

Mohr Siebeck  
72010 Tübingen  
Postfach 20 40  
ISSN 0022-6882

Redaktion:  
72074 Tübingen  
Wilhelmstraße 18  
jz@mohrsiebeck.com

Telefon  
(07071) 923-52  
Telefax  
(07071) 923-67  
www.juristenzeitung.de

# Juristen JZ Zeitung

# 10

77. Jahrgang  
20. Mai 2022  
Seiten 473–524

Aus dem Inhalt:

**Christian Walter**

Der Ukraine-Krieg und das wertebasierte  
Völkerrecht

**Elisa Hoven und Frauke Rostalski**

Zur Legalisierung der Leihmutterchaft in  
Deutschland

**Susanne Gössl und Anne Sanders**

Die Legalisierung der Leihmutterchaft –  
Vorschläge für die familienrechtliche  
Regelung in Deutschland

**Boris Burghardt, Anja Schmidt  
und Leonie Steinl**

Der strafrechtliche Schutz der sexuellen  
Selbstbestimmung vor nicht-körperlichen  
Beeinträchtigungen

EuGH mit Anmerkung von

**Karl-Nikolaus Peifer**

Verpflichtung von Cloud-Dienstleistern  
zur Zahlung einer Privatkopie-Abgabe



## Herausgeber

Professor Dr. Dr. Eric Hilgendorf, Würzburg  
Professor Dr. Matthias Jestaedt, Freiburg i.Br.  
Professor Dr. Florian Möslin, LL.M. (London), Marburg  
Professor Dr. Astrid Stadler, Konstanz

Professor Dr. Bernhard Großfeld, Münster (bis 2000)  
Professor Dr. Dr. h.c. Herbert Roth, Regensburg (bis 2021)  
Professor Dr. Christian Starck, Göttingen (bis 2006)  
Professor Dr. Dr. h.c. Rolf Stürner, Freiburg i.Br. (bis 2012)

## Redaktion

Martin Idler, Tübingen

Mohr Siebeck

10 77. Jahrgang  
20. Mai 2022

# JZ Juristen Zeitung

Inhalt

## Aufsätze

Professor Dr. **Christian Walter**  
Der Ukraine-Krieg und das wertebasierte  
Völkerrecht **473**

Professorin Dr. **Elisa Hoven** und  
Professorin Dr. **Frauke Rostalski**  
Zur Legalisierung der Leihmutterchaft  
in Deutschland **482**

Professorin Dr. **Susanne Gössl**, LL.M. (Tulane) und  
Professorin Dr. **Anne Sanders**, M.Jur. (Oxford)  
Die Legalisierung der Leihmutterchaft – Vorschläge für  
die familienrechtliche Regelung in Deutschland **492**

Privatdozent Dr. **Boris Burghardt**, Dr. **Anja Schmidt**  
und Dr. **Leonie Steinl**, LL.M. (Columbia)  
Der strafrechtliche Schutz der sexuellen Selbstbestimmung  
vor nicht-körperlichen Beeinträchtigungen **502**

## Umschau

**Kurzbeitrag**  
50 Jahre Facharztbeschluss: Wesentlichkeitsdoktrin  
zwischen individueller und demokratischer Legitimation  
**Karoline Maria Linzbach** **511**

## Glückwunsch

Meinhard Schröder zum 80. Geburtstag  
Professor Dr. **Matthias Ruffert** und  
Professorin Dr. **Angela Schwerdtfeger** **515**

## Literatur

András Jakab (Hrsg.): Methoden und theoretische  
Grundlagen des österreichischen Verfassungsrechts.  
Eine Einführung für Fortgeschrittene  
Dr. Dr. **Péter Tschet** LL.M. **515**

## Entscheidung

EuGH, 24.3.2022 – C-433/20 Austro-Mechana GmbH  
./. Strato AG  
mit Anmerkung von  
Professor Dr. **Karl-Nikolaus Peifer**  
Verpflichtung von Cloud-Dienstleistern zur Zahlung  
einer Privatkopie-Abgabe **517**

## JZ Information

Aktuelles aus der Rechtsprechung/  
Aus dem Inhalt der nächsten Hefte **283\***  
Gesetzgebung **284\***  
Entscheidungen in Leitsätzen **285\***  
Neuerscheinungen **304\***  
Zeitschriftenübersicht **315\***  
Sammelwerk **319\***  
Impressum **319\***

Professorin Dr. Elisa Hoven, Leipzig, und Professorin Dr. Dr. Frauke Rostalski, Köln\*

## Zur Legalisierung der Leihmutterschaft in Deutschland

Die Leihmutterschaft ist in Deutschland verboten. Ärzte, die zu diesem Zweck eine künstliche Befruchtung durchführen oder einen menschlichen Embryo übertragen, machen sich strafbar. Die Regierungsparteien haben sich im Koalitionsvertrag vorgenommen, Möglichkeiten zur Legalisierung der altruistischen Leihmutterschaft zu prüfen. Der Beitrag untersucht die Legitimation eines strafbewehrten Verbots der Leihmutterschaft und zeigt Wege auf, wie die Rechte der Beteiligten durch verfahrensrechtliche Vorgaben abgesichert werden können.

### I. Einführung

In Deutschland ist fast jedes zehnte Paar zwischen 25 und 59 Jahren ungewollt kinderlos.<sup>1</sup> Die Regierungsparteien haben es sich zum Ziel gesetzt, diese Menschen besser zu unterstützen.<sup>2</sup> Dafür soll eine Kommission zur reproduktiven Selbstbestimmung und Fortpflanzungsmedizin auch die Möglichkeiten „der altruistischen Leihmutterschaft prüfen“. Bei einer Leihmutterschaft trägt die Leihmutter ein Kind aus, um es nach der Geburt dauerhaft den Wunscheltern zu überlassen.<sup>3</sup> Bislang ist eine Leihmutterschaft in Deutschland nicht möglich. Nach § 1 Abs. 1 Nr. 7 des Embryonenschutzgesetzes (ESchG) wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft, „wer es unternimmt, bei einer Frau, welche bereit ist, ihr Kind nach der Geburt Dritten auf Dauer zu überlassen (Leihmutter), eine künstliche Befruchtung durchzuführen oder auf sie einen menschlichen Embryo zu übertragen“. Die Leihmutter und die Wunscheltern werden von einer Strafbarkeit – etwa wegen einer Anstiftung des Arztes oder der Ärztin – nach § 1 Abs. 3 ESchG ausgenommen. Dennoch wird der Weg zur Leihmutterschaft in Deutschland durch das strafbewehrte Verbot in § 1 Abs. 1 Nr. 7 ESchG sowie flankierende Vorschriften des Adoptionsvermittlungsgesetzes versperrt. Die politische Konstellation der „Ampel“ erlaubt es, in dieser Legislaturperiode das strafbewehrte Verbot der Leihmutterschaft auf den Prüfstand zu stellen.

Der vorliegende Beitrag hinterfragt die Legitimation eines strafbewehrten Verbots der Leihmutterschaft. Er kommt zu dem Ergebnis, dass die Leihmutterschaft in Deutschland legalisiert werden sollte und unterbreitet Vorschläge für eine verfahrensrechtliche Absicherung der freiverantwortlichen Entscheidung der Beteiligten. Die Aufhebung des gegenwärtigen

strafrechtlichen Verbots lässt sich allerdings nicht unabhängig von den Folgen denken, die eine solche Entscheidung für das Familienrecht hat. Die Legalisierung der Leihmutterschaft bedarf umfassender zivilrechtlicher Regelungen, um die Elternschaft im Sinne der Betroffenen festzulegen und ihre Interessen in einen angemessenen Ausgleich zu bringen. Daher werden im nachfolgenden Beitrag von Gössl/Sanders Vorschläge für eine zivilrechtliche Ausgestaltung der Rechtsverhältnisse im Rahmen einer Leihmutterschaft entwickelt.<sup>4</sup>

### II. Hintergründe

Die Leihmutterschaft kann Menschen in verschiedenen Situationen helfen, ein Kind zu bekommen, das mit ihnen teilweise oder vollständig genetisch verwandt ist. Zum Beispiel kann das Austragen eines Kindes einer Frau<sup>5</sup> aus medizinischen Gründen nicht möglich sein, etwa wegen einer fehlenden Gebärmutter nach operativer Entfernung, schwerwiegenden Störungen der Gebärmutter schleimhaut oder erheblichen gesundheitlichen Risiken durch eine Schwangerschaft.<sup>6</sup> Denkbar ist auch, dass eine Frau aus beruflichen oder ästhetischen Gründen eine Leihmutterschaft der eigenen Schwangerschaft vorziehen würde.<sup>7</sup> Daneben treten biologische Gründe für den Wunsch nach einer Leihmutterschaft, insbesondere bei homosexuellen Paaren. Die Leihmutterschaft wird in der Regel mit einer Eizellspende durchgeführt, um eine genetische Verwandtschaft von Kind und Leihmutter zu vermeiden.<sup>8</sup> Wenn möglich, wird die Eizelle der Wunschmutter verwendet, um den Wunscheltern zu einer genetischen Elternschaft zu verhelfen, andernfalls wird die Eizelle einer Spenderin eingesetzt. Die Befruchtung erfolgt mit dem Samen des Wunschvaters oder eines Samenpenders. Damit sind bei der Leihmutterschaft verschiedene Personen involviert – die Leihmutter, Eizellen- oder Samenpenders. Damit sind bei der Leihmutterschaft verschiedene Personen involviert – die Leihmutter, Eizellen- oder Samenpenders sowie die Wunscheltern –, deren Beziehung zum Kind gesetzlicher Regelung bedarf. Leihmutterschaft ist in „altruistischer“ und in kommerzieller Form denkbar. „Altruistische“ Leihmutterschaft wird ohne Entgelt – allenfalls mit einer Aufwandsentschädigung – durchgeführt, oft zwischen Verwandten und engen Freunden.<sup>9</sup>

\* Professorin Dr. Elisa Hoven ist Inhaberin des Lehrstuhls für deutsches und ausländisches Strafrecht, Strafprozessrecht, Wirtschafts- und Medienstrafrecht an der Universität Leipzig. Professorin Dr. Dr. Frauke Rostalski ist Inhaberin eines Lehrstuhls für Strafrecht, Strafprozessrecht, Rechtsphilosophie und Rechtsvergleichung an der Universität zu Köln, sowie Mitglied des Deutschen Ethikrates.

<sup>1</sup> <https://www.bmfsfj.de/bmfsfj/themen/familie/schwangerschaft-und-kinderwunsch/ungewollte-kinderlosigkeit> (zuletzt abgerufen 1. 3. 2022).

<sup>2</sup> Koalitionsvertrag 2021–2025 zwischen der Sozialdemokratischen Partei Deutschlands (SPD), BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN und den Freien Demokraten (FDP), S. 116.

<sup>3</sup> Hierzu und zu möglichen terminologischen Abweichungen siehe Schumann, in: Rieger/Dahm/Katzenmeier/Stellpflug/Ziegler (Hrsg.), Heidelberg Kommentar Arztrecht Krankenhausrecht Medizinrecht, 85. Update 3/2021, 1. Terminologie Rn. 1.

<sup>4</sup> Gössl/Sanders JZ 2022, 492, in diesem Heft.

<sup>5</sup> Da die weit überwiegende Zahl der Personen mit einer Gebärmutter Frauen sind, wird dieser Begriff hier zugrunde gelegt. Das soll allerdings nicht den Blick darauf verstellen, dass Personen mit einer Gebärmutter auch eine andere Geschlechtsidentität haben können.

<sup>6</sup> Duden, Leihmutterschaft im Internationalen Privat- und Verfahrensrecht, 2015, S. 5; Bujard/Thorn Der Gynäkologe 2018, 639.

<sup>7</sup> Knoepffler/Münch, in: Schramm/Wermke (Hrsg.), Leihmutterschaft und Familie. Impulse aus Recht, Theologie und Medizin, 2018, S. 235, 240; Hörnle, in: Joerden/Hilgendorf/Thiele (Hrsg.), Menschenwürde und Medizin. Ein interdisziplinäres Handbuch, 2013, S. 743 formuliert etwa zusätzlich den Grund, die intendierte soziale Mutter wolle sich „die Mühen einer Schwangerschaft nicht zumuten“.

<sup>8</sup> Sanders, Mehrelternschaft, 2018, S. 229.

<sup>9</sup> Helms StAZ 2013, 114, 118; zur Unterscheidung zwischen altruistischer und kommerzieller Leihmutterschaft siehe außerdem Schramm, in: Schramm/Wermke (Fn. 7), S. 61, 86.

### III. Legitimation des strafbewehrten Verbots

Die deutsche Rechtslage sieht in § 1 Abs. 1 Nr. 7 ESchG eine Strafbarkeit desjenigen vor, der es unternimmt, bei einer Frau, die bereit ist, ihr Kind nach der Geburt Dritten auf Dauer zu überlassen (Ersatzmutter), eine künstliche Befruchtung durchzuführen oder auf sie einen menschlichen Embryo zu übertragen. Nicht strafbar macht sich nach Abs. 3 Nr. 2 der Vorschrift die Ersatzmutter sowie die Person, die das Kind auf Dauer bei sich aufnehmen will. Die Begrenzung der Strafbarkeit auf diejenigen, die das biomedizinische Verfahren an anderen durchführen (insbesondere Ärzte), erklärt sich im Wesentlichen mit dem Kindeswohl: Ein späteres Strafverfahren gegen die Leihmutter bzw. die Wunscheltern birgt auch für das Kind Konflikte, die der Gesetzgeber ausschließen wollte.<sup>10</sup> Zudem wird in der Gesetzesbegründung auf den Umstand hingewiesen, dass die Leihmutter selbst häufig nicht antizipiere, in welche Konflikte sie durch ihr Verhalten gerate. Zugunsten der Wunscheltern sei ferner zu berücksichtigen, dass sie aus dem tiefen Wunsch heraus handeln, ein eigenes Kind zu bekommen.<sup>11</sup> Beide Gesichtspunkte wirken sich erheblich unrechts- bzw. schuld mindernd aus, was ein Absehen von Strafe begründet.

Als Eingriffe in die Rechte der beteiligten Personen müssen sich sowohl das Verbot der Leihmutterschaft als auch dessen Strafbewehrung verfassungsrechtlich rechtfertigen lassen.<sup>12</sup> Dafür ist zu klären, welche Grundrechte durch die Untersagung der Leihmutterschaft betroffen sind und welche Rechtspositionen durch das Verbot geschützt werden sollen.

#### 1. Schutzwürdige Interessen der Wunscheltern und der Leihmutter

Art. 6 Abs. 1 GG verbürgt die Freiheit zur Familiengründung; sie gewährleistet nicht nur Schutz vor staatlichen Eingriffen in den natürlichen Zeugungsprozess, sondern auch die ungehinderte Inanspruchnahme tatsächlich möglicher technischer Verfahren der Reproduktion.<sup>13</sup> Verfassungsrechtlich geschützt ist dabei insbesondere auch das Recht der Betroffenen, Eltern eines von ihnen abstammenden Kindes zu werden; das Interesse an der Weitergabe der eigenen genetischen Ausstattung „entspringt einem menschlichen Grundbedürfnis und ist daher als Ausprägung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts anzuerkennen“, Art. 1 Abs. 1 i. V. mit Art. 2 Abs. 1 GG.<sup>14</sup> Der *EGMR* hat die Entscheidung, Vater oder Mutter eines genetisch mit ihm oder ihr verwandten Kindes zu werden, zu Recht als „einen besonders wichtigen Aspekt der Existenz oder Identität einer Person“ gewertet.<sup>15</sup> Bei einem Verbot der Leihmutterschaft ist zu be-

rücksichtigen, dass ein unerfüllter Kinderwunsch zu einer erheblichen seelischen und psychischen Belastung werden kann.<sup>16</sup> Neben der Rechtsposition der Wunscheltern sind durch das Verbot der Leihmutterschaft auch die Rechte der Frau betroffen, die sich als Leihmutter zur Verfügung stellen will. Die freiwillig durchgeführte Leihmutterschaft ist Ausdruck ihrer allgemeinen Handlungsfreiheit und selbstbestimmten Verfügung über ihren Körper.

#### 2. Gründe für die Legitimation des strafbewehrten Verbots und deren Entkräftung

Die Legitimation des strafbewehrten Verbots der Leihmutterschaft wird auf verschiedene Gründe gestützt, die die jeweiligen Rechtspositionen der beteiligten Personen in den Blick rücken.

##### a) Schutz von Würde und Persönlichkeitsentwicklung des Kindes

In Bezug auf das durch eine Leihmutterschaft entstandene Kind findet sich die Auffassung, die Umstände seiner Entstehung verstießen gegen seine Menschenwürde.<sup>17</sup> Durch die der Leihmutterschaft zugrunde liegende Vereinbarung zwischen Wunscheltern und Leihmutter werde das Kind verdinglicht und damit zum bloßen Objekt degradiert.<sup>18</sup> Die Argumentation fußt auf dem Gedanken einer Vorwirkung des rechtlichen Würdeschutzes. Gemeint ist, dass die Würde bereits vor der Nidation (Einnistung der Eizelle) oder gar der Verschmelzung der Keimzellen – also vor Beginn des menschlichen Lebens – seinem Träger zugeschrieben wird. Selbst wenn man ein solches rechtliches Konstrukt annehmen wollte,<sup>19</sup> kann das später geborene Kind allerdings nach hier vertretener Auffassung nicht durch Vorgänge in seiner Menschenwürde verletzt werden, die ihm erst zum Leben verholfen haben.<sup>20</sup> Ein so verstandener Würdeschutz richtete sich gegen die Existenz seines künftigen Trägers;<sup>21</sup> um die Würde des Kindes zu schützen, müsste sein Leben verhindert werden.<sup>22</sup> Wer von einer Vorwirkung der Menschenwürde ausgeht, müsste ohnedies auch eine solche Vorverlagerung des Schutzes im Hinblick auf das künftige Leben des Embryos annehmen. Dann geriete unmittelbar die vorwirkende Würde mit dem vorwirkenden Lebensschutz in Kollision – spätestens an dieser Stelle zeigt sich die mangelnde Überzeugungskraft eines solchen rechtlichen Konstrukts.

<sup>16</sup> Wellenhofer, in: MünchKommBGB (Fn. 13), § 1591 Rn. 48.

<sup>17</sup> Siehe zum Begriff der Menschenwürde die Darstellung bei Rostalski (Fn. 12), S. 37 ff. m. w. N.

<sup>18</sup> Majer NJW 2018, 2294, 2297; KG, Beschluss v. 1. 8. 2013 – 1 W 413/12 = BeckRS 2013, 14333, Rn. 28; Bertschi, Leihmutterschaft. Theorie, Praxis und rechtliche Perspektiven in der Schweiz, den USA und Indien, Bern, 2014, Rn. 115; Kreyß FPR 2013, 240, 242 f.

<sup>19</sup> Kritisch äußern sich insoweit Ernst, Am Anfang und Ende des Lebens – Grundfragen medizinischer Ethik, S. 236 ff.; A. Esser, Ist das Verbot der Leihmutterschaft in Deutschland noch haltbar? Eine rechtsphilosophische Analyse, 2021, S. 263 ff.

<sup>20</sup> Dreier, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz, 3. Aufl. 2018, Art. 1 Rn. 94.

<sup>21</sup> Wellenhofer GuP 2014, 127, 133.

<sup>22</sup> So auch Esser (Fn. 19), S. 266; Müller-Terpitz, in: Spickhoff (Hrsg.), Medizinrecht, 3. Aufl. 2018, Art. 6 GG Rn. 13. Anders Thomale, in: Ditzgen/Weller (Hrsg.), Regulierung der Leihmutterschaft, 2018, S. 147, 150 und Hillgruber JZ 2020, 12, 14. Überzeugend hingegen Richter Hassemer in seinem Sondervotum, NJW 2008, 1137, 1143: „Es verbietet sich schon von Verfassungs wegen, den Schutz der Gesundheit potenzieller Nachkommen zur Grundlage jedenfalls strafgesetzlicher Eingriffe zu machen. [...] Der Gedanke eines strafrechtlichen Schutzes potenzieller Nachkommen vor genetischen Schäden setzt [...] die absurde Abwägung des mutmaßlichen Interesses potenzieller gezeugten Nachwuchses an einem Leben mit genetischen Defekten einerseits mit einem mutmaßlichen Interesse an der eigenen Nichtexistenz andererseits voraus.“

<sup>10</sup> BR-Drs. 417/89, S. 20.

<sup>11</sup> BT-Drs. 11/5460, S. 9 f.

<sup>12</sup> Rostalski, Der Tatbegriff im Strafrecht, 2019, S. 64 ff., 77 ff. jeweils m. w. N. Siehe zum verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz Dechsling, Das Verhältnismäßigkeitsgebot, 1989; Grabitz AöR 98 (1973), 568 ff.; M. Jakobs, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, 1985; Schmidt-Aßmann, in: Isensee/Kirchhof/Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts I, 2. Aufl. 1995, § 24 Rn. 87; Wendt AöR 104 (1979), 414 ff.

<sup>13</sup> Ausführlich zu den verfassungsrechtlichen Grundlagen Hillgruber JZ 2020, 12; siehe auch Lang JZ 2022, 327, 329; Wellenhofer, in: MünchKommBGB, Bd. 10, 8. Aufl. 2020, § 1591 Rn. 48.

<sup>14</sup> Hillgruber JZ 2020, 12, 13; siehe auch Coester-Waltjen, Liber Amicorum Pintens, 2012, S. 329, 333; Wellenhofer, in: Festschrift 100 Jahre Rechtswissenschaft in Frankfurt, 2014, S. 563, 573 f.; Wellenhofer, in: MünchKommBGB (Fn. 13), § 1591 Rn. 56.

<sup>15</sup> EGMR (Große Kammer), Urteil v. 4. 12. 2007 – 44362/04 (Dickson/Vereinigtes Königreich) = NJW 2009, 971.

Durch die Leihmutterschaft kann daher nicht die Würde, sondern allenfalls das psychische Wohl des Kindes gefährdet sein.<sup>23</sup> Insoweit wird angenommen, die Geburt durch eine Leihmutter berge das Risiko späterer psychischer Konflikte für das Kind.<sup>24</sup> Diese Art der Entstehung könne sich negativ auf die Identitätsfindung des Kindes auswirken, da das Kind womöglich Schwierigkeiten entwickle, sich seinen Wunscheltern zuzuordnen.<sup>25</sup> Entsprechende Annahmen werden allerdings empirisch nicht bestätigt. Studien aus dem Ausland zeigen vielmehr, dass die Leihmutterschaft keinen negativen Einfluss auf die Entwicklung des Kindes hat.<sup>26</sup> Unsicherheiten über die empirische Datenlage – wie sie teilweise geltend gemacht werden<sup>27</sup> – können jedenfalls dann nicht zu erheblichen Freiheitsbeeinträchtigungen führen, wenn die behauptete Gefahr bereits psychologisch wenig plausibel ist. Denn die Entstehung durch eine Leihmutterschaft wird dem Kind in erster Linie verdeutlichen, wie sehr es von seinen Eltern gewünscht war.<sup>28</sup> Die Liebe der Eltern, nicht die Entstehungsbedingungen in der Phase der Schwangerschaft, legt den entscheidenden Grundstein für eine gesunde Persönlichkeitsentwicklung.<sup>29</sup> Auch unabhängig von den empirischen Befunden könnten die oben formulierten Bedenken ein Verbot der Leihmutterschaft nicht tragen. Schließlich dürfte außer Frage stehen, dass für das Kind ein Leben mit etwaigen psychischen Belastungen gegenüber der Nichtexistenz vorzugswürdig wäre – zumal psychischer Leidensdruck therapeutisch adressiert werden kann.

#### b) Schutz der Rechtsposition der Leihmutter

Das Verbot der Leihmutterschaft könnte auch mit der staatlichen Schutzverantwortung für die Leihmutter zu legitimieren sein. In Betracht käme hier eine Beeinträchtigung der Menschenwürde der Leihmutter sowie ihr Schutz vor psychischen Konflikten infolge der Leihmutterschaft.

##### aa) Leihmutterschaft als Verstoß gegen die Menschenwürde der Leihmutter?

Die Diskussion über eine Würdeverletzung der Leihmutter durch die Leihmutterschaft wird nicht nur in der rechtswissenschaftlichen, sondern insbesondere auch in der (rechts-)feministischen Literatur seit Jahren kontrovers geführt.<sup>30</sup> Die Auseinandersetzung verläuft entlang ähnlicher Linien wie die Debatte um ein Verbot der Prostitution; im Zentrum

steht die Frage nach der Entscheidungshoheit über den weiblichen Körper.

Gegen die Leihmutterschaft wird vorgebracht, dass sie die Frau auf ihre reproduktive Rolle reduziere und zur „Gebärmaschine“ degradiere.<sup>31</sup> Die Leihmutterschaft stelle „medizinische, geburtshilfliche, symbolische, ökonomische und psychologische Gewalt gegen Frauen“<sup>32</sup> dar und mache das menschliche Leben zum Gegenstand eines Vertrages. Frauen, die sich an der Leihmutterschaft beteiligten, würden sich männlichen Fortpflanzungsvorstellungen unterordnen und damit das Patriarchat aufrechterhalten.<sup>33</sup> Dass sich die beteiligten Frauen freiwillig für den Weg der Leihmutterschaft entscheiden, zeige lediglich, wie verwurzelt traditionell reproduktive Vorstellungen in der Gesellschaft seien.<sup>34</sup>

Auch die Gegenposition argumentiert mit den Interessen der Frau, spricht sich aber für deren Freiheit zur Verfügung über den eigenen Körper aus.<sup>35</sup> Aus geschlechtspolitischer Sicht wird vorgebracht, dass durch die Möglichkeit einer Leihmutterschaft mit biologischen Paradigmen gebrochen werde und die Frau damit freier über ihren Körper und ihre familiäre Rolle disponieren könne.<sup>36</sup> Die Leihmutterschaft gilt hier also als Dekonstruktion traditioneller Mutterschaft und als Emanzipation von biologisch vermeintlich vorgezeichneten Rollen. Die Entscheidung, ob eine Frau für eine andere ein Kind zur Welt bringe, obliege allein der Frau selbst – und nicht dem Staat.<sup>37</sup> Ein Verbot der Leihmutterschaft gegen den eindeutigen Willen der Frau sei paternalistisch und entmündige sie in einem höchstpersönlichen Entscheidungsprozess.<sup>38</sup>

Für die rechtswissenschaftliche Diskussion von Bedeutung ist die Frage, ob die Leihmutterschaft tatsächlich einen verfassungsrechtlich relevanten Würdeverstoß darstellen kann und welches Gewicht der Autonomie der Leihmutter beizumessen ist. Ein Verstoß gegen Art. 1 Abs. 1 GG wird verbreitet dann angenommen, wenn der Mensch „zum Objekt, zu einem bloßen Mittel, zur vertretbaren Größe herabgewürdigt wird“.<sup>39</sup> Die Menschenwürde soll sich der Abwägung mit anderen Grundrechten – selbst dem Recht auf Leben – entziehen.<sup>40</sup> Vor diesem Hintergrund muss die Annah-

<sup>23</sup> Dreier, in: Dreier (Fn. 20), Art. 1 Rn. 94; Lang JZ 2022, 327, 335; Steiner, Der Schutz des Lebens durch das Grundgesetz, 1992, S. 15 ff.

<sup>24</sup> BR-Drs. 417/89, S. 13, 16; BT-Drs. 11/4154, S. 6. Lang JZ 2022, 327, 333 verweist zudem auf möglicherweise erhöhte Gesundheitsrisiken für den Embryo im Leib der Leihmutter (geringes Geburtsgewicht, erhöhte Frühgeburtsrate etc.). Doch auch dafür gilt das im Text Gesagte: Ein hierauf gerichteter Gesundheitsschutz überwiegt nicht das Interesse daran, zu leben.

<sup>25</sup> Kunig/Kotzur, in: v. Münch/Kunig (Hrsg.), Grundgesetz, Art. 1 Rn. 53. Diese Bedenken dürften sich – ebenso wie die Sorge, dass sich das Kind von der Leihmutter zurückgestoßen fühlen könnte – allein auf den heute kaum mehr praktizierten und nach dem hier unterbreiteten Vorschlag auch ausgeschlossenen Fall richten, in dem die leibliche Mutter auch die genetische ist. Wenn die Wunscheltern zugleich die genetischen Eltern sind, besteht insoweit für einen Identitätskonflikt kein nachvollziehbarer Grund.

<sup>26</sup> Siehe hierzu die ausführliche Darstellung im nachfolgenden Aufsatz von Gössl/Sanders JZ 2022, 492.

<sup>27</sup> Hillgruber JZ 2020, 12, 15.

<sup>28</sup> So auch Esser (Fn. 19), S. 266, die Leihmutterschaftskinder als „Wunsch Kinder“ bezeichnet.

<sup>29</sup> Wellenbofer, in: MünchKommBGB (Fn. 13), § 1591 Rn. 55.

<sup>30</sup> Siehe etwa Lewis, Full Surrogacy Now, London 2019, S. 29, 153; Katz Columbia Journal of Law and Social Problems, Vol. 20 Issue 1 (1986), 1, 13; Saravanan, A Transnational Feminist View of Surrogacy Biomarkets in India, Singapore 2018, S. 49, 178.

<sup>31</sup> Esser (Fn. 19), S. 166 unter Verweis auf Corea, MutterMaschine. Reproduktionstechnologien – Von der künstlichen Befruchtung zur künstlichen Gebärmutter, 2. Aufl. 1986, S. 201 ff.; Tong Kennedy Institute of Ethics Journal, Vol. 6 No. 1 (1996), 37; Pateman, The Sexual Contract, Oxford 1988, S. 209 ff.

<sup>32</sup> <http://abolition-ms.org/de/nachrichten/leihmutterschaft-der-politische-mittel-besteht-darin-sie-abzuschaffen/> (zuletzt abgerufen 3. 3. 2022).

<sup>33</sup> Corea (Fn. 31), S. 201 ff.; Pateman (Fn. 31), S. 209 ff.

<sup>34</sup> Raymond, Women as Wombs, San Francisco, 1993, S. 197 f.; ähnlich auch Klein, Surrogacy: A Human Rights Violation, Australia, 2017, S. 55.

<sup>35</sup> Lewis (Fn. 30); Katz Columbia Journal of Law and Social Problems, Vol. 20 Issue 1 (1986), 1, 13; Schultz Wisconsin Law Review, Issue 2 (1990), 297, 379 ff.

<sup>36</sup> Ekman kofra 2015, 3 unter Verweis auf die Philosophinnen Ragoné, H. M. Malm und Sistare.

<sup>37</sup> Esser (Fn. 19), S. 170 f.

<sup>38</sup> <https://www.buzzfeednews.com/article/kelliauerbach/surrogacy-body-autonomy-feminists-embrace>; <https://www.nytimes.com/2019/06/12/nyregion/surrogate-pregnancy-law-ny.html> (beide zuletzt abgerufen 3. 3. 2022).

<sup>39</sup> Dürig AöR 81 (1956), 117, 127; Höfling, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, 9. Aufl. 2021, Art. 1 Rn. 15 f.; Jarass, in: Jarass/Pieroth (Hrsg.), Grundgesetz, 16. Aufl. 2020, Art. 1 Rn. 11; BVerfG, Beschluss v. 8. 1. 1959 – 1 BvR 396/55, Rn. 22; Beschluss v. 16. 1. 1969 – 1 BvL 19/63, Rn. 33; Beschluss v. 9. 6. 1970 – 1 BvL 24/69, Rn. 11; Urteil v. 21. 6. 1977 – 1 BvL 14/76, Rn. 144.

<sup>40</sup> Zu Recht kritisch Brugger APuZ 2006, 9; ders. JZ 2000, 165; Wittrek DÖV 2003, 873; vgl. auch Dreier, in: Dreier (Fn. 20), Art. 1 Rn. 46 Fn. 222 m. w. N. In der strafrechtliche Literatur etwa Merkel, in: Festschrift für Jakobs, 2007, S. 375; Gössel, in: Festschrift für Otto, 2007, S. 41, 52 ff.; Schünemann GA 2020, S. 1.

me einer Würdeverletzung auf eine besonders gravierende Missachtung des Menschen und seine „verächtliche Behandlung“<sup>41</sup> beschränkt sein.<sup>42</sup> Ein Würdeverstoß kann nicht auf eine allgemeine Kritik an Diskriminierung und Ausbeutung von Frauen in patriarchalen Machtverhältnissen gestützt werden, sondern ist mit Blick auf die konkret betroffene Person zu begründen. Während ein Zwang zum Austragen eine Degradierung der Frau zum Objekt der reproduktiven Wünsche anderer darstellen würde, kommt eine Würdeverletzung der austragenden Frau bei einer freiwillig gewählten Leihmutterschaft nicht in Betracht.<sup>43</sup> Die Einbindung einer Leihmutter in die Zeugung eines Kindes stellt, wenn sie sich für eine Unterstützung des kinderlosen Paares entscheidet, keine Missachtung oder verächtliche Behandlung dar.<sup>44</sup> Der Schutz der Würde gegen den Willen ihres Trägers ist eine paternalistische Forderung; wer einem Menschen Freiheiten nehmen möchte, um ihn vor einer eigenen „Entwürdigung“ zu bewahren, läuft Gefahr, die eigenen Vorstellungen eines würdevollen Umgangs mit dem eigenen Körper anderen zu oktroyieren. In der Berufung auf die Menschenwürde im Fall der freiwilligen Leihmutterschaft zeigt sich die vor allem von *Dreier* formulierte Kritik, dass Art. 1 Abs. 1 GG zunehmend zum „Einfallstor für bestimmte Partikularethiken oder politische Anschauungen“ wird, „die dann als allgemeinverbindliche Maxime des positiven Verfassungsrechts ausgegeben werden“.<sup>45</sup>

Das maßgebliche Schutzinteresse für die Bewertung eines sanktionsbewehrten Verbotes ist daher nicht die Menschenwürde, sondern die Freiheit der Leihmutter. In der politischen Diskussion klingt hierbei an, dass die Entscheidung zur Leihmutterschaft letztlich stets unfrei sei, da sie von patriarchalen Strukturen und tradierten Rollenmustern vorgeprägt sei. Diese Argumentation ist aus zwei Gründen nicht haltbar. Zum einen wird durch die Annahme, dass Frauen sich durch die Leihmutterschaft den reproduktiven Vorstellungen von Männern unterordnen,<sup>46</sup> der Kinderwunsch gerade auch von Frauen negiert.<sup>47</sup> Die Leihmutterschaft ermöglicht es Frauen, die selbst keine Kinder austragen können, mitunter sogar ein von ihnen genetisch abstammendes Kind zu zeugen. Frauen hier als Spielball männlicher Fort-

pflanzungsinteressen zu sehen, vernachlässigt das besondere Interesse gerade von Frauen an der Einbindung einer Leihmutter. Daneben offenbart die kritische Haltung in Teilen der feministischen Literatur ein problematisches Freiheitsverständnis. Sie spricht – ebenso wie es konservative Stimmen tun<sup>48</sup> – Frauen im Ergebnis die Fähigkeit ab, in Fragen von Geschlecht und Körperlichkeit eine selbstbestimmte Entscheidung zu treffen; jedenfalls dann, wenn die Entscheidung nicht den jeweiligen Vorstellungen angemessener Lebensweise entspricht. Freiheit bedeutet jedoch, nach den eigenen Vorstellungen zu handeln und sich nicht den – weder patriarchalen noch (vorgeblich) emanzipatorischen – Wertevorstellungen anderer unterwerfen zu müssen. Die autonome Entscheidung einer Frau kann nicht mit dem Grund unterzogen werden, dass man ihre Autonomie schützen wolle.<sup>49</sup> Anderenfalls wird schlicht *eine* mögliche Ursache von Unfreiheit durch eine andere ausgetauscht, womit wiederum die Freiheit der Frau selbst aus dem Fokus rückt. Dies ist nicht Aufgabe des Rechts, das den Schutz der Autonomie der Leihmutter gewährleisten muss. Dies kann insbesondere durch Verfahrensvorgaben gelingen, die eine frei von Zwang getroffene Entscheidung ermöglichen.

### bb) Schutz der Leihmutter vor psychischen Belastungen

Als Argument für ein Verbot der Leihmutterschaft wird nicht selten der Schutz der austragenden Frau vor psychischen Konflikten vorgebracht.<sup>50</sup> Dabei wird vor allem angenommen, dass die Leihmutter durch die Schwangerschaft eine so enge emotionale Bindung zu dem Kind entwickeln könne, dass die Herausgabe des Kindes an die Wunscheltern für sie eine unzumutbare psychische Belastung darstelle.<sup>51</sup>

Ob staatliche Eingriffe in die Freiheit der Beteiligten zum Schutz vor psychischen Belastungen überhaupt zulässig sind, ist bereits zweifelhaft. Viele Menschen erleben durch äußere Umstände oder die Interaktion mit anderen psychische Konflikte – ohne dass der Staat hier schützend eingreift. Die Sphäre der Emotion gilt weitgehend als Privatangelegenheit. Insbesondere das Strafrecht gewährleistet kaum einen Gefühlsschutz,<sup>52</sup> selbst massive Angriffe auf die psychische Integrität werden strafrechtlich nicht geahndet.<sup>53</sup> Weshalb von diesen Grundsätzen gerade im Bereich der Leihmutterschaft abgewichen werden soll, ist unklar. Gute Gründe sprechen dafür, dass es nicht Aufgabe des Staates ist, Menschen durch Verbote vor inneren Konflikten zu bewahren.

Selbst wenn man den Schutz der Leihmutter vor negativen emotionalen Folgen als Rechtfertigung einer staatlichen Untersagung der Leihmutterschaft grundsätzlich anerkennen

41 *BVerfG*, Urteil v. 15. 12. 1970 – 2 BvF 1/69, 2 BvR 629/68, 308/69 = *NJW* 1971, 275, 279.

42 Kritisch zur Objektformel siehe *Becker*, Das ‚Menschenbild des Grundgesetzes‘ in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, 1996, S. 58.

43 *Herdegen*, in: *Dürig/Herzog/Scholz*, Grundgesetz, Bd. I, 2009, Art. 1 Abs. 1 Rn. 104; gegen eine Verletzung der Menschenwürde äußern sich des Weiteren *Starck*, in: *Mangoldt/Klein/Starck*, Grundgesetz, Bd. I, 6. Aufl. 2010, Art. 1 Rn. 97; *Hieb*, Die gespaltene Mutterschaft im Spiegel des deutschen Rechts, 2005, insb. S. 38 ff., 151 ff. Siehe auch *Lang* *JZ* 2022, 327, 329. Rechtsvergleichend *Coester*, in: *Festschrift für Jayme*, 2004, S. 1243 ff.

44 Befragte Leihmütter wehren sich selbst gegen die Darstellung als Objekt; sie nehmen ihre Position häufig als eine besonders machtvolle wahr, da sie die Möglichkeit haben, anderen Menschen etwas zu geben, das diese sich sehnlichst wünschen und selbst nicht erreichen können; *Teman*, *Birthing a mother*, Berkeley, 2010, S. 44 ff.

45 *Dreier*, in: *Dreier* (Fn. 20), Art. 1 Rn. 51. Siehe schon oben III. 2. a zum gleichlautenden Einwand im Hinblick auf eine vermeintliche Würdeverletzung des durch die Leihmutterschaft entstandenen Kindes.

46 So *Pateman* (Fn. 31), S. 210 ff., 217 ff.

47 Der Wunsch nach einem Kind ist im Übrigen für sich genommen weder unemanzipiert noch Ausdruck patriarchaler Einflussnahme, sondern schlicht für viele Frauen Realität. Dem lässt sich nicht per se unterstellen, dass die einen solchen Wunsch hegenden Personen angesichts obwaltender patriarchaler Gesellschaftsstrukturen allgemein zu einer freien Willensentscheidung im Hinblick auf die eigene Fortpflanzung nicht in der Lage seien. Wer so argumentiert, verstellt jede Möglichkeit individueller Freiheitsentfaltung und schafft damit die – aus freiheitsrechtlicher Perspektive dystopische – Vorstellung unwiderruflich unfreier Subjekte, die aus dem Gefängnis gesellschaftlich begründeten Zwangs keinen Ausweg finden können.

48 Siehe etwa die Begründung des Gesetzentwurfs zur Änderung des Adoptionsvermittlungsgesetzes, BT-Drs. 11/4154, S. 7; sowie KONGREGATION FÜR DIE GLAUBENSLEHRE, Instruktion *Donum vitae*, abrufbar unter: [https://www.vatican.va/roman\\_curia/congregations/cfaith/documents/rc\\_con\\_cfaith\\_doc\\_19870222\\_respect-for%20human-life\\_ge.html](https://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_con_cfaith_doc_19870222_respect-for%20human-life_ge.html), Teil II A. 3. (zuletzt abgerufen 3. 3. 2022).

49 *Esser* (Fn. 19), S. 170 f. schreibt: „Sollte eine solche intime, persönliche Entscheidung von den Frauen getroffen werden oder vom Staat? Für Feministinnen sollte die Antwort eigentlich klar sein.“

50 *Ditzen/Weller*, in: *Ditzen/Weller* (Fn. 22), S. IX.

51 BR-Drs. 417/89, S. 20; BT-Drs. 11/4154, S. 7.

52 Für eine zumindest partielle Anerkennung *Hoven* *JZ* 2020, 835, 839 f.; ablehnend *Timm* (*Rostalski*), *Gesinnung und Straftat*, 2012, S. 107 ff.; *Hörnle*, *Grob anstößiges Verhalten*, 2005, S. 78 ff., 108 ff.

53 Insbesondere genügen psychische Beeinträchtigungen ohne körperliche Auswirkungen nicht für die Annahme einer Körperverletzung nach § 223 StGB, *BGH*, Beschluss v. 5. 11. 1996 – 4 StR 490/96 = *NSZ* 1997, 123; *Sternberg-Lieben*, in: *Schönke/Schröder* (Hrsg.), *Strafgesetzbuch*, 30. Aufl. 2019, § 223 Rn. 6.

würde, dürfte diese Annahme keine Spekulation sein, sondern müsste auf empirisch belastbarem Datenmaterial beruhen. Die vorhandenen empirischen Erkenntnisse sprechen jedoch gegen die Vermutung einer besonderen psychischen Belastung für die Leihmutter.<sup>54</sup> So kommt eine Studie aus England bereits im Jahr 2003 zu dem Ergebnis, dass die Leihmutterschaft bei den betroffenen Frauen nicht zu emotionalen Problemen führte.<sup>55</sup> Eine Untersuchung aus demselben Jahr stellt fest, dass die Erfahrung der Leihmutterschaft weit überwiegend als „wichtig und sehr positiv“ erlebt wurde.<sup>56</sup> Eine Metastudie von 2015, die verschiedene Länder einbezieht, bestätigt, dass bei Leihmüttern keine ernsthaften psychischen Beeinträchtigungen zu beobachten seien.<sup>57</sup> Probleme zeigten sich hingegen bei indischen Leihmüttern, die sich aus wirtschaftlicher Not für die Leihmutterschaft entschieden hatten und von erheblichen gesellschaftlichen Stigmatisierungen berichteten.<sup>58</sup> Für eine Leihmutterschaft in Deutschland sind entsprechende Belastungen – etwa durch die in Indien erlebte Notwendigkeit, die eigene Familie zu verlassen, um in einem Leihmutter-Haus die Schwangerschaft zu verheimlichen – nicht zu befürchten.<sup>59</sup> Schwierigkeiten bei der Übergabe des Kindes wurden nur in wenigen Einzelfällen beobachtet.<sup>60</sup>

Diese Ergebnisse sind gut nachvollziehbar. Auch wenn von einem Modell ausgegangen wird, bei dem allein die Wunscheltern rechtliche Eltern des Kindes werden:<sup>61</sup> Eine Frau, die sich bewusst für die Rolle als Leihmutter entscheidet, weiß von Beginn an, dass sie das Kind für ein anderes Paar austrägt und wird in aller Regel die Risiken für ihre psychische Verfasstheit vorab reflektieren. Die Vorstellung von einer psychischen Konfliktlage beruht also auf der Annahme, dass die Frau eine bewusst getroffene Entscheidung aufgrund ihrer natürlichen Mutterinstinkte letztlich nicht aufrechterhalten kann.<sup>62</sup> Damit wird die Frau auf ihre vermeintliche biologische Veranlagung reduziert und die ihr attestierte „mütterliche Liebe“ zugleich als selbstbezogen gedeutet; gerade wenn durch die Schwangerschaft positive Gefühle gegenüber dem Kind entstehen, gibt es aber auch Gründe, die dagegen sprechen, dass die Leihmutter es darauf ankommen lässt, ihre Interessen in einem Rechtsstreit durchzusetzen. Hiermit gehen in aller Regel nicht unerhebliche Belastungen gerade für das Kind einher, denen die Leihmutter es gerade aus Gründen der Zuneigung nicht aussetzen wollen könnte. Unabhängig davon gilt allerdings im Hinblick auf die psychischen Risiken für die Leihmutter: Lässt sich diese freiverantwortlich auf das Risiko einer emotionalen Konfliktsituation ein, so ist diese Entscheidung zu respektieren. Das Recht kann hier sicherstellen, dass die Leihmutter über die möglichen psychischen Folgen aufgeklärt wird – liegt allerdings Freiverantwortlichkeit vor, verbietet sich ein – insbesondere durch Verbote etablierter – Paternalismus.

<sup>54</sup> Ausführlich *Golombok*, *Modern families: Parents and children in new family forms*, Cambridge, 2015.

<sup>55</sup> *Jadva* et al. *Human Reproduction*, Vol. 18 No. 10 (2003), 2196, 2204.

<sup>56</sup> *Van den Akker* *Journal of Reproductive and Infant Psychology*, Vol. 11 No. 2 (2003), 145–161.

<sup>57</sup> *Söderström-Anttila* et al. *Human Reproduction Update* 22 (2016), 260, 268.

<sup>58</sup> *Karandikar* et al. *Affilia* 2014, 29 (2), 224–236.

<sup>59</sup> Die von *Beck-Gernsheim*, in: *Ditzen/Weller* (Fn. 22), S. 47 formulierten Bedenken würden daher eher für ein Verbot der Leihmutterschaft im Ausland sprechen als innerhalb Deutschlands.

<sup>60</sup> Siehe dazu auch *Blyth* *Journal of Reproductive and Infant Psychology*, Vol. 12 No. 12 (1994), 189; *Pashmi* et al. *Iranian Journal of Reproductive Medicine* 18 (1), 2010, 33.

<sup>61</sup> Siehe zu diesem Vorschlag unten IV. 3.

<sup>62</sup> *Teman* *anthropology now*, Vol. 2 No. 2 (2010), 33, 35. Kritisch zu diesem Punkt ebenfalls *Gössl/Sanders* *JZ* 2022, 492, 497 f., in diesem Heft.

### c) Biomedizinische Dystopie: Verbot der Leihmutterschaft zur Verhinderung einer „schönen neuen Welt“?

Fortschritte im Bereich der Biomedizin rühren nicht selten an einer Kernvorstellung davon, was in unserer Gesellschaft als „natürliche“ Fortpflanzung eingestuft wird.<sup>63</sup> Natürlichkeit wird in der Regel besonders positiv besetzt<sup>64</sup> und damit in einen Widerspruch gebracht zu davon abweichenden Verfahren, die auf „künstliche“ Weise menschliches Leben entstehen lassen.<sup>65</sup> Hierin findet sich eine Verbindungslinie zwischen ganz unterschiedlichen Reproduktionsverfahren wie der künstlichen Befruchtung, dem reproduktiven Klonen oder auch der Leihmutterschaft. Werden entsprechende Biotechniken abgelehnt, fußt diese Wertung zumindest implizit nicht selten auf der Befürchtung, dass mit einer zunehmenden Abkehr von „natürlichen“ Fortpflanzungsmethoden bzw. der Zulassung von „künstlichen“ Konkurrenzmethoden eine Veränderung der menschlichen Gesellschaft selbst einhergehen könnte. Die Rede ist davon, dass Biotechnologie zum Einsatz gebracht werden kann, um gegebenenfalls bereits bestehende Unterschiede zwischen Menschen weiter zu vertiefen. Wer etwa aufgrund finanzieller Stärke dazu in der Lage ist, eine Leihmutter zu beschäftigen, schafft sich dadurch unter Umständen einen Vorteil im Beruf, aber auch im Hinblick auf die eigene Gesundheit (indem die Risiken einer Schwangerschaft umgangen werden). Zugleich kann es dem Betroffenen durch die Auswahl besonders vielversprechender Eizellen und Samen möglicherweise gelingen, für den eigenen Nachwuchs größere Lebenschancen zu generieren als diejenigen, die auf herkömmliche Fortpflanzungsmethoden zurückgreifen müssen.

Schon heute bestehen teils erhebliche gesellschaftliche Ungleichheiten, die sich auch im Verhältnis von Wunscheltern und Leihmutterschaft manifestieren können.<sup>66</sup> Diese Unterschiede können eine Gesellschaft belasten; sie drohen, den sozialen „Klebstoff“<sup>67</sup> zu verdampfen, der für ein friedliches Miteinander wichtig ist. Insoweit ist es auch zutreffend, die Leihmutterschaft in einer Reihe mit anderen biotechnologischen Verfahren zu sehen. Dennoch gelten dafür nicht dieselben Grundsätze, die etwa im Hinblick auf das reproduktive Klonen herangezogen werden. Leihmutterschaft ermöglicht deutlich weniger bedeutsame Eingriffe in die Binnenstruktur einer Gesellschaft.<sup>68</sup> Allein die hohe Mühe, die damit für alle Beteiligten einhergeht, spricht dagegen, dass das Verfahren in großem Umfang „Schule macht“. Um diesem gleichwohl bestehenden Risiko angemessen entgegenzuwirken, erweist sich im Übrigen ein gestuftes regulatorisches Verfahren als hinreichendes Mittel. Nicht das

<sup>63</sup> *Bayertz*, *GenEthik, Probleme der Technisierung menschlicher Fortpflanzung*, 1987, S. 111, 115; *Rostalski*, *Das Natürlichkeitsargument bei biotechnologischen Maßnahmen*, 2019, S. 13 ff.

<sup>64</sup> *Bayertz* (Fn. 63), S. 107 f.; *Birnbacher*, *Natürlichkeit*, 2006, S. 30 ff.; *Mill*, *Ueber Religion. Natur. Die Nützlichkeit der Religion*. Theismus. Drei nachgefallene Essays, übers. von *Lehmann, Taylor* (Hrsg.), 1875, S. 16; *Rostalski* (Fn. 63), S. 99.

<sup>65</sup> Zu den Begriffen siehe *Rostalski* (Fn. 63), S. 36 ff.

<sup>66</sup> *Beck-Gernsheim*, in: *Ditzen/Weller* (Fn. 22), S. 47, 49 ff.

<sup>67</sup> Zum Begriff siehe *Fukuyama*, *Das Ende des Menschen*, 3. Aufl. 2002, S. 222.

<sup>68</sup> Es erscheint vor diesem Hintergrund auch fernliegend, durch ein gegebenenfalls strafbewehrtes Verbot der Leihmutterschaft bestehenden gesellschaftlichen Ungleichheiten effektiv entgegenwirken bzw. deren Vertiefung signifikant vermeiden zu können – selbst im Fall einer „globalisierten Fortpflanzungsmedizin“, wie sie *Beck-Gernsheim*, in: *Ditzen/Weller* (Fn. 22), S. 47, 53 annimmt. Verfahren der Leihmutterschaft als individuelles Fortpflanzungsverhalten sind in Bezug auf soziale Ungleichheit weder die Wurzel des Problems noch geeignet, diese in relevanter Weise zu adressieren.

gänzliche Verbot der Leihmutterschaft ist erforderlich, um den dargelegten Risiken effektiv entgegenzutreten. Ausreichend erscheint eine Begrenzung der Legalisierung der Leihmutterschaft auf Fälle, in denen die Wunscheltern aufgrund einer gesundheitlichen oder biologischen Disposition daran gehindert sind, auf andere Weise Nachwuchs zu zeugen. Leihmutterschaften, die aus Bequemlichkeit der Wunscheltern oder der Vorstellung heraus durchgeführt werden, sich selbst vor den Risiken einer Schwangerschaft zu schützen und beruflich keine Einbußen erleiden zu müssen, wären damit ausgeschlossen.

#### d) Schutz traditioneller Vorstellungen von Ehe und Familie

Ein Verbot der Leihmutterschaft stützt sich nach Auffassung der Kongregation für die Glaubenslehre auf die „Einheit der Ehe“, die „Würde der Fortpflanzung der menschlichen Person“ sowie die „Pflichten der Mutterliebe, der ehelichen Treue und der verantwortlichen Mutterschaft“. <sup>69</sup> Vorstellungen von Ehe und auch der Rolle der Mutter divergieren innerhalb der Gesellschaft mitunter erheblich. Für ein rechtliches, gar strafbewehrtes Verbot ist der Schutz spezifischer Wertevorstellungen nicht hinreichend. <sup>70</sup> Im Hinblick auf Ehe, Familie und Mutterschaft gilt dies in besonderem Maße, da diese Institute im Verlauf der Zeit gravierende Veränderungen erfahren haben – die Auffassung der Kirche ist für die Mehrheit der Menschen in Deutschland nicht mehr verbindlich. <sup>71</sup> Partikuläre Moralvorstellungen – insbesondere von religiöser Seite – sind also nicht geeignet, ein strafbewehrtes Verbot der Leihmutterschaft zu rechtfertigen.

### 3. Zwischenergebnis

Die für die Legitimation des strafbewehrten Verbots der Leihmutterschaft vorgetragene Argumente erweisen sich als wenig tragfähig. Allein bedeutsam erscheint es, relevanten Risiken für die freiverantwortliche Entscheidung der Leihmutter rechtlich vorzubeugen und diese zu minimieren. In soweit sind verschiedene Konzepte denkbar, die nachfolgend dargestellt und verglichen werden.

## IV. Schutz der freiverantwortlichen Entscheidung der Leihmutter

### 1. Legalisierung nur der altruistischen Leihmutterschaft

Ein Weg könnte darin liegen, die Legalisierung des strafbewehrten Verbots der Leihmutterschaft auf die Fälle altruistischen Handelns zu begrenzen. Nach wie vor verboten und strafbewehrt blieben damit Konstellationen, in denen die Leihmutter durch ihre Leistung einen kommerziellen Vorteil erlangt, der über eine bloße Aufwandsentschädigung hinausgeht. Einen entsprechenden Vorschlag unterbreitet der Koalitionsvertrag, indem er den Prüfauftrag für eine Legalisierung der Leihmutterschaft ausdrücklich auf deren „altruisti-

sche“ Form begrenzt. <sup>72</sup> Hierfür scheint zunächst die verbreitete positive Besetzung altruistischen Verhaltens zu sprechen. Eine ohne wirtschaftlichen Vorteil der Leihmutter durchgeführte Leihmutterschaft könnte als Zeichen gegen die „Kommerzialisierung“ des weiblichen Körpers gewertet werden. <sup>73</sup>

Es bestehen jedoch Zweifel daran, dass es sich bei einer solchen Regulierungstechnik um den richtigen Umgang mit dem Phänomen der Leihmutterschaft handelt. So reiht sich der Ausschluss einer Bezahlung der Leihmutter allzu ersichtlich in das bestehende Muster ein, weibliche Care-Arbeit nicht (angemessen) zu entlohnen. Während Mediziner an den reproduktiven Verfahren – zu Recht – verdienen, sollen die Frauen, die für die Geburt des Kindes ihren Körper und ihre Zeit investieren, nicht bezahlt werden. <sup>74</sup> In der feministischen Literatur wird insoweit kritisiert, dass die Erwartung an die Leihmutter, „uneigennützig zur Wunsch Erfüllung Dritter beizutragen und den eigenen Körper bzw. Körperstoffe aus Nächstenliebe und Mitgefühl bereitzustellen bzw. abzugeben in einer langen patriarchalen Tradition“ stehe. <sup>75</sup> Zudem zeigen Studien, dass finanzielle und altruistische Motive einander nicht ausschließen. <sup>76</sup> Schließlich sind auch diejenigen, die aus Gründen der Nächstenliebe etwa im Bereich der Krankenpflege arbeiten, auf eine Bezahlung ihrer Tätigkeit angewiesen.

Vor allem aber überrascht die Sorge vor einer „Kommerzialisierung des weiblichen Körpers“ durch die Leihmutterschaft in einer Gesellschaft, die den Körper von Frauen zum Gegenstand zahlreicher Geschäfte macht. Es ist wenig konsistent, dass Frauen ihren Körper zur Befriedigung männlicher Sexualität – durch Prostitution oder Pornographie – entgeltlich einsetzen dürfen, nicht aber, um einem Paar den Kinderwunsch zu erfüllen. Das Verbot eines Entgelts für die Leihmutterschaft lässt sich nicht mit einem allgemeinen Unbehagen gegenüber einer Kommerzialisierung legitimieren, sondern muss mit nachvollziehbaren Interessen der Beteiligten begründet werden.

In Betracht käme hier die Besorgnis einer mangelnden Freiwilligkeit, wenn Frauen in wirtschaftlichen Notlagen die Leihmutterschaft als einzigen Ausweg wählen würden. Erneut: Diese Bedenken führen nicht zu einem Verbot etwa der Prostitution, obwohl dort die Annahme mangelnder Freiwilligkeit aufgrund der mit ihr häufig verbundenen Drogenabhängigkeit <sup>77</sup> deutlich näher liegt. Wer die entgeltliche Leihmutterschaft aufgrund des Risikos mangelnder Freiverantwortlichkeit der Frau verbieten will, müsste zunächst die Prostitution untersagen. Hinzu tritt, dass das Argument feh-

<sup>69</sup> Instruktion *Donum vitae* (Fn. 48), Teil II A. 3.

<sup>70</sup> Harbarth, in: *Ditzen/Weller* (Fn. 22), S. 86; *BGH NJW* 2015, 479, 483, 484; *Knoepffler/Münch*, in: *Schramm/Wermke* (Fn. 7), S. 258 f.; zur Problematik *Engelhardt/Zimmermann*, in: *Ditzen/Weller* (Fn. 22), S. 2 f.; a. A. *Thomale*, *Mietmutterschaft*, 2015, S. 5 ff., der das „ethische Ressentiment [...] [als] verständlich und angemessen“ versteht.

<sup>71</sup> Zu diesen Veränderungen und der Aufgabe des Rechts *Wapler*, in: *Funcke/Thorn* (Hrsg.), *Die gleichgeschlechtliche Familie mit Kindern*, 2010, S. 153 f.; zur Säkularisierung *Kutzner*, in: *Funcke* (Hrsg.), *Rekonstruktive Paar- und Familienforschung*, 2020, S. 315 ff., 351 f.

<sup>72</sup> Koalitionsvertrag (Fn. 2), S. 116. Siehe zu einem entsprechenden Vorschlag auch *Gössl/Sanders* *JZ* 2022, 492, 498 f., in diesem Heft. – Das Risiko einer Kommerzialisierung sieht *Lang* *JZ* 2022, 327, 336 hierdurch indes nicht gebannt, da nicht ausgeschlossen sei, dass bei Zulassung von Formen der altruistischen Leihmutterschaft nicht doch Ausweichbewegungen zu kommerziellen Angeboten erfolgen, die einfacher zu finden seien.

<sup>73</sup> Vgl. die unterschiedlichen Auffassungen bei *Ditzen/Weller*, in: *Ditzen/Weller* (Fn. 22), S. XI.; *Schramm*, in: *Schramm/Wermke* (Fn. 7), S. 89; *Wapler*, in: *Schramm/Wermke* (Fn. 7), S. 123, 132.

<sup>74</sup> Kritisch auch *Wapler*, in: *Schramm/Wermke* (Fn. 7), S. 132.

<sup>75</sup> Das Netzwerk verfolgt die komplexen Entwicklungen in den Bio-, Gen- und Reproduktionstechnologien und arbeitet sie kritisch für die Öffentlichkeit auf; <https://www.gen-ethisches-netzwerk.de/femini>, <https://www.gen-ethisches-netzwerk.de/stellungnahmen/juni-2021/fuer-reproduktive-gerechtigkeit-reproductive-justice> (beides zuletzt abgerufen 4.3.2022); *Hall*, in: *Ditzen/Weller* (Fn. 22), S. 78.

<sup>76</sup> *Van den Akker* *Journal of Reproductive and Infant Psychology*, Vol. 11 No. 2 (2003), 147, 149, 151; siehe auch *Sanders* (Fn. 6), S. 231; *Imrie/Jadva* *Reproductive BioMedicine Online* 29 (2014), 424, 431.

<sup>77</sup> Vgl. *Zurhold*, in: *Stöver/Schäffer* (Hrsg.), *Zugehende Sozialarbeit mit Drogen gebrauchenden Frauen und Männern*, 2014, S. 44.

lender Freiwilligkeit bei wirtschaftlicher Entlohnung durch die bestehenden Sozialsysteme relativiert wird. Dass es in Deutschland gravierende Unterschiede in den ökonomischen Verhältnissen der Menschen gibt, ist für die Vermutung einer strukturellen Unfreiheit nicht ausreichend. Der Zugang zu Bildung und zur Gesundheitsversorgung für jedermann, die staatlichen Sozialleistungen wie die Grundsicherung, das Wohngeld oder das Kindergeld schützen Frauen vor der Übernahme einer Leihmutterschaft aus existenzbedrohenden – und damit freiheitseinschränkenden – Notlagen. Wesentlich problematischer ist hier der – durch das innerstaatliche Verbot forcierte – Gang von Paaren ins Ausland; gerade in Ländern ohne eine entsprechende soziale Absicherung sind die Gefahren einer unfreien Leihmutterschaft aus ökonomischer Notwendigkeit deutlich größer.<sup>78</sup> Dass nicht nur strukturell, sondern auch im Einzelfall keine finanzielle Notsituation der Leihmutter besteht, die ihr eine tatsächlich freie Entscheidung unmöglich macht, lässt sich durch Verfahrensvorgaben absichern.

Nur am Rande bemerkt: Risiken für die Freiverantwortlichkeit sind im Übrigen bei einer Beschränkung auf die altruistische Leihmutterschaft sogar naheliegender. Den Wunscheltern steht dann ein deutlich kleinerer Personenkreis zur Verfügung; der Druck auf Frauen in engen familiären oder freundschaftlichen Nähebeziehungen könnte, wenn das Paar keine Alternativen sieht, steigen.

## 2. Verfahrensrechtliche Absicherung der freiverantwortlichen Entscheidung der Leihmutter

Anstatt die grobe Differenzierung zwischen altruistischer und kommerzieller Leihmutterschaft zum Ausgangspunkt einer Neuregulierung zu wählen, sollte der Fokus auf das Risiko für die Freiverantwortlichkeit der Entscheidung der Leihmutter gerichtet werden. Dass sich eine Frau aus freien Stücken und in Kenntnis aller Risiken für die Leihmutterschaft entscheidet, lässt sich durch zwingend einzuhaltende formelle wie materielle Verfahrensregeln absichern.<sup>79</sup>

### a) Verfahrensregeln, die die Leihmutter betreffen

#### aa) Beratungsgespräche mit anschließender Wartefrist

Zum Schutz vor Risiken für die freiverantwortliche Entscheidung der Leihmutter erscheint es in erster Linie sinnvoll, diese zu einem Beratungsgespräch zu verpflichten. Das Beratungsgespräch dient zunächst der Aufklärung der Leihmutter über die medizinische, psychologische und rechtliche Dimension der Durchführung einer Leihmutterschaft. Die Leihmutter sollte in verständlicher Weise darüber aufgeklärt werden, wie eine Leihmutterschaft reproduktionsmedizinisch herbeigeführt wird. Zugleich sollte dargelegt werden, welche Folgen Schwangerschaft und Geburt für den weiblichen Körper haben können.<sup>80</sup> Ein besonderer Schwerpunkt sollte darauf gelegt werden, die potentielle Leihmutter darüber zu informieren, welche Risiken mit der Durchführung

einer Leihmutterschaft für ihre Psyche einhergehen können. Insoweit sind mögliche Bindungsgefühle zu erörtern, die in Konflikt geraten können mit dem Vorhaben, das Kind nach der Geburt an die Wunscheltern zu übergeben. Zu einem solchen Beratungsgespräch zählt außerdem die Erörterung der Rechtslage, die die Rechtsbeziehung – insbesondere familienrechtlicher Natur – zwischen Leihmutter und Wunscheltern betrifft. An dieser Stelle zeigt sich nicht zuletzt die Bedeutung klarer familienrechtlicher Regelungen im Hinblick auf die Leihmutterschaft.

Zudem sollten im Rahmen des Beratungsgesprächs die Gründe für die Bereitschaft zur Leihmutterschaft erörtert werden. Dies dient dazu, mögliche Aspekte zu identifizieren, die die Freiverantwortlichkeit der Entscheidung in Frage stellen. Das Beratungsgespräch ist mit einer Beratungsstelle oder mit einem Arzt zu führen, der nicht selbst die Behandlung vornimmt und daher kein wirtschaftliches Interesse an der Durchführung der Leihmutterschaft hat. Dem Beratungsgespräch sollte sich eine Wartefrist anschließen, die mindestens einen Monat umfasst und der Leihmutter die Möglichkeit belässt, über das Erfahrene zu reflektieren und ihre Entscheidung wohl informiert zu treffen.

#### bb) Frühere erfolgreiche Schwangerschaft der Leihmutter

Die Emotionen und die möglichen körperlichen Belastungen, die mit einer Schwangerschaft einhergehen, lassen sich durch ein Beratungsgespräch nicht vollständig vermitteln. Das Risiko für eine unvorhergesehene psychische Belastung der Leihmutter ist daher höher, wenn die Betroffene die Erfahrung einer Schwangerschaft zuvor noch nicht gemacht hat und daher die Intensität einer persönlichen Verbindung zum ungeborenen Kind nicht mit Gewissheit einschätzen kann. Eine Frau, die bereits ein Kind geboren hat, kann mit hinreichender Sicherheit antizipieren, wie sich eine weitere Schwangerschaft auf ihre Psyche auswirkt. Daher sollte die Durchführung einer Leihmutterschaft an die Voraussetzung einer früheren erfolgreichen Schwangerschaft der Leihmutter geknüpft werden.

#### cc) Vorbehalt der Durchführung mittels Eizellenspende

Es liegt zudem nahe, dass eine emotionale Bindung zu dem Kind insbesondere dann entstehen kann, wenn die Leihmutter zugleich die genetische Mutter des Kindes ist.<sup>81</sup> Um dieses Risiko auszuschließen, sollte die Leihmutterschaft unter den Vorbehalt gestellt werden, dass sie nur mittels einer Eizellenspende durchgeführt werden darf.

#### dd) Keine Begrenzung der Anzahl der Leihmutterschaften

Zu erwägen ist außerdem, die Möglichkeit zur Durchführung einer Leihmutterschaft an die Voraussetzung zu knüpfen, dass die betreffende Frau bislang noch nicht als Leihmutter tätig geworden ist.<sup>82</sup> Dafür spricht, dass die wiederholte Durchführung von kommerziellen Leihmutterschaften ein Hinweis dafür sein kann, dass die Frau eine wirtschaftliche Notlage durch die Schwangerschaften zu mindern sucht. Allerdings ist dies nicht zwingend. Möglich ist gerade auch, dass eine Frau besonders starke altruistische Motive mit ihrem Verhalten verfolgt. Eine Begrenzung der Anzahl an Leihmutterschaften, die eine einzelne Frau durchführen darf,

<sup>78</sup> Sanders (Fn. 6), S. 231; unter Verweis auf Campbell, *Sister Wives, Surrogates and Sex Workers*, 2013, S. 97 ff.

<sup>79</sup> Zustimmend auch Gössl/Sanders JZ 2022, 492, 499, in diesem Heft.

<sup>80</sup> Siehe Bleisch *Jahrbuch für Wissenschaft und Ethik* 17 (2012), 5, 13, dazu, dass die Leihmutter bereits ein Kind geboren haben muss, da ansonsten „jede Leihmutterschaft insbesondere bei Erstgebärenden eine Täuschung“ beinhalte; Schramm, in: Schramm/Wermke (Fn. 7), S. 91, der diese Voraussetzung als wünschenswert bezeichnet; und auch Harbarth, in: Ditzzen/Weller (Fn. 22), S. 90, fordert ein geeignetes Verfahren, das Freiwilligkeit und vollständige Aufklärung gewährleistet.

<sup>81</sup> Bernstein *Indiana Health Law Review*, Vol. 10 No. 2 (2013), 291, 317.

<sup>82</sup> So die Bedingungen in Indien; siehe auch Gössl/Sanders JZ 2022, 492, 495, in diesem Heft.

erscheint daher außerhalb von medizinischen Kriterien nicht erforderlich.

## b) Verfahrensregeln, die die Wunscheltern betreffen

### aa) Verpflichtendes Beratungsgespräch

Zur Vermeidung von späteren Konflikten mit der Leihmutter sollten auch die Wunscheltern zu einem Beratungsgespräch verpflichtet werden. Dessen Schwerpunkt läge neben den medizinischen Faktoren in der Information über die Rechtsstellung der Leihmutter nach der Geburt. Zudem sollte auch hier die Freiverantwortlichkeit der Entscheidung der Wunscheltern erörtert und eine Beeinflussung durch familiären Erwartungsdruck überprüft werden. Vorzugswürdig wäre es dabei, die Leihmutter auch zu diesem Beratungsgespräch hinzuzuziehen, damit mögliche Abweichungen in der Vorstellung von Wunscheltern und Leihmutter professionell geklärt werden können (etwa im Hinblick auf die spätere Elternschaft der Beteiligten).<sup>83</sup>

### bb) Medizinische oder biologische Indikation

Die Möglichkeit zur Durchführung einer Leihmutterschaft sollte zudem davon abhängig gemacht werden, dass hierfür medizinische oder biologische Gründe vorliegen. Auf diese Weise würde eine Leihmutterschaft etwa aus Gründen des „Lifestyle“ ausgeschlossen sein. Bei Paaren, die auch ohne die Hilfe einer Leihmutter eigene Kinder bekommen können, verschiebt sich die Abwägung. Ihr Recht auf Fortpflanzungsfreiheit wird hier allenfalls in einem Randbereich betroffen; ein Verbot berührt nicht das „Ob“ der Fortpflanzung, sondern lediglich das „Wie“. Die bestehenden – wenn auch geringen – Risiken der Leihmutterschaft müssen nicht hingegenommen werden, um einer Frau die Unannehmlichkeiten einer Schwangerschaft zu ersparen. Zugleich schlagen an dieser Stelle die an früherer Stelle dargelegten Bedenken im Hinblick auf eine mögliche gesellschaftliche Entwicklung zu Buche, die angesichts der zunehmenden Verfügbarkeit biotechnologischer Verfahren der Fortpflanzung drohen, einen negativen Einfluss auf das gesamtgesellschaftliche Gefüge zu nehmen. Diese insoweit ernstzunehmenden Risiken werden angemessen berücksichtigt, solange die erlaubte Leihmutterschaft auf Fälle der medizinischen Indikation begrenzt ist.

### cc) Genetische Verwandtschaft mindestens eines Elternteils mit dem Kind

Die Leihmutterschaft setzt voraus, dass ein Elternteil genetisch mit dem Kind verwandt ist. Anderenfalls ist das Recht, ein genetisch verwandtes Kind zu zeugen, nicht berührt. Der Wunsch, Sonderbeziehungen im Leben durch genetische Verbindung zu begründen, ist bei vielen Menschen – bereits aus evolutionspsychologischen Gründen<sup>84</sup> – stark ausgeprägt.<sup>85</sup> Stehen medizinische oder biologische Ursachen seiner Realisierung entgegen, kann dieses Schicksal als erhebliches Leid erfahren werden. Sofern in Gestalt der Leihmutterschaft ein Verfahren verfügbar ist, das diesem Leid abhelfen kann, sollte dieser Weg den Betroffenen nicht versperrt werden. Entfällt hingegen das Spezifikum der Herstellung von biologischer

Zusammengehörigkeit, bestehen andere Möglichkeiten, ein Kind aufziehen zu können. Adoption aber auch Pflegschaft sind denkbare Modelle, um als Familie mit einem Kind zu leben. Sollte sich in den nächsten Jahren zeigen, dass eine Leihmutterschaft in Deutschland weitgehend konfliktfrei verläuft, kann über die Erweiterung des Instruments auf Elternteile ohne genetische Verwandtschaft zum Wunschkind nachgedacht werden.<sup>86</sup>

### c) Rechtsfolge bei Verstoß gegen leihmutterschaftliche Verfahrensregeln

Der Wegfall eines strafbewehrten Verbots der Leihmutterschaft wirft die Frage auf, wie auf Verstöße gegen die formulierten Verfahrensregeln reagiert werden sollte. In Betracht kommen die allgemeinen Sanktionsregime wie das Strafrecht und das Ordnungswidrigkeitenrecht, aber auch das (ärztliche) Berufsrecht. Verstöße gegen Verfahrensregeln können zum einen die Vorschriften betreffen, die zum Schutz einer freiverantwortlichen Entscheidung der Leihmutter statuiert werden. Sie gefährden also die Durchführung einer auf dem freien Willen der Leihmutter beruhenden Schwangerschaft und bergen zugleich Risiken im Hinblick auf spätere Konflikte im Verhältnis zu den Wunscheltern, da die Leihmutter in dieser Weise „unvorbereitet“ in das Verfahren eingetreten ist. Zum anderen kommt ein Verstoß gegen Verfahrensregeln in Betracht, die absichern sollen, dass das biomedizinische Verfahren der Leihmutterschaft allein dem Interesse dient, ein genetisch mit der eigenen Person verwandtes Kind zu zeugen, wozu die Wunscheltern aus medizinischen oder biologischen Gründen nicht in der Lage sind. Das Rechtsinstitut Strafe ist besonders schwerwiegenden Fehlverhaltensweisen vorbehalten. Da die Leihmutterschaft grundsätzlich erlaubt sein soll und der Schutz der Freiverantwortlichkeit eine mündige Person betrifft, wiegt ein Verstoß gegen prozedurale Absicherungen hier nicht so schwer, dass eine strafrechtliche Sanktion angemessen wäre. Sinnvoll erscheinen demgegenüber berufsrechtliche Konsequenzen für Ärzte und Kliniken, die bei der Durchführung einer Leihmutterschaft die geltenden Verfahrensregeln missachten.

## 3. Flankierende Regelungen – erste Gedanken

### a) Leihmutterschaftsvermittlung

§ 13c des Adoptionsvermittlungsgesetzes (AdVermiG) verbietet die Vermittlung von Leihmutterschaften, § 13d AdVermiG untersagt es, Leihmütter durch „öffentliche Erklärungen, insbesondere durch Zeitungsanzeigen oder Zeitungsberichte, zu suchen oder anzubieten“. Das Betreiben einer Ersatzmuttervermittlung ist in § 14b AdVermiG strafbewehrt; werden Vermögensvorteile aus der Vermittlung gezogen, wird das Strafmaß auf bis zu zwei Jahre Freiheitsstrafe erhöht, bei gewerbs- oder geschäftsmäßiger Begehung drohen bis zu drei Jahre Haft. Die Leihmutter und die Wunscheltern selbst werden hingegen – ebenso wie im ESchG – nicht bestraft. Ausweislich der Gesetzesbegründung soll durch die Vorschriften im AdVermiG „schon im Vorfeld dazu beigetragen werden, daß Ersatzmutterchaften unterbleiben“.<sup>87</sup>

Mit der Legalisierung der Leihmutterschaft wird den Verbots- und Sanktionsnormen im Bereich der Vermittlung damit bereits weitgehend die Grundlage entzogen. Zu überlegen wäre allenfalls, ob in sensiblen Bereichen wie der re-

<sup>83</sup> So auch Gössl/Sanders JZ 2022, 492, 501 (in diesem Heft), die insbesondere ein Gespräch zwischen Wunscheltern und Leihmutter über deren jeweilige Erwartungen für ratsam halten.

<sup>84</sup> Hierzu Buss, *Evolutionary Psychology*, 6. Aufl., New York 2019, S. 14 ff.

<sup>85</sup> Dies gilt für jedes Lebewesen; Darwin, *Der Ursprung der Arten durch natürliche Selektion oder die Erhaltung begünstigter Rassen im Existenzkampf*, übers. von Schönfeld, 2018, S. 92.

<sup>86</sup> Siehe Gössl/Sanders JZ 2022, 492, 498, in diesem Heft.

<sup>87</sup> BT-Drs 11/4154, S. 9 sowie S. 6 zu den Gründen des Verbots, die nach heutigen Maßstäben schwer nachvollziehbar sind.

produktiven Fortpflanzungsmedizin eine Kommerzialisierung zum Schutz der Beteiligten untersagt werden kann. Ein solcher Ansatz wurde bereits in den Diskussionen um die Sterbehilfe zu Recht kritisiert.<sup>88</sup> Von der Vermittlung zwischen Wunscheltern und Leihmüttern gehen keine eigenständigen Gefahren für die Beteiligten aus. „Normalisierungseffekte“, die von kommerziellen Angeboten ausgehen können, sind für die Akzeptanz der entstehenden Familienbeziehungen eher förderlich als problematisch. Um einen gesellschaftlichen oder familiären Druck auf kinderlose Paare zu verhindern, könnten Werbeverbote erwogen werden. Die Vermittlung selbst ist hingegen eine wichtige organisatorische Begleitung der Leihmutterschaft, die nicht mit einem strafbewehrten Verbot belegt werden kann.

#### b) Regelungen zur Elternschaft

Eine Aufhebung des strafrechtlichen Verbots muss durch familienrechtliche Regelungen flankiert werden. Schließlich werden durch die Leihmutterschaft die Rechtspositionen unterschiedlicher Personen berührt, mindestens die der Wunscheltern, der Leihmutter und des werdenden Kindes.<sup>89</sup>

Dabei wird das Zivilrecht vor eine Vielzahl rechtlich wie ethisch schwieriger Fragen gestellt: Welche Vorgaben – etwa zu Aufenthalt oder Ernährung – dürfen die Wunscheltern der Leihmutter während der Schwangerschaft machen? Wer entscheidet über einen Schwangerschaftsabbruch; darf die Leihmutter – vorbehaltlich der strafrechtlichen Regelungen – das Kind gegen den Willen der Wunscheltern abtreiben? Die zentrale familienrechtliche Frage ist aber die nach der Bestimmung der Elternschaft. Sie wird vor allem dann relevant, wenn einer der Beteiligten an der zuvor getroffenen Absprache nicht festhalten möchte. Wenngleich die Studienlage dafür spricht, dass es nur in seltenen Ausnahmefällen dazu kommt, dass die Leihmutter das Kind nach der Geburt nicht an die Wunscheltern übergeben möchte, muss das Recht für diese Situation eine Lösung bereithalten.

Die zentrale Herausforderung bei der Legalisierung der Leihmutterschaft liegt darin, sich auch von den tradierten Vorstellungen des Familienrechts zu lösen und für ein neues Phänomen neue – und passende – Regeln zu formulieren. Die zivilrechtliche Diskussion scheint allerdings noch der Vorstellung verhaftet, dass die Leihmutter die „eigentliche“ Mutter sei; so bestimmt es schließlich auch § 1591 BGB („Mutter eines Kindes ist die Frau, die es geboren hat“). Allerdings wurde die Vorschrift gerade mit dem erklärten Ziel eingeführt, die Leihmutterschaft zu verhindern.<sup>90</sup> Soll ein grundlegend neues Modell der Familiengründung eingeführt werden, ist ein „Bruch“ mit den bisherigen Prämissen des Familienrechts nicht nur möglich, sondern notwendig.

Die Regelung der rechtlichen Elternschaft muss daher im Kontext der Leihmutterschaft neu gedacht werden. Entscheidend für die familienrechtliche Gestaltung sollte es sein, die Interessen der Beteiligten in einen angemessenen Ausgleich zu bringen. Hierbei ist zunächst zu beachten, dass das Interesse der Leihmutter, rechtliches Elternteil des ausgetragenen, genetisch aber nicht verwandten Kindes zu sein, dadurch relativiert wird, dass sie dieses Risiko bewusst und informiert eingegangen ist – gerade diesem Zweck dienen die vorgeschlagenen Verfahrensregelungen. Dass der anson-

ten kaum bestrittene Grundsatz der freiverantwortlichen Risikotragung hier nicht thematisiert wird, ist verwunderlich. Das Festhalten an der gebärenden Frau als rechtliche Mutter mag sich dadurch erklären, dass die Zuordnung von Geburt und Mutterschaft im Vorstellungsbild der meisten Menschen noch fest verankert ist. Zudem werden biologische Argumente bemüht, wenn auf die besondere Verbindung zwischen Kind und Austragender während der Schwangerschaft abgestellt wird. Allerdings: Wenn die Biologie herangezogen wird, so weist sie in eine andere Richtung. Jeder Organismus hat das Bestreben, sich fortzupflanzen und das eigene genetische Material an die nächste Generation weiterzugeben.<sup>91</sup> Die Evolutionstheorie basiert auf der Annahme einer kontinuierlichen Anpassung von Merkmalen mit dem Ziel der Steigerung der Nachkommenzahl;<sup>92</sup> die Weitergabe der eigenen Gene ist also in der Natur der Lebewesen – auch des Menschen – angelegt und prägt ihr Verhalten. So werden etwa die durchschnittlich größeren Investitionen von Frauen in die Aufzucht des Nachwuchses damit erklärt, dass der Mann seiner Vaterschaft nicht sicher sein konnte und sein Einsatz damit womöglich nicht der Weitergabe der eigenen Gene diene.<sup>93</sup> Anders bei der Frau: Schwangerschaft und Geburt ließen keinen Zweifel daran, dass sie die genetische Mutter war. Die Schwangerschaft begründet hier nicht den Status als Mutter, sondern belegt ihn. Die genetische Abstammung ist aus biologischer Perspektive der dominante Faktor für Elternschaft.

Eine solche Argumentation wird sich dem Vorwurf des Biologismus ausgesetzt sehen; sie wird allerdings vor allem in Stellung gebracht gegen andere, weniger überzeugende biologische Annahmen (über die Nähe von Kind und Leihmutter)<sup>94</sup>. Unabhängig von einer ethischen Bewertung biologischer Determinanten ist aber anzuerkennen, dass die genetische Verwandtschaft mit dem eigenen Kind für die meisten Menschen tatsächlich eine besondere Bedeutung hat.<sup>95</sup> Vor diesem Hintergrund ist das erhebliche Interesse der Wunscheltern, das von ihnen abstammende Kind großzuziehen, in der Abwägung zu berücksichtigen. Erkennt der *EGMR* die Bedeutung des Wunsches nach der Zeugung eines genetisch verwandten Kindes an, so muss dies auch für den späteren Umgang mit dem Kind gelten. Gerade für Eltern, denen die genetische Verwandtschaft so wichtig ist, dass sie den Weg der Leihmutterschaft wählen, wird es eine enorme psy-

<sup>91</sup> Statt aller: Krauß, Gene, Zufall, Selektion, 2014, S. 49f.; Darwin (Fn. 85), S. 89; <https://www.uni-wuerzburg.de/aktuelles/pressemitteilung/en/single/news/die-evolut/> (zuletzt abgerufen 4. 3. 2022).

<sup>92</sup> Genauer dazu Darwin, Die Entstehung der Arten, übers. von Wrede/Wrede, 2013, S. 69f., 96.

<sup>93</sup> Buss (Fn. 84), S. 191.

<sup>94</sup> Siehe dazu Gössl/Sanders JZ 2022, 492, 497 f. (in diesem Heft), die der Leihmutter eine Anfechtungsmöglichkeit im Hinblick auf die Elternschaft der Wunscheltern einräumen möchten, um das Kind vor etwaigem Stress der Leihmutter während der Schwangerschaft zu schützen, der sich negativ auf dessen Entwicklung auswirken kann. Empirisch ist nicht gesichert, dass die Kenntnis und die resultierende Trauer der Leihmutter darüber, das Kind nach der Geburt abgeben zu müssen, einen Einfluss auf die gesundheitliche Entwicklung des Kindes hat. Selbst wenn dies aber der Fall sein sollte, sind die hier zu befürchtenden Folgen für das Kindeswohl in ihrem Gewicht weitaus geringer einzuschätzen als das Leid, das aus jahrelangen Konflikten zwischen konkurrierenden Eltern und aus Sorgerechtsstreitigkeiten erwächst.

<sup>95</sup> Van den Akker Human Reproduction, Vol. 12 Issue 8 (2000), 1849, 1852. Anders als hier möchten Gössl/Sanders JZ 2022, 492, 498 (in diesem Heft) Leihmutterschaft ohne jedwede genetische Verbindung zwischen Kind und Wunscheltern zulassen. Der Verweis auf das deutsche Familienrecht, das der genetischen Beziehung nicht die höchste Bedeutung bei der Elternschaftszuordnung einräumt, bestätigt allerdings lediglich das Bestehen spezifischerer tradiert Vorstellungen der Elternschaft, die es nach unserer Auffassung gerade zu hinterfragen gilt.

<sup>88</sup> Kritisch insoweit Hoven ZIS 2016, 1, 3; Freund GA 2012, 491, 493 f.; Freund/Rostalski GA 2020, 617, 629 ff.

<sup>89</sup> Gegebenenfalls treten die Rechtspositionen von Samen- und Eizellspendern hinzu.

<sup>90</sup> BT-Drs. 13/4899, S. 52, 82.

chische Belastung bedeuten, nicht rechtliches Elternteil des Kindes zu sein.

Die Belange der genetisch verwandten Wunscheltern – oder des Wunschelternteils –, die sich sowohl auf Art 6 Abs. 1 GG als auch auf Art. 1 Abs. 1 i. V. mit Art. 2 Abs. 1 GG stützen, sind also grundsätzlich höher zu gewichten als das Interesse der Leihmutter an einem „Behalten“ des nicht von ihr abstammenden Kindes. Dem steht insbesondere nicht die Menschenwürde der Leihmutter entgegen,<sup>96</sup> sofern sie sich freiverantwortlich auf die mit der Leihmutterschaft verbundenen Risiken – also auch die Belastungen durch die Übergabe des Kindes – eingelassen hat.<sup>97</sup> Dies stellen Verfahrensregeln sicher. Ohnedies: Maßgeblich für die Gestaltung der familienrechtlichen Regelung ist *in erster Linie* das Wohl des Kindes.<sup>98</sup> Studien mit Kindern, die aufgrund einer Adoption nicht bei ihren leiblichen Eltern leben, zeigen verstärkt Isolations- und Identitätsprobleme – etwa auch, weil Unterschiede mit Blick auf Aussehen (insbesondere bei *transracial adoption*), Persönlichkeitsmerkmale oder intellektuelle Fähigkeiten erlebt werden.<sup>99</sup> Kinder, die mit Hilfe einer Samenspende gezeugt wurden, weisen ein erhebliches Interesse an ihrem genetischen Vater auf. Die Befragten verschiedener Studien sahen den Spender weit überwiegend nicht als Lieferanten „biologischen Materials“, sondern als ein Familienmitglied.<sup>100</sup> Zwei Studien stellten fest, dass mehr als 80 Prozent der befragten Spenderkinder Kontakt zu ihrem genetischen Vater aufnehmen möchten.<sup>101</sup> Dabei hat eine positive Beziehung zum sozialen Vater keinen Einfluss auf das Interesse der Spenderkinder an dem Spender.<sup>102</sup>

Diese Befunde zeigen, wie bedeutsam die Abstammung für die Identität eines Menschen und wie wesentlich der Kontakt zu den genetischen Eltern ist. Eine Trennung des Kindes von den mit ihm verwandten Eltern zum Schutz der Interessen Dritter – hier der Leihmutter – wäre mit dem Kindeswohl nicht vereinbar. Demgegenüber wirkt das Argument, die Aussicht auf eine rechtliche Mutterschaft verhindere, dass die Leihmutter während der Schwangerschaft Stress erleide und dadurch die Entwicklung des Embryos negativ beeinflusse,<sup>103</sup> vage und konstruiert, zumal es an naturwissenschaftlich validen Aussagen hierzu fehlt. Die genetische Verwandtschaft

muss dafür der für das Kindeswohl entscheidende Faktor bei der Frage nach der Zuordnung der Elternschaft sein.<sup>104</sup>

Das von *Gössl/Sanders* letztlich favorisierte Modell einer Anfechtungsmöglichkeit durch die Leihmutter<sup>105</sup> ist mit dem Ziel einer Wahrung des Kindeswohls daher nicht überzeugend in Einklang zu bringen. Das Kind würde in eine komplizierte „Scheidungskonstellation“ hineingeboren, in der sein rechtlicher Vater (der Wunschvater) bzw. die „Co-Mutter“ und seine rechtliche Mutter (die Leihmutter) in einem höchst konfliktreichen Verhältnis zueinander stehen. Eine weitere Schwäche des Modells liegt in der Ungleichbehandlung der Elternteile: Nur die genetische Mutter, nicht aber der genetische Vater kann zumindest nach der derzeitigen Rechtslage aus der elterlichen Rolle verdrängt werden. Der Leihmutter trotz der freiwilligen Risikoeingehung und selbst bei einer genetischen Verwandtschaft der Wunschmutter eine solche Vorrangstellung einzuräumen, ist ein Tribut an alte Vorstellungen von Mutterschaft. Wenn der Gesetzgeber jedoch mit der Leihmutterschaft die Aufspaltung von Austragung und Abstammung erlaubt, dann muss er mutiger sein. Die Regelung der Elternschaft darf nicht alten Bildern verhaftet bleiben, sondern muss die Belange aller beteiligten Personen – insbesondere des Kindes – rational gewichten. Die familienrechtliche Regelung sollte daher sicherstellen, dass die Elternschaft der Wunscheltern bereits vor der Geburt des Kindes feststeht und nicht mehr von einem Willensakt der Leihmutter abhängig ist. Zu erwägen wäre, der Leihmutter Informationsrechte oder ein Umgangsrecht mit dem Kind einzuräumen, um einen möglichen Leidensdruck zu relativieren.

## V. Ausblick

Die Legalisierung der Leihmutterschaft würde vielen ungewollt kinderlosen Menschen die Möglichkeit eröffnen, sich den Wunsch nach einem Kind zu erfüllen. Das ausnahmslose strafrechtliche Verbot der Leihmutterschaft in § 1 Abs. 1 Nr. 7 ESchG lässt sich verfassungsrechtlich und kriminalpolitisch nicht länger legitimieren. Eine Würdeverletzung der Leihmutter oder des Kindes ist nicht zu besorgen. Die vermuteten erheblichen Gefahren für die psychische Gesundheit der Beteiligten werden durch empirische Studien widerlegt. Die verbleibenden Risiken für die Freiverantwortlichkeit der Entscheidung der Leihmutter lassen sich durch Vorschriften zum Verfahren – insbesondere durch ein verpflichtendes Beratungsgespräch – so weit minimieren, dass sie ein umfassendes Verbot nicht zu rechtfertigen vermögen.

Dem Gesetzgeber wird also nicht empfohlen, § 1 Abs. 1 Nr. 7 ESchG ersatzlos zu streichen oder pauschal altruistische Leihmutterschaften auszunehmen. Vielmehr müssen im Austausch mit Rechtswissenschaftlerinnen und Medizinern sinnvolle Verfahrensvorgaben zum Schutz der Freiverantwortlichkeit entwickelt und flankierende familienrechtliche Regelungen getroffen werden. Es zeigt sich: Der rechtliche Umgang mit der Leihmutterschaft bedarf eines ganzheitlichen Ansatzes – es handelt sich weder um ein rein strafrechtliches noch um ein ausschließlich zivilrechtliches Thema. Die derzeitige Rechtslage wird der differenzierten Interessenlage nicht mehr gerecht. Es ist Zeit für Veränderungen – zu denen aus strafrechtswissenschaftlicher Perspektive eine teilweise Legalisierung der Leihmutterschaft gehört.

<sup>96</sup> Anders aber *Hillgruber* JZ 2020, 12, 15 und *Gössl/Sanders* JZ 2022, 492, 500 (in diesem Heft), die in Anlehnung an eine Entscheidung des portugiesischen Verfassungsgerichts (Entscheidung v. 24. 4. 2018, Nr. 225/2018, englische Übersetzung abrufbar unter <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/en/acordaos/20180225.html>) meinen, die Menschenwürde der Leihmutter könne allein dann gewahrt werden, wenn gesetzliche Regelungen sie nicht an der Familiengründung hindern. Diese Position ist in unseren Augen verfassungsrechtlich unhaltbar, da sie die Interessen der Beteiligten falsch gewichtet und damit zu einer einseitigen Abwägungsentscheidung kommt.

<sup>97</sup> Es überrascht, wenn etwa *Hillgruber* JZ 2020, 12, 15 schreibt, dass die Übergabe des Kindes „mit Blick auf die Menschenwürde der Leihmutter nur freiwillig erfolgen“ könne. Wenn hier die Menschenwürde in Ansatz gebracht wird, dürften Kinder grundsätzlich nicht – auch nicht zu ihrem Schutz – gegen den Willen der Eltern aus der Familie genommen werden.

<sup>98</sup> Dass die Belange des Kindes in der Diskussion noch zu sehr vernachlässigt werden, kritisiert auch *Thomale*, in: *Ditzen/Weller* (Fn. 22), S. 147, 150.

<sup>99</sup> *Francis* Social Work/Maatskaplike Werk, Vol. 43 No. 3 (2007), 261, 262 ff.; *Nan Joo* Kill Your Darlings, Issue Jul–Dec (2019), 312, 315 ff.; *Görtz* Existenzanalyse 25 (2), 2008, 65, 66 f.

<sup>100</sup> *Riley* Australian Journal of Adoption, Vol. 7 No. 2 (2013), 1, 7, 10; siehe auch *Hertz/Nelson/Kramer* Social Science & Medicine 86 (2013), 52, 62.

<sup>101</sup> *Beeson/Jennings/Kramer* Human Reproduction, Vol. 26 Issue 9 (2011), 2415, 2419; *Hertz/Nelson/Kramer* Social Science & Medicine 86 (2013), 52, 56.

<sup>102</sup> *Mahlstedt/LaBounty/Kennedy* Fertility and Sterility International Edition, Vol. 93 Issue 7 (2010), 2236, 2242 f.

<sup>103</sup> So *Gössl/Sanders* JZ 2022, 492, 498, in diesem Heft.

<sup>104</sup> Zwar geht es hier um ein Informationsrecht; der ausgeprägte Wunsch nach Kenntnis der eigenen Abstammung zeigt jedoch die Bedeutung genealogischer Verwandtschaft für den Menschen.

<sup>105</sup> *Gössl/Sanders* JZ 2022, 492, 500, in diesem Heft.