

**Gutachten des Deutschen Notarinstituts****Abruf-Nr.:** 165782**letzte Aktualisierung:** 20. März 2019**SaRegG §§ 2, 4****Aufklärung eines Samenspenders und der Empfängerin einer Samenspende durch einen Notar; Form der Aufklärung****I. Sachverhalt**

Sie nehmen Bezug auf das BNotK-Rundschreiben Nr. 7/2018 vom 4.6.2018. Darin weist die BNotK darauf hin, dass die Aufklärung nach § 2 Abs. 1 SaRegG oder § 4 SaRegG auch von Notaren durchgeführt werden kann.

**II. Fragen**

1. In welcher Form muss diese Aufklärung erfolgen?
2. Genügt nach erfolgter mündlicher Belehrung ein entsprechendes Anschreiben an die Betroffenen oder ist darüber hinaus eine Beurkundung erforderlich?

**III. Zur Rechtslage****1. Überblick über die neue gesetzliche Regelung**

Am 1.7.2018 ist das Samenspenderregistergesetz (SaRegG) in Kraft getreten (BGBl. 2017 I, S. 2513). Das Gesetz sieht die Einrichtung eines **Samenspenderregisters** und Regelungen zur **Auskunftserteilung** nach der heterologen Verwendung von Samen vor. Die Spenderdaten werden beim Deutschen Institut für Medizinische Dokumentation und Information (DIMDI) gespeichert (§ 1 Abs. 1 SaRegG; vgl. zum Ganzen eingehend Wehrstedt, MittBayNot 2019, 122; Grziwotz, notar 2018, 163, 165 ff.; Helms, FamRZ 2017, 1537 ff.; Taupitz/Theodoridis, MedR 2018, 457 ff.; Koch, in: Grziwotz, 2018: Familie und Recht, 2019, S. 25 u. 33 ff. – im Erscheinen).

Wird ein Kind durch künstliche Befruchtung unter Verwendung von Samen einer Entnahmeeinrichtung nach dem SaRegG gezeugt, ist die rechtliche **Feststellung** der **Vaterschaft** des Samenspenders nunmehr **ausgeschlossen** (§ 1600d Abs. 4 BGB n. F.). Der biologische Vater (d. h. der Samenspender) muss also nicht befürchten, wegen einer späteren Vaterschaftsfeststellung Unterhaltsansprüchen ausgesetzt zu sein. Andererseits können die Beteiligten nicht die Feststellung der Vaterschaft erreichen.

## 2. Informationspflichten bei Samenspende und Insemination

Ausgangspunkt der Samenspende ist die Gewinnung von Samen durch eine **Entnahmeeinrichtung** gem. § 2 Abs. 1 S. 1 SaRegG. Die Entnahmeeinrichtung muss sicherstellen, dass der Samenspender vor der Gewinnung des Samens über verschiedene Aspekte „**aufgeklärt worden ist**“. Gegenstand der erforderlichen **Aufklärung** sind **u.a.** etwa der **Auskunftsanspruch** eines durch die Samenspende gezeugten Kindes, die Bedeutung, die die Kenntnis der Abstammung für die Entwicklung eines Menschen hat, die Speicherung und der Umfang der Verarbeitung der personenbezogenen Daten des Spenders sowie der Spendenkennungssequenz und der Spendenummer sowie die Möglichkeit, sich über die Folgen einer Samenspende beraten zu lassen sowie der **Ausschluss der rechtlichen Feststellung der Vaterschaft** des Samenspenders.

Der **Samenspender** muss der Entnahmeeinrichtung **schriftlich bestätigen**, dass er gem. § 2 Abs. 1 SaRegG aufgeklärt worden ist und die Aufklärungsinhalte verstanden hat (§ 2 Abs. 1 S. 2 SaRegG). Wie und in welcher Form die Aufklärung vonstattengehen soll, beschreibt das Gesetz nicht näher. Die Gesetzesbegründung führt aus, dass die Entnahmeeinrichtung die **Aufklärung** selbst durch geeignetes Personal oder auch **extern** „z. B. durch einen Rechtsanwalt oder eine Rechtsanwältin oder durch einen **Notar oder eine Notarin**“ durchführen lassen kann (BT-Drucks. 18/11291, S. 23; zust. Spickhoff, ZfPW 2017, 257, 275; Wehrstedt, MittBayNot 2019, 122, 123; eine Aufklärung durch die Einrichtung wird demgegenüber lediglich erwähnt bei Taupitz/Theodoridis, MedR 2018, 457, 459).

Nach § 4 S. 1 SaRegG muss die Einrichtung der medizinischen Versorgung vor der heterologen Verwendung der Samenspende die **Empfängerin der Samenspende** ebenfalls über mehrere Aspekte aufklären, u. a. über den Auskunftsanspruch des Kindes sowie den Ausschluss der rechtlichen Feststellung des Samenspenders (§ 4 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 u. 6 SaRegG). Die Empfängerin der Samenspende hat der Einrichtung der medizinischen Versorgung **schriftlich zu bestätigen**, dass sie aufgeklärt worden ist und die dort genannten Aufklärungsinhalte verstanden hat (§ 4 Abs. 1 S. 2 SaRegG). Die Gesetzesbegründung führt in Parallel zur Begründung zu § 2 Abs. 1 S. 1 SaRegG aus, dass die Aufklärung durch die medizinische Einrichtung selbst oder extern durch einen Rechtsanwalt oder eine Rechtsanwältin oder durch einen Notar oder eine Notarin erfolgen kann (BT-Drucks. 18/11291, S. 26; vgl. auch BT-Drucks. 18/11291, S. 19).

## 3. Aufklärungsverfahren im Einzelnen

Aus dem Gesetzestext ergeben sich keine klaren Vorgaben, welchen Anforderungen das Aufklärungsverfahren genügen muss.

### a) Gesetzesbegründung

In der Gesetzesbegründung heißt es, es müsse „der Empfängerin der Samenspende hinreichend verdeutlicht werden, dass für die heterologe Verwendung von Samen bei einer ärztlich unterstützten künstlichen Befruchtung die Übermittlung der personenbezogenen Daten an das DIMDI und deren dortige Speicherung unabdingbare Voraussetzung ist“ (BT-Drucks. 18/11291, S. 27).

Hinweise über den erforderlichen Umfang der Aufklärung lassen sich den Ausführungen zum **Erfüllungsaufwand** der neuen Regelung entnehmen. So führt die Be-

gründung aus, dass den Bürgern im Zusammenhang mit der Aufklärung nach §§ 2 Abs. 1, 5 Abs. 1 SaRegG ein Erfüllungsaufwand dadurch entstehen könne, dass sie „im Zusammenhang mit der Aufklärung z. B. einen Rechtsanwalt oder Notar aufsuchen, sofern die Aufklärung nicht in der Entnahmeeinrichtung oder in der Einrichtung der medizinischen Versorgung erfolgt“ (BT-Drucks. 18/11291, S. 19). Wenn die Erklärung „in der Entnahmeeinrichtung“ erfolgt, könnte dies bedeuten, dass auch die Aufklärung in einem **physischen Präsenzverfahren** vor der Einrichtung erfolgt. Für die Aufklärung durch einen Notar könnte dann nichts anderes gelten. An anderer Stelle der Begründung ist die Rede davon, die Aufklärung könne auch „extern bei einem Rechtsanwalt oder Notar erfolgen“ (BT-Drucks. 18/11291, S. 19). Allerdings wird man der Verwendung der Wörter „in“ und „bei“ nicht allzu große Bedeutung beimessen können.

Von Interesse ist in diesem Zusammenhang auch die Stellungnahme des Normenkontrollrats zum Erfüllungsaufwand. Für die Aufklärung sei von insgesamt 15 Minuten und einem hohen Qualifikationsniveau auszugehen (BT-Drucks. 18/11291, S. 38). Auch das lässt darauf schließen, dass sich die Aufklärung zumindest nicht auf die Aushändigung eines Formulars beschränkt, sondern ein **Gespräch** voraussetzt. Ein eindeutiger Hinweis ist dies jedoch nicht, zumal es sich nur um eine Stellungnahme des Normenkontrollrats handelt, die nicht Teil der Regierungsbegründung ist.

### b) Aufklärungsverfahren in anderem Kontext

Bei den Ausführungen in der Gesetzesbegründung handelt es sich um sehr vage gehaltene Vorgaben. Sie lassen sich aber möglicherweise klarer fassen, wenn man einen Blick auf andere gesetzlich vorgeschriebene vergleichbare Aufklärungsverfahren im rechtlich-medizinischen Bereich wirft.

In § 8 Abs. 2 TPG ist ein besonders strenges Aufklärungsverfahren für die **Entnahme von Organen und Geweben** normiert. Die Aufklärung muss in Anwesenheit eines weiteren Arztes und ggf. anderer sachverständiger Personen erfolgen (§ 8 Abs. 2 S. 3 TPG). Der Inhalt der Aufklärung ist in einer Niederschrift aufzuzeichnen, die von den aufklärenden Personen und dem Spender zu unterschreiben ist (§ 8 Abs. 2 S. 4 TPG). Auch Samenzellen fallen unter § 1a Nr. 4 des TPG und sind als Gewebe i. S. d. TPG zu verstehen (BT-Drucks. 18/11291, S. 23; BT-Drucks. 16/3146, S. 30). Für die Gewinnung von Samenzellen schreiben § 8b Abs. 2 S. 1, Abs. 1 S. 1 TPG vor, dass bei der Gewinnung von Samenzellen im Rahmen einer medizinischen Behandlung eine Aufklärung und Einwilligung nach § 8 Abs. 2 S. 1 und 2 TPG erforderlich sind und eine Aufzeichnung der Aufklärung und Einwilligung in einer Niederschrift erfolgen muss.

Es erscheint jedoch sehr zweifelhaft, ob diesem **medizinischen Aufklärungsverfahren** eine Leitbildfunktion zukommt und dieses auf das Aufklärungsverfahren nach dem SaRegG übertragen werden kann. Es geht bei der Aufklärung nach dem SaRegG um die Voraussetzungen für die Erlangung von Informationen über die Abstammung und um keine spezielle medizinische Aufklärung. Das TPG mit seinen besonderen Regelungen an die besondere medizinische Auflärung bleibt von den Regelungen des SaRegG unberührt (BT-Drucks. 18/11291, S. 23). Zu beachten ist außerdem, dass das SaRegG **keine vergleichbare Formalisierung** des Verfahrens vorschreibt und lediglich eine Bestätigung des Spenders bzw. der Empfängerin über die Aufklärung verlangt (§§ 2 Abs. 1 S. 2, 4 Abs. 1 S. 2 SaRegG).

Näher liegt es, die **weniger formalisierten allgemeinen Aufklärungspflichten** des **Behandlungsvertrags** in den Blick zu nehmen. Zentral für die Aufklärung ist das **vertrauensvolle Gespräch** mit dem Arzt (BGH NJW 1985, 1399; BeckOK-BGB/Katzenmeier, Std.: 1.5.2018, § 630e Rn. 32). Für den Behandlungsvertrag ist das Aufklärungsverfahren nunmehr in § 630e Abs. 2 S. 1 BGB geregelt. Diese Vorschrift gilt für sämtliche ärztliche Heileingriffe. Die **Aufklärung** muss nach § 630e Abs. 2 S. 1 BGB **mündlich** durch den Behandelnden oder durch eine Person erfolgen, die über die zur Durchführung der Maßnahme notwendige Ausbildung verfügt (§ 630e Abs. 2 S. 1 Nr. 1 BGB).

Die mündliche Aufklärung kann nicht durch die **Bezugnahme auf Schriftstücke** ersetzt werden (Spickhoff, Medizinrecht, 2. Aufl. 2014, § 630e Rn. 3a; MünchKommBGB/Wagner, 7. Aufl. 2016, § 630e Rn. 41). Nach § 630e Abs. 2 S. 1 Nr. 1 a.E. BGB ist lediglich eine **ergänzende Bezugnahme auf Unterlagen** zulässig. Auch eine Aufklärung durch **E-Mails genügt nicht** (Spickhoff, § 630e Rn. 3a). Nach Auffassung des BGH kann sich der Arzt in einfach gelagerten Fällen auch in einem telefonischen Aufklärungsgespräch davon überzeugen, dass der Patient die entsprechenden Hinweise und Informationen verstanden hat. Dem Patienten bleibt es unbenommen, auf ein persönliches Gespräch zu bestehen. Handelt es sich dagegen um **komplizierte Eingriffe** mit erheblichen Risiken, wird eine **telefonische Aufklärung regelmäßig unzureichend** sein (BGH NJW 2010, 2430 Tz. 20; BT-Drucks. 17/10488, S. 24; BeckOK-BGB/Katzenmeier, § 630e Rn. 32).

Ob eine schriftliche Aufklärung in **ganz einfach gelagerten Fällen** ausreicht, wird nach der Einführung des § 630e Abs. 2 BGB unterschiedlich beurteilt (hierfür MünchKommBGB/Wagner, § 630e Rn. 45; hiergegen Spickhoff, § 630e Rn. 3a; Palandt/Weidenkaff, BGB, 77. Aufl. 2018, § 630e Rn. 11). Der BGH hatte unter Geltung der alten Rechtslage für eine Impfung eine schriftliche Aufklärung genügen lassen, weil es sich dabei um eine Routinemaßnahme handele (BGH NJW 2000, 1784, 1787).

### c) Schlussfolgerungen

Die Aufklärung über einen ärztlichen Heileingriff stellt andere Anforderungen an die Aufklärungsperson als im Kontext einer Samenspende und einer Insemination. Sie bezieht sich auf einen **medizinischen Sachverhalt**. Demgegenüber stehen bei den Aufklärungspflichten in §§ 2 Abs. 1 S. 1, 4 S. 1 SaRegG **juristische Fragen** und psychosoziale Implikationen im Vordergrund. Sowohl die Aufklärungspflichten im Verhältnis zum Samenspender als auch zur künftigen Mutter betreffen sehr grundsätzliche Fragen. Dennoch wird man aus dem Aufklärungsverfahren nach § 630e BGB gewisse Schlussfolgerungen für die Frage ziehen können, welche verfahrensrechtlichen Rahmenbedingungen erforderlich sind, damit die aufzuklärende Person eine informierte und selbstbestimmte Entscheidung treffen kann. Die Samenspende und die Insemination sind dabei nicht mit einem geringfügigen medizinischen Eingriff gleichzusetzen, sondern haben eine erhebliche Tragweite für die Persönlichkeit und das Leben des Spenders und der Empfängerin der Spende.

Für den Samenspender gilt dies etwa für den Auskunftsanspruch der durch die heterologe Insemination gezeugten Person (§ 2 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 SaRegG) und die Verpflichtung des DIMDI, einem Antragsteller Auskunft über die Identität des Samenspenders zu erteilen (§ 2 Abs. 1 S. 1 Nr. 5 SaRegG). Der Samenspender muss damit

rechnen, dass das gezeugte Kind ihn nach Jahren aus dem Nichts heraus mit seiner Abstammung konfrontiert. Dies kann wiederum für andere Teile der Familie schwierige Fragen der persönlichen Identifikation aufwerfen, etwa für die genetischen Geschwister. Von Bedeutung ist auch die Information, dass eine rechtliche Feststellung der Vaterschaft ausgeschlossen ist (§ 2 Abs. 1 S. 1 Nr. 7 SaRegG). Der genetische Vater muss insbesondere nicht mit Unterhaltsansprüchen rechnen; die rechtliche Feststellung der Vaterschaft ist andererseits aber auch dann nicht möglich, wenn Kind und Samenspender eine Beziehung aufbauen und die Anerkennung der Vaterschaft wünschen. Von besonderer Relevanz dürfte auch die Aufklärung über die Speicherung und den Umfang der Verarbeitung der personenbezogenen Daten des Spenders sowie der Spendenkennungssequenz oder der Spendennummer und die Speicherung der personenbezogenen Daten im Register sowie die Übermittlung dieser sensiblen Daten an das DIMDI und die dortige Speicherung für einen Zeitraum von 110 Jahren sein (§ 2 Abs. 1 Abs. 1 Nr. 2 und 3 SaRegG).

Die Aufklärung der Empfängerin der Samenspende betrifft in gleicher Weise einige zentrale Aspekte. Auch für die Kindesmutter ist die Information über das Auskunftsrecht des Kindes von besonderer Bedeutung (§ 4 S. 1 Nr. 1 SaRegG). Die zukünftige Mutter muss sich insbesondere mit der Frage auseinandersetzen, ob sie ihrem Kind seine genetische Abstammung offenlegt. Auch der Ausschluss der Möglichkeit der Feststellung der Vaterschaft des Samenspenders ist für die Kindesmutter von Bedeutung (§ 4 S. 1 Nr. 6 SaRegG). Von großer Bedeutung ist ebenfalls die Aufklärung über die Erhebung und Verarbeitung der personenbezogenen Daten der Empfängerin, den Eintritt der Schwangerschaft sowie den errechneten Geburtstermin (§§ 4 S. 1 Nr. 2 und 3, 5 Abs. 2 S. 2, Abs. 3 SaRegG).

Angesichts der großen Bedeutung der Informationen für die Identität und die Familie der Beteiligten würden wir daher der Auffassung zuneigen, dass ein **persönliches Gespräch** mit der Aufklärungsperson und ein **physisches Präsenzverfahren** erforderlich sind, damit die Anforderungen an eine Aufklärung i. S. v §§ 2 Abs. 1 S. 1, 4 S. 1 SaRegG erfüllt sind. Insbesondere erscheint uns eine Befragung über Fernkommunikationsmittel als nicht in gleicher Weise geeignet, um den Samenspender und die zukünftige Mutter in die Lage einer informierten und autonomen Entscheidung zu bringen. Nur das persönliche Gespräch eröffnet die Möglichkeit, in einer vertrauensvollen Umgebung gezielte Nachfragen stellen zu können. Bei einem Telefongespräch ist der Aufklärungsperson außerdem nicht ersichtlich, in welcher Situation sich die aufzuklärende Person befindet, ob sie unter dem Einfluss anderer Personen steht und z.B. andere Personen mithören. Das Aufklärungsgespräch ist nicht mit demjenigen über einen geringfügigen medizinischen Eingriff gleichzusetzen, sondern sollte die Beteiligten zum Nachdenken und zum Nachfragen anregen. Ein Telefongespräch dürfte dem nicht in ausreichender und der Bedeutung des Vorgangs angemessener Weise Rechnung tragen können. So wie in § 630e Abs. 2 S. 1 Nr. 1 BGB wird aber auch eine ergänzende Bezugnahme auf Unterlagen zulässig sein. Die Unterlagen wird man der aufzuklärenden Person aushändigen müssen. Die Übersendung eines Informationsblatts ohne ein Gespräch halten wir demgegenüber nicht für ausreichend.

Wir weisen jedoch darauf hin, dass stets der **Einzelfall** das Maß der notwendigen Aufklärung bestimmt. Ist der Samenspender bereits in der Vergangenheit über die Bedeutung und die Konsequenzen der Samenspende aufgeklärt worden, erscheint lediglich eine verkürzte Aufklärung geboten (vgl. zum Behandlungsvertrag BeckOK-BGB/Katzenmeier, § 630e Rn. 55 m. w. N.).

#### 4. Form des Verfahrens

Ist die mündliche Aufklärung somit grundsätzlich erforderlich, fragt sich, ob darüber hinaus formelle Anforderungen für das Aufklärungsverfahren gelten. Eine besondere Form der Niederschrift sieht das Gesetz nicht vor. Vielmehr muss die aufzuklärende Person der Entnahmeeinrichtung lediglich schriftlich bestätigen, dass sie gemäß den gesetzlichen Vorschriften aufgeklärt worden ist und die im Gesetz genannten Aufklärungsinhalte verstanden hat (§§ 2 Abs. 1 S. 2, 4 S. 2 SaRegG). Wir halten gleichwohl die Errichtung eines von der aufzuklärenden Person und dem Notar unterzeichneten Dokuments für zweckmäßig, aus dem sich ergibt, dass ein Aufklärungsverfahren stattgefunden hat und worüber der Notar die aufzuklärende Person aufgeklärt hat. Eine **notarielle Niederschrift** ist schon deshalb **nicht erforderlich**, weil nach der Gesetzesbegründung auch Rechtsanwälte die Aufklärung vornehmen dürfen, ohne dass diese eine öffentliche Urkunde errichten könnten.

Möglich dürfte es zum einen sein, dass der bzw. die aufzuklärende Person eine **unterschriftsbeglaubigte Erklärung** abgibt. Diese Erklärung könnte den Inhalt des notariellen Aufklärungsgesprächs wiedergeben und zudem die Bestätigung der aufzuklärenden Person gegenüber der Einrichtung nach §§ 2 Abs. 1 S. 2, 4 S. 2 SaRegG enthalten. Aus der Erklärung der aufgeklärten Person würde sich der Inhalt des Gesprächs ergeben. Zum anderen würde die Unterschriftsbeglaubigung für die Entnahmestelle bzw. die Einrichtung der medizinischen Versorgung eine Urkunde mit einem erhöhten Beweiswert schaffen (§§ 416, 418 Abs. 1 ZPO).

Zum anderen halten wir es für denkbar, dass der Beteiligte die **Erklärungen in beurkundeter Form** nach §§ 8 ff. BeurkG abgibt. Die Vorschriften der §§ 8 ff. BeurkG gelten zwar an sich nur für die Beurkundung von Willenserklärungen. Allerdings können auch Wissenserklärungen beurkundet werden (Heinemann, in: Grziwotz/Heinemann, BeurkG, 3. Aufl. 2018, § 8 Rn. 6; Pieska, in: Armbrüster/Preuß/Renner, BeurkG/DONot, 7. Aufl. 2015, § 8 BeurkG Rn. 18). So kann etwa auch die Erklärung, eine Bezugsurkunde mit einem bestimmten Inhalt zu errichten, nach §§ 8 ff. BeurkG beurkundet werden, auch wenn sie selbst keine Willenserklärung enthält (vgl. Limmer, in: Eymann/Vaasen, BNotO/BeurkG, 4. Aufl. 2016, § 13a BeurkG Rn. 6; Winkler, BeurkG, 18. Aufl. 2017, § 13a Rn. 34, 38).

Es dürfte freilich nicht zwingend sein, dass der Notar eine öffentliche Urkunde errichtet. Vielmehr kann der Notar nach § 24 Abs. 1 BNotO die sonstige Betreuung der Beteiligten auf dem Gebiete der vorsorgenden Rechtspflege und auch die Beratung der Beteiligten übernehmen (§ 24 Abs. 1 S. 1 BNotO). Bei der Aufklärung der Beteiligten vor einer Samenspende bzw. Insemination dürfte es sich um eine Maßnahme auf dem Gebiet der vorsorgenden Rechtspflege handeln: Sie stellt eine rechtliche Beratung der Beteiligten im Vorfeld einer Zeugung u.a. über die abstammungsrechtlichen Konsequenzen dar. Der Notar kann den Inhalt des Gesprächs schriftlich dokumentieren, sollte aber klarstellen, dass es sich bei dem Bericht nicht um eine öffentliche Urkunde des Notars handelt und von der Urkunde keine öffentliche Beweiswirkung ausgeht.

## 5. Ergebnis

Ein Notar kann die Aufklärung eines Samenspenders und der Empfängerin einer Samenspende nach §§ 2 Abs. 1 S. 1, 4 S. 1 SaRegG vornehmen. Wir halten grundsätzlich ein Aufklärungsgespräch in einem physischen Präsenzverfahren für erforderlich, weisen jedoch auf die Rechtsunsicherheit hin. Eine besondere Form für die Dokumentation des Gesprächs ist nicht vorgeschrieben. Der Notar kann die Erklärungen beurkunden, aber auch ein einfaches Zeugnis über die notarielle Rechtsbetreuung der Beteiligten ausstellen.