

Donogene Insemination

Verwendung von Spender-Samen zur Herbeiführung einer Schwangerschaft bei homosexuellen (Ehe-)Paaren und alleinstehenden Frauen

Prof. Dr. jur. Jochen Taupitz

Der Beitrag beruht auf einem Vortrag des Autors vor der Ständigen Kommission für Reproduktionsmedizin der Landesärztekammer Hessen am 3.12.2020. Es handelt sich um einen bearbeiteten Nachdruck des Artikels „Assistierte Befruchtung bei homosexuellen Paaren und alleinstehenden Frauen“ von Prof. Dr. jur. Jochen Taupitz, der zuerst in der Neuen Juristischen Wochenschrift NJW (2021, 1430) im C. H. Beck-Verlag München erschienen ist.

A. Samenspende bei Frauenpaaren

I. Das Fehlen spezieller Regelungen

Es gibt in Deutschland keine gesetzliche Regelung, bei welchem Personenkreis eine medizinisch assistierte Befruchtung durchgeführt werden darf, und zwar auch nicht im Samenspenderregistergesetz, wo man eine solche Regelung noch am ehesten vermuten würde.

Es gab zwar die (Muster-)Richtlinie der Bundesärztekammer zur Durchführung der assistierten Reproduktion von 2006 [1]. Gemäß Punkt 3.1.1. sollten „Methoden der assistierten Reproduktion (...) unter Beachtung des Kindeswohls grundsätzlich nur bei Ehepaaren angewandt werden“. Weiter hieß es: „(Sie) können auch bei einer nicht verheirateten Frau angewandt werden, (...) wenn die behandelnde Ärztin/der behandelnde Arzt zu der Einschätzung gelangt ist, dass die Frau mit einem nicht verheirateten Mann in einer fest gefügten Partnerschaft zusammenlebt und dieser Mann die Vaterschaft an dem so gezeugten Kind anerkennen wird.“ Konsequenz dieser Vorgaben war, dass eine Samenspende nicht bei Frauenpaaren verwendet werden sollte.

Allerdings ist eine Richtlinie der Bundesärztekammer für die Ärzte nicht verbindlich. Verbindlich ist nur das Recht der jeweiligen Landesärztekammer, das dabei allerdings durchaus eine Richtlinie der Bundesärztekammer in das eigene Kammerrecht überführen kann. Dies war bei einer Reihe von Landesärztekammern tatsächlich der Fall. Die Landesärztekammern Bayern, Berlin und Brandenburg haben seinerzeit allerdings keine entsprechende Richtlinie erlassen. Umgekehrt hat nur die Richtlinie der Ärztekammer Hamburg vom 13.4.2015 Maßnahmen der assistierten Reproduktion bei Frauen in einer eingetragenen Lebenspartnerschaft ausdrücklich erlaubt.

Der Vorstand der BÄK hat jedoch 2018 beschlossen, dass die (Muster-)Richtlinie gegenstandslos sei [2]. Die stattdessen (gemäß § 16b TPG) erlassene „Richtlinie zur Entnahme und Übertragung von menschlichen Keimzellen im Rahmen der assistierten Reproduktion“ [3] äußert sich nicht zum Kreis der Personen, bei denen fortpflanzungsmedizinische Maßnahmen durchgeführt werden dürfen.

II. Familienrechtliche Konsequenzen

Wenn bei einem Frauenpaar eine Samenspende verwendet wird, ist – wie stets, also auch bei einem heterosexuellen Paar – rechtliche Mutter die Frau, die das Kind geboren hat (§ 1591 BGB).

Vater kann in jedem Fall nur ein Mann sein. Auch ist eine rechtliche Co-Mutterschaft z. B. durch Anerkenntnis in Deutschland bisher nicht möglich.

Das bedeutet: Wenn die Frau nicht mit einem Mann verheiratet ist, kein Mann die Vaterschaft anerkennt und die Vaterschaft des Samenspenders auch nicht gerichtlich festgestellt wird (vgl. § 1592 BGB), hat das Kind nur einen Elternteil und nur eine familiäre Linie. Beides betrifft sowohl Frauenpaare als auch alleinstehende Frauen. Einen zweiten Elternteil kann das Kind allenfalls nach der Geburt durch das aufwendige Verfahren der (Stiefkind-)Adoption (auch seitens der Partnerin der Mutter) erhalten. Dieses Ergebnis führt zu der Frage, ob eine medizinisch assistierte Befruchtung nicht unzulässig ist, wenn damit – jedenfalls zunächst – eine Solo-Mutterschaft herbeigeführt wird.

III. Keine künstliche Befruchtung, wenn eine Solo-Mutterschaft absehbar ist?

1. Verfassungsrechtliche Grundlagen

Die verfassungsrechtlichen Grundlagen sind nur kurz zu skizzieren: Ein Verbot der medizinisch assistierten Befruchtung bei Frauenpaaren und auch bei Solo-Frauen greift in ihr Recht auf Fortpflanzung und auf Familiengründung (Art. 6 Abs. 1 GG) sowie in ihr allgemeines Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) ein. Betroffen ist darüber hinaus die Berufsfreiheit des Fortpflanzungsmediziners (Art. 12 Abs. 1 GG). Ein entsprechendes Verbot bedarf damit einer hinreichend tragfähigen Begründung.

2. Argumente und Gegenargumente zur Zulässigkeit der Solo-Mutterschaft

a) Ein mögliches Argument gegen eine medizinisch assistierte Befruchtung bei Frauenpaaren oder alleinstehenden Frauen und insbesondere gegen die Herbeiführung einer daraus resultierenden Solo-Mutterschaft könnte eine damit einhergehende Kindeswohlgefährdung sein. Ein „klassisches“ Argument besteht darin, dass ein Kind zu seiner angemessenen psychischen und sexuellen Entwicklung eines Vaters und einer Mutter bedürfe. Für Kinder, die bei zwei lesbischen Frauen aufwachsen, liegen jedoch gute empirische Daten vor, die einen normalen Verlauf der kindlichen Entwicklung bis ins Jugendlichenalter dokumentieren [4]. Auch bezogen auf eine Solo-Mutterschaft zeigen die (allerdings wenigen) empiri-

schen Daten keine psychischen Auffälligkeiten bei den Kindern [5]. Im Gegenteil: Wenn Eltern versuchen, die Zeugungsart geheim zu halten, birgt das ein erhebliches Konfliktpotenzial, weil Kinder nicht selten unbeabsichtigt oder von Dritten von der Zeugungsart erfahren. Dies ist bei lesbischen Paaren eher unwahrscheinlich: Die Aufklärungsrate ist bei ihnen höher als bei heterosexuell gezeugten Kindern bzw. die Aufklärung erfolgt zu einem früheren Zeitpunkt [6].

- b) Die Rechtsprechung geht in unterschiedlichen Zusammenhängen vom „Zwei-Eltern-Modell“ aus. Allerdings mag das der Regelfall einer gesetzlichen Regelung sein, ist aber z. B. im „Gesetz zur Regelung des Rechts auf Kenntnis der Abstammung bei heterologer Verwendung von Samen“ (unter Einschluss des Samenspenderegistergesetzes) von 2017 gerade nicht umgesetzt worden. § 1600d Abs. 4 BGB lautet seitdem: „Ist das Kind durch eine ärztlich unterstützte künstliche Befruchtung in einer Einrichtung der medizinischen Versorgung im Sinne von § 1a Nummer 9 des Transplantationsgesetzes unter heterologer Verwendung von Samen gezeugt worden, der vom Spender einer Entnahmeeinrichtung im Sinne von § 2 Absatz 1 Satz 1 des Samenspenderegistergesetzes zur Verfügung gestellt wurde, so kann der Samenspender nicht als Vater dieses Kindes festgestellt werden.“ Das bedeutet, dass dem Kind ein zweiter Elternteil in dieser Situation [7] allenfalls durch ein Vaterschaftsanerkennnis des Samenspenders zukommen kann (§ 1594 BGB), wobei dieses allerdings nach verbreiteter Auffassung erst nach der Zeugung des Kindes möglich ist und zusätzlich der Zustimmung der Mutter bedarf (§ 1595 Abs. 1 BGB).

Die zweite Möglichkeit besteht in der Adoption, bei Frauenpaaren auch durch die Partnerin der Mutter. Auch dies führt aber allenfalls nach der Geburt des Kindes zu einem zweiten Elternteil und ist wie das Vaterschaftsanerkennnis mit Unsicherheiten behaftet.

Zwar hat der Gesetzgeber bei Schaffung des § 1600d Abs. 4 BGB in der Gesetzesbegründung abwiegelnd darauf hingewiesen, dass regelmäßig der intendierte Vater die elterliche Verantwortung übernehmen wolle [8]. Und dieses Argument greift bei einer alleinstehenden Frau naturgemäß nicht (sehr wohl aber, wenn es um ein Frauenpaar geht und die Partnerin der Mutter bereit ist, das Kind zu adoptieren). Aber der Gesetzgeber hat die medizinisch assistierte Befruchtung gerade nicht auf Paare beschränkt. Seine für den Regelfall geltenden Motive können deshalb nicht in das geltende Recht als zwingende Voraussetzung hineininterpretiert werden.

- c) Gelegentlich wird darauf hingewiesen, dass die künstliche Befruchtung „medizinisch indiziert“ sein müsse, was sich u. a. aus § 6 TPG-GewebeVO ergebe [9]. Eine medizinische Indikation im Sinne einer fehlenden biologischen Funktion bzw. einer Fertilitätsstörung sei jedoch bei der Behandlung von alleinstehenden Frauen oder Frauenpaaren nicht gegeben. Dem ist allerdings entgegenzuhalten, dass der Ehestatus bzw. der Status als „Partner“ keinen Einfluss auf die medizinische Bewertung hat und dass eine „wunscherfüllende Medizin“ nicht verboten ist.

Nicht tragfähig ist auch das Argument, dass der Gesetzgeber dem Mediziner implizit eine besondere Verantwortung bei der Auswahl der zu behandelnden Personengruppen zugewiesen habe [10]. Denn es steht dem ärztlichen Berufsstand nicht an, ein Werturteil über die „richtige“ Familienform zu treffen und fortpflanzungswilligen Frauen eine medizinisch mögliche Maßnahme vorzuenthalten. Immerhin umfasst der gesellschaftliche und rechtliche Familienbegriff heute sowohl verheiratete als auch unverheiratete, verschiedengeschlechtliche und gleichgeschlechtliche Paare mit gemeinsamen oder nicht gemeinsamen Kindern [11].

- d) **Fazit:** Ein rechtliches Verbot, bewusst ein Kind in eine Situation hinein zu erzeugen, in der es bei einem gleichgeschlechtlichen Paar – jedenfalls zunächst – nur einen rechtlichen Elternteil haben wird, gibt es nicht. Allerdings sei ausdrücklich darauf hingewiesen, dass es sich bei der medizinisch assistierten Befruchtung stets um eine Gewissensentscheidung des Arztes handelt: Nach § 10 Embryonenschutzgesetz (ESchG) ist niemand verpflichtet, eine künstliche Befruchtung vorzunehmen oder an ihr mitzuwirken. Einen entsprechenden Anspruch des Paares gegen den Arzt gibt es also nicht.

- f) Abschließend ist allerdings noch zu prüfen, ob die medizinisch assistierte Befruchtung bei einem Frauenpaar oder bei einer alleinstehenden Frau finanzielle Risiken für den Fortpflanzungsmediziner beinhaltet. Immerhin wird in der Literatur vereinzelt befürchtet, dass dann, wenn die Zuordnung eines zweiten Elternteils scheitert, das Kind versucht sein könne, „eine Mitschuld für diesen Umstand später bei (...) dem jeweils behandelnden Arzt (...) zu suchen“ [12]. Erfolgreich wäre das Kind jedoch bei seinem Versuch nicht – vorausgesetzt, es liegt nicht nach allgemeinen Grundsätzen ein Aufklärungs- oder Behandlungsfehler vor. Die Mitwirkung bei der Zeugung von Kindern alleinstehender Frauen oder von Frauenpaaren löst als solche keine Unterhaltsansprüche des Arztes aus. Sie ist auch keine zum Schadensersatz verpflichtende Handlung. Das ist anders in der sogenannten Fallkonstellation „Kind als Schaden“: Hier kommt es zu einem Unterhaltsanspruch, wenn durch schuldhaftes Pflichtverletzung eines Arztes ein Kind geboren wird, das nicht geboren worden wäre, wenn der Arzt *lege artis* gehandelt hätte, z. B. eine genetische Schädigung rechtzeitig erkannt und die Frau darüber aufgeklärt hätte, so dass die Frau das Kind hätte abtreiben lassen. In der Verwendung einer Samenspende bei alleinstehenden Frauen und Frauenpaaren liegt demgegenüber aber keine Pflichtverletzung des Fortpflanzungsmediziners. Die Verwendung einer Samenspende bei alleinstehenden Frauen und Frauenpaaren begründet daher kein besonderes finanzielles Risiko für ihn.

B. Samenspende bei Männerpaaren

Männerpaare benötigen zur Fortpflanzung eine Frau [13]. Eine Leihmutter ist jedoch nach § 1 Abs. 1 Nr. 7 ESchG verboten. Damit ist schwulen Paaren in Deutschland die Gründung einer Familie mit einem Kind, das mit einem der Partner genetisch

verbunden ist, verwehrt, sofern die das Kind austragende Frau bereit ist, ihr Kind nach der Geburt auf Dauer Dritten zu überlassen. Der Fortpflanzungsmediziner, der gleichwohl eine künstliche Befruchtung bei der Frau durchführt, macht sich strafbar [14].

C. Zusammenfassung

- I. Die Verwendung von Samen bei Frauenpaaren und bei allein-stehenden Frauen ist in Deutschland zulässig.
- II. Es gibt auch keine überzeugenden Gründe, einer Frau die medizinisch assistierte Befruchtung zu verweigern, wenn sie in einer gleichgeschlechtlichen Beziehung oder ohne Partner/ Partnerin lebt.
- III. Nach § 10 ESchG ist allerdings niemand verpflichtet, eine künstliche Befruchtung vorzunehmen oder an ihr mitzuwirken.
- IV. Ein Fortpflanzungsmediziner, der eine künstliche Befruchtung bei einer Leihmutter durchführt, macht sich strafbar. Deshalb

ist schwulen Paaren in Deutschland die Gründung einer Familie mit Hilfe einer Leihmutter nicht möglich.

Prof. Dr. jur. Jochen Taupitz

Zum Autor: Lehrstuhlinhaber für Bürgerliches Recht, Zivilprozessrecht, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung an der Universität Mannheim; Geschäftsführender Direktor des Instituts für Deutsches, Europäisches und Internationales Medizinrecht, Gesundheitsrecht und Bioethik der Universitäten Heidelberg und Mannheim; Vorsitzender der Zentralen Ethikkommission der Bundesärztekammer. Kontakt via E-Mail: haebl@laekh.de



Foto: privat

Literatur: Online-Ausgabe 09/2021, www.laekh.de

Kommentar

Die assistierte Reproduktion ist ein Spezialbereich der Medizin, welcher seit der Geburt von Louise Brown 1978 für äußerst kontroverse Diskussionen gesorgt hat. Anders als in vielen anderen Bereichen der Medizin finden hier weltanschauliche, religiöse und ganz persönliche, auf der eigenen Erfahrung beruhende Sichtweisen Eingang in die Diskussion. Nur so ist zu verstehen, dass nicht nur weltweit, sondern in unmittelbar benachbarten Ländern Europas und sogar innerhalb der Bundesrepublik unterschiedliche Regelungen für die Durchführung der Reproduktionsmedizin gelten.

Der Umstand, dass das Recht auf eigenbestimmte Fortpflanzung und Familiengründung mittlerweile Frauenpaaren gestattet, Nachkommen durch eine assistierte Fortpflanzung zu bekommen, zeigt, wie veränderte gesellschaftliche Normen auch Eingang in Regelungen für die Reproduktionsmedizin nehmen können. Bedauerlicherweise sind viele der Neuerungen erst durch Klagen von Betroffenen zustande gekommen.

So ist in einem Urteil des OLG Celle (24. März 2021; Az. 21 UF 146/20) mittlerweile das Verbot der Herbeiführung einer Schwangerschaft bei einer alleinstehenden Frau (Solo-Mutterschaft) als verfassungswidrig angesehen worden und die Klage ans Bundesverfassungsgericht zur weiteren Entscheidung weitergegeben worden. Das allen Regelungen zugrunde liegende Embryonenschutzgesetz (als Strafgesetz) aus dem Jahre 1991, zuletzt geändert 2011, ist nach allgemeiner Einschätzung nicht mehr zeitgemäß. So ist die Kryokonservierung von Embryonen nur in Ausnahmefällen gestattet und die Eizellspende sowie die Leihmutter-schaft sind verboten. Es wäre dringend zu wünschen, dass in naher Zukunft eine Novellierung des Embryonenschutzgesetzes erfolgt. Zu befürchten ist, dass aufgrund der vielfältigen unterschiedlichen Sichtweisen, basierend auf zum Teil gegensätzlichen religiösen, weltanschaulichen und wissenschaftlichen Erkenntnissen, eine Neufassung des Embryonenschutzgesetzes für Politiker unattraktiv ist. Das bedeutet, dass wir uns weiterhin mit Teilerfolgen, wie den in diesem Beitrag beschriebenen, zufrieden geben müssen.

Es stellt sich deshalb abschließend noch die Frage, welche statusrechtlichen Voraussetzungen für Personen nachgefragter assistierter Reproduktion vorliegen müssen. Die berufsrechtliche Lage im Bereich der Landesärztekammer Hessen stellt sich aktuell wie folgt dar: Durch die kürzlich erfolgte Satzungsänderung der Berufsordnung für Ärztinnen und Ärzte in Hessen vom 28.11.2020, in Kraft seit dem 01.12.2020 (HÄBL 1/2021, S. 31) wird für den hier beschriebenen Bereich § 13 Absatz 1 Satz 2 der Berufsordnung in der Fassung vom 19.03.2019 (HÄBL 6/2019, S. 396) gestrichen und die bislang geltende „Richtlinie zur Durchführung der assistierten Reproduktion“ aufgehoben. Damit entfällt gänzlich die unmittelbar und ausschließlich im Berufsrecht gründende Prüfung der rechtlichen Voraussetzungen in statusrechtlicher Hinsicht nach assistierter Reproduktion, unbeschadet der gesetzlichen Regelungen im nationalen Recht oder gegebenenfalls im anzuwendenden europäischen Recht.

Dies bedeutet konkret den Wegfall der den Personenkreis für nachgefragte assistierende Reproduktion einengenden Bestimmung des Punktes 3.1.1. der hessischen Richtlinie zur Durchführung der assistierten Reproduktion i. d. F. der Änderung vom 01.10.2014 (HÄBL 11/2014, S. 662). Auch in der geltenden „Richtlinie der Bundesärztekammer zur Entnahme und Übertragung von menschlichen Keimzellen im Rahmen der assistierten Reproduktion“ (DÄBL vom 11.05.2018) wird eine Prüfung der rechtlichen Voraussetzungen in statusrechtlicher Hinsicht nicht mehr erwähnt.

**Prof. Dr. med. Dr. h. c. mult.
Hans-Rudolf Tinneberg**
(Vorsitzender),
Holger Tanzki
(Stellvertretender Vorsitzender)

beide: Ständige Kommission Reproduktionsmedizin
der Landesärztekammer Hessen

Literatur zum Artikel:

Donogene Insemination

Verwendung von Spender-Samen zur Herbeiführung einer Schwangerschaft bei homosexuellen (Ehe-)Paaren und alleinstehenden Frauen

von Prof. Dr. jur. Jochen Taupitz

- [1] Deutsches Ärzteblatt (DÄBl) 2006, A-1392.
- [2] DÄBl 2018, A-1096.
- [3] Abrufbar unter https://www.bundesärztekammer.de/fileadmin/user_upload/downloads/pdf-Ordner/RL/Ass-Reproduktion_Richtlinie.pdf.
- [4] Leopoldina, Fortpflanzungsmedizin in Deutschland – für eine zeitgemäße Gesetzgebung, 2019, S. 62
- [5] Leopoldina, Fortpflanzungsmedizin in Deutschland – für eine zeitgemäße Gesetzgebung, 2019, S. 62.
- [6] Leopoldina, Fortpflanzungsmedizin in Deutschland – für eine zeitgemäße Gesetzgebung, 2019, S. 59 f.
- [7] Anders ist es bei der privaten Spende („Becherspende“), die nicht medizinisch assistiert durchgeführt wird.
- [8] BT-Drucksache 18/11291, S. 35.
- [9] Wehrstedt, MittBayNot 2019, 122, 126.
- [10] So aber Wehrstedt, MittBayNot 2019, 122, 127.
- [11] Leopoldina, Fortpflanzungsmedizin in Deutschland – für eine zeitgemäße Gesetzgebung, 2019, S. 62.
- [12] Siehe Wehrstedt, MittBayNot 2019, 122, 127.
- [13] Eine Ektogenese, also eine Aufzucht menschlicher Embryonen in einer künstlichen Gebärmutter, ist gemäß § 2 Abs. 2 ESchG verboten.
- [14] § 1 Abs. 1 Nr. 7 ESchG. Nicht bestraft wird allerdings die Leihmutter und die Person, die das Kind auf Dauer bei sich aufnehmen will (§ 1 Abs. 3 Nr. 2 ESchG).