

“A filiação com ênfase na hipótese de inseminação heteróloga – uma análise em direito comparado alemão e brasileiro”

Henrique Moraes Prata *

I. Apresentação; II. Introdução; III. Panorama legal alemão; IV. Panorama legal brasileiro; V. Tradução do sumário em Alemão.

I. Apresentação do trabalho

O presente trabalho foi apresentado durante o seminário “A família de fato em direito comparado”, realizado no final do semestre de verão de 2004 na Faculdade de Direito da Universidade de Bonn, na Alemanha. Responsável pelo evento foi a Sra. Profa. Dra. Nina Dethloff, LL.M., titular do Instituto para Direito Alemão, Europeu e Direito Internacional de Família.

A participação dos estudantes estrangeiros do programa de Mestrado em Direito Comparado da Uni Bonn em pelo menos um seminário, juntamente com a aprovação nas matérias obrigatórias da respectiva área de concentração, é pré-requisito para que possam iniciar a elaboração da dissertação final de curso.

O texto a seguir não traz uma tradução do original em alemão, oferece ao leitor, porém, em apertada síntese, uma visão geral do tema e de seus aspectos mais controversos.

II. Introdução

O instituto da *União Estável*, expressamente normatizado no Brasil pela Constituição Federal, Código Civil e leis específicas, não encontra acolhida no Direito Alemão, sendo a matéria neste país tratada no âmbito geral do Direito Civil.

* Henrique Moraes Prata graduou-se pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo em 2000 e atualmente está no último semestre do programa de Mestrado em Direito Comparado (*Magister der Rechtsvergleichung*) da *Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät* da *Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität* em Bonn, na Alemanha.

Considerando-se, porém, que apesar das diferenças jurídicas e culturais, em ambos os países cada vez mais pessoas escolhem esta forma de vida em comum, e que o fato da infertilidade e do recurso a métodos reprodutivos artificiais não são exclusivos daqueles casados nos termos da legislação civil, é interessante notar a diferença de tratamento dado ao tema pela legislação dos dois países.

Antes de se aventarem alguns dos pontos jurídicos tratados no trabalho, faz-se necessário esclarecer o aspecto biomédico ao leitor leigo. Fala-se em processo homólogo quando para a reprodução se utilizam células embrionárias (óvulo ou espermatozóide) próprias da mulher ou do homem que se submetem ao procedimento. O processo heterólogo, por sua vez, ocorre quando se utilizam células embrionárias de terceiros.

Os motivos que levam à preferência pela inseminação heteróloga são diversos, variando desde a infecundidade do homem ou da mulher, até a prevenção de doenças genéticas.

III: Panorama legal alemão

O conceito de “reprodução artificial” na Alemanha aparece no §1600 do Código Civil (“BGB”) e também em diversas outras leis, como, por exemplo, a conhecida Lei de Proteção aos Embriões (*Embryonenschutzgesetz*). Da Lei se depreende que o conceito abrange toda inseminação não realizada por meio de relação sexual e para a qual concorreram recursos técnicos.

Na Alemanha, em princípio, a reprodução assistida somente é permitida a casais e via processo homólogo. Excepcionalmente, porém, após aprovação da competente comissão do Conselho de Medicina, poder-se-á permitir a pessoas não casadas o acesso à tecnologia, bem como, eventualmente, a realização do processo heterólogo.

Cumpra-se notar que o condicionamento do uso de métodos reprodutivos artificiais à pré-existência de um casamento encontra sua justificativa na proteção especial que a Constituição Alemã (*Grundgesetz*) dá ao casal e à família em seu Art. 6 Abs. 1.

Nos termos do §1592 BGB considera-se pai da criança 1. aquele casado com a mãe da criança na data do parto, 2. aquele que reconheceu a paternidade, 3. aquele cuja paternidade foi reconhecida nos termos do §1600 d BGB ou § 640 Abs. 2 do Código de Processo Civil (*ZPO*).

Enquanto a presunção legal *pater is est* não se aplica às uniões de fato, exigindo o reconhecimento ou a sentença judicial para se assegurar a paternidade, a mesma presunção esclarece a situação dos casados, ao considerar a criança, também quando fruto de inseminação heteróloga, filha do marido, sendo que esta é uma das justificativas mais freqüentes para a restrição do método a casais.

Diante disso, os problemas da inseminação heteróloga surgem sobretudo do uso do método por pessoas que vivem em união de fato, quando paternidade social, legal e genética conflitam.

Duas leis recentes trouxeram novas soluções para esses problemas. A KindRVerbG de 9.4.2002 excluiu o direito do marido e da mulher que consentiram na inseminação heteróloga contestarem a filiação. Por sua vez, a Lei de Alteração das Regras para Contestação da Paternidade de 23.4.2004 fortificou a posição do pai biológico.

Importante lacuna na Lei permanece, apesar das novas regras, pois o consentimento dado à inseminação heteróloga – contrariamente ao reconhecimento da paternidade ou a outros negócios jurídicos personalíssimos – não possui eficácia jurídica direta. Por fim, lembre-se que embora o reconhecimento anterior ao nascimento seja possível (§1594 IV BGB) e recomendável, não há instrumentos legais que obriguem o homem a fazê-lo.

IV. Panorama legal brasileiro

No Brasil, embora o casamento seja civil, é a União Estável amplamente difundida como forma de vida em comum, o que levou o legislador a normatizá-la. Um exemplo desta atividade é a aplicação da presunção *pater is est* também às uniões de fato.

A Constituição de 1988 estatuiu a igualdade entre filhos legítimos, ilegítimos e adotivos, na esteira das alterações trazidas pela legislação esparsa anterior à data de sua promulgação.

A Resolução nº 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina estabelece as normas para a utilização das técnicas de reprodução assistida no país, não havendo, ainda, lei em sentido estrito que regule a matéria. A Resolução prevê, dentre outras coisas, o anonimato do doador de esperma ou embrião e favorece, contrariamente a outros países – como a Alemanha, por exemplo – o uso de sêmen heterólogo.

A citada norma não faz diferença entre União Estável ou Casamento, exigindo apenas que o marido ou companheiro expresse seu consentimento na realização do procedimento (*Consentimento Informado*). O novo Código Civil em seu Art. 1.597 regulou expressamente a matéria em seu inciso V.

Ressalte-se, ainda, não haver no Brasil qualquer vedação ao uso de técnicas de reprodução artificial por mulheres solteiras, isto é, sem marido ou companheiro.

De todo o exposto, percebe-se que a legislação pátria dilui quase todos os problemas da alemã.

V. Tradução do sumário alemão

A.	Introdução.....	pág.
	13	
B.	Alemanha.....	pág.
	14	
	I. O companheiro e a filiação.....	pág.
	14	
	II. O companheiro e a filiação na reprodução artificial.....	pág.
	14	
	1. Conceito de reprodução artificial.....	pág.
	14	
	2. Permissão de realização de inseminação heteróloga por “casais não casados”.....	pág.
	15	
	3. Estabelecimento da paternidade.....	pág.
	17	
	a. Reconhecimento.....	pág.
	17	
	b. Paternidade por força de sentença judicial.....	pág.
	18	
	4. Contestação da paternidade.....	pág.
	19	
	a. A nova regra do §1600 BGB até 30.4.2004.....	pág.
	19	
	aa. A exclusão do direito do homem e da mulher de contestar a filiação nos termos do §1600.....	pág. 20
	bb. O direito do filho de contestar a filiação.....	pág.
	22	

	b.	A nova regra do §1600 a partir de 30.4.2004.....pág.	
			22
	5.	Resumo.....pág.	
			24
C.		Brasil.....pág.	
			25
	I.	Regulação do Direito de Família no Brasil.....pág.	
			25
	1.	União Estável.....pág.	
			25
	2.	O companheiro e a filiação.....pág.	
			26
	a.	Direito antigo.....pág.	
			26
	b.	Direito em vigor.....pág.	
			26
	II.	O companheiro e a filiação na reprodução artificial.....pág.	
			27
	1.	Permissão de realização de inseminação heteróloga por “casais não casados”.....pág.	
			27
	2.	O companheiro e a filiação no direito antigo.....pág.	
			28
	3.	O companheiro e a filiação no direito em vigor.....pág.	
			29
	4.	Resumo.....pág.	
			30
D.		Direito Comparado.....pág.	
			30
E.		Conclusão.....pág.	
			31

F. Anexos.....	pág.
32	
Constituição da República Federativa do Brasil de 5.10.1988.....	pág.
32	
Código Civil de 10.1.2002.....	pág.
34	
Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990.....	pág.
36	
Lei nº 8.560 de 29 de dezembro de 1992.....	pág.
37	
Lei nº 8.971 de 29 de dezembro de 1994.....	pág.
39	
Lei nº 9.278 de 10 de maio de 1996.....	pág.
40	
Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 1.358 de 11.11.1992.....	pág.
41	
Consulta do Conselho Federal de Medicina nº 20.631/98.....	pág.
46	
Consulta do Conselho Federal de Medicina nº 17.254.....	pág.
49	

Bonn, den 21. Juni 2004

Seminar

„Die nichteheliche Familie in rechtsvergleichender Sicht“

bei

Prof. Dr. Nina Dethloff, LL.M.

Sommersemester 2004

Thema Nr. 10: „Die Abstammung vom nichtehelichen Vater unter besonderer
Berücksichtigung der heterologen Insemination“

Vorgelegt von

Henrique Moraes Prata

Zanderstr. 33

53177 Bonn

2. Semester Magister de Rechtsvergleichung

Matrikelnummer 1718521

Literaturverzeichnis

- Azevedo, Álvaro Villaça
Estatuto da Família de Fato: de acordo com o novo código civil, Lei nº 10.406, de 10.01.2002, 2. ed., São Paulo, 2002
(zitiert: *Azevedo*)
- Backmann, Jan L.
Künstliche Fortpflanzung und Internationales Privatrecht unter besonderer Berücksichtigung des Persönlichkeitsschutzes
München 2002
(zitiert: *Backmann*)
- Bergmann/Ferid
Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht mit Staatsangehörigkeitsrecht
Stand 1. 9. 2002
(zitiert: *Bergmann/Ferid*)
- Bundesnotarkammer
Insemination“,
„Vereinbarungen über heterologe
Rundschreiben Nr. 40/97 der Bundesnotarkammer an alle Notarkammern, in: DNotZ 1998, S. 241 ff.
(zitiert: *Bundesnotarkammer*)
- Coester-Waltjen, Dagmar
Die künstliche Befruchtung beim Menschen – Zulässigkeit und zivilrechtliche Folgen
2. Teilgutachten – Zivilrechtliche Probleme

- Gutachten B für den 56. Deutschen Juristentag
München 1986
(zitiert: *Coester-Waltjen*)
- Coester-Waltjen, Dagmar
Zivilrechtliche Probleme künstlicher
Befruchtungen
In: Juristische Ausbildung JURA 1987, S. 629
ff.
(zitiert: *Coester-Waltjen JURA*)
- Dethloff, Nina
„Reform des Kindschaftsrechts“
in: Neue Juristische Wochenschrift 1992, S.
2200 ff.
(zitiert: *Dethloff*)
- Deutsches Ärzteblatt
Richtlinien zur Durchführung der assistierten
Reproduktion
www.bundesaerztekammer.de/30/Richtlinien/Richtdix/kuenstbefrucht_pdf.pdf
(zitiert: *DÄBl. 95 (1998), A-3166*)
- Grziwotz, Herbert
Nichteheliche Lebensgemeinschaft
3. Auflage
Beck, München 1998
(zitiert: *Grziwotz*)
- Höfelmann, Elke
Das neue Gesetz zur Änderung der
Vorschriften über die Anfechtung der
Vaterschaft und das Umgangsrecht von
Bezugspersonen des Kindes

in: Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
2004, S. 745 ff.

(zitiert: *Höfelmann*)

IBGE

Censo Demográfico 2000,
Nupcialidade e Fecundidade resultados da
amostra

www.ibge.gov.br

(zitiert: *IBGE* Censo 2000)

Leite, Eduardo de Oliveira

Procriações artificiais e o direito: aspectos
médicos, religiosos, psicológicos, éticos e
jurídicos

São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995

(zitiert: *Leite*)

Paini, Reynaldo José Castilho

Reconhecimento de paternidade e união estável
2ª. Edição atualizada – São Paulo: Saraiva,
1999

(zitiert: *Paini*)

Palandt, Otto

Bürgerliches Gesetzbuch,
63. Auflage, München 2003

(zitiert: *Palandt/Bearbeiter*)

Queiroz, Juliane Fernandes

Paternidade – aspectos jurídicos e técnicas de
inseminação artificial – doutrina e legislação
Belo Horizonte: Del Rey, 2001

(zitiert: *Queiroz*)

- Rebmann, Kurt (Red.)
Münchener Kommentar zum Bürgerlichen
Gesetzbuch, Band 8, Familienrecht II, §§ 1589
– 1921, KJHG,
3. Auflage, München 1992
(zitiert: *MüKo/Bearbeiter*)
- Rodrigues, Silvio
Comentários ao Código Civil: parte especial:
direito de família, vol. 17 (arts. 1.511 a 1.590);
coord. Antônio Junqueira de Azevedo – São
Paulo: Saraiva, 2003
(zitiert: *Rodrigues*)
- Schumacher, Klaus
Fortpflanzungsmedizin und Zivilrecht
in: Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
1987, S. 313 ff.
(zitiert: *Schumacher*)
- Schwab, Dieter
Familienrecht,
12. Auflage, München 2003
(zitiert: *Schwab*)
- Simas Filho, Fernando
A prova na investigação de paternidade
8ª. Edição revista e atualizada
Curitiba: Juruá, 2003
(zitiert: *Simas Filho*)
- Statistisches Bundesamt
Mikrozensus 2000, Haushalt- und
Familienformen

Mikrozensus 2002, Leben und Arbeiten in
Deutschland

www.destatis.de

Tepedino, Gustavo

Temas de Direito Civil

Rio de Janeiro: Renovar, 1999

(zitiert: *Tepedino*)

Wanitzek, Ulrike

„Ergänzungen des Abstammungsrechts durch
das Kindrechteverbesserungsgesetz“,

in: Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
2003, S. 730 ff.

(zitiert: *Wanitzek FamRZ 2003*)

Wanitzek, Ulrike

Rechtliche Elternschaft bei medizinisch
unterstützter Fortpflanzung,

Bielefeld 2002

(zitiert: *Wanitzek Rechtliche Elternschaft*)

Gliederung

A.

Einleitung.....S.13

B.

Deutschland.....S.14

I. Die Abstammung vom nichtehelichen

Vater.....S.14

□ Die Abstammung vom nichtehelichen Vater bei künstlicher

Befruchtung.....S.14

1. Begriff der künstlichen
Befruchtung.....S.14

2. Zulässigkeit von heterologer Insemination bei nicht verheirateten
Paaren....S.15

3. Begründung der
Vaterschaft.....S.17

a.

Anerkennung.....S.17

b. Vaterschaft kraft gerichtlicher

Feststellung.....S.18

4. Anfechtung der
Vaterschaft.....S.19

a. Die Neuregelung des § 1600 BGB bis 30. 4.

04.....S.19

aa. Der Ausschluss des Anfechtungsrechts des Mannes und der
Frau nach § 1600 II
BGB.....S.20

bb. Das Anfechtungsrecht des
Kindes.....S.22

b. Die Neuregelung des § 1600 BGB ab 30. 4.	
04.....	S.22
5.	
Zusammenfassung.....	S.24
C.	
Brasilien.....	S.25
I. Regelung des Familienrechts in	
Brasilien.....	S.25
1. Nichteheliche Lebensgemeinschaften (<i>União</i>	
<i>Estável</i>).....	S.25
2. Abstammung vom nichtehelichen	
Vater.....	S.26
a. Früheres	
Recht.....	S.26
b. Geltendes	
Recht.....	S.26
II. Abstammung vom nichtehelichen Vater bei künstlicher	
Befruchtung.....	S.27
1. Zulässigkeit von heterologer Insemination bei nicht verheirateten	
Paaren.....	S.27
2. Abstammung vom nichtehelichen Vater im früheren	
Recht.....	S.28
3. Abstammung vom nichtehelichen Vater im geltenden	
Recht.....	S.29
4. Zusammenfassung.....	S.
30	
D.	
Rechtsvergleich.....	S.30
E. Fazit.....	S.

F.

Anhang.....	S.32
Constituição da República Federativa do Brasil, de 5. 10. 1988.....	S.32
Das Zivilgesetzbuch (<i>Código Civil</i>) v. 10. 1. 2002.....	S.34
Lei 8.069, de 13 de julho de 1990.....	S.36
Lei 8.560 de 29 de dezembro de 1992.....	S.37
Lei 8.971 de 29 de dezembro de 1994.....	S.39
Lei 9.278 de 10 de maio de 1996.....	S.40
Bundesärztekammerbeschluss Nr. 1358 vom 11. 11. 1992.....	S.41
BÄK-Konsultation Nr. 20.631/98.....	S.46
BÄK-Konsultation Nr. 17.254/89.....	S.49

A. Einleitung

Eine juristische Arbeit aus rechtsvergleichender Sicht ist eine Art von Erforschung des Gesetzeshintergrundes, die nicht nur gesetzlichen Vorschriften als solche vergleicht, sondern auch die Motive für die Entstehung unterschiedlicher Normen untersucht.

Im Familienrecht sollte diese Erforschung noch tiefer sein, denn dieses Rechtsgebiet ist das, in dem die Unterschiede der gesellschaftlichen und sozialen Strukturen am ehesten zu Tage treten. Familienrechtswissenschaft und Familienpolitik sind im besonderen Maß auf die Beobachtung der kulturellen und gesellschaftlichen Entwicklungen angewiesen¹.

In diesem Zusammenhang bedeutet der Rechtsvergleich zwischen Deutschland und Brasilien nicht nur den Vergleich von zwei verschiedenen Rechtsordnungen, sondern auch die Untersuchung von zwei sehr unterschiedlichen Realitäten. Ein Beispiel dafür ist die Feststellung, dass in Deutschland – anders als in Brasilien – die nichteheliche Lebensgemeinschaft sich bisher nicht als Alternative zur Ehe etabliert hat².

Trotz aller kulturellen Unterschiede, sowohl in Brasilien³⁴ als auch in Deutschland⁵, zeigen die Statistiken, dass immer mehr Leute in einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft leben. Die sozialen Verhältnisse haben sich verändert⁶. Der Familienbegriff befindet sich freilich sowohl in der Allgemeinsprache als auch im Sprachgebrauch der Sozialwissenschaften im Wandel, der mit fortlaufenden gesellschaftlichen Veränderungen korrespondiert⁷.

¹ Schwab S. 2.

² Statistisches Bundesamt, Mikrozensus 2000, Haushalt- und Familienformen S. 44.

³ In Brasilien fehlt noch ein organisiertes Meldewesen. Alle zehn Jahren wird durch das Brasilianische Institut für Geographie und Statistik (IBGE) eine Volkszählung durchgeführt.

⁴ Die letzte Volkszählung war im Jahr 2000 und hat gezeigt, dass im Vergleich zum Jahr 1991 die nichtehelichen Lebensgemeinschaften sich fast verdoppelt haben (von 5,1 Mio. zum 9,7 Mio.) während die Zahl der Ehen gesunken ist (von 18,8% zum 16,6%). Die Anzahl von Ehe- und nichtehelichen Paaren mit Kindern beträgt 57% (ohne Unterscheidung von gemeinsamen oder nicht gemeinsamen Kindern beider Partner). Die Gesamtzahl der Bevölkerung beläuft sich auf ca. 180 Mio. *IBGE Censo 2000* S. 39 u. 89.

⁵ Die Zahl der nichtehelichen Lebensgemeinschaften ist in den letzten Jahrzehnten stark gestiegen. Im früheren Bundesgebiet hat sie sich seit 1972 fast verzehnfacht. In Deutschland gab es 2000 rund 2,1 Mio. (rund 11%) unverheiratet im gemeinsamen Haushalt zusammenlebende Paare, davon 29,5 Prozent mit Kindern (ohne Unterscheidung von gemeinsamen oder nicht gemeinsamen Kindern beider Partner). Statistisches Bundesamt, Mikrozensus 2000, Haushalt- und Familienformen S. 44, Leben und Arbeiten in Deutschland, Mikrozensus 2002, S. 15.

⁶ Dethloff S. 2200.

⁷ Schwab S. 1.

Während die brasilianische Verfassung und der *Código Civil* die nichteheliche Lebensgemeinschaft mit der Ehe gleichsetzen⁸, ist diese Lebensform in Deutschland nicht dem Eherecht gleichgestellt. Soweit es hier um Rechtsbeziehungen geht, richten sie sich nach dem allgemeinen Zivilrecht⁹.

Außerdem treffen die Kinderlosigkeit und die Fortpflanzung mittels künstlicher Befruchtung nicht nur Ehepaare, sondern auch nichteheliche Paare, mit unterschiedlichen rechtlichen Folgen im jeweiligen Land.

Im Rahmen der vorliegenden Arbeit soll die Abstammung vom nichtehelichen Vater unter besonderer Berücksichtigung der heterologen Insemination im deutschen und brasilianischen Recht untersucht werden.

B. Deutschland

I. Die Abstammung vom nichtehelichen Vater

Gemäß § 1592 BGB ist Vater eines Kindes der Mann, 1. der zum Zeitpunkt der Geburt mit der Mutter des Kindes verheiratet ist, 2. der die Vaterschaft anerkannt hat oder 3. dessen Vaterschaft nach § 1600 d BGB oder § 640h Abs. 2 der ZPO gerichtlich festgestellt worden ist.

Die genetische Vaterschaft führt zur Vaterschaft im Rechtssinne nur, wenn der Erzeuger im maßgebenden Zeitraum mit der Mutter verheiratet war, die Vaterschaft anerkannt hat oder diese gerichtlich festgestellt wurde. Grundsätzlich darf ein Mann als Vater nur angesehen werden, wenn eine der drei genannten Voraussetzungen vorliegt¹⁰.

Es handelt sich bei Nr. 1 um eine gesetzliche Vermutung¹¹. Für das Bestehen der Vaterschaft eines Ehemannes genügt die Tatsache, dass er zum Zeitpunkt der Geburt des Kindes mit der Mutter verheiratet war. Es gilt nach wie vor der Satz des römischen Rechts „*pater is est, quem nuptiae demonstrat*“. Hingegen vermag der Tatbestand einer „Nicht-

⁸ Art. 226, § 3° CF, Art. 1.723 ff. CC.

⁹ Schwab S. 1.

¹⁰ Palandt/Diederichsen Einf. v. § 1592 Rn. 1

¹¹ Ders. Rn. 2

Ehe“ die Vaterschaft nicht zuzuordnen¹². Also kann die Vaterschaft des nichtehelichen Vaters nur durch Anerkennung oder gerichtliche Feststellung gesichert werden.

II. Die Abstammung vom nichtehelichen Vater bei künstlicher Befruchtung

1. Begriff der künstlichen Befruchtung

Der Begriff „künstliche Befruchtung“ findet sich außer in § 1600 BGB auch in anderen Gesetzen. Im Embryonenschutzgesetz¹³ kommt der Begriff in zahlreichen Bestimmungen vor¹⁴. Aus den Gesetzesmaterialien geht hervor, dass damit jede Befruchtung gemeint ist „die nicht durch Geschlechtsverkehr herbeigeführt wird und zu deren Erreichung technische Hilfsmittel eingesetzt werden“¹⁵.

Wenn bei den reproduktionsmedizinischen Verfahren die eigenen Keimzellen (Ei- bzw. Samenzellen) „der Mutter“ bzw. „des Mannes“ zur Anwendung kommen, spricht man von dem homologen Verfahren. Werden „fremde“ d. h. durch Ei- bzw. Samenspende gewonnene Keimzellen einer dritten Person für die Befruchtung verwendet, so spricht man von heterologem¹⁶ Verfahren¹⁷. Die „künstliche Befruchtung mittels Samenspende eines Dritten“ (§ 1600 II BGB a.F.) erfolgt somit durch ein heterologes Verfahren¹⁸.

Überwiegender Grund für den Einsatz von Verfahren künstlicher Befruchtung ist im Allgemeinen die ungewollte Kinderlosigkeit von Paaren. Für die heterologe künstliche Befruchtung unter Verwendung von Samenzellen eines Dritten im Besonderen kann der Grund darin bestehen, dass durch homologe Verfahren keine Zeugung möglich ist, weil die Ursache der Kinderlosigkeit eines Paares in der Zeugungsunfähigkeit des Mannes liegt; aber auch darin, dass bei genetisch gemeinsamen Kindern eines Paares ein hohes Risiko einer genetisch bedingten Erkrankung des Kindes gegeben wäre^{19, 20}.

¹² Schwab S. 216, Rn. 454.

¹³ Gesetz zum Schutz von Embryonen (Embryonenschutzgesetz – ESchG) v. 13. 12. 1990, BGBl 1990 I 2746.

¹⁴ S. §§ 1 I Nr. 2 und 7, 3 S. 1, 4 I Nr. 1, II, 9 Nr. 1, 11 I Nr. 1 ESchG.

¹⁵ BT-Drucks. 11/4560, S.8.

¹⁶ Schwab S. 232, Rn. 487.

¹⁷ Für diese Begriffsbildung spielt es sinnvollerweise keine Rolle, ob die Mutter und der Mann miteinander verheiratet sind oder nicht, da maßgebliches Kriterium für die Begriffsbildung die Frage einer Aufspaltung der Elternschaft zwischen genetischen Eltern einerseits und rechtlich/sozial-affektiven Eltern andererseits ist. Zu der diesbezüglich unterschiedlichen Begriffsverwendung in der Literatur: Wanitzek FamRZ 2003, S. 731.

¹⁸ Wanitzek FamRZ 2003, S. 731.

¹⁹ Ders. S. 732.

2. Zulässigkeit von heterologer Insemination bei nicht verheirateten Paaren

Die Richtlinie zur Durchführung der assistierten Reproduktion sieht zum einen vor, dass assistierte Reproduktion grundsätzlich nur bei Ehepaaren erfolgen darf, dass aber bei nicht verheirateten Paaren in stabiler Partnerschaft nach vorheriger Beratung durch eine bei der Ärztekammer eingerichteten Kommission Ausnahmen möglich sind²¹.

Die grundsätzliche Bindung der Anwendung der Methoden der assistierten Reproduktion an eine bestehende Ehe findet ihre Rechtfertigung in dem verfassungsrechtlich verankerten besonderen Schutz von Ehe und Familie²². Die Verfassung stellt Ehe und Familie unter den besonderen Schutz des Staates (Art. 6 Abs. 1 GG). Sie geht dabei davon aus, dass eine Familie auf der Basis einer Ehe gegründet wird und dadurch ihren rechtlichen und sittlichen Zusammenhalt findet. An dieser Werteentscheidung der Verfassung ist auch der Arzt gebunden, der durch die Methoden der assistierten Reproduktion zur Bildung einer über die Partnerschaft zweier Menschen hinausgehenden Familie beitragen soll^{23, 24}.

Vor Durchführung einer assistierten Reproduktion sollte die Aufklärung des Ehepaares bzw. der Lebensgefährtin die relevanten medizinischen, juristischen und sozialen Gesichtspunkte berücksichtigen. Die erfolgte Aufklärung und die Einwilligung der Ehepartner bzw. der Lebensgefährtin zur Behandlung müssen schriftlich fixiert und von beiden Partnern und dem aufklärenden Arzt unterzeichnet werden²⁵.

Sollen bei der Anwendung dieser Methoden fremde Samenzellen verwendet werden, bedarf dies auch eines zustimmenden Votums der bei der Ärztekammer eingerichteten Kommission, und zwar unabhängig davon, ob diese Methode bei Ehepartnern oder bei auf Dauer angelegten Partnerschaften zur Anwendung gelangt²⁶.

²⁰ Ders. S. 733; Assistierte Reproduktion darf grundsätzlich nur homolog erfolgen, aber fremde Samenzellen dürfen ausnahmsweise verwendet werden, wenn das zustimmende Votum einer bei der Ärztekammer eingerichteten Kommission vorliegt. *DÄBl.* 95 (1998), A-3166, S. 78 ff.

²¹ *DÄBl.* 95 (1998), A-3166, S. 80. Hierzu *Bundesnotarkammer*.

²² *DÄBl.* 95 (1998), A-3166, S. 82. Anhang I. Vermeidung sozialer und rechtlicher Nachteile für ein durch IVF gezeugtes Kind.

²³ *DÄBl.* 95 (1998), A-3166, S. 82. Anhang I. Vermeidung sozialer und rechtlicher Nachteile für ein durch IVF gezeugtes Kind.

²⁴ Vgl. *Schumacher* S. 316.

²⁵ *DÄBl.* 95 (1998), A-3166, S. 82. Anhang I. Vermeidung sozialer und rechtlicher Nachteile für ein durch IVF gezeugtes Kind.

²⁶ Ebenda.

In der Regel kann ein zustimmendes Votum nur dann abgegeben werden, wenn (I) eine der Methoden der assistierten Reproduktion im homologen System wegen Unfruchtbarkeit des Mannes nicht möglich ist; (II) die Verwendung eines Mischspermas ausgeschlossen ist, da durch sie die spätere Identifikation des biologischen Vaters erschwert würde; (III) der Samenspender sich mit der Bekanntgabe seines Namens an das Kind durch den Arzt für den Fall ausdrücklich einverstanden erklärt, dass ein entsprechendes Auskunftersuchen an den Arzt gestellt wird; (IV) die Eheleute/Partner und der Samenspender über die Möglichkeit der Anfechtung der Ehelichkeit/Vaterschaft und die sich daraus ergebenden Rechtsfolgen und das hiervon bestehende Recht des Kindes auf Namensnennung des Samenspenders aufgeklärt worden sind und diese Aufklärung ausreichend dokumentiert worden ist; (V) bei nicht verheirateten Paaren zuverlässig festgestellt werden kann, dass diese in einer auf Dauer angelegten Partnerschaft leben²⁷.

3. Begründung der Vaterschaft

Bei der Zeugung durch Methoden der assistierten Reproduktion im homologen System (Anwendung bei bestehender Ehe) bestehen hinsichtlich des Verwandtschaftsverhältnisses des Kindes zu seinen Eltern keine Unterschiede gegenüber einer natürlichen Zeugung. Bei bestehender Ehe ist der Rechtstatus des durch Methoden der assistierten Reproduktion gezeugten Kindes daher eindeutig bestimmt. Daraus rechtfertigt sich die grundsätzliche Bindung der Methoden der assistierten Reproduktion an eine bestehende Ehe und die Anwendung im homologen System²⁸.

Darüber hinaus wirft die Durchführung der heterologen Insemination besondere Probleme auf, wenn diese Methoden zur Anwendung bei nichtehelichen Paaren gelangen. Diese Probleme bestehen im Auseinanderfallen der sozialen und genetischen Vaterschaft²⁹.

a. Anerkennung

²⁷ Ebenda.

²⁸ Ebenda.

²⁹ Ebenda. Hierzu *Grziwotz* S. 455 ff.; *Coester-Waltjen* S. B 44, B 73 ff.; *Coester-Waltjen* JURA, S. 631.

Gemäß § 1594 BGB ermöglicht die Anerkennung die Zuordnung des Kindes zu einem bestimmten Mann, wozu weder die bloße häusliche Gemeinschaft noch das Bestehen einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft ausreicht. Diese Lebensumstände sind für die Anerkennung nicht erforderlich. Folglich kann jeder Mann, der mit der Mutter nicht verheiratet ist, durch Anerkennung gesetzlicher Vater werden³⁰.

Die Vaterschaftsanerkennung hat den Sinn, einer natürlichen Vaterschaft zur rechtlichen Anerkennung zu verhelfen; dann ist der Anerkennende aber Vater nicht erst ab Anerkennung, sondern von Anfang an³¹.

Sie geschieht durch einseitige, formbedürftige, aber nicht empfangsbedürftige Willenserklärung des Mannes, der sich als Vater bekennt. Die Vaterschaftsanerkennung bedarf der Zustimmung der Mutter (§ 1595 I BGB)³². Nach § 1594 Abs. 4 BGB ist die Anerkennung schon vor der Geburt des Kindes zulässig.

Anerkennung ist nicht vor der Zeugung (Befruchtung) möglich aber § 1594 Abs. 4 BGB ermöglicht (wie § 1600 b Abs. 2 BGB a.F.) die Anerkennung der Vaterschaft bereits vor der Geburt des Kindes. Eine rasche, einfache und möglichst frühzeitige Klärung und Feststellung der Vaterschaft liegt auch im Interesse der werdenden Mutter und kann insbesondere auf Eil- und Notfälle Rücksicht nehmen, zum Beispiel Auswanderungsabsicht oder lebensgefährliche Erkrankung des Mannes. Auch wird zum Beispiel das Verfahren nach § 1615 BGB wesentlich vereinfacht, wenn schon vor der Geburt die Vaterschaft auf Grund vollwirksamer Anerkennung bindend feststeht. Ferner ist die pränatale Anerkennung notwendig, wenn die Eltern eine pränatale Sorgeerklärung abgeben wollen (§ 1626 Abs. 1 Nr. 1 BGB). Die pränatale Anerkennung hat außerdem zur Folge, dass beiden Elternteilen bereits für die Fürsorge für die Leibesfrucht (§ 1912 Abs. 2 BGB) zusteht, sowie ihnen das Namensbestimmungsrecht nach § 1617 Abs. 1 S. 1 BGB gemeinsam zukommt³³.

Anerkannt wird bei der pränatalen Anerkennung nicht die Herbeiführung der Schwangerschaft, sondern die Vaterschaft an dem zu erwartenden Kind³⁴.

³⁰ Palandt/*Diederichsen* Einf. v. § 1592 Rn. 2, b.

³¹ *Schwab* S. 223, 224, Rn. 467.

³² *Ders.* S. 219, Rn. 459.

³³ *MüKoll Rebmann* § 1594 IV, Rn. 40 ff.

³⁴ *Ebenda*.

Eine Anerkennung bereits vor der Zeugung steht im Regelfall § 1594 Abs.3 BGB entgegen, da es sich in diesem Fall um eine Anerkennung unter der (stillschweigenden) Bedingung handelt, dass es zur Empfängnis kommt. Die Anerkennung muss daher, um Wirksamkeit zu erlangen, nach der Empfängnis wiederholt werden. Das haben auf Basis des früheren Rechts auch diejenigen angenommen die hier lediglich vom Fehlen einer Wirksamkeitsvoraussetzung sprachen. Eine Ausnahme sollte jedoch für den Spezialfall der Zustimmung zur heterologen Insemination gemacht werden; in diesem Fall erscheint es in der Tat sinnvoll, die Zustimmung zur Insemination und die Anerkennung der Vaterschaft *uno actu* zu erklären. Kommt es zu einer Fehl- oder Totgeburt, so wird die pränatale Anerkennungserklärung unwirksam, da jede bindende Anerkennung eine Lebendgeburt voraussetzt³⁵.

b. Vaterschaft kraft gerichtlicher Feststellung

Besteht keine Vaterschaft kraft Ehe oder Anerkennung (§ 1592 Nr. 1, 2 BGB) oder wurde eine solche Vaterschaftszurechnung erfolgreich angefochten, so ist die Vaterschaft durch gerichtliche Entscheidung festzustellen (§ 1600 d I BGB). Das darf nicht so verstanden werden, als ob das Gericht von Amts wegen tätig würde. Vielmehr setzt die gerichtliche Vaterschaftsfeststellung eine Klage voraus, und zwar entweder des Mannes gegen das Kind, oder des Kindes gegen den Mann, oder der Mutter des Kindes gegen den Mann (§ 1600 e I BGB)³⁶.

Bei heterologer Insemination spielt die gerichtliche Feststellung keine wichtige Rolle, denn Ziel der Klage ist die Feststellung, ob der Mann der genetische Vater des Kindes ist³⁷.

4. Anfechtung der Vaterschaft

Nach § 1600 I BGB sind berechtigt, die Vaterschaft anzufechten, der Mann, dessen Vaterschaft nach §§ 1592 Nr. 1 oder 2 und 1593 BGB besteht (also aufgrund einer Ehe mit der Mutter oder einer Vaterschaftsanerkennung), der Mann, der an Eides statt versichert,

³⁵ Ebenda.

³⁶ Schwab S. 229, Rn. 480.

³⁷ Ders. S. 216, Rn. 454, S. 230, Rn. 482.

der Mutter des Kindes während der Empfängniszeit beigewohnt zu haben, die Mutter und das Kind³⁸. Weder die Eltern des Mannes noch sonstige Verwandte sind zur Anfechtung berechtigt³⁹. Klagegegner ist bei Anfechtung durch den Mann das Kind, bei Anfechtung durch die Mutter oder das Kind der Mann⁴⁰.

Die Vaterschaft kann binnen zwei Jahren gerichtlich angefochten werden. Die Frist beginnt mit dem Zeitpunkt, in dem der Berechtigte von den Umständen erfährt, die gegen die Vaterschaft sprechen (§ 1600 b BGB).

a. Die Neuregelung des § 1600 BGB bis 30. 4. 04

Die Neuregelung des § 1600 II⁴¹ BGB beendet eine in Rechtsprechung und Lehre über viele Jahre hin geführte grundsätzliche, umfangreiche und äußerst kontroverse Diskussion⁴².

Seit in den frühen 1980er Jahren über die künstliche Insemination hinaus weitere reproduktionsmedizinische Verfahren erfolgreich zur Anwendung gekommen sind, war in der wissenschaftlichen und rechtspolitischen Diskussion die Problematik der rechtlichen Zulässigkeit und die Folgen medizinisch unterstützter Fortpflanzung ein ausführlich behandeltes Thema geworden⁴³.

Dies wurde dadurch noch verstärkt, als es bald darauf auch zu konkretem gerichtlichen Entscheidungsbedarf kam: In mehreren Fällen focht der Ehemann, der in die künstliche Befruchtung mittels Samenspende eines Dritten eingewilligt hatte, seine Vaterschaft an, nachdem die Ehe in die Brüche gegangen war⁴⁴.

Der BGH entschied zugunsten des anfechtenden Ehemannes und verneinte sowohl einen mit der Einwilligung erfolgten vertraglichen Ausschluss des Anfechtungsrechts, als auch

³⁸ *Wanitzek FamRZ* 2003, S. 730; *Schwab* S. 233, Rn. 489.

³⁹ *Schwab* S. 223, Rn. 469.

⁴⁰ *Ders.* S. 224, Rn. 469.

⁴¹ Nach 30. 4. 2004 wurde Abs. 2 in Abs. 4 umgewandelt.

⁴² *Wanitzek Rechtliche Elternschaft* S. 246 ff.

⁴³ *Ders.* S. 249 ff.

⁴⁴ *Ders.* S. 249 ff.

den Ausschluss des Anfechtungsrechts aufgrund widersprüchlichen Verhaltens des Ehemannes⁴⁵.

Die h. L.⁴⁶ und mehrere Gerichte sprachen sich hingegen für einen Ausschluss des Anfechtungsrechts des Ehemannes aufgrund seines *venire contra factum proprium aus*⁴⁷.

Deswegen hat die Neuregelung des § 1600 II BGB mehr Sicherheit gebracht, in dem sie sagt, dass das Anfechtungsrecht des Mannes nach der Anerkennung ausgeschlossen ist. Trotzdem bleibt die Lage unsicher, wenn der Lebenspartner trotz Einwilligung in die heterologe Insemination das Kind nicht anerkennt.

aa. Der Ausschluss des Anfechtungsrechts des Mannes und der Frau nach § 1600 II BGB

Das Kinderrechteverbesserungsgesetz⁴⁸ brachte eine wichtige Neuerung im Recht der Vaterschaftsanfechtung⁴⁹ und hat eine bedeutsame Lücke in der Reform des Kindschaftsrechts geschlossen⁵⁰. Das Gesetz wurde um den Art. 1 Nr. 2b im § 1600 II BGB

⁴⁵ BGHZ 87, 169 = FamRZ 1983, 686; BGH, FamRZ 1993, 695; BGHZ 129, 297 = FamRZ 1995, 861; BGH, FamRZ 1995, 865; BGH, FamRZ 1995, 1272. Vgl. Schwab S. 233, Rn. 490.

⁴⁶ „Das vom BGH bejahte Anfechtungsrecht des Ehemannes nach Zustimmung zur heterologen Insemination seiner Frau erscheint – auch nach einem Blick auf neuere ausländische Bestimmungen, die eine *Anfechtung* ausschließen – nicht unproblematisch“. Dethloff S. 2207. Vgl. Backmann S. 152; Coester-Waltjen JURA S. 633.

⁴⁷ Apud Wanitzek FamRZ 2003, S. 730: OLG Düsseldorf, FamRZ 1988, 762 (s. auch Anm. der Red., FamRZ 1988, 764, und FamRZ 1992, 851); OLG Hamm, FamRZ 1994, 1340, 1342 (obiter); AmtsG Lüdenscheid, NJW 1986, 784; AmtsG Dieburg, FamRZ 1987, 516 (s. auch Anm. der Red., FamRZ 1987, 519); AmtsG Norderstedt, DAV 1991, 419; Bernat, MedR 1986, 245, 247 f.; Deutsch. MDR 1985, 177, 180; Palandt/Diederichsen, BGB, 2002, Einf. von § 1591 Rz. 15; Soergel/Gaul, BGB, 1987, § 1591 [a. F.] Rz. 33; Giesen, JZ 1983, 552 f.; Staudinger/Göppinger, BGB, 1993, § 1591 [a. F.] Rz. 40; Harder JuS 1986, 505, 507; Kemper, FuR 1995, 309, 310; Kollhossler, JA 1985, 553, 554 f.; MünchKomm/Mutschler, BGB, 1992, §1591 [a. F.] Rz. 15a.; Roth, FamRZ 1996, 769; Schwab Rn. 490a. E.; Spickhoff, AcP 197 (1997), 398; Wolf, FuR 1998, 392, 394; Zimmermann, FS Schippel 1996, S. 341, 345.

⁴⁸ Gesetz zur weiteren Verbesserung von Kinderrechten (Kinderrechteverbesserungsgesetz – KindRVerbG) v. 9.4.2002, BGBl 2002 I 1239, in Kraft getreten am 12.4.2002, abgedruckt in FamRZ 2002, 803; s. zu diesem Gesetz, das neben den hier besprochenen Ergänzungen des Abstammungsrechts auch das *Namens* – und Beistandschaftsrechts ändern und den Schutz von Kindern bei einer Gefährdung durch häusliche Gewalt verstärkt.

⁴⁹ Das Gesetz zur Reform des Kindschaftsrechts (Kindschaftsrechtsreformgesetz – KindRG) v. 16. 12. 1997, BGBl 1997 I 2942, in Kraft getreten am 1. 7. 1998 beschränkte sich auf eine Regelung der rechtlichen Mutterschaft.

⁵⁰ Wanitzek FamRZ 2003, S. 735.

ergänzt. Zum anderen handelt es sich um Änderungen im Recht der Vaterschaftsanerkennung⁵¹.

Der durch § 1600 II BGB vorgesehene Ausschluss des Anfechtungsrechts des Mannes und der Mutter in denjenigen Fällen, in denen das Kind mit Einwilligung des Vaters und der Mutter durch künstliche Befruchtung mittels Samenspende eines Dritten gezeugt wurde, soll dem Kind den rechtlichen Vater sichern⁵².

Von „Paaren, die im Einvernehmen miteinander in die künstliche Übertragung des Samens eines Fremden einwilligen“ müsse, so die Entwurfsbegründung, erwartet werden, „dass sie zu der gemeinsam übernommenen Verantwortung für das hierdurch gezeugte Kind auch nach der Geburt und unter veränderten Lebensumständen eintreten“; im Hinblick auf diese Verantwortung könne „eine Aufkündigung der hierdurch rechtlich begründeten Vaterschaft durch nachträgliche Anfechtung nicht zugelassen werden“⁵³.

Der Ausschluss gilt nicht nur für die Ehegatten, die sich für eine heterologe Insemination entschieden, sondern auch für nicht verheiratete Paare, wenn der Mann die Vaterschaft gemäß § 1954 BGB anerkannt hat⁵⁴.

Hat der Mann, der nicht mit der Mutter verheiratet ist, in diese Art der Zeugung eingewilligt und die Vaterschaft anerkannt, muss unabhängig von der rechtlichen beschränkten Zulässigkeit heterologer Insemination im Inland sichergestellt sein, dass es für den ehelichen Vater und ein geborenes Kind unterhaltsrechtlich, erbrechtlich und so weiter nicht zu unterschiedlichen Ergebnissen kommt⁵⁵.

Die Einwilligung entfaltet – anders als die Vaterschaftsanerkennung und sonstige personenrechtliche Rechtsgeschäfte⁵⁶ – keine unmittelbare statusrechtliche Wirkung. Sie zielt primär nicht auf Rechtsgestaltung ab, sondern auf die Herbeiführung eines tatsächlichen Erfolges, nämlich das Entstehen eines Kindes. Die rechtliche Zuordnung des Kindes erfolgt nicht durch die Einwilligung in die heterologe künstliche Befruchtung, sondern durch die Ehe oder die Vaterschaftsanerkennung (§ 1592 Nr. 1, 2 BGB)⁵⁷.

⁵¹ Ders. S. 730.

⁵² *Wanitzek FamRZ 2003, 730; Palandt/Diederichsen Einf. v. § 1600 II Rn. 3; Schwab S. 234, Rn. 490.*

⁵³ BT-Drucks. 14/2096, S. 6,7; *Palandt/Diederichsen Einf. v. § 1600 II Rn. 3.*

⁵⁴ Ebenda.

⁵⁵ Ebenda.

⁵⁶ Wie, neben der Vaterschaftsanerkennung, die Eheschließung, die elterliche Zustimmung zur Eheschließung und namensrechtliche Erklärungen - *Wanitzek FamRZ 2003, 733.*

⁵⁷ Ebenda.

Wenn zwar eine, gemeinschaftlich vereinbarte, heterologe künstliche Befruchtung an der Mutter stattgefunden hat, das Kind aber nicht hierdurch, sondern auf natürliche Weise durch Sexualverkehr der Mutter gezeugt wurde, so greift der Ausschluss des Anfechtungsrechts des § 1600 II BGB nicht ein, sondern es bleibt bei den allgemeinen Anfechtungsbestimmungen⁵⁸. Nach dem Gesetzeswortlaut des § 1600 II BGB ist dies eindeutig. Die Frage, ob das Kind durch die künstliche Befruchtung gezeugt wurde oder nicht, ist im Anfechtungsverfahren zu klären.

bb. Das Anfechtungsrecht des Kindes

Das Anfechtungsrecht des Kindes ist von dem Ausschluss des § 1600 BGB nicht betroffen. Mit der Anfechtung verliert das Kind seinen rechtlichen Vater und es ist äußerst zweifelhaft, ob der Samenspender ermittelt werden kann. Doch auch wenn dies möglich sein sollte, würde eine gerichtliche Feststellung seiner Vaterschaft für das Kind wenig Sinn machen, da er in der Regel gerade nicht an einer Vater-Kind-Beziehung interessiert ist und die Erfüllung der rechtlichen Vaterschaft durch eine sozial-affektive Vater-Kind-Beziehung von vornherein nicht zu erwarten wäre. Nach der Rechtsprechung des BGH entfallen überdies für das Kind aufgrund seiner Anfechtung nicht nur die gesetzlichen, sondern auch die vertraglichen Unterhaltsansprüche gegen den Mann⁵⁹.

Gesetzlich unterhaltsverpflichtet wäre dann der Samenspender, sollte es gelingen, ihn aufzuspüren und seine Vaterschaft nach § 1600d BGB festzustellen. Diese ungewisse unterhaltsrechtliche Situation des Kindes wäre in der Regel ein weiterer Grund, während der Minderjährigkeit des Kindes die Zulässigkeit der Anfechtung nach § 1600a IV BGB wegen Beeinträchtigung des Kindeswohls zu verneinen⁶⁰.

Wegen des Zieles einer endgültigen Kindeszuordnung wäre es sinnvoll und konsequent, auch das Anfechtungsrecht des Kindes gesetzlich auszuschließen⁶¹.

b. Die Neuregelung des § 1600 BGB ab 30. 4. 04

⁵⁸ § 1600 II a. F..

⁵⁹ *BGH*, FamRZ 1995, 865; *OLG Hamm*, FamRZ 1994, S. 1340.

⁶⁰ *Wanitzek* FamRZ 2003, S. 734.

⁶¹ *Wanitzek* Rechtliche Elternschaft S. 331.

Während in unserer Gesellschaft getreu dem römischen Rechtsgrundsatz „mater semper certa est“ in der Regel ein Grundkonsens über die (rechtliche) Mutterschaft besteht, führt uns die notwendig gewordene Unterscheidung zwischen „rechtlichem“ Vater, „biologischem“ oder „sozialem“ Vater den Wandel und Aufbruch familiärer Strukturen deutlich vor Augen⁶².

Das BVerfG hat in zwei Entscheidungen vom 9. 4. 2003⁶³ festgestellt, dass § 1600 BGB sowie § 1685 BGB mit Art. 6 I und 2 GG unvereinbar sind, weil sie den leiblichen Vater nicht berücksichtigen. Die dem Beschluss v. 9. 4. 2003 zugrunde liegenden Verfassungsbeschwerden betrafen die Fragen, ob dem „biologischen“, also leiblichen, aber nicht rechtlichen Vater eines Kindes, das kraft Ehelichkeitsvermutung als eheliches Kind des Ehemannes der Mutter gilt, ein Umgangsrecht mit dem Kind zusteht⁶⁴ sowie, ob der „biologische“ Vater die Vaterschaft des (kraft Anerkennung) rechtlichen Vaters anfechten kann⁶⁵.

Hinsichtlich des Umgangsrechts des leiblichen Vaters hat das *BVerfG* festgestellt, dass § 1685 BGB mit Art. 6 I GG insoweit unvereinbar ist, als dass es im Kreis der Umgangsberechtigten den leiblichen Vater eines Kindes auch dann nicht mit einbezieht, wenn zwischen ihm und dem Kind eine sozial-familiäre Beziehung besteht oder bestanden hat⁶⁶. Auch der leibliche Vater eines Kindes bildet nämlich mit dem Kind eine Familie, die unter dem Schutz des Art. 6 I GG steht, wenn zwischen ihm und dem Kind eine soziale Beziehung besteht, die darauf beruht, dass er zumindest eine Zeit lang tatsächlich Verantwortung für das Kind getragen hat⁶⁷.

Hinsichtlich des Anfechtungsrechts des leiblichen Vaters stellt der Beschluss klar, dass § 1600 BGB mit Art. 6 II GG insoweit unvereinbar ist, als dass er den leiblichen Vater eines Kindes ausnahmslos von der Anfechtung einer Vaterschaftsanerkennung ausschließt⁶⁸. So schützt Art. 6 II GG den leiblichen Vater in seinem Interesse, die Rechtsstellung als Vater

⁶² Höfelmann, FamRZ 2004, S. 745.

⁶³ 1 BvR 1493/96, 1 BvR 1724/01, FamRZ 2003, S. 816.

⁶⁴ 1 BvR 1493/96.

⁶⁵ 1 BvR 1724/01.

⁶⁶ Beschlussgründe: C.IV.

⁶⁷ Beschlussgründe: C.II.1.

⁶⁸ Vgl. Beschlussgründe: C. Entscheidungssatz.

des Kindes einzunehmen, das heißt, der verfahrensrechtliche Zugang zum Elternrecht aus Art. 6 II GG muss möglich sein⁶⁹.

Das Gericht hat den Gesetzgeber verpflichtet, die Rechtslage bis zum 30. 4. 2004 mit der Verfassung in Einklang zu bringen⁷⁰. Der Regelungsgehalt⁷¹ in § 1600 BGB und § 1685 BGB war entsprechend den Vorgaben des Gerichts im Sinne einer Stärkung der Position des „biologischen“ Vaters zu ergänzen⁷².

Als Maßstab für die Intensität der Beziehung zwischen leiblichem bzw. rechtlichem Vater und Kind sowie zur Klärung der jeweiligen Beziehungsgeflechte und deren rechtlicher Gewichtung hat das *BVerfG* den neuen Begriff „sozial-familiäre Beziehung“ eingeführt⁷³. Diese soll darauf beruhen, dass die jeweilige Person zumindest eine Zeit lang tatsächlich Verantwortung für das Kind getragen hat⁷⁴.

Die Einführung einer Anfechtungsmöglichkeit für den leiblichen Vater bedeutet einen Eingriff in die Persönlichkeitssphäre von Mutter und Kind, aber auch des rechtlichen Vaters. Ziel musste daher sein, die Anfechtungsmöglichkeit mit einer gewissen „Hürde“ zu versehen, was die Anfechtungsberechtigung oder den Vortrag des Anfechtenden betrifft, um Anfechtungen „ins Blaue hinein“ zu vermeiden. Diese „Hürde“ kann in die materiell-rechtlichen oder in die verfahrensrechtlichen Voraussetzungen der Anfechtung integriert werden. Das Gesetz hat den materiell-rechtlichen Weg gewählt, wenn es in § 1600 I Nr. 2 BGB vorsieht, dass nur der Mann anfechten kann, der an Eides statt versichert, der Mutter des Kindes während der Empfängniszeit beigewohnt zu haben. Die Regelung führt zu einer erhöhten Anforderung an die Darlegungslast des Anfechtenden; der Vortrag ist im Rahmen der Schlüssigkeitsprüfung der Klage zu würdigen. Es handelt sich letztlich um eine Frage der Begründetheit der Klage⁷⁵. Dadurch, dass die Anfechtungsberechtigung an die eidesstattliche Versicherung der „Beiwohnung“ anknüpft, wird zugleich verhindert, dass ein Samenspender als „biologischer“ Vater ein Anfechtungsrecht erhält⁷⁶.

⁶⁹ Beschlussgründe: C.I.3.b).

⁷⁰ Vgl. Beschlussgründe: D.I.

⁷¹ Gesetz zur Änderung der Vorschriften über die Anfechtung der Vaterschaft und das Umgangsrecht von Bezugspersonen des Kindes, zur Registrierung von Vorsorgeverfügungen und zur Einführung von Vordrucken für die Vergütung von Berufsbetreuern vom 23. 4. 2004, BGBl I 598.

⁷² *Höfelmann*, FamRZ 2004, S. 746.

⁷³ Vgl. Leitsätze Nr. 1 („familiäre Beziehung“) und 2; Tenor I.1.

⁷⁴ Vgl. Ausführungen in II.1.a).aa).

⁷⁵ *Höfelmann*, FamRZ 2004, S. 749.

⁷⁶ Gewichtiges Anliegen des Bundesrates (vgl. BR-Drucks. 751/03 (Beschluss) v. 28. 11. 2003).

5. Zusammenfassung

Die Durchführung von Methoden der assistierten Reproduktion mit Spendersamen Dritter wirft besondere Probleme auf, wenn diese Methoden bei nichtehelichen Paaren zur Anwendung gelangen. Diese Probleme bestehen in der Gefahr des Auseinanderfallens der sozialen, rechtlichen und genetischen Vaterschaft.

Zwei neue Gesetze haben in letzter Zeit wichtige Neuregelungen zu diesen Problemen gebracht: das KindRVerbG hat den Ausschluss des Anfechtungsrechts des Mannes und der Mutter in denjenigen Fällen, in denen das Kind mit Einwilligung des Vaters und der Mutter durch künstliche Befruchtung mittels Samenspende eines Dritten gezeugt wurde, vorgesehen, während das Gesetz zur Änderung der Vorschriften über die Anfechtung der Vaterschaft v. 23. 4. 2004 eine Stärkung der Position des „biologischen“ Vaters herbeigeführt hat.

Eine Gesetzeslücke gibt es trotz der neuen Regelungen, denn die Einwilligung entfaltet in der heterologen Insemination – anders als die Vaterschaftsanerkennung und die sonstigen personenrechtlichen Rechtsgeschäfte – keine unmittelbare statusrechtliche Wirkung. Obwohl eine Anerkennung vor der Geburt möglich (§ 1594 IV BGB)⁷⁷ und empfohlen ist, gibt das Gesetz keine Möglichkeit den Mann, dazu zu zwingen.

C. Brasilien

I. Regelung des Familienrechts in Brasilien

Das materielle Ehe- und Kindschaftsrecht sowie das Kollisions- und Internationale Prozessrecht sind in Brasilien durch die Bundesverfassung und die Bundesgesetze einheitlich geregelt.

Die Verfassung vom 5.10.1988 enthält unter anderem Bestimmungen zum Schutz der Familie und Grundsätze zur gleichberechtigten Stellung aller Kinder ohne Berücksichtigung ehelicher oder nichtehelicher Herkunft, ebenso für Adoptivkinder⁷⁸. Die

⁷⁷ S. o. II. 3. a.

⁷⁸ Arts. 226 und 227 CF.

zivile Eheschließung ist grundsätzlich zwingend⁷⁹. Aber auch die „stabile Lebensgemeinschaft“ zwischen Mann und Frau, das heißt die eheähnliche Lebensgemeinschaft wird ausdrücklich als Familieneinheit anerkannt⁸⁰.

Die Bestimmungen über das Ehe- und Kindschaftsrecht sind im Wesentlichen im *Código Civil* enthalten, welcher am 1.1.2002 in Kraft getreten ist. Darüber hinaus gibt es noch weitere Gesetze, die dieses Thema behandeln.

1. Nichteheliche Lebensgemeinschaften (*União Estável*)

Bis zum Inkrafttreten der Bundesverfassung am 5. 10. 1988, welche die dauerhafte Verbindung zwischen Mann und Frau (auch ohne formelle Eheschließung) als Familieneinheit in Art. 226 § 3 anerkannte, fanden sich im Familienrecht keine gesetzlichen Regelungen der eheähnlichen Lebensgemeinschaft⁸¹.

Die eheähnliche Gemeinschaft ist nunmehr durch Art. 226 § 3 der Verfassung anerkannt und im zivilrechtlichen Bereich durch Gesetze grundsätzlich normiert worden⁸². Geregelt werden vor allem (unter bestimmten Voraussetzungen) Unterhalts-, güterrechtsähnliche und Erbensprüche.

Das Ausführungsgesetz zu Art. 226 § 3 der Bundesverfassung⁸³ erkennt als Familieneinheit das dauernde, öffentliche und ununterbrochene Zusammenleben eines Mannes mit einer Frau an, soweit es mit dem Ziel erfolgt, eine Familie zu bilden⁸⁴ (ohne Festlegung einer Mindestfrist)⁸⁵.

2. Abstammung vom nichtehelichen Vater

a. Früheres Recht

⁷⁹ Art. 226, § 1° CF; Art. 1.512 CC. Hierzu *Rodrigues* S. 10 ff.

⁸⁰ Art. 226 § 3° CF.

⁸¹ Ausnahme im Namensrecht Gesetz Nr. 6015 vom 31. 12. 1973 Art. 57 § 2.

⁸² Gesetze Nr. 8971 vom 29.12.1994 und 9278 vom 10.5.1996.

⁸³ Gesetz Nr. 9278 vom 10.5.1996.

⁸⁴ Art. 1.

⁸⁵ Hierzu *Azevedo* S. 249.

Früher unterschied der *Código Civil* zwischen ehelichen, legitimierten, nichtehelichen, Ehebruchs- und Inzestkindern. Kinder galten als ehelich, wenn sie 180 Tage nach Heirat der Eltern oder 300 Tage nach Auflösung der Ehe geboren wurden⁸⁶. Außerhalb der Ehe oder außerhalb der genannten Fristen geborene Kinder galten als nichtehelich. Sie konnten durch beide Elternteile oder einzeln in der Geburtsurkunde, durch notarielle Beurkundung oder durch Testament anerkannt werden⁸⁷. Die Anerkennung konnte bereits vor der Geburt des Kindes erfolgen. Außereheliche Kinder (mit Ausnahme von Ehebruchs- und Inzestkindern) konnten gemäß Art. 363 CC a.F. ihre Eltern oder deren Erben auf Feststellung der Vater- bzw. Mutterschaft verklagen, letztere jedoch nicht⁸⁸, wenn dadurch die außereheliche Mutterschaft einer verheirateten oder das Inzestkind einer ledigen Frau festgestellt worden wäre. Dieses Anerkennungsverbot wurde vom Gesetzgeber stufenweise gelockert, so dass Anerkennungen nach Inkrafttreten des jeweiligen Gesetzes in erleichterter Form möglich wurden.

b. Geltendes Recht

Art. 227 § 6 der Bundesverfassung vom 5. 10. 1988 statuiert die Gleichheit ehelicher, nichtehelicher und Adoptivkinder. Die Rechtsprechung hat diesem Verfassungsartikel nach seinem Inkrafttreten unmittelbare Rechtswirkung – auch ohne formelle Aufhebung entgegenstehender einfachrechtlicher Vorschriften – zuerkannt und auch auf Abstammungsfälle vor dem 5. 10. 1988 angewendet⁸⁹.

Art. 20 und 26 JugendG⁹⁰ sehen ausdrücklich vor, dass außereheliche Kinder ungeachtet des Ursprünglichen der Kindschaft durch Eltern gemeinsam oder getrennt in den dort festgelegten Formen anerkannt werden können⁹¹. Die Anerkennung kann vor der Geburt erfolgen⁹² und kann in keinem Fall angefochten werden⁹³. Eine weitere Regelung ist

⁸⁶ Art. 337, 338 CC a.F.

⁸⁷ Art. 355, 357 CC a.F.

⁸⁸ Art. 364 CC a.F.

⁸⁹ S. auch Art. 1.596 CC.

⁹⁰ Gesetz Nr. 8069 v. 13. 7. 1990 über die Rechtstellung von Kindern und Heranwachsenden.

⁹¹ S. auch Art. 1.607 CC.

⁹² Art. 1.609 § único CC.

⁹³ Arts. 1.609 und 1.610 CC. S. auch Unzulässigkeit von Bedingungen in der Anerkennungsurkunde Art. 1.613 CC. Hierzu *Paini* S. 32 ff. über die *irrevogabilidade do reconhecimento*.

enthalten im Gesetz Nr. 8560⁹⁴. Gemäß Art. 6 dürfen die Geburtsurkunden keinen Hinweis auf eine außereheliche Kindschaft enthalten. Auch der Personenstand der Eltern und das Standesamt der Eheschließung dürfen nicht erwähnt werden, ebenso darf kein Hinweis auf das Gesetz Nr. 8560 erfolgen (woraus die außereheliche Abstammung gefolgert werden könnte). Laut Art. 8 können vor Inkrafttreten des Gesetzes erfolgte Beurkundungen aufgrund gerichtlicher Entscheidung entsprechend abgeändert werden. Hierdurch soll nach dem erkennbaren Willen des Gesetzgebers die vollständige Gleichstellung ehelicher und außerehelicher Kinder sichergestellt werden⁹⁵.

II. Abstammung vom nichtehelichen Vater bei künstlicher Befruchtung

1. Zulässigkeit von heterologer Insemination bei nicht verheirateten Paaren

Der Bundesärztekammerbeschluss Nr. 1358 vom 11. 11. 1992 stellt die ethischen Normen für die Nutzung von *medizinisch assistierten Fortpflanzungstechniken* fest⁹⁶. Es gibt noch kein Gesetz im rechtlichen Sinn über das Thema⁹⁷. Der Beschluss gewährleistet die Anonymität der Embryonen- oder Samenspender⁹⁸ und bevorzugt⁹⁹, anders als in anderen Länder - wie in Deutschland - die Verwendung eines Mischspermas um die spätere Identifikation des biologischen Vaters zu erschweren¹⁰⁰.

⁹⁴ Gesetz vom 29. 12. 1990 regelt die Feststellung der Vaterschaft außerehelicher Kinder und enthält weitere Bestimmungen, in Kraft seit 30. 12. 1992.

⁹⁵ STJ 24. 2. 1992 RT 717 (1995) 255 (Anerkennung durch verheirateten Vater); TJSP 25. 8. 1994 RT 721 (1995) (Anfechtung durch Mutter trotz bestehender Ehe); TJAL 7. 6. 1993 RT 697 (1993) 157 (Anerkennung im Testament); TJSP 25. 8. 1994 RT 721 (1995) 89 (Klage des leiblichen Vaters trotz fehlender Anfechtung durch den Ehemann); TJSP 12. 2. 1993 RT 700 (1994) 64 (vor Aufhebung Art. 337 CC aF).

⁹⁶ Es sieht auch Regelungen über die Ersatzmutterschaft vor, begrenzt die Nummer von Embryonen bei jeder Behandlung auf max. 4 Embryonen und regelt die Präimplantation Diagnosis (PID) zwischen anderen.

⁹⁷ Das Gesetz Nr. 8.970 vom 5. 1. 1995 normiert die Techniken von Genetikingenieurwissenschaft und die Freisetzung von genetisch geänderten Lebewesen, aber regelt nicht die Techniken der medizinisch assistierten Fortpflanzung.

⁹⁸ Nr. IV, 3.

⁹⁹ Vgl. *Leite* S. 145.

¹⁰⁰ S. BÄK-Konsultation Nr. 17.254/89. Ein Dritter jedoch, dessen Samen für medizinisch unterstützte Fortpflanzung verwendet wird, kann nicht als Vater des mit seinem Samen gezeugten Kindes festgestellt werden.

Der Samenspender muss ein *Consentimento Informado* („Informiert Einwilligung“) unterschreiben, die als beurkundete Einwilligung bewertet wird, in dem er seine Vaterschaft anfechtet. S. auch *Queiroz* S. 92 ff. über die Entbiologisierung der Vaterschaft in Brasilien.

Der BÄK-Beschluss stellt die eheähnliche Lebensgemeinschaft gleichwertig neben der Ehe fest und macht keine Unterscheidung zwischen ehelichen- oder nichtehelichen Lebensgemeinschaften¹⁰¹ und setzt nur die Zustimmung des Ehemannes oder Partners als Bedingung voraus^{102, 103}.

An diese künstliche Insemination mit Zustimmung beider Wunschelternteile in einer bestehenden Lebensgemeinschaft knüpfen sich abstammungsrechtliche Konsequenzen¹⁰⁴.

Eine medizinisch assistierte Fortpflanzungshilfe ist nämlich nicht nur während einer Lebensgemeinschaft zulässig, das heißt, eine allein stehende Frau kann sich befruchten lassen¹⁰⁵.

2. Abstammung vom nichtehelichen Vater im früheren Recht¹⁰⁶

Schon vor dem Inkrafttreten des Art. 1.597 des neuen *Código Civil* galt das Kind, das mittels künstlicher Insemination während einer Ehe oder Lebensgemeinschaft mit Zustimmung des Partners mit dem Samen eines Dritten befruchtet wurde als von diesem zustimmenden Partner abstammend¹⁰⁷. Ein Dritter jedoch, dessen Samen für medizinisch unterstützte Fortpflanzung verwendet wird, kann nicht als Vater des mit seinem Samen gezeugten Kindes festgestellt werden¹⁰⁸.

Früher war Art. 338¹⁰⁹ der Anknüpfungspunkt für die Herstellung der Vaterschaft, denn die Rechtsprechung war einstimmig dafür, diese gesetzliche Vermutung für die nichtehelichen Gemeinschaften anzuwenden^{110, 111}.

¹⁰¹ Da aber auch der BÄK-Beschluss keine Definition enthält, was unter eheähnlicher Lebensgemeinschaft zu verstehen ist, ist auf die oben genannte Gesetze zurückzugreifen (Gesetze Nr. 8971 vom 29.12.1994 und 9278 vom 10.5.1996).

¹⁰² Nach Nr. II, 2 in einer *medizinisch assistierten Fortpflanzung* während des Bestehens einer Ehe oder einer eheähnlichen Lebensgemeinschaft müssen beide Partner ein *Consentimento Informado* („Informierte Einwilligung“) unterschreiben, die als beurkundete Einwilligung bewertet wird – dies kann bis zum Anfang der Behandlung widerlegt werden. *Leite* S. 347.

¹⁰³ Vgl. BÄK-Konsultation Nr. 20.631/98.

¹⁰⁴ Art. 1.597 CC ff.

¹⁰⁵ Nr. II, 1. Hierzu vgl. Literatur *Queiroz* S. 162, *Tepedino* S. 401 gegen diese Vorschrift.

¹⁰⁶ Bis 13. 1. 2003 galt das „alte“ *Código Civil* vom 1. 1. 1916.

¹⁰⁷ Die Zustimmung in die heterologe Insemination begründet die Vaterschaft wenn der Lebenspartner das Kind nicht freiwillig anerkennt, allerdings nur nach einer Vaterschaftsfeststellungsklage.

¹⁰⁸ S. Nr. 1 oben.

¹⁰⁹ *Pater is est*, heute im Art. 1.597 II umgewandelt.

¹¹⁰ Entscheidung des Tribunal de Justiça (Obersters Landesgericht) des Bundesland Rio Grande do Sul: „União Estável – Desnecessidade de ajuizamento de ação de investigação de paternidade. Interpretação dos

Wenn die Partnerschaft nach der Befruchtung nicht mehr besteht, so kann es auch vorkommen, dass der Lebensgefährte seine Vaterschaft nicht freiwillig anerkennt. In diesem Fall muss ihn das Kind – vertreten durch die Mutter – auf Feststellung der Vaterschaft verklagen¹¹².

Ein Mann kann als außerehelicher Vater – durch Urteil oder Anerkennung – festgestellt werden, wenn er der künstlichen Befruchtung der Mutter mit dem Samen eines Drittspenders zugestimmt hat. Die Zustimmung selbst kann aber nicht als Anerkennung gewertet werden, aber schließt schon das Anfechtungsrecht des Mannes, der eingewilligt hat, aus¹¹³. Verweigert er aber in solchen Fällen die Anerkennung, kann er vom Kind wiederum auf Feststellung der Vaterschaft verklagt werden¹¹⁴.

Ist in einer Geburtsbeurkundung lediglich das Abstammungsverhältnis zur Mutter des Kindes festgestellt (Art. 2), übersendet der Standesbeamte dem zuständigen Richter den entsprechenden Auszug sowie die Daten des von der Mutter als Kindsvater in Anspruch genommenen. Erkennt dieser nach Anhörung durch den Richter die Kindschaft nicht freiwillig an, übersendet der Richter die Akten der Staatsanwaltschaft zwecks Prüfung, ob genügend Anhaltspunkte für die Erhebung der Vaterschaftsfeststellungsklage vorliegen. Rechtlich Interessierte wie Mutter und Kind können gleichfalls Klage erheben.

3. Abstammung vom nichtehelichen Vater im geltenden Recht

Gemäß Art. 1.597 CC gelten folgende Kinder als während des Bestehens einer Ehe bzw. nichtehelicher Lebensgemeinschaft empfangen: I. welche wenigstens 180 Tage nach Gründung der ehelichen Lebensgemeinschaft geboren werden, II. diejenigen, welche

arts. 226 § 3º da Constituição Federal e Art. 338, II, do Código Civil. Demonstrada a existência de União Estável por vários anos, desnecessidade de ajuizamento de ação de investigação de paternidade para o registro de filha nascida após a morte do companheiro da autora. Considerando que o Art. 226 § 3º da Constituição Federal reconhece a União Estável entre homem e mulher como entidade familiar, aplica-se à espécie a presunção legal consubstanciada no Art. 338, II, do Código Civil. (Apelação Cível No. 598016186, Quarta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Relator: João Carlos Branco Cardoso, julgado em 03.06.1998).

¹¹¹ Vgl. *Dethloff* S. 2208: Für die Beziehung zwischen Eltern und Kind ist weder das Bestehen einer Ehe der Eltern noch allein die genetische Abstammung entscheidend. Von Bedeutung ist vielmehr, wer mit der Betreuung des Kindes tatsächlich die Elternrolle übernimmt.

¹¹² Gesetz Nr. 8.560 Art. 2 ff. Arts. 1.515 und 1.516 CC. *Simas Filho* S. 41 ff.

¹¹³ *Queiroz* S. 101 ff.

¹¹⁴ Ebenda.

binnen 300 Tagen nach der Auflösung der ehelichen Lebensgemeinschaft durch Tod, Trennung oder Nichtigkeitserklärung geboren werden, III. diejenigen welche durch künstliche homologe Befruchtung, auch nach dem Tod des Mannes, geboren werden, IV. diejenigen welche, die jederzeit, wenn es sich um Exzedent Embryo handelt, aus künstlicher homologer Befruchtung resultierend, V. welche durch heterologe Insemination geboren werden, mit vorheriger Zustimmung des Mannes¹¹⁵.

Die beurkundete Zustimmung des Mannes oder Partners in die heterologe Insemination¹¹⁶ hat nur Beweisweck, ist folglich nicht konstitutiv.

Es ist empfohlen eine Zustimmung der Lebensgefährten zur Durchführung einer medizinisch assistierten Fortpflanzung entweder durch ein gerichtliches Protokoll oder eine notariell beglaubigte Vereinbarung zu dokumentieren¹¹⁷.

4.Zusammenfassung

In Brasilien ist die zivile Eheschließung grundsätzlich zwingend, aber die nichteheliche Lebensgemeinschaft ist sehr verbreitet und der Gesetzgeber hat diese Lebensform gesetzlich normiert. Für die Bestimmung der Vaterschaft in der nichtehelichen Lebensgemeinschaft gilt die Vermutung *pater is est*.

Die Verfassung vom 1988 statuiert die Gleichheit ehelicher, nichtehelicher und Adoptivkinder.

Zur Bestimmung der Vaterschaft in Fällen von heterologer Insemination sagt der *Código Civil*, dass durch die Zustimmung des Mannes oder Partners in die künstliche Befruchtung dessen Vaterschaft begründet wird.

D. Rechtsvergleich

In Deutschland ist die nichteheliche Lebensgemeinschaft nicht dem Eherecht zugeordnet und die Vermutung *pater is est* von § 1592 I BGB kann nicht auf den nichtehelichen Vater

¹¹⁵ Die Literatur und Rechtsprechung sieht diese Einwilligung als eine Beweislastumkehr zugunsten des Kindes und der Mutter an, die nach der Befruchtung die Vaterschaft unmittelbar an dem Einwilligenden feststellt. S. *Queiroz* S. 101 ff.

¹¹⁶ Consentimento Informado.

¹¹⁷ *Queiroz* S. 102.

angewendet werden. Für diesen bleibt nur die Anerkennung oder gerichtliche Feststellung als Alternative seiner juristischen Position. Eine Anerkennung vor Zeugung ist nach deutschem Recht nicht möglich, aber vor der Geburt schon, was immer optimal ist. Im Fall von heterologer Insemination gilt die Anerkennung als einziger Weg zur Sicherung der Position des nichtehelichen Vaters.

Die künstliche Befruchtung durch Samen eines Dritten als wie auch die Behandlung von Fortpflanzungsmedizin an nicht verheiratete Personen kann nur nach Zustimmungsvotum einer Kommission der Bundesärztekammer durchgeführt werden.

Der Mann, der seine Vaterschaft anerkannt hat, kann diese anfechten, allerdings nicht, wenn er in die künstliche Befruchtung eingewilligt hat. Seit kurzem besteht ein Anfechtungsrecht des biologischen Vaters bei dem, der die Vaterschaft anerkannt hat, wenn zwischen ihm und dem Kind eine sozial-familiäre Beziehung besteht oder bestanden hat – in der Regel keine Relevanz für die heterologe Insemination.

In Brasilien besteht die nichteheliche Lebensgemeinschaft gleichwertig neben der Ehe. Die Vermutung *pater is est* gilt auch für den nichtehelichen Vater. Trotzdem begründet nach Inkrafttreten des neuen *Código Civil* die Einwilligung des Mannes oder Partners in die heterologe Insemination dessen Vaterschaft. Die Anerkennung ist in allen Fällen unwiderruflich.

Die heterologe Insemination ist erlaubt und bevorzugt, während die Anonymität des Samenspenders sowie die Unmöglichkeit einer Vaterschaftsfeststellungsklage gegen diesen gesetzlich geregelt ist. Künstliche Befruchtung kann sowohl bei Ehepaaren als auch bei nichtehelichen Paaren angewandt werden.

E. Fazit

Die unterschiedliche Entwicklung der Gesetzeslage in beiden Ländern zeigt, wie schon am Anfang vorgestellt, dass es eine sehr unterschiedliche Wahrnehmung von Ehe und nichtehelicher Lebensgemeinschaft sowohl in Deutschland als auch in Brasilien gibt.

Es kann festgestellt werden, dass in Deutschland, anders als in Brasilien, das Fehlen einer unmittelbar statusrechtlichen Wirkung der Einwilligung zur Unmöglichkeit der Feststellung der Vaterschaft des nichtehelichen Vater führen kann. Das bedeutet, dass das Kind auf den

Samenspender als biologischen Vater zurückgreifen können müsste, damit es die Rechte aus der Vaterschaft in Anspruch nehmen könnte. Das ist nicht Sachgerecht für das Kindeswohl.

Aber wenn man das Tempo der Gesetzesverabschiedungen in letzter Zeit beobachtet, stellt man fest, dass es zwar notwendig wäre, kurzfristig eine Lösung für dieses Problem zu erarbeiten, da das Kindeswohl, und nicht der Elternwunsch als höchstes Gut in Frage kommt. Praktisch wird es wohl noch lange dauern, bis eine Neuregelung für diesen Sachverhalt vorliegen wird.

- Ende der Bearbeitung -

F. Anhang¹¹⁸

Constituição da República Federativa do Brasil, de 5. 10. 1988

Bundesverfassung vom 5. 10. 1988

Capítulo VII

DA FAMÍLIA, DA CRIANÇA, DO ADOLESCENTE E DO IDOSO

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

Art. 226. Die Familie, Grundlage der Gesellschaft, hat einen besonderen Schutz des Staates.

§ 1. O casamento é civil e gratuita a celebração.

§ 1. Die standesamtliche Heirat ist kostenlos.

§ 2. O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da Lei.

§ 2. Die religiöse Heirat hat zivilrechtliche Wirkungen gemäß den gesetzlichen Bestimmungen.

§ 3. Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§ 3. Zwecks Schutz durch den Staat wird die stabile Verbindung zwischen Mann und Frau als Familieneinheit anerkannt. Das Gesetz muss ihre Umwandlung in eine Ehe vorsehen.

§ 4. Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

§ 4. Als Familieneinheit gilt gleichfalls die von einem beliebigen Elternteil und seinen Abkömmlingen gebildete Gemeinschaft.

¹¹⁸ Übersetzung Bergamann/Ferid.

§ 5. Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

§ 5. *Die Rechte und Pflichten bezüglich der ehelichen Gemeinschaft werden in gleichberechtigter Form durch den Ehemann und die Ehefrau ausgeübt.*

§ 6. O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos.

§ 6. *Die Zivilehe kann nach vorheriger gerichtlicher Trennung und Ablauf eines Jahres in den gesetzlich vorgesehenen Fällen oder nach mehr als 2-jähriger nachgewiesener faktischer Trennung durch Scheidung aufgelöst werden.*

[...]

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

[...]

§ 6. Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

§ 6. *Kinder aus einer ehelichen oder außerehelichen Verbindung und Adoptivkinder haben dieselben Rechte und Befähigungen. Jeder diskriminierende Hinweis auf die Art der Kindschaft ist untersagt.*

Das Zivilgesetzbuch (*Código Civil*) v. 10. 1. 2002

Art. 1.512. O casamento é civil e gratuita a sua celebração.

Parágrafo único. A habilitação para o casamento, o registro e a primeira certidão serão isentos de selos, emolumentos e custas, para as pessoas cuja pobreza for declarada, sob as penas da lei.

[...]

Art. 1.515. O casamento religioso, que atender às exigências da lei para a validade do casamento civil, equipara-se a este, desde que registrado no registro próprio, produzindo efeitos a partir da data de sua celebração.

Art. 1.516. O registro do casamento religioso submete-se aos mesmos requisitos exigidos para o casamento civil.

[...]

CAPÍTULO II

Da Filiação

Art. 1.596. Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

Art. 1.596. *Die Kinder, gleichgültig ob sie aus einer ehelichen, außerehelichen oder Adoptionsverbindung stammen, haben dieselben Rechte und Qualifikationen, wobei jedwede unterschiedliche Bezeichnung im Hinblick auf die Kindschaft verboten ist.*

Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:

I - nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;

II - nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento;

III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;

IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;

V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

Art. 1.597.¹¹⁹ *Gelten folgende Kinder als während des Bestehens einer Ehe empfangen:*

I - welche wenigstens 180 Tage nach Gründung der ehelichen Lebensgemeinschaft geboren werden;

II - diejenigen, welche binnen 300 Tagen nach der Auflösung der ehelichen Lebensgemeinschaft durch Tod, Trennung oder Nichtigkeitserklärung geboren werden;

III - diejenigen welche durch künstliche homologe Befruchtung, auch nach dem Tod des Mannes, geboren werden;

IV - diejenigen welche, die jederzeit, wenn es sich um Exzedent Embryo handelt, aus künstlicher homologer Befruchtung resultierend;

V - welche durch heterologe Insemination geboren werden, mit vorheriger Zustimmung des Mannes.

[...]

Art. 1.607. O filho havido fora do casamento pode ser reconhecido pelos pais, conjunta ou separadamente.

Art. 1.608. Quando a maternidade constar do termo do nascimento do filho, a mãe só poderá contestá-la, provando a falsidade do termo, ou das declarações nele contidas.

Art. 1.609. O reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento é irrevogável e será feito:

I - no registro do nascimento;

II - por escritura pública ou escrito particular, a ser arquivado em cartório;

III - por testamento, ainda que incidentalmente manifestado;

IV - por manifestação direta e expressa perante o juiz, ainda que o reconhecimento não haja sido o objeto único e principal do ato que o contém.

Parágrafo único. O reconhecimento pode preceder o nascimento do filho ou ser posterior ao seu falecimento, se ele deixar descendentes.

¹¹⁹ Freie Übersetzung.

Art. 1.610. O reconhecimento não pode ser revogado, nem mesmo quando feito em testamento.

[...]

Art. 1.613. São ineficazes a condição e o termo apostos ao ato de reconhecimento do filho.

Lei 8.069, de 13 de julho de 1990

Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente, e dá outras providências.

Gesetz Nr. 8069 vom 13. 7. 1990 über die Rechtstellung von Kindern und Heranwachsenden (JugendG)

Art. 20. Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

Art. 20. Die Kinder, gleichgültig ob sie aus einer ehelichen, außerehelichen oder Adoptionsverbindung stammen, haben dieselben Rechte und Qualifikationen, wobei jedwede unterschiedliche Bezeichnung im Hinblick auf die Kindschaft verboten ist.

[...]

Art. 26. Os filhos havidos fora do casamento poderão ser reconhecidos pelos pais, conjunta ou separadamente, no próprio termo de nascimento, por testamento, mediante escritura ou outro documento público, qualquer que seja a origem da filiação.

Art. 26. Außereheliche Kinder können ungeachtet des Ursprungs der Kindschaft durch die Eltern gemeinsam oder getrennt in der Geburtsurkunde, durch Testament, durch notarielle Urkunde oder ein anderes öffentliches Dokument anerkannt werden.

Lei 8.560 de 29 de dezembro de 1992

Regula a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento e dá outras providências.

Gesetz Nr. 8560 vom 29. 12. 1992

Regelt die Feststellung der Vaterschaft außerehelicher Kinder und enthält weitere Bestimmungen

Art. 1º O reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento é irrevogável e será feito:

I - no registro de nascimento;

II - por escritura pública ou escrito particular, a ser arquivado em cartório;

III - por testamento, ainda que incidentalmente manifestado;

IV - por manifestação expressa e direta perante o juiz, ainda que o reconhecimento não haja sido o objeto único e principal do ato que o contém.

Art. 2º Em registro de nascimento de menor apenas com a maternidade estabelecida, o oficial remeterá ao juiz certidão integral do registro e o nome e prenome, profissão, identidade e residência do suposto pai, a fim de ser averiguada officiosamente a procedência da alegação.

1º O juiz, sempre que possível, ouvirá a mãe sobre a paternidade alegada e mandará, em qualquer caso, notificar o suposto pai, independente de seu estado civil, para que se manifeste sobre a paternidade que lhe é atribuída.

2º O juiz, quando entender necessário, determinará que a diligência seja realizada em segredo de justiça.

3º No caso do suposto pai confirmar expressamente a paternidade, será lavrado termo de reconhecimento e remetida certidão ao oficial do registro, para a devida averbação.

4º Se o suposto pai não atender no prazo de trinta dias, a notificação judicial, ou negar a alegada paternidade, o juiz remeterá os autos ao representante do Ministério Público para que intente, havendo elementos suficientes, a ação de investigação de paternidade.

5º A iniciativa conferida ao Ministério não impede a quem tenha legítimo interesse de intentar investigação, visando a obter o pretendido reconhecimento da paternidade.

Art. 3º É vedado legitimar e reconhecer filho na ata do casamento.

Parágrafo único. É ressalvado o direito de averbar alteração do patronímico materno, em decorrência do casamento, no termo de nascimento do filho.

Art. 4º O filho maior não pode ser reconhecido sem o seu consentimento.

Art. 5º No registro de nascimento não se fará qualquer referência à natureza da filiação, à sua ordem em relação a outros irmãos do mesmo prenome, exceto gêmeos, ao lugar e cartório do casamento dos pais e ao estado civil destes.

Art. 6º Das certidões de nascimento não constarão indícios de a concepção haver sido decorrente de relação extraconjugal.

1º Não deverá constar, em qualquer caso, o estado civil dos pais e a natureza da filiação, bem como o lugar e cartório do casamento, proibida referência à presente lei.

2º São ressalvadas autorizações ou requisições judiciais de certidões de inteiro teor, mediante decisão fundamentada, assegurados os direitos, as garantias e interesses relevantes do registrado .

Art. 7º Sempre que na sentença de primeiro grau se reconhecer a paternidade, nela se fixarão os alimentos provisionais ou definitivos do reconhecido que deles necessite.

Art. 8º Os registros de nascimento, anteriores à data da presente lei, poderão ser retificados por decisão judicial, ouvido o Ministério Público.

[...]

Lei 8.971 de 29 de dezembro de 1994

Regula o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão

Gesetz Nr. 8971 vom 29. 12. 1994

Regelt Unterhalts- und Erbensprüche in eheähnlicher Gemeinschaft

Art. 1º A companheira comprovada de um homem solteiro, separado judicialmente, divorciado ou viúvo, que com ele viva há mais de cinco anos, ou dele tenha prole, poderá valer-se do disposto na Lei nº 5.478, de 25 de julho de 1968, enquanto não constituir nova união e desde que prove a necessidade.

Parágrafo único. Igual direito e nas mesmas condições é reconhecido ao companheiro de mulher solteira, separada judicialmente, divorciada ou viúva.

Art. 2º As pessoas referidas no artigo anterior participarão da sucessão do(a) companheiro(a) nas seguintes condições:

I - o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito enquanto não constituir nova união, ao usufruto de quarta parte dos bens do *de cujos*, se houver filhos ou comuns;

II - o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito, enquanto não constituir nova união, ao usufruto da metade dos bens do *de cujos*, se não houver filhos, embora sobrevivam ascendentes;

III - na falta de descendentes e de ascendentes, o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito à totalidade da herança.

Art. 3º Quando os bens deixados pelo(a) autor(a) da herança resultarem de atividade em que haja colaboração do(a) companheiro, terá o sobrevivente direito à metade dos bens.

[...]

Lei 9.278 de 10 de maio de 1996

Regula o § 3º do art. 226 da Constituição Federal.

Gesetz Nr. 9278 vom 10. 5. 1996

Regelt die Ausführung des Art. 226 § 6 der Bundesverfassung

Art. 1º É reconhecida como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua de um homem e uma mulher, estabelecida com objetivo de constituição de família.

Art. 2º São direitos e deveres iguais dos conviventes:

- I - respeito e consideração mútuos;
- II - assistência moral e material recíproca;
- III - guarda, sustento e educação dos filhos comuns.

[...]

Art 5º Os bens móveis e imóveis adquiridos por um ou por ambos os conviventes, na constância da união estável e a título oneroso, são consideradas fruto do trabalho e da colaboração comum, passando a pertencer a ambos, em condomínio e em partes iguais, salvo estipulação contrária em contrato escrito.

§ 1º Cessa a presunção do *caput* deste artigo se a aquisição patrimonial ocorrer com o produto de bens adquiridos anteriormente ao início da união.

§ 2º administração do patrimônio comum dos conviventes compete a ambos, salvo estipulação contrária em contrato escrito.

[...]

Art 7º Dissolvida a união estável por rescisão, a assistência material prevista nesta Lei será prestada por um dos conviventes ao que dela necessitar, a título de alimentos.

Parágrafo único. Dissolvida a união estável por morte de um dos conviventes, o sobrevivente terá direito real de habitação, enquanto viver ou não constituir nova união ou casamento, relativamente ao imóvel destinado à residência da família.

Art 8º Os conviventes poderão, de comum acordo e a qualquer tempo, requerer a conversão da união estável em casamento, por requerimento ao Oficial do Registro Civil da Circunscrição de seu domicílio.

Art 9º Toda a matéria relativa à união estável é de competência do juízo da Vara de Família, assegurado o segredo de justiça. [...]

Bundesärztekammerbeschluss Nr. 1358 vom 11. 11. 1992



RESOLUÇÃO CFM nº 1.358/92

O CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, no uso das atribuições que lhe confere a Lei nº 3.268, de 30 de setembro de 1957, regulamentada pelo Decreto 44.045, de 19 de julho de 1958, e

CONSIDERANDO a importância da infertilidade humana como um problema de saúde, com implicações médicas e psicológicas, e a legitimidade do anseio de superá-la;

CONSIDERANDO que o avanço do conhecimento científico já permite solucionar vários dos casos de infertilidade humana;

CONSIDERANDO que as técnicas de Reprodução Assistida têm possibilitado a procriação em diversas circunstâncias em que isto não era possível pelos procedimentos tradicionais;

CONSIDERANDO a necessidade de harmonizar o uso destas técnicas com os princípios da ética médica;

CONSIDERANDO, finalmente, o que ficou decidido na Sessão Plenária do Conselho Federal de Medicina realizada em 11 de novembro de 1992;

RESOLVE:

Art. 1º - Adotar as **NORMAS ÉTICAS PARA A UTILIZAÇÃO DAS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA**, anexas à presente Resolução, como dispositivo

deontológico a ser seguido pelos médicos.

Art. 2º - Esta Resolução entra em vigor na data da sua publicação.

São Paulo-SP, 11 de novembro de 1992.

IVAN DE ARAÚJO MOURA FÉ

Presidente

HERCULES SIDNEI PIRES LIBERAL

Secretário-Geral

Publicada no D.O.U dia 19.11.92-Seção I Página 16053.

NORMAS ÉTICAS PARA A UTILIZAÇÃO DAS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA

I - PRINCÍPIOS GERAIS

1 - As técnicas de Reprodução Assistida (RA) têm o papel de auxiliar na resolução dos problemas de infertilidade humana, facilitando o processo de procriação quando outras terapêuticas tenham sido ineficazes ou ineficientes para a solução da situação atual de infertilidade.

2 - As técnicas de RA podem ser utilizadas desde que exista probabilidade efetiva de sucesso e não se incorra em risco grave de saúde para a paciente ou o possível descendente.

3 - O consentimento informado será obrigatório e extensivo aos pacientes inférteis e doadores. Os aspectos médicos envolvendo todas as circunstâncias da aplicação de uma técnica de RA serão detalhadamente expostos, assim como os resultados já obtidos naquela unidade de tratamento com a técnica proposta. As informações devem também atingir dados de caráter biológico, jurídico, ético e econômico. O documento de consentimento informado será em formulário especial, e estará completo com a concordância, por escrito, da paciente ou do casal infértil.

4 - As técnicas de RA não devem ser aplicadas com a intenção de selecionar o sexo ou qualquer outra característica biológica do futuro filho, exceto quando se trate de

evitar doenças ligadas ao sexo do filho que venha a nascer.

5 - É proibido a fecundação de oócitos humanos, com qualquer outra finalidade que não seja a procriação humana.

6 - O número ideal de oócitos e pré-embriões a serem transferidos para a receptora não deve ser superior a quatro, com o intuito de não aumentar os riscos já existentes de multiparidade.

7 - Em caso de gravidez múltipla, decorrente do uso de técnicas de RA, é proibida a utilização de procedimentos que visem a redução embrionária.

II - USUÁRIOS DAS TÉCNICAS DE RA

1 - Toda mulher, capaz nos termos da lei, que tenha solicitado e cuja indicação não se afaste dos limites desta Resolução, pode ser receptora das técnicas de RA, desde que tenha concordado de maneira livre e conciente em documento de consentimento informado.

2 - Estando casada ou em união estável, será necessária a aprovação do cônjuge ou do companheiro, após processo semelhante de consentimento informado.

III - REFERENTE ÀS CLÍNICAS, CENTROS OU SERVIÇOS QUE APLICAM TÉCNICAS DE RA

As clínicas, centros ou serviços que aplicam técnicas de RA são responsáveis pelo controle de doenças infecto-contagiosas, coleta, manuseio, conservação, distribuição e transferência de material biológico humano para a usuária de técnicas de RA, devendo apresentar como requisitos mínimos:

1 - um responsável por todos os procedimentos médicos e laboratoriais executados, que será, obrigatoriamente, um médico.

2 - um registro permanente (obtido através de informações observadas ou relatadas por fonte competente) das gestações, nascimentos e mal-formações de fetos ou recém-nascidos, provenientes das diferentes técnicas de RA aplicadas na unidade em apreço, bem como dos procedimentos laboratoriais na manipulação de gametas e pré-embriões.

3 - um registro permanente das provas diagnósticas a que é submetido o material biológico humano que será transferido aos usuários das técnicas de RA, com a finalidade precípua de evitar a transmissão de doenças.

IV - DOAÇÃO DE GAMETAS OU PRÉ-EMBRIÕES

- 1 - A doação nunca terá caráter lucrativa ou comercial.
- 2 - Os doadores não devem conhecer a identidade dos receptores e vice-versa.
- 3 - Obrigatoriamente será mantido o sigilo sobre a identidade dos doadores de gametas e pré-embriões, assim como dos receptores. Em situações especiais, as informações sobre doadores, por motivação médica, podem ser fornecidas exclusivamente para médicos, resguardando-se a identidade civil do doador.
- 4 - As clínicas, centros ou serviços que empregam a doação devem manter, de forma permanente, um registro de dados clínicos de caráter geral, características fenotípicas e uma amostra de material celular dos doadores.
- 5 - Na região de localização da unidade, o registro das gestações evitará que um doador tenha produzido mais que 2 (duas) gestações, de sexos diferentes, numa área de um milhão de habitantes.
- 6 - A escolha dos doadores é de responsabilidade da unidade. Dentro do possível deverá garantir que o doador tenha a maior semelhança fenotípica e imunológica e a máxima possibilidade de compatibilidade com a receptora.
- 7 - Não será permitido ao médico responsável pelas clínicas, unidades ou serviços, nem aos integrantes da equipe multidisciplinar que nelas prestam serviços, participarem como doadores nos programas de RA.

V - CRIOPRESERVAÇÃO DE GAMETAS OU PRÉ-EMBRIÕES

- 1 - As clínicas, centros ou serviços podem criopreservar espermatozóides, óvulos e pré-embriões.
- 2 - O número total de pré-embriões produzidos em laboratório será comunicado aos pacientes, para que se decida quantos pré-embriões serão transferidos a fresco, devendo o excedente ser criopreservado, não podendo ser descartado ou destruído.
- 3 - No momento da criopreservação, os cônjuges ou companheiros devem expressar sua vontade, por escrito, quanto ao destino que será dado aos pré-embriões

criopreservados, em caso de divórcio, doenças graves ou de falecimento de um deles ou de ambos, e quando desejam doá-los.

VI - DIAGNÓSTICO E TRATAMENTO DE PRÉ-EMBRIÕES

As técnicas de RA também podem ser utilizadas na preservação e tratamento de doenças genéticas ou hereditárias, quando perfeitamente indicadas e com suficientes garantias de diagnóstico e terapêutica.

1 - Toda intervenção sobre pré-embriões "in vitro", com fins diagnósticos, não poderá ter outra finalidade que a avaliação de sua viabilidade ou detecção de doenças hereditárias, sendo obrigatório o consentimento informado do casal.

2 - Toda intervenção com fins terapêuticos, sobre pré-embriões "in vitro", não terá outra finalidade que tratar uma doença ou impedir sua transmissão, com garantias reais de sucesso, sendo obrigatório o consentimento informado do casal.

3 - O tempo máximo de desenvolvimento de pré-embriões "in vitro" será de 14 dias.

VII - SOBRE A GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO (DOAÇÃO TEMPORÁRIA DO ÚTERO)

As Clínicas, Centros ou Serviços de Reprodução Humana podem usar técnicas de RA para criarem a situação identificada como gestação de substituição, desde que exista um problema médico que impeça ou contra-indique a gestação na doadora genética.

1 - As doadoras temporárias do útero devem pertencer à família da doadora genética, num parentesco até o segundo grau, sendo os demais casos sujeitos à autorização do Conselho Regional de Medicina.

2 - A doação temporária do útero não poderá ter caráter lucrativo ou comercial.

BÄK-Konsultation Nr. 20.631/98

Consulta nº 20.631/98

Assunto: Consentimento informado do programa de reprodução assistida: inseminação artificial, fertilização "in vitro" e outros

Relator: Conselheiro Hézio Jadir Fernandes Júnior

A Dra. C.I.S.R., Presidente da Comissão de Ética Médica de Hospital, encaminha para apreciação deste Regional modelo de consentimento informando ao Programa de Reprodução Assistida do Hospital e da Disciplina de Ginecologia do CCMB-PUCSP.

De tal consentimento transcrevo:

"Nos, abaixo assinados e qualificados, legalmente casados e em diante denominados contrantes, nos colocamos aos cuidados do Serviço de Reprodução Assistida do Conjunto Hospitalar, no sentido de obter uma gestação. Por este motivo nos submetemos aos exames clínicos e de laboratório, tratamentos ambulatoriais e hospitalares, procedimentos clínicos e cirúrgicos, de acordo com as necessidades a serem constatadas pelo Serviço de Reprodução Assistida. Este, através de seus responsáveis, determinará os locais em que se processarão os tratamento e quais os profissionais que atenderão aos contratantes. Quando houver necessidade de usar anestesia, estamos informados dos riscos que ela proporciona.

Fomos informados que o uso de medicamentos para se produzir superovulação pode excepcionalmente ocasionar síndrome de hiperestímulo do ovário, que esse risco varia de 0,5 a 1% e que este quadro

pode ser leve, moderado ou acentuado. Nestes casos, pelo risco envolvido, poderá ser necessário internação hospitalar para tratamento adequado.

O serviço de Reprodução Assistida do Conjunto Hospitalar de Sorocaba não será responsabilizado por ocorrências que são ocasionadas pelos riscos inerentes ao tratamento, como gestação múltipla, extra-uterina ou complicações decorrentes da gravidez. A contratada não terá responsabilidade quanto às características físicas ou mentais das crianças nascidas graças à qualquer técnica de reprodução assistida que vier a ser empregada, pois estamos informados que existe um risco de malformação e que este é o mesmo que ocorre no processo reprodutivo da população em geral.

Fica estabelecido que o Serviço não se responsabiliza pelo não êxito do tratamento aplicado aos contratantes, não havendo garantias de que a paciente ficará grávida após o tratamento proposto já que inúmeras causas podem impedir esta gestação, como insucesso da estimulação ovariana, ausência de óvulos nos folículos puncionados, falha de fertilização dos óvulos no laboratório, entre outras.

No caso do processo de reprodução assistida ocasionar pré-embriões excedentes, este serão congelados e o casal se obriga a definir o seu destino no espaço máximo de 3 anos. A doação de pré-embriões ou de óvulos excedentes só será possível com o consentimento do casal em outro documento que não este."

A Resolução CFM 1358/92 em seu artigo 1º adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida.

1- As técnicas de Reprodução Assistida (RA) têm o papel de auxiliar na resolução dos problemas de infertilidade humana, facilitando o processo de

procriação quando outras terapêuticas tenham sido ineficazes ou ineficientes para a solução da situação atual de infertilidade.

2- As técnicas de RA podem ser utilizadas desde que exista probabilidade efetiva de sucesso e não se incorra em risco grave de saúde para a paciente ou o possível descendente.

3- O consentimento informado será obrigatório e extensivo aos pacientes inférteis e doadores. Os aspectos médicos envolvendo todas as circunstâncias da aplicação de uma técnica de RA serão detalhadamente expostos, assim como os resultados já obtidos naquela unidade de tratamento com a técnica proposta. As informações devem também atingir dados de caráter biológico, jurídico, ético e econômico. O documento de consentimento informado será em formulário especial, e estará completo com a concordância por escrito, da paciente ou do casal infértil.

4- As técnicas de RA não devem ser aplicadas com a intenção de selecionar o sexo ou qualquer outra característica biológica do futuro filho, exceto quando se trate de evitar doenças ligadas ao sexo do filho que venha a nascer.

5- É proibida a fecundação de oócitos humanos, com qualquer outra finalidade que não seja a procriação humana.

6- O número ideal de oócitos e pré-embriões a serem transferidos para a receptora não deve ser superior a quatro, com o intuito de não aumentar os riscos já existentes de multiparidade.

7- Em caso de gravidez múltipla, decorrente do uso de técnicas de RA, é proibida a utilização de procedimentos que visem a redução embrionária.

Se observamos atentamente tais normas técnicas e o consentimento informado ora analisado, veremos dois pontos discordantes, a saber:

A- No consentimento fica claro, logo na primeira linha a necessidade de estar legalmente casado. Nas normas técnicas, segundo o capítulo II, artigo 2 - "O usuário das técnicas RA, estando casado ou em união estável, será necessária a aprovação do cônjuge ou do companheiro, após processo semelhante de consentimento informado". Por a necessidade de casamento deverá ser substituída por casado e/ou em união estável.

B- No último parágrafo do consentimento é colocado à família uma árdua tarefa; a de decidir o destino de "pré-embriões congelados excedentes em um prazo máximo de 03 anos. Tal afirmação fere o capítulo V, item 02 que diz claramente que "o número total de pré-embriões produzidos em laboratório será comunicado aos pacientes, para que se decida quantos pré-embriões serão transferidos a fresco, devendo o excedente ser criopreservado, não podendo ser descartado ou destruído."

Assim, fica claro a necessidade de tais correções no consentimento informado; assim como me preocupa o fato de que tal contrato não seja, de uma maneira pormenorizada, explicada ao casal de uma forma simples e destituída de termos técnicos.

Este é o nosso parecer, s.m.j.

Conselheiro Hézio Jadir Fernandes Júnior

Aprovado na 2.210ª reunião plenária, realizada em 22.01.99

Homologado na 2.213ª reunião plenária, realizada em 26.01.99.

BÄK-Konsultation Nr. 17.254/89

Consulta nº 17.254/89

Assunto: Sobre a utilização de sêmen heterólogo para inseminação artificial

Relator: Conselheiro Nelson da Cruz Santos

Reportamo-nos ao parecer do Conselheiro exarado em resposta à consulta do Superintendente do Hospital.

No Código de Ética Médica de 1988, no Capítulo IV - “Doações e Transplantes de Órgãos e Tecidos” não existe nada que impeça a utilização de sêmen heterólogo para inseminação artificial desde que seja feita dentro das normas científicas e éticas internacionalmente estabelecidas, sempre respeitando os artigos 67 e 68 do Código de Ética Médica, que rezam:

É vedado ao médico:

“art. 67 - Desrespeitar o direito do paciente de decidir livremente sobre o método contraceptivo ou conceptivo: devendo o médico sempre esclarecer sobre a indicação, a segurança, a reversibilidade e o risco de cada método.”

“art. 68 - Praticar fecundação artificial sem que os participantes estejam de inteiro acordo e devidamente esclarecidos sobre o procedimento.”

Recomendamos ainda, de que seja obtido dos participantes documento escrito e assinado pelos mesmos, concordando e autorizando a técnica proposta; que haja total incomunicabilidade entre o “doador” ou “doadores” e o “casal receptor”; e que na medida do possível seja feita a inseminação

com “pool” de doadores.

São Paulo, 30 de agosto de 1996.

Aprovada na 1ª Reunião da II Câmara em 15/03/90.

Homologada na 1.394ª RP em 28/05/90.

* Henrique Moraes Prata graduou-se pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo em 2000 e atualmente está no último semestre do programa de Mestrado em Direito Comparado (*Magister der Rechtsvergleichung*) da *Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät* da *Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität* em Bonn, na Alemanha.

Disponível em:< <http://www.socejur.com.br/artigos/filiacao-drhenrique.doc>> Acesso em.: 07 nov. 2007.