ff; Abell, 45 Mercer L. Rev. (1994), 1429, 1437; Coleman, 17 Cardozo L.Rev. (1996), 497, 502; Wilder, 26 – SPG Hum. Rts. (1999), 23, 24; Robertson, Children of Choice, 125; Hale, 24 J.Contemp.L. (1998), 335, 370; Brill, 39 Cath.Law. (1999), 241, 258ff; Andrews, Reproductive Laws, 361, 386; Schiff, 44 Duke L.J. 524, 550f (1994); Satpathi, 18 Temp.Envtl.L.& Tech. J. 55, 56 (1999).

³⁰⁹ Schiff, 80 Iowa L. Rev. (1995), 265, 277; dies.: 44 Duke L.J. 524, 527 (1994); Andrews, New Conceptions (1984), 237; Shultz, 1990 Wis.L.Rev. 297, 302f; a.A. Kandel, 47 Rutgers L. Rev. (1994), 165, 177, die argumentiert, dass die natürliche Mutterschaft nicht von einem Vertrag abhängen kann und darf.

³¹⁰ Robertson, Children of Choice, 127.

³¹¹ Shultz, 1990 Wis. L.Rev. 297, 343; für das parallele Problem der Vaterschaft bei heterologer Insemination: Schiff, 44 Duke L.J. 524, 550f (1994).

³¹² Andere sprechen von einer Amme oder vorgeburtlichen Tagesmutterschaft: Ingram, 76 Marq.L.Rev. 675, 682 (1993); Krause, 19 Fam.L.Q. 185, 201 (1985).

³¹³ Pretorius, Surrogate Motherhood, 35; Judge Battani in Smith v. Jones No. 85-5301401 (Mich.Cir.Ct.Wayne County March 14, 1986) spricht von der Leihmutter als einem menschlichen Brutkasten.

nicht angebracht, sie als die rechtliche Mutter zu bezeichnen. Vielmehr sei sie nur eine Art Pflegemutter, die das Kind bereits vor der Geburt gepflegt habe, es aber an die richtige Mutter zurückgeben müsse, wenn diese wieder in der Lage sei, sich um das Kind zu kümmern³¹⁴.

Auch könne ein absoluter Rechtssatz, wonach die gebärende Frau die Mutter des Kindes ist, zu absurden Ergebnissen führen. Das zeige sich an einem Fall, in dem eine Frau die genetisch von ihrer Tochter und deren Ehemann abstammenden Kinder ausgetragen habe³¹⁵. Wäre die gebärende Frau nun die rechtliche Mutter dieser Kinder, so wären diese rechtlich gesehen die Geschwister ihrer genetischen Mutter.

Des Weiteren würde eine Entscheidung für die gebärende Frau als Mutter die Zahl der Leihmutterchaften verringern oder aber die Praxis in den Untergrund verbannen. Für die Parteien würde es Unsicherheit und rechtlichen Aufwand bedeuten, die Abstammungsverhältnisse ihren Wünschen entsprechend herzustellen³¹⁶. Es ist aber nicht Aufgabe des Abstammungsrechts, einzelne Praktiken künstlicher Fortpflanzung zu verbieten. Der Gesetzgeber hätte, wollte er die Leihmutterchaft verbieten, andere Möglichkeiten, dies zu tun³¹⁷.

Gegen die genetische Lösung wird wiederum vorgebracht, dass genetische Verbindungen oftmals nur durch komplizierte Tests festgestellt werden können. Deswegen sei diese Lösung weniger praktikabel als die beiden anderen Lösungen³¹⁸.

Auch gegen die Intentionlösung wurden bereits im Zusammenhang mit der Eispende einige Argumente vorgebracht³¹⁹. Kritisch an dieser Lösung ist vor allem, dass die Gerichte sich bei der Ermittlung der Intention am Leihmuttervertrag orientieren³²⁰. Sie wollen die erste, ursprüngliche Intention feststellen, die sich regelmäßig aus der Vertragsvereinbarung ergibt. Die Gerichte setzen also faktisch gesehen den Leihmuttervertrag durch, indem sie ihn zur Grundlage ihrer Entscheidung machen.

Es gibt jedoch Staaten, in denen Leihmutterverträge nichtig oder undurchsetzbar sind³²¹. Hierbei ist dann zwar wieder umstritten, ob diese Normen

³¹⁴ Anna J. v. Marc C., Nat'l L.J. Nov. 5, 1990, 990.

³¹⁵ Fall der Tzaneen Drillinge, s. hierzu Strauss, Intern. L. Pract. 71, 1989.

³¹⁶ Birck, 62 U.Cin.L.Rev. 1623, 1655 (1994).

³¹⁷ Garrison, 113 Harv.L.Rev. 835, 916 (2000); in Deutschland: Wohn, Reproduktionstechniken, 7.

³¹⁸ S.o. 6.Teil C.II.1.a)bb)ggg).

³¹⁹ S.o. 6.Teil C.II.1.a)bb)ddd).

³²⁰ Dolgin, 26 Conn.L.Rev. 1261, 1309 (1994) spricht davon, dass die Gerichte unter dem Deckmantel des Status doch in Wirklichkeit die Verträge durchsetzen.

³²¹ Staaten, in denen jegliche Leihmutterverträge verboten sind: Ariz. Rev. Stat. Ann. § 25-218(A) (1999); D.C. Code Ann. § 16-402(a)(1997); Ind. Code Ann. § 31-20-1-1, 31-20-1-2 (1999); Mich. Comp. Laws Ann. § 722.855 (1993); N.Y.Dom.Rel.Law 122 (1997); N.D.Cent.Code § 14-18-05 (1998); Tenn. Code Ann. § 36 -1-102(46)(C) (1998); Utah Code Ann. § 76-7-204(a) (1999).

Staaten, in denen entgeltliche Verträge nichtig bzw. undurchsetzbar sind: Ky. Rev. Stat. Ann. § 199.590(4) (1998); La.Rev. Stat. Ann. § 9: 2713(A) (1999); Neb.Rev.Stat. § 25-21,200 (1995); Wash. Rev. Code Ann. § 26-26-40 (einige dieser Staaten sehen es jedoch als zulässig an, der Leihmutter die Ausgaben für medizinische Betreuung und ihrem Lebensunterhalt zu ersetzen).

Staaten, die unentgeltliche Verträge ausdrücklich erlauben: Fla.Stat. Ann. § 742.15 (1998); Nev. Rev. State § 126.045 (1995); N.H. Rev. Stat. Ann. § 168-B:16 (1996); Va. Code Ann. §20-159, 20-160 (B)(4) (1999).

nicht einen Verstoß gegen das Recht auf Fortpflanzung der Parteien darstellen³²². In diesen Staaten würde die Bestimmung der Mutterschaft anhand der im Vertrag niedergeschriebenen Intention eine Umgehung der Undurchsetzbarkeit des Vertrages darstellen. Die Wunscheltern als rechtliche Eltern anzuerkennen, ermutigt ebenso zur Leih- und Ersatzmutterschaft wie die Durchsetzung des Vertrages. Die Wunscheltern können sich des Sorgerechts sicher sein³²³. Allein dies kann jedoch kein Argument gegen die Intentionlösung sein. Es ist nämlich nicht Aufgabe des Abstammungsrechts, Verbote, die auf anderen Gebieten aufgestellt wurden, durchzusetzen³²⁴. Vielmehr soll sich das Abstammungsrecht stets an den ihm zugrundeliegenden Prinzipien orientieren.

Allerdings wird auch dem Kindeswohl nicht stets gedient, wenn man die Mutterschaft anhand der Intention bestimmt. Ob nämlich die in dem Vertrag getroffenen Vereinbarungen stets dem Kindeswohl dienen, ist nicht klar, da hier die Parteien ihre ganz persönlichen Wünsche niedergelegt haben.

Für das Kind ist es außerdem wesentlich sicherer, auf einen biologischen Aspekt bei der Frage nach der Elternschaft zurückzugreifen, da dann im Moment seiner Geburt seine Eltern feststehen. Die Intention dagegen hat unter Umständen keinen Niederschlag gefunden oder aber sie hat sich geändert. Die Intention der Parteien ist schwer beweisbar und es ist nicht klar, in welchem Moment auf sie abgestellt werden soll³²⁵. Das Wesenseigene einer Intention oder Absicht liegt darin,

³²² Normen, die lediglich eine Entgeltvereinbarung im Gegenzug für das Austragen des Kindes verbieten, stellen keinen Verstoß gegen das Recht auf Fortpflanzung dar (Doe v. Kelley, 307 N.W.2d 438 (Mich. 1981); In re Adoption of Paul, 550 N.Y.S.2d 815 (N.Y.1990); ebenso Annas, 16 L., Med. & Health Care 27, 32 (1988)). Den Parteien steht weiterhin die Möglichkeit offen, sich fortzupflanzen, auch auf künstlichem Wege, nur darf für das Austragen und die Übergabe des Kindes eben kein Entgelt gezahlt werden. Nur wenn kein Entgelt gezahlt wird, könne man sehen, ob die Entscheidung der Leihmutter wirklich freiwillig und am Kindeswohl orientiert war und das Kindeswohl sei stets das Entscheidende in solchen Situationen (In re Adoption of Paul, 550 N.Y.S.2d 815, 818f (1990)). Das Recht auf Fortpflanzung ist ein persönliches, kein ökonomisches Recht, es darf also kein Geld im Gegenzug für seine Ausübung gezahlt werden (Russell, 27 J.Fam.L. 585, 647 (1988/ 89); Rao, 45 UCLA L.Rev. 1077, 1091 (1998)). Auch in das Recht auf Fortpflanzung der Leihmutter wird nicht eingegriffen, da diese sich frei entscheiden kann, Mutter zu werden, allerdings nicht gegen Entgelt (In re Adoption of Paul, 550 N.Y.S.2d 815 (1990); Jensen, BYU L.Rev. 1982, 935, 981; Behm, 2 DePaul J. Health Care Law 557, 566 (1999); Keller, 49 La. L.Rev. 143, 176 (1988)).

Anders stellt sich die Situation dar in Staaten, in denen jegliche Leihmutterverträge verboten sind. Für manche Paare kann es dann keine Möglichkeit der Fortpflanzung mehr geben. Zumindest gegen ihr Recht auf Fortpflanzung verstoßen besagte Normen dann (Gostin, Surrogate Motherhood, 3; Robertson, Surrogate Motherhood, 24, 34; Ferguson, 33 Duq.L.Rev. 903, 923 (1995)). Gerechtfertigt wird dieser Verstoß durch das staatliche Interesse am Schutz der Leihmutter. Sie soll nicht dazu gezwungen oder auch nur ermutigt werden, ein grundsätzlich vor der Geburt des Kindes nicht veräußerliches Recht aufzugeben. Die freiwillige Aufgabe eines solchen Rechts, das erst in der Zukunft entsteht, ist nämlich vor der Geburt des Kindes nicht möglich, wie ein Vergleich mit dem Adoptionsrecht zeigt (Gostin, Surrogate Motherhood, 3, 14).

s. zu einer genaueren Darstellung diesen Fragen z.B. Robertson, Children of Choice, 131; ders.: Surrogate Motherhood, 24, 34; Gostin, Surrogate Motherhood, 3; Tate, Surrogacy, 20ff; Andrews, New Conceptions, 362ff; Note, 100 Gar.L.Rev. 669, 682f (1985); Brill, 39 Cath. Law. (1999), 241, 254; Annas, 16 L., Med. & Health Care 27, 32 (1988); Serratelli, 26 Geo. Wash.J.Int'l L. & Econ 633, 670 (1993); Russell, 27 J.Fam.L. 585, 647 (1988/ 89); Rao, 45 UCLA L.Rev. 1077, 1091 (1998); Black, 16 N.Eng. L.Rev. 373, 387ff (1981); Keane, 1980 S.Ill. U.L.J. 147, 161ff; Andrews, 16 Law Med. & Health Care 72, 76 (1988); Ferguson, 33 Duq.L.Rev. 903, 923 (1995); Steinbock, 16 L., Med. & Health Care 44, 50 (1988); Ingram, 76 Marq.L.Rev. 675, 682 (1993).

³²³ Field, 31 Washburn L.J.1, 16 (1991).

³²⁴ s.o. 6.Teil E.I.1.

³²⁵ Havins/ Dalessio, 48 De Paul L. Rev. (1999), 825, 764; Dolgin, 26 Conn.L.Rev. 1261, 1286ff (1994); Wenk, 28 U.Tol.L.Rev. 247, 271 (1996); O'Hara/ Vorzimer, 26 W.St.U.L.Rev. 25, 42 (1999).

dass sie sich ändern kann und abhängig ist von vielen, nicht absehbaren Faktoren. So ist es oft schwierig, die wahre und ursprüngliche Absicht einer Person festzustellen. Biologische Faktoren dagegen machen eine Entscheidung unabänderlich³²⁶.

Auch stellt es einen Verstoß gegen geltendes Adoptionsrecht dar, wenn die Wunschmutter das Kind nicht adoptieren muss. Im Adoptionsrecht kann über die Elternschaft nicht per Vertrag entschieden werden, sondern es werden strenge Maßstäbe an die Adoptiveltern angelegt, was ihre Eignung als Eltern betrifft³²⁷. Wenn man also bei der Feststellung der Elternschaft auf den Vertrag abstellt, wie es einige Gerichte getan haben, handelt es sich um eine vom Gesetz nicht vorgesehene Privatadoption³²⁸.

Auch wäre eine Mutterschaftsfeststellung anhand der Intention kaum mit dem geltenden Recht vereinbar. Nach dem UPA (1973) kann man sich zwar streiten, ob die genetische Mutter oder die gebärende Frau die rechtliche Mutter des Kindes sein soll, von einer Mutterschaft anhand der Intention ist jedoch keine Rede. Die Gerichte können sich über diese Normen nicht mit Hinweis auf den Vertrag hinwegsetzen³²⁹. Grundsätzlich ist es nämlich nur Aufgabe der Gerichte, die existierenden Normen auszulegen und zu interpretieren, nicht jedoch völlig neue Konzepte zu schaffen. Damit erklärt sich auch, warum die Intention der Parteien bisher fast ausschließlich in Fällen herangezogen wurde, in denen es um Streitigkeiten zwischen mehreren biologischen Elternteilen ging³³⁰. Ein reiner Rückgriff auf die Intention der Parteien ginge wohl über den Urteilsspielraum der Gerichte hinaus.

Gewichtet man die einzelnen Argumente gegeneinander, kann man zu keinem anderen Ergebnis kommen als in den anderen Fällen gespaltener Mutterschaft. Statusbeständigkeit und Statusklarheit haben im Abstammungsrecht, auch und gerade zum Wohle des Kindes, oberste Priorität. Daher sollte stets die gebärende Mutter auch die rechtliche sein. Ein Rückgriff auf eine Intention, die sich unter Umständen im Laufe der neun Monate der Schwangerschaft ändern kann, würde zu viele Unsicherheiten für das Kind und die Rechtsgemeinschaft bedeuten. Die Entscheidung für die gebärende Frau führt zu einer Vereinheitlichung der Mutterschaft in allen Fällen der künstlichen Fortpflanzung, zum anderen auch zu einer Gleichbehandlung dieser Fälle in allen Bundesstaaten. Für die Wunscheltern und die Leihmutter wäre also stets von vorneherein klar, wer die Elternstellung erhält. Die Geburtslösung bedeutet daher weitestgehende Klarheit für Wunscheltern, Leihmutter und Kind und stellt auch keinen Verstoß gegen das Recht auf Einräumung der Elternstellung dar, da ein solches Recht in den USA zumindest nicht ohne eine weitere soziale Bindung zu dem Kind anerkannt wird³³¹. Diese Mutterschaftszuordnung muss

³²⁶ Dolgin, 26 Conn.L.Rev. 1261, 1286 (1994).

³²⁷ Havins/ Dalessio, 48 De Paul L. Rev. (1999), 825, 765; Dolgin, 23 Vt. L.Rev. 225, 287 (1998).

³²⁸ Havins/ Dalessio, 48 De Paul L. Rev. (1999), 825, 766; Dolgin, 38 Buff.L.Rev. (1990), 515, 547 ist der Ansicht, dass es genügt, wenn der Mutter nach der Geburt die bei der Adoption übliche Bedenkzeit gelassen wird, danach könne man die Mutterschaft über Vertrag oder Intention bestimmen.

³²⁹ Coleman, 17 Cardozo L. Rev. (1996), 497, 524.

³³⁰ Johnson v. Calvert, 851 P.2d (Ca. 1993), 776; In re Marriage of Moschetta, 30 Cal.Rptr. 2d 893, 900 (Cal. 1994).

³³¹ S.o. 4. Teil B.II.4.

ebenfalls wieder endgültig sein. Eine Anfechtung scheidet aus. Sec. 21 UPA (1973) findet auch hier keine Anwendung³³².

2. Vaterschaft nach UPA (1973)

Je nachdem, ob man die rechtliche Mutterschaft anhand der Geburt, der Gene oder der Intention bestimmt, kommen unterschiedliche Männer als Vater in Betracht.

Folgt man der Geburtslösung, wäre nach der Vermutungsregel des Sec. 4 (a) (1) UPA (1973) zunächst der Ehemann der Leihmutter, der genetisch nicht mit dem Kind verwandt ist, dessen rechtlicher Vater. Man könnte daran denken, hier Sec. 5 (a) UPA (1973) anzuwenden und von einer künstlichen Befruchtung auszugehen, welcher der Ehemann nicht zugestimmt hat. Allerdings wird hier die Leihmutter eben nicht künstlich befruchtet, sondern ihr wird ein fremdes bereits befruchtetes Ei eingesetzt³³³. Daher wird man von der Vermutung ausgehen müssen, dass der Ehemann der gebärenden Frau auch der Vater des Kindes ist. Diese Vermutung kann dann vom genetischen Vater widerlegt werden, wenn er berechtigt ist, die Vaterschaft anzufechten. Hierfür muss er zum einen den Beweis erbringen, dass er ohne den geringsten Zweifel der biologische Vater des Kindes ist. Hierfür sollte ein Bluttest durchgeführt werden. Es kann aber auch schon die Aussage des Arztes, der die Befruchtung vorgenommen hat, ausreichen³³⁴. Liegt dieser Beweis vor, so muss der biologische Vater aufzeigen, dass es besser für das Kind ist, wenn er und nicht die gebärende Frau das Sorgerecht erhält³³⁵. In Fällen der Leihmutterschaft, wenn also die gebärende Frau nicht genetisch mit dem Kind verwandt ist, dürfte dieser Beweis unkomplizierter sein als in Fällen der Ersatzmutterschaft.

Ist die Leihmutter unverheiratet, gilt das Kind zunächst als nichtehelich, solange nicht eine Vaterschaftsfeststellung betrieben wurde. Man könnte daran denken, Sec. 5 (b) UPA (1973) anzuwenden, wonach der Samenspender nicht der rechtliche Vater ist. Dann könnte der genetische Vater seine Vaterschaft niemals feststellen lassen. Die Norm des Sec. 5 (b) UPA (1973) regelt jedoch nicht die Fälle der Leihmutterschaft, wo der Samenspender gerade der rechtliche Vater sein will³³⁶. Anders als im Normalfall der Samenspende hatte er stets die Absicht, die Verantwortung für das Kind zu übernehmen, das mit seinem Samen gezeugt wird. Daher passt Sec. 5 (b) UPA (1973) nicht auf diesen Fall und sollte auch nicht darauf angewendet werden³³⁷.

Bestimmt man die Mutter anhand der genetischen Lösung, so spricht nach der Vermutungsregel des Sec. 4 (a) (1) UPA (1973) die Vaterschaftsvermutung für den

³³² S. hierzu oben 6. Teil C.II.1.a)bb)ggg).

³³³ Anna J. v. Mark C., 86 Cal.Rptr. 369, 378 (Cal. 1991).

³³⁴ Statsky, Family Law 376.

³³⁵ Annas, 11 Hastings Center Rep. 23, 24 (1981).

³³⁶ Anna J. v. Mark C., 86 Cal.Rptr. 369, 378 (Cal. 1991); Liu, Artificial Reproduction, 134.

³³⁷ Liu, Artificial Reproduction, 134.

Ehemann der Wunschmutter. Dieser ist im Falle der Leihmutterschaft auch der genetische und der Wunschvater.

Auch wenn man die Mutterschaft anhand der Intentionslösung bestimmt, kommt man im Falle der Leihmutterschaft zu demselben Ergebnis wie die Ansicht, die die genetische Mutter zur rechtlichen macht. Der Ehemann der Wunschmutter wäre der Vater.

3. Elternschaft nach UPA (2000)

Der UPA (2000) hat in seinem Art. 8 eine differenzierte Regelung für die Fälle der Leih- und Ersatzmutterschaft getroffen. Er hat sich für die Intentionslösung entschieden, jedoch Hürden für die Elternschaft der Wunscheltern aufgestellt. Nach Art. 8 Sec. 801 UPA (2000) müssen die Wunscheltern, die verheiratet sein müssen, die Frau, die das Kind austragen wird sowie ihr Ehemann eine Vereinbarung treffen, worin alle Parteien der Leih- oder Ersatzmutterschaft zustimmen. Des Weiteren müssen die gebärende Frau und ihr Ehemann auf jegliche elterliche Rechte verzichten. Nach Art. 8 Sec. 801 (e) UPA (2000) ist auch die Zahlung eines Entgelts an die Leih- oder Ersatzmutter möglich.

Diese Vereinbarung zwischen allen Beteiligten muss nach Art. 8 Sec. 803 UPA (2000) von einem Gericht überprüft werden und nur, wenn dieses ebenfalls zustimmt, ist die Vereinbarung später durchsetzbar. Die Entscheidung des Gerichts ist eine Ermessensentscheidung, die auch lediglich auf Ermessensfehler hin überprüft werden kann. Vor allem, wenn die Wunscheltern nicht unfruchtbar sind, sondern die Wunschmutter lediglich die Unannehmlichkeiten einer Schwangerschaft scheut, soll das Gericht der Vereinbarung nicht zustimmen³³⁸.

Hat das Gericht der Vereinbarung zugestimmt, richtet sich die Elternschaft nach Art. 8 Sec. 807 UPA (2000). Hiernach müssen die Wunscheltern nach der Geburt des Kindes diese wiederum dem Gericht anzeigen. Dieses erlässt dann eine Anordnung, in der bestätigt wird, dass die Wunscheltern die rechtlichen Eltern des Kindes sind und, falls notwendig, dass das Kind an sie herausgegeben werden muss.

Falls das Gericht der Vereinbarung nicht zugestimmt hat, richtet sich die Elternschaft gemäß Art. 8 Sec. 809 (b) UPA (2000) nach den allgemeinen Regeln des Art. 2 UPA (2000). Die Wunscheltern können lediglich durch eine Adoption zu den rechtlichen Eltern des Kindes werden.

Durch Art. 8 UPA (2000) wird die Leih- und Ersatzmutterschaft wesentlich erleichtert. Der UPA (2000) fördert damit diese Praktiken. Einem „Leihmuttertourismus“ soll dadurch entgegengewirkt werden, dass nach Art. 8 Sec. 802 UPA (2000) die gerichtliche Vorlage der Vereinbarung nur dann angenommen wird, wenn entweder die austragende Frau oder die Wunscheltern seit mindestens 90 Tagen Einwohner des Staates waren, in dem das Gericht angerufen wird.

³³⁸ Comment zu Art. 8 Sec. 803.

F. Ersatzmutterschaft

In Fällen der Ersatzmutterschaft bereitet die Frage nach der Mutter- und Vaterschaft grundsätzlich kein Problem, da hier keine gespaltene Mutterschaft vorliegt. Dennoch kann es dann zu Zuordnungen kommen, die von den Parteien so nicht gewollt waren. Deutsches und US-amerikanisches Recht begegnen diesem Problem auf unterschiedliche Art und Weise.

I. Deutschland

1. Mutterschaft

Die Frage nach der Mutterschaft ist grundsätzlich einfach zu beantworten – genetische Mutter und gebärende Frau sind identisch. Nach § 1591 BGB ist die gebärende Frau die rechtliche Mutter des Kindes. Eine Zuordnung des Kindes zur Wunschmutter ist nur mittels Adoption möglich. Ein Verstoß gegen das Recht auf Einräumung der Elternstellung liegt nicht vor, da dieses nur der genetischen Mutter und damit in diesem Fall der rechtliche Mutter zusteht.

Auch in Deutschland war vor der Gesetzesänderung der Intentionsansatz in dieser Konstellation zumindest angedacht, dann jedoch auch sogleich wieder verworfen worden³³⁹. Allein aus der vertraglichen Vereinbarung der Wunschmutter und der gebärenden Frau könne man keine Mutterschaft der ersteren herleiten³⁴⁰. Es sei dem geltenden deutschen Recht fremd, eine Mutterschaft kraft Vertrages anzuerkennen. Gerade da die Verträge in ihrer Durchsetzbarkeit und Wirksamkeit heute wie früher große Probleme aufwerfen, sollten sie nicht zur Grundlage einer abstammungsrechtlichen Entscheidung gemacht werden³⁴¹. Zwar sehe das Gesetz Fälle vor, in denen dem Kind ein Mann durch eine rechtsgeschäftliche Äußerung als Vater zugeordnet werde, von dem es genetisch nicht abstammt. Doch läge die Situation hier anders. Einem Kind müsse bei der Geburt stets eine Mutter zugeordnet werden. Das Kind sei abhängig von ihr und daher habe man sich mit der herrschenden Meinung dafür entschieden, stets die gebärende Frau, die nach der Geburt in der unmittelbaren Nähe des Kindes ist, als rechtliche Mutter einzusetzen. Es würde auch dem Kindeswohl zuwider laufen, auf vertragliche Vereinbarungen eingehen zu müssen, die

³³⁹ Coester-Waltjen, NJW 1982, 2528, 2529; Medicus, Jura 1986, 302, 306.

³⁴⁰ Coester-Waltjen, NJW 1982, 2528, 2529; Medicus, Jura 1986, 302, 306.

³⁴¹ Zur umstrittenen Problematik der Wirksamkeit und Durchsetzbarkeit von Leih- und Ersatzmutterschaftsverträgen s. z.B.: Palandt/ Diederichsen, BGB, Einf.v. § 1591 Rn 18ff; Liermann, FamRZ 1991, 1403, ders.: MDR 1990, 860; Coester-Waltjen, FamRZ 1992, 371; dies.: NJW 1982, 2532f; dies.: Gutachten, B 92; Jung, JuS 1990, 678; Frucht, Ersatzmutterschaft, 176ff; Diefenbach, Leihmutterschaft, 105ff; Deutsch, NJW 1991, 723; ders.: NJW 1986, 1971, 1972; Goedel, Leihmutterschaft, 150ff; Medicus, Jura 1986, 306; Kollhossler, JA 1985, 556; Schumacher, FamRZ 1987, 323; Laufs, Gentechnologie 13, 196; AG Gütersloh, FamRZ 1987, 718; Berghofer-Weichner, BayVBl 1988, 454; OLG Hamm, JZ 1986, 441; Harder, JuS 1986, 510; van der Daele, Mensch nach Maß?, 56ff; Kühl-Meyer, ZBlJugR 1982, 767; Selb, Rechtsordnung, 107; Soergel/ Gaul, BGB, § 1591 Rn 37, 48; Hirsch/ Eberbach, Auf dem Weg zum künstlichen Leben, 204; Püttner/ Brühl, JZ 1987, 535; Giesen, JZ 1985, 1057; Cortese/ Feldmann, Streit 1985, 126; Dubler-Baretta/ Fischer, Streit 1988, 31; Benda, Gentechnologie 3, 222.

oftmals nur mündlich getroffen worden seien oder denen eine mittlerweile geänderte Intention zugrunde liege.

An dieser Argumentation sieht man, dass es deutschem Denken fern lag, eine Elternschaft anhand der Intention der Parteien anzuerkennen. Anders als in den USA wurde diese Lösung nicht ernsthaft diskutiert.

Vor der Gesetzesänderung im Jahre 1998 war noch angedacht worden, dem Kind die Ehefrau des Erzeugers und damit die Wunschmutter als Mutter zuzuordnen³⁴². Dies hätte durch eine Analogie zu § 1592 Nr. 1 BGB a.F. geschehen können. Eine solche Analogie wurde jedoch abgelehnt, da der Gesetzgeber eine solche außergewöhnliche Mutterschaftszuordnung ausdrücklich hätte festschreiben müssen, wenn er sie denn gewollt hätte³⁴³.

2. Vaterschaft

Das Kind ist wiederum das nichteheliche des Wunschvaters und der gebärenden Frau im Falle, dass diese ledig ist. Ist die Ersatzmutter verheiratet, ist das Kind das eheliche der Ersatzmutter und ihres Ehemannes. Für die Anfechtbarkeit der Vaterschaft sowie das Recht auf Einräumung der Elternstellung gelten die gleichen Grundsätze wie bereits bei der Leihmutterschaft³⁴⁴.

II. USA

1. Elternschaft nach UPA (1973)

a) Mutterschaft

Da genetische Mutter und gebärende Frau in diesem Fall identisch sind, sollte es eigentlich zu keinen Problemen kommen – sowohl Sec. 3 (1) UPA (1973) als auch Sec. 21 UPA (1973) führen zum selben Ergebnis. Man würde also zunächst sagen, dass an der Mutterschaft der Ersatzmutter, zumindest solange das Kind nicht adoptiert wurde, keine Zweifel bestehen³⁴⁵.

In einer neuen Gerichtsentscheidung in Kalifornien schien es der Argumentation des *California District Appellate Court* zufolge zunächst so, als wolle dieser nicht am Wortlaut des Gesetzes festhalten und statt dessen die Mutterschaft ausschließlich über die Intention bestimmen³⁴⁶. In diese Entscheidung bezog das Gericht wieder den Ersatzmuttervertrag mit ein. Auch hier wurde argumentiert, dass das Kind ohne das Bestreben der Wunscheltern und somit auch der Wunschmutter, nicht auf der Welt wäre. Ebenso sei die Zustimmung der genetischen Mutter, das Kind

³⁴² Frucht, Ersatzmutterschaft, 207.

³⁴³ Coester-Waltjen, NJW 1982, 2528, 2529; Frucht, Ersatzmutterschaft, 207.

³⁴⁴ S.o.6.Teil E.I.2.a).

³⁴⁵ So auch z.B. in *R.R. v. M.H.*, 689 N.E.2d 790 (Mass. 1998), wo die Ersatzmutter als die Mutter bezeichnet wird und die Möglichkeit, die Mutterschaft nach der Intention zu bestimmen, nicht einmal erwogen wird.

³⁴⁶ In *re Marriage of Moschetta*, 30 Cal. Rptr. 2d, 893, 896 (Cal. 1994) In erster Instanz war hier noch entschieden worden, dass die gebärende Frau die rechtliche Mutter des Kindes sei und sie und der Vater das gemeinsame Sorgerecht haben sollten (s. *Moschetta v. Jordan* No. D 324349).

sofort nach der Geburt zur Adoption freizugeben, essentiell für die Existenz des Kindes gewesen. Trotz aller Diskussion um die Frage nach der rechtlichen Mutterschaft stellte das Gericht dann jedoch fest, dass nicht die Frage nach der Elternschaft problematisch sei, sondern die der Vergabe des Sorgerechts. Die genetischen Eltern seien auch die rechtlichen, jedoch solle der Mutter kein Sorgerecht eingeräumt werden, da sie nach der vertraglichen Bindung keine Rechte an dem Kind geltend machen könne³⁴⁷. Das Gericht änderte also nach anfänglicher Diskussion um die Frage nach der rechtlichen Mutterschaft seine Argumentationslinie und ging davon aus, dass die Mutterschaft der gebärenden Frau und genetischen Mutter zustehe, sie aber aufgrund der vertraglichen Bindung die elterliche Sorge nicht übertragen bekommen könne.

Justice Kennard widersprach dieser Entscheidung. Ihrer Ansicht nach sollte bereits die Frage nach der Mutterschaft mit Hilfe des Vertrages und vor allem unter Berücksichtigung des Kindeswohls gelöst werden³⁴⁸. Hiernach wäre die Wunschmutter die rechtliche Mutter des Kindes.

Dies wäre eigentlich die stringente Weiterführung der Entscheidung *Johnson v. Calvert*³⁴⁹ auf Fälle der Ersatzmutterschaft. Dass das Gericht sich jedoch dagegen entschieden hat, auch in Fällen der Ersatzmutterschaft die Mutterschaft nach der Intention zu bestimmen, zeigt, dass zur Intention noch ein weiterer biologischer Aspekt kommen muss, um einen Elternstatus zu erhalten. Die Gerichte entscheiden somit in den meisten Fällen die Frage nach der Elternschaft doch über zumindest einen biologischen Aspekt, in der Regel die genetische Verbindung. Die Mutterschaft steht also fest, bei der Frage nach der elterlichen Sorge können und sollen jedoch Kindeswohlerwägungen sowie der Vertrag mit einbezogen werden.

Wie der Samenspender bei der heterologen Insemination will unter Umständen auch die Ersatzmutter ihre Anonymität wahren³⁵⁰. Anders als bei der Leihmutterschaft ist hier die gebärende Frau auch die genetische Mutter. Das Kind hat also wie bei der Samen- oder Eispende ein Interesse daran, seine genetischen Wurzeln zu erforschen. Im Gegensatz zur Samenspende existiert hier keine Norm, die besagt, dass die Berichte verschlossen aufbewahrt werden und lediglich auf gerichtliche Anordnung hin bei Vorliegen eines guten Grundes geöffnet werden sollen. Die amerikanische Anwaltsvereinigung hat bereits das Modell eines Ersatzmutterschaftsgesetzes ausgearbeitet³⁵¹. Dieses sieht vor, dass die Parteien in den Vertrag ihre jeweiligen Vorstellungen zur Kenntnis der Identität der anderen Partei und über ein Treffen aufnehmen. Auf gerichtliche Anordnung soll dann bei Vorliegen eines guten Grundes die Identität enthüllt werden. Diese geplante Regelung entspricht also der Situation bei

³⁴⁷ In re Marriage of Moschetta, 30 Cal.Rptr. 2d, 893, 903 (Cal. 1994).

³⁴⁸ In re Marriage of Moschetta, 30 Cal. Rptr. 2d, 893, 900 (Cal. 1994).

³⁴⁹ 851 P.2d (Ca. 1993), 776

³⁵⁰ Siehe hierzu und zu den folgenden Argumenten Hollinger, 18 U.Mich.J.of L.Ref., 865, 925 (1985); Smith, 31 U. Louisville J. Fam. L.(1992/ 93), 65; in Deutschland ist die Frage nach den Entscheidungen, die ein Recht des Kindes auf Kenntnis seiner Abstammung anerkannt haben, eindeutig gegen eine Anonymität der Ersatzmutter zu entscheiden. Dies und die Tatsache, dass Leih- und Ersatzmutterschaft in Deutschland verboten sind, erklärt das Schweigen der Literatur zu diesem Problem.

³⁵¹ Draft ABA Model Surrogacy Act, Family Law Quarterly, Vol. 22 (1988), 123.

der Samenspende. Minnesota hat ebenfalls eine besondere Vorgehensweise im Falle der Anonymität der Ersatzmutter ausgearbeitet. Hiernach kann das volljährige Kind den Staat beauftragen, die Ersatzmutter zu informieren, dass es ihre Identität feststellen lassen möchte. Die Ersatzmutter kann sich entweder damit einverstanden erklären und die Informationen werden freigegeben. Falls sie sich gegen die Preisgabe der Informationen stellt, muss sie vor einem Gericht ihre Gründe für die Weigerung vorbringen und diese werden gegen die Gründe des Kindes abgewogen.

Auch wenn dieses Problem in der Literatur erkannt wurde, haben sich die Gerichte noch nie damit auseinander gesetzt. Sie gehen stets davon aus, dass die Ersatzmutter keiner Anonymität bedarf³⁵².

b) Vaterschaft

Grundsätzlich ist die Frage nach der Vaterschaft auch in den USA nur im Zusammenhang mit dem Status der Ersatzmutter zu beantworten, wenn man, wie bisher von den Gerichten und der herrschenden Meinung getan, die Ersatzmutter zur rechtlichen Mutter macht.

aa) Verheiratete Ersatzmutter

Falls die Ersatzmutter verheiratet ist, spricht zunächst die Vaterschaftsvermutung für ihren Ehemann. Grundsätzlich wird bei einer künstlichen Befruchtung der Ehemann dann als Vater des Kindes angesehen, wenn er der Befruchtung ausdrücklich, zumeist schriftlich, zugestimmt hat (Sec. 5 (a) UPA (1973)). Danach muss der Ehemann der Ersatzmutter der Insemination widersprechen um nicht in die Vaterrolle hineingedrängt zu werden. In der Praxis ist daher zumeist der Ehemann Partei des Ersatzmuttervertrages und äußert dort seinen Widerspruch. Grundsätzlich würde es auch genügen, wenn er lediglich nicht ausdrücklich zustimmt und auch während der Schwangerschaft keinerlei Anzeichen dafür gibt, dass er der Vater des Kindes sein möchte. Allerdings ist es wohl sicherer, seinen Widerspruch schriftlich festzuhalten. Dies stellt auch keine unüberwindbare Hürde für die Parteien dar.

Bisher wurde zweimal entschieden, dass die Norm, die den zustimmenden Ehemann bei der heterologen Insemination zum Vater macht, nicht auf verheiratete Ersatzmütter angewendet werden sollte. Die Norm sei für die Fälle gedacht, dass der Ehemann unfruchtbar sei und das aus der Insemination resultierende Kind von den Ehepartnern großgezogen werden solle³⁵³. Danach solle die Vaterschaft eines Ehemannes begründet werden, wenn er und seine Frau gemeinsam bewusst die Möglichkeit der künstlichen heterologen Insemination nutzen. Der Gesetzgeber wolle durch diese Norm jedoch keinen unbeteiligten und unwilligen Ehemann zum Vater machen. Da es sich hier lediglich um zwei Entscheidungen zu diesem Thema handelt und sich die Gerichte nach dem Wortlaut selbst nicht vollkommen sicher zu sein

³⁵² Z.B. Baby M.II, 537 A.2d 1227, 1253 (N.J. 1988).

³⁵³ Syrkowski v. Appleyard, 362 N.W.2d 211 (Mich. 1985); R.R. v. M.H., (Mass. 1998) 689 N.E.2d, 790, 795; gleicher Meinung sind Moreland, 14 Quinn. Prob.L.J. 287, 312 (1999); Russell 27 J.Fam.L. 585, 602 (1989).

scheinen, ob die Norm tatsächlich keine Anwendung findet, ist den Ehemännern der Ersatzmütter immer noch zu empfehlen der Insemination schriftlich zu widersprechen.

In den Staaten, welche die Vaterschaft des Samenspenders ausschließen, könnte in Folge auch der Samenspender, der hier gleichzeitig der Wunschvater ist und die Verantwortung für das Kind übernehmen will, seine Vaterschaft nicht feststellen lassen. Das würde bedeuten, dass das Kind vaterlos wäre, obgleich sein genetischer Vater die Vaterschaft anerkennen möchte. Möglicherweise ist aber Sec. 5 (b) UPA (1973) nicht auf Fälle der Ersatzmutterschaft anwendbar. Grundsätzlich sollte durch diese Norm nur der anonyme Samenspender geschützt werden, der kein Interesse daran hat, elterliche Pflichten für das Kind zu übernehmen. Vom Wortlaut her ist die Norm aber ebenso auf die Fälle der Ersatzmutterschaft anwendbar. Allerdings haben einige Gerichte eine Ausnahme von dieser Norm gemacht, wenn sich gebärende Frau und Samenspender einig waren, dass dem Spender väterliche Rechte eingeräumt werden sollen³⁵⁴. Auch wenn diese Entscheidungen nicht frei von Kritik sind³⁵⁵, so würden doch die meisten Gerichte in Fällen der Ersatzmutterschaft auch in Staaten, in denen Sec. 5 (b) UPA (1973) umgesetzt wurde, zur Möglichkeit einer Vaterschaftsfeststellung für den Samenspender kommen. Diese Lösung entspräche dann auch dem Kindeswohl.

bb) Unverheiratete Ersatzmutter

Ist die Ersatzmutter unverheiratet, hat das Kind im Zeitpunkt der Geburt keinen Vater. Der Wunschvater kann nach dem Wortlaut des Gesetzes nur dann eine Vaterschaftsfeststellung betreiben und seine Vaterschaft anerkennen, falls dies nicht aufgrund von Sec. 5 (b) UPA (1973) ausgeschlossen ist. Auch für den Fall der unverheirateten Ersatzmutter wird man jedoch den Anwendungsbereich des Sec. 5 (b) UPA (1973) teleologisch reduzieren müssen, da der Mann den Samen mit dem Willen gespendet hat, Vater des Kindes zu werden.

Noch weiter ging der *California District Appellate Court* in der Entscheidung *In re Marriage of Moschetta*³⁵⁶. Dort wurde die Vaterschaft ohne Hinweis auf Sec. 5 (b) UPA (1973) allein anhand der Intention bestimmt und der Wunschvater zum Vater ernannt. Eine solche Vaterschaftsvermutung findet sich in Sec. 4 UPA (1973) und auch in den anderen Regelungen bezüglich der Vaterschaft nicht.

c) Zusammenfassung

In der Konstellation der Ersatzmutterschaft sind die Abstammungsverhältnisse grundsätzlich klar – die gebärende Frau ist gleichzeitig die genetische Mutter. Nach der Vermutungsregel des Sec. 4 (a) (1) UPA (1973) bzw. des Sec. 5 (a) UPA (1973) ist ihr Ehemann der Vater des Kindes, außer er hat der Insemination im Sinne des Sec. 5

³⁵⁴ S.o. 6.Teil B.II.2.b)bb)bbb).

³⁵⁵ S.o. 6.Teil B.II.2.b)bb)bbb).

³⁵⁶ *In re Marriage of Moschetta*, 30 Cal.Rptr. 2d, 893 (Cal. 1994), vergleiche auch für den Fall der Ersatzelternschaft *In re Marriage of Buzzanca*, 72 Cal. Rptr.2d 280 (Cal. 1998).

(a) UPA (1973) widersprochen. In dieser Konstellation ist es grundsätzlich wegen Sec. 5 (b) UPA (1973) dem Samenspender dennoch nicht möglich, seine Vaterschaft feststellen zu lassen. Ob man die Norm des Sec. 5 (a), (b) UPA (1973) jedoch auf Fälle der Ersatzmutterchaft anwenden kann, ist durchaus fraglich.

Ist die Ersatzmutter nicht verheiratet, kann der Wunschvater seine Vaterschaft feststellen lassen. Dem widerspricht grundsätzlich Sec. 5 (b) UPA (1973). Da er jedoch im Vorfeld bereits stets den Wunsch geäußert hat, der rechtliche Vater des Kindes zu werden, machen die Gerichte hier zu seinen Gunsten Ausnahmen. Der *California District Appellate Court* hat in einer Entscheidung die Vaterschaftsvermutungen des Sec. 4 UPA (1973) erweitert und die Vaterschaft über den Parteiwillen bestimmt, was hier zu einer Vaterschaftszuordnung führt, die den genetischen Verhältnissen entspricht. So müsste kein Unterschied mehr zwischen verheirateten und unverheirateten Ersatzmüttern gemacht werden, der Wunschvater wäre stets auch der rechtliche Vater.

2. Elternschaft nach UPA (2000)

Der UPA (2000) differenziert nicht zwischen Leih- und Ersatzmutterchaft, weswegen für die Ersatzmutterchaft grundsätzlich ebenfalls Art. 8 UPA (2000) gilt³⁵⁷. In der Gesetzesbegründung zu Art. 8 UPA (2000) wird allerdings klargestellt, dass es grundsätzlich nicht gerne gesehen wird, wenn eine Frau sowohl die genetische Mutter des Kindes ist als auch das Kind austrägt und es dann an ein anderes Ehepaar herausgeben muss. Durch die genetische Verbindung zu dem Kind könnten zusätzliche emotionale und psychologische Probleme entstehen, wenn es darum geht, die Vereinbarung zwischen den Parteien durchzusetzen. Dennoch wird auch diese Praxis grundsätzlich akzeptiert. Allerdings ist zu erwarten, dass die Gerichte solchen Vereinbarungen mit größerer Skepsis begegnen werden als Leihmutterchaftsvereinbarungen.

G. Ersatzelternschaft

Eine weitere denkbare Spielart der Leih- und Ersatzmutterfälle ist die Konstellation, dass sowohl Ei- als auch Samenzelle von unbekanntem Spendern stammen und die befruchtete Eizelle einer dritten Frau implantiert wird, die das Kind für die Wunscheltern austragen soll. Hier sind also weder die Wunscheltern noch die gebärende Frau genetisch mit dem Kind verwandt.

I. Deutschland

In Deutschland bereitet seit der Gesetzesänderung auch diese Konstellation keine Probleme mehr. Die gebärende Frau ist die Mutter, ihr Ehemann der Vater des Kindes. Falls sie nicht verheiratet ist, kann der Wunschvater seiner Vaterschaft anerkennen. Ansonsten ist er darauf angewiesen, dass die Vaterschaft des Ehemannes

³⁵⁷ Zum Inhalt des Art. 8 UPA (2000) s.o. 6. Teil E.II.3.

der Mutter angefochten wird und seine Frau danach das Kind adoptieren kann. Ein Verstoß gegen das Recht auf Fortpflanzung in Form des Rechts auf Einräumung einer Elternstellung der Wunscheltern liegt nicht vor, da diese keinen genetischen Beitrag zu dem Kind geleistet und sich daher nicht fortgepflanzt haben. Die Gametenspender dagegen haben auf ihr Recht auf Fortpflanzung verzichtet und wollten die Elternstellung nie eingeräumt bekommen³⁵⁸.

II. USA

In der ersten und bisher einzigen Entscheidung (*In re Marriage of Buzzanca*) zu dieser Konstellation entschied das Gericht in erster Instanz, dass das Kind elternlos sei. Diese Entscheidung wurde durch das Berufungsgericht aufgehoben, das die „Besteller“ als rechtliche Eltern des Kindes ansah³⁵⁹.

1. Mutterschaft

Die Mutterschaft wurde in diesem Fall, in dem weder die Wunschmutter noch die gebärende Frau genetisch mit dem Kind verwandt war, nach der Intentionlösung bestimmt³⁶⁰.

Secs. 3 (1), 21 UPA (1973) helfen den Wunscheltern hier nicht weiter. Die Wunschmutter ist weder genetisch mit dem Kind verwandt noch hat sie es zur Welt gebracht. Man kann also lediglich mit der Intentionlösung zu dem von den Parteien gewünschten Ergebnis kommen. Nach Ansicht des *California District Appellate Courts* sind die Wunscheltern auch in dieser außergewöhnlichen Konstellation die vertraglichen Eltern des Kindes. An diesem Vertrag solle sich die Gebärende festhalten lassen müssen.

Als Argument für die rechtliche Elternschaft der Besteller brachte das Gericht zunächst auch hier wieder vor, dass eine analoge Anwendung der Regeln über die heterologe Insemination möglich sei³⁶¹. Wenn danach die Intention des Ehemannes genügen solle, um Vater des Kindes zu werden, solle in Fällen der Ersatzelternschaft auch die Intention der Wunschmutter genügen, um sie zur rechtlichen Mutter zu machen³⁶². In beiden Situationen handele es sich um die Zeugung eines Kindes aufgrund der Zustimmung zu einer medizinischen Prozedur durch jemanden, der dieses Kind aufziehen wolle, jedoch keine anderweitigen biologischen Beziehungen zu ihm habe. Sec. 5 (a) UPA (1973) sei der bisher deutlichste Ausdruck gesetzgeberischen Willens, wenn die Legislative mit einer Situation zu tun habe, in der

³⁵⁸ Zum Recht auf Fortpflanzung in seiner Form als Recht auf Einräumung einer Elternstellung s.o.4.Teil B.I.3.

³⁵⁹ 72 Cal. Rptr. 2d, 283 (Cal. 1998).

³⁶⁰ *In re Marriage of Buzzanca*, 72 Cal. Rptr.2d 280 (Cal. 1998).

³⁶¹ *In re Marriage of Buzzanca*, 72 Cal. Rptr.2d 280 (Cal. 1998).

³⁶² *In re Marriage of Buzzanca*, 72 Cal. Rptr.2d 280, 288 ff (Cal. 1998).

eine Person ein Kind zum Entstehen bringe, zu dem sie keine biologische Beziehung habe³⁶³.

Hierbei beachtet das Gericht nicht, dass es sich doch um wesentlich unterschiedliche Situationen handelt. In den Fällen, für welche die Norm bezüglich des Ehemannes der Mutter geschaffen wurde, stammt das Kind wenigstens zur Hälfte genetisch von dem Wunschelternpaar ab, wohingegen hier keine der beteiligten Personen tatsächlich genetisch mit dem Kind verwandt ist³⁶⁴.

Ebenfalls für die Besteller als rechtliche Eltern wurde in Anlehnung an die Entscheidung *Johnson v. Calvert*³⁶⁵ vorgebracht, sie hätten den Anstoß gesetzt, damit dieses Kind geboren wird. Sie hätten zwar keine körperliche Abgabe geleistet, dennoch sei es auf ihre Initiative zurückzuführen, dass das Kind geboren wurde.

Hier übersieht das Gericht jedoch, dass in *Johnson v. Calvert* beide Frauen biologisch mit dem Kind verbunden waren und eine Entscheidung zwischen den beiden biologischen Müttern getroffen werden musste. Wie die Entscheidung ausgefallen wäre, wenn eine der Frauen keine biologische Verbindung gehabt hätte, wurde damals nicht klar. Während es in *Johnson* also um eine Situation von zu vielen Eltern ging, lag in *Buzzanca* eine Situation von zu wenigen Eltern vor und es ist nicht klar, ob diese Situationen gleich behandelt werden sollten³⁶⁶.

Für seine Entscheidung brachte das Gericht weiter vor, dass im vorliegenden Fall keine biologische Mutter aus ihrer Rolle zugunsten der Wunschmutter gedrängt werde³⁶⁷. Die gebärende Frau habe kein Interesse an ihrer Mutterschaft und daher entspreche es nicht dem Kindeswohl, ihr die Mutterschaft aufzudrängen.

Auch hier können jedoch wieder die allgemeinen Bedenken gegen die Intentionslösung vorgebracht werden, die bereits oben geäußert wurden³⁶⁸. Die Intention der Parteien kann sich ändern, die Wunschelterne können sich trennen und ihr Interesse an dem Kind verlieren, eine Intention ist schwer feststellbar, und sie alleine kann kein Kind in die Welt setzen. Außerdem widerspricht es den Regeln des Familienrechts, einen Status anhand eines Vertrages bzw. einer Intention festzusetzen. Daher wäre es auch in Fällen, in denen keine der beteiligten Parteien genetisch mit dem Kind verwandt ist, besser, auf die biologische Verbindung der gebärenden Frau zu dem Kind abzustellen und diese zur rechtlichen Mutter zu machen.

³⁶³ O'Hara / Vorzimer, 26 W.St.U.L.Rev. 25, 30 (1999).

³⁶⁴ Pitt, 108 Yale L. J. (1999), 1893 (1897).

³⁶⁵ 851 P.2d (Ca. 1993), 776.

³⁶⁶ Für Halperin-Kaddari, 29 Cal.W.Int'l L.J. 313, 324 (1999) ist es ganz klar, dass die Johnson Entscheidung nur herangezogen werden kann, um als „tiebreaker“ zwischen zwei biologisch mit dem Kind verbundenen Frauen zu wirken. Das biologische Element sei eine Voraussetzung für die Anwendung des Intentionstests in Johnson gewesen.

³⁶⁷ In re Marriage of Buzzanca, 72 Cal. Rptr.2d 280, 282 (Cal. 1998).

³⁶⁸ S.o.6.Teil C.II.1.a)bb)ddd).

2. Vaterschaft

Auch bezüglich der Vaterschaft argumentiert das Gericht, dass der Mann der Vater des Kindes sein solle, der dafür verantwortlich sei, dass es gezeugt wurde³⁶⁹. Ebenso wie der Mann, der der künstlichen Befruchtung seiner Frau durch einen dritten Samenspender zustimme, der rechtliche Vater des Kindes sei, solle es auch hier der Wunschvater sein, da ohne dessen Initiative das Kind nicht geboren worden wäre.

Das Gericht im vorliegenden Fall hat sich mit keiner der Vaterschaftsvermutungen des Sec. 4 UPA (1973) auseinandergesetzt, sondern auch die Vaterschaft ausschließlich über den Parteiwillen bestimmt. Der Mann, der den Anstoß für die Zeugung des Kindes gegeben hat, soll dessen Vater sein, gleichgültig ob er in irgendeiner Weise mit dem Zeugungsakt in Berührung kam und gleichgültig wer das Kind geboren hat.

Dieser weitgehende Ansatz lässt sich mit den gesetzlichen Bestimmungen kaum vereinbaren. Andererseits stellt sich die Frage nach einer Alternative. Wer sonst sollte der rechtliche Vater des Kindes sein? Der Samenspender, der höchstwahrscheinlich anonym ist und kein Interesse an dem Kind hat? Oder der Ehemann der gebärenden Frau, falls sie verheiratet ist? Wenn dieser jedoch der Befruchtung widersprochen hat, kann er nach dem Gesetz nicht mehr als Vater herangezogen werden. Das Kind wäre also vaterlos, obwohl ein Mann existiert, der gerne die Vaterschaft übernehmen würde. Da der Wunschvater das Kind „bestellt“ hat, bleibt zumindest auch die Hoffnung, dass er es sich nicht anders überlegt hat, bis das Kind geboren ist und es dann doch dem Kindeswohl entspricht, ihn als Vater zugeordnet zu bekommen³⁷⁰.

Jedoch dürfte es wohl zu vage sein, die Vaterschaft allein auf eine Hoffnung zu gründen. Ob der Wunsch des Staates, jedem Kind zwei Elternteile zuzuordnen, so weit gehen kann, dass in diesem Fall ein Konzept zur Vaterschaftsfeststellung angewandt werden kann, das zuvor stets wegen der vielen Unsicherheiten abgelehnt wurde, ist mehr als fraglich. In jeder anderen Konstellation wurden überzeugende Argumente gegen eine Statusfeststellung anhand der Intention der Parteien vorgebracht. Daran sollte man sich auch bei der Ersatzelternschaft festhalten lassen und die Vaterschaft nicht anhand der Intention bestimmen. Es bleibt immer noch die Möglichkeit, das Kind zu adoptieren, um seiner Vaterlosigkeit abzuhelpen. Wenn der Wunschvater also seinen Willen nicht geändert hat, kann er das Kind adoptieren, wenn es die gebärende Frau, die auch hier die Mutter sein sollte, zur Adoption freigibt.

3. UPA (2000)

Art. 8 UPA (2000) ist auch auf die Konstellation der Ersatzelternschaft anwendbar. Er stellt nur darauf ab, dass eine andere Frau als die Wunschmutter das Kind austrägt und trifft keine Regelungen, von wem die Gameten stammen müssen. In der Gesetzesbegründung zu Art. 8 UPA (2000) wird sogar ausdrücklich darauf hingewiesen, dass anders als im USCACA keiner der Wunscheltern mit dem Kind

³⁶⁹ In re Marriage of Buzzanca, 72 Cal. Rptr.2d 280, 282 (Cal. 1998).

³⁷⁰ Johnson v. Calvert, 851 P.2d (Ca. 1993), 776; Shultz, 1990 Wis.L.Rev., 397; anders im vorliegenden Fall wo der Besteller nichts mehr mit dem Kind zu tun haben wollte.

genetisch verwandt sein muss. Jedoch wird in der Begründung zu Art. 8 Sec. 803 klar, dass es hier nicht darum geht, einem fruchtbaren Paar lediglich die Unannehmlichkeiten der Schwangerschaft und Geburt abzunehmen. Die Wunschmutter muss vielmehr nach Art. 8 Sec. 803 (b) (2) UPA (2000) medizinisch nachweisen, dass sie nicht in der Lage ist, das Kind auszutragen, oder zumindest nur unter unvernünftigen Risiken für ihre und des Kindes Gesundheit.

H. Zusammenfassung und Bewertung anhand der Prinzipien des Abstammungsrechts

I. Zusammenfassung

In Deutschland ist die abstammungsrechtliche Behandlung von künstlich gezeugten Kindern in § 1591 BGB und dem neuen § 1600 Abs. 2 BGB gesetzlich geregelt. In den USA dagegen hat der Gesetzgeber einige dieser speziellen abstammungsrechtlichen Probleme bereits viel früher geregelt. Hauptpunkte der Diskussion finden sich bei der Frage der Mutterschaftszuordnung in allen Fällen gespaltener Mutterschaft sowie bei der Vaterschaftszuordnung nach heterologer Insemination, auch wenn dieses Problem zumindest in Deutschland nun gesetzlich gelöst ist.

In den USA findet sich mit Sec. 5 UPA (1973) eine statusrechtliche Sondernorm für die Samenspende. Falls die Mutter verheiratet ist und ihr Ehemann der heterologen Insemination zugestimmt hat, wird dieser unanfechtbar als Vater vermutet, wenn der Samen an einen Arzt übergeben wurde und dieser den Eingriff überwacht hat. Diese unanfechtbare Vaterschaftsvermutung ist weder in der Literatur noch in der Rechtsprechung auf Kritik gestoßen. In Deutschland dagegen wurde zumindest bis zur Neufassung des § 1600 Abs. 2 BGB auf Seiten der Rechtsprechung davon ausgegangen, dass man dem Ehemann der Mutter ein Anfechtungsrecht zugestehen müsse, selbst wenn er der heterologen Insemination zugestimmt hat. Der Großteil der Literatur war dagegen der Ansicht, dass eine solche Anfechtung rechtsmissbräuchlich sei. Hier ist zu begrüßen, dass der Gesetzgeber nun zu diesem Problem Stellung bezogen hat.

Der Samenspender wird in den USA nach Sec. 5 (b) UPA von jeglichen elterlichen Rechten und Pflichten ausgeschlossen, wenn er den Samen an einen Arzt weitergegeben hat. Fehlt eine solche Übergabe an den Arzt, tendieren die Gerichte dazu, auf die Vereinbarungen zwischen Wunschmutter und Samenspender zurückzugreifen bzw. auf das tatsächliche Verhalten der Beteiligten vor und nach der Geburt des Kindes. In Deutschland dagegen ist ein Ausschluss des Samenspenders von seinen elterlichen Rechten und vor allem Pflichten nicht möglich. Der Samenspender kann als Vater festgestellt werden, solange und soweit kein anderer Mann als Vater vermutet wird. Auch wenn der Spender kein Interesse daran hat, eine Beziehung zu dem Kind aufzubauen, so muss er zumindest Unterhalt zahlen.

Die Mutterschaftszuordnung nach künstlicher Fortpflanzung ist weder in Deutschland noch in den USA spezialgesetzlich geregelt.

In den USA bestehen hinsichtlich der Frage nach der rechtlichen Mutterschaft Unklarheiten. Der UPA (1973) enthält hier eine verwirrende Formulierung in Sec. 3 (1) und Sec. 21. Da somit die Frage nach der Mutterschaft nicht eindeutig gelöst ist, steht dieses Gebiet offen für die Diskussion in Literatur und Rechtsprechung, die auch rege geführt wird. Vor allem kalifornische Gerichte haben in letzter Zeit der Intention der Parteien größere Bedeutung zugemessen. Eine eindeutige Entscheidung für die genetische Mutter oder die gebärende Frau könne erst getroffen werden, wenn klargestellt sei, wer die Mutterschaft für das Kind ursprünglich übernehmen wollte. Ob der Parteiwille nur dann als zusätzliches Kriterium herangezogen werden soll, wenn zumindest auch eine biologische Verbindung zu dem Kind besteht oder ob die rechtliche Elternschaft auch ausschließlich auf der Intention begründet sein kann, wird aus den bisherigen Entscheidungen noch nicht völlig klar. Da es sich bei der Intention um einen schwierig zu fassenden Begriff handelt, bleibt abzuwarten, ob andere Gerichte dieser kalifornischen Rechtsprechung folgen werden und anstelle der eindeutigen Kriterien, wie der Geburt oder der genetischen Beziehung zu dem Kind, nun die Intention als ausschlaggebendes Kriterium für die Feststellung der Mutterschaft erachten werden.

Solche Unsicherheiten können in Deutschland nicht auftreten. Nach § 1591 BGB ist die gebärende Frau unanfechtbar die Mutter des Kindes. Diese Norm birgt ihr Konfliktpotential vor allem in der Unmöglichkeit für das Kind, seine genetische Mutter feststellen zu lassen. Betrachtet man die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, die die überragende Bedeutung des Rechts auf Kenntnis der eigenen Abstammung dargelegt haben, so wäre vom Gesetzgeber etwas mehr als ein pauschaler Verweis auf eine Abstammungsfeststellungsklage, die selbst wiederum großen Bedenken begegnet, zu erwarten gewesen. Grundsätzlich ist der Ansatz, auch die Mutterschaft rechtlich zu regeln, zu begrüßen. Allerdings wäre es im Hinblick auf die aus Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG folgenden Rechte der genetischen Mutter vor allem für die Fälle der Leihmutterschaft wünschenswert gewesen, wenn diese Zuordnung zur gebärenden Frau als Mutterschaftsvermutung mit Ausnahmeregelungen bzw. Anfechtungsmöglichkeiten ausgeformt worden wäre.

Das Recht auf Fortpflanzung in seiner Ausprägung als Recht auf Einräumung einer Elternstellung spielt im Bereich des Abstammungsrechts eine eher untergeordnete Rolle. So ist in den USA anerkannt, dass das Recht auf Fortpflanzung nicht auch so weit gehen kann, dass die genetischen Eltern ein Recht darauf haben, die rechtliche Elternstellung eingeräumt zu bekommen. Vielmehr muss nach Ansicht der Gerichte neben der genetischen auch noch eine soziale Verbindung zu dem Kind bestehen, damit die Wunscheltern die rechtliche Elternstellung erhalten können. Ein anderes verfassungsrechtliches Leistungsrecht, das Art. 6 Abs. 2 GG entsprechen würde, existiert daneben nicht.

In Deutschland dagegen existiert auch ein Recht auf Einräumung einer Elternstellung, das seine Grundlage in Art. 6 Abs. 2 GG findet. Auch die

abstammungsrechtlichen Entscheidungen stehen zum Teil mit diesem Recht in einem Spannungsverhältnis, wenn nämlich die genetischen Eltern nicht auch die rechtliche Elternstellung erhalten. Allerdings hat der Gesetzgeber bei der Ausgestaltung des Elternbegriffs einen Gestaltungsspielraum. Erklärtes Ziel ist auch bei der Elternzuordnung stets das Wohl des Kindes. Das Kind soll möglichst schnell und bestandsfest einem Elternpaar zugeordnet werden. Unter dieser Prämisse muss die rechtliche Elternstellung nicht in jedem Fall dem genetisch verwandten Wunschernteil zugewiesen werden. Gerade hier wäre es jedoch wiederum wünschenswert gewesen, wenn den genetischen Eltern zumindest in Ausnahmefällen eine Möglichkeit eingeräumt worden wäre, ihre genetische Verbindung zu dem Kind auch abstammungsrechtlich durchzusetzen, wenn es dem Kindeswohl entsprechen könnte. Auch die Gametenspender können von ihren Elternrechten ausgeschlossen werden, da sie durch die Spende auf ihr Recht auf Einräumung der Elternstellung verzichtet haben. Sie wollten niemals Eltern des künstlich gezeugten Kindes werden.

II. Bewertung anhand der Prinzipien des Abstammungsrechts

Die im Abstammungsrecht verankerten Prinzipien der genetischen Abstammung, der Statusklarheit und der Statusbeständigkeit finden sich in beiden Rechtsordnungen in unterschiedlicher Gewichtung verwirklicht.

Deutlichste Übereinstimmung bei der Verwirklichung der Prinzipien ist die Vaterschaftsvermutung für den Ehemann der Mutter. Hier wird das Prinzip der Statusklarheit in den Vordergrund gestellt. Diese einfache, offensichtliche und schnelle Zuordnung zum Ehemann der Mutter wird daher von beiden Rechtsordnungen als dem Kindeswohl entsprechend hergestellt, auch wenn dadurch eine Zuordnung hergestellt werden kann, die nicht den biologischen Verhältnissen entspricht und unter gewissen Voraussetzungen abänderbar ist.

In Deutschland wird außerdem auch bei der Mutterschaft dem Prinzip der Statusklarheit der Vorrang gegeben, wenn die gebärende Frau zur rechtlichen Mutter gemacht wird. Da diese Mutterschaft nicht anfechtbar ist, wird auch das Prinzip der Statusbeständigkeit voll verwirklicht. Der genetischen Abstammung wird dagegen keinerlei Bedeutung zugemessen. Hier scheint der Gesetzgeber die Interessen der Beteiligten und ihre Rechtspositionen nicht mit allen Konsequenzen abgewogen zu haben. So widerspricht eine unanfechtbare Mutterschaftszuordnung zur gebärenden Frau nicht nur dem Recht der genetischen Mutter auf Einräumung einer Elternstellung, sondern unter Umständen auch dem Recht des Kindes auf Kenntnis seiner Abstammung. Zwischen den Prinzipien des Abstammungsrechts soll eine Abwägung anhand des Kindeswohls stattfinden, wobei die Rechte der Eltern als Sachwalter des Kindeswohls nicht unberücksichtigt bleiben können. Die gesetzgeberische Entscheidung in § 1591 BGB ist daher Bedenken ausgesetzt.

In den USA besteht noch keine Klarheit darüber, welche Frau Mutter werden soll, wenn die austragende Frau nicht genetisch mit dem Kind verwandt ist. So tendieren die Gerichte dazu, die genetische Mutter zur rechtlichen zu machen, die Literatur spricht sich eher für die gebärende Frau aus. Der UPA (2000) schließt die

Eispenderin von der Mutterschaft aus und will die Mutterschaft nach der Intention bestimmen. Diese Orientierung am Parteiwillen ist dem Abstammungsrecht bisher fremd gewesen. Die Befürworter dieses Ansatzes bringen als Vorzug u.a. die schnelle, bestandsfeste Zuordnung an. Dem kann allerdings nicht zugestimmt werden, da die Intention zum einen schwer feststellbar ist und sich zum anderen schnell ändern kann. Eine Zuordnung nach dem Parteiwillen widerspricht also gerade den Prinzipien der Statusklarheit und Statusbeständigkeit. Auch eine Übereinstimmung von genetischer und rechtlicher Abstammung ergibt sich dann nur zufällig. Hierdurch würden also die Wünsche der an der Zeugung beteiligten Parteien über alle Prinzipien des Abstammungsrechts hinweg durchgesetzt.

Ähnliches gilt für die Regelungen des UPA (2000), die den Ehemann im Falle der postmortalen Insemination von der Elternstellung ausschließen und den Samenspender im Falle der heterologen Insemination einer alleinstehenden Frau nicht zum Vater des Kindes machen. Das Kind ist in den beiden genannten Fällen vaterlos. Der UPA (2000) setzt ausschließlich die Interessen der an der künstlichen Fortpflanzung Beteiligten durch. Das scheint im Hinblick auf das Kindeswohl nicht unbedenklich. Es bleibt abzuwarten, ob die Einzelstaaten auch diese Normen des UPA (2000) so annehmen werden.

Neben den Prinzipien der Statusklarheit und der Statusbeständigkeit ist auch das Prinzip der genetischen Abstammung an verschiedenen Stellen im Abstammungsrecht verwirklicht. Sowohl deutsches als auch US-amerikanisches Recht sehen eine Vaterschaftsanfechtung sowie eine gerichtliche Vaterschaftsfeststellung vor. Ziel dieser Normen ist es, den genetischen Vater ausfindig zu machen und als rechtlichen Vater festzustellen. Auffallend hierbei ist jedoch, dass der genetische Vater selbst keine Möglichkeit hat, die Vaterschaft des Scheinvaters anzufechten und seine Vaterschaft feststellen zu lassen. Er ist vielmehr darauf angewiesen, dass eine der anfechtungsberechtigten Personen die Vaterschaft anfecht. Erst danach kann er seine Vaterschaft feststellen lassen. Somit wird auch in den Fällen der Vaterschaftsanfechtung und gerichtlichen Feststellung vielmehr das Prinzip der Statusbeständigkeit über das der genetischen Abstammung gestellt.

Die Untersuchung hat gezeigt, dass den Prinzipien der Statusklarheit und Statusbeständigkeit in der Regel Vorrang gegenüber dem der genetischen Abstammung eingeräumt wird. Lediglich wenn die anderen Prinzipien nicht berührt werden können, soll die genetische Verbindung ein entscheidendes Kriterium für die Abstammungszuordnung sein. Hieran wird deutlich, dass der Gesetzgeber bei der Abwägung der Prinzipien gegeneinander in der Regel den Rechten der genetischen Eltern wenig Beachtung geschenkt hat. Vielmehr wurde stets eine typisierte Kindeswohlprüfung vorgenommen, die in den meisten Fällen dazu geführt hat, den Kriterien der Statusklarheit und –beständigkeit den Vorrang zu geben. Eine solche Beurteilung mag in den USA statthaft sein, da dort kein verfassungsmäßig geschütztes Elternrecht existiert. In Deutschland dagegen wird damit dem Recht der genetischen Eltern aus Art. 6 Abs. 2 GG i.V.m. Art. 2 Abs.1, Art. 1 Abs. 1 GG zu wenig

Bedeutung beigemessen, indem es ihnen in verschiedenen Konstellationen gänzlich versagt ist, ihre Rechte geltend zu machen und dadurch gleichzeitig ihrer Funktion als Sachwalter des Kindesinteresses gerecht zu werden.

Literaturverzeichnis

- Abell, Teresa*; Gestational Surrogacy: Intend-Based Parenthood in *Johnson v. Calvert*; 45 Mercer L.Rev. (1994), 1429
- Adam, Sabine*; Grundrechtliche Probleme der Fortpflanzungsmedizin – ein Beitrag zur Diskussion eines Embryonenschutzgesetzes; Konstanz 1989 (zit.: Adam, Grundrechtliche Probleme)
- Allan, Leslie*; Confirming the Constitutionality of Sealing Adoption Records: *Alma Society v. Mellone*; 46 Brook. L.Rev. (1980), 717
- Amelung, Knut*; Die Einwilligung in die Beeinträchtigung eines Grundrechtsgutes; Berlin 1981 (zit.: Amelung, Einwilligung)
- ders.*: Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft; 1972 (zit.: Amelung, Rechtsgüterschutz)
- American Fertility Society*; Ethical Statement on In Vitro Fertilization; 46 Fertility & Sterility (1986), 89S
- Andersen, Jill H.*; The Functioning Father: A Unified Approach to Paternity Determinations; 30 J. Fam. L. (1991 / 92), 847
- Andrews, Lori B.*; Surrogate Motherhood: The Challenge for Feminists; 16 L. Med. & Health Care (1988), 72; auch veröffentlicht in Gostin, Larry; Surrogate Motherhood, Indianapolis 1990; 167
- dies.*: New Conceptions: A Consumer's Guide to the Newest Infertility Treatments, including in vitro fertilisation, artificial insemination and surrogate motherhood; New York 1984 (zit.: Andrews, New Conceptions)
- dies.*: The Stork Market: Legal Regulation of the New Reproductive Technologies; 6 Whittier L.Rev. 7 (1984), 89
- dies.*: Medical Genetics: A Legal Frontier; Chicago 1987 (zit.: Andrews, Medical Genetics)
- dies.*: Alternative Modes of Reproduction; in: Cohen, Sherrill; Taub, Nadine; Reproductive Laws for the 1990s; Newark, N.J. 1989; 361 (zit.: Andrews, Reproductive Laws)
- dies.*: Informed Consent and the Decisionmaking Process; 5 Journal of Legal Medicine (1984), 163
- dies.*: Beyond Doctrinal Boundaries: A Legal Framework for Surrogate Motherhood; 81 Va.L.Rev. (1995), 2342
- Andrews, Lori B.; Elster, Nanette*; Regulating Reproductive Technologies; 21 J.Legal Med. (2000), 35
- Annas, George J.*; Beyond the Best Interest of the Sperm Donor; 14 Fam. L. Q. (1986), 1
- ders.*: Redefining Parenthood and Protecting Embryos: Why We Need New Laws; 14 Hastings Ctr. Rep.Oct. 84, 50
- ders.*: Fairy Tales Surrogate Mothers Tell; 16 L.Med.&Health Care (1988), 27

- ders.*: Regulating the New Reproductive Technologies; in: Cohen, Sherrill; Taub, Nadine; Reproductive Laws for the 1990s; Newark, N.J. 1989; 411 (zit.: Annas; Reproductive Laws)
- ders.*: Contract to Bear a Child: Compassion or Commercialism; 11 Hastings Ctr.Rep. (April 1981), 23
- Annas, George J. / Elias, Sherman*; In vitro Fertilisation and Embryo Transfer: Medicolegal Aspects of a New Technique to Create a Family; 17 Fam.L.Q. (1983), 199
- Antall, Kristin L.*; Who is My Mother?: Why States Should ban Posthumous Reproduction by Women; 9 Health Matrix (1999), 203
- Appel, Ivo*; Rechtsgüterschutz durch Strafrecht? Anmerkungen aus verfassungsrechtlicher Sicht; KritV 1999, 278
- Arens, Alfred*; Die künstliche Befruchtung im geltenden und künftigen Strafrecht; München 1957 (zit.: Arens, Künstliche Befruchtung)
- Arndt, Dietrich; Obe, Günter* (Hrsg.), Fortpflanzungsmedizin in Deutschland; Baden-Baden 2001
- Atherton, Rosalind F.*; Artificially Conceived Children and Inheritance in New South Wales; 60 Austl. L.J. (1986), 374
- Atwood, Joan D.; Zebersky, Renée*; Using Social Construction Therapy with the REM Family; 24 J. of Divorce and Remarriage (1995), 133
- Aumend, Sue; Barrett Marjie*; Self – Concept and Attitude towards Adoption: A Comparison of Searching and Non – Searching Adult Adoptees; 63 Child Welf. (1984), 251
- Bach, Rolf*; Neue Regelungen gegen Kinderhandel und Ersatzmuttervermittlung – Zur Neufassung des Adoptionsvermittlungsgesetzes; FamRZ 1990, 574
- Bailes, Michael D.*; Harm to the Unconceived; 5 Phil. & Pub. Aff. (1976), 292
- Bailey, James E.*; An Analytic Framework for Resolving the Issues Raised by the Interaction Between Reproductive Technology and the Law of Inheritance; 47 DePaul L.Rev. (1998), 743
- Balz, Manfred*; Heterologe künstliche Samenübertragung beim Menschen; Rechtliche und politische Überlegungen zu einem Vorhaben des Europarates; Tübingen 1980 (zit.: Balz, Heterologe Samenübertragung)
- Bamberger, E.*; Das „öffentliche“ Interesse und das Kind; Unsere Jugend 1949; Heft 6; 22
- Banks, Gloria L.*; Traditional Conception and Nontraditional Conceptions: Social Security Survivor's Benefits for Posthumously Conceived Children; 32 Loy. L.A. L. Rev. (1999), 251
- Bartholet, Elizabeth*; Family Bonds: Adoption and the Politics of Parenting; Boston 1993 (zit.: Bartholet, Family Bonds)
- Barron, Jerome A.; Dienes, C.Thomas*; Constitutional Law in a Nutshell; 4. Auflage, St. John, Minnesota 1999

- Bartlett, Katharine T.*; Rethinking Parenthood as an Exclusive Status: The Need for Legal Alternatives When the Promise of the Nuclear Family has Failed; 70 Va.L.Rev. (1984), 879
- dies.*: Re-Expressing Parenthood; 98 Yale L.J. (1988), 293
- Baumann, Jürgen*; Strafbarkeit von In-vitro-Fertilisation und Embryotransfer – Eine rechtspolitische Betrachtung; in: Günther, Hans-Ludwig; Keller, Rolf; Fortpflanzungsmedizin und Humangenetik – Strafrechtliche Schranken?; Tübingen 1987; 177 (zit.: Baumann, Fortpflanzungsmedizin)
- ders.*: Strafrecht Allgemeiner Teil; 10. Auflage, Bielefeld 1995
- Baumann-Hölzle, Ruth*; Elternschaft außerhalb der Ehe – Ethische Gesichtspunkte unter Berücksichtigung des Wohles des Kindes; in: Arndt, Dietrich; Obe, Günter (Hrsg.), Fortpflanzungsmedizin in Deutschland; Baden-Baden 2001, 163 (zit.: Bauman-Hölzle, Fortpflanzungsmedizin in Deutschland)
- Baumgärtel, Gottfried; Laumen, Hans-Willi*; Handbuch der Beweislast im Privatrecht, Band 2; 2. Auflage, Köln, München u.a. 1999
- Bayertz, Kurt*; Ethische, rechtliche und soziale Probleme technischer Eingriffe in die menschliche Reproduktion; ARSP 71 (1985), 524
- Bedell, Doug*; Infertile Find Hope, Support on the Net; The Dallas Morning News; Jan. 27th 2000
- Behm, Lisa L.*; Legal, Moral and International Perspectives on Surrogate Motherhood: The Call for a Uniform Regulatory Scheme in the United States; 2 DePaul J. Health Care L. (1999), 557;
- Beitzke, Günther*; Rechtsvergleichende Bemerkungen zum künstlich gezeugten Kind; in: Familienrecht in Geschichte und Gegenwart; Bielefeld 1992; 49 (zit.: Beitzke, FamR in Geschichte und Gegenwart)
- ders.*: Familienrecht, Ein Studienbuch, 25. Auflage, München 1988 (zit.: Beitzke, FamR)
- ders.*: Reform der Ehelichkeitsanfechtung? Variationen über ein altes Thema; Festschrift für Wolfram Müller-Freienfels; Baden-Baden 1986, 31 (zit.: Beitzke, Müller-Freienfels-FS)
- Benda, Ernst*; Erprobung der Menschenwürde am Beispiel der Humangenetik; in: Flöhl, Rainer; Genforschung – Fluch oder Segen; Reihe: Gentechnologie Chancen und Risiken Bd. 3; München 1985, 205ff (zit.: Benda, Gentechnologie 3)
- ders.*: Humangenetik und Recht – eine Zwischenbilanz; NJW 1985, 1730
- ders.*: Verständigungsversuche über die Würde des Menschen; NJW 2001, 2147
- Benda, Ernst; Maihofer, Werner; Vogel, Hans-Jochen (Hrsg.)*; Handbuch des Verfassungsrechts; Berlin, New York 1994
- Benecke, Matthias*; Die heterologe künstliche Insemination im geltenden deutschen Zivilrecht; Hamburg 1986 (zit.: Benecke, Heterologe Insemination)
- Bennett, Belinda*; Posthumous Reproduction and the Meanings of Autonomy; 23 Melbourne U.L.Rev. (1999), 286
- Berghofer-Weichner; Mathilde*; Von der Zeugung zur Erzeugung – die Fortpflanzungs-medizin als Herausforderung an den Gesetzgeber; BayVBl. 1988, 449

- Bernhard, Roberto*; Die künstliche Besamung beim Menschen im Hinblick auf schweizerisches Recht, Winterthur 1958
- Bericht der gemeinsamen Arbeitsgruppe des Bundesministers für Forschung und Technologie und des Bundesministers der Justiz*; In-Vitro Fertilisation, Genomanalyse und Gentherapie (Hrsg: Der Bundesminister für Forschung und Technologie, Bonn); München 1985 (Gentechnologie Chancen und Risiken Band 6); (zit.: Benda-Bericht)
- Bericht der Interministeriellen Kommission zur Aufarbeitung von Fragen der Bioethik – Fortpflanzungsmedizin vom 18.3.1986*; Ministerium der Justiz Rheinland Pfalz; veröffentlicht in: Seesing, Heinz; Technologischer Fortschritt und menschliches Leben. Die Menschenwürde als Maßstab der Rechtspolitik – Teil 1: Rechtspolitische Grundsätze von CDU und CSU zur Fortpflanzungsmedizin (Gentechnologie Band 11), 119, (zit.: IMKF – Bericht)
- Bernat, Erwin*; Zivilrechtliche Fragen um die künstliche Humanreproduktion; in: Bernat, Erwin (Hrsg); Lebensbeginn durch Menschenhand; Graz 1985; 125 (zit.: Bernat, Lebensbeginn durch Menschenhand)
- Berry, Janet J.*; Life after Death: Preservations of the Immortal Seed; 72 Tul. L. Rev. (1997), 231
- Beuerlein, Ingrid*; Die künstliche Samenübertragung beim Menschen im angloamerikanischen Bereich; Stuttgart 1963 (zit.: Beuerlein, Künstliche Samenübertragung)
- Birck, Mary Lynne*; Modern Reproductive Technology and Motherhood: The Search for Common Ground and the Recognition of Difference; 62 U.Cin.L.Rev. (1994), 1623
- Birnbacher, Dieter*; Gefährdet die moderne Reproduktionsmedizin die menschliche Würde?; in: Braun, Volkmar; Mieth, Dietmar; Steigleder, Klaus; Ethische und rechtliche Fragen der Gentechnologie und der Reproduktionsmedizin; Reihe Gentechnologie, Chancen und Risiken Band 13; München 1987; 77 (zit.: Birnbacher, Gentechnologie 13)
- Black, Henry Campbell*; Black's Law Dictionary; 6. Auflage St.Paul, Minn; 1990
- Black, Robert C.*; Legal Problems of Surrogate Motherhood; 16 New England L.Rev. (1980), 373
- Blank, Robert*; Regulating Reproduction; New York 1990
- Blankenship, Kim M.; Rushing, Beth; Onorato, Suzanne A.; White, Renée*; Reproductive Technologies and the U.S. Courts; in: Maschke, Karen J.; Gender and American Law, The Impact of the Law on the Lives of Women; New York, London; 1997; (zit.: Blankenship u.a. Gender and American Law)
- Blau, Günter*; Die Beratung des 9. Internationalen Strafrechtskongresses in Den Haag (24.-30.8.1964) hinsichtlich der Straftaten gegen Familie und Sittlichkeit; FamRZ 1965, 244
- Bleckmann, Albert*; Staatsrecht II – Die Grundrechte; 3. Aufl. Köln 1989
- ders.*; Probleme des Grundrechtsverzichts; JZ 1988, 57
- Bleckmann, Albert; Eckhoff, Rolf*; Der „mittelbare“ Grundrechtseingriff; DVBl. 1988, 373

- Blomeke, Stacy Christman*; Surrogacy Agreement That Could and Should Have Been Enforced: R.R. v. M.H., 689 N.E.2d 790 (Mass. 1998); 24 U.Dayton L.Rev. (1999), 513
- Blumenwitz, Dieter*; Einführung in das anglo-amerikanische Recht; 5. Auflage München 1994 (zit.: Blumenwitz, Einführung)
- Bodenheimer, Edgar; Oakley, John B.; Love, Jean C.*; An Introduction to the Anglo – American Legal System, Readings and Cases; 2. Auflage St. Paul 1988 (zit.: Bodenheimer u.a., Introduction)
- Bodenheimer, Edgar*; Jurisprudence: The Philosophy and the Method of the Law; Harvard 1974 (zit.: Bodenheimer, Jurisprudence)
- Böckenförde, Barbara*; Bericht über das Symposium des Bundesgesundheitsministeriums zum Thema “Fortpflanzungsmedizin in Deutschland” vom 24. bis 26. Mai in Berlin; MedR 2000, 417
- Boehmer, Gustav*; Gutachten; Verhandlungen des 44 DJT, Band I, 1. Teil, Heft A (zit.: Boehmer, Gutachten)
- Bonner Kommentar zum Grundgesetz*; Heidelberg; Stand: Mai 2001 (zit.: BK/ Bearbeiter)
- Bork, Robert H.*; The Tempting of America, The Political Seduction of the Law; New York, London 1990
- Brähler, Christa*; Familie, Kinderwunsch, Unfruchtbarkeit; Opladen 1990
- Brandel, Abby*; Legislating Surrogacy: A Partial Answer to Feminist Criticism; 54 Md.L.Rev. (1995), 488
- Brahams, Diana*; The Hasty British Ban on Surrogacy; 17 Hastings Center Rep. (1987), 16
- Brenwald, Michelle L.; Redeker, Kay*; A Primer on Posthumous Conception and Related Issues of Assisted Reproduction; 38 Washburn L.J. (1999), 599
- Breddin, Hans Klaus; Deutsch, Erwin*; Rechtliche und ethische Probleme bei klinischen Untersuchungen am Menschen, Gummersbach 1984
- Brill, Laura A.*; When Will the Law Catch up With Technology? Jaycee B.v. Superior Court of Orange County: An Urgent Cry for Legislation on Gestational Surrogacy; 39 Cath. Law. (1999), 241
- Britting, Eva*; Die postmortale Insemination als Problem des Zivilrechts; Frankfurt, NewYork 1989 (zit.: Britting, Postmortale Insemination)
- Broda, Christian*; Diskussionsbeitrag, 56. Deutscher Juristentag 1986, K 89
- Brody, B.A.; Engelhardt, H.T.Jr.*; Bioethics: Readings and Cases; New Jersey 1987
- Brody, Leslie*; Once Again, Courts Finds ‚Mom‘ Isn’t a Simple Word; The Record March 29th 2000
- Brohm, Winfried*; Forum: Humanbiotechnik, Eigentum und Menschenwürde; JuS 1998, 197
- Brown, Hutton; Dent, Miriam; Dyer, L.Mark; Fuzzell, Cherie; Gifford, Anita; Griffin, Sam; Kasselberg, A.G.; Workman, Jayne; Cooper, Melinda L.*; Legal Rights and Issues Surrounding Conception, Pregnancy, and Birth; 39 Vand.L.Rev. (1986), 597 (zit.: Brown u.a.)

- Brown, Barry*; Reconciling Property Law With Advance in Reproductive Science; 6 Stan. L.& Pol’y Rev. (1995), 73
- Brox, Hans*; Die künstliche Befruchtung der Ehefrau durch den Samen des Ehemannes nach dessen Tod und das Erbrecht des Kindes nach seinem Vater; Festschrift für Walter Stree und Johannes Wessels zum 70. Geburtstag; Heidelberg 1993, 963 (zit.: Brox, Stree und Wessels-FS)
- Brugger, Winfried*; Einführung in das öffentliche Recht der USA; 2. Auflage München 2001 (zit.: Brugger, Öffentliches Recht)
- Burkdall, Lisa M.*; A Dead Man’s Tale: Regulating the Right to Bequeath Sperm in California; 46 Hastings L.J. (1995), 875
- Burke, Carolyn*; The Adult Adoptee’s Constitutional Right to Know his Origins; 48 S.Cal. L.Rev. (1975); 1196
- Buschmann, Arno*; Zur Fortentwicklung des Persönlichkeitsrechts nach dem Tod; NJW 1970, 2081
- Busse, Bartold*; Das Recht des Kindes auf Kenntnis seiner Abstammung bei heterologer künstlicher Befruchtung (Samenspende, Eispende, Embryonenspende); Münster 1987; (zit.: Busse, Recht auf Kenntnis der Abstammung)
- Bussel, Karen A.*; Adventures in Babysitting: Gestational Surogate Mother Tort Liability; 41 Duke L. J. (1991), 661
- Cahill, Lisa*; The Ethics of Surrogate Motherhood: Biology, Freedom and Moral Obligations; 16 Law, Med. & Health Care (1988), 665
- Cahn, Naomi*; Children’s Interests and Information Disclosure: Who Provided the Egg and Sperm? Or Mommy, Where (and Whom) Do I Come From?; Vortrag anlässlich des Third Annual Gender, Sexuality and Law Symposiums “Beyond Biology: Adoption, Reproductive Technology and the Intentional Family”, 2001 (zit.: Cahn, Beyond Biology)
- Cahn, Naomi; Singer, Jana*; Adoption, Identity, and the Constitution: The Case for Opening Closed Records; 2 U.Pa.J.Const.L. (1999), 150
- Calvi, James V.; Coleman, Susan*; American Law and the Legal System; 3. Auflage Upper Saddle River, N.J. 1997
- Capron, Alexander; Radin, Margaret*; Choosing Family Law Over Contract Law in a Paradigm for Surrogate Motherhood; 16 L., Med. & Health Care (1988), 34
- Capron, Alexander*; Alternative Birth Technologies: Legal Challenges; 20 U.C.Davis L.Rev., (1987), 679
- Cate, Fred H.*; Emerging Paradigms in Bioethics: Posthumous Autonomy Revisited; 69 Ind.L.J. (1994), 1067
- Cateforis, Elizabeth S.*; Surrogate Motherhood: What is Happening and Where are we Going from here?; 4 Kan. J.L.& Pub. Pol’y (1995), 101
- Centers for Disease Control and Prevention (US)*, National Center for Chronic Disease Prevention and Health Promotion, Division and Reproductive Health. 1996 assisted reproductive technology success rates. Atlanta, CDC 1998
- Charo, R.Alta*; Biological Determination in Legal Decision Making: The Parent Trap; 3 Texas J.of Women and the Law (1994), 265

- dies.*: Legislative Approaches to Surrogate Motherhood; 16 L., Med & Health Care (1988), 96
- dies.*: And Baby Makes Three? – or Four, or Five, or Six: Redefining the Family after the Reprotech Revolution; 15 Wis. Women’s L.J. (2000), 231
- Chester, Ronald*; Freizing the Heir Apparent: A Dialogue on Postmortem Conception, Parental Responsibility and Inheritance; 33 Houston L. Rev. (1996), 967
- Chin, Roger J.*; Assisted Reproductive Technologies: Legal issues in Procreation; 8 Loy. Consumer L.Rep. (1996), 190
- Chodorow, Nancy*; The Reproduction of Mothering: Psychoanalysis and the Sociology of Gender; Berkeley 1978 (zit.: Chodorow, Reproduction)
- Classen, Claus Dieter*; Die Forschung mit embryonalen Stammzellen im Spiegel der Grundrechte; DVBl 2002, 141
- Coester, Michael*; Reform des Kindschaftsrechts; JZ 1992, 809
- ders.*: Elternrecht des nichtehelichen Vaters und Adoption; FamRZ 1995, 1245
- ders.*: Neues Kindschaftsrecht in Deutschland; DEuFamR 1999, 3
- Coester-Waltjen, Dagmar*; Zum Recht des Kindes auf Kenntnis der eigenen Abstammung; Jura 1989, 520
- dies.*: Die Eltern-Kind-Zuordnung bei künstlicher Befruchtung; in: Lanz-Zumstein, Moni; Embryonenschutz und Befruchtungstechnik; München 1986; 80 (zit.: Coester-Waltjen, Embryonenschutz)
- dies.*: Die künstliche Befruchtung beim Menschen – Zulässigkeit und zivilrechtliche Folgen; Gutachten B für den 56. Deutschen Juristentag 1986 (zit.: Coester-Waltjen, Gutachten)
- dies.*: Zivilrechtliche Aspekte der Gentechnologie außerhalb der Haftungsfragen; in: 16. Bitburger Gespräche Jahrbuch 1986/1, 93
- dies.*: Befruchtungs- und Gentechnologie bei Menschen – rechtliche Probleme von morgen; FamRZ 1984, 230
- dies.*: Rechtliche Probleme der für andere übernommenen Mutterschaft; NJW 1982, 2525
- dies.*: Die Vaterschaft für ein durch künstliche Insemination gezeugtes Kind; NJW 1983, 2059
- dies.*: Zivilrechtliche Probleme künstlicher Fortpflanzung; Jura 1987, 629
- dies.*: Einige Gedanken zu Fragen der übernommenen Mutterschaft; in: Veröffentlichungen des Schweizerischen Instituts für Rechtsvergleichung, künstliche Fortpflanzung, Genetik und Recht, Lausanne, Kolloquium 1985, 229 (zit.: Coester-Waltjen, Lausanner Kolloquium)
- dies.*: Einführung in die Reform des Kindschaftsrechts, Jura 1998, 436
- dies.*: Fortpflanzungsmedizin, EMRK und österreichische Verfassung; FamRZ 2000, 598
- dies.*: Elternschaft außerhalb der Ehe – Sechs juristische Prämissen und Folgerungen für die künstliche Befruchtung; in: Arndt, Dietrich; Obe, Günter (Hrsg.); Fortpflanzungsmedizin in Deutschland; Wissenschaftliches Symposium des Bundesministeriums für Gesundheit in Zusammenarbeit mit dem Robert Koch-

- Institut vom 24. bis 26. Mai 2000 in Berlin; Baden-Baden 2001; 158 (zit.: Coester-Waltjen, Fortpflanzungsmedizin)
- dies.*: Humangenetik, Biotechnik und Familienrecht, in: Evangelische Akademie Hofgeismar (Hrsg.), Humangenetik – Medizinische, ethische, rechtliche Aspekte; München 1986, 39 (zit.: Coester-Waltjen, Humangenetik)
- Cohen, Cynthia B.*; Parents Anonymous; in: Cohen, Cynthia B.; New Ways of Making Babies, The Case of Egg Donation; Bloomington, Indianapolis, 1996; 88 (zit.: Cohen, New Ways of Making Babies)
- Coleman, Malina*; Gestation, Intent, and the Seed: Defining Motherhood in the Era of Assisted Human Reproduction; 17 Cardozo L.Rev. (1996), 502
- Collins, Jennifer Long*; Hecht v. Superior Court: Recognizing a Property Right in Reproductive Material; 33 U.Louisville J. Fam.L. (1995), 661
- Comment*, Surrogate Mother Agreements: Contemporary Legal Aspects of A biblical Note; 16 U.Rich.L.Rev. (1982), 467
- Cork, Kerry*; Test – Tube Parents: Collaborative Reproduction in Minnesota; 22 Wm. –Mitchell L. Rev. (1996), 1535
- Cortese, Angelika; Feldmann, Annegret*; Leihmutterschaft – die neue Heimarbeit?; Streit 1985, 123
- Corvalan, Andrea*; Fatherhood after Death: A Legal and Ethical Analysis of Posthumous Reproduction; 7 Alb. L.J. Sci. & Tech. (1997), 335
- Cowley, Geoffrey*; Ethics and Embryos (Robert Asch’s Center for Reproductive Health Charged with Ethical Violations); Newsweek, 12.06.1995, 66
- Craven, J. Braxton*; Personhood: The Right to be Let Alone; 1976 Duke L.J., 699
- Cucci, Nicole L.*; Constitutional Implications of In-Vitro Fertilization Procedures; 72 St.John’s L.Rev. (1998), 417
- Currie-Cohen, Martin*; Current Practice of Artificial Insemination by Donor in the United States; 300 New England J. Med. (1979), 585
- Daar, Judith F.*; Assisted Reproductive Technologies and the Pregnancy Process: Developing an Equality Model to Protect Reproductive Liberties; 25 Am.J.L.& Med. (1999), 455
- Däubler-Gmelin, Herta*; Forschungsobjekt Mensch: Zwischen Hilfe und Manipulation; Vorschläge der Sozialdemokratischen Partei Deutschlands zur Lösung von Problemen der Unfruchtbarkeit und der Anwendung gentechnologischer Methoden beim Menschen; München 1986; (zit.: Däubler-Gmelin, Gentechnologie 7)
- Degenhard, Christoph*; Das allgemeine Persönlichkeitsrecht, Art. 2 I iVm Art. 1 I GG; JuS 1992, 361
- Deichfuß, Hermann*, Abstammungsrecht und Biologie; Heidelberg 1991
- Dernburg, Heinrich*; Lehrbuch des preußischen Privatrechts und der Privatrechtsnormen des Reiches; 3.Bd.; 4. Aufl. 1896
- Deutsch, Erwin*; Assisted Procreation in German Law; in: Evans, Donald; Pickering, Neil; Creating the Child; The Ethics, Law and Practice of Assisted Procreation; Den Haag u.a. 1996; 333 (zit.: Deutsch, Creating the Child)

- ders.*: Medizinrecht; Arztrecht, Arzneimittelrecht und Medizinproduktrecht; 4. Auflage, Berlin, Heidelberg, New York, 1999 (zit.: Deutsch, Medizinrecht)
- ders.*: Gentechnologie, Ethische und rechtliche Probleme der Anwendung zellbiologischer und gentechnischer Methoden am Menschen, 1984 (zit.: Deutsch, Gentechnologie)
- ders.*: Artificielle Wege menschlicher Reproduktion: Rechtsgrundsätze; Konservierung von Spermia, Eiern und Embryonen; Künstliche Insemination und außerkörperliche Fertilisation; Embryotransfer; MDR 1985, 177
- ders.*: Des Menschen Vater und Mutter; Die künstliche Befruchtung beim Menschen – Zulässigkeit und zivilrechtliche Folgen; NJW 1986, 1971
- ders.*: An der Grenze von Recht und künstlicher Fortpflanzung; VersR 1985, 1002
- ders.*: Auslandsrecht (Frankreich), Haftpflichtrecht, Code Civil Art. 1915ff; VersR 1985, 700
- Diederichsen, Uwe*; Die Reform des Kindschafts- und Beistandschaftsrechts, NJW 1998, 1977
- Diefenbach, Anne Katrin*; Leihmutterschaft, Rechtliche Probleme der für andere übernommenen Mutterschaft; Frankfurt 1990 (zit.: Diefenbach, Leihmutterschaft)
- Dietrich, Silvia*; Mutterschaft für Dritte; Frankfurt a.M. u.a. 1989
- Dölle, Hans*; Darstellung der deutschen Familienrechts mit rechtsvergleichenden Hinweisen; Karlsruhe 1964 (zit.: Dölle, FamR)
- Dolgin, Janet L.*; An Emerging Consensus: Reproductive Technology and The Law; 23 Vermont L. Rev. (1998), 225
- dies.*: Status and Contracts in Surrogate Motherhood: An Illumination of the Surrogacy Debate; 38 Buff.L.Rev. (1990), 515
- dies.*: The „Intent“ of Reproduction: Reproductive Technologies and the Parent-Child Bond; 26 Conn.L.Rev. (1994), 1261
- Donhauser, Thomas*; Das Recht des Kindes auf Kenntnis der genetischen Abstammung, Regensburg 1996 (zit.: Donauser, Recht auf Kenntnis der Abstammung)
- Donovan, Carol A.*; The Uniform Parentage Act and Nonmarital Motherhood- By – Choice; 11 New York U. Rev.L.& Soc. Change (1982 / 83), 193
- Doren, Richard J.*; The Need for Regulation of Artificial Insemination by Donor; 22 S.Diego L.Rev. (1985), 1193
- Douglas, Gillian*; Law, Fertility and Reproduction; London 1991
- Dreier, Horst*; Grundgesetz Kommentar; Tübingen 1996 (zit.: Dreier/ Bearbeiter, GG)
- Dubler-Baretta, Regine; Fischer, Barbara*; Von der Rechtsstellung des Embryo und der Selbstbestimmung der Frau; Streit 1988, 30
- Dünnebier, D*; Probleme der artifiziiellen Insemination aus Sicht der Juristen; in: Ranke und Dombois; Probleme der künstlichen Insemination; Witten 1960 (zit.: Dünnebier, Insemination)
- Dürig, Günter*; Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde; AöR 81 (1956), 117
- Dwyer, John M.*; Equal Protection for Illegitimate Children Conceived by Artificial Insemination; 21 San Diego L.Rev.(1984), 1061

- Dwyer, Laura A.*; Dead Daddies: Issues in Postmortem Reproduction; 52 Rutgers L.Rev.(2000), 881
- Ebeling, Stephan; Zimmermann, Uwe*; Die "künstliche" Fortpflanzung; DEuFamR 1999, 25
- Edenfeld, Stefan*; Das neue Abstammungsrecht der Bundesrepublik Deutschland im nationalen und internationalen Vergleich; FuR 1996, 190
- Ellman, Ira M.u.a.*; Family Law: Cases, Text, Problems; 3. Auflage Charlottesville, Va. 1991
- Emerson, Thomas I.*; Toward a Gender Theory of the First Amendment; 72 Yale L.J. (1963), 877
- Engelmann, Heinrich*; Die "Vaterschaftsvermutung" nach gemeinem und bayerischem Landrecht; Bl.f.RAnw. Bayern; Bd. LIX (1894), 1
- Epstein, Richard*; Surrogacy: The Case for full Contractual Enforcement; 81 Va.L.Rev.(1995), 2305
- Erdl, Conny*; Die heterologe Insemination; in: Kaufmann, Arthur; Moderne Medizin und Strafrecht; Heidelberg 1989, 175 (zit.: Erdl, Moderne Medizin)
- Erichsen, Hans-Uwe*; Staatsrecht und Verfassungsgerichtsbarkeit I, 3.Aufl. München 1982
- ders.*: Allgemeine Handlungsfreiheit; in: Isensee, Josef; Kirchhof, Paul (Hrsg.); Handbuch des Staatsrechts der BRD; Band VI; Heidelberg 1989; 1185 (zit.: Erichsen, Hdb. d. StaatsR)
- Ernst, Cécile*; Psychological Aspects of Artificial Procreation; 3 Int'l J.L.& Fam. (1989), 89
- Eser, Albin; Koch, Hans-Georg; Wiesenbart, Thomas*; Regelungen der Fortpflanzungsmedizin und Humangenetik: eine internationale Dokumentation gesetzlicher und berufsständischer Rechtsquellen; Frankfurt u.a.(zit.: Eser/ Koch/ Wiesenbart, Fortpflanzungsmedizin)
- Ethics Commission of the American Fertility Society*; Ethical Considerations of Assisted Reproductive Technologies; 62 Fertility and Sterility (1994), 439
- Faßbender, Kurt*; Präimplantationsdiagnostik und Grundgesetz; NJW 2001, 2745
- Faulk, Patricia J.*; Lesbian Mothers: Psychological Assumptions in Family Law; 44 Am.Psychol. (1989), 941
- Fechner, Erich*; Nachträge zu einer Abhandlung über Menschenwürde und generative Forschung und Technik; in Günther, Hans-Ludwig, Keller, Rolf; Fortpflanzungsmedizin und Humangenetik – Strafrechtliche Schranken?; Tübingen 1987; 37 (zit.: Fechner, Fortpflanzungsmedizin)
- Feigelman, William; Silverman, Arnold R.*; Adoptive Parents, Adoptees and the Sealed record Controversy; 67 J. of Contemp. Soc. Wrks (1986), 219
- Ferguson, Susan A.*; Surrogacy Contracts in the 1990s: The Controversy and Debate Continues; 33 Duq.L.Rev. (1995), 903
- Fidler, Anne T.*; Bernstein, Judith; Infertility: From a Personal to a Public Health Problem; Public Health Reports; Nov. 1st 1999

- Field, Martha A.*; Surrogate Motherhood, The Legal and Human Issues; USA 1990
(zit.: Field, Surrogate Motherhood)
- dies.*: Surogacy Contracts – Gestational and Traditional: The Argument for Nonenforcement; 31 Washburn L.J. (1991), 1
- Finger, Peter*; Die Anfechtung der Ehelichkeit eines Kindes durch seine Mutter; NJW 1984, 846
- Flannery, Dennis M. u.a.*; Test Tube Babies: Legal Issues Raised by In-Vitro-Fertilisation; 67 Geo L.J. (1979), 1295
- Fleisch, Hans*; Die verfassungsrechtliche Stellung des leiblichen Vaters; Baden-Baden 1987 (zit.: Fleisch, Verfassungsrechtliche Stellung)
- Frank, Rainer*; Gedanken zur isolierten Abstammungsfeststellungsklage; Gedächtnisschrift für Peter Arens, München 1993 (zit.: Frank, Arens – FS)
- ders.*: Recht auf Kenntnis der genetischen Abstammung? FamRZ 1988, 113
- ders.*: Abstammung und Status; in: Ramm, Thilo; Grandke, Anita (Hrsg.); Zur Familienpolitik nach der Wiedervereinigung; Köln u.a. 1995; 71 (zit.: Frank, Familienpolitik)
- Frank, Richard*; Die künstliche Fortpflanzung beim Menschen im geltenden und im künftigen Recht; Zürich 1989 (zit.: Frank, Künstliche Fortpflanzung)
- Fried, Charles*; Right and Wrong; Cambridge, Mass.; 1978
- ders.*: Privacy ; 77 Yale L.J. (1967); 475
- Friedman, Scott*; The Law of Parent – Child Relationship; Chicago, Ill. 1992
- Fromm, Ernst*; Artificielle Insemination – Der berufsethische Standpunkt der deutschen Ärzteschaft; in: Guttmacher, Alan et al., Die künstliche Befruchtung beim Menschen; Köln-Marienburg 1960 (zit. Fromm, Künstliche Befruchtung), 31
- Frommel, Monika*; Status des Embryos: Juristische Aspekte; in: Arndt, Dietrich; Obe, Günter (Hrsg.); Fortpflanzungsmedizin in Deutschland; Wissenschaftliches Symposium des Bundesministeriums für Gesundheit in Zusammenarbeit mit dem Robert Koch-Institut vom 24. bis 26. Mai 2000 in Berlin; Baden-Baden 2001; 67 (zit.: Frommel, Fortpflanzungsmedizin)
- Frucht, Sibylle*; Ersatzmutterschaft im US – amerikanischen und deutschen Recht unter Berücksichtigung rechtsvergleichender und kollisionsrechtlicher Aspekte; Regensburg 1996 (zit.: Frucht, Ersatzmutterschaft)
- Garrison, Marsha*; Law Making for Baby Making: An Interpretive Approach to the Determination of Legal Parentage; 113 Harv.L.Rev. (2000), 835
- dies.*: Surrogate Parenting: What should Legislature do?; 22 Fam.LQ (1988), 150
- Garside, Ellen J.*; Posthumous Progeny: A Proposed Resolution to the Dilemma of the Posthumously Conceived Child; 41 Loy. L. Rev. (1996), 713
- Gaul, Hans Friedhelm*; Die Neuregelung des Abstammungsrechts durch das Kindschaftsrechtsreformgesetz; FamRZ 1997, 1141
- ders.*: Ehelichkeitsstatus und Recht des volljährigen Kindes auf Klärung der eigenen Abstammung; in: Familienrecht in Geschichte und Gegenwart, Symposium aus Anlaß des 80. Geburtstags von Friedrich Wilhelm Bosch am 2. 12. 1991 (Hrsg.

- Hans Friedhelm Gaul); Bielefeld 1992; 23 (zit.: Gaul, FamR in Geschichte und Gegenwart)
- ders.*: Ausgewählte Probleme des materiellen rechts und des Verfahrensrechts im neuen Abstammungsrecht; FamRZ 2000, 1461
- ders.*: Die pater-est-Regel der §§ 1591, 1592 BGB in ihrer herkömmlichen Bedeutung und in der Reformdiskussion; in: Festschrift für Joachim Gernhuber zum 70 Geburtstag; Tübingen 1993; 619 (zit.: Gaul, Gernhuber-FS)
- Geddert-Steinacher, Tatjana*; Menschenwürde als Verfassungsbegriff: Aspekte der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Art. 1 Abs. 1 Grundgesetz, Berlin 1990
- Geilen, Gerd*; Zum Strafschutz an der Anfangsgrenze des Lebens; ZStW 103 (1991), 829
- Gernhuber, Joachim*; Lehrbuch des Familienrechts, 1. Auflage, München 1964, 3. Auflage, München 1980 (zit.: Gernhuber, FamR)
- Gernhuber, Joachim/ Coster-Waltjen, Dagmar*; Lehrbuch des Familienrechts; 4. Auflage, München 1994 (zit.: Gernhuber/ Coester-Waltjen, FamR)
- Gibbons, John A.*; Who's your Daddy: A Constitutional Analysis of Post-Mortem Insemination; 14 J. Contemp. Health L. & Pol'y (1997), 187
- Gibson, Elizabeth L.*; Artificial Insemination by Donor: Information, Communication and Regulation; 30 J.Fam.L. (1991 / 92), 1
- Giesen, Dieter*; Moderne Fortpflanzungstechniken im Lichte des deutschen Familienrechts; Festschrift für Hegnauer; Bern 1986, 55 (zit.: Giesen, Hegnauer-FS)
- ders.*: Referat in der Zivilrechtlichen Abteilung des 56. Deutschen Juristentages 1986; in Verhandlungen des 56. Deutschen Juristentages 1986; Band II (Sitzungsberichte); K 51 (zit.: Giesen, Verhandlungen)
- ders.*: Die künstliche Insemination als ethisches und rechtliches Problem; Bielefeld 1962 (zit.: Giesen, Die künstliche Insemination)
- ders.*: Anmerkung zu BGH v. 07.04.1983 JZ 1985, 549; JZ 1983, 552
- ders.*: Heterologe Insemination – Ein neues legislatorischer Problem?; FamRZ 1981, 413
- ders.*: Genetische Abstammung und Recht; JZ 1989, 364
- ders.*: Anmerkung zum KG Beschluss vom 19.03.1985, JZ 1986, 1053; JZ 1985, 1055
- ders.*: Zur Strafwürdigkeit der Delikte gegen Familie und Sittlichkeit; FamRZ 1965, 248
- Gilbert, Sheri*; Fatherhood from the Grave: An Analysis of Postmortem Insemination; 22 Hofstra L. Rev. (1993); 521
- Gitlin, Joseph*; Family Law Section Approves Model Surrogacy Act: A Comment; 22 Fam.L.Q (1988), 145
- Gloor, Carol*; Breaking the Seal: Constitutional and Statutory Approaches to Adult Adoptees' Rights to Identity; 75 Nw. U.L.Rev. (1980), 316
- Goedel, Alexandra*; Leihmutterschaft – eine rechtsvergleichende Studie; München 1993 (zit. Goedel, Leihmutterschaft)
- Göppinger, Horst; Wax, Peter u.a.*; Unterhaltsrecht, Bielefeld 1994

- Goodwin, Anne*; Determination of Legal Parentage in Egg Donation, Embryo Transplantation and Gestational Surrogacy; 26 Fam. L. Q. (1992), 275
- Gostin, Larry*; A Civil Liberties Analysis of Surrogacy Arrangements; in: Gostin, Larry; Surrogate Motherhood, Politics and Privacy; Indianapolis; 1990; 3 (zit.: Gostin, Surrogate Motherhood)
- Gordon, Eric A.*; The Aftermath of Johnson v. Calvert: Surrogacy Law Reflects a More Liberal View of Reproductive Technology; 6 St. Thomas L.Rev. (1993), 191
- Gottwald, Peter*; Recht auf Kenntnis der biologischen Abstammung?; in: Festschrift für Heinrich Hubmann zum 70. Geburtstag; Frankfurt a.M. 1985, 116 (zit.: Gottwald, Hubmann-FS)
- Green, Samuel; Long, John*; Marriage and Family Law Agreements; Colorado Springs 1999
- Greßmann, Michael*; Neues Kindschaftsrecht; Bielefeld 1989
- Grinwald, Shoshana*; Communication – Family Characteristics: A Comparison Between Stepfamilies (Formed after Death or Divorce) and Biological Families; 24 J. of Divorce and Remarriage (1995), 183
- Gröner, Kerstin*; Klonen, Hybrid- und Chimärenbildung unter Beteiligung totipotenter menschlicher Zellen; in: Günther, Hans-Ludwig; Keller, Rolf; Fortpflanzungsmedizin und Humangenetik – Strafrechtliche Schranken?; Tübingen 1987; 293 (zit.: Gröner, Fortpflanzungsmedizin)
- Gründel, Johannes*; Theologisch-ethische Beurteilung der extrakorporalen Befruchtung und des Embryotransfers beim Menschen – Gedanken eines katholischen Theologen; in: Jüdes, Ulrich; In-vitro-Fertilisation und Embryotransfer (Retortenbaby); Stuttgart 1983, 249
- Grünkorn, Mathias*; Die Frist zur Anfechtung der Ehelichkeit; Frankfurt a.M. 1978 (zit.: Grünkorn, Die Frist zur Anfechtung)
- Günther, Hans-Ludwig*, Strafrechtlicher Schutz des menschlichen Embryos über §§ 218 ff StGB hinaus? Eine Exemplifizierung kriminalpolitischer Grundsätze der Verhaltenskriminalisierung im neuen Grenzbereich von Recht und Medizin; in: Günther, Hans-Ludwig; Keller, Rolf (Hrsg.), Fortpflanzungsmedizin und Humangenetik – strafrechtliche Schranken?; 2. Auflage, Tübingen 1991, 27ff (zit.: Günther, Fortpflanzungsmedizin)
- ders.* Die Genese eines Straftatbestandes – Eine Einführung in Fragen der Strafgesetzgebungslehre; JuS 1978, 8
- Günther, Stefan*; Der Kindeswohlbegriff als Zulässigkeitskriterium für die In-vitro-Fertilisation; Frankfurt a.M. 1996 (zit.: Günther, Kindeswohl)
- Gürtler, Franz*; Die sog. Leihmutterchaft in: Kaufmann, Arthur; Moderne Medizin und Strafrecht, Heidelberg 1989; S. 203 (zit.: Gürtler, Leihmutterchaft)
- Guggemos, M.*; Die Abstammungsklage des unehelichen Kindes; NJW 1947/ 48, 59
- Guttmacher, Alan*; Die künstliche Befruchtung beim Menschen, Köln Marienburg 1960
- Hahnzog, Klaus*; Inhaber des Elternrechts aus Art. 6 Abs. II GG; FamRZ 1971, 334
- Halperin-Kaddari, Ruth*; Redefining Parenthood; 29 Cal.W.Int'l L.J. (1999), 313

- Hanack, Ernst-Walter*; Die künstliche Insemination; in: Mergen. Armand; Die juristische Problematik in der Medizin; Band III; Die Verantwortung des Arztes; München 1971 (zit.: Hanack, Juristische Problematik)
- Hanley, Michael L.*; A Reasonable Approach to the Adoptee's Sealed Record Dilemma; 2 Ohio N.U.L.Rev. (1975), 542
- Hansmann, Klaus*; Der Elternbegriff des Art. 6 Abs. 2 des Grundgesetzes; FamRZ 1962, 452
- Harder, Manfred*; Wer sind Vater und Mutter? – Familienrechtliche Probleme der Fortpflanzungsmedizin; JuS 1986, 505
- Harlow, Holly J.*; Paternalism without Paternity: Discrimination Against Single Women Seeking Artificial Insemination by Donor; 6 S. Cal. Rev. L. & Women's Studies (1996), 173
- Hassenstein, B.*; Der Wert der Kenntnis der eigenen genetischen Abstammung; FamRZ 1988, 120
- Hausheer, Heinz*; Zur Problematik der künstlichen Insemination, ein Beitrag aus Straßburg, in: Berner Festgabe zum Schweizer Juristentag 1979, Bern 1979, 209
- Havins, Weldon E.; Dalessio, James J.*; The Ever – Widening Gap Between the Science of Artificial Reproductive Technology and the Law Which Govern That Technology; 48 De Paul L. Rev. (1999), 825
- Hay, Peter*; US-amerikanisches Recht; München 2000
- ders.*: Internationales Privatrecht, München 1999
- Hegnauer, Cyril*; Gesetzgebung und Fortpflanzungsmedizin; in: Festschrift für Peter Noll; Zürich 1985, 49 (Hegnauer, Noll-FS)
- Helling, Uta*; Zu den Problemen der künstlichen Insemination unter besonderer Berücksichtigung des § 203 E 1962; Berlin 1970 (zit.: Helling, § 203 E 1962)
- Helms, Tobias*; Reform des deutschen Abstammungsrechts: Zum Entwurf des Kindschaftsrechtsreformgesetzes aus rechtsvergleichender Perspektive; FuR 1996, 178
- ders.*: Vaterschaftsanfechtung durch den Erzeuger des Kindes?; FamRZ 1997, 913
- ders.*: Die Feststellung der biologischen Abstammung, Eine rechtsvergleichende Untersuchung zum deutschen und französischen Recht; Berlin 1999 (zit.: Helms, Biologische Abstammung)
- Heiss, Herbert*; Die künstliche Insemination der Frau; München u.a. 1972
- Henrich, Dieter*; Kindschaftsrechtsreformgesetz und IPR; FamRZ 1998, 1401
- ders.*: Das Kollisionsrecht im Kindschaftsrechtsreformgesetz; StAZ 1998, 1
- ders.*: Änderungen der internationalprivatrechtlichen Vorschriften im Regierungsentwurf zur Reform des Kindschaftsrechts; StAZ 1996, 353
- ders.*: Familienrecht; 5. Auflage, Berlin 1995
- Herdegen, Matthias*; Die Menschenwürde im Fluß des bioethischen Diskurses; JZ 2001, 773
- Herzog, Felix*; Präimplantationsdiagnostik – im Zweifel für ein Verbot?; NJW 2001, 393
- Herzog, Roman*; Staat und Recht im Wandel. Einreden zur Verfassung und ihrer Wirklichkeit; Goldbach 1993

- ders.*: Die heterologe Insemination in verfassungsrechtlicher Sicht; 1971 (zit.: Herzog, Heterologe Insemination)
- Hesral, Harald*; Inhalt und Wirksamkeit von Leihmutterschafts- und Eizellenspenderverträgen; Regensburg 1990 (zit.: Hesral, Verträge)
- Hessenthaler, Erika*; Gestational Surrogacy: Legal Implications of Reproductive Technology; 21 N.C. Cent. L.J. (1995), 169;
- Heyll, Wolfgang*; Die Beurteilung der künstlichen Samenübertragung und ihrer Folgen nach geltendem deutschen Recht mit Hinweis auf die Rechtslage im Ausland; Köln 1955 (zit.: Heyll, Künstliche Samenübertragung)
- Hill, John L.*; What does it mean to be a „Parent“? The claims of Biology as the Basis for Parental Rights; 66 N.Y.U. L. Rev. (1991), 353
- ders.*: Exploitation; 79 Cornell L.Rev. (1994), 631
- Hillgruber, Christian*; Der Schutz des Menschen vor sich selbst, München 1992
- Hirsch, Günter / Eberbach, Wolfram*; Auf dem Weg zum künstlichen Leben, Retortenkinder, Leihmütter, programmierte Gene; Basel, Boston, Stuttgart 1987 (zit.: Hirsch/ Eberbach, Retortenkinder)
- Hirsch, Günther*; Zeugung im Reagenzglas – Der Ruf nach dem Gesetzgeber wird lauter; MedR 1986, 240
- Höfling, Wolfram*; Die Unantastbarkeit der Menschenwürde – Annäherungen an einen schwierigen Verfassungssatz; JuS 1995, 857
- Hoffmann-Riem, Christa*; Das adoptierte Kind, Familienleben mit doppelter Elternschaft; 4. Auflage, München 1998 (zit.: Hoffmann-Riem, Das adoptierte Kind)
- Hofheimer, Alice*; Gestational Surrogacy: Unsettling Parentage Law and Surrogacy Policy; 19 N.Y.U. Rev. of Social Change (1992), 571
- Hoffer, J.*; The legal limbo of AID; Modern Med. Nov.1, 1979, 27
- Hofman, Hasso*; Biotechnik, Gentherapie, Genmanipulation – Wissenschaft im rechtsfreien Raum?; JZ 1986, 253
- Holder, Angela R.*; Surrogate Motherhood and the Best Interests of Children; 16 Law, Med. & Health Care (1988), 51
- Holfelder, W.*; Die künstliche Befruchtung beim Menschen nach deutschem und kanonischem Recht; Heidelberg 1953 (zit.: Holfelder, Künstliche Befruchtung)
- Hollinger, Joan H.*; From Coitus to Commerce, Consequences of Noncoital Reproduction; 18 U.Mich.J.of L.Ref. (1985), 865
- dies.*: Concerns about the NCCUSL revised Uniform Parentage Act (UPA) of 2000; noch unveröffentlichtes working paper (zit.: Hollinger, Concerns)
- Holzhauer, Heinz*; Gentechnik und künstliche Fortpflanzung – Zu den für den 56. Deutschen Juristentag erstatteten Gutachten; FamRZ 1986, 1162
- ders.*: Verwandtschaftliche Elternstellung, verfassungsmäßiges Elternrecht und elterliche Sorge; FamRZ 1982, 109
- Hubmann, Heinrich*; Das Persönlichkeitsrecht, 2. Aufl., Köln 1967
- Hübner, Claudia*; Diskussionsbeitrag, 56. Deutscher Juristentag 1986, K 132

- Hübner, Konrad*; Gleiche Rechte für Mann und Frau, in: Karl S. Bader (Hrsg.), Die Gleichberechtigung von Mann und Frau (Beihefte zur Deutschen Rechtszeitschrift, Heft 14), Tübingen 1950, 43
- Hufen, Friedhelm*; Nicht nur Embryonen haben Grundrechte; FAZ v. 21.05.01, S. 10
- ders.*: Zur verfassungsrechtlichen Beurteilung der Präimplantationsdiagnostik; Thesen zur öffentlichen Anhörung der Enquete-Kommission Recht und Ethik der modernen Medizin am 13. November 2000; Homepage des Lehrstuhls für öffentliches Recht – Staats- und Verwaltungsrecht der Johannes Gutenberg Universität Mainz
- Ingram, John Dwight*; Surrogate Gestator: A New and Honorable Profession; 76 Marq.L.Rev. (1993), 675
- Ipsen, Jörn*; Staatsrecht II, Grundrechte; Neuwied, Krißel, Berlin 1997
- ders.*: Der „verfassungsrechtliche Status“ des Embryos in vitro; JZ 2001, 989
- Irwin, Douglas S.*; Maternity Blues: What About the Best Interest of the Child in Johnson v. Calvert?; 24 Sw.U.L.Rev. (1995), 1277
- Jackson, Bechetta; Claassen, Jeff*; Unmarried Mothers' Numbers Rising; The Fort Worth Star - Telegram; Nov. 15th 1999
- Jacobs, James B.*; Criminal Procedure and Criminal Justice; in: Morrison, Alan B. (Hrsg.), Fundamentals of American Law; New York 1996; 293 (zit.: Jacobs, Fundamentals)
- Jäger, Herbert*; Strafgesetzgebung und Rechtsgüterschutz bei Sittlichkeitsdelikten; Stuttgart 1957 (zit.: Jäger, Sittlichkeitsdelikte)
- Jakobovits, Immanuel*; Human Fertilisation and Embryology – A Jewish View; 27 Med Sci. & L. (1987), 185
- Jarass, Hans*; Das allgemeine Persönlichkeitsrecht im Grundgesetz, NJW 1989, 857
- Jarass, Hans; Pieroth, Bodo*; Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland; 5. Auflage, München 2000 (zit.: Jarass/ Pieroth, GG)
- Jeand'Heur, Bernd*; Der Kindeswohlbegriff aus verfassungsrechtlicher Sicht – Ein Rechtsgutachten; Bonn 1992
- Jensen, Brent J.*; Artificial Insemination and the Law; 1982 BYU L.Rev. 935
- Jescheck, Hans-Heinrich; Weigand, Thomas*; Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil; 5. Auflage, Berlin 1996
- Jestaed, Matthias*; Staatliche Rollen in der Eltern-Kind-Beziehung; DVBl. 1997, 693
- Jones, Derek J.*; Artificial Procreation, Social Reconceptions: Legal Insight from France; 36 Am. J. Comparative L. (1988), 525
- Junghans, Cordula*; Der familienrechtliche Status des durch artifizielle Insemination gezeugten Kindes; Bonn 1987 (zit.: Junghans, Familienrechtlicher Status)
- Kamps, Hans*; Das Recht der Reproduktionsmedizin – Ein Überblick; MedR 1994, 339
- Kandel, Randy Frances*; Which Came First: The Mother or the Egg? A Kinship Solution to Gestational Surrogacy; 47 Rutgers L. Rev. (1994), 165

- Kaser, Max*; Das römische Privatrecht; 2. Auflage, München 1971
- Katers, Laura M.*; Arguing the „Obvious“ in Wisconsin. Why State Regulation of Assisted Reproductive Technology has not Come to Pass and how it Should; 2000 Wis.L.Rev. 441
- Katz, Kathryn D.*; Ghost Mothers: Human Egg Donation and the Legacy of the Past; 57 Alb. L. Rev. (1994), 733
- Katz, Alfred*; Staatsrecht, Grundkurs im öffentlichen Recht; 14. Auflage Heidelberg 1999
- Kaufmann, Arthur*; Der entfesselte Prometheus; Fragen der Humangenetik und der Fortpflanzungstechnologie aus rechtlicher Sicht; in: Flöhl, Rainer (Hrsg.); Genforschung, Fluch oder Segen?; Gentechnologie, Chancen und Risiken, Band 3, München 1985 (zit.: Kaufmann, Gentechnologie 3)
- ders.*: Humangenetik und Fortpflanzungstechnologien aus rechtlicher, insbesondere strafrechtlicher Sicht; in: Festschrift für Dietrich Oehler; Köln 1985; 649 (zit.: Kaufmann, Oehler-FS)
- Keane, Noel P.; Breo, Dennis L.*; The Surrogate Mother; New York 1981
- Keane, Noel P.*; Legal Problems of Surogate Motherhood; 1980 S.III.U.L.J., 147
- Kegel, Gerhard; Schurig, Klaus*; Internationales Privatrecht; 8. Auflage, München 2000
- Keller, Barbara L.*; Surrogate Motherhood Contracts in Lousiana: To Ban or to Regulate; 49 La.L.Rev. (1988), 143
- Keller, Rolf; Günther, Hans-Ludwig; Kaiser, Peter*; Embryonenschutzgesetz – Kommentar zum Embryonenschutzgesetz; Stuttgart, Berlin, Köln 1992 (zit.: Keller/ Günther/ Kaiser, ESchG)
- Keller, Rolf*; Das Kindeswohl: Strafschutzwürdiges Rechtsgut bei künstlicher Befruchtung im heterologen System?; in: Jeschek, Hans-Heinrich; Vogler, Thea (Hrsg.); Festschrift für Herbert Tröndle zum 70. Geburtstag am 24. August 1989; Berlin, New York 1989; 705 (zit.: Keller, Tröndle-FS)
- ders.*: Beginn und Stufung des strafrechtlichen Lebensschutzes; in Günther, Hans-Ludwig; Keller, Rolf; Fortpflanzungsmedizin, 111 (zit.: Keller, Fortpflanzungsmedizin)
- Kelliher, Kim*; A Bridge to Life Anew; The Press – Enterprise; Nov. 19th 1998
- Kemm, ;* Anmerkung zu BVerfG Beschluss vom 7.3.1995 (JZ 1995, 1109); JZ 1995, 1112
- Kerekes, Robert J.*; My Child...But not My Heir: Technology, the Law, and Post-Mortem Conception; 31 Real Prop.Prob. & Tr.J. (1996), 213
- Kerian, Christine L.*; Surrogacy: A Last Resort Alternative for Infertile Women or a Commodification of Women's Bodies and Children?; 12 Wis. Women's L.J. (1997), 113
- Kern, Patricia A.; Ridolfi, Kathleen M.*; The Fourteenth Amendment's Protection of a Woman's Right to Be a Single Parent through Artificial Insemination by Donor; 7 Women's Rts. L.Rep. (1982), 251
- Kerr, Susan*; Postmortem Sperm Procurement: Is It Legal?; 3 DePaul J. Health Care L. (1999), 39

- Ketchum, Sarah Ann*; Selling Babies and Selling Bodies; in: Holmes, Helen Bequaert; Purdy, Laura M.; Feminist Perspectives in Medical Ethics; Bloomington, Indianapolis; 1992; 284 (zit.: Ketchum Feminist Perspectives)
- Kienle, Thomas*; Künstliche Befruchtung und artifizielles Recht; ZRP 1995, 201
- Kimbrell, Andrew*; The Case Against the Commercialization of Childbearing; 24 Willamette L. Rev. (1988), 1035
- Kirchmeier, Karl-Heinz*; Zivilrechtliche Fragen der homologen und heterologen Insemination de lege lata et ferenda; FamRZ 1998, 1281
- Kisthardt, Mary Kay*; Of Fatherhood, Families and Fantasy: The Legacy of Michael H. v. Gerald D.; 65 Tul. L. Rev. (1991), 585
- Kleine-Cosack, Michael*; Berufsständische Autonomie und Grundgesetz, Baden-Baden 1986
- Kleineke, Wilhelm*; Das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung; Göttingen 1976
- Klinke, Katy Ruth*; The Baby M. Controversy: A Class Distinction; 18 Okla.City U.L.Rev. (1993), 113
- Köbl, Ursula*; Genetechnologie zu eugenischen Zwecken – Niedergang oder Steigerung der Menschenwürde?; Festschrift für Heinrich Hubmann zum 70. Geburtstag, Frankfurt a.M. 1985; 161
- Koch, Elisabeth*; Der Anspruch des Deszendenten auf Klärung der genetischen Abstammung - ein Paradigmenwechsel im Abstammungsrecht, FamRZ 1990, 569, 573
- Koehler, Kristin E.*; Artificial Insemination: In the Child's Best Interest?; 5 Alb.L.J.Sci. & Tech. (1995), 321
- Koellreutter, Otto*; Deutsches Staatsrecht, Stuttgart 1952
- Kollhosser, Helmut*; Rechtsprobleme bei medizinischen Zeugungshilfen; JA 1985, 553
- Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*; Reihe Alternativkommentare; Bd. 5 Familienrecht; Neuwied und Darmstadt 1981 (zit.: AK/ Bearbeiter, BGB)
- Kommentar zur Grundgesetz*; Reihe Alternativkommentare; Bd 1; 2. Auflage, Neuwied 1989 (zit.: AK/ Bearbeiter, GG)
- Kongregation für die Glaubenslehre*, „Instruktion über die Achtung vor dem beginnenden menschlichen Leben und die Würde der Fortpflanzung“; L'Osservatore Romano Nr. 11 v. 13.3.1987, Beilage X (zit.: Kongregation)
- Koppernock, Martin*; Das Grundrecht auf bioethische Selbstbestimmung, Zur Rekonstruktion des allgemeinen Persönlichkeitsrechts; Frankfurt 1997 (zit.: Koppernock, Grundrecht auf bioethische Selbstbestimmung)
- Krause, Harry D.*; Illegitimacy: Law and Social Policy; Indianapolis u.a. 1971 (zit.: Krause Illegitimacy)
- ders.*; Artificial Conception: Legislative Approaches; 19 Fam.L.Q. (1985 / 86), 185
- Krawietz, Werner*; Gewährt Art. 1 Abs. 1 GG dem Menschen ein Grundrecht auf Achtung und Schutz seiner Würde?; in: Festschrift für Friedrich Klein; München 1977
- Krim, Todd M.*; Beyond Baby M.: Intrenational Perspective of Gestational Surrogacy and the Demise of the Unitary Biological Mother; 5 Annals J. Health L. (1996), 193

- Kritchevsky, Barbara*; The Unmarried Woman's Right to Artificial Insemination: A Call for Expanded Definition of Family; 4 Harv. Women's L.J. (1981), 1
- Krolzik, Volker*; Kind um jeden Preis?; Neukirchen-Vluyn 1989
- Krüger, Hildegard*; Zur Auslegung des Grundsatzes der Gleichberechtigung, DRiZ 1953, 82
- dies.*: Das Ehelichkeitsanfechtungsrecht der Mutter, NJW 1954, 1509
- Krüger* in *Bettermann/ Nipperdey/ Scheuner*, Die Grundrechte Bd. IV, 361
- Krüger, Herbert*; Mißbrauch und Verwirkung von Grundrechten; DVBl. 1953, 97
- Kühl-Meyer; Beatrix*; Rechtliche Probleme der sog. Kaufmutterchaft; ZBJugR 1983, 763ff
- Küppers, Wolfhard*; Die zivilrechtlichen Folgen der entgeltlichen Tragemutterchaft; Frankfurt a.M. 1989 (zit.: Küppers, Entgeltliche Tragemutterchaft)
- Kuhns, Jason*; The Sealed Adoption Records Controversy: Breaking Down the Walls of Secrecy; 24 Golden Gate U. L. Rev. (1994), 259
- LaFave, Wayne R.; Scott, Austin W.*; Criminal Law; 2. Auflage West Publishing Co. 1986
- Landes, Elizabeth M.; Posner, Richard A.*; The Economics of the Baby Shortage; 7 J.Legal Studies 323, 1978
- Lange, Hermann*; Schadensersatz; 2. Auflage, Tübingen 1990
- Lanz-Zumstein, Monika*, Zivilrechtliche Aspekte der Gentechnologie, in: Mellinghoff, Rudolf / Buchwald, Delf; Die Leistungsfähigkeit des Rechts, Heidelberg 1988; 233 (zit.: Lanz-Zumstein, Leistungsfähigkeit)
- dies.*: Die Rechtsstellung des unbefruchteten und befruchteten menschlichen Keimguts; München 1990 (zit.: Lanz-Zumstein, Rechtsstellung)
- Lascarides, Denise E.*; A Plea for the Enforceability of Gestational Surrogacy Contracts; 25 Hofstra L. Rev. (1997), 1221
- Laufs, Adolf*; Die künstliche Befruchtung beim Menschen – Zulässigkeit und zivilrechtliche Folgen; JZ 1986, 769
- ders.*: Arztrecht; 5. Auflage München 1993
- ders.*: in: Braun, Volkmar; Mieth, Dietmar; Steigleder, Klaus; Ethische und rechtliche Fragen der Gentechnologie und der Reproduktionsmedizin; Reihe Gentechnologie, Chancen und Risiken Band 13; München 1987; (zit.: Laufs, Gentechnologie 13)
- ders.*: Fortpflanzungsmedizin und Arztrecht; in: Günther, Hans-Ludwig; Keller, Rolf; Fortpflanzungsmedizin und Humangenetik – Strafrechtliche Schranken?; Tübingen 1986; 89 (zit.: Laufs, Fortpflanzungsmedizin)
- ders.*: Fortpflanzungsmedizin und Menschenwürde; NJW 2000, 2716
- Lauritzen, Paul*; Pursuing Parenthood: Ethical Issues in assisted reproduction; Bloomington, Ind. 1993
- Lawrence, Elizabeth Dale*; Surrogacy in California: Genetic and Gestational Rights; 21 Golden Gate U.L.Rev. (1991), 525
- Leach, W. Barton*; Perpetuities in the Anatomic Age: The Sperm Bank and the Fertile Decedent; 48 A.B.A.J. (1962), 942

- Lecheler, Helmut*; Schutz von Ehe und Familie; in: Isensee, Josef; Kirchhof, Paul (Hrsg.); Handbuch des Staatsrechts der BRD; Band VI; Heidelberg 1989; 211 (zit.: Lecheler, Hdb. d. StaatsR)
- Lee, June Young*; Unterhaltsverpflichtungen bei Leihmutterschaft; Jena 1996 (zit.: Lee, Leihmutterschaft)
- Leibholz, Gerhard/ Rinck, Hans/ Hesselberger, Dieter*; Grundgesetz für die BRD; 7. Aufl Köln 1993
- Leinweber, Anke*; Die rechtliche Beziehung des nichtehelichen Kindes zu seinem Erzeuger in der Geschichte des Privatrechts, Königstein 1978 (zit.: Leinweber, Die rechtliche Beziehung)
- Leipold, Dieter*; Erbrechtliche Aspekte der künstlichen Befruchtung und der künstlichen Verlängerung des Lebens; in: Rechberger, Walter Hans (Hrsg.); Verfahrensrecht – Privatrecht; Festschrift für Winfried Kralik zum 65. Geburtstag; Wien 1986, 467 (zit.: Leipold, Kralik-FS)
- Lerche, Peter*; Grundrechtsschranken; in: Isensee, Josef; Kirchhof, Paul (Hrsg.); Handbuch des Staatsrechts der BRD; Band V; Heidelberg 1992; 775
- Lieber, Katherine B.*; Selling the Womb: Can the Feminist Critique of Surrogacy be Answered?; 68 Ind.L.J. (1992), 205
- Lifton, Robert Jay*; The Life of the Self: Toward a New Psychology; New York 1976 (zit.: Lifton, Life of the Self)
- ders.*: On the Adoption Experience; Vorwort zu Benet, Mary Kathleen; The Politics of Adoption; New York 1976 (zit.: Lifton, Adoption)
- Lilie, Hans; Albrecht, Dietlinde*; Strafbarkeit im Umgang mit Stammzelllinien aus Embryonen und damit im Zusammenhang stehender Tätigkeiten nach deutschem Recht
- Limbach, Jutta*; Familienrecht und sozialer Wandel; FuR 1995, 200
- Lindemann*; Körper und Name des Menschen; DVBl. 1957, 37
- Lipp, Martin*; Elterliche Sorge für das nichteheliche Kind nach dem Kindschaftsrechtsreformgesetz; FamRZ 1998, 65
- Lipp, Martin; Wagenitz, Thomas*; Das neue Kindschaftsrecht. Kommentar; Stuttgart, Berlin, Köln 1999
- Liu, Athena*; Artificial Reproduction and Reproductive Right; Brookfield (Vermont) u.a.; 1991 (zit.: Liu, Artificial Reproduction)
- Looschelders, Dirk*; Alternative und sukzessive Anwendung mehrerer Rechtsordnungen nach dem neuen internationalen Kindschaftsrecht; IPRax 1999, 420
- ders.*: Die Ausstrahlung der Grundrechte auf das Schadensrecht, in: Wolter, Jürgen; Riedel, Eibe; Taupitz, Jochen (Hrsg.), Einwirkungen der Grundrechte auf das Zivilrecht, Öffentliche Recht und Strafrecht – Mannheimer Fakultätstagung über 50 Jahre Grundgesetz; Heidelberg 1999; 93 (zit.: Looschelders, Einwirkungen)
- ders.*: Schadensersatz bei „einseitiger“ Durchkreuzung der Familienplanung durch den kinderwilligen (Ehe-)Partner; Jura 2000, 169
- Lorio, Kathryn Venturatos*; Alternative Means of Reproduction: Virgin Territory for Legislation; 44 La. L. Rev. (1984), 1641

- Losch, Bernhard*; Wissenschaftsfreiheit, Wissenschaftsschranken, Wissenschaftsverantwortung; Tübingen 1993 (zit.: Losch, Wissenschaftsfreiheit)
- Lurger, Brigitta*; Das Abstammungsrecht bei medizinisch assistierter Zeugung nach der deutschen Kindschaftsrechtsreform im Vergleich mit dem österreichischen Recht; DEuFamR 1999, 210
- Maccoby, Eleanor E.; Mnookin, Robert H.*; Die Schwierigkeiten der Sorgerechtsregelung; FamRZ 1995, 1
- Macklin, Ruth*; Is There Anything Wrong With Surrogate Motherhood? An Ethical Analysis; in: Gostin, Larry; Surrogate Motherhood; Indianapolis 1990; 136 (zit.: Macklin, Surrogate Motherhood)
- dies.*: Artificial Means of Reproduction and our Understanding of Family; Hastings Ctr. Rep. Jan./ Feb. 1991, 6
- Mahlstedt, Patricia; Probasco, Kris*; Sperm Donors: Their Attitude Towards Providing Medical and Psychological Information for Recipient Couples and Donor Offspring; 56 Fertility and Sterility (1991), 747
- Mahoney, Joan*; Adoption as a Feminist Alternative to Reproductive Technology; in: Callahan, Joan C.; Reproduction, Ethics, and the Law: Feminist Perspectives, 35; Bloomington, 1995 (zit.: Mahoney, Reproduction)
- dies.*: An Essay on Surrogacy and Feminist Thought; in: Gostin, Larry; Surrogate Motherhood, Indianapolis 1990; 183 (zit.: Mahoney, Surrogate Motherhood)
- Mansees, Norbert*; Das Erbrecht des Kindes nach künstlicher Befruchtung – zugleich eine Analyse des Systems der gesetzlichen vermögens- und personenrechtlichen Zuordnung, Berlin 1991
- ders.*: Einige Gedanken zum gesetzlichen Erbrecht des auf nicht-natürlichem Wege erzeugten Kindes; FamRZ 1986, 756
- ders.*: Jeder Mensch hat ein Recht auf Kenntnis seiner genetischen Herkunft; NJW 1988, 2984
- Manus, Murray L.*; The Proposed Model Surrogacy Parenthood Act: A Legislative Response to the Challenges of Reproductive Technology; 29 U.Mich.J.L.Ref. (1996), 671
- Mason, John Kenyon*; Medico –Legal Aspects of Reproduction and Parenthood; 2. Auflage 1998, Brookfield, Vt.
- Massie, Ann McLean*; Restricting Surrogacy to Married Couples: A Constitutional Problem? The Married – Parent Requirement in the Uniform Status of Children of Assisted Conception Act; 18 Hastings Const.L.Q. (1991), 487
- Maunz, Theodor*; Deutsches Staatsrecht; 1. Aufl. München 1951
- Maunz, Theodor; Zippelius, Reinhold*; Deutsches Staatsrecht; 30. Auflage München 1998
- Maurach, Reinhart; Zipf, Heinz*; Strafrecht Allgemeiner Teil, Band 1; 8. Auflage, Heidelberg 1992
- Maurer, Hartmut*; Die medizinische Organtransplantation in verfassungsrechtlicher Sicht; DÖV 1980, 7

- Mayer, August*; Das Unrecht der heterologen Insemination, in: Demoll, Reinhard; Im Schatten der Technik: Beiträge zur Situation des Menschen in der modernen Zeit; München 1960; 191
- Mazzone, Jason*; Towards a Social Capital Theory of Law: Lessons from Collaborative Reproduction; 39 St. Clara L. Rev. (1998), 1
- McAllister, Emily*; Defining the Parent – Child Relationship in an Age of Reproductive Technology: Implications for Inheritance; 29 Real Property, Probate & Trust Journal (1994), 55
- McCahey, John P.*; Child Custody and Visitation Law Practice; New York 1983 - 1999
- McCormick, Richard A.*; Reproductive Technologies: Where are we Headed?: 45 Loy. L.Rev. (1999), 269
- McEwan, Angie Godwin*, So you are Having Another Woman's Baby: Economics and Exploitation in Gestational Surrogacy; 32 Vand. J. Transnat'l L. (1999), 271
- McGuire, Maureen / Alexander, Nancy J.*; Artificial Insemination of Single Women; 43 Fertility and Sterility (1985), 182
- Medicus, Dieter*; Das fremde Kind – Komplikationen bei „Leihmutterchaften“ – OLG Hamm v. 2.12.1985 – 11 W 18/85; Jura 1986, 302
- ders.*; Zivilrecht und werdendes Leben; München 1985
- Mellinghoff, Rudolf; Buchwald, Delf*; Die Leistungsfähigkeit des Rechts; Heidelberg 1988
- Merkel-Walther, Karin*; Ethische und rechtliche Zulässigkeit der Ersatzmutterchaft und ihre zivilrechtlichen Folgen; Mainz 1991 (zit.: Merkel-Walther, Ersatzmutterchaft)
- Merkt, Hanno*; Das Kindschaftsrecht in den Vereinigten Staaten von Amerika; in: Dopffel, Peter; Kindschaftsrecht im Wandel, 12 Länderberichte mit einer vergleichenden Summe; Tübingen 1994
- Merz, Bettina*; Die medizinische, ethische und juristische Problematik artifizieller menschlicher Fortpflanzung, Frankfurt a.M. 1991 (zit.: Merz, Problematik)
- Mieth, Dietmar*; IVF-Elternschaft außerhalb der Ehe?; in: Arndt, Dietrich; Obe, Günter (Hrsg.), Fortpflanzungsmedizin in Deutschland; Baden-Baden 2001, 169
- Mika, Karin; Hurst, Bonnie*; One Day to be Born? Legislative Inaction and the Posthumous Child; 79 Marq. L. Rev. (1996), 995
- Moreland, Donald D.*; Reproductive Technology Outpacing Connecticut Lawmakers; 14 Quinn. Prob. L. J. (1999), 287
- Morgan, Derek; Lee, Robert G.*; Blackstone's Guide to the Human Fertilisation and Embryology Act 1990: Abortion and Embryo Research, the new Laws; London 1991
- Müller, Kurt*; Zeugnispflicht bei heterologer Insemination; FamRZ 1986, 635
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*; Familienrecht II; 3. Auflage München 1992 (zit.: MüKo/ Bearbeiter)
- Mugdan, Benno*; Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich; Aalen 1979
- Munzer, Stephen*; A Theory of Property; New York 1990

- Muscheler, Karlheinz; Beisenherz, Thorn;* Das neue Abstammungsrecht; JR 1999; Teil 1 S. 356; Teil 2 S. 407
- Mutschler, Dietrich;* Interessenausgleich im Abstammungsrecht – Teilaspekte der Kindschaftsrechtsreform; FamRZ 1996, 1381
- ders.:* Emanzipation und Verantwortung; FamRZ 1994, 65
- Narr, Helmut;* Arzt, Patient und Krankenhaus; München 1987
- Naumann, Dirk;* Vereitelung des Rechts auf Kenntnis der eigenen Abstammung bei künstlicher Insemination; ZRP 1999, 142
- Neuborne, Burt;* An Overview of the Bill of Rights; in: Morrison, Alan B. (Hrsg.), Fundamentals of American Law; New York 1996; 83 (zit.: Morrison/ Neuborne, Fundamentals)
- Neumann-Duesberg;* Die Abstammungs-Feststellungsklage; NJW 1950, 14
- New York State Task Force on Life and Law;* Assisted Reproductive Technologies: Analysis and Recommendations for Public Policy; New York 1998
- Niederer, Andreas;* Reproduktionstechnische Methoden zur Überwindung männlicher Infertilität im Spiegel des Rechts; Frankfurt a.M. 1977 (zit.: Niederer, Reproduktionstechnische Methoden)
- Noble-Allgire, Alice M.;* Switched at the Fertility Clinic: Determining Maternal Rights When a Child is Born From Stolen or Misdemeanored Genetic Material; 64 Mo.L.Rev. (1999), 517
- Nolan, Laurence C.;* Posthumous Conception: A Private or a Public Matter?; 11 BYU J.Pub.L. (1997), 1
- Note:* Reproductive Technology and the Procreative Rights of the Unmarried, 98 Harv.L.Rev. (1985), 669
- Note:* Rumpelstilzkin Revisited: The Inalienable Rights of Surrogacy Mothers; 99 Harv. L. Rev. (1986), 1936
- Norton, Fred;* Assisted Reproduction and the Frustration of Genetic Affinity: Interest, Injury, and Damage; 74 N.Y.U.L.Rev. (1999), 793
- Nugent, Sarah E.;* The Release of Nonidentifying Information to Adopted Children: Striking a Balance Between the Rights of Biological Parents and Adopted Children; 23 Rutgers L.J. (1992), 709
- Oakley, Ann B.;* Test Tube Babies: Proposals for Legal Regulation of New Methods of Human Conception and Prenatal Development; in: Katz, Sanford N.; Inker, Monroe L.; Fathers, Husbands and Lovers, Legal Rights and Responsibilities; 1979 (zit.: Oakley Fathers, Husbands and Lovers)
- O'Brien, Shari;* Commercial Conception: A Breeding Ground for Surrogacy; 65 N.C.L.Rev.; (1986), 127
- O'Hara, Milena D., Vorzimer, Andrew W.;* In re Marriage of Buzzanca: Charting a New Destiny; 26 W. St.U.L.Rev. (1999), 25
- O'Rourke, Sheila M.;* Family Law in a Brave New World: Private Ordering of Parental Rights and Responsibilities for Donor Insemination; 1 Berkeley Women's Law J. (1985), 140

- Ostendorf, Heribert*; Juristische Aspekte der extrakorporalen Befruchtung und des Embryotransfers beim Menschen; in: Jüdes, Ulrich; In-vitro-Fertilisation und Embryotransfer (Retortenbaby); Stuttgart 1983; 177 (zit.: Ostendorf, In-vitro Fertilisation)
- Otto, Günther*; Das Ehelichkeitsanfechtungsrecht der Mutter als Folge der Gleichberechtigung; FamRZ 1954, 127
- Oxman, R. Brian*; Maternal – Fetal Relationship and Nongenetic Surrogates; 33 Jurimetrics J. (1993), 387
- Padgett, Barbara K.*; Illegitimate Children Conceived by Artificial Insemination: Does Some State Legislation Deny Them Equal Protection Under the Fourteenth Amendment?; 32 U. Louisville J. Fam. L. (1993), 511
- Palandt, Otto*; Bürgerliches Gesetzbuch; 61. Auflage, München 2002 (zit.: Palandt/Bearbeiter, BGB)
- Pap, Michael*; Extrakorporale Befruchtung und Embryotransfer aus arztrechtlicher Sicht – Insbesondere: Der Schutz des werdenden Lebens „in vitro“; Frankfurt a.M., Bern, New York; 1987 (zit.: Pap, Extrakorporale Befruchtung)
- ders.*; Die Würde des werdenden Lebens in vitro – Verfassungsrechtliche Grenzen der extrakorporalen Befruchtung; MedR 1986, 229
- Parfit, Derek*; Reasons and Persons; Oxford 1984
- Partridge, Ernest*; Posthumous Interests and Posthumous Respect; 91 Ethics 243; 1981
- Pasquay, Jürgen*, Die künstliche Insemination; Bamberg 1986
- Penick, Bridget R.*; Give the Child a Legal Father, A Plea for Iowa to Adopt a Statute Regulating Artificial Insemination by Anonymous Donor; 83 Iowa L.Rev. (1998), 633
- Peters, Philip G.*; Harming Future Persons: Obligations to the Children of Reproductive Technology; 8 S.Cal.Interdisciplinary L.J. (1999), 375
- Pieper, Klaus*; Neuerungen im Unterhalts-, Namens-, Adoptions- und Abstammungsrecht; FuR 1998, 33
- Pierce–Gealy, Michelle*; „Are You my Mother?“: Ohio’s Crazy-Making Baby-Making Produces a New Definition of „Mother“; 28 Akron L. Rev. (1995), 353
- Pieroth, Bodo*; *Schlink, Bernhard*; Grundrechte, Staatsrecht II; 16. Auflage Heidelberg 2000
- Pietzcker, Jost*; Die Rechtsfigur des Grundrechtsverzichts; Der Staat 17 (1978), 527
- Pitrolo, Elizabeth Ann*; The Birds, The Bees, And The Deep Freeze: Is There International Consensus in the Debate Over Assisted Reproductive Technologies?; 19 Hous.J.Int’l L. (1996), 147
- Pitt, Jonathan B.*; Fragmenting Procreation; 108 Yale L.J. (1999), 1893
- Place; Jeffrey M.*; Gestational Surrogacy and the Meaning of „Mother“: Johnson v. Calvert 851 P.2d, 227 (1993); 17 Harv. J. L. & Pub. Poly. (1994), 907
- Planck, Gottlieb*; Familienrecht Teile 1 und 2; Die Vorlage der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen

- Gesetzbuches; Hrsg.: Werner Schubert; Berlin, New York 1983 (zit.: Planck, Vorentwürfe Familienrecht 1 bzw. 2)
- Polikoff, Nancy D.*; This Child Does have Two Mothers: Redefining Parenthood to Meet the Need of Children in Lesbian-Mother or Other Nontraditional Families; 78 Georgetown L.J. (1990), 459
- Pollitt, Katha*; When is a Mother not a Mother; 251 Nation (1990), 825
- Posner, Richard A.*; The Ethics and Economics of Enforcing Contracts of Surrogate Motherhood; 5 J.Contemp. Health L. & Pol'y (1989), 21
- Poulin, Debra D.*; The Open Adoption Records Movement: Constitutional Cases and Legislative Compromise; 26 J.Fam.L. (1988), 395
- Pretorius, Diederika*; Surrogate Motherhood; A Worldwide View of the Issues; Springfield, Ill. 1994 (zit.: Pretorius, Surrogate Motherhood)
- Püttner, Günther; Brühl, Klaus*; Fortpflanzungsmedizin, Gentechnologie und Verfassung; JZ 1987, 529
- Püttner, Günther*; Verfassungsrechtliche Probleme von Fortpflanzungsmedizin und Gentechnologie; JA 1987, 529
- Puhl, Thomas*; Der Unterhaltsanspruch des Kindes . unter dem Grundgesetz ein ersatzfähiger „Schaden“?; in: Wolter, Jürgen; Riedel, Eibe; Taupitz, Jochen (Hrsg.), Einwirkungen der Grundrechte auf das Zivilrecht, Öffentliche Recht und Strafrecht – Mannheimer Fakultätstagung über 50 Jahre Grundgesetz; Heidelberg 1999; 197 (zit.: Puhl, Einwirkungen)
- Quantius, Markus*; Die Elternschaftsanfechtung durch das künstlich gezeugte Kind; FamRZ 1998, 1145
- Radin, Margaret J.*; Market – Inalienability; 100 Harvard L. Rev. (1987), 1849
- Rae, Scott B.*; Parental Rights and the Definition of Motherhood in Surrogate Motherhood; 3 S.Cal. Rev. L. & Women's Stud. (1994), 219
- ders.*; The Ethics of Commercial Surrogate Motherhood: Brave New Families?; 1994
- Rameden, David A.*; Frozen Semen as Property in Hecht v. Superior Court: One Step Forward, Two Steps Backward; 62 UMKC L.Rev. (1993), 377
- Ramm, Thilo*; Ehelichkeitsanfechtung und Bundesverfassungsgericht; NJW 1989, 1594
- ders.*; Die Fortpflanzung – ein Freiheitsrecht?; JZ 1989, 861
- ders.*; Kindschaftsreform?; JZ 1996, 987
- ders.*; Jugendrecht; München 1990
- Rao, Radhika*; Reconceiving Privacy: Relationships and Reproductive Technology; 45 UCLA L.Rev. (1998), 1077
- dies.*; Property, Privacy, and the Human Body; 80 B.U.L.Rev. (2000), 359
- Raynor, Steven*; The Adopted Child Comes of Age, London 1980 (zit.: Raynor, Adopted Child)
- Reichman Schiff, Anne*; Solomonic Decisions in Egg Donation: Unscrambling the Conundrum of Legal Maternity; 80 Iowa L. Rev. (1995), 265

Frustrated Intentions and Binding Biology: Seeking Aid in the Law; 44 Duke L.J. (1994), 524

Arising From the Dead: Challenges of Posthumous Procreation; 75 N.C.L.Rev. (1997), 901

Reiman, Jeffrey H.; Privacy, Intimacy and Personhood; 6 Phil. & Pub. Aff. (1976), 26

Reimann, Mathias; Einführung in das US – amerikanische Privatrecht; München 1997 (zit.: Reimann, Privatrecht)

Reinke, Birgit; Das Recht des Kindes auf Kenntnis seiner genetischen Herkunft; Bayreuth 1991 (zit.: Reinke, Recht des Kindes)

Reiss, Claudine R.; The Fear of Opening Pandora's Box: The Need to Restore Birth Parent's

Privacy Rights in the Adoption Process; 28 Sw. U.L. Rev. (1998), 133

Renzikowski, Joachim; Die strafrechtliche Beurteilung der Präimplantationsdiagnostik; NJW 2001, 2753

Robbers, Gerhard; Der Grundrechtsverzicht; Zum Grundsatz "volenti non fit iniuria" im Verfassungsrecht; JuS 1985, 925

Robertson, John A.; Embryos, Families and Procreative Liberty: The Legal Structure of the New Reproduction; S. Cal. L.Rev. 59 (1986), 939

ders.: Children of Choice; Princeton 1994

ders.: In the Beginning: The Legal Status of Early Embryos; 76 Va. L. Rev. (1990), 437

ders.: Procreative Liberty and the Control of Conception, Pregnancy and Childbirth; 69 Va. L. Rev. (1983), 405

ders.: Technology and Motherhood: Legal and Ethical Issues in Human Egg Donation; 39 Case W.Res.L.Rev. (1988), 1

ders.: Liberalism in the Limits of Procreative Liberty: A Response to my Critics; 52 Wash. & Lee L.Rev. (1995), 233

ders.: Posthumous Reproduction; 69 Ind.L.J. (1994), 1027

ders.: Assisted Reproductive Technology and the Family; 47 Hastings L.J. (1996), 911

ders.: Surrogate Mothers: Not so Novel After All; 13 Hastings Ctr. Rep. Oct. 1983, 28

ders.: Procreative Liberty and the State's Burden of Proof in Regulating Noncoital Reproduction; 16 L.Med. & Health Care (1988), 18

Roosevelt, Kermit; The Newest Property: Reproductive Technologies and the Concept of Parenthood; 39 Santa Clara L.Rev. (1998), 79

Ross, Jane O.; A Legal Analysis of Parenthood by Choice, Not Chance; 9 Tex. J. Women & L. (1999), 29

Roth, Andreas; Die Zustimmung eines Mannes zur heterologen Insemination bei seiner Ehefrau; FamRZ 1996, 769

Rothman, Barbara K.; Recreating Motherhood: Ideology and Technology in American Society; in: Bartels, Dianne M.; Beyond Baby M.: Ethical Issues in New Reproductive Techniques; 1990; 9 (zit.: Rothman, Beyond Baby M.)

Roxin, Claus; Sinn und Grenzen staatlicher Strafen; JuS 1966, 377

Rüfner, Wolfgang; Zum Elternbegriff des Grundgesetzes; FamRZ 1963, 153

- Runner, Brenda J.*; Protecting the Husband's Parental Right When His Wife Disputes the Presumption of Legitimacy; 28 J. of Fam.L. (1989), 115
- Russell, Irma S.*; Within the Best Interest of the Child: The Factor of Parental Status in Custody Disputes Arising from Surrogacy Contracts; 27 J.Fam.L. (1989), 585
- Russell-Brown, Sherrie Lynne*; Parental Rights and Gestational Surrogacy: An Argument Against the Genetic Standard; 23 Colum Hum. Rts. L. Rev. (1992), 525
- Sachdev, Paul*; Unlocking the Adoption Files; Lexington, Ky 1989
- Sachs, Michael*; Grundgesetz – Kommentar; 2. Auflage München 1999
- ders.*: "Volenti non fit iniuria" – Zur Bedeutung des Willens des Betroffenen im Verwaltungsrecht; VerwArch. 76 (1985), 398
- Salgo, Ludwig*; Zur Stellung des Vaters bei der Adoption seines nichtehelichen Kindes durch die Mutter und deren Ehemann; NJW 1995, 2129
- Satpathi, Suchitra Jittaun*; Gliding Over Treacherous ice: Fulfillment and Responsibility in the New Reproductive Era; Why Contractual Ordering is Appropriate; 18 Temp. Env't. L. & Tech. J. (1999), 55
- Sass, Hans-Martin*; Extrakorporale Fertilisation und Embryotransfer; in: Flöhl, Rainer, Genforschung – Fluch oder Segen?; Reihe Gentechnologie Chancen und Risiken Band 3; München 1985; 30 (zit.: Sass, Gentechnologie 3)
- Savolainen, Matti*; Finland: More Right for Children; 25 J. of Fam. L. (1986), 113
- Scheffler, Erna*; Ehe und Familie; in: Bettermann, Nipperdey, Scheuner; Die Grundrechte; Bd. IV; 1; Berlin 1960, 245
- Schick, Peter J.*; Strafrechtliche und kriminalpolitische Aspekte der In-vitro-Fertilisation (IVF) und des Embryo-Transfers (ET); in: Bernat, Erwin (Hrsg.); Lebensbeginn durch Menschenhand; Graz 1985; S. 183 (zit.: Schick, Lebensbeginn durch Menschenhand)
- Schilling, Guntram*; Zur Problematik familiärer Geheimnisse am Beispiel der heterologen Insemination; PPM 1995, 16
- Schlegel, Thomas*; Zur Wirksamkeit von Ersatzmutterchaftsverträgen und deren Rechtsfolgen für das Kind; FuR 1996, 116
- ders.*: Zur Analogiefähigkeit der §§ 1593ff BGB in den Fällen der heterologen Insemination – BGH NJW 1995, 2028; JuS 1996, 1067
- ders.*: Die Auswirkungen des Kindschaftsrechtsreformgesetzes auf den Bereich der künstlichen Fortpflanzung; FuR 1996, 284
- Schlüter, Wilfried*; Der werdende Mensch – Familienrechtliche Probleme der Fortpflanzungstechnologie, in: Seesing, Heinz (Hrsg); Technologischer Fortschritt und menschliches Leben, Die Menschenwürde als Maßstab der Rechtspolitik; Teil 1; Rechtspolitische Grundsätze von CDU und CSU zur Fortpflanzungsmedizin; in: Gentechnologie, Chancen und Risiken Band 11; München 1987, 69ff (zit.: Schlüter Gentechnologie 11)
- ders.*: BGB – Familienrecht; 8 Auflage, Heidelberg 1998
- Schmitt Glaeser, Walter*; Schutz der Privatsphäre; in: Isensee, Josef; Kirchhof, Paul (Hrsg.); Handbuch des Staatsrechts der BRD; Band IV; Heidelberg 1989 (zit.: Schmitt Glaeser, Hdb. d. StaatsR)

- Scholz, Rupert*; Instrumentale Beherrschung der Biotechnologie durch die Rechtsordnung, in: 16.. Bitburger Gespräche, Jahrbuch 1986/1; Hrsg: Gesellschaft für Rechtspolitik Trier; München 1986; 59
- Schuck, Peter H.*; The Social Utility of Surrogacy; 13 Harv. J.L.&Pub. Pol'y (1990), 132
- ders.*: Some Reflections on the Baby M. Case; 76 Geo.L.J. (1988), 1793
- Schumacher, Klaus*; Fortpflanzungsmedizin und Zivilrecht; FamRZ 1987, 313
- Schumann, Eva*; Erfüllt das neue Kindschaftsrecht die verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Ausgestaltung des nichtehelichen Vater-Kind-Verhältnisses?; FamRZ 2000, 389
- Schwab, Dieter*; Kindschaftsrechtsreform und notarielle Vertragsgestaltung; DNotZ 1998, 437
- ders.*: Familienrecht; 10. Auflage München 1999
- Schwab, Karl Heinz*; Die neue Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Abstammungsklage; NJW 1956, 649
- Schwab, Dieter; Wagenitz, Thomas*; Einführung in das neue Kindschaftsrecht; FamRZ 1997, 1375
- Schwabe, Jürgen*; Probleme der Grundrechtsdogmatik, Darmstadt 1977
- Schwalm, Georg*; Strafrechtliche Probleme der künstlichen Samenübertragung bei Menschen; Ein Auszug aus der Beratung der Großen Strafrechtskommission; GA 1959, 1
- Schwenzer, Ingeborg*; Vom Status zur Realbeziehung; Baden-Baden 1987
- dies.*: Empfiehlt es sich, das Kindschaftsrecht neu zu regeln? Gutachten A für den 59. Deutschen Juristentag 1992 in Hannover (zit.: Schwenzer, Gutachten)
- dies.*: Ehelichkeitsvermutung und Ehelichkeitsanfechtung; FamRZ 1985, 1
- dies.*: Die Rechtsstellung des nichtehelichen Kindes; FamRZ 1992, 121
- Seavello, Susan F.*; Are You My Mother? A Judges' Decision in In Vitro Fertilisation ; 3 Hastings Women's L. J. (1992), 211
- Seibert, Helga*; Verfassungsrecht und Befruchtungstechnik; in: Lanz-Zumstein, Embryonenschutz und Befruchtungstechnik; Reihe: Gentechnologie, Chancen und Risiken; Band 9; München 1986; 62 (zit.: Seibert, Gentechnologie 9)
- Seidl, Helmut*; Familienrecht; 5 Auflage, München 1999
- Selb, Walter*; Rechtsordnung und künstliche Reproduktion des Menschen; Tübingen 1987 (zit.: Selb, Rechtsordnung)
- Sendler, Horst*; Menschenwürde, PID und Schwangerschaftsabbruch; NJW 2001, 2148
- Serratelli, Arthur*; Surrogate Motherhood Contracts: Should the British or Canadian Model Fill the U.S. Legislative Vacuum?; 26 Geo. Wash. J.Int'l L. & Econ. (1999), 633
- Shah, Monica*; Modern Reproductive Technologies: Legal Issues Concerning Cryopreservation and Posthumous Conception; 17 J.Legal Med. (1996), 547
- Shalev, Carmel*; Birth Power, The Case for Surrogacy; New Haven & London 1989 (zit.: Shalev Birth Power)

- Shaman, Jeffrey M.*; Legal Aspects of Artificial Insemination; 18 Journal of Family Law (1979), 331
- Shanley, Mary Lyndon*; Surrogate Mothering and Women's Freedom: A Critique of Contracts for Human Reproduction; in: Bolin, Patricia; Expecting Trouble; San Francisco u.a. 1995; 156 (zit.: Shanley, Expecting Trouble)
- Shanner, Laura*; The Right to Procreate: When Rights Claims Have Gone Wrong; 40 McGill L.J. (1995), 823
- Shannon, Thomas A.*; Surrogate Motherhood: the Ethics of Using Human Beings; New York 1988
- Shapiro, Michael*; Surrogacy Legislation in California: How (Not) to Think About Surrogacy and Other Reproductive Innovations; 28 U.S.F.L.Rev. (1994), 647
- Shapiro, Michael H.*; *Sonnenblick, Benedene*; The Widow and the Sperm: The Law of Postmortem Insemination; 1 J.L. & Health (1987), 229
- Shapo, Helen S.*; Matters of Life and Death: Inheritance Consequences of Reproductive Technologies; 25 Hofstra L.Rev. (1997), 1091
- Shook-Wiercimok, Donna*; Die Entwicklung der rechtlichen Behandlung der künstlichen Befruchtung in den USA; FamRZ 1986, 859
- Shultz, Marjorie M.*; Reproductive Technology and Intendbased Parenthood: An Opportunity for Gender Neutrality; 1990 Wis. L. Rev., 297
- Schultz, Stephanie F.*; Surrogacy Arrangements: Who are the Parents of a Child Born Through Artificial Reproductive Techniques?; 22 Ohio N.U.L.Rev. (1995), 273
- Shuster, Evelyn*; The Posthumous Gift of Life: The World According to Kane; 15 J.Contemp.Health L.& Pol'y (1999), 401
- Sieck, William A.*; In Vitro Fertilisation and the Right to Procreate: The Right to No; 147 U.Pa.L.Rev. (1998), 435
- Singer, Peter*; *Wells, Deane*; Making Babies: the New Science and the Ethics of Conception; New York 1985
- Silver, Lee M.*; *Silver Susan Remis*; Confused Heritage and the Absurdity of Genetic Ownership; 11 Harv. J.L.& Tech. (1998), 593
- Silvoso, Joseph A.*; Note: Artificial Insemination: A Legislative Remedy; 3 W.St. Univ. L.Rev. (1975), 48
- Sly, Karen Marie*; Baby Sitting Considerations: Surrogate Mother's Right to „Rent Her Womb“ for a Fee; 18 Gonzaga L.Rev. (1982), 539
- Smith, Lauren S.*; The AID Child and In Re Marriage of Adams: Ambiguities in the Illinois Parentage Act (or: Who's your Daddy); 21 Loy.U.Chi.L.J. (1990), 1173
- Smith, Lucinda Ann*; Artificial Insemination: Disclosure Issues; 11 Colum.Hum.Rts.L.Rev. (1979), 87
- Smith, Pamela*; Regulating Confidentiality of Surrogacy Records: Lessons from the Adoption Experience; 31 U. Louisville J. Fam. L. (1992 / 93), 65
- Snyder, Rebecca S.*; Reproductive Technology and Stolen Ova: Who is the Mother?; 16 Law & Inequ. J. (1998), 289
- Soergel, Hans Theodor*; *Siebert, Wolfgang (Hrsg)*; Bürgerliches Gesetzbuch; Band 8, FamR II; 12. Auflage Stuttgart u.a. 1987 (zit.: Soergel/ Bearbeiter, BGB)

- Sorosky, Arthur D.*; The Adoption Triangle: the Effects of the Sealed Records on Adoptees, Birth Parents and Adoptive Parents; New York 1978
- Spellenberg, Ulrich*; Die Possession d'état im französischen Recht; FamRZ 1984, 117
- Starck, Christian*; Die künstliche Befruchtung beim Menschen – Zulässigkeit und zivilrechtliche Folgen; 1. Teilgutachten: Verfassungsrechtliche Probleme; Gutachten A für den 56. Deutschen Juristentag in Berlin 1986; in: Verhandlungen des 56. Deutschen Juristentages; Berlin 1986; herausgegeben von der Ständigen Deputation des Deutschen Juristentages; Band I; Teil A; München 1986; (zit.: Starck Gutachten A)
- ders.*: Das Sittengesetz als Schranke der freien Entfaltung der Persönlichkeit, in: Menschenwürde und freiheitliche rechtsordnung; Festschrift für Willi Geiger zum 65. Geburtstag; Tübingen 1974
- Stasky, William P.*; Family Law; St. Paul 1984
- Staudinger, J. von*; Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch; 4. Buch Familienrecht; 13. Auflage Berlin 1997 (zit.: Staudinger/ Bearbeiter, BGB)
- Steinbock, Bonnie*; Sperm as Property; 6 Stan.L.&Pol'y Rev. (1995), 57
- dies.*: Surrogate Motherhood as Prenatal Adoption; 16 L., Med. & Health Care (1988), 14
- Steindorff, Caroline*; Die UN-Kinderrechtskonvention als Legitimationsgrundlage für Elternrechte?; FuR 1991, 214
- Stern, Klaus*; Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland; Band III / 1; München 1988 (zit.: Stern, StaatsR III / 1)
- Sternberg-Lieben, Detlev*; Gentherapie und Strafrecht; JuS 1986, 673
- Stöcker, Hans A.*; Die UNO-Kinderrechtskonvention und das deutsche Familienrecht; FamRZ 1992, 245
- Strasser, Mark*; Parental Rights Terminations: On Surrogate Reasons and Surrogacy Policies; 60 Tenn. L.Rev. (1992), 135
- Strauss, S.A.*; Triplets to a Surrogate Grandmother in South Africa: Legal Issues; Internat'l Legal Practitioner 1989, 70
- Stumpf, Andrea E.*; Redifining Mother: A Legal matrix for New Reproductive Technologies; 96 Yale L.J. (1986), 187
- Sturm, Gerd*; Probleme eines Verzichts auf Grundrechte; in: Menschenwürde und freiheitliche Rechtsordnung; Festschrift für Willi Geiger zum 65. Geburtstag; Tübingen 1974; 173
- Sutton, Stacey*; The Real Sexual Revolution: Posthumously Conceived Children; 73 St.John's L.Rev. (1999), 857
- Swanson, Hollace S.W.*; Donor Anonymity in Artificial Inesmination: Is It Still Necessary?; 27 Colum.J.L. & Soc. Probs. (1993), 151
- Tate, Julia T.*; Surrogacy: What Progress Since Hagar, Bilhah, and Zilpah; Chicago 1994
- Taupitz, Jochen*; Die Standesordnung der freien Berufe: geschichtliche Entwicklung, Funktionen, Stellung im Rechtssystem Berlin u.a. 1991

- ders.*: Rechtliche Bindung des Arztes: Erscheinungsformen, Funktionen, Sanktionen; NJW 1986, 2851
- ders.*: Die Verantwortung des parlamentarischen Gesetzgebers für Sicherheit, Qualität, Dokumentation und Patientenaufklärung bei medizinisch unterstützter Fortpflanzung sowie für die Einführung neuer Verfahren; in: Arndt, Dietrich; Obe, Günter (Hrsg); Fortpflanzungsmedizin in Deutschland; Baden-Baden 2001, 280 (zit.: Taupitz, Fortpflanzungsmedizin)
- ders.*: Import embryonaler Stammzellen; ZRP 2002, 111
- Trebilcock, Michael; Keshvani, Rosemin*; The Role of Private Ordering in Family Law: A Law and Economics Perspective; U.Toronto L.J. (1991), 41
- Tribe, Laurence H.*; American Constitutional Law; 12. Auflage 1988
- Triseliotis, J.P.*; In Search of Origins: The Experience of Adopted People; London, Boston 1973
- Ullmann, Christian*; Verfassungs- und völkerrechtliche Widersprüche bei der Ratifikation der UNO-Kinderrechtskonvention; FamRZ 1991, 898
- ders.*: Diskussion: Die UNO-Kinderrechtskonvention und das innerstaatliche Recht – Erwiderung auf den Beitrag von Stöcker, FamRZ 1992, 245ff; FamRZ 1992, 892
- Vaskovics, Laszlo; Rost; Harald; Rupp, Marina*; Lebenslage nichtehelicher Kinder; Köln 1997
- Veil, Siegfried*; Über die Indikationsstellung, die bisherigen Erfolge und die rechtlichen Folgen der künstlichen Befruchtung; München 1940 (zit.: Veil, Künstliche Befruchtung)
- Veit, Barbara*; Verwandtschaftliche Elternstellung und elterliche Sorge bei Scheidungskindern; FamRZ 1999, 902
- Verhandlungen des 56. Deutschen Juristentages*; Berlin 1986; herausgegeben von der ständigen Deputation des Deutschen Juristentages, Band II (Sitzungsberichte), München 1986; (zit.: Verhandlungen des 56. DJT Beschlüsse)
- Vitzthum, Wolfgang Graf*; Rechtspolitik als Verfassungsvollzug? Zum Verhältnis von Verfassungsauslegung und Gesetzgebung am Beispiel des Humangenetik-Diskussion; in: Günther, Hans-Ludwig; Keller, Rolf; Fortpflanzungsmedizin und Humangenetik – Strafrechtliche Schranken; Tübingen 1987; 61 (zit.: Vitzthum, Fortpflanzungsmedizin)
- Vogel, Joachim*; Strafrechtsgüter und Rechtsgüterschutz durch Strafrecht im Spiegel der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts; StV 1996, 110
- von Hoffmann, Bernd*; Internationales Privatrecht, 6. Auflage, München 2000
- von Mangoldt, Hermann; Klein, Friedrich*; Das Bonner Grundgesetz, Kommentar; München 1999 (zit.: v. Mangoldt/ Klein/ Starck, GG)

- von Münch, Eva Marie*; Ehe und Familie; in: Benda, Ernst; Maihofer, Werner; Vogel, Hans-Jochen (Hrsg.); Handbuch des Verfassungsrechts; 2. Auflage, Berlin, New York 1994; 293
- von Münch, Ingo; Kunig, Philipp*; Grundgesetz Kommentar; Band 1; 4. Auflage München 1992; (zit.: v.Münch/ Kunig, GG)
- von Sethe, Henning*; Die Durchsetzbarkeit des Rechts auf Kenntnis der eigenen Abstammung aus der Sicht des Kindes; Berlin 1995 (zit.: v.Sethe, Recht auf Kenntnis der Abstammung)
- Wadlington, Walter J.*; Contracts to Bear a Child: The Mixed Legislative Signals ; 29 Idaho L.Rev. (1992-93), 383
- ders.*; Artificial Insemination: The Dangers of a Poorly Kept Secret; 64 Nw. U.L.Rev. (1970), 777
- Wassermann, R*; Die künstliche Befruchtung in juristischer Beleuchtung; Archiv Sexualforschung 2 (1915 / 1916), 347
- Weisberg, D. Kelly*; Alternative Family Structure and the Law; 24 The Family Coordinator (1975), 549
- Weiss, Wendy L.*; Ohio House Bill 419: Increased Openness in Adoption Records Law; 45 Clev. St. L. Rev. (1997), 101
- Wenk, Dawn*; Belsito v. Clark: Ohio's Battle With „Motherhood“; 28 U.Tol.L.Rev. (1996), 247
- Wessels, Johannes*; Strafrecht Allgemeiner Teil; 30. Auflage, Heidelberg 2000
- Wikler, Daniel*; Wikler, Norma J.; Turkey-Baster Babies: The Demedicalization of Artificial Insemination; 69 Milbank Q. (1991), 5
- Wilder, Bruce*; From Bastardy to Cloning: Adoptions of Legal Thought for Unorthodox Reproduction; 26-SPG Hum. Rts. (1999), 23
- Wille, Reinhard*; Die Insemination; Hamburg 1959
- Winkler, Ute*; Wunschkinder über Züchtung? Reproduktionstechnologien, in: Stein, Anne-Dore; Lebensqualität statt Qualitätskontrolle menschlichen Lebens; Berlin 1992, 170
- Wohn, Annette*; Medizinische Reproduktionstechniken und das neue Abstammungsrecht; Bielefeld 2001 (zit.: Wohn, Reproduktionstechniken)
- Wolf, Andrea*; Die Abstammung von durch medizinische Fortpflanzung gezeugten Kindern nach dem Kindschaftsrechtsreformgesetz (KindRG); FuR 1998, 392
- Wolf, Bernhard N.*; Commentary zu: Ellinwood, Lynee; Surrogate Parenting: Spouses are Deemed Lawful Parents of Unrelated Child Born to Surrogate; Cal. Fam. L. Monthly, May 1998 (Issue 5)
- Wuermeling, Hans - Bernhard*; Randerscheinung bei assistierter Fortpflanzung: Schwund der Gleichzeitigkeit der Beteiligten; in Flöhl, Rainer; Genforschung – Fluch oder Segen?; Reihe Gentechnologie Chancen und Risiken Band 3; München 1985; S. 278 (zit.: Wuermeling Gentechnologie 3)
- ders.*; Gesetz und Recht zum ärztlichen Handeln bei Anfang und Ende des menschlichen Lebens; in: Marquard, Odo; Staudinger, Hans Jürgen; Anfang und Ende des menschlichen Lebens: medizinethische Probleme; München 1987; 101.

- Zacharias, Diana*; Zur Abgrenzung von Menschenwürde und allgemeinem Persönlichkeitsrecht; NJW 2001, 2950
- Ziegler, Eberhard; Mäuerle, Karl-Heinz*; Familienrecht; 2. Auflage, Baden-Baden 2000
- Zierl, Gerhard*; Zivilrechtliche Aspekte artifizieller Reproduktion, DRiZ 1986, 302
- Zimmermann, Stefan*; Das neue Kindschaftsrecht; DNotZ 1998, 404
- ders.*: Die heterologe Insemination und das geltende Zivilrecht; FamRZ 1981, 929
- Zimmermann, Reinhard*; Gesellschaft, Tod und medizinische Erkenntnis; Zur Zulässigkeit von klinischen Sektionen; NJW 1979, 569
- Zippelius, Reinhold*; Rechtsphilosophie; 3. Auflage, München 1994
- ders.*: Juristische Methodenlehre, 7. Aufl. München 1999
- Zuck, Rüdiger*; Wie führt man eine Debatte? Die Embryonennutzung und die Würde des Menschen (Art. 1 I GG); NJW 2002, 869
- Zumstein, Monika*; Keimzellenspende – Juristische Thesen; in: Arndt, Dietrich; Obe, Günter (Hrsg.); Fortpflanzungsmedizin in Deutschland; Wissenschaftliches Symposium des Bundesministeriums für Gesundheit in Zusammenarbeit mit dem Robert Koch-Institut vom 24. bis 26. Mai 2000 in Berlin; Baden-Baden 2001; 134 (zit.: Zumstein, Fortpflanzungsmedizin)

