

Sollte die Leihmutterschaft in Deutschland zulässig sein? Abstammung und gesellschaftlicher Wandel

von Luise Paetow*

Abstract

Die Leihmutterschaft stellt für manche Paare die einzige Möglichkeit dar, sich den langersehnten Kinderwunsch zu erfüllen. Der folgende Beitrag setzt sich kritisch mit den zur Gesetzesbegründung genannten und weiterhin vorgebrachten Argumenten auseinander, die einer Legalisierung vermeintlich entgegenstehen. Im Ergebnis können nach der hier vertretenen Meinung die Prämissen der Kindeswohl- und Leihmuttergefährdungen nicht überzeugen. Ein allumfassendes strafrechtliches Verbot ist weder mit dem Recht auf Fortpflanzungsfreiheit der Wunscheltern zu vereinbaren, noch stellt es die überzeugendste Lösung zum Schutze der Beteiligten dar.

For some couples, surrogacy presents itself as the only possible solution to fulfil their long-awaited desire to have children. The following article deals with the arguments mentioned and further put forward to justify the law, which supposedly oppose a legalization. As a result, according to the opinion represented here, the premises of endangering the child's welfare and the surrogate mother are not convincing. An all-encompassing prohibition under criminal law is neither compatible with the intended parents' right to reproductive freedom, nor is it the most convincing solution for protecting those involved.

I. Einleitung

In Deutschland sind, je nach Schätzung, 850.000¹ bis 1,6 Millionen Paare ungewollt kinderlos.² Dabei gibt es seit einigen Jahren eine medizinische, aber bislang strafbare Methode, diese Paare potenziell bei der Umsetzung ihrer Fortpflanzungspläne zu unterstützen: die Leihmutterschaft. Im Koalitionsvertrag wird nun eine mögliche Legalisierung der Leihmutterschaft in Aussicht gestellt. Der Beitrag untersucht, mit welchen Argumenten das strafbewährte Verbot begründet und aufrechterhalten wird. Es wird argumentiert, dass 30 Jahre nach dem Inkrafttreten des Verbots der Leihmutterschaft in Deutschland ein Umdenken erforderlich ist.

* Die Verfasserin studiert Rechtswissenschaften an der Universität Leipzig. Der folgende Aufsatz folgte der wissenschaftlichen Seminararbeit „Sollte die Leihmutterschaft in Deutschland zulässig sein? Abstammung und gesellschaftlicher Wandel“, welche die Autorin im WS 2021/2022 am Lehrstuhl von Herrn PD Dr. Konrad Duden vorgelegt hat. Der Dank der Autorin gilt Frau Prof. Dr. Elisa Hoven für die Unterstützung und die Anregung zur Veröffentlichung.

¹ Kaiser, in: Günther/Taupitz/Kaiser, ESchG, 2. Aufl. (2014), Kap. A.IV. Rn. 167.

² Arbeitsgemeinschaft der wissenschaftlich medizinischen Fachgesellschaften.

II. Begriffsklärung und rechtliche Situation

1. Leihmutterschaft

Ganz allgemein bedeutet Leihmutterschaft³, dass die fehlende Gebärfähigkeit einer Frau bzw. bei gleichgeschlechtlichen Paaren das Fehlen einer austragenden Frau generell, dadurch ersetzt wird, dass eine (andere) Frau das gewünschte Kind austrägt und es nach der Geburt an die Wunscheltern zum Zweck der Adoption abgibt.⁴

Dabei ist zwischen zwei Arten der Leihmutterschaft zu unterscheiden: der traditionellen und der gestationellen. Bei ersterer wird die eigene Eizelle der Leihmutter zumeist mittels der sog. Intrauterinen Insemination (IUI), d.h. Samenübertragung direkt in die Gebärmutter, befruchtet.⁵ Leihmutter und Kind sind somit verwandt. Gestationelle Leihmutterschaft hingegen bedeutet, dass die Wunschmutter eine fremde Eizelle mittels In-vitro-Fertilisation (IVF)⁶ außerhalb ihres Körpers befruchten und in die Gebärmutter der Leihmutter einsetzen lässt. Im Gegensatz zur traditionellen Leihmutterschaft sind genetische und austragende Mutter hier nicht identisch.

Es ist weiterhin bezüglich der moralischen Bewertung zwischen zwei Erscheinungsformen der Leihmutterschaft zu differenzieren: der kommerziellen und der altruistischen. Bei ersterem erhält die Leihmutter ein über eine reine Aufwandsentschädigung hinausgehendes Entgelt.⁷ Letzteres beschreibt eine Leihmutterschaft, bei welcher keine Bezahlung vereinbart wurde oder die Bezahlung in Form einer bloßen Aufwandsentschädigung hinter weiteren, altruistischen Motiven in den Hintergrund rückt.⁸

2. Rechtliche Situation in Deutschland

a) Verbot der Leihmutterschaft

Die Wissenschaftlichen Dienste des Deutschen Bundestages fassen die rechtliche Ausgangslage der Leihmutterschaft in Deutschland wie folgt zusammen: „Die deutsche

³ Es sind zwar mehrere Begriffe hierfür geläufig (Ersatz-, Miet- oder Surrogatmutterschaft), in Anlehnung an die höchstrichterliche Rechtsprechung soll in dieser Arbeit aber einheitlich der Terminus der Leihmutterschaft verwendet werden.

⁴ Markwardt, in: BeckOGK-EGBB (Stand: 1.6.2022), Art. 22 Rn. 33.

⁵ Depenbusch/Schultze-Mosgau, in: Diedrich/Ludwig/Griesinger, Reproduktionsmedizin, 2013, S. 298.

⁶ Kaiser, in: Günther/Taupitz/Kaiser, ESchG, S. 61 Rn. 187.

⁷ Esser, Ist das Verbot der Leihmutterschaft in Deutschland noch haltbar? – eine rechtsphilosophische Analyse, 2020, S. 39.

⁸ Esser, S. 39.

Rechtsordnung steht der Leihmutterchaft ablehnend gegenüber, verbietet sie aber nicht direkt und generell, sondern versucht, sie [...] mit rechtlichen Hürden zu unterbinden“.⁹

Mit diesen Hürden sind zum einen die §§ 1 Abs. 1 Nr. 1, 2 und 7 des Embryonenschutzgesetzes (ESchG), das als strafrechtliches Nebengesetz konzipiert ist, gemeint.¹⁰ Strafbar macht sich hiernach, wer die aufgelisteten Eingriffe zur Umsetzung einer gestationellen Leihmutterchaft vornimmt. Für die Wunscheltern sowie die künftige Leihmutter gilt der persönliche Strafausschließungsgrund des § 1 Abs. 3 Nr. 1 und 2 ESchG.¹¹ Daher richtet sich das Verbot, auch auf Grund der Voraussetzung bestimmter fachlicher Qualifikationen, primär an Ärzte und Naturwissenschaftler als Täter.¹² Diese können sich zudem mitunter in Mittäterschaft (§ 25 Abs. 2 StGB), als Gehilfe (§ 27 Abs. 1 StGB) aber auch durch Anstiftungshandlungen (§ 26 StGB) strafbar machen.¹³

aa) Beihilfe

Problematische Konstellationen ergeben sich hierbei, wenn ein deutscher Arzt an einer im Inland untersagten, im Ausland aber gestatteten und durchgeführten Kinderwunschbehandlung teilnimmt. Denkbar wäre beispielsweise die Verschreibung von Hormonpräparaten in Deutschland, welche den Eizellentransfer für die Leihmutterchaft überhaupt erst ermöglichen, aber auch eine vorbereitende Ultraschalluntersuchung käme in Frage. Beide Taten wären kausal für die spätere Leihmutterchaft und würden die Haupttat zudem tatsächlich fördern.¹⁴ Grundsätzlich gilt für den Arzt, sofern er Kenntnis über den beabsichtigten Sachverhalt hat und unabhängig von der Rechtslage im Ausland, gem. § 3 StGB bzw. insbesondere § 9 Abs. 2 StGB das deutsche Strafrecht.¹⁵

Bei der Frage, ob die berufstypische Arzttätigkeit auf Grund ihrer „Neutralität“ überhaupt als Beihilfehandlung ausreichen kann, kommen Rechtsprechung und Literatur mitunter zu unterschiedlichen Ergebnissen. Nach einer Meinung der Literatur¹⁶ ist eine Beihilfe gegeben, wenn die Beihilfehandlung die Haupttat objektiv messbar fördert und sich der Gehilfe auch subjektiv maßgeblich an der Haupttat orientiert.¹⁷ Folgt man dieser Annahme, so wäre der Arzt, sofern er nicht direkt im Zusammenhang mit ausländischen Medizinern vorgeht¹⁸, zumeist nicht

der Beihilfe schuldig. Zwar orientiert sich der möglicherweise als Gehilfe tätig werdende Arzt subjektiv an der Haupttat und fördert diese sogar, allerdings fehlt es zumeist dennoch an der notwendigen Abstimmung auf die Haupttat.¹⁹ Denn laut dieser Ansicht ist die Behandlung auch losgelöst von der späteren Leihmutterchaft eine eigenständige Arztbehandlung, welche als rein medizinische Dienstleistung keinen kriminellen Rechtsakt darstellen kann.²⁰

Die Rechtsprechung allerdings knüpft ihre Entscheidung daran an, ob das Verhalten des Haupttäters ausschließlich auf die Verwirklichung einer Straftat abzielt und ob dies dem Teilnehmer bekannt war.²¹ Das heißt, sollte der Arzt annehmen, die Frau werde mit hoher Wahrscheinlichkeit eine Leihmutterchaft im Ausland durchführen lassen, so ist von einer Beihilfe auszugehen.²²

bb) Anstiftung

Eine Strafbarkeit wegen Anstiftung könnte in Frage kommen, wenn der Arzt Patienten die Durchführung der hierzulande verbotenen Praktik im Ausland lediglich vorschlägt und dadurch den Wunsch nach einer illegalen Behandlung in ihnen hervorruft. Hierbei ist eine Strafbarkeit aufgrund der sog. „Kettenanstiftung“ denkbar²³, welche sich aus einem „Erst-Recht-Schluss“ aus § 30 Abs. 1 Var. 2 StGB ergibt.²⁴ Sollte der Arzt die Frau dazu anstiften, eine Leihmutterchaft durchführen zu lassen, und sollte diese Frau dann wiederum einen Arzt im Ausland zur Tat bestimmen, würde der deutsche Arzt auf den Willen des Haupttäters einwirken. Somit ist in dieser Konstellation eine Strafbarkeit des Arztes als Anstifter möglich.

Da Ärzte wie aufgezeigt bereits durch vorbereitende Untersuchungen oder Hinweise auf die Möglichkeit einer Leihmutterchaft in Gefahr laufen, sich strafbar zu machen, droht die aktuelle rechtliche Regelung oftmals eine adäquate medizinische und psychosoziale Beratung der (Wunsch-)Eltern zu untergraben.²⁵ Dies steht auch einer umfangreichen Aufklärung über mögliche Risiken im Weg.

cc) Sonstige Regelungen

Der Fall der traditionellen Leihmutterchaft ist nicht strafbar. Jedoch lassen sich die (Wunsch-)Eltern in diesem Fall auf eine rechtlich unsichere Situation ein, da bereits vor

⁹ Deutscher Bundestag WD 9 – 3000 – 039/18, S. 8 (v. 22.8.2018).

¹⁰ Günther, in: Günther/Taupitz/Kaiser, ESchG, Kap. C.II. vor § 1 Rn. 8; Böckheler, Rescriptum 2016/2, S. 128.

¹¹ Pelchen/Häberle, in: Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, Band 1, 190. EGL, 2012, § 1 ESchG Rn. 12.

¹² Günther, in: Günther/Taupitz/Kaiser, ESchG, S. 162 Rn. 21, Pelchen/Häberle, in: Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, § 1 Rn. 12.

¹³ Graf, in: Graf/Jäger/Wittig, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 2. Aufl. (2017), § 1 ESchG Rn. 43.

¹⁴ Conte, Gynäkologie 2013, 841 (843); genauere Ausführungen s. Magnus, NSTZ 2015, 57 (58-59).

¹⁵ Graf, in: Graf/Jäger/Wittig, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, § 1 ESchG Rn. 44; so auch Leopoldina, Stellungnahme Fortpflanzungsmedizin, 2019, S. 69, online abrufbar unter: https://www.leopoldina.org/uploads/tx_leopublication/2019_Stellungnahme_Fortpflanzungsmedizin_web_01.pdf (zuletzt abgerufen am 6.9.2022).

¹⁶ Magnus, NSTZ 2015, 57 (59); Heine/Weißer, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. (2019), § 27 Rn. 13 m.w.N.

¹⁷ Magnus, NSTZ 2015, 57 (59); Heine/Weißer, in: Schönke/Schröder, StGB, § 27 Rn. 13 m.w.N.

¹⁸ Magnus, NSTZ 2015, 57 (59).

¹⁹ Magnus, NSTZ 2015, 57 (59).

²⁰ Magnus, NSTZ 2015, 57 (59).

²¹ BGHSt 46 112; BGH NJW 2014, 1100; BGH NSTZ 2000, 34, (17); Heine/Weißer, in: Schönke/Schröder, StGB, § 27 Rn. 10.

²² Magnus, NSTZ 2015, 57 (59).

²³ Günther, in: Günther/Taupitz/Kaiser, ESchG, Kap. C.II. vor § 1 Rn. 26; Magnus, NSTZ 2015, 57 (60).

²⁴ Kindhäuser, Strafrecht AT, 4. Aufl. (2009), § 38 Rn 5; Koch/Wirth, JuS 2010, 303 (309); Kühl, Strafrecht AT, § 20 Rn. 193.

²⁵ So auch Leopoldina, Stellungnahme Fortpflanzungsmedizin, 2019, S. 10, 70, 80, online abrufbar unter: https://www.leopoldina.org/uploads/tx_leopublication/2019_Stellungnahme_Fortpflanzungsmedizin_web_01.pdf (zuletzt abgerufen am 6.9.2022).

der Geburt geschlossene Verträge über die Änderung der Mutterschaft gem. § 138 BGB sittenwidrig und somit nichtig sind.²⁶

Weitere rechtlichen Hürden werden mittels des Adoptionsvermittlungsgesetz (AdVermiG) geschaffen. So ist es nach § 13c AdVermiG untersagt, eine Ersatzmutter (d.h. Leihmutter) zu vermitteln. Ersatzmuttervermittlung bedeutet gem. § 13b AdVermiG das Zusammenführen von Personen, die das aus einer Ersatzmutterschaft entstandene Kind annehmen oder in sonstiger Weise auf Dauer bei sich aufnehmen wollen (Bestellern), mit einer Frau, die zur Übernahme einer Ersatzmutterschaft bereit ist. Es gibt demnach zwar kein ausdrückliches Verbot der Leihmutterschaft an sich, allerdings wurde durch das Untersagen der dafür notwendigen Praktiken ein mittelbares Verbot geschaffen.

b) Leihmutterschaft: Familienrechtlicher Ausblick

Sofern Eltern eine Leihmutterschaft im Ausland in Anspruch genommen haben, ergeben sich auch bei der Frage der abstammungsrechtlichen Zuordnung der Elternschaft rechtliche Probleme.

Einige ausländische Rechtsordnungen erkennen diametral zu der deutschen²⁷ die intendierte Mutter anstelle der Leihmutter als rechtliches Elternteil an.²⁸ Daraus resultierende Probleme sind vorprogrammiert.²⁹ Der BGH hat 2014³⁰ sowie erneut in 2018³¹ festgestellt, dass, sofern das Kind genetisch vom Wunschelternteil abstamme, kein *ordre public* Verstoß bei der Anerkennung abweichender Elternschaftsbestimmungen vorliege. Daher seien, von vorherigen Urteilen abweichend,³² jedenfalls ausländische Gerichtsentscheidungen zu respektieren, die die rechtliche Verwandtschaft feststellen.³³ Sofern eine solche Gerichtsentscheidung fehlt, ist die einzige Möglichkeit der Wunschmutter die rechtliche Mutterschaft nachträglich zu erhalten ein Adoptionsverfahren.³⁴ Hierbei ist eine umfassende Prüfung des Kindeswohles vorgesehen.³⁵ Die aktuelle Lösung ist mehrfach problematisch. Das Leihmutter-Kind wäre ohne klare elterliche Zuordnung,

sollten die Wunscheltern ihre Meinung ändern und von einer Adoption absehen,³⁶ auch besteht das Risiko einer möglichen Ablehnung des Adoptionsverfahrens durch deutsche Gerichte.³⁷ Zum anderen ist die Wunschmutter auf Grund der massiven Unterschiede bei der Anerkennung der Mutter- und Vaterschaft³⁸ in ihrer Rechtsposition schlecht gestellt.³⁹ Ohne erfolgreiche Adoption könnte sich diese im Fall einer Trennung vom Wunschvater nur auf ein Umgangsrecht als Bezugsperson des Kindes nach § 1685 Abs. 2 BGB stützen.⁴⁰

III. Einwände gegen eine Zulässigkeit der Leihmutterschaft

Kategorische strafrechtliche Verbote – insbesondere im Rahmen der Fortpflanzungsmedizin – könnten nicht absehbare naturwissenschaftliche Erkenntnisse zum Wohle der Gemeinschaft ungewollt verzögern und mitunter sogar verhindern.⁴¹ Strafrechtliche Verbote wären daher nur dann angezeigt, soweit gewichtige schutzwürdige Rechtsgüter beeinträchtigt wären und die Grundätze der Verhältnismäßigkeit beachtet sind.⁴² Kritiker argumentieren für ein strafrechtliches Verbot der Leihmutterschaft hauptsächlich mit dem Schutz des Kindes sowie der Leihmutter.

1. Argument: Schutz des Kindes

a) Kindeswohl

Dabei wird von der Literatur⁴³ sowie vom Gesetzgeber⁴⁴ eine Vielzahl an Kindeswohlbedenken als Grundlage für das Verbot der Leihmutterschaft vorgebracht. Bei dem Kindeswohl handelt es sich zudem um das intendierte geschützte Rechtsgut der §§ 1 Abs. 1 Nr. 1, 2 und 7 ESchG.⁴⁵ Das Kindeswohl ist im Grundgesetz Art. 6 Abs. 2 GG sowie einfachgesetzlich insbesondere in §§ 1666, 1697a BGB verbürgt. International ist es z.B. unter Art. 24 der EU-Grundrechte-Charta und Art. 3 der UN-Kinderrechtskonvention geschützt.⁴⁶ Dies unterstreicht den Stellenwert des Kindeswohles als international anerkanntes Rechtsprinzip. Im Fokus der Argumentation gegen das Prinzip

²⁶ *OLG Braunschweig*, NZFam 2017, 522 = FamRZ 2017, 972; *OLG Hamm*, NJW 1986, 781; *Markwardt*, in: BeckOGK-EGBGB, Art. 22 Rn. 35; *Wellenhofer*, in: MüKo-BGB, Band 10, 8. Aufl. (2020), § 1591 Rn. 20.

²⁷ Hier ist gem. § 1591 BGB unumstößlich die Leihmutter die rechtliche Mutter; der intendierten Mutter kommt keinerlei Rechtsstellung zu, s. *Wellenhofer*, in: MüKo-BGB, § 1591 Rn. 19; *Gutzeit*, in: NK-BGB, 4. Band, 4. Aufl. (2020), § 1591 Rn. 2.

²⁸ *Behrentin/Grünenwald*, NJW 2019, 2057 (2057); *Oldenburger*, NZFam 2020, 457 (457, 458).

²⁹ *Behrentin/Grünenwald*, NJW 2019, 2057 (2057).

³⁰ *BGH*, NJW 2015, 479.

³¹ *BGH*, DNotZ 2019, 54.

³² *OLG Braunschweig*, Urt. v. 12.4.2017 – 1 UF 83/13; NZFam 2017, 522; *VG Berlin*, FamRZ 2013, 738; BeckRS 2013, 14333 (nicht rechtskräftig); *Makoski*, in: Münchener Anwaltshandbuch Medizinrecht, 3. Aufl. (2020), § 19 Recht der Reproduktionsmedizin Rn. 142.

³³ *BGH*, NJW 2015, 479.

³⁴ *BGH*, NJW 2019, 1605; NJW 2019, 1608; *Makoski*, in: Münchener Anwaltshandbuch Medizinrecht, § 19 Recht der Reproduktionsmedizin Rn. 142.

³⁵ *Heiderhoff*, in: BeckOK-BGB, 62. Edition (Stand: 1.5.2022) Art. 22 EGBGB Rn. 19.

³⁶ *Heiderhoff*, in: v. Münch/Kunig, GG, Band 1, 7. Aufl. (2021), Art. 6 GG Rn. 233.

³⁷ *AG Hamm*, FamFR 2011, 551; *Wellenhofer*, in: MüKo-BGB, § 1591 Rn. 21.

³⁸ Die Vaterschaftszuordnung kann im Gegensatz zur Mutter nach § 1592 BGB grundsätzlich korrigiert und der genetische Vater auch ohne Adoptionsverfahren als rechtlicher Vater festgestellt werden, siehe *Wellenhofer*, in: MüKo-BGB, § 1591 Rn. 19; *Gutzeit*, in: NK-BGB, § 1591 Rn. 2.

³⁹ So *Wellenhofer*, in: MüKo-BGB, § 1591 Rn. 46.

⁴⁰ *Wellenhofer*, in: MüKo-BGB, § 1591 Rn. 21.

⁴¹ *Günther*, in: Günther/Taupitz/Kaiser, ESchG, Kap. B. IV Rn. 41.

⁴² *Günther*, in: Günther/Taupitz/Kaiser, ESchG, Kap. B. IV Rn. 49; *Gallas*, Gründe und Grenzen der Strafbarkeit, 1968, S. 1 ff.; *Hannack*, Gutachten zum 47. DJT, 1968, S. 1 ff.

⁴³ *Engel*, ZEuP 2014, 538 (556); *Taupitz*, in: Günther/Taupitz/Kaiser, ESchG, Kap. C.II. § 1 Abs. 1 Nr. 1 Rn. 5.

⁴⁴ Siehe Gesetzesentwurf zum ESchG, BT-Drs. 11/5460, S. 7 und BT-Drs. 11/4154, S. 6 f.

⁴⁵ *Keller*, in: Günther/Taupitz/Kaiser, ESchG, § 1 Abs. 1 Nr. 7 Rn. 16; *Taupitz*, in: Günther/Taupitz/Kaiser, ESchG, Kap. C. II. § 1 Abs. 1 Nr. 7 Rn. 10; BT-Drs. 11/5460, S. 6.

⁴⁶ *Engel*, ZEuP 2014, 538 (551).

der Leihmutterchaft stehen vor allem die Folgen für das Kind, die eine gespaltene Mutterchaft, d.h. hier das Auseinanderfallen genetischer und biologischer Mutter, mit sich führen könnte. Befürchtet werden seelische Konflikte, Identitätsfindungsprobleme sowie ein mögliches Trauma bei postnataler Trennung des Kindes.⁴⁷

aa) Trauma bei postnataler Trennung

Kritiker argumentieren, dass der Embryo vor der Geburt eine Beziehung zur Tragemutter aufbaue, welche per se erhaltenswert sei.⁴⁸ Diese könne bei Trennung von Kind und Geburtmutter das Kindeswohl negativ beeinträchtigen.⁴⁹ Für diese Annahme spricht, dass sich der Fötus ab dem letzten Drittel der Schwangerschaft an die Sprache und Sprechmelodie der Mutter gewöhnen kann. So wurden Wiedererkennungsfähigkeiten der Kinder nach der Geburt festgestellt.⁵⁰ Diese Tatsache deutet darauf hin, dass der Fötus zumindest in Ansätzen eine Art Bindung zu der austragenden Mutter entwickelt. Allerdings fehlt es an gesicherten Kenntnissen die belegen, dass ein Wechsel dieser, dem Kind bekannten Merkmale, tatsächlich eine negative Reaktion bei Neugeborenen auslöst.⁵¹ Zudem setzt die spezifische Beziehungsentwicklung bei Kindern erst ab einem Alter von ca. 3 Monaten ein, weswegen sie daher den Mutterwechsel direkt nach der Geburt vermutlich entweder nicht bemerken oder schnell adaptieren können.⁵² Weiterhin ist festzuhalten, dass Leihmutterkinder Wunschkinder sind, für deren Entstehung die Eltern zumeist hohe Kosten und vermehrten Aufwand betrieben haben.⁵³ Daher haben deren Eltern häufig ein großes Interesse an einem Bindungsprozess mit ihren Kindern, was die Eltern-Kind-Beziehung positiv beeinflussen kann.⁵⁴

bb) Identitätskonflikte

Ein zweites, häufig eingebrachtes Argument für das Verbot der Leihmutterchaft stellt das mögliche Auftreten von Identitätskonflikten dar, unter denen das Kind leiden könnte.⁵⁵ Zunächst ist dabei anzumerken, dass den befürchteten Identitätskonflikten mittels der Sicherung eines Rechts auf Kenntnis der Abstammung entgegengewirkt werden kann.⁵⁶ Umsetzbar wäre dies beispielsweise mittels einer verpflichtenden Dokumentation der Daten der Leihmutter und möglicher Gametenspende.⁵⁷ Zwar kann eine gespaltene Elternschaft durchaus zu Konflikten bezüglich der Identitätsfindung führen,⁵⁸ allerdings treten

solche scheinbar zumeist in Situationen auf, in denen das Kind die Kenntnis über seine Zeugung/Geburt überraschend erlangt.⁵⁹ Auch diesem kann durch angemessene, einfühlsame und rechtzeitige Aufklärung seitens der Eltern vorgebeugt werden. Obwohl Konflikte gleicher Art auch im Zuge einer Adoption auftreten können,⁶⁰ ist jene gestattet. Die Frage, womit diese Unterscheidung gerechtfertigt ist, bleibt dabei offen. Zudem hat der Gesetzgeber bereits eingeräumt, dass diese Bedenken mangels zum Zeitpunkt der Verabschiedung des ESchG vorhandener empirischer Erkenntnisse über die Auswirkungen einer gespaltenen Elternschaft auf das Wohl des Kindes auf „Annahmen“, „Bedenken“ und „Befürchtungen“ gestützt sind.⁶¹ Auch jetzt noch, rund 30 Jahre nach Erlass des ESchG, bleibt die Studienlage zum Thema Kindeswohl bei Leihmüttern dünn.⁶² Eine der wohl wichtigsten Studien⁶³ zu diesem Thema hat ergeben, dass keine negativen Langzeit-Effekte bei Kindern, die von Leihmüttern ausgetragen wurden, ersichtlich seien. Hierbei wurden Untersuchungen an 36 – mit Hilfe altruistischer Leihmutterchaft geborenen – Kindern jeweils 2, 3, 7 und 10 Jahre nach der Geburt durchgeführt. Abgesehen von einer geringfügig negativen Abweichung bei den 7-jährigen Kindern konnten bei der Studie keine signifikanten Wertabweichungen vom Normbereich festgestellt werden. Dies betrifft sowohl die Eltern-Kind-Bindung (aus beiderlei Sicht) als auch die Beurteilung des Verhaltens der Kinder durch Lehrkräfte in Bezug auf Interaktionen in der Außenwelt sowie Sozialverhalten. Auch eine andere Studie aus dem Jahre 1991 mit über 110 Leihmutterchaftskindern aus Nordamerika ergab, dass die psychische und kognitive Entwicklung der Kinder keine Auffälligkeiten gegenüber der Vergleichsgruppe ergaben.⁶⁴

Zwar ist die hier verwendete Stichprobe äußerst gering und die Studienlage insgesamt noch unzureichend, um eine klare Aussage über das Kindeswohl im Falle einer Leihmutterchaft zu treffen. Dennoch lässt sich mit zumindest einer gewissen Validität festhalten, dass seit dem praktischen Verbot der Leihmutterchaft in Deutschland vor 30 Jahren bis zum heutigen Zeitpunkt keine negativen Effekte auf das Kindeswohl eindeutig nachgewiesen werden konnten. Da die oben genannten Argumente bei der Ge-

⁴⁷ BT-Drs. 11/5460 S. 7; BT-Drs. 11/4154 S. 6 f.; *Diel*, Leihmutterchaft und Reproduktionstourismus, 2014, S. 48 ff.

⁴⁸ *Engel*, ZEuP 2014, 538 (556); *Schlag*, Verfassungsrechtliche Aspekte der künstlichen Befruchtung, Band 6, 1991, S. 14.

⁴⁹ *Markwardt*, in: BeckOGK-EGBGB, Art. 22 Rn. 39; BT-Drs. 11/4154 S. 6 f.; *Diel*, Leihmutterchaft und Reproduktionstourismus, S. 48 ff.; *Eser*, Humangenetik, in: Freiburger Universitätsblätter 95, 1987, S. 47.

⁵⁰ *Bassereau et al.*, A melodic contour repeatedly experienced by human near-term fetuses elicits a profound cardiac reaction one month after birth, 2011, S. 3; *Schölmerich*, in: Schramm/Wermke, Leihmutterchaft und Familie – Impulse aus Recht, Theologie und Medizin, 2018, S. 209 ff.

⁵¹ *Böckheler*, Rescriptum 2016, 126; *Fechner* in: Günther/Keller, Fortpflanzungsmedizin und Humangenetik – strafrechtliche Schranken?, 1991, S. 55.

⁵² *Schölmerich*, in: Schramm/Wermke, S. 211 f.

⁵³ *Eser*, S. 49; Leopoldina, Stellungnahme Fortpflanzungsmedizin, S. 83.

⁵⁴ *Eser*, S. 49; Leopoldina, Stellungnahme Fortpflanzungsmedizin, S. 83.

⁵⁵ So z.B. BT-Drs. 11/5460, S. 15; *Diel*, Leihmutterchaft und Reproduktionstourismus, S. 48 ff.

⁵⁶ *Starck*, in: Mangoldt/Klein/Starck, GG, Band I, 7. Aufl. (2018), Art. 1 Abs. 1 Rn. 97; *Merrem*, Reformbedürftigkeit des Fortpflanzungsmedizinrecht, 2021, S. 210.

⁵⁷ *Starck*, in: Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 1 Abs. 1 Rn. 97; *Merrem*, S. 210.

⁵⁸ Leopoldina, Stellungnahme Fortpflanzungsmedizin, S. 70.

⁵⁹ Leopoldina, Stellungnahme Fortpflanzungsmedizin, S. 70.

⁶⁰ *Hörnle*, in: Hilgendorf/Joerden/Thiele, Menschenwürde und Medizin – ein interdisziplinäres Handbuch (2013), S. 743.

⁶¹ Deutscher Bundestag WD 9 – 3000 – 039/18, S. 15.

⁶² BT-Drs. 17/3759, S. 94; *Engel*, ZEuP 2014, 538 (538).

⁶³ *Golombok et al.*, Families Created Through Surrogacy Arrangements: Parent-Child Relationships in the 1st Year of Life, Development Psychology 40 (3), 400 – 411.

⁶⁴ *Serafani*, Outcome and Follow-Up of Children Born After IVF-Surrogacy, Human Reproduction Update 27 (1) 2001, 23 – 27.

setzesbegründung durch den Gesetzgeber mehrmals genannt und wiederholt wurden,⁶⁵ ist davon auszugehen, dass sie einen signifikanten Anteil zu der Entstehung und Aufrechterhaltung der strafrechtlichen Sanktion beitragen. Dies lässt die Problematik erwachsen, dass der Gesetzgeber ein umfassendes Verbot der Leihmutterchaft auf Grundlage einer nicht bewiesenen Tatsache stützt.

b) Menschenwürde des Kindes

Eine weitere Befürchtung ist, dass die Leihmutterchaft die Menschenwürde des Kindes verletze.⁶⁶ Am häufigsten wird damit argumentiert, dass das Kind auf Grund der ggf. sogar entgeltlichen Transaktion wie „Ware“ respektive ein Objekt behandelt werde.⁶⁷ Die Vereinbarung, das Kind noch vor der Geburt abzugeben, verletze dessen Menschenwürde derart, dass es zu einer handelbaren Dienstleistung gemacht werde.⁶⁸

Zumindest in Bezug auf die altruistische Leihmutterchaft kann dieses Argument nicht überzeugen. Der Weggabewille der austragenden Frau stellt an sich keine Degradierung des Kindes zum Objekt dar.⁶⁹ Dies ergibt sich auch schon im Vergleich zur Adoption, welche ebenso einen Willen zur Abgabe des Kindes seitens der Mutter voraussetzt, rechtlich indes nicht missbilligt ist. Gleichermäßen findet die Übertragung von Elternrechten bereits in Adoptionsverfahren sowie im Falle von Vaterschaftsanfechtungen ihre Anwendung.⁷⁰ Auch der Umstand, dass das Kind unter Aufteilung in eine genetische und biologische Mutterchaft gezeugt wurde, stellt keine Verletzung der Menschenwürde des Kindes dar,⁷¹ da das Kind seine Zeugung überhaupt dem Umstand verdankt, dass seine Mutter eine Eizelle gespendet bekam. Es ist daher allein durch die Art und Weise seiner Zeugung nicht in seiner Menschenwürde verletzt.⁷²

Im Falle der kommerziellen Leihmutterchaft muss hinterfragt werden, unter welchen Umständen ein menschenunwürdiges Entgelt vorliegt. Bei der Schwangerschaft, Austragung und Entbindung treten erhebliche Risiken und Schmerzen auf. Zudem sind mögliche Arztkosten, Verdienstaufschläge und auftretende Schwangerschaftsbedürfnisse auszugleichen. Geldzahlungen, die Unkosten und Schwangerschaftsbeeinträchtigungen ausgleichen sollen, stellen keine Verletzung der Menschenwürde dar, sofern nicht ein regelrechter Verkauf des Kindes stattfindet.⁷³ Das bedeutet, dass, solange das Kind nicht selbst zum In-

strument der Gewinnerzielung wird, eine mögliche Verletzung der Menschenwürde nicht ersichtlich ist.⁷⁴ Eine solche Situation wäre gegeben, wenn das Entgelt für die Leihmutter nicht vergangenheitsorientiert ist und beispielsweise zusätzliche Prämien für bestimmte Merkmale des Kindes ausbezahlt werden.⁷⁵ Im Falle einer Legalisierung der Leihmutterchaft sollten solche Entwicklungen aber dennoch mittels gesetzlicher Vorgaben vorgebeugt werden. Statt einer Verletzung der Menschenwürde des Kindes liegt somit ein zulässiger Verzicht auf Ausübung des Elternrechts seitens der Leihmutter und seitens der Wunscheltern eine Inanspruchnahme des Rechtes auf Familiengründung vor.⁷⁶ Ob das Rechtsgut des Kindeswohles durch ein Verbot der Leihmutterchaft tatsächlich besser geschützt wird als ohne, ist geringstenfalls in Frage zu stellen.

c) Problem der Nichtidentität

Grundlage dieser Argumentation ist die Annahme, dass die Würde eines Menschen bereits vor der Nidation (Einnistung der Eizelle) seinem Träger zugeschrieben wird.⁷⁷ Selbst wenn man dieser Auffassung folgen sollte, ist es höchst zweifelhaft, ob das Argument des Kindeswohles in diesem Falle überhaupt als legitimer Schutzzweck des strafrechtlichen Verbotes herangezogen werden kann. Die Konstellation der Leihmutterchaft wirft die Frage auf, ob der Staat, um das Wohl eines Kindes zu schützen, eine Handlung verbieten darf, wenn die Existenz dieses Kindes gerade von der Handlung selbst abhängt (sog. „Nicht-Identitätsproblem“).⁷⁸ Ist es demnach vertretbar anzunehmen, um das Wohl eines Kindes wäre es bessergestellt, wenn es niemals geboren wäre, statt mittels Inanspruchnahme einer Leihmutter?

Folgt man der Argumentation des *BVerfG*⁷⁹ so ist jedes menschliche Leben um seiner selbst willen zu achten und grundsätzlich als Wert zu verstehen.⁸⁰ Daher ist eine Verhinderung der Existenz zum Schutze des Kindeswohles nur in Ausnahmefällen ein geeignetes Eingriffskriterium.⁸¹ Im Zusammenhang mit Art. 1 Abs. 1 GG kommen dabei Tatbestände in Betracht, bei welchen die Lebensumstände des Kindes derart unwürdig wären und/oder Kindeswohlbeeinträchtigungen erheblichen Ausmaßes anzunehmen sind, aus denen sich folglich ergibt, dass es im Interesse des Kindes sein könnte, nicht geboren zu sein.

Wie bereits dargelegt hat die bisherige, wenn auch

⁶⁵ BT-Drs. 11/5460, S. 15; BT-Drs. 13/4899, S. 82; BT-Drs. 11/4154, S. 6 f.

⁶⁶ Benda, NJW 1985, 1730 (1733).

⁶⁷ LG Düsseldorf, Urt. v. 17.3.2017 – II-1 UF 10/16 Rn. 40; OLG Hamm, JZ 1986, 441 ff.; Laufs, in: Günther/Keller, S. 105.

⁶⁸ AG Düsseldorf, Urt. v. 2.12.2015 – 270 F 223/14.

⁶⁹ Taupitz, in: Günther/Taupitz/Kaiser, ESchG, Kap. C. II., § 1 Abs. 1 Nr. 7 Rn. 14.

⁷⁰ Esser, S. 198.

⁷¹ Starck, Gutachten zum 56. DJT, 1986, S. A 37; Starck, in: Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 1 Abs. 1 Rn. 97; Herdegen, in: Dürrig/Herzog/Scholz, GG, Band I, 95. EL (2021), Art. 1 Abs. 1 Rn. 100.

⁷² Starck, Gutachten zum 56. DJT, S. A 37.

⁷³ Hörnle, in: Hilgendorf/Joerden/Thiele, S. 747; Taupitz, in: Günther/Taupitz/Kaiser, ESchG, Kap. C. II., § 1 Abs. 1 Nr. 7 Rn. 14.

⁷⁴ Hörnle, in: Hilgendorf/Joerden/Thiele, S. 747.

⁷⁵ Hörnle, in: Hilgendorf/Joerden/Thiele, S. 747.

⁷⁶ Taupitz, in: Günther/Taupitz/Kaiser, ESchG, Kap. C. II., § 1 Abs. 1 Nr. 7 Rn. 14.

⁷⁷ Hoven/Rostalski, JZ 2022, 482 (483).

⁷⁸ Esser, S. 132; Roberts, „The Nonidentity Problem“, The Stanford Encyclopedia of Philosophy 2015; Taupitz, in: Günther/Taupitz/Kaiser, ESchG, Kap. B. III., Rn. 25.

⁷⁹ BVerfGE 88, 2013.

⁸⁰ Esser S. 134; so auch Coester-Waltjen, Gutachten zum 56. DJT 1986, S. B 46.

⁸¹ Esser S. 134; Duden, Leihmutterchaft im Internationalen Privat- und Verfahrensrecht, 2015, S. 177.

dünne,⁸² Studienlage zum Wohl der Kinder bei Leihmutterschaft keine erheblichen Auffälligkeiten ergeben.⁸³ Insbesondere wurden keine Kindeswohlbeeinträchtigungen in einem solch beschriebenen Ausmaß nachgewiesen. Aus diesem Grund ist den Stimmen in der Literatur zu folgen, die zu Recht behaupten, dass die vom Gesetzgeber bloß vermuteten Beeinträchtigungen des Kindeswohles kein Verbot der Zeugung durch Leihmutterschaft rechtfertigen können.⁸⁴ Insofern erscheint es nicht fernliegend, dass das strafbewehrte Verbot der Leihmutterschaft gegen das verfassungsrechtliche Übermaßverbot verstoßen könnte,⁸⁵ insbesondere mit Blick auf das Recht der Familiengründung der Wunscheltern⁸⁶.

2. Argument: Schutz der Leihmutter

Als weitere, häufig genannte Legitimation eines Verbots wird der Schutz der Leihmutter vorgetragen. Dies umfasst die Elemente der Gefahr der Ausbeutung und der Verletzung ihrer Menschenwürde.

a) Ausbeutung

Das mögliche Risiko, dass die Leihmutterschaft für die Gebärenden darstellen kann, liegt laut Kritikern vor allem in einer möglichen finanziellen „Ausbeutung“⁸⁷ dieser durch die Wunscheltern. Die Erlangung eines wirtschaftlichen Vorteils ohne Rücksicht auf die Belange des Opfers, wie es eine Ausbeutung voraussetzt,⁸⁸ könnte auf Grund des ökonomischen Ungleichgewichts zwischen Leihmutter und Auftraggeber in Frage kommen. Die These, dass die Wunscheltern überwiegend aus gut situierten Verhältnissen kommen und die Leihmütter aus wirtschaftlich weniger begüterten, spiegelt nicht die gesamte Wahrheit wider, ist aber durchaus zu großen Teilen zutreffend.⁸⁹

Eine in Indien durchgeführte Studie⁹⁰ ergab, dass sämtliche der befragten Leihmütter primär aus ökonomischen Gründen handelten. 15 der 15 Befragten gaben an, dass sie auf Grund ihrer finanziellen Situation keine andere Möglichkeit sahen, diese zu verbessern, als Leihmutter zu werden. Im Gegensatz dazu stellte eine Studie zur altruistischen Leihmutterschaft in Großbritannien⁹¹ fest, dass 91 % der befragten 35 Leihmütter aus der Motivation heraus handelten, einem kinderlosen Paar helfen zu wollen. Nur eine einzige Frau brachte die Bezahlung als primären

Motivationsfaktor vor. Eine weitere, in den USA durchgeführte Studie mit 125 beteiligten Leihmüttern ergab, dass die finanziellen Gründe überwiegend (89 %) nicht das einzige Fundament für die Entscheidung zur Leihmutterschaft bildeten.⁹² Stattdessen schlussfolgerte *Phillip Parker*, dass das Zusammenspiel verschiedener Faktoren die Teilnehmerinnen letztendlich zu ihrer Entscheidung bewegte: der finanzielle Ausgleich, die Freude an und der Wunsch nach einer Schwangerschaft und den positiven psychologischen Begleiterscheinungen. Diese sind zum Beispiel der Wunsch, den künftigen Eltern eine Freude zu machen oder auch der emotionale Ausgleich einer negativen Erfahrung im Zusammenhang mit Schwangerschaft (wie Abtreibung oder Fehlgeburt).

Aus den genannten Ergebnissen lässt sich schlussfolgern, dass die Entscheidung für eine Leihmutterschaft durchaus auf Grund einer finanziellen Notlage getroffen wird. Allerdings betrifft dies nicht pauschal sämtliche Leihmütter; diese können ihre Entscheidung aus vielfältigeren Gründen treffen. „Ausnutzung“ ist kein der Leihmutterschaft inhärentes Element, stattdessen bedarf es einer Lösung für eine längerfristig akzeptable Ausgestaltung.⁹³ Dazu ist außerdem anzumerken, dass die Situation in Deutschland im Falle einer Legalisierung anders zu bewerten wäre als beispielweise in Indien, da eine tatsächliche existenzielle Not in einem funktionierenden Sozialstaat grundsätzlich gering ausgeprägt ist.⁹⁴ Die Gesetzeslage in Deutschland führt zu einer generalisierenden Sanktionierungslage, die davon ausgeht, dass hinreichende Gründe bestehen, Leihmüttern ihre Entscheidung abzunehmen. Dies bedarf der kritischen Prüfung.

bb) Menschenwürde

Damit einhergehend ist das häufig für ein Verbot herangetragene Argument anzubringen, die Menschenwürde der Leihmütter wäre verletzt⁹⁵, da sie als „Gebärmaschine“ und „bloßes Mittel fremder Zwecke“⁹⁶ eingesetzt werde und es zu einer „Kommerzialisierung reproduktiver Körperfunktionen“⁹⁷ komme. Die Leihmutter sei also nicht nur in finanzieller Hinsicht ausgebeutet, sondern auch in einem der wichtigsten verfassungsrechtlichen Grundsätze verletzt.

Maßgeblich schützt die Menschenwürdegarantie im

⁸² Engel, ZEuP 2014, 538 (538).

⁸³ So auch *Taupitz*, in: Günther/Taupitz/Kaiser, ESchG, Kap. C. II., § 1 Abs. 1 Nr. 7 Rn. 19; *Dietrich*, Mutterschaft für Dritte, 1989, S. 258 ff.

⁸⁴ *Taupitz*, in: Günther/Taupitz/Kaiser, ESchG, Kap. C. II., § 1 Abs. 1 Nr. 7 Rn. 19; vgl. *Müller-Terpitz*, in: Spickhoff, Medizinrecht, Band 64, 3. Auflage (2018), § 1 ESchG Rn. 21; Leopoldina, Stellungnahme Fortpflanzungsmedizin, S. 38; *Oldenburger*, NZFam 2020, 985 (989); *Esser*, S. 138.

⁸⁵ *Taupitz*, in: Günther/Taupitz/Kaiser, ESchG, Kap. C. II., § 1 Abs. 1 Nr. 7 Rn. 19.

⁸⁶ *Möller/Makoski*, in: Diedrich/Ludwig/Griesinger, Reproduktionsmedizin, (2020), S. 585–614.

⁸⁷ *Günther*, in: Günther, Fortpflanzungsmedizin, S. 159; *Diel*, Leihmutterschaft und Reproduktionstourismus, S. 87 ff.

⁸⁸ *Renzikowski*, in: MüKo-StGB, Band 6, 3. Aufl. (2017), § 323a Rn. 33.

⁸⁹ *Bernard*, StAZ 2013, 136 (139); *Engel*, ZEuP 2014, 538 (537); Leopoldina, Stellungnahme Fortpflanzungsmedizin, S. 84.

⁹⁰ *Karandika/Sharvari et al.*; Economic Necessity or Noble Cause?, *Affilia* 2014, 29 (2), S. 224–236.

⁹¹ *Jadva et al.*, the experiences of surrogate mothers, *Human Reproduction*, Volume 18, Issue 10, 2003, S. 2196 f.

⁹² *Parker*, Motivation of surrogate mothers: initial findings, *Am J Psychiatry* 140, 1983, S. 118.

⁹³ *Hörnle*, in: Hilgendorf/Joerden/Thiele, S. 750.

⁹⁴ *Majer*, NJW 2018, 2294 (2296); *Sitter*, Grenzüberschreitende Leihmutterschaft: eine Untersuchung des materiellen und internationalen Abstammungsrechts Deutschlands und der USA, Schriften zum internationalen Recht, Band 216 (2017), S. 78.

⁹⁵ So z.B. Entschließung des Europäischen Parlaments vom 17.12.2015 Nr. 115, 8-0470/2015.

⁹⁶ Vgl. *Kienle*, ZRP 1995, 201 (202); *Coester-Waltjen*, NJW 1982; 2528 (2532).

⁹⁷ Zusammenfassung der kritischen Stimmen bei *Taupitz*, in: Günther/Taupitz/Kaiser, ESchG, Kap. C. II., § 1 Abs. 1 Nr. 7 Rn. 15.

Grundgesetz den Einzelnen in seinem konkreten Anspruch auf Achtung als Person.⁹⁸ Ein Verstoß dagegen wird in der Regel dort angenommen, wo die Rechtsverletzung dazu führt, dass die menschliche Subjektsqualität in Frage gestellt wird.⁹⁹ Dies ist einhergehend mit dem die Menschenwürde prägenden Autonomiegedanken des Einzelnen.¹⁰⁰ Zur Bewertung der Verletzung der Menschenwürde der Leihmutter bedeutet das also, dass diese insb. verletzt wäre, wenn die Leihmutter auf Grund ihrer Dienstleistung nicht mehr als Person geachtet werden würde und keine autonome Entscheidung zu treffen vermöge. Die in den oben genannten Studien¹⁰¹ beteiligten Leihmütter waren allesamt volljährig, hatten zum Teil bereits selbst erfolgreiche Schwangerschaften durchstanden und sind sich damit einhergehenden möglichen Beschwerden bewusst gewesen. Sie waren demnach durchaus in der Lage, dass auf sie zukommende Risiko mit Kreditibilität einzuschätzen. Zudem ergab eine longitudinale Studie aus dem Jahre 2005, dass bei den untersuchten Leihmüttern sechs Monate postpartum keine psychologischen Auffälligkeiten auftraten.¹⁰² Daraus lässt sich schließen, dass Leihmütter ihre Wahl auch freiwillig, informiert und autonom treffen können. Zwar spielt es durchaus eine Rolle, dass finanzielle Ungleichheiten zwischen Auftraggebern und Austragenden eine Entscheidung begünstigen, allerdings ist auch eine ökonomisch motivierte Entscheidung eine selbstgetroffene.¹⁰³ Hinzu tritt, dass eine Unterstellung fehlender Selbstbestimmung durch den Staat mit einer freiheitlichen Gesellschaftsordnung unvereinbar ist, da diese den Menschen die Fähigkeit selbstbestimmen Handelns zuschreibt.¹⁰⁴ Dieses Argument kann daher nicht vorgebracht werden, um ein Verbot der Leihmutter-schaft zu tragen.

Vielmehr kommt die „Subjektqualität“ der Leihmütter gerade in der Form zum Ausdruck, dass sie sich selbstbestimmt für eine Leihmutter-schaft entscheiden, um zum Beispiel ihre finanzielle Situation zu verbessern oder anderen Müttern zu einem Kind zu verhelfen. Daher ist ein „freiwilliges und im Zustand wirklicher Entscheidungsfreiheit“¹⁰⁵ ausgeübtes Verhalten nicht als Verstoß gegen die Menschenwürde zu verstehen.¹⁰⁶ Man kann dabei durchaus die gerichtliche Argumentation für eine Legalisierung der Prostitution¹⁰⁷ heranziehen: „[...] die staatliche Verpflichtung zum Schutz der Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 S. 2 GG) darf nicht dazu missbraucht werden, den Einzelnen durch einen Eingriff in die individuelle Selbstbestimmung gleichsam vor sich selbst zu schützen.“¹⁰⁸ Auch bei der Prostitution liegt der Schluss nahe,

dass eine Objektifizierung der Sexarbeitenden erfolgen könnte, indes ist diese in Deutschland rechtlich gestattet und stellt keinen Verstoß gegen die Menschenwürde dar. Daher zeigt es sich als wenig konsistent, Frauen zu gestatten, ihren Körper zur Befriedigung männlicher sexueller Bedürfnisse einzusetzen, nicht aber, um einem anderen Paar den Kinderwunsch zu ermöglichen.¹⁰⁹

Die oben genannten Ausführungen belegen, dass ein umfassendes Leihmutter-schaftsverbot nicht mit Grundlage einer Menschenwürdeverletzung oder der Gefahr vor Ausbeutung zurechtfertigen ist. Im Fall einer rechtlichen Umgestaltung ist aber zu bedenken, Minderjährige von der Praktik der Leihmutter-schaft auszuschließen. Ein verpflichtendes Gutachten einer unabhängigen Kommission, um die Freiwilligkeit der Einwilligung nachzuweisen, könnte der Sorge vor Ausbeutung entgegenwirken.¹¹⁰ Allerdings ist nicht ersichtlich, inwiefern ein Eingriff in Freiheitsgrundrechte gerechtfertigt sein soll, sofern die Leihmütter erwachsene und einwilligungsfähige Personen sind, die sich den etwaigen Risiken einer Schwangerschaft und der damit einhergehend möglichen psychischen und physischen Belastung bewusst sind.¹¹¹

IV. Argumente für die Zulässigkeit der Leihmutter-schaft

Die am häufigsten vorgetragenen Argumente zum Schutze des Kindes und der Leihmutter sind nach einer grundlegenden Prüfung weder wissenschaftlich noch juristisch überzeugend. Daher ist es angebracht, Gedanken zu einer Neuregelung der gesetzlichen Grundlagen anzustoßen, selbstverständlich ohne dabei die möglichen negativen Entwicklungen zu vernachlässigen.

1. Argument: Recht auf reproduktive Selbstbestimmung

Aus verfassungsrechtlicher Sicht stellt sich die Frage, ob die Legalisierung der Leihmutter-schaft nicht nur möglich, sondern auf Grund eines Verstoßes gegen das Recht auf reproduktive Autonomie (bzw. Fortpflanzungsfreiheit) der Wunscheltern¹¹² sogar geboten ist.

a) Inanspruchnahme einer Leihmutter als Teil des Rechts auf Fortpflanzungsfreiheit

Trotz fehlender gesetzlicher Niederschrift und mangelnder verfassungsgerichtlicher Judikatur ist das Recht auf

⁹⁸ Herdegen, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 1 Abs. 1 Rn. 29.

⁹⁹ Vgl. BVerfGE 27, 1 (6 f.); 28, 386 (391); 45, 187 (228); Esser, S. 190.

¹⁰⁰ Taupitz, in: Günther/Taupitz/Kaiser, ESchG, Kap. C. II., § 1 Abs. 1 Nr. 7 Rn. 15; Vitzhum, in: Günther, Fortpflanzungsmedizin, S. 61 ff.

¹⁰¹ Karandika/Sharvari et al.; Economic Necessity or Noble Cause?, S. 224-236; Jadva et al. the experiences of surrogate mothers, S. 2196 f.; Parker, Motivation of surrogate mothers: initial findings, S. 118.

¹⁰² Akker, Psychosocial aspects of surrogate motherhood, Human Reproduction Update, Volume 13, Issue 1 (2007), S. 53-62; Depenbusch/Schulze-Mosgau, in: Diedrich/Ludwig/Griesinger, Reproduktionsmedizin, S. 297 ff.

¹⁰³ Taupitz, in: Günther/Taupitz/Kaiser, ESchG, Kap. C. II., § 1 Abs. 1 Nr. 7 Rn. 15.

¹⁰⁴ Hörnle, in: Hilgendorf/Joerden/Thiele, S. 748

¹⁰⁵ Taupitz, in: Günther/Taupitz/Kaiser, ESchG, Kap. C. II., § 1 Abs. 1 Nr. 7 Rn. 15.

¹⁰⁶ So auch Starck, in: Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 1 Rn. 97; Herdegen, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 1 Abs. 1 Rn. 29; Esser, S. 191.

¹⁰⁷ So auch Wellenhofer, in: MüKo-BGB, § 1591 Rn. 57; Majer, NJW 2018, 2294 (2296).

¹⁰⁸ VG Berlin, NJW 2001, 983 (986)

¹⁰⁹ Hoven/Rostalski, JZ 2022, 482 (487).

¹¹⁰ So auch Esser, S. 110.

¹¹¹ So auch Baumann, in: Günther, Fortpflanzungsmedizin, S. 189 - 191.

¹¹² Wellenhofer, in: MüKo-BGB, § 1591 Rn. 56.

reproduktive Selbstbestimmung allgemein anerkannt¹¹³ und es besteht kein Zweifel, dass dieses grundrechtlichen Schutz genießt.¹¹⁴ Dabei werden im Wesentlichen drei Herleitungsansätze vertreten: aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG),¹¹⁵ aus dem Grundrecht auf Schutz der Familie (Art. 6 Abs. 1 GG)¹¹⁶ oder aber aus einer Verbindung beider Grundrechte miteinander.¹¹⁷

Für eine Ableitung aus dem Persönlichkeitsrecht spricht die Intimität der Frage der eigenen Fortpflanzung, die den Kern der personalen Identität ausmacht.¹¹⁸ Allerdings ist einzuwenden, dass das allgemeine Persönlichkeitsrecht gegenüber solchen Rechten, die Aspekte der Persönlichkeitsentfaltung in sich aufnehmen, subsidiär ist.¹¹⁹ Art. 6 Abs. 1 GG schützt die Verwirklichung der personalen Identität insbesondere im familiären Zusammenhang. Der Akt der Fortpflanzung erfordert stets die Beteiligung mindestens zweier Personen und stellt somit die Grundlage der Familiengründung dar. Fortpflanzung schafft stets gemeinschaftliche, familiäre Strukturen und ist nicht primär auf die Verwirklichung des Einzelnen gerichtet ist.¹²⁰ Daher wird hier die Herleitung des Rechts auf reproduktive Selbstbestimmung aus Art. 6 Abs. 1 GG angenommen.

Vom Schutzbereich des Elternrechts erfasst ist grundsätzlich jeder Menschen, unbeschränkt seiner sexuellen Orientierung oder seines Beziehungsstatus.¹²¹ Auch der Akt der Familiengründung und insbesondere die Frage nach der Art, dem Umfang und dem Zeitpunkt des Kinderkriegens ist über Art. 6 Abs. 1 GG grundrechtlich geschützt.¹²² Daraus ergibt sich, dass das Recht ein Kind mit Hilfe assistierter Reproduktion zu zeugen und somit auch unter Inanspruchnahme einer Leihmutter von unserer Verfassung erfasst ist.¹²³ Auch der *EGMR* bestätigte in der Entscheidung *Dickson/Vereinigtes Königreich*¹²⁴ über Art. 8 Abs. 1 EMRK, dass die Inanspruchnahme „künstlicher Befruchtungstechniken“ zum „Privat- und Familienleben“ gehöre.¹²⁵ Das bedeutet, dieses Recht nur auf natürliche Fortpflanzungsmethoden zu beschränken, ist dem

Grundgesetz nicht immanent.¹²⁶ Vielmehr sollten Grundrechte auf neue gesellschaftliche und technische Entwicklungen reagieren, daher offen und wachstumsfähig bleiben¹²⁷ und nicht von einem „staatlichen Bild der Idealfamilie“ geprägt sein.¹²⁸

b) Bedeutung für das Leihmutterschaftsverbot

Das subjektive Abwehrrecht aus Art. 6 Abs. 1 GG verbirgt die Verpflichtung seitens des Staates, ungerechtfertigte Eingriffe in dessen Schutzbereich zu unterlassen.¹²⁹ Auf Grund der besonderen Stellung des Rechts auf reproduktive Autonomie sind dabei an die Rechtfertigung des Eingriffs strenge Anforderungen zu stellen.¹³⁰ In Anbetracht dieses Faktums kann die bloße Vermutung einer Kindeswohlgefährdung für eine Eingriffslegitimierung nicht genügen.¹³¹ Stattdessen wird nach gesicherten Kenntnissen verlangt, welche eine solche Annahme „zumindest weit-übergreifend wahrscheinlich erscheinen lassen“.¹³² Ein generelles Verbot, gestützt auf „Annahmen“, „Bedenken“ und „Befürchtungen“,¹³³ wirft erhebliche Zweifel an dessen Rechtfertigung auf.

2. Argument: Leihmutterschaftstourismus

Trotz des Verbots der Leihmutterschaft finden sich viele (werdende) Eltern im Ausland wieder, um eine In-Vitro-Fertilisation in Anspruch zu nehmen. Die Erlangung der Elternschaft ist zwar unter anderem auch über ein Adoptionsverfahren möglich. Allerdings warten in der Praxis viele Paare vergeblich auf ein zu adoptierendes Kind, kommen auf Grund der hohen Hürden für ein Adoptionsverfahren nicht in Frage oder bevorzugen schlicht ein eigenes Kind genetischer Abstammung.¹³⁴ So reisen nach Schätzungen etwa 15.000 deutsche Paare pro Jahr für eine Leihmutter ins Ausland (sog. Leihmutterschaftstourismus/reproduktiver Medizintourismus¹³⁵).¹³⁶ Denn in Ländern wie zum Beispiel den USA, Indien oder Griechenland ist die Inanspruchnahme und Ausübung einer Leihmutterschaft gestattet.¹³⁷

¹¹³ Herdegen, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 1 Rn. 100; Müller-Terpitz, in: Spickhoff, Medizinrecht, Art. 6 GG Rn. 1; Merrem, S. 96.

¹¹⁴ So auch Leopoldina, Stellungnahme Fortpflanzungsmedizin, S. 34.

¹¹⁵ Merrem, S. 98; Diel, Leihmutterschaft und Reproduktionstourismus, S. 68; Kersten, NVwZ 2018, 1248.

¹¹⁶ Vgl. BVerfGE 29, 166 (175); Esser, S. 233; Müller-Terpitz, in: Spickhoff, Medizinrecht, Art. 6 GG Rn. 2.

¹¹⁷ Reinke, Fortpflanzungsfreiheit und das Verbot der Fremdezellspende, Schriften zum Öffentlichen Recht (SÖR), Band 1097 (2008), S. 135, 190; Neuner, AcP 2014, 459.

¹¹⁸ Merrem, S. 98; Kersten, NVwZ 2018, 1248.

¹¹⁹ Müller-Terpitz, in: Spickhoff, Medizinrecht, Art. 6 GG Rn. 2.

¹²⁰ Reinke, S. 195.

¹²¹ Müller-Terpitz, in: Spickhoff, Medizinrecht, Art. 6 GG Rn. 6-7; Merrem, S. 99; Kersten, NVwZ 2018, 1248.

¹²² BVerfGE 76, 1 (42); Brosius-Gersdorf, in: Dreier, GG, Band I, 3. Aufl. (2013), Art. 6 Rn. 115; Müller-Terpitz, in: Spickhoff, Medizinrecht, Art. 6 GG Rn. 5; Merrem, S. 99.

¹²³ Brosius-Gersdorf, in: Dreier, GG, Art. 6 Rn. 117; Merrem, S. 100; Esser, S. 240.

¹²⁴ *EGMR*, NJW 2009, 971 ff.

¹²⁵ Müller-Terpitz, in: Spickhoff, Medizinrecht, Art. 14 EMRK Rn. 26.

¹²⁶ Müller-Terpitz, in: Spickhoff, Medizinrecht, Art. 6 GG Rn. 5; Reinke, S. 136.

¹²⁷ Müller-Terpitz, in: Spickhoff, Medizinrecht, Art. 6 GG Rn. 5; Reinke, S. 136.

¹²⁸ Heiderhoff, NJW 2014, 2673 (2678).

¹²⁹ Vgl. BVerfGE 80, 81 (92); Müller-Terpitz, in: Spickhoff, Medizinrecht, Art. 6 GG Rn. 3; Wellenhofer, in: MüKo-BGB, § 1591 Rn. 48.

¹³⁰ Kersten, NVwZ 2018, 1249 (1251); Merrem, S. 100.

¹³¹ Leopoldina, Stellungnahme Fortpflanzungsmedizin, S. 38; Merrem S. 100.

¹³² Leopoldina, Stellungnahme Fortpflanzungsmedizin, S. 28, 38; Merrem S. 100.

¹³³ Deutscher Bundestag WD 9 – 3000 – 039/18, S. 15.

¹³⁴ Merrem, S. 223.

¹³⁵ Reproduktionstourismus, Fruchtbarkeitstourismus oder „Cross Border Reproductive Care“ (CBRC) ist eine Form des Medizintourismus, bei dem man ins Ausland reist, um sich einer Fruchtbarkeitsbehandlung zu unterziehen.

¹³⁶ Uta Meier-Gräwe, Ukrainische Leihmütter legen eine große Lücke im deutschen Recht, Handelsblatt v. 29.6.2022, online abrufbar unter: <https://www.handelsblatt.com/meinung/homo-oeconomicus/gastkommentar-homo-oeconomicus-ukrainische-leihmuetter-legen-eine-grosse-luecke-im-deutschen-recht-offen/28464686.html> (zuletzt abgerufen am 13.9.2022).

¹³⁷ Wehinger, Illegale Märkte – Stand der sozialwissenschaftlichen Forschung, MPIfG Working Paper 11/6, 2011, S. 66 f.

Auf Grund dieses starken globalen Rechtsgefälles sieht sich die deutsche Judikatur vermehrt praktischen Herausforderungen entgegengestellt, welche potenziell ebengerade das Kindeswohl gefährden könnten. So führt die fehlende Anerkennung der Leihmutterchaftsverträge¹³⁸ hierzulande zu einer teilweise prekären Situation für die Kinder, im Zuge derer sie als staatenlos gelten können¹³⁹ oder im Rahmen langwieriger Gerichtsprozesse zeitweise keine klare rechtliche Zuordnung ihrer Eltern haben.¹⁴⁰ Zudem führt das Fehlen regulatorischer Maßnahmen dazu, dass bereits Kinder von den Wunscheltern abgelehnt werden konnten.¹⁴¹ Zusätzlich besteht bei im Ausland durchgeführten Leihmutterchaften ein größeres Potential, dass Frauen im Prozess ausgebeutet werden könnten oder Gefahren ausgesetzt sind. So litten einige der Frauen der in Indien durchgeführten Studie¹⁴² in Folge ihrer Tätigkeit als Leihmütter unter einer Ausgrenzung durch ihre Gemeinschaft, einige sahen sich gezwungen umziehen. Zudem erhalten Leihmütter in Indien oder der Ukraine nur etwa 10% der Summe, die eine Leihmutter in westlichen Industrieländern erhalten würde.¹⁴³ Wäre zumindest die altruistische Leihmutterchaft in Deutschland gestattet, könnte man gesicherte Standards durchsetzen. Diese würden der besseren Sicherung des Kindeswohls dienen und würden zudem zukünftige Leihmütter (auch im Ausland) vor einer gefürchteten Ausbeutung schützen. Da es bereits außer Reichweite erscheint, überhaupt internationale Mindeststandards für die Leihmutterchaft umzusetzen¹⁴⁴, würde sich die Realisierung eines internationalen Verbots zudem als umso schwieriger erweisen. Für einige Länder ist das Geschäft mit der Leihmutterchaft mittlerweile zu einer durchaus willkommenen Einnahmequelle gewachsen.¹⁴⁵

Da keine Möglichkeit besteht, Wunscheltern von ihrem Vorhaben der Beauftragung einer Leihmutter abzuhalten¹⁴⁶, erscheint es nur sinnvoll, Regelungsstandards in Deutschland einem generellen Verbot vorzuziehen, um Beteiligte durch klare Vorgaben zu schützen.

V. Fazit: Sollte die Leihmutterchaft in Deutschland zulässig sein?

Die Begründungen für ein Verbot konnten einer kritischen Prüfung nicht standhalten, sowohl eine kriminalpolitische als auch verfassungsrechtliche Legitimation scheidet aus. Weder die Menschenwürde der Kinder noch die der Leihmütter ist nachweisbar tangiert. Eine auf spekulativen Annahmen beruhende Argumentation, etwa mit dem Wohl des Kindes oder Zweifeln an der Freiverantwortlichkeit der Leihmutter, ist nicht ausreichend, um einen evidenten Eingriff in die Fortpflanzungsfreiheit zu rechtfertigen und mit Mitteln des Strafrechts durchzusetzen. Studien an Kindern aus altruistischen Verbindungen wiesen sogar ex-

plizit nach, dass diese im Zuge ihrer emotional-sozialen Entwicklung anderen Kindern gleichgestellt sind. Das Strafrecht sollte nicht eingesetzt werden, um individuelle Lebensentwürfe moralisch abzustrafen.

Die Vorteile, die mit der Legalisierung der Leihmutterchaft einhergehen sind überzeugend. So wäre insbesondere heterosexuellen Paaren, bei denen die Frau infertil ist, sowie homosexuellen männlichen Paaren die Möglichkeit eines genetisch von ihnen abstammenden Kindes eröffnet. Auch können gesicherte Standards festgehalten werden, die die Erfüllung eines Kinderwunsches unter ethisch verantwortbaren und medizinisch sehr guten Bedingungen gewährleisten würden. Dem Leihmutterchaftstourismus in Ländern mit niedrigeren Sicherheitsstandards könnte vorgebeugt und eine faire einheitliche Bezahlung eingeführt werden. Weiterhin würden die vorhandenen Widersprüche im Falle der Anerkennung von Adoption und Prostitution im Gegensatz zu Leihmutterchaft in der Rechtsordnung behoben werden.

Um das Recht auf Familiengründung der Wunscheltern zu achten, ist es daher notwendig, das strafrechtlich bewehrte Verbot aufzuheben. Es ist nicht zu bestreiten, dass die Legalisierung der Leihmutterchaft auch zivilrechtliche Herausforderungen in sich birgt. Die damit aufgeworfenen komplexeren Fragen sollten aber nicht pauschal umgangen, sondern ihnen mit einem zeitgemäßen (Familien-) Recht begegnet werden. Dahingehende Vorschläge existieren bereits.¹⁴⁷ Insbesondere ist dabei ein Augenmerk auf die Schutzwürdigkeit der Entscheidungsfreiheit und Freiwilligkeit der Leihmütter zu richten. Umgesetzt werden könnte dies beispielsweise durch ein festgelegtes Mindestalter, ein verpflichtendes Beratungsgespräch mit anschließender Wartefrist oder auch durch das Erfordernis einer bereits erfolgreich abgeschlossenen Schwangerschaft. Eine sorgsame Regulierung der Leihmutterchaft in Deutschland ist damit letztlich auch deshalb sinnvoll, weil sie die freie Entscheidung der Frauen, insbesondere bei im Ausland durchgeführten Leihmutterchaften, eher schützt als ein umfassendes Verbot. Gleichzeitig sollten durch entsprechende konkrete Festlegungen mögliche Konflikte über die abstammungsrechtlichen Zuordnungen der Wunscheltern und der Leihmutter im Verhältnis zum Kind vorgebeugt werden.

Die im Koalitionsvertrag angekündigte Reform des Leihmutterchaftsverbotes lässt die Hoffnung erwachsen, dass sich an der aktuellen und seit 30 Jahren bestehenden unbefriedigenden Lage etwas ändern könnte und sich das Recht nun endlich an die bereits existierenden Lebensrealitäten zahlreicher Menschen anpassen wird – nicht nur, aber auch im Zusammenhang mit der Leihmutterchaft.

¹³⁸ So z.B. in *KG*, Beschl. v. 1.8.2013 – 1 W 413/12 = BeckRS 2013, 14333.

¹³⁹ *VG Berlin*, ZAR 2013, 84.

¹⁴⁰ *Esser*, S. 131; *Heiderhoff*, NJW 2014, 2673 (2673).

¹⁴¹ *Kahlert*, in: Bergmann/Pauge/Steinmeyer, *Gesamtes Medizinrecht*, 3. Aufl. (2018), § 1 ESchG Rn. 10; *Sanders*, NJW 2017, 925 (927).

¹⁴² *Karandika/Sharvari et al.*; *Economic Necessity or Noble Cause?*, Seite 224-236.

¹⁴³ *Bailey*, *Reconceiving Surrogacy: Toward a Reproductive Justice Account of Indian Surrogacy*, *Hypatia* 26 (4) 201, 715 (718); *Esser*, S. 141.

¹⁴⁴ *Heiderhoff*, NJW 2014, 2673 (2677).

¹⁴⁵ *Markwardt*, in: BeckOGK-EGBGB, Art. 22 Rn. 22; *Benicke*, StAZ 2013, 101 (114).

¹⁴⁶ *Heiderhoff*, NJW 2014, 2673 (2673).

¹⁴⁷ So z.B. *Hoven/Rostalski*, JZ 2022, 482 (488); *Esser*, S. 110 ff.