

Das Kind der anderen Frau

Eine rechtliche Betrachtung der Leihmutterschaft in Deutschland

Tabea Böckheler*

I. Einleitung

„Glück kann man nicht kaufen, heißt es, wahre Liebe auch nicht. Das Produkt einer wahren Liebe dagegen schon: Für 5.000 bis 100.000 Dollar kann man die Geburt eines Kindes in Auftrag geben.“¹

Was sarkastisch klingt, ist längst praktizierte Realität, denn etwa jede siebte Partnerschaft in Deutschland ist ungewollt kinderlos. Von ungewollter Kinderlosigkeit kann gesprochen werden, wenn bei einer Frau nach ein bis zwei Jahren ungeschützten Geschlechtsverkehrs keine Schwangerschaft eintritt.² Oftmals sind alle Behandlungsmöglichkeiten der Unfruchtbarkeit schnell erschöpft. Somit gewinnen andere Wege, noch ein eigenes Kind zu bekommen, an Reiz, dazu zählt die Leihmutterschaft. Doch genau diese Möglichkeit wird den ungewollt kinderlosen Paaren in Deutschland verwehrt, da hier die Leihmutterschaft durch Bestimmungen des Embryonenschutzgesetzes (ESchG) aufgrund ethischer und sittlicher Beweggründe verboten ist. Das ESchG sieht für das Tätigwerden von Ärzten in solchen Fällen erhebliche Strafen vor, die von einer Geldbuße bis hin zu einem Freiheitsentzug von bis zu drei Jahren reichen können. In anderen europäischen Ländern wie z.B. Großbritannien, Belgien oder den Niederlanden ist die Leihmutterschaft innerhalb der gesetzlich geschaffenen Regeln erlaubt, wohingegen sie sogar in manchen nichteuropäischen Ländern, wie den USA oder Indien, kommerziell betrieben wird.³

Es wird sich zeigen, dass die Leihmutterschaft Quelle zahlreicher Probleme ist, die im Spannungsfeld von ethisch Erträglichem, medizinisch Möglichem und rechtlich Erlaubtem liegen. Im Folgenden soll ermittelt werden, ob der negative Beigeschmack des einleitenden Zitats berechtigt ist oder nicht. Dazu wird zunächst der Begriff der Leihmutterschaft an sich erläutert (II.). Anschließend wird auf deren rechtliche Behandlung in Deutschland (III.) und im internationalen Kontext (IV.) eingegangen. Abschließend werden die gewonnenen Ergebnisse nochmals kurz zusammengefasst und mögliche Lösungsansätze geliefert (V.).

II. Leihmutterschaft

Es können zwei Arten von Leihmutterschaft unterschieden werden. Bei der Ersatz-, oder auch *Mietmutterschaft* gem. § 1 Abs. 1 Nr. 7 Alt. 1 ESchG werden die eigenen Eizellen einer fruchtbaren Frau von dieser zur *In-vitro-Fertilisation* mit dem Samen des Wunschvaters (die Person, an die das Kind nach der Geburt abgegeben werden soll), bereitgestellt. Die Frau trägt dann das Kind aus. Dieses ist somit mit dem Wunschvater und der austragenden Mutter, nicht aber mit der Wunschmutter biologisch verwandt.

Eine *Leih-* bzw. *Tragemutterschaft* gem. § 1 Abs. 1 Nr. 1, 2, 6, 7 Alt. 2 ESchG liegt dann vor, wenn die Leihmutter ein *in vitro* gezeugtes Kind der Wunscheltern

In Deutschland ist die Leihmutterschaft verboten, doch für viele Paare ist sie die letzte Chance auf ein eigenes Kind. Man fragt sich, ob ein strafrechtliches Verbot der Leihmutterschaft heutzutage noch sinnvoll erscheint oder ob diese in unserer Gesellschaft längst kein Fremdkörper mehr ist.

* Die Verfasserin studiert Rechtswissenschaften an der Universität Tübingen und dankt Prof. Dr. Matthias Krüger für die Durchsicht und die wertvollen Hinweise.

1 Oberhuber, Das Geschäft mit der Guten Hoffnung, ZEIT ONLINE v. 17.08.14, <http://www.zeit.de/wirtschaft/2014-08/leihmutter-kinder-schangerschaft> (Stand: 17.09.2016).

2 Grziwotz, NZFam 2014, 1065 (1065).

3 Kreß, FPR 2013, 240 (240).

austrägt. Eizelle und Samen stammen von den Wunscheltern, die Befruchtung findet im Reagenzglas statt. Hierbei übernimmt die Leihmutter lediglich die Schwangerschaft für die Wunschmutter, weshalb das Kind bei dieser Konstellation nur mit den Wunscheltern, jedoch nicht mit der Leihmutter genetisch verwandt ist.⁴

Das ESchG verwendet den Begriff der *Ersatzmutter* jedenfalls als Oberbegriff für alle Fälle, in denen eine Frau bereit ist, das von ihr ausgetragene Kind – ob genetisch verwandt oder nicht – nach der Geburt auf Dauer Dritten zu überlassen.⁵

III. Rechtslage in Deutschland

1. Strafrechtliche Regelungen

a) Strafrechtlicher Embryonenschutz vor dem 1.1.1991

In den späten 70er und 80er Jahren erzielten sowohl die Fortpflanzungsmedizin als auch die Humangenetik rasante Fortschritte, die neben neuen Möglichkeiten und Chancen für Medizin und Wissenschaft auch Risiken und Gefahren mit sich brachten.⁶ Damit diese neue Form der Medizin mit all ihren ungeahnten Möglichkeiten nicht missbraucht wird, rückte der Gedanke des Schutzes des Embryos in den Vordergrund.

Geschützt war der *in vitro* gezeugte Embryo bis dato nur durch die Neufassung des Adoptionsvermittlungsgesetz (AdVermiG) vom 27.11.1989⁷, in dem jegliche Vermittlung zwischen Ersatzmutter und Wunscheltern durch Dritte (§ 13 c AdVermiG) oder bereits öffentliche Anzeigen in Vorbereitung einer solchen Vermittlung (§ 13 d AdVermiG) unter Straf- und Bußgeldandrohung verboten wurde (§ 14 b, § 14 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 3 AdVermiG). Das Verbot wollte primär eine Kommerzialisierung des Leihmutterwesens und damit eine neuartige Form des Babyhandels verhindern.⁸ Hier von nicht erfasst war jedoch die private Vereinbarung einer Leihmutterchaft.

b) Das ESchG ab dem 1.1.1991

Das ESchG, das am 1.1.1991 in Kraft trat, ist als strafrechtliches Nebengesetz konzipiert.

Die Verbote der §§ 1-7 ESchG setzen eine entsprechende fachliche Qualifikation voraus und wenden sich primär an Ärzte und Naturwissenschaftler.⁹ Insbesondere in § 1 Abs. 1 Nr. 1, 2, 6, 7 Alt. 1, 2 ESchG, die sich auf die Ersatz- und Leihmutterchaft beziehen, kommen als Täter vor allem Ärzte und Biologen in Betracht. Von der Strafbarkeit der Ersatz- und Leihmutter sowie der Person, die das Kind auf

Dauer aufnehmen möchte, wird abgesehen. Des Weiteren macht sich auch nicht die Eizell- oder Embryonenspenderin und die Frau, auf die die Eizelle oder der Embryo übertragen wird, strafbar. Ihnen werden persönliche Strafausschließungsgründe durch § 1 Abs. 3 Nr. 1 ESchG gewährt.¹⁰ Das Gesetz sieht zwar davon ab, sie zu bestrafen, geht aber von schuldhaft verübtem Teilnahmeunrecht aus.¹¹ Jedoch ist die Teilnahme in Form von Anstiftung oder Beihilfe durch andere Personen aufgrund des § 28 Abs. 2 StGB strafbar.¹²

c) Rechtfertigung des strafrechtlichen Schutzes

Gerade im Hinblick auf die Funktion des Strafrechts, das als „ultima ratio“ des Gesetzgebers gilt, stellt sich die Frage, ob das Verbot einer Leihmutterchaft notwendigerweise strafrechtlich geahndet werden muss.¹³

aa) Grundrechtliche Spannungen

Als beliebtes Mittel der Legitimation von Strafandrohungen wird auf einen Verstoß gegen die Menschenwürde und das Wohl des Kindes gem. Art. 1 Abs. 1 GG verwiesen. Denn insbesondere die Vereinbarung über die Leihmutterchaft verstoße gegen die Menschenwürde des zukünftigen Kindes.¹⁴ Dadurch würde die Bedeutung der psychophysischen Bindung zwischen der Schwangeren und dem Kind ignoriert werden. Viel schlimmer, es könne die Gefahr bestehen, dass durch die vertragliche Verpflichtung, das Kind nach der Geburt herauszugeben, besagte Bindung an das Kind in solchem Ausmaß leide, dass das Wachstum des Embryos in erheblicher Weise gestört werde.¹⁵ Zudem sei die Gefahr einer Fehleinstellung zur Schwangerschaft somit bei einer Ersatzmutter bedeutend höher, da sie diese enge Bindung an das später wegzugebende Kind verhindern wolle.¹⁶ Diese Annahmen sind jedoch rein spekulativer Natur und medizinisch noch nicht konkret nachgewiesen worden. Es existieren zwar Studien, diese liefern jedoch nicht solch gewichtige Ergebnisse, als dass man hierauf ein Verbot der Leihmutterchaft stützen könnte.¹⁷

Zudem wird angebracht, dass die Menschenwürde des zukünftigen Kindes auch deshalb betroffen sei, da es bereits mit Transferabsicht gezeugt und somit von vornherein in menschenunwürdiger Weise zum Objekt degradiert wür-

4 Diese Definitionen von Ersatz- und Leihmutterchaft finden sich in: Wellenhofer, in: Säcker et al. (Hrsg.), Münchener Kommentar, BGB, Bd. 8, 6. Auflage 2012, § 1591 Rn. 11; Gerecke/Valentin, in: Hoyer et al. (Hrsg.).

5 Taupitz, in: Günther et al., Embryonenschutzgesetz, 2. Auflage 2014, C. II. § 1 Abs. 1 Nr. 7 Rn. 7.

6 Taupitz (Fn. 5), B. I. Rn. 1.

7 Gesetz über die Vermittlung der Annahme als Kind und über das Verbot der Vermittlung von Ersatzmüttern, BGBl. I 1989, S. 2016.

8 Keller, in: Keller et al. (Hrsg.), Embryonenschutzgesetz, 1992, B I Rn. 8.

9 Günther, in: Günther et al. (Fn. 5), C. II. Vor § 1 Rn. 21.

10 Taupitz/Günther, in: Günther et al. (Fn. 5), § 1 Abs. 1 Nr. 1 Rn. 24, Nr. 2 Rn. 24 ff., Nr. 6 Rn. 18 f., Nr. 7 Rn. 30 ff.; Auswärtiges Amt – Hinweis zur Leihmutterchaft; <http://www.auswaertiges-amt.de/DE/Infoservice/FAQ/GeburtAusland/06-Leihmutterchaft.html?nn=383016> (Stand: 17.09.2016).

11 Günther (Fn. 9), C. II. § 1 Abs. 1 Nr. 2 Rn. 26.

12 Taupitz (Fn. 5), C. II. § 1 Abs. 1 Nr. 6 Rn. 19.

13 Nitschmann/Petersdorf, Familie-Recht-Ethik, S. 669 (678).

14 Benda, NJW 1985, 1730 (1733).

15 Eberbach, MedR 1986, 253 (254).

16 Eberbach, MedR 1986, 253 (257).

17 Heinrich, Abgenabelt – und weg, Süddeutsche Zeitung v. 17.05.10, <http://www.sueddeutsche.de/wissen/studie-zu-leihmutterchaften-abgenabelt-und-weg-1.583747> (Stand: 22.09.2016); Taupitz (Fn. 5), C. II. § 1 Abs. 1 Nr. 7 Rn. 11; Fechner, in: Günther et al. (Hrsg.), Fortpflanzungsmedizin und Humangenetik – Strafrechtliche Schranken?, 2. Auflage 1991, S. 55.

de.¹⁸ Später könne es dann den Eindruck haben, eine gegen Geld erworbene oder erhandelte Ware gewesen zu sein, wenn die Leihmutterschaft entgeltlich erfolgte.¹⁹ Dieser Einwand ist nur zum Teil nachvollziehbar, denn über ein *in vitro* gezeugtes Kind wird nicht „verfügt“ oder „gehandelt“. Vielmehr wird von Seiten der Leihmutter auf die Ausübung des Elternrechts verzichtet und von den Wunscheltern durch die Annahme des Wunschkindes vom höchst privaten Recht auf Familiengründung Gebrauch gemacht.²⁰ Die Implantation des *in vitro* gezeugten Embryos in den Körper einer anderen Frau als der genetischen Mutter kann zwar zu schwer beherrschbaren familienrechtlichen Beziehungen führen, jedoch wird der Embryo hierbei nicht in seiner Würde tangiert.²¹

Die Problematik der entgeltlichen Leihmutterschaft könnte gleichermaßen die Menschenwürde der Leihmutter selbst betreffen, da sie mit dem Vertrag ihre natürliche Gebärfähigkeit und auch ihre inneren Organe „vermietet“ und sich somit für eine „Dienstleistung“ zur Verfügung stelle.²² Die Leihmutter würde dadurch zu einer durch Geld handelbaren Ware degradiert, was dem Gedanken des Art. 1 Abs. 1 GG entschieden widerspreche.²³ Es bestehe die Gefahr, dass sich ein regelrechter Leihmuttermarkt entwickelt, auf dem Frauen – überspitzt ausgedrückt – wie Zuchtvieh angepriesen werden. Die Summen für eine Leihmutterschaft müssten dabei möglichst gering bleiben, damit man auf dem Markt überhaupt eine Existenzmöglichkeit hat. Diese Frauen würden somit instrumentalisiert, verdinglicht und durch Kommerzialisierung zum Handelsgegenstand herabgesetzt werden. Der erwähnte Zustand würde natürlich die Menschenwürde der Leihmütter aus Art. 1 Abs. 1 GG erheblich verletzen. Doch hier liegt es gerade am Staat, dieser Gefahr der Kommerzialisierung einen Riegel vorzuschieben, indem er z.B. einen Minimal- und Maximalbetrag festlegt, innerhalb deren Grenzen sich die auszuzahlende Summe bewegen darf. Deshalb kann die Frage der Bezahlung kein generelles Verbot der Leihmutterschaft rechtfertigen, wenn sich diese in den Grenzen der vom Staat festgelegten Aufwandsentschädigung oder eines errechneten Verdienstausfalls hält.²⁴ Des Weiteren hat man auch an die rechtlich tolerierte Prostitution zu denken. Diese ist vom Staat akzeptiert worden, obwohl sie lediglich sexuelle Triebabfuhrung ist und die Annahme einer Degradierung von Frauen viel plausibler erscheinen lässt als die Leihmutterschaft.²⁵ Letztere ist Dienst am werdenden Leben, an den zukünftigen Eltern und an der Allgemeinheit, während bei der Prostitution im wahrsten Sinne des Wortes nur der Kör-

per einer Frau für ein paar Stunden gegen Geld an einen Mann „verkauft“ wird.²⁶ Wenn es möglich ist, das Institut der Prostitution gesellschaftlich zu akzeptieren, muss das auch mit dem der Leihmutterschaft gelingen. Zudem müsse man auch das Recht der Ersatzmutter auf freie Entfaltung der Persönlichkeit gem. Art. 2 Abs. 1 GG beachten und sich fragen, wie weit dieses Recht gehen darf, das sich auch in der Art der Lebensführung ausdrückt.²⁷ Letzten Endes kann es nur im Ermessen der Leihmutter liegen, ob sie sich die befruchtete Eizelle implantieren lässt oder nicht.²⁸

Des Weiteren sind die Rechte der Wunscheltern zu beachten. Denn das „Ja“ oder „Nein“ zum Kind ist als Grundrecht durch Art. 6 GG aber zumindest durch Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG geschützt.²⁹ Ein „Recht auf Fortpflanzung“ und ein „Recht auf ein Kind“ ist jedenfalls im Rahmen der allgemeinen Handlungsfreiheit anzuerkennen.³⁰ Geschützt ist dieser Kinderwunsch nicht nur auf „natürlichem Wege“, sondern auch durch die Inanspruchnahme von zur Verfügung stehender medizinischer Methoden wie z.B. der *In-vitro-Fertilisation*.³¹ Dieses Recht auf Fortpflanzung stößt jedoch an seine Grenzen, wenn andere gleichrangige Grundrechte verletzt werden. Um herauszufinden, ob ein Verbot der Leihmutterschaft verfassungsrechtlich gerechtfertigt sein kann, müssen die einschlägigen Interessen in das spezifische grundrechtliche Rationalitätsschema eingeordnet werden.³² Die Regel besagt, dass das Interesse der Eltern an der eigenen Fortpflanzung zunächst einmal die Ausgangsvermutung der Zulässigkeit auf ihrer Seite hat.³³ Die Ausnahme besagt jedoch, dass die Beschränkung der Realisierbarkeit der Interessen nur dann erfolgen darf, wenn sie verfassungsrechtlich gerechtfertigt werden kann.³⁴

Das Verbot der Leihmutterschaft wird mit der Verletzung und Kollision vieler hochrangiger Grundrechte begründet, weshalb ein Spannungsverhältnis entsteht. Wenn man das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit (Art. 2 Abs. 1 GG) und das Recht auf Familiengründung und Fortpflanzung (Art. 6 Abs. 1 GG) der Wunscheltern gegen die Argumente auf Seiten der Ersatzmutter abwägt, so überwiegen durchaus die erstgenannten.³⁵ Das Grundrecht auf Fortpflanzung ist ein „mensenwürdenahes“ Grundrecht,

18 Vgl. Taupitz (Fn. 5), C. II. § 1 Abs. 1 Nr. 7 Rn. 14.

19 Kreß, FPR 2013, 240 (243).

20 Taupitz (Fn. 5), C. II. § 1 Abs. 1 Nr. 7 Rn. 14.

21 Herdegen, in: Herzog et al. (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 74. EL Mai 2015, Art. 1 Abs. 1 GG Rn. 104.

22 Eberbach, MedR 1986, 253 (254).

23 Kreß, FPR 2013, 240 (243).

24 Vgl. Taupitz (Fn. 5), C. II. § 1 Abs. 1 Nr. 7 Rn. 15.

25 Taupitz (Fn. 5), C. II. § 1 Abs. 1 Nr. 7 Rn. 15; Fechner (Fn. 17), S. 55.

26 Vgl. Fechner (Fn. 17), S. 55.

27 Eberbach, MedR 1986, 253 (254, 257).

28 Hufen, MedR 2001, 440 (444); Gassner et al., Fortpflanzungsmedizinengesetz Augsburg-Münchener-Entwurf (AME-FMedG), 2013, S. 37.

29 Hufen, MedR 2001, 440 (442).

30 Beckmann, MedR 2001, 169 (172); Gassner et al. (Fn. 28), S. 31; vgl. auch BFH, NJW 1998, 854 (855): „Denn das Recht, Nachkommen zu gebären, gehört zum Kernbereich des Grundrechts der freien Entfaltung der Persönlichkeit“.

31 Hufen, MedR 2001, 440 (442).

32 Gassner et al. (Fn. 28), S. 29.

33 Gassner et al. (Fn. 28), S. 30.

34 Gassner et al. (Fn. 28), S. 31.

35 Taupitz (Fn. 5), C. II. § 1 Abs. 1 Nr. 7 Rn. 18; Fechner (Fn. 17), S. 56; Gassner et al. (Fn. 28), S. 37.

da die Fortpflanzung den Fortbestand der eigenen Würde über die eigene Existenz hinaus zum Gegenstand hat.³⁶ Gerade auch angesichts der Tatsache, dass die Gefährdung des Kindeswohls durch die Leihmutterschaft derart unsicher, jedenfalls bisher nicht belegt worden ist,³⁷ ist das Verbot der Leihmutterschaft im ESchG verfassungsrechtlich kaum zu rechtfertigen.³⁸

bb) Weitere ethische Aspekte

Das Verbot der Leihmutterschaft wird vor allem auch aus ethischen und sittlichen Gründen zum Schutz des Kindeswohls aufrechterhalten. Insbesondere wird auch hier die körperliche und psychosoziale Nähe zwischen Frau und Kind während der Schwangerschaft und kurz nach der Geburt angeführt.³⁹ Dies ist, wie bereits erwähnt, medizinisch noch nicht konkret nachgewiesen worden, sodass sich hierauf kein Verbot der Leihmutterschaft stützen lässt.⁴⁰ Zudem ergibt sich hier ein Wertungswiderspruch, denn das BGB akzeptiert eine Adoption, bei der das Kind ebenfalls von der biologischen Mutter getrennt wurde. Oft wachsen diese Kinder jahrelang in einem Kinderheim ohne Mutter auf, bevor sie von Wunscheltern adoptiert werden. Bei der Leihmutterschaft hingegen wird das Kind direkt nach der Geburt den Wunscheltern übergeben, weshalb hier im Gegensatz zu der Adoption ein Zustand der „Mutterlosigkeit“ nicht besteht. Man kann zudem sagen, dass es für das Kindeswohl nicht ausschlaggebend ist, wie es gezeugt und von wem es geboren wurde, sondern vielmehr, wie es in seiner späteren Familie aufwächst.⁴¹ Denn die Elternrolle gegenüber Adoptiv-, wie Leihmutterkindern wird eher durch eine sozialzwischenmenschliche als durch eine fragliche biologische Verbindung geprägt.⁴² Daher ist es nicht gerechtfertigt, anzunehmen, dass ein Verstoß gegen das traditionelle Familienbild (Vater-Mutter-Kind und nicht Vater-Mutter-Mutter-Kind) den jungen Menschen Identitätsfindungsprobleme beschere, wenn sie ihr Leben bis zu drei verschiedenen Müttern zu verdanken hätten.⁴³ Des Weiteren fanden Forscher heraus, dass etwa 90% der Leihmutterschaftskinder bis zu ihrem zehnten Lebensjahr wissen, wie sie auf die Welt gekommen sind, und darüber hinaus keinerlei Schwierigkeiten zeigen, ihre Identität zu finden.⁴⁴ In der heutigen Zeit werden

Patchworkfamilien üblicher, das traditionelle Familienbild befindet sich im Wandel. Vor diesem gegenwärtigen gesellschaftlichen Hintergrund kann eine Leihmutterschaft kein Fremdkörper mehr sein, der den Rahmen des bestehenden gesellschaftlichen Wertesystems sprengt. Vielmehr kann sie als ethisch positiv bewertet werden, wenn man sieht, dass sie eine Familie stärken kann und dem staatlichen Interesse an Kindern entgegenkommt.⁴⁵

Weiter wird angeführt, dass das Konfliktpotential der beteiligten Frauen erheblich ansteige. Denn es sei daran zu denken, dass die Frau, die das Kind ausgetragen und geboren hat, dieses nicht an die Wunschmutter „herausgeben“ möchte.⁴⁶ Oder es könne der Fall eintreten, dass die Wunschmutter wegen des fehlenden „Bondings“ während der Schwangerschaft nicht in der Lage ist, eine Beziehung zu dem Kind aufzubauen.⁴⁷ Diese Probleme können jedoch ebenfalls bei einer Adoption auftreten. Zudem wird dem erhöhten Konfliktpotential entgegengehalten, dass es immer Konflikte zwischen den Eltern oder mit den Eltern gibt und diese höchst unsichere Gefährdung des Kindeswohls somit nicht als ein Grund für das Verbot der Leihmutterschaft gelten darf.⁴⁸ Um etwaigen Konflikten zwischen der Leih- und der Wunschmutter vorzubeugen, kann daher der Gesetzgeber entsprechende gesetzliche Vorschriften erlassen.⁴⁹

2. Familienrechtliche Regelungen

Da es, wie bereits erwähnt, dem ESchG ein zentrales Anliegen ist, eine gesplante Mutterschaft zu verhindern⁵⁰, darf ein Kind von Strafrechts wegen nur eine Mutter haben.⁵¹ In § 1591 BGB ist somit die Geburtsmutter als rechtliche Mutter festgeschrieben. Trägt daher eine Frau als Ersatzmutter ein eigenes Kind oder als Leihmutter den Embryo der Wunschmutter und des Wunschvaters aus, ist die Ersatz- oder Leihmutter nach § 1591 BGB die rechtliche Mutter.⁵² Bei der Leihmutterschaft ist die Wunschmutter zwar genetische Mutter, sie hat aber gegenüber dem Kind mangels Verwandtschaft weder ein Sorgerecht, noch schuldet sie Kindesunterhalt. Sie hat auch kein Anfechtungsrecht und kann auch nicht nach § 1598a BGB eine genetische Feststellung ihrer Mutterschaft erreichen.⁵³ Der Wunschmutter kann das Kind somit einzig und allein auf dem Weg der Adoption rechtlich zugeordnet werden.⁵⁴

Die Vaterschaftsfeststellung des Wunschvaters, wenn er genetischer Vater ist, hängt vom familienrechtlichen Status der Ersatz- bzw. Leihmutter ab. Ist diese verheiratet, so ist ihr Ehemann gem. § 1592 Nr. 1 BGB als rechtlicher

36 Gassner (Fn. 28), S. 34.

37 Fn. 17.

38 Taupitz (Fn. 5), C. II. § 1 Abs. 1 Nr. 7 Rn. 18; Fechner (Fn. 17), S. 56; Müller-Terpitz, in: Spickhoff (Hrsg.), Medizinrecht, 2. Auflage 2014, § 1 Rn. 21; Müller-Götzmann, Artificielle Reproduktion und gleichgeschlechtliche Elternschaft, 2009, Teil IV § 10, S. 288; Hufen, MedR 2001, 440 (448); Gassner et al. (Fn. 28), S. 37.

39 Kaiser (Fn. 4), S. 357 (362); BVerfG, NJW 1993, 1751 (1753).

40 S. Fn. 17.

41 Kaiser (Fn. 4), S. 357 (363).

42 Hanack, Die juristische Problematik in der Medizin, S. 168 (182).

43 Vgl. Taupitz (Fn. 5), C. II. § 1 Abs. 1 Nr. 1 Rn. 6; dies ist möglich, wenn die Eizelle von einer dritten Frau stammt, die weder Leih- noch soziale Mutter ist, Nitschmann/Petersdorf, Familie-Recht-Ethik S. 669 (669).

44 Hardinghaus, Unser Kind, Der Spiegel – Fortpflanzung v. 20.12.14, <http://www.spiegel.de/spiegel/print/d-130967249.html> (Stand: 17.09.2016).

45 Nitschmann/Petersdorf, Familie-Recht-Ethik S. 669 (681).

46 Kaiser (Fn. 4), S. 357 (363).

47 Taupitz (Fn. 5), C. II. § 1 I Rn. 7 Rn. 11.

48 Taupitz (Fn. 5), C. II. § 1 I Rn. 7 Rn. 12.

49 Wellenhofer (Fn. 4.), § 1591 Rn. 29.

50 Begründung des RegEntw, BT-Drs. 11/5460, S. 6.

51 Günther (Fn. 9), B. V. Rn. 81.

52 Vgl. Kaiser (Fn. 4), S. 357 (361).

53 Kaiser (Fn. 4), S. 357 (361).

54 Wellenhofer (Fn. 4), § 1591 Rn. 11.

Vater des geborenen Kindes anzusehen.⁵⁵ Der genetische Wunschvater kann jedoch die Vaterschaft des „Scheinvaters“ anfechten, die genetische Vaterschaft hat er zu beweisen.⁵⁶ Ist die Ersatz- bzw. Leihmutter unverheiratet, kann der Wunschvater mit ihrer Zustimmung (§ 1595 Abs. 1 BGB) die Vaterschaft gem. § 1592 Nr. 2 BGB nach den Vorschriften der §§ 1594 ff. BGB rechtlich anerkennen lassen.⁵⁷

IV. Rechtslage im Ausland

1. Zulässigkeit der Leihmutterschaft im Vergleich

Der Umgang mit der Leihmutterschaft in den verschiedenen Ländern ist vielfältig. In Österreich, der Schweiz oder auch in Schweden können Leihmutterschaftsverträge ähnlich wie in Deutschland grundsätzlich nicht durchgesetzt werden. Insbesondere die Situation in Frankreich ähnelt in Grundzügen dem deutschen Recht. Nach einer heftigen Debatte über die medizinischen Fortpflanzungsmethoden erklärte der *Cour de Cassation* am 31.5.1991 die Ersatz- und Leihmutterschaft in jeglicher Form für rechtswidrig.⁵⁸ Diese Rechtsprechung wurde 1994 vom Gesetzgeber in den Artikel 16-7 des Code Civil übernommen, der sowohl die entgeltliche als auch die unentgeltliche Leihmutterschaftsvereinbarung für nichtig erklärt.⁵⁹ Zugleich hat der französische Gesetzgeber mit Artikel 16-7 CC daran erinnert, dass unanfechtbar die Gebärende als rechtliche Mutter zu sehen ist.⁶⁰ Den Wunscheltern bleibt nur die Möglichkeit der Adoption, um in die rechtliche Elternrolle einzurücken.⁶¹ Die Vermittlung von Ersatzmüttern ist auch in Frankreich strafrechtlich verboten, Art. 227-12 Code Pénal.⁶² Eines der strengsten Regelwerke zur medizinischen Fortpflanzung weist Italien auf. Dort wird neben der Leihmutterschaft selbst die heterologe Insemination untersagt und die homologe Insemination stark eingeschränkt.⁶³ Diese stark konservative Haltung lässt sich v.a. durch den Einfluss der katholischen Kirche erklären.⁶⁴

Andere Länder hingegen verfügen dagegen über weit aus liberalere Gesetzgebungen. Hierbei ist insbesondere Großbritannien hervorzuheben, das als erstes europäisches Land eine gesetzliche Regelung der Leihmutterschaft erlassen und nur die kommerzielle Leihmutterschaft, wie deren Vermittlung und öffentliche Anzeigen, unter Strafandrohung verboten hat.⁶⁵ Erlaubt sind indes private Ersatzmutterschaftsvereinbarungen wie auch die Vermittlung durch nicht-kommerzielle Institutionen. Ist ein Kind auf Grund einer Ersatzmuttervereinbarung geboren worden, so gilt

die Gebärende als rechtliche Mutter, Sec. 27 (1) HFEA.⁶⁶ Aufgrund der gesetzlichen Anerkennung ist die Leihmutterschaft in England übliche Praxis. Kinderlose Eltern werden vom Verein „COTS“ (= *childlessness overcome through surrogacy*) an Leihmütter vermittelt. Die Übertragung der Elternschaft kann durch einen Antrag ans Jugendamt vertraglich geregelt werden, damit es nach der Geburt nicht zu Konflikten zwischen den Vertragspartnern kommt.⁶⁷ Jedoch sind die finanziellen Belastungen beträchtlich, denn allein die Krankenhauskosten liegen bei ca. 7.000 Pfund und der Aufwendungsersatz für die Leihmutter kann bis in einen sechsstelligen Betrag hineinreichen.⁶⁸ Aber auch in den USA, Indien, der Ukraine oder Griechenland ist die Leihmutterschaft erlaubt.⁶⁹

2. Resultierende Probleme

Aufgrund der Ungleichbehandlung der Leihmutterschaft in verschiedenen Ländern ergeben sich einige Probleme. Häufig kommt es vor, dass sich Wunscheltern in ein Land begeben, in dem die Leihmutterschaft erlaubt ist. Mittlerweile hat sich daraus ein richtiger Markt entwickelt, weshalb man auch von Reproduktions- oder Fortpflanzungstourismus spricht. Da man Wunscheltern nicht daran hindern kann, für ein eigenes Kind in ein fremdes Land zu gehen, werden die deutschen Behörden und Gerichte mit Fällen konfrontiert, in welchen die Wunscheltern mit dem Kind nach Deutschland eingereist sind oder einreisen wollen und nun die rechtliche Elternstellung begehren. Die Gerichte entscheiden durchaus unterschiedlich und die Ergebnisse hängen oftmals von tatsächlichen Zufällen und individuellen Rechtsauffassungen ab.⁷⁰ Bereits mehrfach wurde die Anerkennung einer ausländischen Entscheidung, durch welche die rechtliche Elternstellung der Wunscheltern bestimmt wurde, verweigert. Oftmals ergibt sich dann aber das Problem, dass das Kind ohne Mutter endet, da die Nichtanerkennung in Deutschland nichts an der Rechtslage im Entscheidungsstaat ändert und die Leihmutter zudem kein Interesse an der Ausübung der Mutterrolle hat.⁷¹ Andererseits muss man sich darüber im Klaren sein, dass, je öfter man die ausländischen Entscheidungen in Deutschland anerkennt, desto mehr Wunscheltern Leihmütter im Ausland beauftragen werden. Allerdings kann es nicht zulässig sein, das Wohl und die Rechte des bereits geborenen Kindes zurückzusetzen, indem man gegenteilig entscheidet, um zukünftige Wunscheltern von Leihmutterbeauftragungen abzuhalten.⁷² So sieht das auch der EGMR, der in zwei französischen Fällen entschieden hat, dass man so mit dem

55 Wellenhofer (Fn. 4), § 1591 Rn. 13.

56 Wellenhofer (Fn. 4), § 1600 Rn. 15.

57 Wellenhofer (Fn. 4), § 1592 Rn. 14.

58 Coester (Fn. 4), S. 1243 (1253); Gerecke/Valentin (Fn. 4), S. 233 (245).

59 Gerecke/Valentin (Fn. 4), S. 233 (245).

60 Coester (Fn. 4), S. 1243 (1254); Gerecke/Valentin (Fn. 4), S. 233 (246).

61 Coester (Fn. 4), S. 1243 (1254).

62 Coester (Fn. 4), S. 1243 (1253); Gerecke/Valentin (Fn. 4), S. 233 (245).

63 Gerecke/Valentin (Fn. 4), S. 233 (247 ff.).

64 Gerecke/Valentin (Fn. 4), S. 233 (248).

65 Coester (Fn. 4), S. 1243 (1254).

66 Coester (Fn. 4), S. 1243 (1255).

67 Gerecke/Valentin (Fn. 4), S. 233 (243).

68 Schätzungen von Surrogacy UK Information, Support, Community http://www.surrogacyuk.org/intended_parents/your-questions-answered. (Stand: 22.09.2016).

69 Wehinger/Frank, *Illegale Märkte – Forschungsbericht aus dem MPIfG*, S. 66 f.

70 Heiderhoff, *NJW* 2014, 2673 (2673).

71 Heiderhoff, *NJW* 2014, 2673 (2674 f.).

72 Heiderhoff, *NJW* 2014, 2673 (2675).

Recht des Kindes auf eine rechtlich eindeutige Identität nicht umgehen könne.⁷³ In beiden Fällen suchten französische Paare, die selbst keine Kinder bekommen können, in den USA Hilfe. Die durch Leihmutterschaft entstandenen Kinder sind von amerikanischen Gerichten als Kinder der französischen Paare anerkannt worden, in Frankreich stellen sich die Behörden bzw. Gerichte dagegen. Grund hierfür war, dass die Eintragung ins Geburtsregister den Leihmutterschaftsvertrag wirksam mache, der Code Civil aber ausdrücklich vorsieht, dass ein solcher Vertrag aus Gründen des *ordre public* auch dann nichtig ist, wenn er im Ausland Rechtsgültigkeit erlangt hat.⁷⁴ Die Kammer des EGMR stellte zunächst fest, dass aufgrund der uneinheitlichen Behandlung von Leihmutterschaftsverträgen der EU-Mitgliedstaaten, den nationalen Gesetzgebern bei der Beurteilung von Leihmutterschaft ein weiter Ermessensspielraum zustehe. Dieser sei aber erheblich reduziert, wenn es um Fragen der Abstammung und somit um Fragen der Identität einer Person geht.⁷⁵ Hierbei beruft sich der EGMR auf seine Entscheidung in Sachen Wagner gegen Luxemburg v. 28.06.2007, in der er abschließend feststellt, „wann immer die Situation eines Kindes zur Diskussion steht, hat dessen Interesse Vorrang“.⁷⁶ Umso mehr gelte dies, wenn die Wunscheltern auch teilweise genetische Eltern des Kindes sind. Im Ergebnis ist Fortpflanzungstourismus dann vor dem EGMR von Erfolg gekrönt, wenn der Wunschvater Samenspender oder die Wunschmutter Eizellspenderin ist.⁷⁷ Auch der BGH in Deutschland sieht das so. Er vertritt die Ansicht, dass kein Verstoß gegen den deutschen *ordre public* vorliegt, wenn ausländische Entscheidungen die rechtliche Elternstellung den Wunscheltern zuweisen. Jedoch muss ein Wunschelternanteil mit dem Kind genetisch verwandt sein.⁷⁸ Wie aufgezeigt, stellt der Fortpflanzungstourismus ein größeres Problem für die nationalen Gerichte dar, da die Leihmutterschaft in den verschiedenen Ländern ungleich behandelt wird. Um den daraus resultierenden Auswüchsen Einhalt zu gebieten, wäre es sinnvoll, international bindende Richtlinien für den Umgang mit Leihmutterschaft, zumindest europaweit zu erlassen, um dem Fortpflanzungstourismus und seinen Folgen für die Identität des Kindes entgegenzuwirken. Bisherige Bemühungen zur europaweiten Legalisierung der Leihmutterschaft scheiterten jedoch.⁷⁹

73 EGMR, *Mennesson/Frankreich*, No. 65192/11 = NJW 2015, 3211 ff.; EGMR, *Labassée/Frankreich*, No. 65941/11.

74 Vgl. *Frank*, FamRZ 2014, 1525 (1525 f.).

75 *Frank*, FamRZ 2014, 1525 (1525).

76 EGMR, *Wagner/Luxemburg*, No. 76240/01.

77 *Frank*, FamRZ 2014, 1525 (1527).

78 BGH, NJW 2015, 479.

79 Erst im März wurde der Resolutionsbericht zur europaweiten Legalisierung von Leihmutterschaft vom Ausschuss für Soziales und Gesundheit des Europarates mit einer Stimme Mehrheit (16:15) abgelehnt, *The European Post, Council of Europe says no to surrogacy*, <http://europeanpost.co/council-of-europe-says-no-to-surrogacy/> (Stand: 22.09.2016).

V. Fazit

Gerade mit Blick auf die vorangegangenen diskutierten Punkte ist die Frage, ob das strafrechtliche Verbot der Leihmutterschaft in Deutschland überhaupt noch sinnvoll erscheint, zu verneinen. Nach hier vertretener Ansicht vermögen die vorgebrachten Rechtfertigungen des strafrechtlichen Schutzes der Leihmutterschaft nicht zu überzeugen. Die Gefährdung des Kindeswohls durch die psychophysische Bindung zwischen Kind und gebärender Frau ist zu spekulativ, als dass man hierauf ein strafrechtliches Verbot stützen könnte. Es wird gar die Frage aufgeworfen: Kann es überhaupt zum Wohl eines Kindes sein, nicht erzeugt zu werden? Ebenso wenig überzeugend erscheint das Argument, dass bei einer entgeltlichen Leihmutterschaft die Menschenwürde der Leihmutter grundsätzlich betroffen ist: Wenn der Staat die Prostitution toleriert, die eine Degradierung von Frauen plausibler erscheinen lässt, kann er nicht die Leihmutterschaft von vornherein ausschließen und sie auch noch unter Strafe stellen. Selbst die Frage der Kommerzialisierung kann dies nicht rechtfertigen, denn die Höhe des Geldbetrages kann sich im Rahmen einer vom Staat festgelegten Aufwandsentschädigung oder eines Verdienstausfalles halten. Um der Kommerzialisierung weiter entgegenzuwirken, könnten auch neutrale Begriffe verwendet werden: anstatt „Auftragspaar“ „Wunscheltern“, anstatt „mieten“ der Gebärmutter „bereitstellen“ dieser. Es ist somit anzuerkennen, dass die Grundrechte der Leihmutter auf freie Entfaltung der Persönlichkeit gem. Art. 2 Abs. 1 GG und der Wunscheltern gemäß Art. 6 GG wesentlich überwiegen. Denn der Kinderwunsch ist für viele Menschen von geradezu existenzieller Bedeutung und kann nicht einfach abgetan werden. Und wenn es dem Staat möglich ist, natürliche Unfruchtbarkeit zu überwinden, dürfen diese Möglichkeiten genauso wenig pauschal verschlossen werden, wie die Behandlung anderer körperlicher Defizite. Der Leihmutterschaft haftet nicht per se etwas Unerträgliches an. Es darf nicht aus dem Blick geraten, dass der Strafgesetzgeber nicht als bloßer moralischer Agent auftreten darf. Diese Tendenz, moralische Positionen durch staatliches Strafrecht zu verabsolutieren, ist jedoch gerade beim Thema der Leihmutterschaft erkennbar. Vielmehr sollte sich der Gesetzgeber darauf konzentrieren, Lösungen im Falle einer Konfliktsituation zwischen Wunsch- und Leihmutter zu finden, damit das Wohl des geborenen Kindes in keiner Weise tangiert werden kann. Es könnte z.B. eine staatliche Institution eingerichtet werden, an die sich die Leihmutter sowie die Wunscheltern wenden können. Die Aufgaben dieser Institution könnten in mehrere Abschnitte geteilt werden, um eine möglichst konfliktfreie Leihmutterschaft zu ermöglichen. In Schritt Eins müssten sich freiwillig meldende Frauen, die sich für eine Leihmutterschaft zur Verfügung stellen möchten, psychologisch und anhand medizinischen und sozialen Voraussetzungen (Alter, Gesundheitszustand, bereits mindestens ein eigenes Kind, Mindesteinkommensgrenze um wirtschaftlichen Druck auszuschließen etc.) geprüft werden. In Schritt Zwei sollten die schwangeren Leihmütter durch ständigen psychologischen Beistand an den Gedanken gewöhnt wer-

den, das Kind nach der Geburt wegzugeben. Direkt nach der Geburt des Kindes sollte dann im letzten Schritt durch die Institution ein Adoptionsverfahren eingeleitet werden. Dies sollte nur dann nicht geschehen, wenn die Leihmutter unter keinen Umständen bereit ist, das Kind an die Wunscheltern herauszugeben. Auf diesen möglichen Ausgang und weitere Risiken einer Leihmutterschaft sind die Wunscheltern bereits zu Beginn hinzuweisen. Ein durchsetzbarer Gesetzesvorschlag für die Leihmutterschaft kann außerdem im § 8 AME-FMedG gefunden werden.

Zu guter Letzt ist darauf aufmerksam zu machen, dass dem Fortpflanzungstourismus im nahen Ausland entgegengewirkt werden muss, womit kinderlose Paare nationale Gesetzesintentionen untergraben können. Es ist nicht zu übersehen, dass eine Entwicklung in Europa stattfindet, die rechtliche Schranken moderner Befruchtungstechniken und der Leihmutterschaft selbst stetig abbaut. Somit ist es sinnlos, internationale Entwicklungen mit nationalstaatlichen Strafgesetzen aufhalten zu wollen. Vielmehr sollte zumindest in Europa eine einheitliche Rechtsordnung bestehen, bei der z.B. das britische Modell als Vorlage dienen kann. Durch eine einheitliche europäische Regelung könnte man den praktischen Auswüchsen der unterschiedlichen rechtlichen Vorgehensweisen der Mitgliedsstaaten Herr werden. Wichtig ist hierbei, dass jeder Form von Kommerzialisierung ein Riegel vorgeschoben wird, damit die Menschenwürde der Leihmütter unangetastet bleibt. Eine aktuelle EU-Studie stellte jedoch fest, dass es unmöglich ist, EU-weit eine besondere rechtliche Tendenz festzustellen, aber alle Mitgliedsstaaten schienen sich darüber einig zu sein, dass ein Kind international klar festgelegte rechtliche Eltern und einen eindeutigen Personenstand braucht.⁸⁰

Wie dargestellt kann ein Verbot der Leihmutterschaft in Deutschland nicht überzeugen. Wenn sich ein kinderloses Paar um jeden Preis ein Kind wünscht und eine Leihmutter beauftragen möchte, „kauft“ es nicht, wie am Anfang dargestellt, das Produkt einer wahren Liebe für einen bestimmten Betrag. Das Paar nimmt lediglich eine Art „Mutterschaftshilfe“ in Anspruch, wobei die „helfende Mutter“ eine Ausgleichszahlung für erbrachte Umstände bekommt.

80 *Brunet*, in: Europäisches Parlament, Generaldirektion für interne Politikbereiche, Fachabteilung C: Bürgerrechte und konstitutionelle Angelegenheiten (Hrsg.), Das System der Leihmutterschaft in den EU-Mitgliedstaaten. Zusammenfassung, [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/etudes/join/2013/474403/IPOL-JURI_ET\(2013\)474403\(SUM01\)_DE.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/etudes/join/2013/474403/IPOL-JURI_ET(2013)474403(SUM01)_DE.pdf) (Stand: 17.09.2016).