

## „Junges Publizieren“

Seminararbeit von

*Katharina Bonrath*

### **Verbot der Leihmutterschaft in Deutschland noch zeitgemäß?**

Universität zu Köln

Institut für Strafrecht und Strafprozessrecht

Prof. Dr. Anja Schiemann

Abgabedatum: 11.4.2023

**Inhaltsverzeichnis**

|  |           |
|--|-----------|
| <b>I. Einführung</b>   | <b>51</b> |
| 1. <i>Thema und Fragestellung</i>  | 51        |
| 2. <i>Begriffserklärung</i>  | 51        |
| 3. <i>Skizzierung der derzeitigen rechtlichen Situation</i>                  | 52        |
| a) <i>Embryonenschutzgesetz und Adoptionsvermittlungsgesetz</i>              | 52        |
| b) <i>Internationaler Vergleich</i>  | 53        |
| <b>II. Diskussion</b>  | <b>53</b> |
| 1. <i>Für ein Verbot der Leihmutterschaft streitende Aspekte</i>             | 53        |
| a) <i>Schutz der Leihmütter</i>  | 53        |
| aa) <i>Menschenwürde Art. 1 Abs. 1 GG</i>                                    | 53        |
| bb) <i>Recht auf körperliche Unversehrtheit Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG</i>        | 55        |
| cc) <i>Zwischenergebnis</i>  | 56        |
| b) <i>Schutz der Kinder</i>  | 56        |
| aa) <i>Menschenwürde Art. 1 Abs. 1 GG</i>                                    | 56        |
| bb) <i>Körperliche Unversehrtheit Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG</i>                  | 57        |
| cc) <i>Gespaltene Elternschaft</i>   | 59        |
| dd) <i>Recht auf Kenntnis der Abstammung Art. 2 Abs. 1, Art. 1 Abs. 1 GG</i> | 60        |
| ee) <i>Gewährleistung der elterlichen Pflege Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG</i>       | 61        |
| 2. <i>Gegen ein Verbot der Leihmutterschaft streitenden Aspekte</i>          | 61        |
| a) <i>Soziale, ethische Aspekte</i>  | 61        |
| b) <i>Grundrechte der Wunscheltern</i>                                       | 63        |
| aa) <i>Recht auf reproduktive Selbstbestimmung Art. 6 Abs. 1 GG</i>          | 63        |
| bb) <i>Gleichheitsrecht Art. 3 Abs. 3 GG</i>                                 | 63        |
| cc) <i>Zwischenergebnis</i>  | 64        |
| c) <i>Grundrechte der Leihmütter</i>   | 64        |
| aa) <i>Allgemeines Persönlichkeitsrecht Art. 2 Abs. 1, Art. 1 Abs. 1 GG</i>  | 64        |
| bb) <i>Allgemeine Handlungsfreiheit Art. 2 Abs. 1 GG</i>                     | 64        |
| cc) <i>Ehe und Familie Art. 6 Abs. 1 GG</i>                                  | 65        |
| dd) <i>Berufsfreiheit Art. 12 Abs. 1 GG</i>                                  | 65        |
| ee) <i>Gleichheitsrecht Art. 3 Abs. 3 GG</i>                                 | 65        |
| ff) <i>Zwischenergebnis</i>  | 65        |
| d) <i>Schutz von Ehe und Familie Art. 6 Abs. 1 GG</i>                        | 65        |
| e) <i>Grundrechte Dritter</i>  | 66        |
| aa) <i>Berufsfreiheit Art. 12 Abs. 1 GG</i>                                  | 66        |
| bb) <i>Wissenschaftsfreiheit Art. 5 Abs. 3 GG</i>                            | 67        |
| f) <i>Abwägung der Grundrechte aller Beteiligten</i>                         | 67        |
| 3. <i>Fazit</i>  | 68        |
| <b>III. Stellungnahme</b>  | <b>68</b> |

## I. Einführung

### 1. Thema und Fragestellung

Jedes zehnte Paar zwischen 25 und 59 Jahren in Deutschland ist ungewollt kinderlos.<sup>1</sup> Dabei liegen die Ursachen entweder in vollständiger Sterilität oder Infertilität und/oder in der Auslebung einer gleichgeschlechtlichen Beziehung. Im Jahr 2021 wurden insgesamt ca. 128.709 legale Kinderwunschbehandlungen vorgenommen.<sup>2</sup> In Deutschland ist – im Gegensatz zu anderen Ländern – ein Rückgriff auf die reproduktionsmedizinische Möglichkeit der Leihmutterschaft verboten. Trotzdem gehen Experten von mehreren Hundert Leihmutterschaftskindern in Deutschland aus.<sup>3</sup> Ob ein Verbot der Leihmutterschaft noch zeitgemäß oder eine Liberalisierung des Embryonenschutzgesetzes (ESchG) sowie Adoptionsvermittlungsgesetzes (AdVermiG) erforderlich ist, soll im Folgenden untersucht werden.

### 2. Begriffserklärung

Als Leihmutter oder auch Ersatzmutter wird eine Frau bezeichnet, die ein Kind für sogenannte Wunscheltern austrägt, um es diesen nach der Geburt zu überlassen, vgl. § 13a AdVermiG.<sup>4</sup> Die Begriffe Leihmutter und Ersatzmutter sind Synonyme.<sup>5</sup> Charakteristisch für die Leihmutterschaft ist, dass die Frau den Willen, das Kind nach der Geburt den Wunscheltern zu überlassen, bereits vor der Befruchtung gefasst haben muss. Ansonsten handelt es sich um zulässige pränatale Adoption.<sup>6</sup> Zur Befruchtung der Leihmutter wird zumeist auf Reproduktionsmedizin zurückgegriffen.<sup>7</sup> Folglich gibt es unterschiedliche Möglichkeiten der genetischen Verwandtschaft des Kindes mit den Wunscheltern. Insgesamt können bis zu fünf Personen an einer erfolgreichen Leihmutterschaft mitwirken: Samenspender, Eizellenspenderin, Leihmutter und Wunscheltern.<sup>8</sup> Es ist zwischen kommerzieller und altruistischer Leihmutterschaft zu differenzieren.<sup>9</sup> Im Rahmen der altruistischen Leihmutterschaft bekommt die austragende Frau nur eine Aufwandsentschädigung, wohingegen bei der kommerziellen Leihmutterschaft ein Honorar vereinbart wird.<sup>10</sup>

<sup>1</sup> BMFSFJ, Kinderlose Frauen und Männer, ungewollte oder gewollte Kinderlosigkeit im Lebenslauf und Nutzung von Unterstützungsangeboten, 2015, online abrufbar unter: <https://www.bmfsfj.de/bmfsfj/themen/familie/schwangerschaft-und-kinderwunsch/ungewollte-kinderlosigkeit> (zuletzt abgerufen am 4.9.2023).

<sup>2</sup> Deutsches IVF-Register, Journal für Reproduktionsmedizin und Endokrinologie, Jahrbuch 2021, Sonderheft 4, 2022, online abrufbar unter: <https://www.deutsches-ivf-register.de/perch/resources/dir-jahrbuch-2021-deutsch-1.pdf>, S. 22.

<sup>3</sup> Konigorski, Der gemietete Bauch, Deutschlandfunk, online abrufbar unter: <https://www.deutschlandfunk.de/der-gemietete-bauch-100.html#:~:text=Körper%20damit%20zurechtkam.-,der%20Eizelle%20der%20späteren%20Mutter> (zuletzt abgerufen am 4.9.2023).

<sup>4</sup> Wunscheltern/Bestelleltern werden im Diskurs synonym verwendet. Der Gesetzgeber nutzt den Begriff der Bestelleltern, wohingegen im weiteren Diskurs Wunscheltern verwendet wird; vgl. Engelhardt/Zimmermann, in: Ditzgen/Weller, Regulierung der Leihmutterschaft, 2018, S. 1.

<sup>5</sup> Im politischen und gesellschaftlichen Diskurs hat sich der Begriff der Leihmutter durchgesetzt, wohingegen der Gesetzgeber an dem Begriff Ersatzmutter festhält, vgl. § 1 Abs. 1 Nr. 7 ESchG, §§ 13d, 14b Abs. 2 AdVermiG; Schramm, in: Schramm/Wermke, Das verbotene Kind – Zur (straf-)rechtlichen Bewertung der Leihmutterschaft in Deutschland, 2018, S. 63.

<sup>6</sup> Schramm, in: Schramm/Wermke, Das verbotene Kind – Zur (straf-)rechtlichen Bewertung der Leihmutterschaft in Deutschland, S. 64.

<sup>7</sup> Funcke, NZFam 2016, 207 (208).

<sup>8</sup> Esser, in: Albers/Gassner/Rosenau, Ist das Verbot der Leihmutterschaft in Deutschland noch haltbar?, 2021, S. 51.

<sup>9</sup> Lang, JZ 2022, 327 (334); Hoven/Rostalski, JZ 2022, 482 (482).

<sup>10</sup> Schramm, in: Schramm/Wermke, Leihmutterschaft und Familie, 2018, S. 86; Wapler, in: Schramm/Wermke, Reproduktive Autonomie und ihre Grenzen – Leihmutterschaft aus verfassungsrechtlicher Perspektive, 2018, S. 109.

### 3. Skizzierung der derzeitigen rechtlichen Situation

#### a) Embryonenschutzgesetz und Adoptionsvermittlungsgesetz

Die Leihmutterschaft ist seit 1990 in Deutschland untersagt. Das Verbot ist in § 1 Abs. 1 Nr. 7 ESchG sowie §§ 13c ff. AdVermiG normiert. Nach § 1 Abs. 1 Nr. 7 ESchG wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft, wer bei potenziellen Leihmüttern künstliche Befruchtungen durchführt oder ihnen menschliche Embryonen überträgt. Gegenüber der Leihmutter sowie den Wunscheltern greift der persönliche Strafausschlussgrund des § 1 Abs. 3 Nr. 1, 2 ESchG.<sup>11</sup> Der Gesetzgeber begründet die Strafbefreiung der Leihmütter damit, dass diese zumeist altruistisch handeln und häufig nicht überschauen können, in welche Konfliktsituationen sie sich begeben. Außerdem wird mit einem möglicherweise notwendigen Schutz des Kindes argumentiert. Wenn die Leihmutter das Kind nicht mehr abgeben möchte, muss sie das Kind umsorgen können. Bei Abgabe sind die Wunscheltern zuständig. Auch bekundet der Gesetzgeber ein gewisses Verständnis für die Wunscheltern, welches die Strafbefreiung unterstreicht.<sup>12</sup>

Weiterhin ist die Vermittlung der Leihmutterschaft nach §§ 13c ff. AdVermiG untersagt. Umfasst ist nicht nur das Zusammenbringen, sondern auch das jeweilige öffentliche Suchen oder Anbieten von Leihmüttern und Wunscheltern. Parallel zu den Vorschriften des Embryonenschutzgesetzes werden Wunscheltern und Leihmütter auf Grund des persönlichen Strafausschlussgrundes § 14b Abs. 3 AdVermiG nicht bestraft<sup>13</sup>. Ziel des Gesetzgebers war es die Entstehung menschlichen Lebens zu schützen, vorgeburtliche Entwicklungsstörungen, „menschenunwürdige Konflikte“, gespaltene Mutterschaft sowie einen Verstoß gegen die Werteordnung des Grundgesetzes zu verhindern.<sup>14</sup> Die Haltung der heutigen Bundesregierung hat sich insofern geändert, als dass im Koalitionsvertrag festgehalten wurde, sich erneut mit dem Thema Leihmutterschaft auseinanderzusetzen und eine mögliche Legalisierung zu prüfen.<sup>15</sup>

Strafbare Täter des Verbotes der Leihmutterschaft sind vor allem die Reproduktionsmediziner.<sup>16</sup> Diese können sich nicht nur direkt, sondern auch im Rahmen von Anstiftung und Beihilfe strafbar machen. An die Qualität der Beihilfehandlung stellen die Literatur und die Rechtsprechung, aufgrund der berufstypischen Neutralität, unterschiedliche Anforderungen.<sup>17</sup> Für die Literatursicht ist es erforderlich, dass die Handlung die Tat objektiv fördert und der Gehilfe sich subjektiv an der Haupttat orientiert.<sup>18</sup> Die Rechtsprechung hingegen fordert, dass die Beihilfehandlung ausschließlich auf eine Straftat abzielt.<sup>19</sup> Eine Anstiftung könnte beispielsweise vorliegen, wenn ein Arzt den Wunscheltern eine Inanspruchnahme von Leihmutterschaft vorschlägt.<sup>20</sup> Die deutschen Ärzte können auch dann gem. § 3, 9 Abs. 2 StGB bestraft werden, wenn sie Anstiftungs- oder Beihilfehandlungen zu Leihmutterschaft in einem Land vornehmen, in dem diese erlaubt ist.<sup>21</sup>

<sup>11</sup> Häberle, in: Häberle/Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, Band XVII, 240. EL (4/2022), § 1 ESchG Rn. 12.

<sup>12</sup> BT-Drs. 11/5460, S. 9 f.; BR-Drs. 417/89, S. 20.

<sup>13</sup> Wache/Lutz, in: Häberle/Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, § 14b AdVermiG Rn. 1.

<sup>14</sup> BT-Drs. 11/5283, S. 7 f.

<sup>15</sup> Koalitionsvertrag 20. Legislaturperiode, S. 116; BT-Drs. 20/1355, S. 82 f.

<sup>16</sup> Häberle, in: Häberle/Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, § 1 ESchG, Rn. 12.

<sup>17</sup> Heine/Weißer, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. (2019), § 27 Rn. 9 ff.

<sup>18</sup> Heine/Weißer, in: Schönke/Schröder, StGB, § 27 Rn. 12, 13.

<sup>19</sup> BGH, Urt. v. 1.8.2000 – 5 StR 624/99; BGH, Urt. v. 31.12.2013 – XI ZR 295/12; Heine/Weißer, in: Schönke/Schröder, StGB, § 27 Rn. 10; Kindhäuser/Hilgendorf, LPK-StGB, 9. Aufl. (2022), § 27 Rn. 16.

<sup>20</sup> Paetow, KriPoZ 2022, 346-354, (347).

<sup>21</sup> Häberle, in: Häberle/Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, § 1 ESchG, Rn. 14; Schramm, in: Schramm/Wermke, Das verbotene Kind – Zur (straf-)rechtlichen Bewertung der Leihmutterschaft in Deutschland, S. 67; Leopoldina, Stellungnahme Fortpflanzungsmedizin, online abrufbar unter: [https://www.leopoldina.org/uploads/tx\\_leopublication/2019\\_Stellungnahme\\_Fortpflanzungsmedizin\\_web\\_01.pdf](https://www.leopoldina.org/uploads/tx_leopublication/2019_Stellungnahme_Fortpflanzungsmedizin_web_01.pdf) (zuletzt abgerufen am 11.4.2023), S. 69.

### b) Internationaler Vergleich

Im Vergleich mit europäischen Ländern ist das in Deutschland herrschende Verbot der Leihmutterschaft nicht unüblich.<sup>22</sup> Dennoch gibt es auch im europäischen Raum einige Staaten, die zumindest die altruistische Leihmutterschaft erlauben, etwa Belgien, England und Portugal.<sup>23</sup> Ferner ist in Europa und der Welt zum Teil sogar die kommerzielle Leihmutterschaft zulässig, beispielsweise in der Ukraine, der Russischen Föderation und Georgien, Teilen der USA und Indien.<sup>24</sup> Infolgedessen, dass Leihmutterschaft nicht überall auf der Welt verboten ist, kommt es zum Phänomen des Leihmutterschafts- bzw. Fortpflanzungstourismus. Wunscheltern begeben sich in ein Land, in welchem Leihmutterschaft erlaubt ist und nutzen die dort gegebenen Möglichkeiten.<sup>25</sup>

## II. Diskussion

### 1. Für ein Verbot der Leihmutterschaft streitende Aspekte

Im Rahmen der Argumentation für ein Verbot der Leihmutterschaft werden sowohl Kindesschutzaspekte als auch Schutzinteressen der Leihmütter sowie gesellschaftliche Ansichten thematisiert.

#### a) Schutz der Leihmütter

##### aa) Menschenwürde Art. 1 Abs. 1 GG

Der Gesetzgeber begründet das Verbot der Leihmutterschaft unter anderem mit dem Vorbeugen einer Würdeverletzung der Leihmutter nach Art. 1 GG.<sup>26</sup> Ein Mensch ist in seiner Würde verletzt, wenn seine Subjektqualität in Frage gestellt wird und er zum reinen Objekt staatlichem Handeln degradiert wird.<sup>27</sup> Ob ein Würdeverstoß vorliegt, ist nicht rein objektiv zu beurteilen, sondern anhand des individuellen Würdeverständnisses des Betroffenen zu bestimmen.<sup>28</sup> Übertragen auf die Leihmutterschaft würde ein Eingriff vorliegen, wenn die Leihmutter aufgrund der Kommerzialisierung ihrer Dienstleistung nicht mehr als Person geachtet würde.<sup>29</sup> Sowie, wenn sie nicht in der Lage wäre, in selbstbestimmter Art und Weise, insbesondere ausreichend informiert, einsichtsfähig und freiwillig,

<sup>22</sup> Wissenschaftlicher Dienst des Bundestages, Leihmutterschaft im europäischen und internationalen Vergleich, WD-9-3000-039/18, online abrufbar unter: <https://www.bundestag.de/resource/blob/592446/b04363cfd1cf5f6fa65c94b8c48495d9/WD-9-039-18-pdf-data.pdf> (zuletzt abgerufen am 4.9.2023), S. 22 ff.

<sup>23</sup> Wissenschaftlicher Dienst des Bundestages, Leihmutterschaft im europäischen und internationalen Vergleich, WD-9-3000-039/18, online abrufbar unter: <https://www.bundestag.de/resource/blob/592446/b04363cfd1cf5f6fa65c94b8c48495d9/WD-9-039-18-pdf-data.pdf> (zuletzt abgerufen am 4.9.2023), S. 33 ff.

<sup>24</sup> Wissenschaftlicher Dienst des Bundestages, Leihmutterschaft im europäischen und internationalen Vergleich, WD-9-3000-039/18, online abrufbar unter: <https://www.bundestag.de/resource/blob/592446/b04363cfd1cf5f6fa65c94b8c48495d9/WD-9-039-18-pdf-data.pdf> (zuletzt abgerufen am 4.9.2023), S. 47 ff. 52 ff., 56 ff.

<sup>25</sup> Vgl. Lagarde, ZEuP 2015, 233-240 (235); Engelhardt/Zimmermann, in: Ditzel/Weller, Regulierung der Leihmutterschaft, S. 2, 8; Gössl/Sanders, JZ 2022, 492 (494).

<sup>26</sup> BT-Drs. 11/4154, S. 7; BT-Drs. 11/5283, S. 8.

<sup>27</sup> BVerfG, Beschl. v. 16.6.1969 – 1 BvL 19/63, Rn. 20; BVerfG, Ur. v. 15.12.1970 – 2 BvF 1/69; Herdegen, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, 99. EL. (9/2022), Art. 1 Rn. 36; Esser, in: Albers/Gassner/Rosenau, Ist das Verbot der Leihmutterschaft in Deutschland noch haltbar?, S. 189 f.; Paetow, KriPoZ 2022, 346 (352); Wapler, in: Schramm/Wermke, Reproduktive Autonomie und ihre Grenzen – Leihmutterschaft aus verfassungsrechtlicher Perspektive, S. 120.

<sup>28</sup> BVerfG, Beschl. v. 11.10.1978 – 1 BvR 16/72, Rn. 35; Windthorst, in: Gröpl/Windthorst/von Coelln, Studienkommentar zum GG, 5. Aufl. (2022), Art. 1 Rn. 36b; Paetow, KriPoZ 2022, 346 (352); Hoven/Rostalski, JZ 2022, 482 (484).

<sup>29</sup> Reitter, Rechtspaternalismus und Biomedizin, 2020, S. 381 f.; Paetow, KriPoZ 2022, 346-354, (351); Esser, in: Albers/Gassner/Rosenau, Ist das Verbot der Leihmutterschaft in Deutschland noch haltbar?, S. 189 ff.

die Reichweite ihrer Würde zu bestimmen.<sup>30</sup> Teilweise wird vorgebracht, die Leihmutter könnte schon aufgrund des wirtschaftlichen Missverhältnisses zwischen ihr und den Wunscheltern keine autonome Entscheidung treffen.<sup>31</sup> Der Aspekt der Ausbeutung wird zumeist bei kommerziellen Leihmüttern, aus wirtschaftlich schwächeren Ländern wie Indien oder der Ukraine, vorgetragen.<sup>32</sup> Die Ausbeutung setzt sich aus einem prozeduralem und einem substanzialen Moment zusammen.<sup>33</sup> Eine Partei nutzt die individuelle Schwäche der anderen Partei aus, wodurch sich die eigene Leistung als geringer darstellt. Ein Einvernehmen steht der Ausbeutung nicht entgegen.<sup>34</sup> Die profitierende Seite der eventuellen Ausbeutung sind die Wunscheltern.<sup>35</sup> Einerseits stehen sich die Leistung der Leihmutter, in Form des Austragens und Geburt des Kindes, und die Gegenleistung der Wunscheltern, Zahlung einer Geldsumme, entgegen. Andererseits könnte auch eine Ausbeutung durch eine einseitig belastende Vertragsgestaltung, bspw. fehlendes Mitspracherecht während der Schwangerschaft, vorliegen.<sup>36</sup> Ob und inwiefern sich Leihmütter tatsächlich ausgebeutet fühlen, wurde vereinzelt in Studien untersucht.<sup>37</sup> Dabei wurden Leihmütter aus unterschiedlichen Ländern nach ihrer Lebenssituation, Motivation und Erfahrungen mit der Leihmutterschaft befragt. Keine der befragten Frauen berichtete von einer Ausbeutung.<sup>38</sup> Die repräsentative Wirkung der Studien kann, aufgrund der geringen Anzahl der Teilnehmer und dem kurzen Untersuchungszeitraum, angezweifelt werden. Nichtsdestotrotz liegen keine Beweise für ein Ausnutzen der Leihmütter vor. Vielmehr lassen sich Belege finden, die gerade gegen eine Ausbeutung sprechen.<sup>39</sup> Die Ausbeutung ist vornehmlich ein Problem des Leihmutterstourismus. Aus diesem Grund ist die Aussagekraft der Studien bedeutungslos für die Einführung der altruistischen Leihmutterschaft. Der Gesetzgeber kann allen potenziellen Formen der Ausbeutung in Deutschland, sowie einer Ausbeutung von Leihmüttern im Ausland durch entsprechende Ausgestaltung der Gesetze entgegenwirken.<sup>40</sup> Mangels vorliegender Anhaltspunkte für eine Ausbeutung aus Sicht der Leihmütter kann ein Würdeverstoß nicht angenommen werden.

Befürworter eines Würdeverstoßes bringen als weiteres Argument vor, dass die Entscheidung der Leihmutter lediglich das Spiegelbild der verwurzelten traditionellen Fortpflanzungsvorstellung der Gesellschaft ist.<sup>41</sup> Sowie,

<sup>30</sup> *Lammers*, Leihmutterschaft in Deutschland: Rechtfertigen die Menschenwürde und das Kindeswohl ein striktes Verbot?, 2016, S. 154 f.; *Wapler*, in: Schramm/Wermke, Reproduktive Autonomie und ihre Grenzen – Leihmutterschaft aus verfassungsrechtlicher Perspektive, S. 128; *BGH*, Beschl. v. 10.12.2014 – XII ZB 463/13; *BGH*, Beschl. v. 5.9.2018 – XII ZB 224/17; *Paetow*, KriPoZ 2022, 346 (352); *Esser*, in: Albers/Gassner/Rosenau, Ist das Verbot der Leihmutterschaft in Deutschland noch haltbar?, S. 191; *Hoven/Rostalski*, JZ 2022, 482 (485); *Gössl/Sanders*, JZ 2022, 492 (494).

<sup>31</sup> *Paetow*, KriPoZ 2022, 346, (351); *Esser*, in: Albers/Gassner/Rosenau, Ist das Verbot der Leihmutterschaft in Deutschland noch haltbar?, S. 189 ff.

<sup>32</sup> *Esser*, in: Albers/Gassner/Rosenau, Ist das Verbot der Leihmutterschaft in Deutschland noch haltbar?, S. 36, 141; *Mettele*, in: Schramm/Wermke, Kinder wünschen – Mütter leihen. Geschlechtergeschichtliche Überlegungen zur Familie und ihre Machbarkeit, 2018, S. 33.

<sup>33</sup> *Esser*, in: Albers/Gassner/Rosenau, Ist das Verbot der Leihmutterschaft in Deutschland noch haltbar?, S. 141 ff.

<sup>34</sup> *Esser*, in: Albers/Gassner/Rosenau, Ist das Verbot der Leihmutterschaft in Deutschland noch haltbar?, S. 150.

<sup>35</sup> Ebd.

<sup>36</sup> *Wapler*, in: Schramm/Wermke, Reproduktive Autonomie und ihre Grenzen – Leihmutterschaft aus verfassungsrechtlicher Perspektive, S. 131.

<sup>37</sup> *Blyth*, Journal of Reproductive and Infant Psychology, online abrufbar unter: <https://www.tandfonline.com/doi/epdf/10.1080/02646839408408885?needAccess=true&role=button> (zuletzt abgerufen am 4.9.2023), S. 969 - 992.

<sup>38</sup> *Esser*, in: Albers/Gassner/Rosenau, Ist das Verbot der Leihmutterschaft in Deutschland noch haltbar?, S. 28 ff.; *Akker*, Psychosocial aspects of surrogate motherhood, Human Reproduction Update, online abrufbar unter: <https://academic.oup.com/humupd/article/13/1/53/749903> (zuletzt abgerufen am 4.9.2023), S. 53 - 62.

<sup>39</sup> Ebd.

<sup>40</sup> *Wapler*, in: Schramm/Wermke, Reproduktive Autonomie und ihre Grenzen – Leihmutterschaft aus verfassungsrechtlicher Perspektive, S. 131; *Esser*, in: Albers/Gassner/Rosenau, Ist das Verbot der Leihmutterschaft in Deutschland noch haltbar?, S. 155; *Schwind*, in: Ditzgen/Weller, Regulierung der Leihmutterschaft, S. 130; *Schramm*, in: Schramm/Wermke, Das verbotene Kind – Zur (straf-)rechtlichen Bewertung der Leihmutterschaft in Deutschland, S. 85; *Paetow*, KriPoZ 2022, 346 (351).

<sup>41</sup> *Hoven/Rostalski*, JZ 2022, 482 (484).

dass die Kommerzialisierung, der Fortpflanzungsfunktionen des weiblichen Körpers, die Frau zu einer „Gebärmachine“ degradiere. Auch die Dienstleistung sei lediglich ein Mittel zur Erfüllung fremder Interessen.<sup>42</sup> Dem bringen Gegner des Verbots entgegen, dass die Leihmutterschaft gerade eine Chance sei, mit biologischen Paradigmen und geschlechterspezifischen Rollenbildern zu brechen. Denn die Leihmutterschaft gibt auch infertilen Frauen die Chance auf ein eigenes, genetisch von ihnen abstammendes, Kind.<sup>43</sup> Insgesamt darf der Würdeschutz nicht dazu benutzt werden, Einzelne vor sich selbst und der eigenen Autonomie zu schützen. Im Rahmen der Debatte, ob ein Würdeverstoß vorliegt, muss weiterhin die Freiwilligkeit der Leihmütter im Fokus stehen.<sup>44</sup> Diese von der Prostitution übertragene Argumentation ist auch insofern zutreffend, als dass ansonsten nach der Begründung des Gesetzgebers zur Leihmutterschaft auch die Prostitution eine Würdeverletzung der Frau darstellen müsste. Die Frau, welche sexuelle Dienstleistungen anbietet würde ebenfalls zum Objekt degradiert und vermiete ihren Körper zum Zweck der Befriedigung.<sup>45</sup> Es ist unter diesen Gesichtspunkten nicht ersichtlich, warum Prostitution in Deutschland erlaubt ist, Leihmutterschaft dagegen, auf Grundlage desselben Würdeverstoßes, verboten.<sup>46</sup> Zusammenfassend kann bei einer freiwilligen Entscheidung der Frau zur Leihmutterschaft keine Verletzung ihrer Würde vorliegen.<sup>47</sup> Vielmehr wird durch das Verbot die individuelle Entscheidung der Frauen, als Ausdruck ihrer Würde, beeinträchtigt.

#### *bb) Recht auf körperliche Unversehrtheit Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG*

Des Weiteren werden in der Gesetzesbegründung, durch die Leihmutterschaft entstehende, psychische Konflikte zwischen den Beteiligten, vorgebracht.<sup>48</sup> In diesen Konflikten könnte ein Eingriff in das Recht auf körperliche Unversehrtheit aus Art. 2 Abs. 2 GG der Leihmütter liegen. Die körperliche Unversehrtheit umfasst das psychische Wohlbefinden, sowie die Gesundheit des Körpers im biologisch-physiologischen Sinn.<sup>49</sup> Als Abwehrrecht schützt das Grundrecht aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG vor Eingriffen durch den Staat. Zudem schützt es als Leistungsrecht mittelbar vor Eingriffen durch Dritte.<sup>50</sup> Nicht vom Recht auf körperliche Unversehrtheit umfasst, ist eine Pflicht zur gesundheitsmäßigen Lebensführung. Vielmehr schützt Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG die Selbstbestimmtheit bezgl. des eigenen Körpers, folglich auch gewisse selbstschädigende Handlungen.<sup>51</sup> Ein Eingriff in Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG könnte in der Schwangerschaft und den damit einhergehenden, sowie nachfolgenden psychischen und physischen Belastungen gesehen werden. Es wird die These aufgestellt, die Leihmütter haben während der Schwangerschaft bereits eine so tiefgehende Beziehung zu dem Kind aufgebaut, dass eine Abgabe des Kindes zu einer unzumutbaren psychischen Belastung führe.<sup>52</sup> Die Intensität der Beeinträchtigung kann anhand des Motives der Leihmutter

<sup>42</sup> Esser, in: Albers/Gassner/Rosenau, Ist das Verbot der Leihmutterschaft in Deutschland noch haltbar?, S. 195; Paetow, KriPoZ 2022, 346, (351); Reitter, Rechtspaternalismus und Biomedizin, S. 381 f.; Hoven/Rostalski, JZ 2022, 482 (484); Lammers, Leihmutterschaft in Deutschland: Rechtfertigen die Menschenwürde und das Kindeswohl ein striktes Verbot?, S. 153 f.; Majer, NJW 2018, 2294, (2296).

<sup>43</sup> Esser, in: Albers/Gassner/Rosenau, Ist das Verbot der Leihmutterschaft in Deutschland noch haltbar?, S. 168; Hoven/Rostalski, JZ 2022, 482 (484).

<sup>44</sup> Paetow, KriPoZ 2022, 346 (352); Hoven/Rostalski, JZ 2022, 482 (484); Esser, in: Albers/Gassner/Rosenau, Ist das Verbot der Leihmutterschaft in Deutschland noch haltbar?, S. 171.

<sup>45</sup> Lammers, Leihmutterschaft in Deutschland: Rechtfertigen die Menschenwürde und das Kindeswohl ein striktes Verbot?, S. 75, 161; Paetow, KriPoZ 2022, 346 (352); Majer, NJW 2018, 2294 (2295); Hoven/Rostalski, JZ 2022, 482 (487).

<sup>46</sup> Reitter, Rechtspaternalismus und Biomedizin, S. 382; Lammers, Leihmutterschaft in Deutschland: Rechtfertigen die Menschenwürde und das Kindeswohl ein striktes Verbot?, S. 75; Majer, NJW 2018, 2294 (2295); Hoven/Rostalski, JZ 2022, 482 (487).

<sup>47</sup> BGH, Beschl. v. 10.12.2014 – XII ZB 463/13, Rn. 49; BGH, Beschl. v. 5.9.2018 – XII ZB 224/17; Paetow, KriPoZ 2022, 346-354, (352); Esser, in: Albers/Gassner/Rosenau, Ist das Verbot der Leihmutterschaft in Deutschland noch haltbar?, S. 191; Hoven/Rostalski, JZ 2022, 482 (485); Gössl/Sanders, JZ 2022, 492 (494).

<sup>48</sup> BT-Drs. 11/5460, S. 15; BT-Drs. 11/4154, S. 1, 6.

<sup>49</sup> Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, 17. Aufl. (2022), Art. 1 Rn. 83.

<sup>50</sup> BVerfG, Beschl. v. 4.4.2006 – 1 BvR 518/02, Rn. 92; BVerfG, Nichtannahmebeschl. v. 10.6.2015 – 2 BvR 1967/12; Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 1 Rn. 91.

<sup>51</sup> BVerfG, Beschl. v. 23.3.2011 – 2 BvR 882/09; BVerfG, Beschl. v. 7.10.1981 – 2 BvR 1194/80; BVerfG, Beschl. v. 23.3.2011 – 2 BvR 882/09.

<sup>52</sup> BT-Drs. 11/4154, S.7; Schramm, in: Schramm/Wermke, Das verbotene Kind – Zur (straf-)rechtlichen Bewertung der Leihmutterschaft in Deutschland, S. 81.

bestimmt werden. Es lässt sich nicht abstreiten, dass eine Leihmutter, die aufgrund von Zwang oder finanzieller Not handelt, eine stärkere psychische Belastung verspüren könnte als eine altruistisch handelnde Frau.<sup>53</sup> Die meisten Leihmütter, ob kommerziell oder altruistisch, berichten in Studien jedoch von keiner seelischen Beeinträchtigung.<sup>54</sup> Somit ist nicht von schweren psychischen Belastungen der Leihmütter, die sich bewusst und freiwillig dafür entscheiden haben, auszugehen.<sup>55</sup> Insgesamt stellt sich in Bezug auf die Gesetzesbegründungen die Frage, inwieweit ein paternalistischer Eingriff durch das Verbot der Leihmutterchaft zulässig ist.<sup>56</sup> Allgemein sind solche Eingriffe vor allem zum Schutz Dritter, der Allgemeinheit, sowie bei nicht autonomen, selbstschädigenden Handlungen zulässig.<sup>57</sup> Bei der Leihmutterchaft hingegen handelt es sich zumeist um eine autonome Entscheidung. Die psychische Belastung tritt gegebenenfalls bei der Leihmutter selbst auf und hat keine Auswirkung auf Rechte Dritter. Mithin überschreitet das derzeitige Leihmutterchaftsverbot die Grenzen des zulässigen Paternalismus.<sup>58</sup> Die eventuellen psychischen Belastungen stellen keinen Eingriff in Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG dar.<sup>59</sup> Es besteht keine ausreichende Grundlage für das Verbot der Leihmutterchaft.<sup>60</sup> Inwiefern andere Aspekte und Argumente die Belastungen wieder ausgleichen bleibt zu untersuchen.

#### cc) Zwischenergebnis

Durch ein Zulassen der Leihmutterchaft in Deutschland wird weder in die Menschenwürde aus Art. 1 Abs. 1 GG der Leihmutter noch in das Recht auf körperliche Unversehrtheit nach Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG eingegriffen. Vielmehr wird im Rahmen der körperlichen Unversehrtheit die zulässige Reichweite staatlichem Paternalismus überschritten.

#### b) Schutz der Kinder

##### aa) Menschenwürde Art. 1 Abs. 1 GG

Durch Leihmutterchaft ausgetragene Kinder könnten in ihrer Menschenwürde verletzt sein. Eine Verletzung könnte in der Degradierung der Kinder zu handelbarer Ware liegen.<sup>61</sup> Zur Eröffnung des Schutzbereichs müsste bereits das ungeborene Leben geschützt werden. Wann die Schutzdimension des Art. 1 Abs. 1 GG eröffnet ist und inwiefern der Nasciturus geschützt wird ist strittig.<sup>62</sup> Bezüglich des Schutzes des Embryos gibt es im Wesentlichen zwei Auffassungen. Nach der einen beginnt der Würdeschutz bereits mit der Befruchtung, nach der anderen erst mit der Nidation.<sup>63</sup> Das *BVerfG* hat sich der zweiten Ansicht insofern angeschlossen, als dass der Würdeschutz

<sup>53</sup> Hoven/Rostalski, JZ 2022, 482-491 (486); Schramm, in: Schramm/Wermke, Das verbotene Kind – Zur (straf-)rechtlichen Bewertung der Leihmutterchaft in Deutschland, S. 81.

<sup>54</sup> Akker, Psychosocial aspects of surrogate motherhood, Human Reproduction Update, online abrufbar unter: <https://academic.oup.com/humupd/article/13/1/53/749903> (zuletzt abgerufen am 4.9.2023), S. 53 - 62; Esser, in: Albers/Gassner/Rosenau, Ist das Verbot der Leihmutterchaft in Deutschland noch haltbar?, S. 34; Hoven/Rostalski, JZ 2022, 482 (486); Engel, ZEuP 2014, 538 (555 f.); Paetow, KriPoZ 2022, 346 (352); erneut ist auf die Zweifel bezüglich der repräsentativen Wirkung zu verweisen.

<sup>55</sup> Schramm, in: Schramm/Wermke, Das verbotene Kind – Zur (straf-)rechtlichen Bewertung der Leihmutterchaft in Deutschland, S. 81; Lammers, Leihmutterchaft in Deutschland: Rechtfertigen die Menschenwürde und das Kindeswohl ein striktes Verbot?, S. 136 ff.

<sup>56</sup> Hermann, in: Gosepath/Hinsch/Rössler, Handbuch der Politischen Philosophie und Sozialphilosophie, 2009, S. 962 f.; Rigopoulou, Grenzen des Paternalismus im Strafrecht, 2013, S. 19 f.

<sup>57</sup> Esser, in: Albers/Gassner/Rosenau, Ist das Verbot der Leihmutterchaft in Deutschland noch haltbar?, S. 181 f.; Reitter, Rechtspaternalismus und Biomedizin, S. 198.

<sup>58</sup> Vgl. Hoven/Rostalski, JZ 2022, 482 (486); Esser, in: Albers/Gassner/Rosenau, Ist das Verbot der Leihmutterchaft in Deutschland noch haltbar?, S. 181; Reitter, Rechtspaternalismus und Biomedizin, S. 387.

<sup>59</sup> Esser, in: Albers/Gassner/Rosenau, Ist das Verbot der Leihmutterchaft in Deutschland noch haltbar?, S. 255.

<sup>60</sup> Hoven/Rostalski, JZ 2022, 482 (486); Wapler, in: Schramm/Wermke, Reproduktive Autonomie und ihre Grenzen – Leihmutterchaft aus verfassungsrechtlicher Perspektive, S. 136.

<sup>61</sup> Wapler, in: Schramm/Wermke, Reproduktive Autonomie und ihre Grenzen – Leihmutterchaft aus verfassungsrechtlicher Perspektive, S. 120; Esser, in: Albers/Gassner/Rosenau, Ist das Verbot der Leihmutterchaft in Deutschland noch haltbar?, S. 198; Paetow, KriPoZ 2022, 346 (350); Hoven/Rostalski, JZ 2022, 482 (483); Majer, NJW 2018, 2294-2299, (2297); Gössl/Sanders, JZ 2022, 492 (496).

<sup>62</sup> Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 1 Rn. 8; Herdegen, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 1 Rn. 65.

<sup>63</sup> Ebd.



spätestens mit der Nidation beginnt.<sup>64</sup> Die Vereinbarung zwischen Leihmutter und Wunscheltern über das Austragen eines Kindes findet jedoch bereits vor Befruchtung und Nidation statt. Mithin liegt weder nach der einen noch der anderen Auffassung ein taugliches Schutzobjekt vor. Folglich ist das Leihmutterchaftsverbot nicht mit dem subjektiven Menschenwürdeschutz aus Art. 1 Abs. 1 GG zu rechtfertigen.<sup>65</sup>

Jedoch könnte der objektive Schutzgehalt der Menschenwürde aus Art. 1 Abs. 1 GG bereits das werdende Leben umfassen.<sup>66</sup> Der objektive Schutzgehalt der Menschenwürde kommt nur zum Tragen, wenn er sich bereits auf ein konkretes, menschliches Individuum beziehen kann.<sup>67</sup> Eine Individualisierung ist bei der Leihmutterchaft gegeben.<sup>68</sup> Jeglicher Diskurs zwischen den Wunscheltern und der Leihmutter dreht sich um das auszutragende Kind. Folglich ist eine Anwendung des objektiven Schutzgehaltes der Menschenwürde möglich.<sup>69</sup> Eine Verletzung des objektiven Schutzgehaltes des Art. 1 Abs. 1 GG käme ebenfalls bei einer Degradierung des Kindes zu handelbarer Ware in Betracht.<sup>70</sup> In der Durchführung der Leihmutterchaft, das heißt der Zeugung des Kindes, ist keine Würdeverletzung zu sehen. Jedes Leben ist würdevoller als kein Leben.<sup>71</sup> In Bezug auf die Leihmuttervereinbarung wird in der finanziellen Gegenleistung ein Verkaufen des Kindes gesehen. Dem ist entgegenzuhalten, dass die Geldleistung gerade nicht für das Kind, sondern für die Leistung der Leihmutter und der ihr dadurch entstehenden Kosten und Unannehmlichkeiten gezahlt wird.<sup>72</sup> Insbesondere bei der altruistischen Leihmutterchaft ist ein Verkaufen des Kindes abwegig. Bei der kommerziellen Leihmutterchaft könnten entsprechende Regelungen getroffen werden, welche die Grenze zum Kinderhandel wahren. Zusammenfassend ist nicht ersichtlich, dass durch die Leihmutterchaft stets ein Eingriff in das Recht auf Achtung der Würde des Kindes aus Art. 1 Abs. 1 GG eingegriffen wird.<sup>73</sup> Das Leihmutterchaftsverbot kann mangels eines Eingriffes in den Schutzbereich nicht auf Art. 1 Abs. 1 GG gestützt werden.

#### *bb) Körperliche Unversehrtheit Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG*

Des Weiteren könnte durch die Leihmutterchaft das Recht auf körperliche Unversehrtheit des Kindes aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG verletzt werden. Ein Eingriff wird zumeist in der durch die Leihmutterchaft entstehenden Beeinträchtigung der psychischen Entwicklung gesehen.<sup>74</sup> Dabei wird vor allem auf den Zeitpunkt der Trennung von Leihmutter und Kind unmittelbar nach der Geburt abgestellt.<sup>75</sup> Unstreitig ist, dass sich Embryonen ab dem

<sup>64</sup> *BVerfG*, Urt. v. 25.2.1975 – 1 BvF, 1/74, 1 BvF 2/74, 1 BvF 3/74, 1 BvF 4/74, 1 BvF 5/74, 1 BvF 6/74; *BVerfG*, Urt. v. 28.5.1993 – 2 BvF 2/90, 2 BvF 4/92, 2 BvF 5/92.

<sup>65</sup> Vgl. *Esser*, in: *Albers/Gassner/Rosenau*, Ist das Verbot der Leihmutterchaft in Deutschland noch haltbar?, S. 263; *Jarass*, in: *Jarass/Piero*, GG, Art. 1 Rn. 24; *Herdegen*, in: *Dürig/Herzog/Scholz*, GG, Art. 1 Rn. 104.

<sup>66</sup> *Hoven/Rostalski*, JZ 2022, 482 (483).

<sup>67</sup> Vgl. *Esser*, in: *Albers/Gassner/Rosenau*, Ist das Verbot der Leihmutterchaft in Deutschland noch haltbar?, S. 266.

<sup>68</sup> Ebd.

<sup>69</sup> Ebd.

<sup>70</sup> *Wapler*, in: *Schramm/Wermke*, Reproduktive Autonomie und ihre Grenzen – Leihmutterchaft aus verfassungsrechtlicher Perspektive, S. 120; *Esser*, in: *Albers/Gassner/Rosenau*, Ist das Verbot der Leihmutterchaft in Deutschland noch haltbar?, S. 198; *Paetow*, KriPoZ 2022, 346 (350); *Hoven/Rostalski*, JZ 2022, 482 (483); *Majer*, NJW 2018, 2294 (2297); *Gössl/Sanders*, JZ 2022, 492 (496); *Esser*, in: *Albers/Gassner/Rosenau*, Ist das Verbot der Leihmutterchaft in Deutschland noch haltbar?, S. 266.

<sup>71</sup> *BGH*, Beschl. v. 10.12.2014 – XII ZB 463/13, Rn. 49; *Lammers*, Leihmutterchaft in Deutschland: Rechtfertigen die Menschenwürde und das Kindeswohl ein striktes Verbot?, S. 159; *Esser*, in: *Albers/Gassner/Rosenau*, Ist das Verbot der Leihmutterchaft in Deutschland noch haltbar?, S. 266; *Wapler*, in: *Schramm/Wermke*, Reproduktive Autonomie und ihre Grenzen – Leihmutterchaft aus verfassungsrechtlicher Perspektive, S. 117; *Gössl/Sanders*, JZ 2022, 492 (496); *Paetow*, KriPoZ 2022, 346 (350); *Reitter*, Rechtspaternalismus und Biomedizin, S. 344.

<sup>72</sup> *Paetow*, KriPoZ 2022, 346, (350); *Schramm*, in: *Schramm/Wermke*, Das verbotene Kind – Zur (straf-)rechtlichen Bewertung der Leihmutterchaft in Deutschland, S. 120 f.

<sup>73</sup> *Esser*, in: *Albers/Gassner/Rosenau*, Ist das Verbot der Leihmutterchaft in Deutschland noch haltbar?, S. 267; *Hoven/Rostalski*, JZ 2022, 482 (484); *Paetow*, KriPoZ 2022, 346 (350); *Majer*, NJW 2018, 2294 (2297); *Lammers*, Leihmutterchaft in Deutschland: Rechtfertigen die Menschenwürde und das Kindeswohl ein striktes Verbot?, S. 162; *Gössl/Sanders*, JZ 2022, 492 (496); *Reitter*, Rechtspaternalismus und Biomedizin, S. 374; *Jarass*, in: *Jarass/Piero*, GG, Art. 1 Rn. 24; *Herdegen*, in: *Dürig/Herzog/Scholz*, GG, Art. 1 Rn. 104.

<sup>74</sup> *Esser*, in: *Albers/Gassner/Rosenau*, Ist das Verbot der Leihmutterchaft in Deutschland noch haltbar?, S. 267; *Reitter*, Rechtspaternalismus und Biomedizin, S. 374; *Wellenhofer*, in: *MüKo-BGB*, Bd. X, 8. Aufl. (2020), § 1591 Rn. 55.

<sup>75</sup> *Schölmerich*, in: *Schramm/Wermke*, Entwicklungspsychologische Aspekte der Leihmutterchaft, 2018, S. 212; *Esser*, in: *Albers/Gassner/Rosenau*, Ist das Verbot der Leihmutterchaft in Deutschland noch haltbar?, S. 127; *Funcke*, NZFam 2016, 207 (212); *Gössl/Sanders*, JZ 2022, 492 (496); *Hillgruber*, JZ 2020, 12 (14).

letzten Drittel der Schwangerschaft an die Sprache und Sprechmelodie der austragenden Frau gewöhnen, sowie diese nach der Geburt auch wiedererkennen.<sup>76</sup> Demgegenüber gibt es keinerlei Erkenntnis, welche Auswirkungen für das Kind bestehen, wenn die Sprache und Sprechmelodie nach der Geburt wechselt.<sup>77</sup> Vielmehr bestätigen Studien, dass Babys kurz nach der Geburt bedingungslos bereit sind, Beziehungen aufzubauen. Daraus ist zu schließen, dass es nicht auf die genetische Verwandtschaft zu den Bezugspersonen nach der Geburt ankommt, sondern auf deren Verhalten.<sup>78</sup> Mithin ist eine Entwicklungsstörung allein durch die Trennung nach der Geburt nicht belegbar. Des Weiteren wird vorgetragen, dass das Wissen der Kinder um die Geburt durch eine Leihmutter zu tiefgreifenden Identitätskrisen führe.<sup>79</sup> Es bestehe eine Vergleichbarkeit mit der in Deutschland zulässigen Adoption und Samenspende.<sup>80</sup> Zur Adoption freigegebene Kinder nehmen die Weggabe der genetischen Mutter häufig als Kränkung wahr und zeigen dadurch vermehrt Identitäts- und Isolationsprobleme.<sup>81</sup> Kinder, die durch Samenspenden gezeugt wurden, sehen den Spender als Familienmitglied und ihre eigene Zeugung, als Warenproduktion.<sup>82</sup> Im Diskurs sind die Unterschiede der klassischen Adoption zur Leihmutterschaft festzustellen, wobei der wichtigste Unterschied der Entscheidungszeitpunkt ist.<sup>83</sup> Bezüglich der Samenspende werden Identitätskonflikte vermieden, weil der genetische Vater häufig auch der soziale Vater ist, bei dem das Kind aufwächst. Dadurch könnte die Leihmutterschaft für die Kinder leichter zu verarbeiten sein, als eine klassische Adoption.<sup>84</sup> Es ist darauf hinzuweisen, dass trotz bekannter Probleme und Schwierigkeiten sowohl die Samenspende als auch die Adoption umfassend erlaubt sind.<sup>85</sup> Es ist nicht ersichtlich, warum dieselben Probleme bei der Leihmutterschaft einen nicht zu rechtfertigenden Eingriff, in die körperliche Unversehrtheit der Kinder, darstellen sollen. Zusammenfassend ist die empirische Grundlage nicht ausreichend, um endgültige Aussagen, bezüglich der Entwicklung von Leihmutterkindern, zu tätigen. Allerdings sind die Studien aussagekräftiger als die Vermutungen der Gesetzesbegründung. Mithin sind die Aspekte der Identitätskrise und psychischen Entwicklung nicht ausreichend, um einen Eingriff in die körperliche Unversehrtheit der Kinder darzustellen.<sup>86</sup>

Darüber hinaus könnten die Reproduktionsmaßnahmen selbst, das Recht auf körperliche Unversehrtheit, verletzen. Es besteht erneut das Problem, dass noch kein Grundrechtsträger lebt, sodass nur die objektive Schutzpflicht des

<sup>76</sup> Granier-Deferre/Bassereau/Ribeiro/Jacquet/DeCasper, A Melodic Contour Repeatedly Experienced by Human Near-Term Fetuses Elicits a Profound Cardiac Reaction One Month after Birth, online abrufbar unter: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC3044162/pdf/pone.0017304.pdf> (zuletzt abgerufen am 8.9.2023), S. 2; Schölmerich, in: Schramm/Wermke, Entwicklungspsychologische Aspekte der Leihmutterschaft, S. 212; Esser, in: Albers/Gassner/Rosenau, Ist das Verbot der Leihmutterschaft in Deutschland noch haltbar?, S. 127 f.

<sup>77</sup> Schölmerich, in: Schramm/Wermke, Entwicklungspsychologische Aspekte der Leihmutterschaft, S. 212; Esser, in: Albers/Gassner/Rosenau, Ist das Verbot der Leihmutterschaft in Deutschland noch haltbar?, S. 127 f.; Wapler, in: Schramm/Wermke, Reproduktive Autonomie und ihre Grenzen – Leihmutterschaft aus verfassungsrechtlicher Perspektive, S. 124.

<sup>78</sup> Esser, in: Albers/Gassner/Rosenau, Ist das Verbot der Leihmutterschaft in Deutschland noch haltbar?, S. 128; Funcke, NZFam 2016, 207 (212); Schölmerich, in: Schramm/Wermke, Entwicklungspsychologische Aspekte der Leihmutterschaft, S. 213, 217; Gössl/Sanders, JZ 2022, 492 (496).

<sup>79</sup> Lang, JZ 2022, 327 (332); Hoven/Rostalski, JZ 2022, 482 (484); Schölmerich, in: Schramm/Wermke, Entwicklungspsychologische Aspekte der Leihmutterschaft, S. 210.

<sup>80</sup> Vgl. Funcke, NZFam 2016, 207 (212); Paetow, KriPoZ 2022, 346 (349); Hoven/Rostalski, JZ 2022, 482 (491); Schramm, in: Schramm/Wermke, Das verbotene Kind – Zur (straf-)rechtlichen Bewertung der Leihmutterschaft in Deutschland, S. 83; Esser, in: Albers/Gassner/Rosenau, Ist das Verbot der Leihmutterschaft in Deutschland noch haltbar?, S. 129; Lammers, Leihmutterschaft in Deutschland: Rechtfertigen die Menschenwürde und das Kindeswohl ein striktes Verbot?, S. 186.

<sup>81</sup> Funcke, NZFam 2016, 207-212 (212); Paetow, KriPoZ 2022, 346 (349); Hoven/Rostalski, JZ 2022, 482 (491).

<sup>82</sup> Funcke, NZFam 2016, 207-212 (212); Paetow, KriPoZ 2022, 346 (349); Wapler, in: Schramm/Wermke, Reproduktive Autonomie und ihre Grenzen – Leihmutterschaft aus verfassungsrechtlicher Perspektive, S. 126.

<sup>83</sup> S.o. I. 1. a) bb) – Recht auf körperliche Unversehrtheit Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG

<sup>84</sup> Zu Schwierigkeiten aufgrund von Adoption: Hoven/Rostalski, JZ 2022, 482 (491); Funcke, NZFam 2016, 207 (212); Gössl/Sanders, JZ 2022, 492 (496).

<sup>85</sup> Vgl. Samenspenderegistrierungsgesetz (SaRefG); Adoptionsvermittlungsgesetz (AdVermiG).

<sup>86</sup> Vgl. Schramm, in: Schramm/Wermke, Das verbotene Kind – Zur (straf-)rechtlichen Bewertung der Leihmutterschaft in Deutschland, S. 82; Lang, JZ 2022, 327 (335).

Staates besteht.<sup>87</sup> Eine Verletzung könnte vorliegen, wenn die medizinischen Maßnahmen nicht hinreichend erforscht wären und tatsächlich zu körperlichen Beeinträchtigungen der Embryonen und Kindern führen würden.<sup>88</sup> Gefahren durch Reproduktionstechniken sind nicht von der Hand zu weisen, jedoch kein spezielles Problem der Leihmutterschaft.<sup>89</sup> In Anbetracht der großen Zahl an zulässigem Reproduktionsverfahren ist nicht ersichtlich, warum die dabei möglichen Gefahren das Verbot der Leihmutterschaft rechtfertigen sollten.<sup>90</sup> Zusammenfassend liegt in dem Ausführen von Reproduktionstechniken ebenfalls kein Eingriff in das Grundrecht auf körperliche Unversehrtheit der Kinder.<sup>91</sup> Die Leihmutterschaft stellt in der Regel keinen Eingriff in das Recht auf körperliche Unversehrtheit der Kinder aus Art. 2 Abs. 1 S. 1 GG dar.

### cc) Gespaltene Elternschaft

Neben den medizinischen Begründungen wird vorwiegend der Einwand der gespaltenen Elternschaft angebracht.<sup>92</sup> Gespaltene Mutterschaft umschreibt das Auseinanderfallen von plazentarer und genetischer Mutter.<sup>93</sup> Das deutsche Recht legt gem. § 1591 BGB fest, dass die Frau, welche das Kind gebärt, rechtliche Mutter ist. Die nichtgenetische Mutter kann lediglich im Wege der Adoption nach §§ 1741 ff. BGB die rechtliche Mutter des Kindes werden.<sup>94</sup> Eine rechtliche Vaterstellung zu erreichen, ist einfacher. Vater ist, wer die Vaterschaft mit Zustimmung der unverheirateten Mutter anerkennt oder, wer zum Zeitpunkt der Geburt mit ihr verheiratet ist. Unerheblich ist dabei, ob genetische Verwandtschaft vorliegt. Zudem kann die genetische Vaterschaft gerichtlich festgestellt werden. Ist die Leihmutter verheiratet, besteht der Weg der Vaterschaftsanfechtung (vgl. §§ 1592 ff. BGB). Die unsichere Rechtslage in Bezug auf die Mutterschaft birgt vor allem da ein Risiko, wo sich die Wunscheltern gegen eine Adoption entscheiden. In diesem Fall hat die Leihmutter keine Möglichkeit, die rechtliche Mutterschaft aufzugeben.<sup>95</sup> Andersherum haben die Wunscheltern bei einem Umentscheiden der Leihmutter keinen Anspruch auf Herausgabe des Kindes, da der Vertrag gem. § 134 BGB/§ 138 BGB nichtig ist.<sup>96</sup> Dies sind erneut Probleme, welche vornehmlich dem Leihmutterschaftstourismus und den fehlenden Regelungen im deutschen Familienrecht geschuldet sind. Auch bei klassischer Adoption entsteht eine Form der gespaltenen Mutterschaft.<sup>97</sup> Da diese bei der Adoption jedoch genau geregelt ist, treten keine Schwierigkeiten auf. Mithin wäre auch dieser Konflikt im Rahmen der Leihmutterschaft durch den Gesetzgeber zu lösen.

Mit dem Aspekt der gespaltenen Mutterschaft, geht das Problem der Staaten- bzw. Elternlosigkeit einher.<sup>98</sup> Vornehmlich tritt das Problem bei der Inanspruchnahme von ausländischen Leihmüttern auf. Es gibt keine einheitliche Regelung zur Anerkennung der Elternschaft der Wunscheltern in Deutschland.<sup>99</sup> Unterschieden wird zwischen

<sup>87</sup> Esser, in: Albers/Gassner/Rosenau, Ist das Verbot der Leihmutterschaft in Deutschland noch haltbar?, S. 269.

<sup>88</sup> Wapler, in: Schramm/Wermke, Reproduktive Autonomie und ihre Grenzen – Leihmutterschaft aus verfassungsrechtlicher Perspektive, S. 119.

<sup>89</sup> Vgl. Reitter, Rechtspaternalismus und Biomedizin, S. 375; Wapler, in: Schramm/Wermke, Reproduktive Autonomie und ihre Grenzen – Leihmutterschaft aus verfassungsrechtlicher Perspektive, S. 119.

<sup>90</sup> Vgl. Wapler, in: Schramm/Wermke, Reproduktive Autonomie und ihre Grenzen – Leihmutterschaft aus verfassungsrechtlicher Perspektive, S. 119.

<sup>91</sup> Esser, in: Albers/Gassner/Rosenau, Ist das Verbot der Leihmutterschaft in Deutschland noch haltbar? S. 269; Wapler, in: Schramm/Wermke, Reproduktive Autonomie und ihre Grenzen – Leihmutterschaft aus verfassungsrechtlicher Perspektive, S. 120; Reitter, Rechtspaternalismus und Biomedizin, S. 377; Wellenhofer, in: MüKo-BGB, § 1591 Rn. 55.

<sup>92</sup> BT-Drs. 11/5460, S. 6; BT-Drs. 13/4899, S. 52; BT-Drs. 11/4154, S. 7.

<sup>93</sup> Wapler, in: Schramm/Wermke, Reproduktive Autonomie und ihre Grenzen – Leihmutterschaft aus verfassungsrechtlicher Perspektive, S. 124; Lang, JZ 2022, 327 (332).

<sup>94</sup> Lang, JZ 2022, 327 (332); Gössl/Sanders, JZ 2022, 492 (493); Schramm, in: Schramm/Wermke, Das verbotene Kind – Zur (straf-)rechtlichen Bewertung der Leihmutterschaft in Deutschland, S. 69 ff.

<sup>95</sup> Gössl/Sanders, JZ 2022, 492 (493); Hoven/Rostalski, JZ 2022, 482 (490).

<sup>96</sup> Wellenhofer, in: MüKo-BGB, § 1591 Rn. 20; Majer, NJW 2018, 2294 (2297); Lang, JZ 2022, 327 (334); Paetow, KriPoZ 2022, 346 (354).

<sup>97</sup> Vgl. Esser, in: Albers/Gassner/Rosenau, Ist das Verbot der Leihmutterschaft in Deutschland noch haltbar?, S. 250.

<sup>98</sup> Vgl. Dethloff, NJW 2018, 23 (28); Esser, in: Albers/Gassner/Rosenau, Ist das Verbot der Leihmutterschaft in Deutschland noch haltbar? S. 20; Paetow, KriPoZ 2022, 346 (354); Campbell, NJW 2018, 196 (197); Heiderhoff, NJW 2014, 2673 (2675).

<sup>99</sup> S.o. I. 3. B) - Internationaler Vergleich.

Ländern, in denen die Wunscheltern durch Gerichtsentscheidung rechtliche Eltern werden und solchen, in denen lediglich eine einfache Behördenentscheidung ergeht.<sup>100</sup> Unsicher ist die Rechtslage in den Fällen, in denen nur eine ausländische Behördenentscheidung vorliegt. Stets muss einer der Wunscheltern, in der Regel der Vater, beim deutschen Konsulat im Geburtsland des Kindes, die Vaterschaft anerkennen lassen. Nur so kann das Kind die deutsche Staatsbürgerschaft erhalten und legal nach Deutschland einreisen.<sup>101</sup> Liegt keine Gerichtsentscheidung vor, so ist deutsches Kollisionsrecht gem. Art. 19 Abs. 3 EGBGB anzuwenden. Demnach bekommt der Wunschvater nur einen deutschen Staatangehörigkeitsnachweis für das Kind, wenn er die nach deutschem Recht zu beurteilende Vaterstellung (§ 1592 BGB) nachweisen kann. Schlägt der Nachweis fehl oder wird die ausländische Behördenentscheidung nicht anerkannt, darf das Kind mangels deutscher Staatsangehörigkeit nicht einreisen.<sup>102</sup> Somit ist das Kind der Gefahr ausgesetzt, allein im Ausland verbleiben zu müssen, da sich die Eltern beispielsweise nicht für unbestimmte Zeit im Geburtsland aufhalten können. Dazu kommt, dass das Kind rechtlich elternlos werden könnte, da das ausländische Recht zu keinem Zeitpunkt eine Mutterschaft der Leihmutter vorsieht und das deutsche Recht eine Elternschaft der Wunscheltern nicht anerkennt. Zusammenfassend ist auch an dieser Stelle festzuhalten, dass das Problem der gespaltenen Mutterschaft, sowie der Staaten- oder Elternlosigkeit nur durch fehlende gesetzliche Regelungen entsteht. Würde der Gesetzgeber eine klare Zuordnung der Leihmutterkinder zu den rechtlichen Eltern treffen, wäre das Kind zu keinem Zeitpunkt einem Risiko ausgesetzt staaten- oder elternlos zu werden. Die zurzeit fehlende gesetzliche Ausgestaltung der rechtlichen Elternschaft kann das Verbot der Leihmuttertschaft nicht rechtfertigen.

*dd) Recht auf Kenntnis der Abstammung Art. 2 Abs. 1, Art. 1 Abs. 1 GG*

Im Zusammenhang mit den rechtlichen Identitätskonflikten könnte durch die Leihmuttertschaft weiterhin in das Recht auf Kenntnis der Abstammung eingegriffen werden. Das Recht auf Kenntnis der Abstammung ist eine Ausprägung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts nach Art. 2 Abs. 1, Art. 1 Abs. 1 GG, welches die Mitteilung der genetischen Eltern umfasst.<sup>103</sup> Als Abwehrrecht schafft Art. 2 Abs. 1, Art. 1 Abs. 1 GG keinen unmittelbaren Anspruch gegenüber dem Staat. Das Recht wirkt mittelbar im Wege der Drittwirkung von Grundrechten im Zivilrecht.<sup>104</sup> Die Kenntnis der Abstammung erlangt nicht nur Bedeutung im Rahmen von Erbkrankheiten, sondern ist darüber hinaus wichtig für eine gesunde Persönlichkeitsentwicklung der Kinder.<sup>105</sup> Durch neue Reproduktionsverfahren, beispielsweise der Leihmuttertschaft, darf die Verpflichtung des Gesetzgebers, zur Sicherstellung der Kenntnis der Abstammung, nicht unterlaufen werden.<sup>106</sup> Mithin wäre das Recht verletzt, wenn der Gesetzgeber dem Kind keine Möglichkeit schaffen würde, herauszufinden, wer die austragende Leihmutter gewesen ist. Im Vergleich zur Samenspende, bei der es das sogenannte Samenspenderregister und das entsprechende Gesetz gibt, scheint ein generelles Verbot, nicht das mildeste Mittel zu sein, um einen Eingriff in Art. 2 Abs. 1, Art. 1 Abs. 1 GG in der Ausprägung des Rechts auf Kenntnis der Abstammung, zu verhindern.<sup>107</sup> Potenzielle Verletzungen des

<sup>100</sup> *Behrentin/Grünwald*, NJW 2019, 2057 (2057); *Gössl/Sanders*, JZ 2022, 492 (494); *Campbell*, NJW 2018, 196 (196); *Heiderhoff*, NJW 2014, 2673 (2673).

<sup>101</sup> Vgl. *Engel*, ZEuP 2014, 538 (547); *Schramm*, in: Schramm/Wermke, Das verbotene Kind – Zur (straf-)rechtlichen Bewertung der Leihmuttertschaft in Deutschland, S. 74.

<sup>102</sup> Vgl. §§ 3 ff. AufenthG.

<sup>103</sup> *BGH*, Urt. v. 28.1.2015 – XII ZR 201/13; *BVerfG*, Urt. v. 13.2.2007 – 1 BvR 421/05.

<sup>104</sup> *Di Fabio*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 2 Rn. 214; *BGH*, Urt. v. 28.1.2015 – XII ZR 201/13.

<sup>105</sup> *Lammers*, Leihmuttertschaft in Deutschland: Rechtfertigen die Menschenwürde und das Kindeswohl ein striktes Verbot?, S. 163 f.; *BVerfG*, Urt. v. 31.1.1989 – 1 BvL 17/87, Rn. 33; *Esser*, in: Albers/Gassner/Rosenau, Ist das Verbot der Leihmuttertschaft in Deutschland noch haltbar?, S. 269 f.

<sup>106</sup> *Di Fabio*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 2 Rn. 213; *Lammers*, Leihmuttertschaft in Deutschland: Rechtfertigen die Menschenwürde und das Kindeswohl ein striktes Verbot?, S. 164.

<sup>107</sup> Vgl. *Lammers*, Leihmuttertschaft in Deutschland: Rechtfertigen die Menschenwürde und das Kindeswohl ein striktes Verbot?, S. 163 ff.; *Esser*, in: Albers/Gassner/Rosenau, Ist das Verbot der Leihmuttertschaft in Deutschland noch haltbar?, S. 271.

Rechts auf Kenntnis der Abstammung können das Verbot der Leihmutterschaft ebenfalls nicht rechtfertigen.<sup>108</sup>

#### *ee) Gewährleistung der elterlichen Pflege Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG*

Zuletzt könnte das Verbot der Leihmutterschaft durch das Grundrecht der Kinder auf Gewährleistung der elterlichen Pflege, welches aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG folgt, gerechtfertigt werden.<sup>109</sup> Die Schutzdimension des Rechts bezieht sich auf die Pflicht des Staates, die Eltern bei ihrem Erziehungsauftrag zu unterstützen, sowie diesen zu ergänzen.<sup>110</sup> Ein Eingriff durch die Leihmutterschaft ist insofern möglich, als dass durch ein Aufwachsen des Kindes getrennt von der leiblichen Mutter die persönliche Entwicklung gefährdet werden könnte.<sup>111</sup> Eine Gefährdung der Persönlichkeitsentwicklung ist nach bisheriger Untersuchung auszuschließen. Auch ist nicht ersichtlich, warum Wunscheltern ihren Erziehungs- und Pflegeauftrag schlechter erfüllen sollten. Studien, die das Kindeswohl und die Struktur der Leihmutterschaftsfamilien untersucht haben, bestätigen ein gutes Eltern-Kind-Verhältnis.<sup>112</sup> Zudem fällt unter die Gewährleistungspflicht des Staates Regelungen aufzustellen, die eine ordnungsgemäße Ausübung des Pflege- und Erziehungsauftrags, auch von anderen als den Eltern, garantieren.<sup>113</sup> Durch das zunehmende Phänomen des Leihmutterschaftstourismus nimmt auch das Problem der Anerkennung der rechtlichen Elternschaft zu. Vor allem in Bezug auf die rechtliche Mutterschaft bestehen erhebliche Defizite.<sup>114</sup> In diesen Fällen könnte das Gewährleistungsrecht des Staates eingreifen und der Gesetzgeber könnte dazu verpflichtet sein, der Elternlosigkeit entgegenzuwirken.<sup>115</sup> Zusammenfassend liegt durch die Leihmutterschaft kein Eingriff in das Recht auf Gewährleistung der elterlichen Pflege vor. Vielmehr fordert das Recht eine Regelung bezüglich der Elternschaft, wenn Kinder, trotz des Verbotes, von Leihmüttern geboren werden.

## *2. Gegen ein Verbot der Leihmutterschaft streitenden Aspekte*

Im Folgenden sollen die Argumente, die gegen ein Verbot der Leihmutterschaft sprechen, umfassend analysiert und diskutiert werden. Dabei werden soziale und ethische Aspekte thematisiert und Grundrechtsprüfungen vorgenommen. Um Inzidenzprüfungen zu vermeiden, werden zunächst die Grundrechtspositionen der Beteiligten genannt und abschließend eine Abwägung der Grundrechte vorgenommen.<sup>116</sup>

### *a) Soziale, ethische Aspekte*

In den vergangenen Jahren ist das in Deutschland herrschende Familienbild vom ehelichen Mutter-Vater-Kind-Gebilde offener und vielfältiger geworden.<sup>117</sup> Im europäischen Vergleich bekommen Frauen in Deutschland ihr

<sup>108</sup> Esser, in: Albers/Gassner/Rosenau, Ist das Verbot der Leihmutterschaft in Deutschland noch haltbar?, S. 271.

<sup>109</sup> BVerfG, Urt. v. 31.1.1989 – 1 BvL 17/87; BVerfG, Urt. v. 19.2.2013 – 1 BvL 1/11, 1 BvR 3247/09, Rn. 42.

<sup>110</sup> BVerfG, Beschl. v. 27.11.1990 – 1 BvR 402/87, Rn. 33; BVerfG, Urt. v. 19.2.2013 – 1 BvL 1/11, 1 BvR 3247/09, Rn. 42.

<sup>111</sup> Vgl. Esser, in: Albers/Gassner/Rosenau, Ist das Verbot der Leihmutterschaft in Deutschland noch haltbar?, S. 273.

<sup>112</sup> Ebd.

<sup>113</sup> BVerfG, Urt. v. 19.2.2013 – 1 BvL 1/11, 1 BvR 3247/09, Rn. 42; BVerfG, Urt. v. 16.1.2003 – 2 BvR 716/01; BVerfG, Beschl. v. 16.1.2002 – 1 BvR 1069/01; Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 6 Rn. 52; Esser, in: Albers/Gassner/Rosenau, Ist das Verbot der Leihmutterschaft in Deutschland noch haltbar?, S. 274.

<sup>114</sup> S.o. II. 1. A) bb) – Recht auf körperliche Unversehrtheit Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG.

<sup>115</sup> Vgl. Esser, in: Albers/Gassner/Rosenau, Ist das Verbot der Leihmutterschaft in Deutschland noch haltbar?, S. 274.

<sup>116</sup> BVerfG, Urt. v. 24.9.2003 – 2 BvR 143/02, Rn. 9; BVerfG, Beschl. v. 3.11.1987 – 1 BvR 1257/84, Rn. 40; BVerfG, Beschl. v. 7.3.1990 – 1 BvR 1215/87, Rn. 30.

<sup>117</sup> Wimbauer, Co-Parenting und die Zukunft der Liebe: Über post-romantische Elternschaft, 2021, S. 22; Schramm/Wermke, Die Pluralisierung von Familienformen und kulturellen Leitbildern im Kontext von gleichgeschlechtlicher und/oder assistierter Elternschaft, 2018, S. 37; Dethloff, NJW 2018, 23 (23).

erstes Kind immer später und gebären im Durchschnitt wenige Kinder mit 1,53 Kinder/Frau.<sup>118</sup> Dementsprechend wird die Reproduktionsmedizin allgemein weiter an Bedeutung gewinnen.<sup>119</sup> Ein Zulassen der Leihmutterschaft könnte zu mehr Geburten führen, was wiederum dem demographischen Wandel entgegen wirken könnte.<sup>120</sup> Dieser positive Nebeneffekt allein genügt nicht als Argument, die Leihmutterschaft zu legalisieren. Als stärker wiegendes Argument ist die psychische Belastung durch ungewollte Kinderlosigkeit zu nennen. Paare nehmen die ungewollte Situation als Mangel, Schwäche und Peinlichkeit wahr, als Defizit in der Rolle des eigenen Geschlechts.<sup>121</sup> Durch die gesellschaftliche Wahrnehmung von Kinderlosigkeit als etwas Unnatürliches wird der Druck weiter erhöht.<sup>122</sup> Die Inanspruchnahme einer Leihmutter kann die einzige Möglichkeit sein, ungewollte Kinderlosigkeit zu überwinden. Bereits zuvor wurde ausführlich dargestellt, dass die zumeist freiwilligen psychischen Belastungen sowohl der Leihmütter als auch der Kinder gering ausfallen.<sup>123</sup> Ungewollt kinderlose Paare werden ohne Entscheidungs- oder Abwägungsmöglichkeiten vor endgültige Zustände gestellt. Folglich wirkt die psychische Belastung auf Seiten der Wunscheltern stärker. Es liegt ein Argument für die Leihmutterschaft in Deutschland vor. Ein weiteres sozialbegründetes Argument stellt das Faktum dar, dass Leihmütterkinder Wunschkinder sind.<sup>124</sup> Wunscheltern durchleben zumeist einen langwierigen, anstrengenden und kostspieligen Prozess zum eigenen Kind.<sup>125</sup> Sie gelten als besonders kindorientiert und weisen ein überdurchschnittlich gutes Elternverhalten auf.<sup>126</sup> Mangels empirischer Grundlagen wird häufig versucht die Risiken der Adoption und Samenspende, als Argument für das Verbot, auf Leihmutterschaft zu übertragen.<sup>127</sup> Jedoch ist darauf hinzuweisen, dass trotz bekannter Probleme und Schwierigkeiten sowohl die Samenspende als auch die Adoption umfassend erlaubt sind.<sup>128</sup> Als stärkstes soziales Argument ist der Leihmutterschaftstourismus anzubringen. Das Verbot der Leihmutterschaft führt nicht zur Verhinderung von Leihmutterschaftskindern in Deutschland. Es wird vertreten, dass die Straffreiheit der Wunscheltern, im Rahmen des Verbotes, sogar den Leihmutterschaftstourismus fördert.<sup>129</sup> Im Wege der Globalisierung und des einfachen Informationsaustausches über das Internet nimmt der Leihmutterschaftstourismus sowie die Leihmutterschaft in Deutschland weiter zu.<sup>130</sup> Zusammenfassend sprechen viele gesellschaftliche Argumente für eine Legalisierung der Leihmutterschaft. Schwierigkeiten entstehen häufig erst durch das Verbot und könnten mittels gesetzlicher Regelungen überwunden oder zumindest vermindert werden. Jedoch können gesellschaftliche

<sup>118</sup> Statistisches Bundesamt, Europa, Das erste Kind kommt immer später, sinkende Geburtenziffern, online abrufbar unter: <https://www.destatis.de/Eu-ropa/DE/Thema/Bevoelkerung-Arbeit-Soziales/Bevoelkerung/Alter-bei-Ge-burt.html> (zuletzt abgerufen am 11.4.2023).

<sup>119</sup> Vgl. Leopoldina, Stellungnahme, Fortpflanzungsmedizin in Deutschland – für eine zeitgemäße Gesetzgebung, online abrufbar unter: [https://www.leopoldina.org/uplo-ads/tx\\_leopublication/2019\\_Stellungnahme\\_Fortpflanzungsmedi-zin\\_web\\_01.pdf](https://www.leopoldina.org/uplo-ads/tx_leopublication/2019_Stellungnahme_Fortpflanzungsmedi-zin_web_01.pdf) (zuletzt abgerufen am 11.4.2023).

<sup>120</sup> Vgl. Esser, in: Albers/Gassner/Rosenau, Ist das Verbot der Leihmutterschaft in Deutschland noch haltbar? S. 201 f.; Hoven/Rostalski, JZ 2022, 482 (51).

<sup>121</sup> Strauß, in: Schramm/Wermke, Psychosoziale Aspekte der ungewollten Kinderlosigkeit, 2018, S. 193; Lammers, Leihmutterschaft in Deutschland: Rechtfertigen die Menschenwürde und das Kindeswohl ein striktes Verbot?, 2016, S. 143 f.; BMFSFJ, Kinderlose Frauen und Männer, ungewollte oder gewollte Kinderlosigkeit im Lebenslauf und Nutzung von Unterstützungsangeboten, online abrufbar unter: <https://www.bmfsfj.de/resource/blob/94130/bc0479bf5f54e5d798720b32f9987bf2/kinderlose-frauen-und-maenner-ungewollte-oder-gewollte-kinderlosigkeit-im-lebenslauf-und-nutzung-von-unterstuetzungsangeboten-studie-data.pdf> (zuletzt abgerufen am 8.9.2023), S. 104 f.

<sup>122</sup> Esser, in: Albers/Gassner/Rosenau, Ist das Verbot der Leihmutterschaft in Deutschland noch haltbar?, S. 201 f.; Hoven/Rostalski, JZ 2022, 482 (48); Lammers, Leihmutterschaft in Deutschland: Rechtfertigen die Menschenwürde und das Kindeswohl ein striktes Verbot?, 2016, S. 143 f.

<sup>123</sup> S.o. II. 1. a) aa) Menschenwürde Art. 1 Abs. 1 GG; Sofern Entsprechende Regelungen getroffen werden, die ein umfassendes Auseinandersetzen mit der Situation der Schwangerschaft, sowie der Leihmutterstellung vor Vertragsschluss fordern.

<sup>124</sup> Paetow, KriPoZ 2022, 346 (349); Lammers, Leihmutterschaft in Deutschland: Rechtfertigen die Menschenwürde und das Kindeswohl ein striktes Verbot?, 2016, S. 186; Reitter, Rechtspaternalismus und Biomedizin, S. 377.

<sup>125</sup> Paetow, KriPoZ 2022, 346 (349).

<sup>126</sup> Schölmerich, in: Schramm/Wermke, Entwicklungspsychologische Aspekte der Leihmutterschaft, S. 217; Esser, in: Albers/Gassner/Rosenau, Ist das Verbot der Leihmutterschaft in Deutschland noch haltbar?, S. 49; Paetow, KriPoZ 2022, 346 (349).

<sup>127</sup> Vgl. Funcke, NZFam 2016, 207 (212); Paetow, KriPoZ 2022, 346 (349); Hoven/Rostalski, JZ 2022, 482-491 (491); Wapler, in: Schramm/Wermke, Reproduktive Autonomie und ihre Grenzen – Leihmutterschaft aus verfassungsrechtlicher Perspektive, S. 125 f.

<sup>128</sup> Vgl. Samenspenderegistergesetz (SaRefG); Adoptionsvermittlungsgesetz (AdVermiG).

<sup>129</sup> Lammers, Leihmutterschaft in Deutschland: Rechtfertigen die Menschenwürde und das Kindeswohl ein striktes Verbot?, S. 83.

<sup>130</sup> Lammers, Leihmutterschaft in Deutschland: Rechtfertigen die Menschenwürde und das Kindeswohl ein striktes Verbot?, S. 82 f.

Argumente ein bestehendes Verbot nicht rechtswidrig erscheinen lassen.

#### b) Grundrechte der Wunscheltern

##### aa) Recht auf reproduktive Selbstbestimmung Art. 6 Abs. 1 GG

Das Recht auf reproduktive Selbstbestimmung wird entweder an Art. 2 Abs. 1, 1 Abs. 1 GG oder an Art. 6 Abs. 1 GG angebunden.<sup>131</sup> Eine Abgrenzung welches Grundrecht konkret einschlägig ist, wird anhand des Fortpflanzungszwecks vorgenommen. Steht die reine Fortpflanzung ohne Familiengründung im Vordergrund, so ist Art. 2 Abs. 1, Art. 1 Abs. 1 GG einschlägig. Es fehlt an der für Art. 6 Abs. 1 GG erforderlichen Lebensgemeinschaft.<sup>132</sup> Vorliegend kommt es im Rahmen des Fortpflanzungsrechts der Wunscheltern jedoch gerade auf die Gründung einer Familien- und Lebensgemeinschaft mit dem Wunschkind an. Mithin ist auf Art. 6 Abs. 1 GG abzustellen. Fraglich ist, ob nur die natürliche oder auch die künstliche Fortpflanzung geschützt ist. Früher wurde vertreten, dass nur die natürliche Fortpflanzung umfasst sei.<sup>133</sup> Nach heutiger, herrschender Auffassung sind auch Reproduktionstechniken vom Schutzbereich umfasst.<sup>134</sup> Folglich fällt auch die Inanspruchnahme von Leihmutter-schaft als Reproduktionsmaßnahme in den Schutzbereich von Art. 6 Abs. 1 GG. Allerdings ist Art. 6 GG als Grundrecht primär ein Abwehrrecht gegen staatliche Eingriffe, kein Leistungsrecht des Bürgers auf staatliche Organisation oder Erlaubnis von reproduktionstechnischen Verfahren.<sup>135</sup>

Ein Eingriff in Art. 6 GG liegt vor, wenn einer Person durch staatliche Maßnahmen medizinisch mögliche Reproduktionsmaßnahmen versagt werden.<sup>136</sup> Leihmutter-schaft ist zwar nicht unmittelbar für die Wunscheltern verboten, jedoch für Reproduktionsmediziner. Mithin wirkt das Verbot mittelbar grundrechtseinschränkend für die Wunscheltern, sodass ein Eingriff anzunehmen ist.<sup>137</sup>

##### bb) Gleichheitsrecht Art. 3 Abs. 3 GG

Des Weiteren könnte in unzulässiger Weise in das Gleichheitsrecht aus Art. 3 GG der Wunscheltern eingegriffen werden. In Betracht kommt eine unzulässige Ungleichbehandlung aufgrund des Geschlechts nach Art. 3 Abs. 3 GG.<sup>138</sup> Vorliegend könnte die Ungleichbehandlung darin liegen, dass die Samenspende erlaubt ist, die Leihmutter-schaft hingegen nicht.<sup>139</sup> Gleichheit liegt insofern vor, als dass es sich jeweils um Reproduktionstechniken zur Überwindung von eigener Unfruchtbarkeit handelt.<sup>140</sup> Ungleich ist hingegen der zeitliche und kör-

<sup>131</sup> Paetow, KriPoZ 2022, 346 (352 f.); Lammers, Leihmutter-schaft in: Deutschland, Rechtfertigen die Menschenwürde und das Kindeswohl ein striktes Verbot?, 2016, S. 174 f.; Lang, JZ 2022, 327 (329); Wapler, in: Schramm/Wermke, Reproduktive Autonomie und ihre Grenzen – Leihmutter-schaft aus verfassungsrechtlicher Perspektive, S. 111 ff.; Hillgruber, JZ 2020, 12 (13).

<sup>132</sup> BVerfG, Beschl. v. 12.10.2010 – 1 BvL 14/09, Rn 59; BVerfG, Beschl. v. 9.4.2003 – 1 BvR 1493/96, Rn. 89; Hillgruber, JZ 2020, 12 (14); Lammers, Leihmutter-schaft in Deutschland: Rechtfertigen die Menschenwürde und das Kindeswohl ein striktes Verbot?, S. 176.

<sup>133</sup> Cortese/Feldmann, Streit 1985, 123 (130).

<sup>134</sup> EGMR, NJW 2009, 971 (971); Lammers, Leihmutter-schaft in Deutschland: Rechtfertigen die Menschenwürde und das Kindeswohl ein striktes Verbot?, S. 176; Hillgruber, JZ 2020, 12 (14); Paetow, KriPoZ 2022, 346 (353); Lang, JZ 2022, 327 (329); Müller-Terpitz, in: Spickhoff, Medizinrecht, 4. Aufl. (2022), Art. 6 GG Rn. 3; Esser, in: Albers/Gassner/Rosenau, Ist das Verbot der Leihmutter-schaft in Deutschland noch haltbar?, S. 240.

<sup>135</sup> Müller-Terpitz, in: Spickhoff, Medizinrecht, Art. 6 GG Rn. 4; Lang, JZ 2022, 327 (329); Lammers, Leihmutter-schaft in Deutschland: Rechtfertigen die Menschenwürde und das Kindeswohl ein striktes Verbot?, S. 177; Wellenhofer, in: MüKo-BGB, § 159 Rn. 48.

<sup>136</sup> Lang, JZ 2022, 327 (329); Lammers, Leihmutter-schaft in Deutschland Rechtfertigen die Menschenwürde und das Kindeswohl ein striktes Verbot?, S. 178.

<sup>137</sup> Vgl. Lammers, Leihmutter-schaft in Deutschland: Rechtfertigen die Menschenwürde und das Kindeswohl ein striktes Verbot?, S. 178.

<sup>138</sup> BVerfG, Beschl. v. 7.10.1980 – 1 BvL 50/79; BVerfG, Beschl. v. 9.3.1994 – 2 BvL 43/92.

<sup>139</sup> Vgl. Wapler, in: Schramm/Wermke, Reproduktive Autonomie und ihre Grenzen – Leihmutter-schaft aus verfassungsrechtlicher Perspektive, S. 134; Esser, in: Albers/Gassner/Rosenau, Ist das Verbot der Leihmutter-schaft in Deutschland noch haltbar?, S. 246; Majer, NJW 2018, 2294 (2297); Reitter, Rechtspaternalismus und Biomedizin, S. 354.

<sup>140</sup> Reitter, Rechtspaternalismus und Biomedizin, S. 354; Wapler, in: Schramm/Wermke, Reproduktive Autonomie und ihre Grenzen – Leihmutter-schaft aus verfassungsrechtlicher Perspektive, S. 134; Majer, NJW 2018, 2294 (2297).

perliche Aufwand den Samenspende beziehungsweise Leihmutterschaft mit sich bringen. Wohingegen eine Samenspende schnell und einfach möglich ist, gehen mit der Leihmutterschaft Schwangerschafts- und Geburtsbeschwerden, über einen Zeitraum von ungefähr neun Monaten, einher.<sup>141</sup> Die Eingriffsintensität der medizinischen Verfahren ist allein nicht ausreichend, eine Ungleichbehandlung zu rechtfertigen.<sup>142</sup> Anders sind die Umstände zu beurteilen, die der Gesetzgeber durch die Komplexität der Leihmutterschaft (bspw. gespaltene Mutterschaft) im Gegensatz zur Samenspende, als negative Auswirkungen auf das Kindeswohl befürchtet.<sup>143</sup> Allerdings sind die Argumente des Gesetzgebers bloße Vermutungen, die nicht empirisch belegt werden können.<sup>144</sup> Mithin sind sie nicht tauglich, einen Eingriff in die Gleichheitsrechte zu rechtfertigen.<sup>145</sup> Insgesamt liegen in der Samenspende und der Leihmutterschaft, aufgrund der unterschiedlichen Intensität, keine vergleichbaren Gegenstücke, sodass bereits ein Eingriff abzulehnen ist.<sup>146</sup>

### *cc) Zwischenergebnis*

Zusammenfassend ist festzustellen, dass durch das Verbot der Leihmutterschaft ein Eingriff in das Recht auf reproduktive Selbstbestimmung der Wunscheltern vorliegt. Ein Ausgleich ist im Rahmen der praktischen Konkordanz vorzunehmen. Mangels eines Eingriffs ist eine Verletzung des Art. 3 Abs. 3 GG abzulehnen.

### *c) Grundrechte der Leihmütter*

#### *aa) Allgemeines Persönlichkeitsrecht Art. 2 Abs. 1, Art. 1 Abs. 1 GG*

Durch die Untersagung ein Kind für einen anderen auszutragen, könnte in das allgemeine Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 Abs. 1, Art. 1 Abs. 1 GG der Leihmütter eingegriffen werden. Die Tätigkeit der Leihmutter ist insoweit geschützt, als dass die Entscheidung für eine Schwangerschaft stets die persönliche Entwicklung betrifft. Durch das Verbot liegt ein Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht der potenziellen Leihmutter vor.<sup>147</sup>

#### *bb) Allgemeine Handlungsfreiheit Art. 2 Abs. 1 GG*

Neben dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht ist auch die allgemeine Handlungsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG verletzt. Tangiert ist Art. 2 Abs. 1 GG im Rahmen der Privatautonomie der Leihmutter sowie in ihrem Recht auf Selbstbestimmung bezüglich ihrer körperlichen Unversehrtheit.<sup>148</sup> Die allgemeine Handlungsfreiheit tritt als Auffanggrundrecht hinter dem spezielleren Grundrecht aus Art. 2 Abs. 1, Art. 1 Abs. 1 GG zurück.<sup>149</sup>

<sup>141</sup> Vgl. *Wapler*, in: Schramm/Wermke, Reproduktive Autonomie und ihre Grenzen – Leihmutterschaft aus verfassungsrechtlicher Perspektive, S. 134; *Esser*, in: Albers/Gassner/Rosenau, Ist das Verbot der Leihmutterschaft in Deutschland noch haltbar?, S. 248.

<sup>142</sup> *Esser*, in: Albers/Gassner/Rosenau, Ist das Verbot der Leihmutterschaft in Deutschland noch haltbar?, S. 248.

<sup>143</sup> BT-Drs. 11/5460, S. 6; BT-Drs. 13/4899, S. 52; BT-Drs. 11/4154, S. 7.

<sup>144</sup> S.o. II. 1. b) bb) – Körperliche Unversehrtheit Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG.

<sup>145</sup> *Esser*, in: Albers/Gassner/Rosenau, Ist das Verbot der Leihmutterschaft in Deutschland noch haltbar?, S. 250.

<sup>146</sup> *Lammers*, Leihmutterschaft in Deutschland: Rechtfertigen die Menschenwürde und das Kindeswohl ein striktes Verbot?, S. 194; *Wapler*, in: Schramm/Wermke, Reproduktive Autonomie und ihre Grenzen – Leihmutterschaft aus verfassungsrechtlicher Perspektive, S. 134; *Reitter*, Rechtspaternalismus und Biomedizin, S. 354 ff.

<sup>147</sup> *Windthorst*, in: Gröpl/Windthorst/von Coelln, Studienkommentar zum GG, Art. 2 Rn. 70, 70a, 75; *Wapler*, in: Schramm/Wermke, Reproduktive Autonomie und ihre Grenzen – Leihmutterschaft aus verfassungsrechtlicher Perspektive, S. 113; *Lammers*, Leihmutterschaft in Deutschland: Rechtfertigen die Menschenwürde und das Kindeswohl ein striktes Verbot?, S. 194; a.A.: *Reitter*, Rechtspaternalismus und Biomedizin, S. 368.

<sup>148</sup> *Esser*, in: Albers/Gassner/Rosenau, Ist das Verbot der Leihmutterschaft in Deutschland noch haltbar?, S. 243 f.; *Wapler*, in: Schramm/Wermke, Reproduktive Autonomie und ihre Grenzen – Leihmutterschaft aus verfassungsrechtlicher Perspektive, S. 113.

<sup>149</sup> *BVerfG*, Urt. v. 16.1.1957 – 1 BvR 253/53; *Wapler*, in: Schramm/Wermke, Reproduktive Autonomie und ihre Grenzen – Leihmutterschaft aus verfassungsrechtlicher Perspektive, S. 113.



*cc) Ehe und Familie Art. 6 Abs. 1 GG*

Ein Schutz der Leihmütter über Art. 6 GG scheidet aus. Es geht gerade nicht um die vom Schutzbereich umfasste Bildung einer familiären Lebensgemeinschaft.<sup>150</sup> Vielmehr steht die reine Fortpflanzung für einen anderen im Vordergrund.

*dd) Berufsfreiheit Art. 12 Abs. 1 GG*

Auch könnte das Verbot der Leihmutterschaft in die Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG der Leihmütter eingreifen. Ein Beruf ist jede auf Dauer ausgeübte Tätigkeit, die der Schaffung oder dem Erhalt einer Lebensgrundlage dienen soll.<sup>151</sup> Frauen, welche nur einmalig als Leihmutter tätig werden, fallen bereits nicht unter den Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG. Es fehlt am charakteristischen Element der Dauerhaftigkeit.<sup>152</sup> Zudem ist altruistischen Leihmutterschaft, bei der nur eine Aufwandsentschädigung bezahlt wird, nicht umfasst. Die Aufwandsentschädigung ist nicht zur Schaffung oder Aufrechterhaltung der Lebensgrundlage geeignet.<sup>153</sup> Lediglich Frauen, die mehr als einmal in kommerzieller Weise Leihmutter werden, könnten sich auf Art. 12 Abs. 1 GG berufen.<sup>154</sup>

*ee) Gleichheitsrecht Art. 3 Abs. 3 GG*

Neben den Freiheitsrechten könnte auch das Gleichheitsrecht der Leihmütter aus Art. 3 Abs. 3 GG verletzt sein. Eine Ungleichbehandlung aufgrund des Geschlechts liegt vor. Männer können durch die Samenspende andere Paare bei der Fortpflanzung unterstützen, wohingegen Techniken, die eine Unterstützung von Frauen ermöglichen würden, verboten sind.<sup>155</sup> Jedoch ist, wie zuvor bei den Grundrechten der Wunscheltern festgestellt, die Samenspende nicht das Pendant zur Leihmutterschaft. Folglich ist ein Eingriff in Art. 3 Abs. 3 GG mangels Vergleichbarkeit abzulehnen.

*ff) Zwischenergebnis*

Durch das Verbot der Leihmutterschaft in Deutschland wird in das allgemeine Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 Abs. 1, Art. 1 Abs. 1 GG der potenziellen Leihmütter eingegriffen. Ein Eingriff in Art. 6 Abs. 1 GG, Art. 12 Abs. 1 GG sowie Art. 3 Abs. 3 GG ist abzulehnen.

*d) Schutz von Ehe und Familie Art. 6 Abs. 1 GG*

Neben dem bereits erläuterten Individualgrundrecht aus Art. 6 Abs. 1 GG besteht eine staatliche Institutionsgarantie mit dem Telos, wesentliche Strukturen der Ehe und der Familie zu erhalten.<sup>156</sup> In Bezug auf das Leihmutterschaftsverbot könnte in dem Auseinanderfallen der sozialen und genetischen Elternschaft ein Wertverlust der Familie gesehen werden und damit ein Verstoß gegen die Institutionsgarantie aus Art. 6 Abs. 1 GG vorliegen.<sup>157</sup> Dem ist entgegenzuhalten, dass die Grundrechte entwicklungs offen sind und sie sich gesellschaftlichen sowie

<sup>150</sup> S.o. II. 1. b) cc) – Gespaltene Elternschaft.

<sup>151</sup> Von Coelln/Gröpl, in: Gröpl/Windthorst/von Coelln, Studienkommentar zum GG, Art. 12 Rn. 16; Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 12 Rn. 6.

<sup>152</sup> BVerfG, Urt. v. 17.2.1998 – 1 BvF 1/91, Rn. 90.

<sup>153</sup> Lammers, Leihmutterschaft in Deutschland: Rechtfertigen die Menschenwürde und das Kindeswohl ein striktes Verbot?, S. 194; Esser, in: Albers/Gassner/Rosenau, S. 243.

<sup>154</sup> Lammers, Leihmutterschaft in Deutschland: Rechtfertigen die Menschenwürde und das Kindeswohl ein striktes Verbot?, S. 194.

<sup>155</sup> Ebd.

<sup>156</sup> BVerfG, Beschl. v. 17.1.1957 – 1 BvL 4/54; BVerfG, Beschl. v. 29.6.1968 – 1 BvL 20/63; BVerfG, Beschl. v. 4.5.1971 – 1 BvR 636/1968.

<sup>157</sup> Vgl. Esser, in: Albers/Gassner/Rosenau, Ist das Verbot der Leihmutterschaft in Deutschland noch haltbar?, S. 276; Lammers, Leihmutterschaft in Deutschland: Rechtfertigen die Menschenwürde und das Kindeswohl ein striktes Verbot?, S. 166.

technischen Veränderungen anpassen müssen.<sup>158</sup> Bereits im Jahr 2003 hat das *BVerfG* festgestellt, dass eine biologische Verwandtschaft der Eltern zum Kind nicht notwendig ist, vielmehr stehe eine Lebens- und Erziehungsgemeinschaft im Fokus.<sup>159</sup> Damit stehen die Wunscheltern und das Kind als Familie nicht im Widerspruch zu Art. 6 Abs. 1 GG.<sup>160</sup> Dies ist auch insofern nachvollziehbar, als dass heute auch die Adoptivfamilie, die Pflegefamilie sowie ein homosexuelles Paar mit Kind als Familie anerkannt werden.<sup>161</sup> Anhaltspunkte, die Gefährdungen und Belastungen für die Ehe und Familie der Leihmutter darstellen, sind jedenfalls nicht in der Dimension ersichtlich, dass sie das Verbot der Leihmutterschaft rechtfertigen könnten.<sup>162</sup> Dasselbe gilt für die Ehe der Wunscheltern.<sup>163</sup> Mithin ist festzustellen, dass durch ein Zulassen der Leihmutterschaft nicht in die Institutionsgarantie des Art. 6 Abs. 1 GG eingegriffen würde.

#### e) Grundrechte Dritter

Neben Grundrechtsbeeinträchtigungen der Leihmütter, Wunscheltern und Kinder könnten Eingriffe in Grundrechte Dritter vorliegen. In Betracht kommt ein Eingriff in die Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG und die Wissenschaftsfreiheit nach Art. 5 Abs. 3.<sup>164</sup>

##### aa) Berufsfreiheit Art. 12 Abs. 1 GG

Durch das Verbot der Leihmutterschaft könnte in die Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG von Reproduktionsmedizinern und Vermittlungstätigen eingegriffen werde. Ein Beruf ist jede auf Dauer ausgeübte Tätigkeit, die der Schaffung oder dem Erhalt einer Lebensgrundlage dienen soll.<sup>165</sup> Das Ausüben von Reproduktionstechniken durch medizinisches Personal, sowie die Vermittlungen von Leihmutterschaft stellen einen Beruf im Sinne des Art. 12 GG dar.<sup>166</sup> Die Tätigkeiten der Mediziner und Vermittlungstätigen fallen in den Schutzbereich der Berufsausübung.<sup>167</sup> Es ist für die Eröffnung des Schutzbereichs unerheblich, dass die Leihmutterschaft einfachgesetzlich verboten ist.<sup>168</sup> Ein Eingriff in die Berufsfreiheit ist durch förmliches Gesetz, Rechtsverordnung oder Satzung mit berufsregelnder Tendenz möglich.<sup>169</sup> Vorliegend könnte ein Eingriff durch das gesetzliche Verbot der Leihmutterschaft gem. § 1 Abs. 1 Nr. 7 ESchG, §§ 13c ff. AdVermiG gegeben sein. Mediziner sowie Vermittlungstätige werden durch das Verbot in ihrem Recht auf freie Ausübung ihres Berufes eingeschränkt. Es liegt ein Eingriff mit objektiv berufsregelnder Tendenz vor.<sup>170</sup>

Der Eingriff in Art. 12 Abs. 1 GG könnte gerechtfertigt werden. Nach der Dreistufenlehre ist wegen eines Eingriffs

<sup>158</sup> Vgl. *BVerfG*, Urt. v. 17.6.2002 – 1 BvF 1/01; *BVerfG*, Beschl. v. 6.11.2019 – 1 BvR 16/13; *Esser*, in: Albers/Gassner/Rosenau, Ist das Verbot der Leihmutterschaft in Deutschland noch haltbar?, S. 276.

<sup>159</sup> *BVerfG*, Beschl. v. 9.4.2003 – 1 BvR 1493/96; *BVerfG*, Beschl. v. 12.10.2010 – 1 BvL 14/09.

<sup>160</sup> *Schramm*, in: Schramm/Wermke, Das verbotene Kind – Zur (straf-)rechtlichen Bewertung der Leihmutterschaft in Deutschland, S. 73 f.; *Esser*, in: Albers/Gassner/Rosenau, Ist das Verbot der Leihmutterschaft in Deutschland noch haltbar?, S. 276.

<sup>161</sup> *BVerfG*, Beschl. v. 18.4.1989 – 2 BvR 1169/84; *BVerfG*, Beschl. v. 17.10.1984 – 1 BvR 284/84; *BVerfG*, Urt. v. 19.2.2013 – 1 BvL 1/11, 1 BvR 3247/09.

<sup>162</sup> Vgl. *Reitter*, Rechtspaternalismus und Biomedizin, S. 198; *Lammers*, Leihmutterschaft in Deutschland: Rechtfertigen die Menschenwürde und das Kindeswohl ein striktes Verbot?, S. 168 f.

<sup>163</sup> *Lammers*, Rechtfertigen die Menschenwürde und das Kindeswohl ein striktes Verbot?, S. 169 f.

<sup>164</sup> *Esser*, in: Albers/Gassner/Rosenau, Ist das Verbot der Leihmutterschaft in Deutschland noch haltbar?, S. 244.

<sup>165</sup> *Von Coelln/Gröpl*, in: Gröpl/Windthorst/von Coelln, Studienkommentar zum GG, Art. 12 Rn. 16; *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 12 Rn. 6.

<sup>166</sup> *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 12 Rn. 6 ff.; *Scholz*, in: Düring/Herzog/Scholz, GG, Art. 12 Rn. 29 ff.; *von Coelln/Gröpl*, in: Gröpl/Windthorst/von Coelln, Studienkommentar zum GG, Art. 12 Rn. 16.

<sup>167</sup> *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 12 Rn. 10; *von Coelln/Gröpl*, in: Gröpl/Windthorst/von Coelln, GG, Art. 12 Rn. 14 f.

<sup>168</sup> *BVerfG*, Urt. v. 28.3.2006 – 1 BvR 1054/01; *BVerfG*, Beschl. v. 30.6.2020 – 1 BvR 1679/17, 1 BvR 2190/17; *Scholz*, in: Düring/Herzog/Scholz, GG, Art. 12 Rn. 38.

<sup>169</sup> *Von Coelln/Gröpl*, in: Gröpl/Windthorst/von Coelln, Studienkommentar zum GG, Art. 12 Rn. 37, 42; *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 12 Rn. 14, 30.

<sup>170</sup> Vgl. *Lammers*, Leihmutterschaft in Deutschland: Rechtfertigen die Menschenwürde und das Kindeswohl ein striktes Verbot?, S. 197.

auf erster Stufe eine Rechtfertigung durch entgegenstehende Gemeinwohlinteressen möglich.<sup>171</sup> Im Rahmen der Verhältnismäßigkeit müsste der Eingriff einen legitimen Zweck verfolgen.<sup>172</sup> Als legitimer Zweck wird der Schutz von Gemeinwohlbelangen der Leihmütter und Wunschkinder angebracht. Durch das Verbot soll vor allem die Menschenwürde der Leihmütter und Kinder gewahrt, sowie die Körperliche Unversehrtheit geschützt werden.<sup>173</sup> Wie bereits zuvor umfassend untersucht sind weder Grundrechtsverletzungen bei den Leihmüttern noch bei den durch Leihmutterschaft geborenen Kindern, zu erwarten. Die vom Gesetzgeber angebrachten Befürchtungen stellen keine Grundrechtseingriffe dar. Vielmehr sind durch das Verbot Grundrechte der Leihmütter und Kinder eingeschränkt. Mithin liegt bereits kein legitimer Zweck vor, der den Eingriff in Art. 12 Abs. 1 GG rechtfertigen könnte. Auch wurde im Rahmen des Rechts auf reproduktive Selbstbestimmung festgestellt, dass ein generelles Verbot nicht das mildeste Mittel darstellt, um die ggf. vorliegende Grundrechtsverletzung zu rechtfertigen. Als milderer Mittel kommen umfassende Regeln zur Ausübung in Betracht. Das Verbot ist nicht erforderlich. Der Eingriff in Art. 12 Abs. 1 GG lässt sich mangels legitimen Zwecks und mangels Erforderlichkeit nicht rechtfertigen. Das Verbot der Leihmutterschaft ist Wegen des nicht zu rechtfertigenden Eingriffs in die Berufsfreiheit verfassungswidrig.<sup>174</sup>

#### *bb) Wissenschaftsfreiheit Art. 5 Abs. 3 GG*

In Bezug auf die Wissenschaftsfreiheit von Forschern ist festzustellen, dass der Schutzbereich eröffnet ist.<sup>175</sup> Sie werden durch das Verbot an der Erlangung von Kenntnissen über Leihmutterschaft oder auch die weiblichen Eizellen gehindert. Mithin liegt ein Eingriff vor.<sup>176</sup> Letztlich wird die Wissenschaftsfreiheit jedoch nur im Randbereich berührt, sodass Art. 12 Abs. 1 GG vorrangig anzuwenden ist.

#### *f) Abwägung der Grundrechte aller Beteiligten*

Abschließend ist festzustellen, dass durch das Leihmutterschaftsverbot in das Recht auf reproduktive Selbstbestimmung der Wunscheltern, in das allgemeine Persönlichkeitsrecht der potenziellen Leihmütter, sowie in die Berufsfreiheit von Reproduktionsmedizinern und Vermittlungstätigen eingegriffen wird. Eine Rechtfertigung des Eingriffs in die Berufsfreiheit scheitert im Rahmen der Verhältnismäßigkeit. Die weiteren Grundrechtseingriffe könnten im Rahmen der praktischen Konkordanz, zum Schutz andere Grundrechte, gerechtfertigt werden. Die in der Gesetzesbegründung befürchteten Würdeverletzungen, sowie Eingriffe in die körperliche Unversehrtheit konnten sich nicht als gegeben herausstellen. Auch weitere Grundrechte mit denen die Leihmutterschaft kollidieren könnte, werden nicht eingeschränkt. Beim Zulassen der altruistischen Leihmutterschaft, mit umfassenden Regeln, sind Verletzung nicht zu erwarten. Mithin sind keine Grundrechte ersichtlich, die im Rahmen einer praktischen Konkordanz die Eingriffe in Art. 2 Abs. 1, Art. 1 Abs. 1 GG und Art. 6 Abs. 1 GG rechtfertigen können.<sup>177</sup> Folglich greift das Verbot der Leihmutterschaft in unzulässiger Weise in das Recht auf reproduktive Selbstbestimmung der Wunscheltern, zumindest in das allgemeine Persönlichkeitsrecht der Leihmütter, sowie in das Recht auf

<sup>171</sup> *BVerfG*, Beschl. v. 23.3.1971 – 1 BvL 25/61; *BVerfG*, Beschl. v. 11.2.1992 – 1 BvR 1531/90; *BVerfG*, Urt. v. 10.6.2009 – 1 BvR 706/08, 1 BvR 814/08, 1 BvR 819/08, 1 BvR 832/08, 1 BvR 837/08; *BVerfG*, Urt. v. 13.12.2000 – 1 BvR 335/97.

<sup>172</sup> *Von Coelln/Gröpl*, in: Gröpl/Windthorst/von Coelln, Studienkommentar zum GG, Art. 12 Rn. 56 f.

<sup>173</sup> BT-Drs. 11/5460, S. 6; BT-Drs. 11/415, S. 6 f.

<sup>174</sup> Vgl. *Lammers*, Leihmutterschaft in Deutschland: Rechtfertigen die Menschenwürde und das Kindeswohl ein striktes Verbot?, S. 197; *Reitter*, Rechtspaternalismus und Biomedizin, S. 369.

<sup>175</sup> *BVerfG*, Beschl. v. 20.6.2010 – 1 BvR 748/06, Rn. 80; *BVerfG*, Beschl. v. 26.10.2004 – 1 BvR 911/00, 1 BvR 927/00, 1 BvR 928/00, Rn. 155; *BVerfG*, Beschl. v. 28.10.2008 – 1 BvR 462/06, Rn. 40.; vgl. *Lammers*, Leihmutterschaft in Deutschland: Rechtfertigen die Menschenwürde und das Kindeswohl ein striktes Verbot?, S. 195 f.

<sup>176</sup> *Reitter*, Rechtspaternalismus und Biomedizin, S. 369.

<sup>177</sup> *Lammers*, Leihmutterschaft in Deutschland: Rechtfertigen die Menschenwürde und das Kindeswohl ein striktes Verbot?, S. 197.

Berufsfreiheit von Medizinern und Vermittlungstätigen ein. Das Verbot der Leihmutterschaft ist in seiner gegenwärtigen Ausprägung verfassungswidrig.<sup>178</sup>

### 3. Fazit

Insgesamt ist bei der Abwägung der pro und contra Argumente bezüglich des Leihmutterschaftsverbots hervorzuheben, dass die gegen das Verbot streitenden Argumente überzeugender sind. Dies folgt vor allem aus den deutlichen Ergebnissen der Grundrechtsprüfung, welche insgesamt eine Grundrechtsverletzung durch die Leihmutterschaft verneint, aber Verletzungen durch das Verbot hervorbringt. Bei den Argumenten, die für das Verbot streiten, als auch bei solchen die nicht ausschließlich gegen das Verbot angebracht werden können, fällt auf, dass sie vornehmlich der kommerzielle Leihmutterschaft entgegenstehen. Abschließend ist festzustellen, dass ein Verbot der kommerziellen Leihmutterschaft in Deutschland zulässig sein kann. Ein Verbot der rein altruistische Leihmutterschaft ist hingegen verfassungswidrig.<sup>179</sup>

### III. Stellungnahme

Nach der vorgestellten Argumentation zum Verbot der Leihmutterschaft zeigt sich, dass Vermutungen als Grundlage der Argumentation verwendet wurden und die Moral- und Wertevorstellungen des Gesetzgebers eine entscheidende Rolle gespielt haben. Insbesondere im Rahmen der Grundrechtsprüfung ist festgestellt worden, dass mehr Grundrechtsverletzungen durch das Verbot eintreten, als durch dieses verhindert werden können. Auch bezüglich der weiteren Argumente fällt auf, dass das Verbot die Negativargumente hervorbringt. Beispielsweise durch fehlende Regelungen bezüglich der Elternschaft oder der Flucht der Wunscheltern ins Ausland. Mithin sprechen die deutlich besseren Argumente für ein Zulassen der altruistischen Leihmutterschaft in Deutschland. Dieser müsste ein umfassendes Regelwerk zugrunde gelegt werden, dass nicht nur die autonome Entscheidung der Leihmütter sicherstellt, sondern auch die Grundrechte der Kinder wahrt. Etwa das Recht auf Kenntnis der Abstammung mit Hilfe eines Leihmutterregisters. Darüber hinaus sollte die Leihmutterschaft meines Erachtens nur bei medizinischer Indikation sowie gleichgeschlechtlichen männlichen Paaren möglich sein. Weiterhin untersagt werden sollte sie bei eigennütziger Motivation, wie beruflicher Karriere oder dem Streben nach Schönheitsidealen. Auch sollten Auswahlkriterien für die Leihmutter aufgestellt werden. Leihmütter sollten nur die Frauen werden können, die bereits mindestens einmal erfolgreich ein Kind geboren hat. Nur so kann sichergestellt sein, dass die Frau sich über die Tragweite einer Schwangerschaft und Geburt bewusst ist. Im Rahmen einer Zulassung der Leihmutterschaft scheint es erforderlich Studien, zur Kontrolle der bisherigen Ergebnisse, durchzuführen. Außerdem sollte durch die Zulassung dem Leihmutterschaftstourismus entscheidend entgegengewirkt werden, damit die dadurch entstehende Schutzlosigkeit für alle Beteiligten wegfällt. Dies kann nur durch eine entsprechend attraktive Gestaltung der Leihmutterschaft in Deutschland geschehen. Insbesondere ist eine Deckelung der Kosten auf ein für jedermann mögliches Budget oder eine finanzielle Unterstützung durch die Krankenkasse geeignet, den Leihmutterschaftstourismus unattraktiver erscheinen zu lassen. Letztlich darf auch die Adoption im Diskurs nicht außer Acht gelassen werden. Es muss verhindert werden, dass die Zahl an zur Adoption freigegeben Kindern steigt, sowie die Anzahl an Adoptionen abnimmt. Insgesamt bin ich der Überzeugung, dass das Leihmutterschaftsverbot

<sup>178</sup> Vgl. Esser, in: Albers/Gassner/Rosenau, Ist das Verbot der Leihmutterschaft in Deutschland noch haltbar?, S. 277; Lammers, Leihmutterschaft in Deutschland: Rechtfertigen die Menschenwürde und das Kindeswohl ein striktes Verbot?, S. 197.

<sup>179</sup> Ebd.

nicht mehr zeitgemäß ist. Der Gesetzgeber sollte ein entsprechendes Gesetz zur Zulassung und Regelung der Leihmutterchaft erlassen sowie Reformen im Familienrecht vornehmen, um letztlich der Lebensrealität in Deutschland entsprechen zu können.

*Die Kriminalpolitische Zeitschrift (KriPoZ) darf dieses Werk unter den Bedingungen der Digital Peer Publishing Lizenz (DPPL) elektronisch übermitteln und zum Download bereitstellen. Der Lizenztext ist im Internet abrufbar unter der Adresse <http://nbn-resolving.de/urn:nbn:de:0009-dppl-v3-de0>.*