

Gutachten

Konzeption eines Auskunftsverfahrens bei Anfrage eines Kindes, welches durch eine heterologe Insemination gezeugt wurde, nach der Identität des Samenspenders.

**von Notar Dr. Stefan Wehrstedt, Düsseldorf
im September 2010**

Gliederung

Vorbemerkung des Verfassers und Haftungsausschluss

I. Einleitung

II. Umfang der ärztlichen Schweigepflicht ./ Offenbarungspflichten

1. Allgemeine Grundzüge der ärztlichen Schweigepflicht
2. Grenzen der Schweigepflicht
 - a) Entbindung
 - b) Offenbarungspflicht
3. Konkrete Rechtsposition bei heterologen Inseminationen
 - a) Rechte auf Verschwiegenheit
 - (1) Wunscheltern
 - (2) Samenspender
 - b) Recht des Kindes auf Kenntnis
 - c) Abwägung der gegensätzlichen Rechtspositionen
 - (1) Abwägung gegenüber den Interessen des Samenspenders
 - (2) Abwägung gegenüber den Interessen der Wunscheltern
 - (3) Beachtung der Angemessenheit
4. Zwischenergebnis zu II.

III. Verfahrensgrundsätze und -ziele

1. Auskunftsberechtigter, Lebensalter
2. Auskunftspflicht

- a) Auskunft auf Anfrage
 - b) Reichweite der Auskünfte
3. Auskunftspflichtiger
- a) Auskunftskette
 - b) TPG und Berufsrecht
4. Rechtsgrundlage des Auskunftsanspruches
- a) Auskunftsanspruch gegen die Eltern
 - b) Auskunftsanspruch gegen den Arzt
5. Zwischenergebnis zu III.

IV. Auskunftsverfahren

1. Schlüssigkeit der Anfrage
2. Prüfung der vorhandenen Behandlungsunterlagen
3. Anhörung und Einwilligung der Wunscheltern
- a) Anhörung/Einwilligung möglich
 - b) Verweigerung der Einwilligung
 - c) Anhörung/Einwilligung unmöglich
4. Anhörung und Einwilligung des Samenspenders
- a) Verlangen eines Abstammungsgutachtens
 - b) Verweigerung der Einwilligung
 - c) Anhörung/Einwilligung unmöglich
5. Einschaltung eines neutralen Dritten
- a) Ethikkommission
 - b) Rechtsberater

6. Kosten

Endergebnis

Literaturverzeichnis

Vorbemerkung des Verfassers und Haftungsausschluss

Die nachfolgenden Ausführungen und rechtlichen Schlüsse stellen eine gutachterliche Stellungnahme dar, die keinen Anspruch auf Vollständigkeit oder rechtliche Verbindlichkeit erheben kann. Detaillierte rechtliche Vorschriften, Beiträge in der Fachliteratur oder gerichtliche Entscheidungen zur Gestaltung eines konkreten Auskunftsverfahrens in Samenspenderfällen konnten nicht gefunden werden.

Insbesondere kann das Gutachten nicht eine Beratung im Einzelfall ersetzen. Daher sollte grundsätzlich vor jeder Auskunftserteilung eine rechtliche Beratung eingeholt werden.

Das Gutachten ist nach bestem Wissen unter Auswertung der vorhandenen Quellen erstellt worden. Im Hinblick auf die in vielen Bereichen ungeklärte Rechtslage wird eine Haftung für die dargestellten Ergebnisse jedoch in weitest gehendem Umfang ausgeschlossen.

Der Hippokratische Eid:

„Ich schwöre ...

Was immer ich sehe und höre, bei der Behandlung oder außerhalb der Behandlung, im Leben der Menschen, so werde ich von dem, was niemals nach draußen ausgeplaudert werden soll, schweigen, in dem ich alles derartige als solches betrachte, das nicht ausgesprochen werden darf...“¹

Bundesverfassungsgericht²

„Das allgemeine Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 Grundgesetz) umfasst auch das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung.“

I. Einleitung

Der vorstehende Auszug aus dem Hippokratischen Eid und der Leitsatz des Bundesverfassungsgerichts verdeutlichen das Spannungsfeld, in welchem sich ein Arzt bei der Anfrage eines Kindes befindet, welches durch eine heterologe Insemination gezeugt wurde und welches Auskunft über die Identität des Samenspenders verlangt.

Gehorcht der Arzt den ärztlichen Schweigegeboten, so vereitelt er den grundrechtlich geschützten Anspruch des Kindes auf Auskunft. Gewährt er Auskunft, verletzt er u.U. das elementar wichtige Vertrauensverhältnis zu seinen Patienten bzw. zum Samenspender.

In der nachstehenden Untersuchung soll dargelegt werden, welchen Umfang und Reichweite die ärztliche Schweigepflicht hat. Dabei werden die rechtlich geschützten Interessen und Rechtspositionen aller Beteiligten im Einzelnen untersucht. Auf Grundlage der durch die Abwägung der gegenläufigen Interessen gefundenen Ergebnisse sollen für die Anfragen der Kin-

¹ zitiert nach K. Deichgräber, Der Hippokratische Eid, 1983; Laufs, Arztrecht, vor Abschnitt I.

² BVerfGE 79, 256, Urteil vom 31. Januar 1989.

der Grundzüge eines Verfahrensablaufs zur Auskunftserteilung aufgezeigt werden. Dessen Beachtung sollte aus Sicht des Arztes sicherstellen, dass er sich im größtmöglichen Umfang interessengerecht und damit rechtmäßig verhält.

Letztlich werden die entwickelten Verfahrensgrundsätze anhand möglicher Anfragesituationen durchgespielt, um denkbare Reaktionen beispielhaft aufzuzeigen.

II. Umfang der ärztlichen Schweigepflicht ./ Offenbarungspflichten

Die Verpflichtung des Arztes über das, was ihm in seiner ärztlichen Eigenschaft anvertraut oder bekannt geworden ist, zu schweigen, ist ein elementarer Bestandteil ärztlichen Wirkens.

Ausgangspunkt der Untersuchung ist daher die Feststellung des Inhalts und der Reichweite der Pflicht zur Verschwiegenheit, welche jedem Arzt auferlegt ist. Damit werden zugleich die Grenzen der Verschwiegenheit und der Pflicht zur Offenbarung deutlich. Die aufgezeigten Grundzüge der ärztlichen Schweigepflichten werden anschließend anhand der bestehenden Rechtspositionen der Beteiligten der heterologen Insemination konkretisiert.

1. Allgemeine Grundzüge der ärztlichen Schweigepflicht

Die Pflicht zur Verschwiegenheit ist in den Berufsordnungen der Ärzte verankert, vgl. § 9 MBO-Ä und dessen Umsetzung in den rechtsverbindlichen Berufsordnungen der Landesärztekammern. Diese allgemeine Anordnung zur Verschwiegenheit hat im Bereich der künstlichen Befruchtung seine besondere Regelung in § 14 Abs. 2 des Gesetzes über die Spende, Entnahme und Übertragung von Organen und Geweben (Transplantationsgesetz – TPG) gefunden. Danach dürfen insbesondere die personenbezogenen Daten der Spender und Empfänger nicht offenbart werden.

Neben den berufsrechtlichen bzw. spezialgesetzlichen Geboten wird die besondere Bedeutung der Verpflichtung zur Verschwiegenheit auch durch die strafrechtliche Sanktionierung verdeutlicht, die ein Bruch der Verschwiegenheit eines Arztes in § 203 Abs. 1 Nr. 1 StGB nach sich ziehen würde. Ebenso wie in § 19 Abs. 3 Nr. 3 TPG führt jeder Verstoß gegen das Verschwiegenheitsgebot dazu, dass der Arzt mit einer Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder einer Geldstrafe bestraft werden kann.

Gleichzeitig wird das allgemeine Persönlichkeitsrecht³ einer behandelten Person auf die Verschwiegenheit des Arztes im Zivilrecht dadurch geschützt, dass ein Verstoß hiergegen geeig-

³ Vgl. hierzu Quaas/Zuck, Medizinrecht, 2. Auflage 2008, § 72 Rn. 12; Heidelberger Kommentar/Kiesecker Nr. 4740 Rn. 1.

net ist, Schadensersatzansprüche gegen den Arzt gemäß § 823 Abs. 1 BGB bzw. § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 203 StGB bzw. § 19 TPG auszulösen. Die unerlaubte Offenbarung kann zu einem Anspruch auf Geldentschädigung wegen eines erlittenen immateriellen Schadens der betroffenen Person führen, wenn der Eingriff schwerwiegend und nicht in anderer Weise ausgleichbar ist⁴.

Die umfassende rechtliche Normierung des ärztlichen Berufsgeheimnisses beruht auf der Erkenntnis, dass das Vertrauen zwischen Arzt und behandelter Person eine Grundvoraussetzung ärztlichen Wirkens ist.⁵

Der Umfang der ärztlichen Schweigepflicht lässt sich somit sachlich nicht auf einen engen Bereich ärztlicher Erkenntnis bezüglich der engeren Umstände einer Erkrankung wie zum Beispiel das festgestellte Krankheitsbild, den Krankheitsverlauf, die gewählte Therapie oder ähnliches beschränken. Vielmehr umfasst die Schweigepflicht alles, was anlässlich der Behandlung offenbart wurde. Insbesondere sind auch persönliche, familiäre, wirtschaftliche oder sonstige Angaben, die im Bezug auf seine Berufsausübung dem Arzt offenbart werden⁶, geheim zu halten.

Damit unterfällt selbst der Umstand, ob bzw. dass eine Person ärztliche Hilfe in Anspruch genommen hat, dem Geheimnis geschützten Bereich⁷. Dies gilt umso mehr je spezieller das Betätigungsfeld des Arztes ist. Die Kenntnis über den Umstand, dass ein Paar in Behandlung eines Facharztes für Reproduktionsmedizin war, lässt fast zwangsläufig den Rückschluss auf die Probleme bzw. eine spezielle Erkrankung dieses Paares zu. Somit unterfällt jede Anfrage eines Dritten, ob eine Person überhaupt in ärztlicher Behandlung war, dem Schweigegebot und ist (grundsätzlich) unbeantwortet zu lassen. Selbst die negative Auskunft, eine Person sei nicht in Behandlung ist zu unterlassen, da andernfalls dem Anfragenden Rückschlüsse ermöglicht werden, die den Anspruch des Patienten auf Verschwiegenheit gefährden⁸.

⁴ Laufs, Arztrecht, Abschnitt IX Rn. 9.

⁵ BVerfG MedR 2006, 586, Laufs, Arztrecht, Abschnitt IX Rn. 2.

⁶ Laufs, Arztrecht, Abschnitt IX Rn. 12.

⁷ Laufs/Uhlenbruck, Handb. des Arztrechts, 3. Aufl. 2002, § 70 Rn. 1.

⁸ Z.B. Eine Anfrage wird an fünf Ärzte gerichtet, vier antworten negativ, einer beruft sich auf die ärztliche Schweigepflicht.

Der Anspruch auf Verschwiegenheit besteht zeitlich unbeschränkt und gilt insbesondere über den Tod des Betroffenen hinaus fort (vgl. § 9 Abs. 1 MBO-Ä, § 203, Abs. IV StGB).

Der Umfang und der all umfassende Schutzbereich, der durch die ärztliche Schweigepflicht begründet wird, verdeutlicht in Fällen der heterologen Insemination, dass alle personenbezogenen Informationen, die dem Arzt bzw. der Samenbank über die behandelte Frau, ihren Partner, den Samenspender und das Kind vorliegen, geschützt und damit geheim sind.

Die Verpflichtung zur Verschwiegenheit trifft dabei alle Personen, die an der Gewebeentnahme, Gewebeabgabe oder der Übertragung beteiligt sind (vgl. § 14 Abs.2 TPG), sodass eine Unterscheidung zwischen einer Samenbank als Gewebeeinrichtung im Sinne des § 1a Nr. 8 TPG bzw. des behandelnden Arztes als Einrichtung der medizinischen Versorgung gemäß § 1a Nr. 9 TPG nicht notwendig ist⁹.

2. Grenzen der Schweigepflicht

Die ärztliche Schweigepflicht reicht soweit wie der Arzt nicht von dieser Verpflichtung entbunden wird. Andernfalls ist er zur Offenbarung nur befugt, wenn diese zum Schutz eines höherwertigen Rechtsgutes erforderlich ist, § 9 Abs. 2 MBO-Ä.

a) Entbindung

Die ärztliche Schweigepflicht schützt wie bereits ausgeführt das Vertrauen der behandelten Personen, nicht aber ein Eigeninteresse des Arztes an der Geheimhaltung seiner Behandlung¹⁰. Verdeutlicht wird dieser Umstand dadurch, dass die Pflicht zur Verschwiegenheit endet, wenn der Patient den Arzt von dieser Pflicht entbindet. Umfang und Reichweite der Schweigepflicht liegen somit in der Disposition der behandelten Person¹¹.

⁹ Vgl. Ratzel, S. 50 f.

¹⁰ Heidelelberger Kommentar/Kiesecker-Rieger Nr. 4750 Rn. 5.

¹¹ Laufs, Arztrecht, Abschnitt IX, Rn. 18; Laufs/Uhlenbruck, Handb. des Arztrechts, 3. Aufl. 2002, § 71 Rn. 7.

Der Patient kann die Entbindung von der Verschwiegenheit durch Abgabe einer ausdrücklichen Erklärung oder auch durch schlüssiges Handeln, also stillschweigend, vornehmen. Zum Zwecke der besseren Beweisbarkeit und um den Verdacht einer möglichen Strafbarkeit vorzubeugen, ist es aus Sicht des Arztes ratsam, eine schriftliche Entbindungserklärung der betroffenen Person zu erhalten. Nur so wird der genaue Umfang der Entbindung deutlich und rechtssicher nachweisbar¹².

Liegt eine ausdrückliche Stellungnahme oder Handlung des Patienten nicht vor, kann unter Umständen auch auf den mutmaßlichen Willen des Betroffenen abgestellt werden. Dieses Abstellen auf einen objektiv zu unterstellenden Willen ist dem Arzt jedoch nur dann gestattet, wenn die behandelte Person nicht oder nur mit unverhältnismäßig großem Aufwand nach ihrem tatsächlichen Willen gefragt werden könnte¹³.

Soweit sich auch ein objektiv mutmaßlicher Wille nicht ermitteln lässt, bedarf es einer gewissenhaften Prüfung und alleinverantwortlichen Entscheidung durch den behandelnden Arzt, ob er eine Auskunft erteilen will bzw. sich dazu berechtigt glaubt¹⁴.

Jede ausdrückliche oder mutmaßliche Entbindung von der Verschwiegenheitsverpflichtung muss auch im Zusammenhang mit der konkreten Situation der Offenbarung stehen, was wiederum Einfluss auf die Aktualität einer Entbindungserklärung haben kann. Das Verfügungsrecht der betroffenen Person über die Reichweite der Verschwiegenheitspflicht lässt erkennen, dass eine einmal erteilte Einwilligung in die Auskunftserteilung widerrufen werden könnte. Beispielhaft sei dies an dem Fall eines alleinstehenden Studenten verdeutlicht, der als Samen-spender allgemein die Erklärung abgegeben hat, dass der Umstand seiner Spende sowie seiner Identität jedem mitgeteilt werden dürfe. Achtzehn Jahre später ist dieser Student selbst verheiratet und hat eigene Kinder. Aktuell und in dieser Lebenssituation möchte er nicht mehr, dass die Umstände seiner Samenspende bekannt gemacht werden. Die allgemeine Dispositionsbe-fugnis über die Grenzen der ärztlichen Verschwiegenheit gibt ihm grundsätzlich auch das Recht, eine einmal erklärte Einwilligungserklärung später zu widerrufen bzw. einzuschrän-ken.

¹² Laufs, Arztrecht, Abschnitt IX, Rn. 18.

¹³ Laufs, Arztrecht, Abschnitt IX, Rn. 19.

b) Offenbarungspflicht

Neben der Möglichkeit von der Verschwiegenheitsverpflichtung entbunden zu werden und damit gänzlich unabhängig vom Willen der behandelten Person sieht § 9 Abs. 2 MBO-Ä auch die Befugnis zur Offenbarung vor, wenn dies zum Schutze eines höherrangigen Rechtsgutes erforderlich ist.

Neben den gesetzlichen normierten Mitteilungspflichten (zum Beispiel nach dem Infektionsschutzgesetz¹⁵) gibt es Gründe des sogenannten rechtfertigenden Notstandes, die eine Offenbarung gestatten. Solche Gründe sind im Interesse des allgemeinen Wohls bzw. höherrangiger Individualrechte zusehen, deren Schutz eine Offenbarung erforderlich machen¹⁶. Die in diesem Zusammenhang häufig aufgeführten Beispiele wie die Benachrichtigung der Polizei bzw. des Jugendamtes bei Kindesmissbrauchsverdacht, Anzeige an die Flugbehörden bei Kenntnis, dass ein flugunfähiger Pilot weiter fliegen will, überzeugen unmittelbar¹⁷.

Konkret kommt man im einzelnen Fall zu diesem Ergebnis, indem man das Recht des jeweiligen Patienten auf Verschwiegenheit in das Verhältnis zu den schützenswerten Interessen möglicherweise betroffener Dritter stellt. Bei diesem typischerweise durch Abwägung und rechtliche Wertung gekennzeichneten Entscheidungsprozess wird am Beispiel des uneinsichtigen Piloten deutlich, dass die Verhinderung einer Gefahr für Leib und Leben einer Vielzahl Dritter, die durch die uneinsichtige Haltung des Piloten begründet wird, ein höherwertiges Rechtsgut darstellt, als das Recht des Piloten auf Verschwiegenheit bezüglich seiner Erkrankung. Damit rechtfertigt also der Schutz der Rechtsgüter der Dritten den (grundsätzlich ja rechtswidrigen) Eingriff in die Rechte auf Verschwiegenheit des Patienten.

Wie bei jedem rechtfertigendem Umstand ist der Eingriff seinerseits am Maßstab der Angemessenheit zu prüfen¹⁸. Somit muss der Eingriff als ultima ratio notwendig, geeignet und angemessen sein. Angemessen im engeren Sinne ist ein Handeln, wenn es nach den anerkannten

¹⁴ Laufs, *Arztrecht*, Abschnitt IX, Rn. 19, BGH NJW 1983, 2627, Urt. vom 31.05.1983.

¹⁵ Heidelberg Kommentar/Kiesecker Nr. 4740 Rn. 70. ff. m.w.N.

¹⁶ Laufs/Uhlenbruck, *Handb. des Arztrechts*, § 71 Rn. 11, Heidelberg Kommentar/Kiesecker Nr. 4740 Rn. 73 ff.

¹⁷ Laufs, *Arztrecht*, Abschnitt IX, Rn. 27.

¹⁸ Vgl. § 34 S. 2 StGB; Heidelberg Kommentar/Kiesecker Nr. 4740, Rn. 73.

Wertvorstellungen der Allgemeinheit als eine sachgemäße und dem Recht entsprechende Lösung der Konfliktlage erscheint¹⁹.

Sieht also ein Arzt im genannten Pilotenfall tatsächlich eine Pflicht zur Offenbarung, so ist sein Handeln nur gerechtfertigt, wenn die vorgenommenen Maßnahmen der Offenbarung notwendig und konkret geeignet sind, die schützenswerten Rechtsgüter Dritter zu wahren. Der Arzt wäre also z.B. nicht allgemein berechtigt der Ehefrau des Piloten Umstände der Flugunfähigkeit zu offenbaren, weil dies nicht unmittelbar im Zusammenhang mit den schützenswerten Interessen steht. Vielmehr müsste die Offenbarung gegenüber der zuständigen Flugbehörde erfolgen. Bei der Offenbarung selbst müsste wiederum angemessen i.e.S. vorgegangen werden. Z.B. könnten Details der Erkrankung zurückgehalten und nur der Umstand der Flugunfähigkeit als solcher offenbart werden²⁰.

Der Arzt muss sich ferner bewusst sein, dass bei jeder Handlung, die objektiv die Pflicht zur Verschwiegenheit verletzt, das Risiko einer Fehleinschätzung über das Vorliegen eines Rechtfertigungsgrundes zu Lasten des Handelnden geht. Irrt sich also der Arzt oder greift er zu Maßnahmen, die aus objektiver Sicht nicht notwendig oder angemessen sind, so ist der Bruch der Verschwiegenheit nicht gerechtfertigt. Ob der Arzt durch die Offenbarung strafbar handelt, liegt somit an dem Umstand, ob er seine Fehleinschätzung schuldhaft verursacht hat und diese ihm damit vorwerfbar ist.

3. Konkrete Rechtspositionen bei der heterologen Insemination

Um das Verhältnis zwischen dem Gebot des Arztes zur Verschwiegenheit einerseits und der Pflicht zur Offenbarung andererseits auszuloten, müssen somit zunächst die individuellen Rechte der beteiligten Personen bei heterologen Inseminationen ermittelt und dann gegeneinander abgewogen werden.

¹⁹ Schönke-Schröder/Lenckner/Perron, StGB, § 34 Rn. 46.

²⁰ Weitere Beispiele bei Heidelberger Kommentar/Kiesecker Nr. 4740, Rn. 74 f.

a) Rechte auf Verschwiegenheit

Die Pflicht zur Verschwiegenheit bei der heterologen Insemination besteht bei einem Auskunftsverlangen des Kindes zum Schutze der Wunscheltern und des Samenspenders.

(1) Wunscheltern

Die schützenswerten Interessen der Wunscheltern ergeben sich insbesondere aus der denkbaren Scham, die diese für die Unfähigkeit ein Kind in natürlicher Weise zeugen zu können, empfinden²¹. Es ist ureigenste Sinn der Pflicht zur ärztlichen Verschwiegenheit, einem Patienten seine Angst vor Offenbarung gegenüber Dritten in höchstpersönlichen und intimen Angelegenheiten zu nehmen. Sexualität und Fortpflanzung gehören auch heute noch in der Gesellschaft zum intimsten Bereich eines Menschen. Fragen zum Beispiel eines Arbeitgebers nach Kinderwunsch oder Schwangerschaft sind grundsätzlich nicht gestattet²².

Ebenso spricht für eine Pflicht zur Geheimhaltung die Sorge der Wunscheltern, dass eine Offenbarung den Familienfrieden nachhaltig stören könnte²³. Dieser Schutzgedanke wird beispielsweise bei Adoptionen im bürgerlichen Gesetzbuch (BGB) in §§ 1747, 1758 ausdrücklich Rechnung getragen, indem jegliche Ausforschung bezüglich einer Adoption verboten wird. Damit soll insbesondere den biologischen Eltern eines Adoptionskindes die Möglichkeit genommen werden, von sich aus den Familienfrieden der Adoptiveltern und des Kindes zu stören²⁴.

In der Vergangenheit wurde ein gedeihliches und vertrauensvolles Zusammenleben der Wunscheltern mit dem Kind auch davon abhängig gemacht, dass der Umstand der künstlichen Befruchtung und die Kenntnis der Identität des Samenspenders für immer und sicher ausgeschlossen seien²⁵.

²¹ Weyrauch, S. 106.

²² BAG NJW 1993, 1154 ff.; Palandt-Weidenkaff § 611 Rn. 9.

²³ Weyrauch, S. 106; Deutsch MDR 1985, 177, 181.

²⁴ Münchener Kommentar/ Maurer, 5. Aufl. 2008, § 1758 Rn. 1; Palandt/Diederichsen, 69. Aufl. 2010, § 1758, Rn. 1.

²⁵ Rütz S. 40; Coester-Waltjen FamRZ 1992, 369, 372.

Letztlich lässt sich ein Recht auf Verschwiegenheit auch aus dem schützenswerten Interesse der Mutter auf Geheimhaltung des biologischen Vaters gestützt auf ihr grundrechtlich geschütztes Selbstbestimmungsrecht herleiten²⁶. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht schützt die Befugnis der Mutter selbst darüber zu entscheiden, wem gegenüber persönliche Sachverhalte offenbart werden.

(2) Samenspender

Gründe, die ein Geheimhaltungsinteresse des Samenspenders an seiner Identität rechtfertigen, lassen sich ebenfalls aus dessen allgemeinem Persönlichkeitsrecht gemäß Art. 2 Abs. 1 Grundgesetz herleiten. Haben sich beispielsweise viele Jahre nach der Abgabe einer Samenspende die Lebensumstände des Spenders durch das Vorhandensein einer eigenen Familie geändert, ist ein schützenswertes Interesse seinerseits an der Geheimhaltung aus nachvollziehbaren Gründen gegeben. Ein allgemeines Interesse eines Samenspenders, sich möglicher statusrechtlicher insbesondere unterhalts- und erbrechtlicher Folgen einer Samenspende²⁷ durch die Bewahrung seiner Anonymität zu entziehen, ist zwar nicht schützenswert²⁸. Jedoch wird sein generell geschützter Intim- und Privatbereich durch eine Auskunftserteilung unzweifelhaft berührt.

Ferner könnte man das Recht zur Verschwiegenheit oder Wahrung der Geheimhaltung der Person des Samenspenders auch damit begründen, dass eine große Zahl potenzieller Samenspenden von einer Spende absehen würden, wenn sie fest von der Offenlegung ihrer Identität ausgehen müssten. Damit ist eine Anonymitätszusage grundsätzlich etwas, was mittelbar „Qualität“ der Behandlung und damit den Wunschkindern zu Gute kommen könnte. Um eine größere und damit grundsätzlich besser geeignete Zahl an Männern zu finden, die zur Abgabe einer Spende bereit wären, könnte eine garantierte Anonymität hilfreich sein. Das belgische Recht hält aus diesem Grunde an der Anonymität der Spender fest²⁹.

²⁶ Rütz, S. 33; allgemein zum informationellen Selbstbestimmungsrecht BVerfGE 65, 1, 43, Urt. vom 15.12.1983.

²⁷ Grundlegend zu den möglichen Ansprüchen: Taupitz/Schlüter, AcP 205 (2005), 591 ff; Roth DNotZ 2003, 805, 820.

²⁸ Rütz, S. 39.

²⁹ Pintens, S. 135.

Eigene schützenswerte Rechte der behandelnden Ärzte bzw. der Samenbank auf eine Geheimhaltung der Identität der Samenspender sind nicht erkennbar.

b) Recht des Kindes auf Kenntnis

Seit der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 31. Januar 1989³⁰ ist höchst richterlich festgestellt, dass das allgemeine Persönlichkeitsrecht eines jeden Menschen gemäß Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 Grundgesetz das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung umfasst. Auch wenn diese Einschätzung in der Vergangenheit nicht unumstritten war, muss man seit dieser Entscheidung das Bestehen dieses Anspruches als allgemein anerkannt und damit verbindlich ansehen.

In der Vergangenheit war ein solcher Anspruch des Kindes mit der Begründung verneint worden, das Recht auf Kenntnis des Erzeugers bringe keinen einlösbaren Erkenntniswert mit sich³¹. Ebenso wurde unterstellt, die Kenntnis der Identität des Samenspenders bringe dem Kind selbst keine Vorteile, die für die eigene Identitätsfindung maßgeblich seien³².

Gegen diese vereinzelt gebliebenen Stimmen³³ hat das Bundesverfassungsgericht entschieden, dass eine unmittelbare Verbindung zwischen dem Recht auf freie Entfaltung der eigenen Persönlichkeit und der Menschenwürde einerseits und der Kenntnis der für die Entfaltung der Individualität konstitutiven Faktoren andererseits besteht. Zu diesen konstitutiven Faktoren zähle auch die Kenntnis der Abstammung, die unter anderen im Bewusstsein des Einzelnen eine Schlüsselstellung für Individualitätsfindung und sein Selbstverständnis wahrnehme³⁴.

Der Gesetzgeber hat die von dieser Grundsatzentscheidung Ende der 80er Jahre ausgehende Weichenstellung aufgenommen und hat sie seitdem in vielen Bereichen in „einfach-“ gesetzlichen Regelungen umgesetzt. Beispielsweise sieht § 63 Personenstandsgesetz (PStG) vor,

³⁰ BVerfGE 79, 256 ff; zur Entwicklung s.a. Spickhoff, S. 26 ff.

³¹ Hassenstein FamRZ 1988, 120, 122.

³² Koch FamRZ 1990, 569; Pintens, S. 135.

³³ dagegen nunmehr die allgemeine Meinung Münchener Kommentar/Wellenhöfer, 5. Aufl. 2008, § 1600 Rn. 36 m.w.N.; Rütz, S. 48 ff.

³⁴ BVerfG 79, 256, 267, Urteil vom 31. Januar 1989.

dass ein adoptiertes Kind ab Erreichung des 16. Lebensjahres einen Anspruch auf Erteilung einer Geburtsurkunde hat, die den Namen der biologischen Eltern ausweist. Durch den im Jahr 2008 eingeführten § 1598a BGB hat ein jedes Kind den Anspruch, die Klärung der leiblichen Abstammung gegenüber dem rechtlichen Vater durch eine genetische Untersuchung zu verlangen³⁵.

Ebenso ist in der Neufassung des Transplantationsgesetzes aus dem Jahre 2007 in § 14 Abs. 3 TPG angeordnet worden, dass das Verbot der Offenbarung personenbezogener Daten ausdrücklich unter dem Vorbehalt steht, dass das Recht des Kindes auf Kenntnis der eigenen Abstammung unberührt bleibt.

c) Abwägung der gegensätzlichen Rechtspositionen

Die vorstehende Darstellung der widerstreitenden Interessen auf Geheimhaltung der Identität des Samenspenders einerseits und auf das Recht des Kindes auf Kenntnis der eigenen Abstammung andererseits, lassen bereits deutlich werden, zu welchem Ergebnis eine Abwägung kommen muss.

Aufgrund der überragenden Bedeutung die das Bundesverfassungsgericht und dem folgend der Gesetzgeber dem Recht des Kindes auf Kenntnis der eigenen Abstammung für die Entwicklung seiner Persönlichkeit beigemessen hat, treten die Interessen auf Geheimhaltung der Wunscheltern bzw. des Samenspenders zurück.

(1) Abwägung gegenüber den Interessen des Samenspenders

Bei der konkreten Abwägung muss das Interesse eines Samenspenders an einer Geheimhaltung schon allein deswegen zurücktreten, weil er sich freiwillig bereit erklärt, eine Samenspende abzugeben. Seit Ende der 80iger Jahre müsste er sich dabei der ständigen Rechtsprechung zur Auskunftserteilung bewusst gewesen sein. Selbst wenn ihm (entgegen der einschlägigen Rechtsprechung und Rechtsansicht) eine Anonymität zugesagt worden sein sollte,

³⁵ Grundlegend BVerfG, NJW 2007, 753 ff, Urt. 13.02.2007.

kann dies nicht zur Verneinung der Rechte des Kindes auf Auskunft führen³⁶. Eine Zusage oder ein Vertrag zwischen dem Arzt/Samenbank und dem Samenspender kann nicht zu Lasten des Kindes gehen. Dies gilt umso mehr, als der Vertrag nach heutiger Sicht selbst gegen die guten Sitten verstoßen würde³⁷. Auch hat die fehlende Anonymität bisher nicht dazu geführt, dass keine geeigneten Samenspender mehr gefunden werden könnten. Dies zeigt auch der Vergleich mit der niederländischen und der englischen Rechtsordnung. Dort wurde die zunächst als zulässig angesehene Anonymitätswahrung nachträglich für unzulässig erklärt und dem Kind ein ausdrücklicher Auskunftsanspruch gewährt³⁸.

(2) Abwägung gegenüber den Interessen der Wunscheltern

Die Abwägung des Auskunftsanspruches von Kindern im Verhältnis zu den Rechten der Eltern ist vom Bundesverfassungsgericht bereits vorgenommen worden. Im Jahr 1989 hatte das Bundesverfassungsgericht in seiner Grundsatzentscheidung zum Ausdruck gebracht, dass eine Anfechtung des Kindes gegenüber dem Scheinvater nicht mit dem Argument ausgeschlossen werden könne, der Scheinvater habe Leistungen in der Aufziehung des Kindes erbracht, die ihrerseits dazu führten, ein Anfechtungsrecht ausschließen. Nach Auffassung des BVerfG war es in dem entschiedenen Fall dem Kind im Hinblick auf sein grundrechtlich geschütztes Persönlichkeitsrecht nicht zumutbar, diese Einschränkung hinzunehmen³⁹. In dem der Gesetzgeber in § 1598a BGB dem Kind sogar das Recht auf (notfalls zwangsweise) Durchführung genetischer Vaterschaftstests eingeräumt hat, hat es diesen Auskunftsanspruch noch unterstrichen.

Ebenso tritt das aus der Privat- und Intimsphäre resultierende Persönlichkeitsrecht der Mutter grundsätzlich hinter den Auskunftsanspruch des Kindes zurück⁴⁰. Die Pflicht zur Offenbarung des Namen des biologischen Vaters stellt nach der einschlägigen Rechtsprechung – selbst im

³⁶ Ratzel, S. 52; Staudinger/Rauscher, Stand 2004, Anh 1592 Rn. 27.

³⁷ hierzu ausführlich, Rütz, Seite 31-45 mit weiteren Nachweisen, Staudinger/Rauscher, Stand 2004, Anh 1592 Rn. 27.

³⁸ Breemhaar, S. 165 f.; Lowe S. 338 f.

³⁹ BVerfGE 79, 256, 271, Urteil vom 31. Januar 1989.

⁴⁰ Ratzel, S. 50 ff, Rütz S. 40.

Falle der natürlicher Zeugung - keinen unzulässigen Eingriff in den unantastbaren Bereich privater Lebensgestaltung der Mutter dar⁴¹.

Der Gedanke dieser Grundsatzentscheidungen gilt im Rahmen des Auskunftsverlangens bei heterologer Insemination durch das Kind umso mehr, da das Kind mit der Anfrage nicht die Vaterschaft anfechten, sondern lediglich die Identität des Samenspenders erfahren möchte. Der reine Auskunftsanspruch lässt die Rechtsbeziehung zum Scheinvater unberührt. Zudem ist in den Fällen, in denen das Kind konkret Auskunft verlangt, ohnehin davon auszugehen, dass es den Umstand der „Scheinvaterschaft“ des ihm rechtlich zugeordneten Vaters kennt. Insoweit gäbe es auch keinen Grund zum Schutze des Familienfriedens den Namen des Samenspenders nicht zu offenbaren. Für ein Geheimhaltungsinteresse dürfte der Umstand der „Scheinvaterschaft“ an sich maßgeblich sein, nicht jedoch der Kenntnis der Identität des Samenspenders.

(3) Beachtung der Angemessenheit

Die konkrete Abwägung zwischen den Rechtspositionen führt damit zu dem Ergebnis, dass grundsätzlich das Recht des Kindes auf Kenntnis Vorrang vor den Geheimhaltungsinteressen der Wunscheltern und des Samenspenders hat.

Die mit einer Offenbarung des Spendernamens verbundene Verletzung der Pflicht zur Verschwiegenheit ist jedoch aus Sicht des Arztes nur dann gerechtfertigt, wenn sie zudem die vorstehend genannten Prinzipien der Angemessenheit berücksichtigt⁴².

Da vorab für den Einzelfall niemals abschließend die Frage beantwortet werden kann, ob nicht doch besondere Rechte der Wunscheltern oder des Samenspenders einer Auskunftserteilung dauerhaft oder zumindest zeitweise entgegenstehen könnten, muss das Verfahren der Offenbarung jeweils individuell abgestimmt werden. Der Arzt kann die für die Abwägung maßgeblichen Gesichtspunkte nur einbeziehen, wenn sie ihm bekannt sind. Zudem rechtfertigt das Recht des Kindes auf Kenntnis keine besondere Eilbedürftigkeit, so dass dem Arzt

⁴¹ BGH Beschluss vom 3. Juli 2008 Rn 13. ff, lässt sogar die Durchführung von Beugehaft zur Erzwingung der Auskunft zu.

vor der Offenbarung genug Zeit zur Verfügung steht, eine Anhörung der Betroffenen durchzuführen. Eine Anhörung stellt zugleich sicher, dass der mögliche Eingriff in das informationelle Selbstbestimmungsrecht der Eltern und des Samenspenders niemals heimlich also ohne deren Wissen erfolgt. Damit trägt man zugleich dem Rechtsgedanken Rechnung, der von der Rechtssprechung zu den Fällen sog. heimlicher Vaterschaftstest entwickelt wurde. Nach einhelliger Rechtssprechung⁴³ war der heimliche Vaterschaftstest unzulässig und durfte zu Beweis Zwecken nicht verwandt werden, da er in das Selbstbestimmungsrecht der getesteten Person in unzulässigerweise eingriff. Dieses Verbot eines heimlichen Tests wurde aber nicht mit der Verneinung eines Anspruchs auf Testung gleichgestellt. Dieser wurde im Gegenteil vom BVerfG⁴⁴ ausdrücklich bejaht. Dementsprechend wurde der Gesetzgeber angehalten, die Möglichkeit eines „offenen“ Vaterschaftstest einzuführen⁴⁵.

Eine Anhörung der Betroffenen ist zudem aus den Gedanken der gegenseitigen Rücksichtnahme gerechtfertigt. Da das Kind dem Spender das Leben verdankt, kann ein Samenspender im Einzelfall den Anspruch darauf haben, dass z.B. eine Auskunftserteilung zeitweise verweigert wird oder besondere Modalitäten den Vorgang des „Kennenlernens“ für ihn erleichtern und zumutbar machen. Indem dem Samenspender der Umstand der Anfrage eines Kindes mitgeteilt wird, wird er in die Lage versetzt, Gesichtspunkte aufzuzeigen, die geeignet sein könnten, die Offenbarung seiner Identität (zumindest zeitweise) auszuschließen. Dem Samenspender muss also, seine Erreichbarkeit vorausgesetzt, die Möglichkeit gegeben werden einer Offenbarung mit dem Argument zu widersprechen, dass ihm selbst diese unzumutbar ist. (Denkbarer Fall wäre, dass das eigene Kind des Samenspenders gerade vorher gestorben ist und die Offenbarung dass der Mann einen anderen biologischen Abkömmling hat, der psychisch schwer angeschlagenen Ehefrau zusetzen könnte o.ä.)

Die gleichen Gesichtspunkte führen auch dazu, dass die Wunscheltern vor der Auskunftserteilung zu hören sind. Das in § 1618 a BGB kodifizierte Gebot der familiären Rücksichtnahme sowie das informationelle Selbstbestimmungsrecht rechtfertigen es, dass die Eltern von der Anfrage des Kindes Kenntnis erhalten und damit in die Lage versetzt werden, ihre ggf. bestehenden Einwände zu erheben.

⁴² Münchener Kommentar/Wellenhöfer, 5. Aufl. 2008, Vor§ 1599 Rn. 8.

⁴³ BGH FamRZ, 2005, 340 ff., Urt. vom 12.1.2005; BVerfG NJW 2007, 753 ff., Urt. vom 13.02.2007.

⁴⁴ BVerfG NJW 2007, 753 ff., Urt. vom 13.02.2007.

⁴⁵ BVerfG NJW 2007, 753 ff., Urt. vom 13.02.2007.

4. Zwischenergebnis zu II.

Die vorstehenden Ausführungen lassen folgenden Grundsätze erkennen:

1. Fragt das durch eine heterologe Insemination gezeugte Kind ernsthaft nach der Identität des Samenspenders, so ist ihm diese grundsätzlich mitzuteilen.
2. Jede Auskunftserteilung eines Arztes stellt gleichzeitig einen Verstoß gegen die Pflicht zur Verschwiegenheit gegenüber den Wunscheltern und dem Samenspender dar, die nur bei aktueller Einwilligung zur Offenbarung oder unter Beachtung der Grundsätze der sog. Angemessenheit der Auskunftserteilung gerechtfertigt ist.
3. Der Arzt erteilt zulässigerweise Auskunft, wenn er
 - zum richtigen Zeitpunkt,
 - an die richtige Person,
 - die richtige Information,
 - unter Wahrung der Interessen des Samenspenders und der Wunschelterndie Identität des Samenspenders mitteilt.

III. Verfahrensgrundsätze und -ziele

Bei der Auskunftserteilung muss mithin ein Verfahren beachtet werden, das soweit als möglich die Ansprüche des wahren Auskunftsberechtigten einerseits und den Anspruch auf Verschwiegenheit der Wunscheltern sowie des Samenspenders im ausreichenden Maße schützt bzw. geeignet ist, einen angemessenen Ausgleich herbeizuführen.

Zur Verdeutlichung sei folgender Beispielsfall gebildet. Ein Ehepaar unterzieht sich einer Behandlung im Wege der heterologen Insemination, da der Ehemann zeugungsunfähig ist. Während der Behandlung hat die Ehefrau eine außereheliche Beziehung zu einem anderen zeugungsfähigen Mann. Sie wird schwanger, geht aber selbst davon aus, dass die Samenspende-Behandlung erfolgreich war. Nach achtzehn Jahren erscheint das Kind beim behandelnden Arzt und legt aktuelle Erklärungen der Mutter und des Ehemannes (Scheinvaters) vor, wonach sie den Arzt von der Schweigepflicht befreien. Der Arzt erteilt Auskunft und nennt den Namen und Adresse des Samenspenders.

Stellt sich nun heraus, dass der Samenspender nicht der biologische Vater des Kindes ist und der Samenspender aktuell nicht mit einer Auskunftserteilung einverstanden war, liegt objektiv ein Verstoß gegen die Verschwiegenheitsverpflichtung vor. Für Nachteile, die dem Samenspender in seiner konkreten Lebenssituation durch die fehlerhafte Offenbarung entstehen, müsste unter Umständen der Arzt aufkommen. Da nur die Offenbarung des wirklichen genetischen Vaters durch das Grundrecht des Kindes auf Auskunftserteilung gerechtfertigt ist, könnte der objektiv gegebene Verstoß gegen die Verschwiegenheit z.B. zu Schadensersatzansprüchen gegen den Arzt führen, sofern sein Verhalten als vorwerfbar im Sinne von Fahrlässigkeit eingestuft werden könnte.

Andererseits kann das potenzielle Risiko einen Samenspender fälschlich als genetischen Vater zu benennen nicht allgemein und grundsätzlich jegliche Auskunftserteilung eines Kindes vereiteln.

Die Zielsetzung eines guten Verfahrens zur Auskunftserteilung wäre somit aus Sicht des Arztes Folgendes: Durch die Einhaltung des Verfahrensablaufs Sicherheit für die Ausnahmefälle zu bekommen, dass dem Kind objektiv ein falscher genetischer Vater benannt wird, es dem

Arzt jedoch subjektiv nicht vorwerfbar ist, weil er das „menschensmögliche“ getan hat, falsche Auskünfte zu vermeiden. Eine Vorwerfbarkeit entfällt immer dann, wenn der Auskunftserteilende keinen Verstoß gegen die im Verkehr erforderliche Sorgfalt zu Last gelegt werden kann⁴⁶. Damit könnte eine strafrechtliche Verantwortlichkeit sowie zivilrechtliche Haftung ausgeschlossen werden.

Bei der Entwicklung eines Verfahrensablaufs, der bei einer Anfrage auf Mitteilung der Identität eines Samenspenders beschränkt werden sollte, sind folgende Überlegungen vorzuschalten:

- Wer ist auskunftsberechtigt ?
- Wie weit reicht die Pflicht zur Auskunftserteilung ?
- Wer ist auskunftspflichtig?
- Gibt es eine Rechtsgrundlage für das Auskunftsverfahren?

1. Auskunftsberechtigter, Lebensalter

Die Berechtigung den Namen des Samenspenders zu erfahren, entspringt aus dem Grundrecht des Kindes auf Kenntnis der eigenen Abstammung. Damit ist grundsätzlich jedes Kind, welches durch eine heterologe Insemination gezeugt wurde, auskunftsberechtigt.

Ab welchem Lebensalter – also ob insbesondere vor Erreichung der Volljährigkeit - dieser Anspruch durch das Kind selbst geltend gemacht werden kann, ist bisher nicht entschieden. Da die Gewährung des Auskunftsanspruchs erfolgt, um dem Kind die Möglichkeit zu geben, sich mit den Fragen der eigenen Abstammung auseinandersetzen zu können, setzt die Geltendmachung des Anspruches eine entsprechende Verstandesreife voraus. Damit sollte in Anlehnung an die gesetzlichen Regelungen des Adoptionsrechts in § 63 PStG und dem darin zum Ausdruck kommenden Rechtsgedanken analog auf die Vollendung des 16. Lebensjahres des Kindes abgestellt werden⁴⁷.

⁴⁶ Vgl zum allgemeinen Fahrlässigkeitsbegriff § 276 BGB.

⁴⁷ Rütz S.

Auch sind Fälle denkbar, dass die Wunscheltern, als die gesetzlichen Vertreter des Kindes bzw. die Inhaber der elterlichen Sorge für das Kind, einen Auskunftsanspruch im wohlverstandenen Interesse des Kindes gegenüber dem behandelnden Arzt geltend machen. Z.B. könnte im Namen des Kindes Auskunft verlangt werden, wenn dieses wegen einer Krebserkrankung einen geeigneten Rückenmarkspender sucht.

Ein eigenes Recht der Wunscheltern auf Kenntnis der Identität des Samenspenders besteht meines Erachtens nicht. Die Kenntnis der Identität ist aus Sicht der Wunscheltern für die Entwicklung oder Bildung des Familienverbandes mit dem Kind nicht maßgeblich. Grundrechtlich geschützte Positionen der Wunscheltern sind in soweit nicht erkennbar. Zur Vermeidung von Fehlvorstellungen sollte vor der Behandlung auf den Umstand hingewiesen werden, dass der Name des Samenspenders grundsätzlich ihnen gegenüber nicht offenbart wird. Damit könnte bei einem späteren Sinneswandel der Wunscheltern auf diese Belehrung verwiesen werden.

Der Samenspender selbst ist ebenfalls nicht auskunftsberechtigt⁴⁸. Durch sein Einverständnis zur Abgabe einer Samenspende begibt er sich denkbarer Rechte auf Kenntnis seiner biologischen Nachkommenschaft. Hier sind die gesetzlichen Erwägungen, die zur Inkognito-Adoption der §§ 1747 und 1758 BGB gelten entsprechend heranzuziehen⁴⁹. Zum Schutz des Familienfriedens der Wunscheltern und des Kindes ist eine Auskunft zu verweigern. Aus diesem Grundsatz heraus ist jedes Ersuchen auf Auskunft durch den Samenspender als auch durch sonstiger dritter Personen abzulehnen. Andernfalls könnten Umstände offenbart werden, die geeignet wären, die Tatsachen der künstlichen Befruchtung offen zu legen.

2. Auskunftspflicht

Aufgrund der bestehenden Verpflichtung zur Auskunftserteilung ist zu klären, aus welchem Anlass und in welchem Umfang dann dem Kind diese Informationen mitgeteilt werden darf.

⁴⁸ Wehrstedt, Streit um Abstammung, S. 76 m.w.N.

⁴⁹ Im Ergebnis Taupitz/Schlüter AcP 205(2005), 591, 619; Staudinger/Rauscher, Stand 2004, § 1600 Rn. 94.

a) Auskunft auf Anfrage

Die Pflicht zur Auskunftserteilung bei Nachfrage eines Kindes darf nicht verwechselt werden mit einer Pflicht zur Information ohne Anfrage. Es gibt keine gesetzliche Verpflichtung der Eltern, des Arztes oder einer sonstigen Stelle, von sich aus dem Kind den Umstand der heterologen Insemination offen zu legen.

Auch hier ist der Vergleich zu den Vorschriften der Adoption zu ziehen. Ob, wann und wie das adoptierte Kind von dem Umstand der Adoption erfährt, ist allein eine Entscheidung der erziehungsberechtigten Adoptiveltern, welche weder durch Eingriffe seitens der Behörden noch von sonstiger dritter Seite übergangen werden darf⁵⁰.

Nur wenn das Kind ernsthaft die Frage stellt, besteht eine Pflicht zur Auskunftserteilung.

b) Reichweite der Auskünfte

Welche Auskünfte der behandelnde Arzt bei Anfrage des Kindes über den Samenspender überhaupt erteilen darf, sind im Einzelnen gesetzlich nicht geregelt.

Die Samenbank und der behandelnde Arzt sind aufgrund der einschlägigen Vorschriften des §§ 13a, 8b TPG und der Verordnung über die Anforderungen an Qualität und Sicherheit der Entnahme von Geweben und deren Übertragung nach dem Transplantationsgesetz (TPG – Gewebeverordnung – TPG-GewV) vom 26. März 2008 verpflichtet, neben den Angaben zur Identifikation des Spenders (also Familienname, Vorname, Tag der Geburt und Anschrift zur Zeit der Abgabe der Spende) auch das Ergebnis der medizinischen Anamnese und der Verhaltensanamnese zu dokumentieren (vgl. § 6 in Verbindung mit § 5 TPG-GewV).

Gemäß § 15 Abs. 2 in Verbindung mit § 13a TPG und der Gewebeverordnung sind diese Daten mindestens 30 Jahre nach der Übertragung aufzubewahren.

⁵⁰ Palandt-Diederichsen, 69. Aufl. 2010, § 1758, Rn. 2; Münchener Kommentar/Maurer, 5. Aufl. 2008, § 1758 Rn.3.

Daraus darf aber nicht geschlossen werden, dass all diese Informationen aufgrund des einfachen Auskunftsverlangens des Kindes ihm zu offenbaren wären. Die weitergehende Verpflichtung zur Dokumentation - insbesondere der medizinischen Erhebungen zum Spender- dienen dem allgemeinen dem TPG zugrundeliegenden Schutzzweck. Bei schwerwiegenden Zwischenfällen oder unerwünschten Reaktionen von Geweben soll eine Ursachenforschung möglich sein, um für die Zukunft Erkenntnisse zur Vermeidung solcher Zwischenfälle ziehen zu können.

Fragt aber ein Kind in Verwirklichung seines allgemeinen grundrechtlich geschützten Rechts auf Kenntnis nach der Identität des Samenspenders so dürfen ihm grundsätzlich nur die zur Identifikation notwendigen Angaben gemacht werden. Ausnahmen wäre nur denkbar, wenn das Kind schlüssig darlegt, dass es z.B. zur Bestimmung eigener erblichbedingter Erkrankungen die Anamnese des biologischen Vaters benötigt. Ein solches Auskunftsbegehren könnte als „schwerwiegender Zwischenfall“ gewertet werden und damit die Auskunftserteilung im Einzelfall rechtfertigen.

Dass der Auskunftsanspruch sich nur auf die Angaben zur Identität des Spenders (also Familienname, Vorname, Tag der Geburt und Anschrift zur Zeit der Abgabe der Spende) beziehen, wird beim Vergleich zu Fällen der natürlichen Zeugung deutlich. Auch diese Kinder haben keinen allgemeinen Anspruch gegen den Hausarzt der leiblichen Eltern, deren Patientenakten einzusehen.

3. Auskunftspflichtiger

Ein besonderes Problem der Durchsetzbarkeit des Auskunftsanspruches liegt in dem Umstand, dass es keine zentrale Stelle gibt, an welche das Kind seine Anfrage richten kann. Das Kind kann weder wie bei einer Adoption in den Akten des zuständigen Geburtsstandesamtes den Namen des biologischen Vaters erfahren noch von den Wunscheltern, da diese die Identität des Samenspenders regelmäßig nicht kennen.

a) **Auskunftskette**

Bei einer Anfrage des Kindes müssen ihm also zunächst die Wunscheltern den behandelnden Arzt als Ansprechpartner benennen. Dieser wiederum wird häufig die Samenzellen von einer Samenbank erhalten haben, die dem Arzt nur einen Code des Samenspenders mitgeteilt hat⁵¹. Letztlich müsste das Kind gegenüber der Samenbank auf Offenbarung der personenbezogenen Daten des Samenspenders bestehen.

Die notwendige Kette der Informationserlangung des Kindes verdeutlicht unmittelbar die bestehende Gefahr, dass der Anspruch tatsächlich nicht durchsetzbar ist. Vergessen beispielsweise die Eltern den Namen des behandelnden Arztes, ist dieser zwischenzeitlich verstorben, die Praxis geschlossen oder sind sonstige Umstände gegeben, die eine Rückverfolgung ausschließen, geht der Anspruch des Kindes ins Leere. Da im Regelfall Auskunftsansprüche des Kindes frühestens nach Erreichung des 16. Lebensjahres geltend gemacht werden, ist allein durch den Zeitablauf eine Vielzahl von Gründen vorstellbar, die die tatsächliche Durchsetzung vereiteln können. Es gibt bereits heute Berichte von Kindern, die rein tatsächlich keine Möglichkeit haben, die Identität des Samenspenders zu erfahren⁵². Bisher beruhte dies vor allem auf den früher geltenden Vorschriften zur Aufbewahrung der medizinischen Unterlagen. Da es keine besonderen Regelungen für die Fälle der heterologen Insemination gab, sind viele Unterlagen nach der allgemeinen Aufbewahrungsfrist von 10 Jahren vernichtet worden. In diesen Fällen ist die Durchsetzung des Auskunftsanspruches des Kindes endgültig ausgeschlossen.

Meines Erachtens könnte ein Kind auch nicht verlangen, dass ihm alle potentiellen Spender einer Samenbank, die für den Zeitraum seiner Zeugung und damit als genetischer Vater in Betracht kommen, genannt werden. Sofern aus Sicht des auskunftspflichtigen Arztes bzw. der Samenbank auch nur zwei Samenspender gleichermaßen in Betracht kommen, ist eine allgemeine Auskunftserteilung ausgeschlossen, da zumindest die Identität eines von beiden nicht offenbart werden dürfte.

⁵¹ So zumindest in der Vergangenheit üblich.

⁵² ZDF-Frontal 21 vom 4. 12. 2007

Damit das Kind sein Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung tatsächlich durchsetzen kann, müssen grundsätzlich sämtliche Mitglieder der Auskunftskette zu dieser Erteilung verpflichtet sein⁵³. Somit ist der Auskunftsanspruch des Kindes grundsätzlich zunächst an seine rechtlichen Eltern zu richten, die ihm den behandelnden Arzt zu benennen haben.

b) TPG und Berufsrecht

Die Vorschriften zur Aufbewahrung der Informationen sind auf Seiten der Ärzte und der Samenbanken im Hinblick auf das Bedürfnis und Recht auf Auskunft neu geregelt.. Gemäß § 13a TPG hat jede Einrichtung der medizinischen Versorgung dafür Sorge zu tragen, dass zum Zwecke der Rückverfolgung für jedes übertragenen Gewebes nach Maßgabe der Rechtsverordnung die nachstehenden Informationen dokumentiert werden. Gemäß § 15 Abs. 2 TPG sind die Daten mindestens 30 Jahre lang nach Übertragung des Gewebes aufzubewahren und müssen unverzüglich verfügbar sein. Durch das Gebrauchmachen von der gemäß § 16a TPG gemachten Ermächtigung zum Erlass einer Verordnung sind nach der TPG-Gewebeverordnung den Entnahmeeinrichtungen (= Samenbank) verpflichtet, die Spenderidentität festzustellen (§ 6 Abs. 1 in Verbindung mit § 5 Abs. 1 Nr. 1 TPG-Gewebeverordnung) und zu dokumentieren. Gemäß § 7 TPG-Gewebeverordnung hat die Einrichtung der medizinischen Versorgung (behandelnder Arzt) in Erfüllung ihrer Verpflichtung nach § 13a TPG die Übertragung des Gewebes mit den entsprechenden Daten zu dokumentieren.

Hierzu zählen:

- Die Identifikation des Gewebeempfängers durch Angaben zum Familiennamen, Vornamen, Geschlecht, Tag der Geburt und Anschrift,
- Behandlungstag und Uhrzeit der Übertragung,
- Familienname, Vorname und Anschrift des Gewebe übertragenden Arztes,
- Bezeichnung und Kennzeichnungscode des übertragenen Gewebes,

⁵³ Staudinger/Rauscher, Stand 2004, Anh. 1592 Rn. 26.

- Name der Gewebereinrichtung, von der sie das Gewebe erhalten hat.

Hinsichtlich der Identifikation des Gewebeempfängers ist meines Erachtens in Fällen der künstlichen Befruchtung neben der Identifikation der Mutter auch die des Wunschvaters vorzunehmen, da beide Wunscheltern die rechtliche Verantwortlichkeit für das Kind übernehmen müssen und damit Gewebeempfänger im weiteren Sinne sind.

Auch wenn die Vorschriften des TPG und der Gewebeverordnung nicht eindeutig erkennen lassen, ob der jeweils behandelnde Arzt überhaupt Kenntnis von der Identität des Samenspenders haben muss (da die Dokumentation des Kennzeichencodes für die Gewebespende ausreichend ist), erscheint mir dies sinnvoll und im Sinne des Schutzes des auskunftsberechtigten Kindes unabdingbar. Unter den Mitgliedern der „Auskunftskette“ ist allein der behandelnde Arzt in der Lage die Verknüpfung von Identität des Kindes und Samenspenders herzustellen zu können. Er muss also sicherstellen, dass eine Verbindung zwischen dem behandelten Paar und der Identität des Samenspenders gebildet werden kann.

Dementsprechend sieht auch die Musterrichtlinie zur Durchführung der assistierten Reproduktion der Bundesärztekammer⁵⁴ in Punkt 5.3.3.2 ausdrücklich die Pflicht des behandelnden Arztes zur Dokumentation der Identität des Samenspenders vor. Nachdrücklich wird darin betont, dass diese Pflicht nicht auf die Samenbank delegiert werden kann. Dieser Richtlinienvorschlag ist beispielsweise in die Berufsrichtlinie der Ärztekammer Nordrhein inhaltlich übernommen worden.

Die Verpflichtung des Arztes diese Informationen für die Dauer von 30 Jahre nach der Behandlung aufzubewahren, setzt bei ihm eine weitsichtige Planung und Organisation voraus. Er kann und darf sich nicht darauf verlassen, dass andere (insbesondere die Samenbank) die Aufbewahrung für ihn übernehmen. Der Arzt hat selbst in geeigneter Weise sicherzustellen, dass er oder seine Nachfolger einen unmittelbaren Anspruch bzw. Zugriff auf die Informationen zur Identität des Samenspenders haben. Will die Samenbank aus datenschutzrechtlichen Gründen zunächst nur den Code und nicht die Identität des Spenders dem Arzt mitteilen, so ist es aus seiner Sicht zumindest notwendig, dass die Samenbank die Informationen zur „Decodierung“ bei einer geeigneten dritten Stelle (z.B. einem Notar) hinterlegt und dem Arzt un-

ter Vorlage entsprechender Nachweise einen eigenen und sicheren Anspruch auf Auskunftserteilung einräumt.

4. Rechtsgrundlage des Auskunftsanspruches

Rechtsgrundlagen für die Auskunftsansprüche müssen aus Sicht des Kindes somit gegen die Eltern und den Arzt bestehen.

a) Auskunftsanspruch gegen die Eltern

Als gesetzliche Grundlage des Auskunftsanspruchs gegenüber den Eltern wird auf die Vorschrift des § 1618a BGB verwiesen, wonach Eltern und Kinder einander Beistand und Rücksicht schulden⁵⁵. In Fällen der heterologen Insemination hat das Kind daher zunächst einen Anspruch gegen die rechtlichen Eltern auf Mitteilung der Umstände bzw. Vorlage der notwendigen Unterlagen bzw. Einwilligungserklärungen etc., die zur weitere Kenntniserlangung notwendig sind. Sofern die Eltern diese Informationen nicht freiwillig erteilen, kann und muss daher das Kind notfalls im Wege einer Zivilklage seine Ansprüche durchsetzen, um sich in geeigneter Weise mit dem behandelnden Arzt in Verbindung setzen zu können.

b) Auskunftsanspruch gegen den Arzt

Eine ebenso ausdrückliche Anspruchsgrundlage des Kindes gegenüber dem Arzt ist in den einschlägigen medizinrechtlichen Vorschriften nicht vorgesehen. Wenn § 14 Abs. 3 TPG bei den Geboten zur Verschwiegenheit im Falle der Samenspende das Recht des Kindes auf Kenntnis der eigenen Abstammung sichert, lässt dies noch keine Konkretisierung eines Anspruches erkennen. In der juristischen Literatur wurde die gesetzliche Grundlage eines Auskunftsanspruches aus dem Grundgedanken des § 12 BGB (Namenschutz) bzw. den allgemei-

⁵⁴ Deutsches Ärzteblatt 2006, Seite A 1392 ff.

⁵⁵ Münchener Kommentar/Wellenhöfer, 5. Aufl. 2008, vor§ 1599 Rn. 8.

nen Vorschriften zu Treu und Glauben in § 242 BGB oder aus einer drittschützenden Wirkung des Behandlungsvertrages zwischen den Wunscheltern und der Arztpraxis hergeleitet⁵⁶.

Überzeugend erscheint es meines Erachtens, den Anspruch aus dem Rechtsgedanken der §§ 810 f. des Bürgerlichen Gesetzbuches zum Recht auf Einsicht in Urkunden herzuleiten⁵⁷. Hierzu lautet § 810 BGB:

„Wer ein rechtliches Interesse daran hat, eine in fremdem Besitz befindliche Urkunde einzusehen, kann von dem Besitzer die Gestattung der Einsicht verlangen, wenn die Urkunde in seinem Interesse errichtet ... ist.“

Diese Vorschrift wird seit der grundlegenden Entscheidung des Bundesgerichtshofes aus dem Jahre 1976 allgemein als Anspruchsgrundlage für die Auskunftserteilung aus Krankenakten bzw. Unterlagen des Arztes über Patienten herangezogen⁵⁸.

Die in den Berufsordnungen und TPG zum Ausdruck kommenden Dokumentationspflichten des behandelnden Arztes sind für das Kind zur Durchsetzung seines Anspruches auf Kenntnis der eigenen Abstammung erlassen worden. Damit sind die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 810 BGB gegeben.

Die Vorschriften der §§ 810 f. BGB geben auch Aufschluss über die Fragen der Beweislast, der Veranlassung der notwendigen Maßnahmen und der Kostentragung. Daher bieten die §§ 810 f. BGB einen geeigneten Maßstab, um ein gesetzesmäßiges Verfahren zur Auskunftserteilung entwickeln zu können⁵⁹.

Nach allgemeiner Ansicht⁶⁰ kann ein Anspruch auf Auskunftserteilung gemäß §§ 810 f. BGB nicht bereits auf die Geltendmachung einer „vagen Vermutung“ auf das Bestehen eines rechtlichen Interesses gestützt werden. Andernfalls bestünde die Gefahr unzulässigen Auskunfts-

⁵⁶ Ausführlich hierzu Rütz, Seite 57 ff; Münchener Kommentar/Habersack, 5. Aufl. 2009, Rn. 15 m.w.N.

⁵⁷ Laufs, Arztrecht, Abschnitt IX Rn. 54 f.; Deutsch, Medizinrecht, S. 258 ff.; Schneider FamRZ 1987, 313, 320.

⁵⁸ BGHZ 72, 132, 137, Urt. vom 3. Dezember 1976, BGHZ 82, 327 ff, Urt. vom 23.11.1982; Palandt/Sprau, 69. Aufl. 2010, § 810 RN 5 m.w.N.

⁵⁹ Zur Verallgemeinerung des Rechtsgedankens der §§ 809 ff. Münchener Kommentar/Habersack, 5. Aufl. 2009, § 810 Rn. 15 m.w.N.; Staudinger/Marburger, 13. Bearb. 1997, § 810 Rn. 20.

⁶⁰ Staudinger/Marburger, 13. Bearb. 1997, § 810 Rn. 20; Palandt/Sprau, 69. Aufl. 2010, § 810, Rn. 2.

begehren bzw. Ausforschungen⁶¹ nach zu kommen. Vielmehr hat der Auskunftssuchende schlüssig darzulegen und in einer Prozesssituation notfalls zu beweisen, dass er ein berechtigtes Interesse an der Auskunftserteilung hat. Dazu muss er Umstände darlegen, die den Schluss zu lassen, dass ein gewisses Grad an Wahrscheinlichkeit hinsichtlich der Existenz des Anspruches besteht⁶². Eine Glaubhaftmachung z.B. im Sinne einer eidesstattlichen Versicherung reicht hierzu grundsätzlich nicht aus⁶³.

Es sind auch höhere Anforderungen an die Darlegungslast des Auskunftsbegehrenden bei einer Anfrage gegenüber einem Arzt gerechtfertigt, da dieser die Gesichtspunkte der Verpflichtung zur Verschwiegenheit gegenüber dritten Personen zu berücksichtigen hat. Bei solchen Anfragen muss der Arzt eigenverantwortlich und allein seinem Gewissen gehorchend entscheiden, ob er unter objektivem Bruch der Pflicht zur Verschwiegenheit Auskunft erteilen will. Bei dieser Gewissensentscheidung räumt ihm die Rechtsprechung einen Entscheidungsspielraum ein, der keiner gerichtlichen Überprüfung unterliegen soll⁶⁴, sofern er die objektiven Gesichtspunkte zur Abwägung ordnungsgemäß ermittelt hat. Dies setzt wiederum voraus, dass der Auskunftsbegehrende – soweit es ihm zumutbar und möglich ist – die notwendigen Informationen vorgelegt hat.

Bei Verfahren der Auskunftserteilung gemäß den §§ 809 ff. BGB ist es auch als zulässig und sachgerecht angesehen worden, dass neutrale Dritte quasi als Sachverständige bei einem Verfahren zur Auskunftserteilung zwischen geschaltet werden. Deren Aufgabe ist es zu prüfen, ob überhaupt die notwendigen Voraussetzungen zur Auskunftserteilung gegeben sind, ohne vorab eine geheimnisgeschützte Position preiszugeben⁶⁵.

Letztlich stellt § 811 Abs. 2 BGB klar, dass sämtliche Kosten, die im Auskunftsverfahren anfallen, vom Auskunftsbegehrenden zu tragen sind und hierzu ein Kostenvorschuss verlangt werden kann. Dabei sind nicht nur die Kosten der reinen Auskunftserteilung sondern auch diejenigen Kosten zu ersetzen, die durch die Einschaltung eines Sachverständigen entstehen⁶⁶.

⁶¹ BGHZ 109, 260, 267, Urt. vom 30.11.1989.

⁶² BGHZ 93, 191, 205, Urt. vom 08.01.1985.

⁶³ Staudinger/Marburger, 13. Bearb. 1997, § 810 Rn. 22; Münchener Kommentar/Habersack, 5. Aufl. 2009, § 809 Rn. 16.

⁶⁴ BGH NJW 1983, 2627, 2629, Urt. vom 31.05.1983, Laufs, Arztrecht, Abschnitt IX Rn.65.

⁶⁵ BGHZ 93, 191 ff., Urt. vom 08.01.1985; Laufs, Arztrecht, Abschnitt IX Rn. 65; Münchener Kommentar/Habersack, 5. Aufl. 2009, § 809 Rn. 11.

⁶⁶ Münchener Kommentar/Habersack, 5. Aufl. 2009 § 811 Rn. 5; Palandt/Sprau, 69. Aufl. 2010, § 811, Rn. 2.

5. Zwischenergebnis zu III.

Jedes Kind, welches durch eine Samenspende im Wege der medizinisch assistierten Reproduktion gezeugt wurde, hat einen Anspruch gemäß § 1618a BGB i.V. Art. 2 GG gegen seine (rechtlichen) Eltern auf Mitteilung der Informationen bzw. Vorlage der Dokumente sowie Einwilligungserklärungen, die zur Erlangung der Spenderidentität notwendig sind. Insbesondere sind diese zur Benennung des Namens des behandelnden Arztes verpflichtet.

Von dem behandelnden Arzt kann das Kind die Mitteilung der Identität (Namen, Geburtsdatum und Adresse) des Samenspenders verlangen.

Für Kinder, die noch nicht das 16. Lebensjahr erreicht haben, können die Sorgeberechtigten (im Regelfall die Eltern) diesen Anspruch im Namen des Kindes unter Darlegung eines berechtigten Interesses geltend machen.

Der behandelnde Arzt hat für die Dauer von 30 Jahren sicherzustellen, dass er bei einer Anfrage selbst in der Lage ist, die Identität des Spenders mitzuteilen.

Für den Ablauf des Auskunftsverfahrens können die gesetzlichen Regelungen der §§ 809 ff. BGB zum Recht auf Einsicht in Urkunden entsprechend herangezogen werden.

IV. Auskunftsverfahren

Die Umsetzung der unter Abschnitt III. aufgezeigten allgemeinen Verfahrensgrundsätze und -ziele müssen in Verbindung mit den in Abschnitt II. gefundenen Ergebnissen zu Grenzen der Verschwiegenheitspflichten bzw. der Angemessenheit der Offenbarung der Identität des Samenspenders gebracht werden.

Die zusammengefassten Aspekte lassen folgende Konzeption eines Auskunftsverfahrens bei einer Anfrage eines Kindes nach der Identität des Samenspenders zu:

1. Schlüssigkeit der Anfrage

Der Anfragende hat die tatsächlichen Umstände, die das Vorliegen seines Anspruchs auf Auskunftserteilung nach einer heterologen Insemination erkennen lassen, vorab und von sich aus schlüssig und nachvollziehbar darzulegen.

Zur Vermeidung von Ausforschungsanfragen dürfte zum Beispiel allgemeinen Anfragen oder Anfragen einer Person, welche per E-Mail allgemein Praxen in Nordrhein Westfalen mit der Bitte um Auskunft anschreibt, ob seine Mutter eine Samenspende bekommen habe, überhaupt keine Auskünfte erteilt werden.

Sobald der behandelnde Arzt eine Anfrage einer Person erhält, die vorträgt durch eine Samenspende dieses Arztes gezeugt worden zu sein, sollte der Arzt diese Person bitten, diesen Umstand schlüssig darzulegen. Hierzu sollten folgende Unterlagen angefordert werden:

- a) Vorlage des Ausweises der anfragenden Person, um deren Identität eindeutig zu klären.
- b) Vorlage einer beglaubigten Kopie einer Geburtsurkunde der anfragenden Person, um die Identität der rechtlichen Eltern zweifelsfrei feststellen zu können.

- c) Benennung der aktuellen Adressen der rechtlichen Eltern bzw. sofern diese verstorben sein sollten, Vorlage der Sterbeurkunden.
- d) Darlegung der Umstände, die das Kind dazu bewegen, bei dem konkreten Arzt anzufragen⁶⁷.

Insbesondere der letztgenannte Punkt ist wichtig. Um Ausforschungsanfragen abzublocken, muss der Arzt darauf bestehen, dass ihm die anfragende Person konkret darlegt, worauf die Kenntnis der Zeugung mittels Samenspende in seiner Praxis beruht. Zur Darlegung dieser Umstände sind meines Erachtens Unterlagen, die eindeutig die Behandlung des Arztes nachweisen, Rechnungen, notarielle Einwilligungserklärungen oder schriftliche Erklärungen der Eltern ausreichend.

Soweit solche eindeutigen Umstände durch den Anfragenden nicht vorgelegt werden können, weil er z.B. vorträgt die Eltern seien zwischenzeitlich verstorben und hätten ihm diese Umstände nur mündliche mitgeteilt, so müsste meines Erachtens zumindest der Nachweis vorgelegt werden, dass der rechtliche Vater nicht der biologische Vater des Kindes sein kann.

Sind diese Dokumente vorgelegt oder Nachweise geführt, scheint mir der Anspruch des Anfragenden auf Auskunft zumindest schlüssig dargelegt.

Sollten die Eltern eines Kindes in dessen Namen die Identität des Samenspenders wissen wollen, so müsste zudem dargelegt werden, dass ein schützenswertes und konkretes Interesse des Kindes an der Auskunft besteht⁶⁸.

2. Prüfung der vorhandenen Behandlungsunterlagen

Sind die Grundvoraussetzungen eines Auskunftsanspruch schlüssig dargelegt worden, kann der Arzt in seinen Unterlagen nachprüfen, ob die Mutter zum fraglichen Zeitpunkt überhaupt bei ihm in der Behandlung war. Aufgrund der bei der Anfrage bereits einzureichenden Unter-

⁶⁷ Motive die das Kind zur Anfrage veranlassen, sind unbeachtlich.

⁶⁸ S.o. Abschnitt III, Zif. 1.

lagen (insbesondere der Geburtsurkunde des Kindes), wird der Arzt in die Lage versetzt, zu prüfen, ob seine Behandlung der Mutter des Kindes überhaupt zu dessen Geburt geführt haben kann.

Sollte dies nicht der Fall sein, so sollte der Arzt sich mit der schlichten Antwort gegenüber dem Anfragenden begnügen, dass er keine sachdienlichen Angaben zu dessen Anfrage machen kann.

3. Anhörung und Einwilligung der Wunscheltern

Sollte nach Prüfung der medizinischen Unterlagen des Arztes eine Zeugung des Kindes im heterologen Verfahren möglich sein, müsste eine Anhörung der Wunscheltern stattfinden und das Vorliegen ihrer Einwilligung zur Auskunftserteilung geprüft werden.

a) Anhörung /Einwilligung möglich

Da der Arzt niemals mit letztendlicher Sicherheit entscheiden kann, ob es nicht doch durchgreifende Gründe oder Erwägungen geben könnte, die im individuellen Einzelfall ein Recht der Eltern auf Verschwiegenheit als höherwertig erscheinen lassen⁶⁹, hat er diese vor Auskunftserteilung anzuhören. Gleichzeitig wird den Eltern damit die Möglichkeit gegeben, sich vorab auf den Umstand der Anfrage des Kindes einzustellen zu können.

Da die Einwilligung der Eltern **zum Zeitpunkt** der Anfrage in die Offenbarung der Identität des Samenspenders dem Arzt auch Rechtssicherheit im Hinblick auf seine Pflichten zur Wahrung der Verschwiegenheit geben könnten, erscheint es empfehlenswert bei der Anhörung auch um deren (ggf. erneute) Einwilligung zur Auskunftserteilung bitten. Im Hinblick auf eine bereits bei der Behandlung erteilte Einwilligung wäre auch die Mitteilung möglich, dass der Arzt die Auskunft erteilen wird, sofern die Eltern ihm nicht zwingende Gründe benennen, die gegen eine Auskunftserteilung sprechen.

b) Verweigerung der Einwilligung

Erteilen die Eltern bzw. ein Elternteil eine entsprechende Einwilligung nicht bzw. widersprechen sie der Auskunftserteilung, so hat der Arzt meines Erachtens das Kind zunächst auf die Durchsetzung seines Anspruches gegen die Eltern zu verweisen. Den Anspruch auf Einwilligung kann das Kind gemäß § 1618a BGB gegenüber den Eltern geltend machen und - wenn nötig - deren Einverständnis klageweise erzwingen. Es kann nicht die Aufgabe des Arztes sein, anstelle eines Gerichts im Verhältnis zwischen Eltern und Kind zu entscheiden, ob das Kind gegenüber den Eltern auskunftsberechtigt ist.

c) Anhörung/Einwilligung unmöglich

Teilt das Kind mit, eine Einwilligung zur Auskunftserteilung könne objektiv nicht (oder zumindest von einem Elternteil) erreicht werden, da diese z.B. verstorben seien, so muss meines Erachtens dieser Umstand nachgewiesen werden (zum Beispiel durch Vorlage einer Sterbeurkunde).

Im Rahmen des sodann vom Arzt vorzunehmenden Abwägungsprozesses hat er zu prüfen, ob der konkret nicht „einwilligungsfähige“ Elternteil zum Zeitpunkt der Behandlung bereits seine Einwilligung erteilt hat. Sofern es für den Arzt keine Anhaltspunkte gibt, dass diese Einwilligung zum Zeitpunkt der Auskunftserteilung widerrufen sein könnte, kann er diese Einwilligung als mutmaßlichen Willen auch zum Zeitpunkt der Anfrage unterstellen.

Sollte es sich um einen „Altfall“ handeln und dem Arzt keine Einwilligung zur Auskunftserteilung von den Eltern zum Zeitpunkt der Behandlung vorliegen, oder sogar eine Anonymitätszusage bestanden haben, so könnte der Arzt, um jeden denkbaren Verstoß gegen eine Verletzung seiner Verschwiegenheitspflicht vorzubeugen, eine Auskunft verweigern. Das Kind könnte gegen den Arzt eine Klage auf Auskunftserteilung anstrengen.

Aufgrund der herrschenden Meinung in der Rechtswissenschaft gehe ich jedoch davon aus, dass der Arzt auch zu dem Ergebnis gelangen könnte, dass die fehlende Einwilligung des El-

⁶⁹ s.o. Abschnitt II. Zif. 3. Li. c (3).

ternteils entbehrlich ist, da das Recht eines verstorbenen Elternteils hinter dem eines lebenden und auskunftsberechtigten Kindes zurücktreten muss. Zur Absicherung seines Urteils sollte er diesen Fall der Ethik-Kommission seiner Berufskammer schildern und um Unterstützung bitten⁷⁰.

4. Anhörung und Einwilligung des Samenspenders

Haben die Eltern der Auskunftserteilung zugestimmt oder ist ihre Zustimmung im konkreten Einzelfall entbehrlich, so sollte der Samenspender angeschrieben und dessen aktuelles Einverständnis eingeholt werden. Erteilt der Samenspender die Einwilligung zur Auskunftserteilung ohne weitere Bedingungen, könnte dem Kind der Name bekannt gegeben werden.

a) Verlangen eines Abstammungsgutachtens

Meines Erachtens könnte der Samenspender jedoch darauf bestehen, dass vor der Offenlegung seiner Identität eine genetische Abstammungsuntersuchung erfolgen muss. Da die Offenbarung der Identität aus Sicht des Spenders in seiner konkreten Lebenssituation zum Zeitpunkt der Offenlegung einen weitgehenden Eingriff in seine persönlichen Rechte darstellt und der Auskunftsanspruch des Kindes nur bei tatsächlicher genetischer Abstammung besteht, kann er in entsprechender Anwendung des in § 1598a BGB genannten Rechtsgedankens auf diese Untersuchung bestehen.

Die genetische Abstammungsuntersuchung zwischen dem Kind und dem Samenspender könnte unter Wahrung der Anonymität ggf. auch durch den behandelnden Arzt oder einen neutralen Dritten⁷¹ koordiniert und durchgeführt werden.

Wird dann mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit festgestellt, dass der Samenspender tatsächlich der genetische Vater des Kindes ist, kann dem Kind die Identität des Samenspenders mitgeteilt werden. Andernfalls steht fest, dass dem Kind die Identität des „falschen“ Samenspenders nicht mitgeteilt werden könnte.

⁷⁰ siehe hierzu nachstehend. IV. Ziffer 5 Lit.a).

⁷¹ sie hierzu unten Abschnitt IV. Ziffer 5

b) Verweigerung der Einwilligung

Weigert sich der Samenspender dennoch seine Einwilligung zur Offenlegung zu geben, beruft er sich insbesondere auf eine Anonymitätszusage, so muss der Arzt wiederum abwägen. Sollte der Arzt zum Ergebnis gelangen, dass er verpflichtet ist, dem Kind den Namen des Mannes mitzuteilen, so sollte er dieses Ergebnis vorab dem Samenspender mitteilen. Dabei sollte er ihm eine angemessenen Frist setzen, nach deren Ablauf er die Auskunft an das Kind zu erteilen gedenkt. Damit erhält der Samenspender die Möglichkeit, gegen die Auskunftserteilung Rechtsmittel, zum Beispiel durch Einreichung einer Unterlassungsklage, zu erheben.

Als weitere Alternative bliebe dem Arzt die Möglichkeit, das Kind auf die in der Vergangenheit erteilte Anonymitätszusage hinzuweisen und das Kind auf eine Klagemöglichkeit ihm gegenüber zu verweisen.

Unabhängig von den rein rechtlichen Aspekten eines Anspruches auf Mitteilung der Identität des Samenspenders, könnte der Arzt auch im wohlverstandenen Interesse der Beteiligten ein Prozedere für das Kennen lernen anbieten. Ggf. unter Einbeziehung eines psychologisch geschulten Gesprächsleiters könnte damit dem Samenspender und dem Kind eine Hilfe zur Kontaktaufnahme angeboten werden.

c) Anhörung/Einwilligung unmöglich

Kann ein Samenspender zum Zeitpunkt der Anfrage konkret nicht befragt werden, weil sein derzeitiger Aufenthalt unbekannt ist, er insbesondere bei der ursprünglichen Wohnadresse nicht gefunden werden kann, stellt sich zunächst die Frage, welche Anstrengung der Arzt unternehmen muss, um den Samenspender zu ermitteln.

Um der besonderen Bedeutung der Auskunftserteilung Rechnung zu tragen, sollten die zur Ermittlung des Aufenthalts notwendigen und geeigneten Mittel ergriffen werden. Beispielsweise könnte durch eine Anfrage beim Melderegister bzw. beim Geburtsstandesamt versucht werden, den Aufenthalt bzw. den Umstand des Todes des Samenspenders feststellen zu las-

sen. Sollte es dennoch nicht gelingen, den Aufenthalt für eine konkrete Nachfrage zu ermitteln, hat der Arzt wiederum eine Abwägung vorzunehmen.

Auch hier sollte die Abwägung über die konkrete Situation bei Abgabe der Samenspende zu Grunde gelegt werden. Hatte der Samenspender bei Abgabe der Samenspende bereits einer Offenbarung seiner Identität grundsätzlich zugestimmt, spricht vieles dafür, jetzt bei einer konkreten Anfrage eines Kindes auch dies als seinen mutmaßlichen Willen zu unterstellen. Es ist nicht erkennbar, dass ein Arzt, der bei einer Auskunftserteilung trotz gehöriger Versuche den aktuellen Willen des Samenspenders zu ermitteln, nicht möglich ist, sich vorwerfbar falsch verhält.

Hätte der Arzt oder die Samenbank dem Samenspender jedoch damals seine Anonymität zugesichert, so ist es meines Erachtens vor Vorliegen einer höchst richterlichen Rechtssprechung weiterhin vertretbar, dem Kind dies mitzuteilen und es auf den Klageweg zu verweisen.

Aufgrund der vorstehenden dargelegten Erwägungen gehe ich davon aus, dass das Gericht den Anspruch des Kindes auf Auskunftserteilung gewähren wird. Für den Arzt wäre jedoch durch das ergangene Urteil der Beweis der rechtmäßigen Auskunftserteilung gegeben.

5. Einschaltung eines neutralen Dritten

Jede Anfrage eines Kindes drängt also den Arzt in die für ihn ungewohnte Situation eines Richters hinein, der verschiedene Rechtspositionen miteinander bzw. gegeneinander abwägen soll. Gleichzeitig könnte aus Sicht des anfragenden Kindes der Verdacht entstehen, dass die Gründe zur Durchführung des beschriebenen Verfahrens (und damit entstehende Kosten) seien nur vorgeschoben und dienen dem Zweck den Auskunftsanspruch zu erschweren oder gar zu vereiteln⁷². Ferner ist es dem Arzt häufig nur schwer möglich, nicht bereits durch sein Tätigwerden, Geheimnisse zu offenbaren. Z.B. könnte er mit einer Anfrage beim Samenspender Gefahr laufen, Dritten den Umstand der Samenspende zu offenbaren. Schreibt z.B. ein Kinderwunschzentrum einen Samenspender 18 Jahren nach Abgabe der Spende an und nimmt

⁷² Vgl. Laufs, *Arztrecht*, Abschnitt IX Rn. 65.

dessen Ehefrau diesen Brief aus der Post, so braucht sie den Brief nicht zu lesen, um wegen des erkennbaren Absenders den Spender ggf. schon in Erklärungsnot zu bringen.

In der Rechtsprechung⁷³ zu den §§ 809 ff BGB ist es anerkannt, dass für den Fall, das Geheimhaltungsinteressen Dritter einer Offenbarung entgegenstehen, ein neutrale Dritte zur Einsichtnahme bzw. Prüfung zugelassen werden könnte, ob überhaupt eine Auskunft erteilt werden darf⁷⁴. Führt eine neutrale Stelle das Verfahren durch kann u.U. von vornherein der Verdacht einer verschleppenden oder sonstigen unsachgemäßen Behandlung entkräftet werden.

a) Ethikkommission

Als neutrale Stellen käme z.B. eine extra hierfür beauftragte Kommission der Ärztekammer in Betracht. Bsp. kann gemäß § 7 HeilBerG NRW die Ärztekammer eine Ethikkommission mit der Beratung ihrer Kammerangehörigen in berufsrechtlichen und ethischen Fragestellungen betrauen. Die Mitglieder der Kommission – zu denen auch ein Volljurist gehören muss - sind ihrerseits zur Verschwiegenheit verpflichtet, § 7 Abs. 3 HeilBerG NRW. Die Kammern haben durch Abschluss einer Haftpflichtversicherung sicherzustellen, dass etwaige Schadensersatzansprüche, die durch die Tätigkeit der Kommission entstehen, ausgeglichen werden können (Abs. 7). Bisher wurde aufgrund der einschlägigen Vorschriften der Richtlinien zur assistierten Reproduktion eine Ethikkommission eingerichtet⁷⁵, welche jedoch nicht ausdrücklich mit den Fragen eines Auskunftsverfahren betraut ist.

Es erscheint im Hinblick auf die in Zukunft zu erwartende Zunahme von Anfragen von Samenspenderkindern sinnvoll, solche Kommissionen mit diesen Verfahren zu betrauen. Der besondere Vorteil bestünde nicht nur in der Nutzung des vorhandenen Sachverstandes sondern auch in dem Gewinn an Rechtssicherheit, welche aus Sicht der Kinder wie auch der Ärzte damit verbunden wäre. Für die anfragenden Kinder würde damit eine zentrale Auskunftsstelle bestehen, die – mit der Autorität und Fachkenntnis als Teil einer öffentlichen Körperschaft - das Auskunftsverfahren sinnvoll und rechtlich einwandfrei leiten könnte. Dem Arzt würde gleichzeitig eine wichtige Hilfestellung bei der für ihn ungewohnten Materie gegeben.

⁷³ OLG Düsseldorf DB 1982, 2030f., Urt. vom 08.04.1982; BGHZ 93, 191 ff., Urt. vom 08.01.1985.

⁷⁴ Laufs, Arztrecht, Abschnitt IX Rn. 65; Münchner Kommentar/Habersack, 5. Aufl. 2009 § 810 Rn. 11.

Selbstverständlich setzt dies eine Änderung der einschlägigen berufsrechtlichen Vorschriften voraus, die im Hinblick auf den Zugewinn an Rechtssicherheit wünschenswert wäre.

b) Rechtsberater

Solange die berufsrechtlichen Vorschriften nicht geändert werden, könnte der Arzt auch einen Rechtsanwalt oder Notar mit der Betreuung des Verfahrens beauftragen.

Notare sind gemäß §§ 1 und 14 BNotO als Träger eines öffentlichen Amtes zur unabhängigen und unparteilichen Betreuung der Beteiligten verpflichtet. Von Gesetzes wegen werden sie daher regelmäßig mit der Handhabung von Treuhandtätigkeiten oder sonstigen Vermittlungstätigkeiten beauftragt. Die Beauftragung eines Notars als „Leiter“ des Auskunftsverfahrens setzt aber voraus, dass alle Beteiligten sich damit einverstanden erklären. Eine rechtliche Handhabe des Notars eine Beteiligung zu erzwingen, besteht nicht.

Will z.B. das anfragende Kind nicht auf die Betreuung durch einen Notar zurückzugreifen, könnte der Arzt nur jegliche Auskunftserteilung verweigern.

6. Kosten

Die allgemein aus dem TPG resultierende Pflicht zur Aufbewahrung der Informationen hinsichtlich der Identität des Samenspenders führt nicht dazu, dass die Auskunftserteilung kostenfrei zu erfolgen hat. Nach § 811 Abs. 2 BGB hat derjenige die Kosten zu tragen, der die Auskunft aus den Urkunden verlangt. Das Gesetz stellt zudem klar, dass die Auskunft verweigert werden kann, bis der Auskunftssuchende einen Kostenvorschuss geleistet hat.

Unter die Erstattungspflicht fällt dabei sämtlicher Aufwand, der dem Auskunftsverpflichteten wegen der Erteilung der Auskunft entstanden ist. Insbesondere fallen darunter die Kosten der Einschaltung einer neutralen dritten Person bzw. Sachverständige zur Auskunftserteilung⁷⁶.

⁷⁵ Richtlinien Punkt 5.4

⁷⁶ Münchener Kommentar/Habersack, 5. Auflage 2009, § 811 Rn. 5.

Damit wären sämtliche Kosten des Arztes, die mit der Durchführung des vorstehend beschriebenen Auskunftsverfahrens verbunden, wären also auch Kosten der Ermittlung eines Beteiligten, eines Abstammungsgutachtens oder Einschaltung eines Rechtsberaters als Verfahrenleiter etc. von dem Kind zu tragen.

Die Kosten, die durch die Aufbewahrung der Daten angefallen sind, sind hingegen nicht vom Anfrager zu tragen. Diese Informationen sind unabhängig von einer Anfrage aufgrund der gesetzlichen Vorschriften (insb. TPG) vom Arzt aufzubewahren.

Endergebnis:

Die in dieser Untersuchung gefundenen Ergebnisse lassen sich wie folgt zusammenfassen :

- Jedes Kind, welches durch eine medizinisch assistierte heterologe Insemination gezeugt wurde, hat grundsätzlich einen Anspruch auf Mitteilung der Identität des Samenspenders.
- Sowohl die Wunscheltern als auch der behandelnde Arzt haben die notwendigen Auskünfte zu erteilen.
- Der behandelnde Arzt hat jedoch auch die durch die allgemeine Verschwiegenheitsverpflichtung geschützten Rechtspositionen der Wunscheltern und des Samenspenders bei der Auskunftserteilung angemessen zu berücksichtigen.

Im Verfahren der Auskunftserteilung sind – soweit als möglich – sowohl die Wunscheltern als auch der Samenspender sind zu beteiligen.

- Nach den Vorschriften der §§ 810 f. des Bürgerlichen Gesetzbuches kann der behandelnde Arzt auch geeignete Dritte mit der Durchführung des Auskunftsverfahrens betrauen.
- Sämtliche Kosten des Verfahrens sind vom anfragenden Kind zu tragen.

Literaturverzeichnis:

- Breemhaar, Willem:** Streit um die Abstammung im niederländischen Recht, in Spickhoff/Schwab/Henrich/Gottwald (Hrsg.) Streit um Abstammung, 2007, (zitiert: Breemhaar S.)
- Coester-Waltjen, Dagmar:** Künstliche Fortpflanzung und Zivilrecht, FamRZ 1992, 369 ff. (zitiert: Coester-Waltjen, FamRZ 1992, S.)
- Deutsch, Erwin:** Artificielle Wege menschlicher Reproduktion, MDR 1985, 177 ff., (zitiert: Deutsch MDR 1985, S.)
- ders.** Medizinrecht, 4. Auflage 1999, (zitiert: Deutsch Medizinrecht, S.)
- Hassenstein, Bernhard:** Der Wert der Kenntnis der eigenen Abstammung, FamRZ 1988, 120 ff. (zitiert: Hassenstein FamRZ 1988, S.)
- Heidelberger Kommentar:** Arztrecht, Krankenhausrecht, Medizinrecht, 31. Aktualisierung Juni 2010 (zitiert: Heidelberger Kommentar/Bearbeiter)
- Koch, Elisabeth:** Der Anspruch des Deszendenten auf Klärung der genetischen Abstammung, FamRZ 1990, 569 (zitiert: Koch FamRZ 1990, S.)
- Laufs, Adolf:** Arztrecht, 6. Auflage 2009 (zitiert: Laufs, Arztrecht, Abschnitt)
- Katzenmeier, Christian,
Lipp, Volker**
- Laufs/Uhlenbruck:** Handbuch des Arztrechts, 3. Auflage 2002 (zitiert: Laufs/ Uhlenbruck, S.)

- Lowe, Nigel:** Issues of Descent – The Position in English Law, in Spickhoff/Schwab/Henrich/Gottwald (Hrsg.) Streit um Abstammung, 2007, (zitiert: Nigel, S.)
- Münchener Kommentar:** zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 5. Auflage 2006 ff. (zitiert Münchener Kommentar/Bearbeiter)
- Palandt:** Bürgerliches Gesetzbuch, 69. Auflage 2010 (zitiert Palandt/Bearbeiter, §)
- Pintens, Walter:** Die Abstammung im belgischen Recht, in Spickhoff/Schwab/Henrich/Gottwald (Hrsg.) Streit um Abstammung, 2007, (zitiert Pintens, S.)
- Quaas, Michael/
Zuck, Rüdiger
Ratzel, Rudolf:** Medizinrecht, 2. Auflage 2008 (zitiert: Quaas/Zuck §)
Beschränkung des Rechts auf Fortpflanzung durch das ärztliche Berufsrecht, in Frister/Olzen (Hrsg.) Reproduktionsmedizin, 2010, (zitiert: Ratzel, S.)
- Roth, Andreas:** Der Ausschluss der Vaterschaftsanfechtung nach Einwilligung in die heterologe Insemination, DNotZ 2003 805 ff., (zitiert: Roth DNotZ 2003, S.)
- Rütz, Eva Maria:** Heterologe Insemination, Die rechtliche Stellung des Samenspenders, 2008 (zitiert: Rütz, S.)
- Schönke/Schröder:** StGB Kommentar, 27. Auflage 2006 (zitiert: Schönke-Schröder/Bearbeiter §)
- Schumacher, Klaus:** Fortpflanzungsmedizin und Zivilrecht, FamRZ 1987, 317 ff. (zitiert: Schumacher FamRZ 1987, S.)

- Spickhoff, Andreas:** Streit um Abstammung –Brennpunkte der Diskussion, in Spickhoff/Schwab/Henrich/Gottwald (Hrsg.) Streit um Abstammung, 2007, (zitiert: Spickhoff, S.)
- Staudinger:** Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 13. Aufl. 1993 ff. (zitiert: Staudinger/Bearbeiter §)
- Taupitz, Jochen/
Schlüter, Julia:** Heterologe künstliche Befruchtung, Die Absicherung des Samenspenders gegen unterhalts- und erbrechtliche Ansprüche des Kindes, AcP, Bd. 205 (2005), S. 591 ff, (zitiert Taupitz/Schlüter, AcP 205, 591. S.)
- Wehrstedt, Stefan:** Der Streit um Abstammung aus rechtsberatender Sicht in Spickhoff/Schwab/Henrich/Gottwald (Hrsg.) Streit um Abstammung, 2007, (zitiert. Wehrstedt, S.)
- Weyrauch, Verena:** Zulässigkeitsfragen und abstammungsrechtliche Folgeprobleme bei künstlicher Fortpflanzung im deutschen und US-amerikanischen Recht, Diss. 2003 (zitiert Weyrauch, S.).