DAGMAR COESTER-WALTJEN

Zivilrechtliche Aspekte der Gentechnologie außerhalb der Haftungsfragen

Überlegungen über die zivilrechtlichen Aspekte der Gen-Technologie außerhalb der Haftungsfragen konzentrieren sich im wesentlichen auf Sachverhalte der künstlichen Befruchtung, bei denen die Gen-Technik im eigentlichen Sinne nur am Rande auftaucht; von der Regelungsmaterie her sind vor allem familienrechtliche Fragen, insbesondere die Eltern-Kind-Zuordnung angesprochen. Das Problem der Zulässigkeit des Vorgehens stellt sich im Zivilrecht hauptsächlich in Verbindung mit der Frage nach der Wirksamkeit einer Vereinbarung, d. h. also nach der Bindung der Parteien an eine getroffene Abmachung und nach eventuellen Schadensersatzpflichten bei Fehlverhalten eines Parts. Die Feststellung, daß ein Zeugungsakt unzulässig ist, hat keine unmittelbaren zivilrechtlichen Auswirkungen. Diese spezielle zivilrechtliche Ausgestaltung des Zulässigkeitsproblems soll zunächst – ohne im einzelnen auf konkrete Abmachungen einzugehen – anhand von Grundwertungen für die Vereinbarungen im Bereich der Befruchtungstechnik und der Gen-Technik erörtert werden.

Verträge im Zusammenhang mit Befruchtungs- und Gen-Technik können vor allem daran scheitern, daß sie nach § 138 BGB wegen Verstoßes gegen die guten Sitten unwirksam sind. Dabei ist allerdings zu beachten, daß über die Beurteilung der Sittenwidrigkeit nach § 138 BGB die Wertungen der Rechtsordnung keineswegs denen der Sittenordnung angeglichen werden. Zum einen wird über § 138 BGB nur verhindert, daß die Rechtsordnung sich in den Dienst des Unsittlichen stellt, insbesondere Unsittliches rechtlich erzwingbar macht;[1] zum anderen ist Gegenstand des Sittenwidrigkeitsurteils nicht das Verhalten der Beteiligten, sondern der *Inhalt* des zu beurteilenden Rechtsgeschäfts, der sich allerdings auch aus dem Zweck des Geschäfts, aus den Absichten der Beteiligten ergeben kann.[2] Schließlich übernimmt das Recht keineswegs die Maßstäbe einer Hochethik, sondern orientiert sich an den Minimalstandards der Sozialethik.[3]

Die erste Überlegung, die die Funktion des Sittenwidrigkeitsverdikts im Zivilrecht betrifft, entfaltet bei der hier zu behandelnden Problematik besondere Bedeutung: Wie bereits oben erwähnt, stellen sich die entscheidenden Rechtsfragen vor allem bezüglich der Verantwortung für die Folgen einer künstlichen Zeugung oder eines gentechnischen

[1] *Medicus,* Allg. Teil, Rz. 680.
[2] *Medicus,* Allg. Teil, Rz. 685, 688.
[3] *Medicus,* Allg. Teil, Rz. 680; *Henkel,* Einführung in die Rechtsphilosophie, 1964, S. 133; *Staudinger/H. Dilcher,* § 138 Rz. 5.

Eingriffs, die Durchsetzung eines Zeugungsakts steht hingegen praktisch nicht zur Diskussion.[4] Hält man eine Vereinbarung für sittenwidrig, so begibt man sich der Möglichkeit, die *vertragsrechtlichen* Instrumentarien der Verantwortlichkeit für die jeweilige Handlung einsetzen zu können. Unter dem Aspekt der Verantwortung erscheint es daher angebracht, das Sittenwidrigkeitsurteil sparsam und zurückhaltend einzusetzen.

Ist – wie oben erwähnt – Gegenstand des Sittenwidrigkeitsurteils der Inhalt des Rechtsgeschäft und nicht das Verhalten der Beteiligten, so kann die Bewertung sich nur auf die einzelnen Rechtsgeschäfte, nicht jedoch auf den Gesamtakt, beispielsweise eine künstliche Befruchtung beziehen.

Kommen wir schließlich zum dritten, oben erwähnten Grundsatz für die Bewertung der Sittenwidrigkeit, nämlich dem Maßstab. Dieser wird u. a. von den Wertungen des Grundgesetzes beeinflußt;[5] jedoch besteht auch hier keine Kongruenz: zum einen begründet – zumindest nach einer allerdings nicht unbestrittenen Meinung – nicht jede Vernachlässigung der verfassungsrechtlichen Wertordnung im Rechtsverkehr zwischen Privaten ohne weiteres die Sittenwidrigkeit,[6] zum anderen kann ein für die verfassungsmäßige Ordnung irrelevantes Verhalten das Unwerturteil der Rechtsordnung hervorrufen. Konkret werden im Zusammenhang mit der Bewertung von Vereinbarungen im Bereich der Befruchtungs- und Gen-Technik häufig drei Gesichtspunkte angesprochen, aus denen das Sittenwidrigkeitsverdikt für die eine oder andere Gestaltung hergeleitet wird. Diese Gesichtspunkte stammen überwiegend aus dem Bereich des Verfassungsrechts, und ich hoffe, daß mir meine verehrten verfassungsrechtlichen Kollegen nicht gram sind, wenn ich mich unter dem Mäntelchen der Sittenwidrigkeitsbetrachtung auf ihr Gebiet begebe und für meinen zivilrechtlichen Bereich andere Schlüsse ziehe, als sie teilweise zu ziehen bereit sind.

Der erste Gesichtspunkt betrifft die Würde der Menschheit insgesamt (Art. 1 GG) und die soziale Gleichheit aller Menschen (Art. 3 GG), die gefährdet sind, wenn über Befruchtungs- und Gen-Technologie Menschenzüchtung versucht oder gar betrieben wird. Daß das Verdikt der Sittenwidrigkeit über alle Verträge zu fällen ist, die eine Menschenzüchtung, d. h. die planmäßige Beeinflussung und Steuerung der Fortpflanzung und Vererbung im Hinblick auf ein angestrebtes Menschenbild, zum Ziele haben, bedarf wohl keiner näheren Ausführungen. In der Praxis spielen derartige Probleme aber zumindest im Augenblick noch keine Rolle: Die Gen-Technologie ist noch nicht so weit entwickelt, daß sie gezielte Eingriffe ermöglicht. Die Befruchtungstechnik hat in der Regel eine ganz andere Zielsetzung: Es geht den Wunscheltern zumindest bisher üblicherweise nicht darum, einen „kleinen Einstein" in die Welt zu setzen, vielmehr

[4] In dieser Frage würde sich statt Bejahung der Sittenwidrigkeit auch die Möglichkeit eröffnen, die Vereinbarung zwar für wirksam, aber für nicht durchsetzbar zu halten, wie z. B. die Verlobung, die Wettverbindlichkeit und andere unvollständige Verbindlichkeiten; ausführlich zu diesem Aspekt bei der Ersatzmutterschaft: *Coester-Waltjen*, NJW 1982, 25, 28.

[5] H. M., s. *Medicus*, Allg. Teil, Rz. 694 m. w. N.

[6] *Medicus*, Allg. Teil, Rz. 694; *Staudinger/H. Dilcher*, § 138 Rz. 11; dazu auch BVerfG 7, 198, 206; *Larenz*, § 22 III a.

streben sie die Zeugung eines Kindes an, das mit ihnen eine möglichst enge genetische[7] oder zumindest biologische[8] Verbindung hat.

Das zweite Argument, das vor allem bei Ersatz- und Tragemutterschaftsvereinbarungen, aber auch in Verbindung mit sonstigen Befruchtungs-Techniken als Indikator für die Sittenwidrigkeit eingesetzt wird, ist die unverzichtbare Menschenwürde der Frau. Diesem Argument fehlt jedoch Überzeugungskraft. Lassen sie mich dies in ein paar Sätzen darlegen.

Die Berufung auf eine Gefahr der Ausbeutung von Frauen, der Benutzung einer Frau als Gebärmaschine in diesem Zusammenhang,[9] erscheint in einer Zeit, in der sich das Selbstbestimmungsrecht der Frau über ihren eigenen Körper sogar gegenüber dem Schutz ungeborenen Lebens in weitem Umfang durchsetzen konnte,[10] verfehlt: Die Frau muß nicht vor sich selbst geschützt werden. Einer Kommerzialisierung der Gebärfreudigkeit der Frau läßt sich durch eine Beseitigung eines eventuellen kommerziellen Elementes in den entsprechenden Vereinbarungen begegnen. Es reicht unter diesem Aspekt aus, wenn man Entgeltvereinbarungen als sittenwidrig ansieht oder ausdrücklich verbietet. Die Würde einer Frau als Mutter könnte möglicherweise verletzt sein, wenn man eine Frau zwingen würde, ein von ihr geborenes Kind abzugeben. Ein derartiger Zwang besteht jedoch – wie auch noch im einzelnen darzulegen sein wird – nicht. Das deutsche Recht bindet eine Frau nicht einmal an eine vor Geburt oder innerhalb der ersten acht Wochen nach Geburt gegebenen Zustimmung zur Adoption. Noch viel weniger kann eine vertragliche Abmachung bindende Wirkung entfalten. Daß eine Frau freiwillig ein von ihr geborenes Kind an andere Personen als Eltern abgibt, ist ein aus der Adoption bekannter und von der Gesellschaft grundsätzlich akzeptierter Vorgang. Die Besonderheit, daß im Rahmen von Vereinbarungen über künstliche Befruchtungen ein Kind mit dem Bewußtsein der späteren Abgabe an andere gezeugt werden soll, erfordert keine anderer Wertung. Dies zeigen Überlegungen zur parallelen Situation bei natürlichen Zeugungen: Nicht selten findet ein Geschlechtsverkehr mit dem dolus eventualis einer daraus resultierenden Schwangerschaft in dem Bewußtsein statt, daß eine solche Schwangerschaft notfalls abgebrochen werden kann. Entschließt sich in einem solchen Fall die Frau während der Schwangerschaft dazu, das Kind zur Welt zu bringen und durch andere adoptieren zu lassen, oder war dies von Anfang an ihre Motivation, so wird hierin eine zwar unter sittlichem Gesichtpunkt bedenkliche, rechtlich aber akzeptable Entscheidung gesehen; keinesfalls wird der gesamte Vorgang als menschenunwürdig klassifiziert. Sauberkeit und Ehrlichkeit in der Argumentation verbieten daher, die Würde der Frau als Argument für die Sittenwid-

[7] So bezüglich beider Elternteile bei der homologen in vitro Fertilisation und der homologen Insemination; für einen Elternteil bei der heterologen Insemination, der Eispende, der Ersatz- und der Tragemutterschaft.

[8] So durch das Bestreben nach Erlebnis der Schwangerschaft der Wunschmutter bei der heterologen Insemination, der Ei- und der Embryospende.

[9] Sozialdemokratische Vorschläge zur Lösung von Problemen der Unfruchtbarkeit und der Anwendung gentechnologischer Methoden beim Menschen, Politik IX/185, S. 8; Family Law Council (Australien), Creating Children, 1985, S. 69.

[10] S. beispielsweise die weitgehende Nichtpönalisierung des Schwangerschaftsabbruchs im deutschen Recht (§ 218a StGB), im österreichischen Recht (§§ 96 ff. StGB), zur grundsätzlichen US-amerikanischen Einstellung: *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973).

rigkeit einer Vereinbarung, mit der sie ihre Absicht, ein Kind später abzugeben, zum Ausdruck bringt, einzusetzen. Der Vorschlag der Arbeitsgruppe „In-vitro-Fertilisation, Genomanalyse und Gentherapie" dahin, daß eine Verletzung der Menschenwürde der Frau nur bei altruistischer Motivation und naher Verwandschaftsbeziehung zwischen Ersatzmutter und Wunschmutter zu verneinen sein sollte,[11] überzeugt demgegenüber nicht: Die Motivation ist nur schwer erkennbar und bietet damit kein sicheres Abgrenzungskriterium; die Beschränkung auf Verwandte ist willkürlich. Auf einer ganz anderen Ebene liegt die Frage, in welchem Umfang eine solche Vereinbarung Bindungskraft entfalten kann, da auch rechtlich wirksame Vereinbarungen unerzwingbar sein können.

Schließlich werden die Würde und das Wohl des Kindes als Argument für die Sittenwidrigkeit befruchtungstechnischer Abmachungen eingesetzt. Diese Argumentation überzeugt allerdings bereits vom Ansatz her nicht: Die Würde und das Wohl welchen Kindes sollen hier verletzt sein? Im Mittelpunkt der Argumentation steht ein Kind, welches ohne die fragliche Vereinbarung nicht geboren worden wäre. Wie aber kann die Würde eines Kinders verletzt sein, welches es ohne diese Verletzung nicht gäbe, welches also auch nicht Träger von Würde sein könnte? Wenn man davon ausgeht, 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 nicht ein verfassungsmäßig geschütztes – Recht, nicht zu leben oder nicht geboren zu werden; in der deutschen Rechtsordnung gibt es nicht einmal einen Schadensersatzanspruch des Kindes für sogenanntes wrongful life.[12]

Der Entschluß, keine Kinder in die Welt zu setzen, ist keine Entscheidung zum Wohle des nicht gezeugten Kindes, sondern eine – möglicherweise durchaus achtenswerte – Entscheidung über die eigene Verantwortung. Hinzu kommt, daß alle Aussagen über das künftige Wohl des Kindes vor Zeugung spekulativ sein müssen und in diesem Zusammenhang anmaßend erscheinen. Gerade im Bereich der Befruchtungs- und Gen-Technik sollte man sich klarmachen, daß zwar vieles machbar, aber keineswegs alles vorhersehbar geworden ist. Zu den nicht vorhersehbaren Dingen gehören Glücksgefühl, Zufriedenheit, Erfüllung und die sonstigen Werte unserer überwiegend christlich-humanistisch geprägten Ordnung. Die Gesellschaft ist nicht berufen zu entscheiden, ob Kinder hieran teilhaben werden, um aus einer negativen Antwort ein Recht zur Verhinderung der Zeugung dieser Kinder herzuleiten. Kindeswohl und Kindeswürde sind daher weder als Kriterien für die Sittenwidrigkeit einer Vereinbarung über die Zeugung eines Kindes geeignet, noch können sie rechtspolitisch eingesetzt werden, um de lege ferenda Zeugungen im Bereich der Gentechnik oder der Befruchtungstechnik zu verbieten oder zu beschränken.

Sowohl im Rahmen der Entscheidung über die Sittenwidrigkeit als auch bei der Diskussion gesetzgeberischer Initiativen sollte man sich viel stärker auf ein anderes verfassungsmäßig garantiertes Recht – die freie Entfaltung der Persönlichkeit – besinnen, die auch das Recht umfaßt, in so persönlichen und intimen Angelegenheiten wie

[11] Arbeitsgruppe „In-vitro-Fertilisation etc", S. 24 (2.2.4.2.2.1)
[12] BGH v. 13. 1. 1983, NJW 1983, 1371.

der Fortpflanzung frei von staatlichen Eingriffen und Regulierungen zu sein. Neben das Prinzip der Verantwortung, das bereits oben angesprochen wurde und bei Aufrechterhaltung der Abmachungen zur vollen Entfaltung kommen kann, sollte das Prinzip der Toleranz treten. Dies bedeutet nicht, daß alle Vereinbarungen auf diesem Gebiet wirksam und von der Rechtsordnung anerkannt sein müßten: Oben wurde bereits ausgeführt bzw. angedeutet, daß Abmachungen zur Menschenzüchtung und die Kommerzialisierung der Fortpflanzung auch den Minimalstandards der Sozialethik nicht standhalten, sondern als sittenwidrig zu bezeichnen sind. Auch aus anderen Gründen sind einige Verträge in diesen Bereichen unwirksam. So können Rechtsgeschäfte beispielsweise die Rechte des zu zeugenden Kindes nicht beschneiden,[13] da es keine Verträge zu Lasten Dritter gibt. Erklärungen, daß das Sperma erst nach dem eigenen Tod zu einer Befruchtung verwendet werden soll (sogenannte postmortale Insemination), sind unwirksam, weil das Bestimmungsrecht über die Verwendung des eigenen Samens mit dem Tod des Bestimmungsberechtigten sein Ende findet. Die Bestimmung kann nicht im voraus, sondern nur für eine konkrete, unmittelbar bevorstehende Zeugung erteilt werden; das Bestimmungsrecht ist als Teil des Persönlichkeitsrechts nicht übertragbar. Der Kernbereich der Abmachungen auf diesem Gebiet, beispielsweise über eine künstliche Insemination oder über eine In-vitro-Befruchtung, über eine Ersatz- oder eine Tragemutterschaft, unterliegt aber trotz gewisser gewichtiger sittlicher Bedenken nach den obigen Grunderwägungen nicht grundsätzlich dem Sittenwidrigkeitsverdikt.

Die zivilrechtlichen Probleme der Gentechnologie sind damit aber keineswegs gelöst. Am vordringlichsten erscheint eine Klärung der rechtlichen Zuordnung von Eltern und Kindern, zumal die Zuordnungsfrage selbst dann beantwortet werden muß, wenn man die Vorgänge in der Befruchtungs- und Gentechnik für unzulässig, die dazugehörigen Abmachungen für unwirksam hält.

Machen wir uns zunächst die Grundsätze der lex lata zur Eltern-Kind-Zuordnung deutlich: Dem geltenden Recht sind die Unterschiede zwischen biologischer Elternschaft, rechtlicher Elternschaft und sozialer Elternschaft bekannt. Häufig, aber nicht immer sind biologische, rechtliche und soziale Eltern identisch; im Fall der Adoption sind die rechtlichen und die sozialen Eltern in der Regel[14] nicht auch die biologischen. Auch der scheineheliche Vater und der nichteheliche Vater, der die Vaterschaft für ein von ihm nicht gezeugtes Kind anerkannt hat, haben zwar rechtlich nicht aber biologisch die Vaterposition. Pflegeeltern schließlich können zwar die sozialen Eltern sein, jedoch fehlt die biologische Verbindung und die rechtliche Elternposition.

Das Hauptaugenmerk ist in dieser Vielfalt auf die rechtliche Elternschaft gerichtet, knüpft doch das Recht hieran die elterliche Sorge, d. h. das Recht und die Pflicht zur Erziehung des Kindes, die finanzielle Verantwortlichkeit für das Kind, also die (gegenseitige) Unterhaltspflicht und die erbrechtlichen Konsequenzen (gegenseitige gesetzliche Erbrechte und Pflichtteilsansprüche). Biologische und soziale Elternschaft sind,

[13] So beispielsweise eine Vereinbarung, die einen Unterhaltsanspruch des Kindes oder sein Recht auf Kenntnis seiner genetischen Wurzeln beschneiden würde.

[14] Etwas anderes gilt allerdings bei der Adoption des eigenen nichtehelichen Kindes.

wenn sie nicht mit der rechtlichen Elternschaft zusammenfallen, nur für einen kleinen Ausschnitt von Rechtsproblemen von Bedeutung.[15]

Die rechtliche Zuordnung knüpft primär an die biologische Verbindung an. Für den nichtehelichen Vater ergibt sich dieser Grundsatz ausdrücklich aus § 1600o I BGB. Er gilt gleichermaßen im Recht des ehelichen Kindes, in dem zwar die Vaterschaft des Ehemannes der Mutter vermutet wird, diese Vermutung aber durch Anfechtung der Ehelichkeit beseitigt werden kann, §§ 1591 ff. BGB; eine (fristgerechte) Anfechtung der Ehelichkeit ist erfolgreich, wenn der Ehemann nicht der biologische Vater ist. Das rechtliche Band zwischen Vater und Kind wird damit beseitigt.

Das Eheband der Mutter ist aber mehr als eine Zuordnungshilfe, denn solange die originäre Zuordnung zum Ehemann nicht durch ein erfolgreiches gerichtliches Verfahren der Ehelichkeitsanfechtung beseitigt ist, ist der Weg zur Feststellung der biologischen Wahrheit verbaut. Die Feststellung des biologischen Vaters ist präkludiert. Ähnliches gilt im Nichtehelichen-Recht; hier wird nicht nur die Unklarheit einer genetischen Verbindung über eine an den Beischlaf anknüpfende Abstammungsvermutung überwunden, § 1600o II BGB, sondern auch die Aufdeckung der biologischen Wahrheit verhindert, wenn ein nicht den genetischen Verbindungen entsprechendes Vaterschaftsanerkenntnis oder – was wohl seltener der Fall sein wird – eine unrichtige gerichtliche Vaterschaftsfeststellung vorliegen. Insofern wird das Prinzip der biologischen Wahrheit durch das Prinzip der Statusklarheit und der Statussicherheit überlagert und teilweise modifiziert: Im Idealfall decken sich die Prinzipien, im Konfliktfall muß das Wahrheitsprinzip zugunsten der Statusklarheit und -sicherheit Einbußen hinnehmen. Hervorzuheben ist dabei, daß der Ehemann bzw. der anerkennende nichteheliche Vater durch seinen Willensakt – nämlich die Nichtanfechtung bzw. die Anerkennung der Vaterschaft – das nicht zu seinen Gunsten sprechende Prinzip der biologischen Wahrheit in den Hintergrund drängen kann.[16]

Daneben ermöglicht das Recht mit der Adoption die Begründung der Vaterschaft entgegen der biologischen Verbindung durch reinen Willensakt.

Für die originäre Zuordnung von Mutter und Kind bietet das Gesetz ausdrücklich keine Kriterien an, weil der deutsche Gesetzgeber von dem Grundsatz ausging „mater semper certa est": Die Frau, die das Kind zur Welt bringt, wird wie selbstverständlich auch rechtlich als seine Mutter angesehen. Eine Änderung dieser rechtlichen Zuordnung kann nur durch Adoption erfolgen. Im Vordergrund steht also auch hier die biologische Verbindung – allerdings ohne die Zuhilfenahme von Vermutungen –, erst in zweiter Linie kommt die Begründung der Elternschaft durch Willensakt in Betracht.

Die soziale Beziehung allein wirkt sich auf die rechtliche Zuordnung weder des Vaters noch der Mutter aus.

[15] Z. B. die biologische Elternschaft für Eheverbote (§ 4 EheG), im Rahmen des § 173 StGB, im Rahmen des § 52 II BVG; die soziale Elternschaft in § 1372 IV, zu der hiermit angesprochenen umfassenden Problematik: *Zenz/Schwab,* Soll die Rechtsstellung der Pflegekinder unter besonderer Berücksichtigung des Familien-, Sozial- und Jugendrechts neu geregelt werden? Gutachten zum 54. Deutschen Juristentag, Nürnberg 1982.

[16] Die Ehelichkeit des Kindes kann nur unter bestimmten Voraussetzungen vom Kind selbst angefochten werden, § 1596 BGB; das falsche Vaterschaftsanerkenntnis kann von der Mutter und vom Kind binnen Jahresfrist angefochten werden, § 1600h BGB.

Vor diesem ohnehin nicht ganz unkomplizierten Zuordnungshintergrund sind die Vorgänge in der Befruchtungs- und Gentechnik zu sehen.

Neuartig erscheinende Probleme entstehen dadurch, daß der Ehemann der Mutter, ohne genetisch beteiligt zu sein, die Zeugung eines Kindes als „eigenes" Kind in die Wege leiten kann (so bei der heterologen künslichen Insemination und bei der heterologen In-vitro-Befruchtung sowie beim Embryotransfer), daß eine Frau ein Kind zur Welt bringen kann, welches genetisch nicht von ihr abstammt (so bei der Ei- und Embryospende), daß über die künstliche Insemination und die In-vitro-Fertilisation der Zeugungsakt seine Intimität verloren hat und daher die „Zeugung für andere" in den Bereich des den Beteiligten wünschenswert erscheinenden gerückt ist (so die Ersatzmutterschaft, die Tragemutterschaft und der Embryotransfer). Es kann – zwar noch nicht im Augenblick, aber möglicherweise schon innerhalb der nächsten 10 Jahre – ein Embryo sich in der Retorte zu einem lebensfähigen Menschen entwickeln. Schließlich mag es in absehbarer Zeit möglich werden, durch genetische Maßnahmen, z. B. eine Verschmelzung der Kerne zweier befruchteter Eizellen oder durch Entfernung eines Vorkerns, Kinder mit nur einem oder mit vier genetischen Elternteilen zu zeugen.

Für die Mutter-Kind-Zuordnung ergibt sich aus den aufgeführten Fallkonstellationen zum einen das Problem, welches biologische Kriterium – Schwangerschaft und Geburt einerseits oder genetische Abstammung andererseits – für die Zuordnung entscheidend sein soll; zum anderen entsteht die Frage, ob es außerhalb der Adoption eine Mutterschaft durch Willensakt geben kann.[17] Zunächst zum letztgenannten Problem: Eine Mutterschaft, die sich allein aus einem – eventuell vertraglich manifestierten – Wunsch nach Übernahme der Mutterrolle ergibt, kennt das deutsche Recht – wie bereits oben aufgezeigt – außerhalb der Adoption nicht. Mit einer derartigen originären Zuordnung würde man die Struktur des objektiv-rechtlichen Ordnungsgefüges verlassen und die Grundsätze des geltenden Adoptionsrechts unterwandern. Zwar hat sich bei den Überlegungen zur Vaterschaft gezeigt, daß der lex lata die Konstituierung der Elternschaft durch reinen Willensakt auch außerhalb des Adoptionsrechts nicht fremd ist, vorausgesetzt ist bei jenen Zuordnungen jedoch zum einen, daß dem Kind rechtlich kein anderer Mann als Vater zugeordnet ist, zum anderen, daß das Kind durch die sichere Zuordnung zur Mutter rechtlich nicht ohne Bindung ist. Der erste Gedanke zeigt, daß eine Begründung der Mutterschaft durch Willensakt in der Regel schon deshalb nicht in Betracht kommen kann, weil das Kind aufgrund anderer Kriterien einer anderen Frau als Mutter zugeordnet ist. Der letzte Gedanke zeigt, daß selbst bei einem im Brutkasten herangereiften Kind, dessen Zuordnung zu einer anderen Frau fraglich erscheinen könnte, eine Anknüpfung der Mutterschaft an den Willensakt nicht in Betracht kommt, weil damit eine originäre feste Zuordnung fraglich würde. Daraus folgt, daß das von einer Ersatzmutter geborene Kind stets der Ersatzmutter zuzuordnen ist. Die Wunschmutter kann die Mutterposition rechtlich nur über die Adoption erreichen.

[17] So beispielsweise ein Vorschlag in den USA: *Vieth*, 8 Journal of Legislation 140, 152 (1981).

Für das zweite angesprochene Problem, die Entscheidung zwischen Geburt oder genetischer Abstammung, hilft der Aspekt der biologischen Wahrheit nicht weiter, da auch Schwangerschaft und Geburt eine – wenn auch vielleicht in ihrer Bedeutung nicht an die Wirkungen des genetischen Materials heranreichende – biologische Verbindung zum Kind schaffen. Einem eventuellen Übergewicht der genetischen Verbindung steht das oben erwähnte Prinzip der Statusklarheit und Statussicherheit gegenüber, das für eine Zuordnung des Kindes zur gebärenden Frau spricht. Die Geburt ist ein äußerlich erkennbarer Akt, der eine klare, schnelle und im Regelfall auch genetisch zutreffende Zuordnung erlaubt. Sie ist daher als das entscheidende Kriterium anzusehen.[18] Die genetische Abstammung hat demgegenüber in den Hintergrund zu treten. Daß damit für die Anknüpfung der Mutterschaft ein anderes Kriterium im Vordergrund steht als bei der Vaterschaft, ist aufgrund der unterschiedlichen tatsächlichen Gegebenheiten unschädlich und nicht gleichberechtigungswidrig. Eine Anknüpfung an die *Ehe* mit dem Vater des Kindes – wie es wohl der „Benda-Bericht" vorschlägt[19] – stößt wegen der Schwierigkeiten, den Vater festzustellen, auf Bedenken. Der sichere Boden für *eine* primäre Zuordnung wäre damit verlassen.

Erfolgt die Mutter-Kind-Zuordnung nach dem Kriterium der Geburt, so bedeutet dies, daß stets die Frau, die das Kind zur Welt bringt, rechtlich als Mutter anzusehen ist. Demnach ändert die Tatsache, daß das Kind aus einer Ei- oder Embryospende entstanden ist, die originäre rechtliche Zuordnung zur gebärenden Frau nicht; auch die sogenannte Tragemutter ist Mutter des von ihr geborenen Kindes, nicht jedoch die Wunschmutter, die ihre Eizelle zur Verfügung gestellt hat.

Fehlt es an der Geburt als Zuordnungskriterium – wie beispielsweise bei dem im Brutkasten gezeugten Kind – so ist subsidiär auf die genetische Bindung zurückzugreifen.

Bei der Vaterschaft liegen die mit den Befruchtungstechnologien aufgeworfenen Probleme weniger bei der originären Zuordnung, für die die oben dargestellten Grundsätze anwendbar sind: Für die primäre Vater-Zuordnung ist entscheidend, ob die Mutter des Kindes zur Zeit der Geburt oder während der letzten 302 Tage vor der Geburt verheiratet ist oder war. Ist dies der Fall, so ist ihr Ehemann zumindest zunächst der rechtliche Vater des Kindes. Ist dies nicht der Fall, so ist Vater des Kindes der Mann, der das Kind gezeugt hat. Empfängnis der Mutter, Beiwohnung des Mannes sind über die an sie geknüpften Vermutungen (§§ 1591, 1600a II BGB) nur Zuordnunghilfen, aber nicht Voraussetzung für die rechtliche Vaterposition.[20]

Problematisch erscheint vielmehr die Frage der Zuordnungsänderung, sowohl bezüg-

[18] So auch *Medicus*, Zivilrecht und werdendes Leben, Schriftenreihe der Bayerischen Akademie der Wissenschaften (erscheint demnächst), zitiert nach *Kaufmann*, Festschrift *Oehler*, 1985, S. 649, 661; *Knöpfel*, FamRZ 1983, 317, 322; *Bernat*, Lebensbeginn durch Menschenhand, S. 164; *Hegnauer*, Gedächtnisschrift für *Peter Noll*, 1984, 56; *Coester-Waltjen*, FamRZ 1984, 232; a. A. (für Anknüpfung an das genetische Moment): *Ostendorf*, in *Jüdes*, In vitro Fertilisation und Embryotransfer 1983, 177, 190 f.; für doppelte Mutterschaft: *Deutsch*, in: Ethische und rechtliche Probleme der Anwendung zellbiologischer und genetischer Methoden am Menschen, 1984 S. 19; *Bilsdorfer*, MDR 1984, 806; *Steiner*, Jur. Blätter 1984, 175, 182.

[19] So recht verschwommen: Bericht der Arbeitsgruppe „In-vitro-Fertilisation etc." S. 19.

[20] Mißverständlich *A. Kaufmann*, Festschrift *Oehler*, 1985, S. 649, 661.

lich des Vaters als auch der Mutter, da bei beiden eine Diskrepanz zwischen rechtlicher und genetischer Elternstellung gegeben sein kann. Elternschaft durch Willensakt einerseits und biologische Verbindung andererseits erscheinen durch die Befruchtungstechnik in neuem Licht. Auf die sich daraus für die Möglichkeiten der Zuordnungsänderung ergebenden Überlegungen soll im folgenden eingegangen werden, wobei für die Grundentscheidung vier Fragen zu stellen sind.

1. Ist im Interesse des Kindes und der Gesellschaft eine gegenüber dem bisherigen Recht verstärkte Möglichkeit zur Aufdeckung der *genetischen* Wahrheit einzuräumen?
2. Soll der Elternteil, der durch seinen Willensakt, aber nicht durch seine Keimzellen zur Entstehung des Kindes beigetragen hat, die Möglichkeit haben, sich aus dieser rechtlichen Bindung zu lösen?
3. Kann in einem solchen Fall der genetische Elternteil – also der Keimzellenspender – gegen seinen Willen als rechtlicher Elternteil mit den sich daraus ergebenden Konsequenzen insbesondere der Unterhaltspflicht festgestellt werden?
4. Kann der genetische Elternteil – beispielsweise die genetische Mutter im Rahmen einer Tragemutterschaftsvereinbarung – durch Anfechtung der rechtlichen Elternschaft eine Zuordnungsänderung zu seinen Gunsten erreichen oder ist er auf die Adoption angewiesen?

Die erste Frage, nämlich die nach einer Aufdeckung der genetischen Wahrheit, möchte ich mit einem „ja" beantworten. Gerade durch die Möglichkeiten der Gentechnik erhält die genetische Verbindung eine besondere Bedeutung. Für das Kind ist die Kenntnis der genetischen Wurzeln bei der Behandlung von Krankheiten, bei der genetischen Beratung, bei der Wahl eines Partners und bei der Identitätssuche von besonderer Wichtigkeit.[21] Auch die Gesellschaft hat ein Interesse daran, daß diesem Bedürfnis Rechnung getragen wird. Da bei der künstlichen Befruchtung die Intimität des Zeugungsaktes fehlt und zudem dem nichtgenetischen Elternteil in der Regel diese fehlende Verbindung bekannt ist, muß die Feststellung der genetischen Elternschaft den Frieden der rechtlichen und sozialen Familien nicht stören. Grundsätzlich ist sogar denkbar, daß das rechtliche Band (und noch weniger das soziale) zur Feststellung der genetischen Elternschaft nicht beseitigt wird; damit treten für den genetischen Elternteil auch nicht die Folgen der rechtlichen Elternschaft ein. Ein Vorbild für diese Lösung ist im geltenden Adoptionsrecht gegeben.[22] Mit geringfügigen Änderungen des Abstammungsrechts, des Gesetzes über die freiwillige Gerichtsbarkeit und des Personenstandsgesetzes könnte man eine angemessene, an das Adoptionsrecht angelehnte Regelung treffen, nach der bei Geburt eines durch künstliche Befruchtung gezeugten Kindes die genetische Elternschaft festgestellt und durch einen nur dem Kind vom 16. Lebensjahr an

[21] *A. Kaufmann*, Festschrift *Oehler*, 1985, S. 649, 659; *Starck*, Künstliche Befruchtung, Gutachen für den 56. Deutschen Juristentag 1986, Teil A, S. 23 ff. m. w. N.; *Eser*, in *Koslowski/Kreuzer/Löw*, Die Verführung durch das Machbare, 1983, S. 49 ff.; *Giesen*, FamRZ 1981, 413, 415.

[22] Vgl. dazu *Palandt/Diederichsen*, BGB, 45. Aufl., § 1600a Anm. 1.

einsehbaren Randvermerk im Personenstandsregister einzutragen ist.[23] Eine Dokumentationspflicht des Arztes[24] reicht demgegenüber nicht aus, weil damit nicht sichergestellt ist, daß das Kind Zeugungsart und Namen des Arztes erfahren kann, weil ein gegen die Eltern gerichteter Auskunftsanspruch problematisch erscheint und zudem nicht immer sicher ist, daß das Kind auch tatsächlich aus dieser künstlichen Zeugung entstanden ist.[25]

Für das Anfechtungsrecht des nichtgenetischen Elternteils bleibt bei einer derartigen Lösung des ersten Problems wenig Raum, zumal die finanzielle Verantwortung für das auf den eigenen Wunsch in die Welt gesetzte Kind durch eine Anfechtung der Elternschaft nicht beseitigt werden kann, sondern auf vertragsrechtlicher Ebene erhalten bleibt.[26] Aktuell wird das Bedürfnis nach Ausübung des Anfechtungsrechts daher in der Regel nur, wenn der Wille des nichtgenetischen Elternteils den Zeugungsakt nicht deckte. Aber auch in den anderen Fällen erscheint es nicht sinnvoll, den aus der rechtlichen Bindung herausstrebenden Elternteil an dieser Beziehung als einer praktisch leeren Hülle festzuhalten. Ein Anfechtungsrecht sollte daher grundsätzlich auch in den Fällen bestehen, in denen die Elternschaft nur durch Willensakt begründet worden ist.

Folgerichtig ergibt sich aus dieser Beantwortung der zweiten Frage eine positive Antwort auf die dritte Frage: Der Keimzellenspender kann im Falle einer erfolgreichen Anfechtung der Elternschaft des nichtgenetischen Elternteils als rechtlicher Elternteil festgestellt werden.[27] Die damit verbundenen Konsequenzen, insbesondere die Unterhaltspflicht gegenüber dem Kind erscheinen durch die Überlegung gerechtfertigt, daß der Keimzellenspender ein wesentliches Element zur Entstehung des Kindes beigetragen hat. Das Prinzip Verantwortung, das auch für die Begebung der Keimzellen gelten sollte, kommt hier zum Tragen.

Allerdings sollte man dem Keimzellenspender – und damit wären wir beim vierten Problem – keine Möglichkeit einräumen, durch Anfechtung der Elternschaft in die rechtliche, nicht den genetischen Verbindungen entsprechende Beziehung einzugreifen. In der Regel wird sich dies bereits aus der Überlegung ergeben, daß die freiwillige Hergabe einer Keimzelle zur Zeugung eines Kindes für andere einen Verzicht auf die eigene Elternrolle enthält. Selbst wenn man jedoch einen solchen Verzicht für nicht wirksam erachtet oder es an einem Verzicht fehlt, beispielsweise weil die Eizelle ohne Zustimmung der Frau zur Zeugung verwandt wurde, muß man nach dem oben erwähnten Prinzip der Statussicherheit und der Statusklarheit die rechtliche Zuordnung für von außen unantastbar halten. Die Sanktionierung eines unrechtmäßigen Verhaltens – wie der nichtkonsentierten Keimzellenverwendung – hat auf deliktsrechtlicher Ebene – etwa wegen Verletzung des Persönlichkeitsrechts[28] –, nicht jedoch über eine Zerstörung

[23] Ausführlich dazu *Coester-Waltjen,* Künstliche Befruchtung, Gutachten zum 56. Deutschen Juristentag 1986, Teil B.

[24] So Bericht der Arbeitsgruppe „In-vitro-Fertilisation etc." S. 17 (2.2.1.2.2.1).

[25] Dies gilt vor allem für heterologe Inseminationen, aber auch für Fälle der Ersatzmutterschaft.

[26] So andeutungsweise BGH v. 7. 4. 1983, BGHZ 87, 169; *Coester-Waltjen,* NJW 1983, 2060; zurückhaltend: Arbeitsgruppe „In-vitro-Fertilisation etc." S. 15 (2.2.1.2.1.2.2).

[27] So obiter dictum, BGH v. 7. 4. 1983, BGHZ 87, 169.

[28] *Bernat,* Lebensbeginn durch Menschenhand, S. 128 f.

der Familienbande zu erfolgen. Eine Zuordnungsänderung kann auf Betreiben des genetischen, rechtlich bisher nicht zugeordneten Elternteils nur durch Adoption erfolgen. Dies ist rechtlich kein Novum, da auch nach geltendem Recht der (nichteheliche) genetische Elternteil sein Kind adoptieren kann, § 1741 II 2, III 2 BGB.

Es bleibt schließlich noch die Zuordnungsproblematik bei den erwähnten gentechnischen Eingriffen zu lösen. Ein Patentrezept habe ich dazu nicht anzubieten; sauberste Regelung ist auch hier eine grundsätzlich an den biologischen Gegebenheiten orientierte Zuordnung, die bei einem Brutkasten-Baby, das sich aus der Verschmelzung zweier befruchteter Keimzellen entwickelt hat, zu vier Eltern im Rechtssinne führen könnte. Rechtlich ist dies eine Novität, die vierfache soziale Elternschaft ist uns hingegen aus Situationen nach Ehescheidungen der rechtlichen Eltern bekannt. Wir leben, wie ein griechischer Kollege es ausgedrückt hat, in einer Zeit nicht der kinderreichen, sondern der elternreichen Familien. Ich hoffe allerdings, daß uns die letztgenannten Probleme ebenso erspart bleiben, wie Zeugungsscheine, Zeugungsämter oder Zeugungsverbote.