

Regulierung der Leihmutterschaft

Herausgegeben von
BEATE DITZEN und
MARC-PHILIPPE WELLER

Mohr Siebeck

Regulierung der Leihmutterschaft



Regulierung der Leihmutterschaft

Aktuelle Entwicklungen und
interdisziplinäre Herausforderungen

Herausgegeben von
Beate Ditzen und Marc-Philippe Weller

Mohr Siebeck

Beate Ditzen ist Direktorin des Instituts für Medizinische Psychologie am Universitäts-Klinikum Heidelberg und Professorin für Medizinische Psychologie und Psychotherapie an der Medizinische Fakultät der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg.

Marc-Philippe Weller ist Direktor am Institut für ausländisches und internationales Privat- und Wirtschaftsrecht der Universität Heidelberg.

ISBN 978-3-16-155819-1 / eISBN 978-3-16-156311-9
DOI 10.1628/978-3-16-156311-9

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2018 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von epline in Böblingen aus der Stempel Garamond gesetzt und von Gulde Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und gebunden.

Printed in Germany.

Inhaltsverzeichnis

Vorwort

<i>Beate Ditzen / Marc-Philippe Weller</i> Leihmutterschaft: eine interdisziplinäre Herausforderung	VII
--	-----

Einleitung

<i>Lisa Engelhardt / Anton S. Zimmermann</i> Die Leihmutterschaft im Spiegel nationaler und internationaler Rechtsprechung	1
--	---

Beiträge

<i>Katja Patzel-Mattern</i> Wert und Bewertung des Verleihs. Ein historischer Vergleich als Beitrag zur aktuellen Diskussion um Leihmutterschaft	9
<i>Thomas Strowitzki</i> Assistierte Reproduktionstechniken (ART) und Leihmutterschaft – medizinische Aspekte	23
<i>Regine Meyer-Spendler</i> Leihmutterschaft – Die persönliche Perspektive	29
<i>Susan Golombok</i> Studies of Surrogacy Families	35
<i>Elisabeth Beck-Gernsheim</i> Ist das Verbot von Leihmutterschaft anachronistisch geworden?	47
<i>Nina Dethloff</i> Leihmutterschaft in rechtsvergleichender Perspektive	55

Eliza Hall

From European Theory to American Practice: The United States
as a Laboratory for Surrogacy Law 69

Stephan Harbarth

Leihmutterschaft und Reproduktionstourismus
Die rechtspolitische Perspektive 81

*Länderberichte**Lisa Engelhardt*

Die Leihmutterschaft im schweizerischen Recht 93

Anna Lina Gummersbach

Die Leihmutterschaft im französischen Recht 101

Sebastian Schwind

Regulierung der Leihmutterschaft im Vereinigten Königreich 117

Lisa Engelhardt

Die Leihmutterschaft im US-amerikanischen Recht am Beispiel
von Kalifornien und New Hampshire 133

*Interdisziplinäre Synthese**Chris Thomale*

Der Leihmutterschaftsdiskurs als Wertediskurs: Nachbetrachtungen
aus dem Auditorium 147

Autorenverzeichnis 151

Leihmutterschaft: eine interdisziplinäre Herausforderung

*Beate Ditzen / Marc-Philippe Weller**

I. Die Leihmutterschaft im Wandel der Zeit

Die Leihmutterschaft¹ hat eine lange Entwicklungsgeschichte.² Dem Alten Testament zufolge sollen sich schon *Abraham* und *Jakob* der Mägdle ihrer Frauen als Ersatzmütter bedient haben, wenn die Frauen keine Nachkommen mehr zur Welt bringen konnten. Heute erleben solche Vereinbarungen, in denen sich eine Leihmutter vor dem Beginn der Schwangerschaft gegenüber Bestellern dazu verpflichtet, das auszutragende Kind nach der Geburt den Bestellern zu übergeben, eine Renaissance. Dabei *kann* mittels In-Vitro-Fertilisation auf das Genmaterial der Besteller zurückgegriffen werden. Häufig werden jedoch auch Eizellen und Spermia von anonymen Spendern verwendet. Im Extremfall kommt das Kind so zu fünf Eltern qua Geburt: die austragende Leihmutter, die Eizellenspenderin, der Samenspender und die beiden Bestelletern.

* *Beate Ditzen* ist Direktorin des Instituts für Medizinische Psychologie am Universitätsklinikum der Universität Heidelberg. *Marc-Philippe Weller* ist Direktor am Institut für ausländisches und internationales Privat- und Wirtschaftsrecht der Universität Heidelberg.

¹ Als Leihmutter gilt eine Frau, die ein Kind aufgrund einer Vereinbarung für eine andere Frau austrägt und jenes nach der Geburt an die Wunscheltern herausgibt. Dabei kann man die „Ersatzmutter“ von der „Tragemutter“ unterscheiden: Bei der Ersatzmutter werden die eigenen Eizellen mit dem Samen des Wunschvaters befruchtet; biologisch trägt sie mithin ihr eigenes Kind aus. Demgegenüber wird der Tragemutter eine fremde Eizelle implantiert; sie teilt mit dem Kind üblicherweise kein genetisches Material (es sei denn, sie ist mit einem der Elternteile unmittelbar verwandt). Erst die moderne Fortpflanzungsmedizin hat durch die In-Vitro-Fertilisation (IVF) die Tragemutterschaft möglich gemacht und damit für die Psychologie bedeutende Fragen in den Raum gestellt. Vgl. zur Terminologie auch die Übersicht des Landesverbandes der hamburgischen Standesbeamten e. V. (www.standesbeamtehamburg.de).

² *Patzel-Mattern/Ditzen/Weller*, Der gemietete Bauch: Von Bestelletern, Wunschkindern und Leihmüttern, in: *Ruperto Carola-Forschungsmagazin*, Ausgabe 10, Juli 2017, S. 86–95.

II. Umgehung des Leihmutterschaftsverbot durch Fortpflanzungstourismus

Die Leihmutterschaft ist in fast allen europäischen Staaten verboten.³ Dieses Verbot wird allerdings durch die moderne Fortpflanzungsmedizin und einen zunehmenden internationalen „Fortpflanzungstourismus“ herausgefordert. Leihmutterschaft ist damit als ein Teilbereich des internationalen Medizintourismus zu sehen und muss über unsere eigenen Landes- und Kulturgrenzen hinweg interpretiert werden. Momentan besteht erhebliche Rechtsunsicherheit, wenn ein im Rahmen einer Leihmutterschaft im Ausland geborenes Kind nach Deutschland verbracht wird. Ist das Kind als Kind der Wunscheltern/Bestellern anzuerkennen oder ist die Leihmutter (auch) die rechtliche Mutter? Eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs aus dem Jahr 2014, welche den Bestellern die rechtliche Elternschaft zusprach, betrifft lediglich eine unter besonderen Umständen in Kalifornien durchgeführte Leihmutterschaft⁴; die Entscheidung ist in der Literatur auf Kritik gestoßen.⁵ Zudem hat im Jahr 2017 das OLG Braunschweig in einem Leihmutterschaftsfall die Anerkennung der Elternschaft der Besteller verweigert.⁶ Die Revision ist beim Bundesgerichtshof anhängig.

III. Regulierungsbedarf

Das Phänomen der „Leihmutterschaft“ bedarf ob der erheblichen Schwierigkeiten, die es Theorie und Praxis bereitet, einer Regulierung durch den Gesetzgeber.⁷ Auch der Deutsche Juristentag hat auf seiner Tagung 2016 in Essen eine Regulierung zur Leihmutterschaft durch den Gesetzgeber angemahnt.⁸

Wie sollte diese Regulierung idealerweise aussehen? Die Antwort hängt maßgeblich von außerjuristischen Vorfragen ab, insbesondere von den psychischen und medizinischen Auswirkungen der Leihmutterschaft auf die Beteiligten. Diese interdisziplinären Aspekte der Leihmutterschaft werden in diesem Sammelband diskutiert.

³ Vgl. *Thomale*, Das Kinderwohl ex ante – Straßburger zeitgemäße Betrachtungen zur Leihmutterschaft, IPrax 2017, 583–589.

⁴ BGHZ 203, 350.

⁵ *Thomale*, Mietmutterschaft – Eine international-privatrechtliche Kritik, 2015; dem BGH zustimmend dagegen *Duden*, Leihmutterschaft im Internationalen Privat- und Verfahrensrecht, 2015. Vgl. zum Meinungsstand ferner *Engelhardt/Zimmermann*, Die Leihmutterschaft im Spiegel nationaler und internationaler Rechtsprechung, infra S. 1.

⁶ OLG Braunschweig, Beschluss vom 13. April 2017–1 UF 83/13.

⁷ *Harbarth/Thomale/Weller*, Kinder auf Bestellung? Fortpflanzungstourismus: Die Leihmutterschaft als Prüfstein für Ethik und Menschenwürde, FAZ v. 17.08.2017, S. 6 (Staat und Recht).

⁸ Siehe dazu die Thesen des 71. DJT zum Gutachten von *Helms*, S. 51 ff., insb. 53, abrufbar unter www.djt.de/fileadmin/downloads/71/71_Thesen_web.pdf, zuletzt abgerufen am 23.11.2017.

IV. Bedeutung der Psychologie

Für eine Regulierung der Leihmutterschaft sind vor allem psychologische Konzepte der Mutterrolle und damit verbundene Themen zentral, wie z. B. ob sich die Rollen der genetischen Mutter, der Leihmutter und der sozialen Mutter psychologisch voneinander abgrenzen lassen.⁹ Eng hiermit verknüpft sind die langfristigen psychischen Konsequenzen der Leihmutterschaft für die Beteiligten (die Leihmutter selbst, die Bestelleltern und schließlich das Kind). Diese Konsequenzen wurden bislang kaum systematisch untersucht und in Bezug zur aktuellen rechtlichen Situation gesetzt. Auch ist gerade bei Betrachtung der Leihmutterschaft in einem internationalen und interkulturellen Kontext bedeutsam, ob und inwieweit sich die psychischen Konzepte universell betrachten lassen. Können wir z. B. von kulturübergreifend vergleichbarer Bindung einer Mutter an ihr Kind ausgehen und wie interpretieren unterschiedliche Kulturen die Kinderlosigkeit? Kann oder sollte eine Leihmutter die emotionale Bindung an das Kind durch Bezahlung vermindern? Wie wird eine Leihmutter in ihrem Heimatland beurteilt?

Die Forschung und Therapie am Institut für Medizinische Psychologie am Universitätsklinikum der Universität Heidelberg widmet sich dem Einfluss sozialer Bindungen auf die Gesundheit und umgekehrt, dem Einfluss gesundheitlicher Parameter auf soziale Beziehungen sowie den vermittelnden psychobiologischen Mechanismen. Hierbei werden in enger Kooperation mit der Universitätsfrauenklinik u. a. die Konsequenzen gynäkologischer Erkrankungen auf die Partnerschaft analysiert; ferner wird PatientInnen mit unerfülltem Kinderwunsch psychologische Beratung angeboten.

Im Rahmen dieser Forschung und Beratung ist deutlich geworden, dass die aktuellen reproduktionsmedizinischen Möglichkeiten, die rechtlich uneinheitliche Situation über unterschiedliche Staaten hinweg und der zunehmende Reproduktionstourismus gut informierter und wohlsituerter Paare sich häufig nicht mit der psychischen Repräsentation der Konsequenzen für die Beteiligten decken. Dies trifft besonders im Bereich der Leihmutterschaft zu, einer emotional hochkomplexen Situation für die Leihmutter selbst, für das Paar, das die Leihmutterschaft in Auftrag gibt, aber auch für das Kind.

V. Bedeutung der Rechtsvergleichung

Neben der Psychologie bieten aber auch der Blick auf die rechtliche Situation im Ausland und damit die Rechtsvergleichung reichhaltige Anregungen, wie eine Regulierung der Leihmutterschaft im Inland aussehen könnte. Wir stellen in diesem Band daher exemplarisch verschiedene ausländische Jurisdiktionen vor.

⁹ *Wischmann*, Kinderwunsch in konventionellen und neuen Familienformen: Ethische und psychosoziale Aspekte. gynäkologische praxis 2018 (im Druck).

Dabei gehen wir auch darauf ein, ob diese Rechtsordnungen im Ausland durchgeführte Leihmutterchaften anerkennen.¹⁰

In Frankreich¹¹ und in der Schweiz¹² ist die Leihmutterchaft verboten, in gewissen Staaten der USA ist sie dagegen erlaubt.¹³ England geht einen Mittelweg, indem es die Möglichkeit einer Leihmutterchaft auf altruistischer Basis eröffnet.¹⁴

VI. Interdisziplinäre Forschung am Marsilius-Kolleg der Universität Heidelberg

Mit dem Thema der „Leihmutterchaft als Herausforderung für die Psychologie und das Recht“ haben wir im Rahmen des aus der Exzellenzinitiative hervorgegangenen Marsilius-Kollegs der Universität Heidelberg interdisziplinäres Neuland in der Forschung zu betreten versucht. Das Kolleg ist nach Marsilius von Inghen benannt, der zunächst Rektor an der Sorbonne gewesen war und anschließend nach Heidelberg wechselte, wo er 1386 die Universität Heidelberg mit gründete. Im Rahmen des einjährigen Fellowships haben wir namentlich die Fragen untersucht (1.) wie die unterschiedlichen Konzepte der Mutterchaft (u. a. die „traditionelle Leihmutterchaft“ und die „Tragemutterchaft“¹⁵) psychologisch voneinander abzugrenzen sind, (2.) wie die psychischen Konsequenzen der Leihmutterchaft in Deutschland bei den Betroffenen repräsentiert sind und (3.) wie in Konsequenz dessen und unter Berücksichtigung internationaler und ausländischer Regelungsmodelle rechtliche Strukturen aussehen könnten, um langfristigen negativen Konsequenzen für die Beteiligten – v. a. für die aus einer Leihmutterchaft geborenen Kinder – vorzubeugen.

VII. Eckpunkte einer künftigen Regulierung

Während des interdisziplinären Forschungsprojektes und den äußerst bereichernden Sitzungen mit den übrigen Marsilius-Fellows haben wir drei Eckpunkte für eine mögliche Regulierung der Leihmutterchaft erarbeitet, die wir zur Diskussion stellen möchten:

¹⁰ *Thomale*, Anerkennung kalifornischer Leihmutterchaftsdekrete in der Schweiz, IPPrax 2016, 177–181; *ders.*, Anerkennung ukrainischer leihmutterchaftsbasierter Geburtsurkunden in Italien, IPPrax 2016, 493–498.

¹¹ *Gummersbach*, Die Leihmutterchaft im französischen Recht, *infra* S. 101.

¹² *Engelhardt*, Die Leihmutterchaft im schweizerischen Recht, *infra* S. 93; vgl. ferner *Thomale*, Anerkennung kalifornischer Leihmutterchaftsdekrete in der Schweiz, IPPrax 2016, 177–181.

¹³ *Engelhardt*, Die Leihmutterchaft im US-amerikanischen Recht am Beispiel von Kalifornien und New Hampshire, *infra* S. 133.

¹⁴ *Schwind*, Regulierung der Leihmutterchaft im Vereinigten Königreich, *infra* S. 117.

¹⁵ Vgl. zur Terminologie *supra* Fn. 1.

1. Verbot kommerzieller Leihmutterschaften im Inland

Kommerzielle Leihmutterschaften sollten im Inland verboten bleiben. Für diese These kann zum einen die Rechtsvergleichung fruchtbar gemacht werden: In der Schweiz, in Frankreich und in Italien ist die Leihmutterschaft (ebenfalls) verboten. In der Sache streiten für das Verbot die ansonsten stattfindende Ausbeutung und Instrumentalisierung der Leihmutter, die Risiken für das Kindeswohl (gespaltene Mutterschaft, „unnatürliche“ Familienverhältnisse, soziale Akzeptanz?) und die „Verobjektivierung“ des Kindes und der Leihmutter, welche mit der Menschenwürde (Art. 1 GG) nur schwerlich vereinbar wäre.

2. Altruistische Leihmutterschaften?

Ungeachtet des grundsätzlichen Verbots kommerzieller Leihmutterschaften sollte indes näher geprüft werden, ob im Inland künftig *altruistische* Formen der Leihmutterschaft legalisiert werden könnten. Für diese Überlegung lässt sich England als rechtsvergleichendes Vorbild anführen. Die Eröffnung altruistischer Leihmutterschaften würde dem Kinderwunsch der Besteller*innen entgegenkommen und die Möglichkeit der Familiengründung für unfruchtbare oder homosexuelle Paare eröffnen.

Allerdings wäre das Modell der altruistischen Leihmutterschaft an strenge Voraussetzungen zu knüpfen. In England sind erforderlich: (1.) Genetische Verwandtschaft eines der Wunscher*innen mit dem Kind, (2.) Ehe, Lebenspartnerschaft oder nichteheliche Lebenspartnerschaft zwischen den Wunscher*innen, (3.) Mindestalter der Wunscher*innen: 18 Jahre, (4.) Freiwilligkeit und Unentgeltlichkeit der Leihmutterschaftsvereinbarung und (5.) ein inländisches Domizil der Wunscher*innen (Vermeidung von Medizintourismus).

Noch näher zu prüfen wäre, ob dieses Modell das Risiko späterer Beziehungskonflikte zwischen Leihmutter und Wunscher*innen birgt. Desweiteren müssten Verfahren entwickelt werden, mit denen sich Freiwilligkeit und Unentgeltlichkeit feststellen und vom bloßen „Aufwendungsersatz“ abgrenzen lassen (Parallelen zur Lebendorganspende in Deutschland?).

3. Antizipiertes Adoptionsverfahren für Auslandsleihmutterschaften

Für die Auslandsfälle schlagen wir ein antizipiertes Adoptionsverfahren vor.¹⁶ Leihmutterschaftlich im Ausland begründete Abstammungsfälle sollten im Inland nicht anerkannt werden, sofern nicht schon vor der Schwangerschaft ein antizipiertes Adoptionsverfahren im Inland durchgeführt worden ist.

Welche Kriterien in dem antizipierten Adoptionsverfahren zu berücksichtigen wären, müsste noch näher geprüft werden. Relevante Parameter sollten sein:

¹⁶ Zu dessen möglicher Ausgestaltung in Anlehnung an Vorschläge der Haager Konferenz für Internationales Privatrecht *Thomale*, Mietmutterschaft, 2015.

1. Anforderungen an die ausländische Rechtsordnung (z. B. Erfordernis einer gerichtlichen Abstammungsentscheidung zugunsten der Wunscheltern durch ein ausländisches Gericht),
2. Anforderungen in Bezug auf die Leihmutter (Mindest-/Höchstalter, medizinische Unbedenklichkeitsbescheinigung, anwaltlicher Beistand der Leihmutter und ihres Ehemannes, ex ante-Prüfung und Autorisierung des Leihmutterchaftsvertrages durch ein Gericht)
3. Anforderungen hinsichtlich der Wunscheltern (Alter, genetische Verbindung zum Kind, psychologische „Eignungsuntersuchung“ der Wunscheltern, wirtschaftlich hinreichende Lebensgrundlage etc.).

VIII. Interdisziplinäres Symposium zur Leihmutterchaft

Die vorgenannten Eckpunkte wollen wir zur Diskussion stellen und eine kontroverse Debatte anstoßen. Den Auftakt hierzu bildete ein eintägiges Symposium zur Leihmutterchaft, das am 07. April 2017 in Heidelberg stattfand. Die dort gehaltenen Referate sind in diesem Tagungs- und Sammelband veröffentlicht:

Den Anfang macht Prof. Dr. *Katja Patzel-Mattern* mit einer historischen Perspektive auf die Leihmutterchaft, wobei sie durch Analogien zu Bibelstellen und dem Ammenwesen die Aufmerksamkeit auf das geschichtliche Ausmaß der Externalisierung von Elternrollen lenkt. Prof. Dr. *Thomas Strowitzki* verleiht dem Leihmutterchaftsvorgang als Anschauungsobjekt die notwendige medizinische Wissensbasis. Dr. *Regine Meyer-Spendler*, Medizinerin und Wunschmutter eines durch Leihmutterchaft empfangenen Kindes, rückt die Perspektive der Wunscheltern in den Fokus. Prof. Dr. *Susan Golombok* beleuchtet die psychologischen Implikationen der Leihmutterchaft auf Grundlage einer Langzeitstudie. Die vorgestellten Ergebnisse der Studie, so *Golombok*, erlaubten einen vorsichtigen Optimismus betreffend das psychische Wohlergehen der Beteiligten, zugleich seien aber auch zukünftige weitere Untersuchungen anhand größerer Stichproben sinnvoll.

Prof. Dr. *Elisabeth Beck-Gernsheim* diskutiert die ethische und soziale Dimension von Leihmutterchaft, die meist durch ein Wohlstandgefälle von den Bestelleltern zur Leihmutter geprägt sei und so soziale Ungleichheit zu perpetuieren drohe. Es folgte eine rechtsvergleichende Umschau von Prof. Dr. *Nina Dethloff*, welche die international vorkommenden Regelungsmodelle für das Leihmutterchaftsphänomen in den Blick nimmt. Die US-amerikanischen Regelungsmodelle werden sodann von *Eliza Hall* beleuchtet, einer auf Familienrecht spezialisierten US-Anwältin, der sich insbesondere mit einschlägigem Fallrecht und den Regelungsunterschieden innerhalb des föderalen Systems der USA auseinandersetzt. Die politische Perspektive und ein Stimmungsbild aus Berlin werden schließlich von Prof. Dr. *Stephan Harbarth* als Bundestagsabgeordnetem und Mitglied des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages eingebracht.

Wir danken dem Marsilius-Kolleg der Universität Heidelberg für die großzügige Finanzierung sowohl des Symposiums als auch dieses Tagungsbandes. Frau stud. iur. Anna Lina Gummersbach war uns eine große Hilfe bei der Veröffentlichung; auch ihr danken wir herzlich.

Heidelberg, im Juni 2018

*Beate Ditzen,
Marc-Philippe Weller*

Die Leihmutterschaft im Spiegel nationaler und internationaler Rechtsprechung

*Lisa Engelhardt / Anton S. Zimmermann**

Etwa jedes zehnte Paar ist ungewollt kinderlos.¹ Gleichzeitig hat sich die Zahl der zur Adoption stehenden Kinder in Deutschland seit 1992 ungefähr halbiert.² In etwa 30 % der Fälle liegen die Gründe der Unfruchtbarkeit bei der Frau.³ Kann die Frau kein Kind austragen, bleibt auch eine Fruchtbarkeitsbehandlung erfolglos.⁴ In solchen Fällen kann selbst bei verschiedengeschlechtlichen Paaren eine Leihmutterschaft in Betracht kommen⁵. Von einer Leihmutterschaft spricht man, wenn ein Kind durch eine Frau ausgetragen wird, „die sich vor Beginn ihrer Schwangerschaft dazu verpflichtet hat, es nach der Geburt Dritten zu übergeben [...]“.⁶ Die Schwangerschaft und der Geburtsvorgang werden von einer Leihmutter übernommen, die Elternrolle ist hingegen den Bestelleltern⁷ – im Diskurs auch als Wunscheltern⁸ oder Ersatzeltern⁹ bezeichnet – zugeordnet.

* Die Autoren danken Herrn Prof. Dr. *Marc-Philippe Weller* sowie für die kritische Lektüre des Manuskripts Herrn *Jan-Marc Steiner*.

¹ *Boivin u. a.*, International estimates of infertility prevalence, Hum.Reprod. 2007, 1506, 1509; *Duden*, Leihmutterschaft, 2015, S. 3; *Widge*, Foreword, in: Current Practices and Controversies in Assisted Reproduction, 2002, S. XV.

² *Janisch*, Familie der Zukunft, Süddeutsche Zeitung vom 10./11.9.2016. Nach *Janisch* gab es 2014 nur 3805 Familien in Deutschland mit adoptierten Kindern unter 18 Jahren.

³ *Gruber/Blanck*, Gynäkologie und Geburtshilfe, 2014, S. 36.

⁴ Zusammenfassend *Duden*, Leihmutterschaft, 2015, S. 4 f.

⁵ Siehe dazu auch *Harbarth/Thomale/Weller*, Kinder auf Bestellung? Fortpflanzungstourismus – Die Leihmutterschaft als Prüfstein für Ethik und Menschenwürde, FAZ vom 17. August 2017.

⁶ So vom deutschen Gesetzgeber beim Erlass des Embryonenschutzgesetzes (ESchG) 1989 definiert: BT-Drs. 11/5460, S. 15.

⁷ So beispielsweise *Thomale*, Mietmutterschaft, 2015, S. 2; *Thomale*, Anerkennung kalifornischer Leihmutterschaftsdekrete in der Schweiz, IPRax 2016, S. 177 ff.

⁸ So etwa BGH, Beschluss vom 10.12.2014 – XII ZB 463/13, Rz. 34.

⁹ § 1 I Nr. 7 ESchG spricht von der Ersatzmutter.

I. Gesetzliche Ausgangslage

Das materielle Elternschaftsrecht in Deutschland behandelt Vaterschaft und Mutterschaft ungleich: Während die Vaterschaft angefochten, anerkannt und festgestellt werden kann¹⁰, gilt hinsichtlich der Mutter der Grundsatz „mater semper certa est“.¹¹ Die Mutter ist nach § 1591 BGB die Frau, die das Kind geboren hat. Damit ist im Fall der Leihmutterschaft lediglich die Leihmutter auch Mutter im Rechtssinn, denn sie allein bringt das Kind zur Welt. Eine Anfechtung oder Anerkennung der Elternstellung ist bei der Mutterschaft im Vergleich zur Vaterschaft nicht möglich. Daraus folgt, dass die Wunschmutter nicht die rechtliche Stellung einer Mutter einnehmen kann. Dieser Vereitelung des *rechtlichen Erfolgs* des Leihmutterschaftszwecks liegt eine die Leihmutterschaft verbietende Wertentscheidung des Gesetzgebers zugrunde. Die Leihmutter bleibt die rechtliche Mutter des Kindes. Explizit untersagen § 1 I Nr. 7 Embryonenschutzgesetz (ESchG)¹² und § 13c Adoptionsvermittlungsgesetz (AdVermiG)¹³ den Leihmutterschaftsvorgang in Deutschland. Ärzten, die eine künstliche Befruchtung und Übertragung menschlicher Embryonen bei einer Leihmutter durchführen, droht nach dem ESchG eine Freiheitsstrafe von bis zu drei Jahren.

Das gesetzliche Verbot in Deutschland führt dazu, dass deutsche Paare zunehmend auf ausländische Leihmutterschaftsagenturen und Leihmütter ausweichen. So kann beispielsweise in Griechenland¹⁴ und in einigen Staaten der USA¹⁵ eine Leihmutterschaft legal durchgeführt werden.¹⁶ Das Kind wird bei dieser Form des Reproduktionstourismus im Ausland von einer Leihmutter geboren und die Wunscheltern beantragen sodann in Deutschland die Anerkennung ihrer Elternschaft bei den Behörden.¹⁷ Kommt das Kind beispielsweise in Kalifornien

¹⁰ Siehe § 1592 BGB, der lautet „Vater eines Kindes ist der Mann, 1. der zum Zeitpunkt der Geburt mit der Mutter des Kindes verheiratet ist, 2. der die Vaterschaft anerkannt hat oder 3. dessen Vaterschaft nach § 1600d oder § 182 Abs. 1 des Gesetzes über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit gerichtlich festgestellt ist.“ [Hervorhebungen durch Verfasser].

¹¹ In etwa „die Mutter ist immer sicher“.

¹² § 1 ESchG: „(1) Mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer [...] 7. es unternimmt, bei einer Frau, welche 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.“

¹³ § 13c AdVermiG: „Die Ersatzmuttervermittlung ist untersagt.“

¹⁴ *Papachristos*, Grèce, in: *Gestation pour autrui: Surrogate Motherhood*, 2011, S. 170 ff.

¹⁵ *Spivack*, USA, in: *Gestation pour autrui: Surrogate Motherhood*, 2011, S. 260f.; siehe dazu auch in diesem Band *Hall*, *From European Theory to American practice: the United States as a laboratory for Surrogacy Law* und *Engelhardt*, *Die Leihmutterschaft im US-amerikanischen Recht am Beispiel von Kalifornien und New Hampshire*.

¹⁶ Die Kosten dabei variieren stark abhängig des Staates, wo die Leihmutterschaft durchgeführt wird und liegen etwa zwischen 5.000 und 100.000 US\$, siehe *Oberhuber*, *Das Geschäft mit der guten Hoffnung*, ZEIT ONLINE vom 17. 8. 2014.

¹⁷ Problematisch ist auch in manchen Fällen bereits die Einreise, weil sich die Staatsbürgerschaft des Kindes im deutschen Recht nach der Staatsangehörigkeit der Eltern richtet. Die Elternstellung ist jedoch gerade unklar.

nien durch eine Leihmutter zur Welt, können die Wunscheltern bereits vor dem Geburtstermin die Elternschaft per Gerichtsurteil auf sich übertragen lassen.¹⁸ Die kalifornische Geburtsurkunde weist dann die Wunscheltern als Eltern aus, es lassen sich keinerlei Anzeichen für eine Leihmutterschaft innerhalb des Dokuments finden.

Weist das ausländische Urteil doch Anzeichen für eine Leihmutterschaft auf oder erlangt die zuständige deutsche Behörde auf anderem Wege davon Kenntnis, so kann sie sich weigern das ausländische Gerichtsurteil, welches die Elternschaft der Wunscheltern feststellt, anzuerkennen. Dann ist es Sache der deutschen Gerichte zu entscheiden, ob das ausländische Gerichtsurteil in Deutschland anzuerkennen ist. Gesetzlich richtet sich das nach §§ 108, 109 FamFG¹⁹, wonach ausländische Urteile in Familiensachen grundsätzlich anerkannt werden. § 109 I Nr. 4 FamFG schließt diese Anerkennung jedoch aus, wenn „die Anerkennung der Entscheidung zu einem Ergebnis führt, das mit wesentlichen Grundsätzen des deutschen Rechts offensichtlich unvereinbar ist, insbesondere wenn die Anerkennung mit den Grundrechten unvereinbar ist“. Dieser sogenannte *ordre public*-Vorbehalt²⁰ könnte aufgrund des in Deutschland geltenden Verbots der Leihmutterschaft einer Urteilsanerkennung entgegenstehen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass der *ordre public* bei der Anerkennung ausländischer Gerichtsentscheidungen besonders zurückhaltend anzuwenden ist, weil gerichtlichen Entscheidungen eine gewisse Richtigkeitsgewähr innewohnt und in ihrer Missachtung eine erhebliche Beeinträchtigung des internationalprivatrechtlichen Gemeinschaftsgedankens liegt.²¹ Es kommt dann darauf an, ob die Gerechtigkeitsvorstellungen der deutschen Rechtsordnung mit dem Ergebnis der ausländischen Gerichtsentscheidung in untragbarem Widerspruch stehen.²²

¹⁸ Siehe dazu in diesem Band Engelhardt, Die Leihmutterschaft im US-amerikanischen Recht am Beispiel von Kalifornien und New Hampshire.

¹⁹ Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit.

²⁰ Musielak/Borth FamFG-Borth/Grandel, § 109 FamFG, Rn. 7; MüKoFamFG-Rauscher, § 109 FamFG, Rn. 37; Beck'scherOKFamFG-Siegbörtner, § 109 FamFG, Rn. 31.

²¹ Neben dem anerkennungsrechtlichen *ordre public* des § 109 I Nr. 4 FamFG gibt es in Art. 6 EGBGB einen kollisionsrechtlichen *ordre public*, der dann eingreifen kann, wenn es einen Sachverhalt mit Auslandsbezug, aber kein ausländisches Gerichtsurteil gibt. Dabei wird der anerkennungsrechtliche *ordre public* regelmäßig zurückhaltender angewendet (*effet atténué*), denn ein ausländisches Gericht hat bereits über die Sache entschieden, die Entscheidung hat Rechtswirkung entfaltet und es sollen hinkende Rechtsverhältnisse vermieden werden, siehe dazu: Duden, Leihmutterschaft, 2015, S. 216; Thomale, Mietmutterschaft, 2015, S. 44.

²² BGH FamRZ 2015, 240, 241; NJW 2002, 960, 961; KG FamRZ 2016, 1585, 1586; MüKoFamFG-Rauscher, § 109 FamFG, Rn. 37; Beck'scherOKFamFG-Siegbörtner, § 109 FamFG, Rn. 32.

II. Anerkennung ausländischer Leihmutterchaftsdekrete in der höchstrichterlichen Rechtsprechung

Der Bundesgerichtshof (BGH) hatte im Dezember 2014²³ einen Fall zu entscheiden, in dem es um die Anerkennung einer ausländischen Leihmutterchaft ging. Das kalifornische Gerichtsurteil wies zwei Männer, die in einer eingetragenen Lebenspartnerschaft in Berlin lebten, als die Eltern eines von einer Leihmutter in Kalifornien geborenen Kindes aus. Dabei war für die Zeugung des Kindes das Sperma eines der Bestellväter verwendet worden. Der BGH musste sich zu der Frage positionieren, ob eine Leihmutterchaft so stark gegen das deutsche Gerechtigkeitsempfinden verstößt, dass der anerkennungsrechtliche *ordre public*-Vorbehalt einer Anerkennung der ausländischen Gerichtsentscheidung entgegensteht.

Der Gerichtshof stellte zwar in Rechnung, dass die Leihmutterchaft gesetzlich in § 1 I Nr. 7 ESchG sowie § 13c AdVerMiG verboten ist und dass der Schutz der Leihmutter und des Kindes bedacht werden müssen.²⁴ Jedoch verletze eine Leihmutterchaft nicht die Menschenwürde der Leihmutter, Art. 1 I 1 Grundgesetz (GG).²⁵ Mit Betonung auf die Freiwilligkeit der Entscheidung der Leihmutter²⁶ und der genetischen Verwandtschaft eines Bestellelternteils zu dem Kind²⁷ entschied der BGH für den konkreten Fall, dass kein *ordre public*-Verstoß vorliege.²⁸ Folglich war das ausländische Urteil in Deutschland anzuerkennen.

III. Betonung der regelmäßigen Notlage von Leihmüttern in der obergerichtlichen Rechtsprechung

Im Gegensatz dazu hat am 12.04.2017 das OLG Braunschweig in einem vergleichbaren Fall²⁹ entschieden, dass ein ausländisches Urteil, welches die Elternschaft der Leihmutter auf die Wunscheltern übertrug, in Deutschland nicht anzuerkennen sei.³⁰ Das OLG sah in der Umgehung der deutschen Gesetze durch die Leihmutterchaft im Ausland einen *ordre public*-Verstoß.³¹ Eine Leihmutterchaft stürze das Kind in einen Identitätskonflikt. Zudem werde nach allge-

²³ BGH, Beschluss vom 10. 12. 2014 – XII ZB 463/13.

²⁴ BGH, Beschluss vom 10. 12. 2014 – XII ZB 463/13, Rz. 38, 39.

²⁵ BGH, Beschluss vom 10. 12. 2014 – XII ZB 463/13, Rz. 44.

²⁶ BGH, Beschluss vom 10. 12. 2014 – XII ZB 463/13, Rz. 49.

²⁷ BGH, Beschluss vom 10. 12. 2014 – XII ZB 463/13, Rz. 53.

²⁸ BGH, Beschluss vom 10. 12. 2014 – XII ZB 463/13.

²⁹ Die Leihmutterchaft wurde jedoch in Colorado, USA durchgeführt und auch dort wurde die Elternschaft per Gerichtsurteil übertragen.

³⁰ OLG Braunschweig, Beschluss vom 12. 4. 2017 – 1 UF 83/13.

³¹ Insbesondere auf die Gesetzumgehung hinweisend OLG Braunschweig, Beschluss vom 12. 4. 2017 – 1 UF 83/13, Rz. 24f.

meiner Lebenserfahrung bei der Leihmutterschaft eine finanzielle Notlage der Leihmutter ausgenutzt.³² „Der Senat [hielt] es regelmäßig für ausgeschlossen, dass eine Frau, die sich nicht in einer finanziellen Notlage oder angespannten Lebenssituation befindet, sich einer monatelangen, hochdosierten und körperlich anspruchsvollen Hormonbehandlung für eine Eizellentnahme unterzieht oder sich den körperlichen und psychischen Risiken einer Mehrlingsschwangerschaft zugunsten fremder Auftraggeber aussetzt.“³³ Im konkreten Fall sei nicht mit hinreichender Sicherheit von einer freiwilligen Entscheidung der Leihmutter auszugehen. Die gerichtliche Übertragung der Elternschaft sei ohne Anhörung der Leihmutter und sechs Wochen vor der Geburt erfolgt.³⁴ Damit werde der im Zuge der Schwangerschaft gewachsenen psychischen Bindung zwischen den auszutragenden Kindern und der Leihmutter nicht ausreichend Rechnung getragen.³⁵

In der fehlenden Gewähr für eine freie Entscheidung der Leihmutter sah das OLG einen relevanten Unterschied zu dem Fall, welchen der BGH im Dezember 2014 zu entscheiden hatte. Damit vermied das OLG einstweilen eine offene Opposition zur höchstrichterlichen Rechtsprechung. Es bleibt abzuwarten, ob und wie sich der BGH zu dieser Rechtsprechung positioniert.

IV. Leihmutterschaft und die Europäische Menschenrechtskonvention

Auch international beschäftigt das Phänomen der grenzüberschreitenden Leihmutterschaft Gerichte. Neben den jeweiligen nationalen grundrechtlichen Ordnungsrahmen kommen dabei vermehrt auch europäische Grundrechte zum Tragen, insbesondere jene der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK).³⁶ Auch die deutsche öffentliche Gewalt ist an die Grundrechte der EMRK gebunden.³⁷ Dementsprechend gebührt den Entwicklungen in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR)

³² OLG Braunschweig, Beschluss vom 12.4.2017 – 1 UF 83/13, Rz. 29: „Mit den vertraglichen Vereinbarungen ist zudem das offensichtlich zwischen den Antragstellern und der Eizellenspenderin sowie der Familie der Leihmutter bestehende finanzielle Gefälle ausgenutzt worden, um die körperlichen Gegebenheiten der Frauen für die Auftraggeber nutzen zu können.“

³³ OLG Braunschweig, Beschluss vom 12.4.2017 – 1 UF 83/13, Rz. 29.

³⁴ OLG Braunschweig, Beschluss vom 12.4.2017 – 1 UF 83/13, Rz. 29.

³⁵ OLG Braunschweig, Beschluss vom 12.4.2017 – 1 UF 83/13, Rz. 29.

³⁶ Zu den Grundrechten der EU-Grundrechtecharta s. *Thomale*, Mietmutterschaft, S. 70f.

³⁷ Grundlegend dazu BVerfGE 111, 307, Ls. 1 (Görgülü-Beschluss): „Zur Bindung an Gesetz und Recht (Art. 20 Abs. 3 GG) gehört die Berücksichtigung der Gewährleistungen der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten und der Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte im Rahmen methodisch vertretbarer Gesetzesauslegung.“

besondere Aufmerksamkeit. Als Leitentscheidungen gelten dabei die Fälle *Mennesson*³⁸ und *Paradiso und Campanelli I*³⁹ und *II*⁴⁰.

V. Betonung des faktischen Familienbandes

Im Fall *Mennesson* wollte ein französisches Ehepaar eine kalifornische Entscheidung anerkennen lassen, die ihm die Elternschaft von Zwillingen zusprach, die im Wege der Leihmutterschaft unter Verwendung von Sperma des Bestellvaters empfangen wurden. Französische Gerichte hatten diesem Begehren auf Grundlage des französischen *ordre public*-Vorbehalts nach langjährigem Rechtsstreit eine Absage erteilt, sodass sich die Bestelleltern schlussendlich an den EGMR wandten und dort eine Verletzung des Rechts auf Familien- und Privatleben (Art. 8 EMRK) rügten. Der EGMR stellte in seiner Entscheidung fest, dass unter den Schutz des Konventionsgrundrechts, ungeachtet der genetischen Verwandtschaft, auch faktische Familienbände fallen.⁴¹ Im Folgenden differenziert der Gerichtshof: Zwar seien die Bestelleltern selbst nicht in ihrem Recht auf Achtung des Familien- und Privatlebens verletzt.⁴² Etwas anderes gelte aber für das Recht der durch die Leihmutterschaft empfangenen Kinder.⁴³ Deren Recht auf Achtung des eigenen Privatlebens sei verletzt, wenn noch nicht einmal die nachweislich bestehende biologische Verbindung zum Bestellvater ein rechtliches Band nach sich ziehe.⁴⁴ Eine umfassende Pflicht der Mitgliedsstaaten zur Anerkennung gerichtlicher Elternschaftsfeststellungen aus dem Ausland sprach der Gerichtshof jedoch nicht aus.⁴⁵

³⁸ EGMR, Urt. v. 26.06.2014, Nr. 65192/11 – *Mennesson gegen Frankreich*.

³⁹ EGMR, Urt. v. 27.01.2015, Nr. 25358/12 – *Paradiso und Campanelli gegen Italien*. Die Sache wurde der Großen Kammer vorgelegt, s. dazu die nachfolgende Fn.

⁴⁰ EGMR (Große Kammer), Urt. v. 24.01.2017, Nr. 25358/12 – *Paradiso und Campanelli gegen Italien*. Dazu *Thomale*, IPrax 2017 (Im Erscheinen).

⁴¹ EGMR, Urt. v. 26.06.2014, Nr. 65192/11 – *Mennesson gegen Frankreich*, Rz. 45. Siehe dazu auch *Duden*, Leihmutterschaft im Internationalen Privat- und Verfahrensrecht, S. 185.

⁴² EGMR, Urt. v. 26.06.2014, Nr. 65192/11 – *Mennesson gegen Frankreich*, Rz. 94.

⁴³ Kritisch zu den Bestelleltern, deren Elternschaft erst noch zu klären war, als Interessenvertreter des Kindes *Thomale*, IPrax 2017 (Im Erscheinen).

⁴⁴ EGMR, Urt. v. 26.06.2014, Nr. 65192/11 – *Mennesson gegen Frankreich*, Rz. 100: „La Cour estime, compte tenu des conséquences de cette grave restriction sur l'identité et le droit au respect de la vie privée des troisième et quatrième requérantes [= der beiden durch Leihmutterschaft empfangenen Kinder], qu'en faisant ainsi obstacle tant à la reconnaissance qu'à l'établissement en droit interne de leur lien de filiation à l'égard de leur père biologique, l'État défendeur est allé au-delà de ce que lui permettait sa marge d'appréciation.“ Einschub der *Verf.*

⁴⁵ So auch *Helms*, FamRZ 2015, 245, 246; *Thomale*, Mietmutterschaft, S. 68; *Duden*, Leihmutterschaft im Internationalen Privat- und Verfahrensrecht, S. 272. Weiter hingegen *Heiderhoff* NJW 2014, 2673, 2675 mit Fn. 17; *Sanders*, Mehrelternschaft (zitiert nach Manuskriptseiten), S. 380.

VI. Hinwendung zu einer leihmutterchaftskritischeren Haltung

Der Fall *Paradiso und Campanelli* hat den EGMR zunächst in Gestalt einer Kammerentscheidung und sukzessive auch vor der Großen Kammer, der die Sache zur Entscheidung vorgelegt wurde, beschäftigt.⁴⁶ Der Fall drehte sich um ein Leihmutterchaftskind, das von einem italienischen Paar bestellt worden war. Konkret war angedacht, dass eine Leihmutter im Auftrag einer russischen Klinik für die Bestelleltern ein aus deren Genmaterial gezeugtes Kind austragen sollte. Nachdem das Kind für kurze Zeit bei den Bestelleltern gelebt hatte, stellte sich heraus, dass es mit diesen genetisch nicht verwandt war. Die italienischen Behörden brachten das Kind daraufhin zunächst in einem Heim und schlussendlich bei einer Pflegefamilie unter.⁴⁷ Nachdem die Bestelleltern sich erfolglos an die Gerichte in ihrem Heimatland gewandt hatten, riefen sie schließlich den EGMR an.

Dieser urteilte zunächst in einer Kammerentscheidung zu ihren Gunsten. Dem Staat Italien wurde zwar nicht das Recht abgesprochen, eine Leihmutterchaft im Inland zu verbieten. Es sei aber nicht zulässig, allein zur Durchsetzung des inländischen Verbotes die faktische Familienbeziehung von Bestelleltern und dem aus der Leihmutterchaft hervorgegangenen Kind aufzubrechen.⁴⁸ Maßgeblich war für den EGMR, dass die italienischen Behörden keine hinreichende Abwägung vorgenommen hatten.⁴⁹ Damit sei das Recht der Bestelleltern aus Art. 8 EMRK verletzt.⁵⁰ Eine Rückgabe des Kindes aus der Pflegefamilie ordnete der Gerichtshof aber ausdrücklich nicht an.⁵¹

Anders entschied die Große Kammer. Art. 8 EMRK garantiere kein Recht auf Familiengründung.⁵² Auch verneinte der Gerichtshof eine de-facto-familiäre Beziehung zwischen den Bestelleltern und dem Kind in Ansehung der Kürze des Zusammenlebens und des Fehlens jedweder biologischen Verbindung.⁵³ Der Gerichtshof erwog zudem, dass eine Entscheidung zu Gunsten der Bestelleltern

⁴⁶ Siehe dazu die Pressemitteilung des EGMR vom 02.06.2017.

⁴⁷ EGMR, Urt. v. 27.01.2015, Nr. 25358/12 – *Paradiso und Campanelli gegen Italien*, Kammerentscheidung, Rz. 5 ff.

⁴⁸ EGMR, Urt. v. 27.01.2015, Nr. 25358/12 – *Paradiso und Campanelli gegen Italien*, Kammerentscheidung, Rz. 80: „[L]a référence à l'ordre public ne saurait toutefois passer pour une carte blanche justifiant toute mesure [...]“. S. auch Rz. 84.

⁴⁹ EGMR, Urt. v. 27.01.2015, Nr. 25358/12 – *Paradiso und Campanelli gegen Italien*, Kammerentscheidung, Rz. 86.

⁵⁰ Anders als im Fall *Mennesson* wurde hier gerade nicht auf Rechte des Kindes abgestellt. Zum Verhältnis von Wunschelternwohl und Kindeswohl s. *Thomale*, IPRax 2017 (Im Erscheinen).

⁵¹ EGMR, Urt. v. 27.01.2015, Nr. 25358/12 – *Paradiso und Campanelli gegen Italien*, Kammerentscheidung, Rz. 88.

⁵² EGMR (Große Kammer), Urt. v. 24.01.2017, Nr. 25358/12 – *Paradiso und Campanelli gegen Italien*, Rz. 141. Siehe dazu auch *Thomale*, IPRax 2017, 583 ff.

⁵³ EGMR (Große Kammer), Urt. v. 24.01.2017, Nr. 25358/12 – *Paradiso und Campanelli gegen Italien*, Rz. 158.

deren bewusste Umgehung der italienischen Entscheidung gegen die Leihmutter-schaft als Fortpflanzungsmodell honorieren würde.⁵⁴

Die Entscheidungspraxis des EGMR zeichnet also einstweilen ein differenziertes Bild. Ob sich der Gerichtshof in Zukunft zu einer prinzipiellen Positionierung zur Leihmutter-schaft hinreißen lässt, wird sich zeigen. Es bleibt festzuhalten, dass die „Leihmutter-schaft delikate Fragen ethischer Natur aufwirft.“⁵⁵ Diese ethischen Fragen sind so vielschichtig, dass sie nur interdisziplinär in Angriff genommen werden können. Eben dies war die Agenda des Leihmutter-schaftsymposiums in den Heidelberger Marsilius-Arkaden am 07. April 2017, aus dem dieser Tagungsband hervorgegangen ist.

VII. Zusammenfassung in Thesenform

1. Eine Leihmutter-schaft ist in Deutschland nach dem Embryonenschutzgesetz und dem Adoptionsvermittlungsgesetz verboten.
2. Das in Deutschland herrschende Verbot der Leihmutter-schaft führt zu Fortpflanzungstourismus, beispielsweise nach Kalifornien.
3. Die Anerkennung eines ausländischen Leihmutter-schaftsdekrets muss sich am anerkenntnisrechtlichen *ordre public* messen lassen.
4. Nach Ansicht des BGH verstößt ein ausländisches Elternschaftsurteil dann nicht gegen den *ordre public*, wenn ein Wunschelternteil mit dem Kind genetisch verwandt ist und die Freiwilligkeit der Leihmutter gesichert ist.
5. Nach Ansicht des OLG Braunschweig verstößt ein ausländisches Leihmutter-schaftsurteil jedenfalls dann gegen den *ordre public*, wenn eine klare Rechtsumgehung vorliegt und die Freiwilligkeit der Leihmutter nicht gewährleistet ist.
6. Der EGMR hat in der Sache *Menesson* die Auffassung vertreten, dass die Nichtanerkennung der Leihmutter-schaft Rechte der aus ihr hervorgegangenen Kinder verletzen kann.
7. Eine solche Rechtsverletzung kann nach dem EGMR darin liegen, dass noch nicht einmal eine bestehende biologische Verwandtschaft mit dem Bestellvater rechtlich anerkannt wird.
8. In der Sache *Paradiso und Campanelli*, in der es an einer entsprechenden biologischen Verbindung fehlte, lehnte der EGMR eine Pflicht Italiens zur Anerkennung einer ausländischen Leihmutter-schaft ab. Eine abschließende, allgemeine Positionierung zur Leihmutter-schaft lässt sich der Entscheidung aber nicht entnehmen.

⁵⁴ EGMR (Große Kammer), Urt. v. 24.01.2017, Nr. 25358/12 – *Paradiso und Campanelli gegen Italien*, Rz. 215: „Accepter de laisser l’enfant avec les requérants, peut-être dans l’optique que ceux-ci deviennent ses parents adoptifs, serait revenu à légaliser la situation créée par eux en violation de règles importantes du droit italien.“

⁵⁵ EGMR, Urt. v. 26.06.2014, Nr. 65192/11 – *Menesson gegen Frankreich*, Rz. 79 der deutschen Übersetzung.

Wert und Bewertung des Verleihens

Ein historischer Vergleich als Beitrag zur aktuellen Diskussion um Leihmutterschaft

Katja Patzel-Mattern

Die Reproduktionsmedizin, so die These des Kulturwissenschaftlers und Journalisten Andreas Bernard, versieht das Familienmodell mit neuer Empathie.¹ Diese Empathie speist sich aus der Tatsache, dass Menschen, die bis dahin keine Familien gründen konnten, das Modell adaptieren und damit zugleich interpretieren.² Der Sänger Elton John und sein Partner David Furnish, der Investor Nicolas Berggruen oder die Schauspielerin Jessica Parker und ihr Mann Matthew Broderick sind nur prominente Beispiele für eine inzwischen durchaus übliche Praxis: die Erfüllung des Kinderwunsches von homo- und heterosexuellen Paaren oder alleinstehenden Menschen mittels der Reproduktionsmedizin. Diese ermöglicht genetische Verwandtschaft ohne sexuelle Kontakte zu einer Frau oder die leibliche Schwangerschaft der späteren Mutter.

Die mediale Aufmerksamkeit für diese reproduktionsmedizinische Möglichkeit der Familiengründung lenkt den Blick auf Wunschkinder und Regenbogenfamilien und deren Potentiale für gedeihliches Zusammenleben. Auch die Leihmütter, die diese Familien erst ermöglichen, werden thematisiert; allerdings seltener als Akteurinnen der sich herausbildenden familiären Konstellation als vielmehr als Dienstleisterinnen. Der Aufsatz folgt dieser Schwerpunktsetzung und diskutiert in historischer Perspektive, wie sich Tauschbeziehungen im Kontext körperlicher Dienstleistungen ausgestalteten. Dabei lenkt er den Blick bewusst auf soziale Aspekte und lässt emotionale Lagen, die für die Historikerin schwieriger zu erfassen sind, außen vor.

¹ Der Aufsatz erschien erstmals in gekürzter Form in: Herder Korrespondenz Spezial: Kinder, Kinder. Ethische Konflikte am Lebensanfang, April 2017, S. 40–43. Ausschnitte aus diesem Artikel sind eingeflossen in einen gemeinsamen Artikel in: Beate Dietzen u. a.: Der gemietete Bauch, in: Ruperto Carola. Forschungsmagazin. Themenheft „Frau & Mann“, Heidelberg 2017, S. 102–111.

² So in einem Interview in Die Presse unter dem Titel: *Andreas Bernard*: „Künstliche Fortpflanzung bedroht die Familie nicht“, Die Presse, Print-Ausgabe, 20.07.2014, hier zitiert nach der Online-Ausgabe diepresse.com/home/leben/gesundheit/3841257/Andreas-Bernard_Kuenstliche-Fortpflanzung-bedroht-die-Familie-nicht (30.06.2017).

Angesichts eines sich etablierenden globalen Marktes für Leihmutterchaften erscheint eine historisch-kritische Auseinandersetzung mit dieser Praxis des Leihens und Verleihens weiblicher, körperlicher Fertigkeiten dringend geboten: Zwar ist Leihmutterchaft in Deutschland grundsätzlich verboten. Die rechtliche Anerkennung einer Mutterchaft ist daran gebunden, dass das Kind ausgetragen wurde. Dennoch urteilte der Bundesgerichtshof im Jahr 2014, dass in einem Ausnahmefall die Elternschaft eines deutschen Paares für ein Kind zu akzeptieren sei, das in Kalifornien, wo Leihmutterchaft erlaubt ist, ausgetragen wurde.³ Zuvor war die Elternschaft bereits von einem kalifornischen Gericht anerkannt worden. Dieses Urteil eröffnet Spielräume, ohne sie eindeutig zu definieren, und bringt so Unsicherheit für Betroffene mit sich.

Zur Diskussion steht die Stellung zur Leihmutterchaft als einer Art menschlicher Reproduktion. Ist sie grundsätzlich abzulehnen oder gibt es bestimmte Voraussetzungen, unter denen sie akzeptabel erscheint? Im Folgenden werden insbesondere jene historischen Kontexte vorgestellt, die für die Diskussion von Positionen, die zwischen kommerzieller und altruistischer Leihmutterchaft differenzieren, relevant sind. Auf diese Weise können Erfahrungen, die mit älteren Formen des Leihens und Verleihens weiblicher, körperlicher Fertigkeiten und ihrer Regulierung gesammelt wurden, aktuelle Überlegungen perspektivieren. Anhand biblischer Beispiele der Leihmutterchaft, vor allem aber anhand des Ammenwesens und einiger aktueller Parallelitäten hinsichtlich des rechtlichen Umgangs mit der Prostitution, verstanden als Körperarbeit, wird diskutiert, welche Folgen obrigkeitliche Regulierungen haben, wie soziale Hierarchien wirken und wie Reproduktionsarbeit bewertet wird.

Historisch ist das Leihen und Verleihen jener Fertigkeiten des weiblichen Körpers, die notwendig sind, um einem Kind das Leben zu schenken oder sein Leben zu erhalten, keineswegs neu. Neu sind hingegen die technischen Möglichkeiten, mit denen Austauschbeziehungen gestaltet werden. So kann Muttermilch heute eingefroren und über das Internet gehandelt oder über Kliniken nach medizinischen Erwägungen weitergegeben werden. Die Kühltechnik machten sich auch Muttermilchbanken, die bereits rund ein Jahrhundert früher in Krankenhäusern entstanden, zunutze und übernahmen die Lagerung und Verteilung überschüssiger Muttermilch.⁴ In der DDR wurde die Einrichtung solcher Stellen in Städten mit mehr als 50.000 Einwohnern sogar gesetzlich festgeschrieben – wohl auch um Engpässe in der Produktion von Ersatznahrung zu kompensieren.⁵ Unabhängig von der Distributionsform, die im Falle der Kliniken formalisi-

³ Bundesgerichtshof: Beschluss von 10. Dezember 2014, XII ZB 463/13 juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&nr=69759&pos=0&anz=1 sowie Presseerklärung zum Urteil juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&nr=69759&pos=0&anz=1 (beide 30. 6. 2017), aus der deutlich wird, dass die Grund- und Menschenrechte des Kindes und der Leihmutter bei der Urteilsfindung wichtig waren.

⁴ Zur Entwicklung der Milchbanken in den USA vgl. *Valerie Fildes: Wet Nursing. A History from the Antiquity to the present*, Oxford 1988, S. 264.

⁵ Die European Milk Bank Association, eine non profit Organisation, gibt an, dass 1959 auf

Autorenverzeichnis

Professorin Dr. Elisabeth Beck-Gernsheim, emeritierte Professorin für Soziologie. Sie lehrte an den Universitäten Hamburg, Erlangen, Frankfurt und Trondheim (Norwegen). Ihr Forschungsschwerpunkt liegt im Bereich Familie und Geschlechterverhältnisse sowie Technik und Technikfolgen in der Medizin.

Professorin Dr. Nina Dethloff, Professorin für Bürgerliches Recht, Internationales Privatrecht, Rechtsvergleichung und Europäisches Privatrecht an der Universität Bonn. Ihre Forschungsschwerpunkte liegen im nationalen, ausländischen und internationalen Familienrecht. Vorstand der Deutschen Gesellschaft für Internationales Recht (DGIR).

Professorin Dr. Beate Ditzen, Direktorin am Institut für Medizinische Psychologie am Universitätsklinikum der Universität Heidelberg und Ordinaria für Medizinische Psychologie und Psychotherapie der Medizinischen Fakultät der Universität Heidelberg. Ihre Arbeits- und Forschungsschwerpunkte sind u. a. Neurobiologische Mechanismen von Paarbindung und Gesundheit sowie Paarinteraktion, das Hormon Oxytocin und die psychobiologische Stressreaktivität. Fellow am Marsilius-Kolleg der Universität Heidelberg 2016/2017.

Wissenschaftliche Assistentin Lisa Engelhardt, Doktorandin bei Herrn Prof. Dr. Marc-Philippe Weller am Institut für ausländisches und internationales Privat- und Wirtschaftsrecht der Universität Heidelberg. Wissenschaftliche Mitarbeiterin am Marsilius-Kolleg der Universität Heidelberg.

Professorin Dr. Susan Golombok, Direktorin des Centre for Family Research an der University of Cambridge, GB und Professorin für Familienforschung ebenda. Ihre Arbeits- und Forschungsschwerpunkte sind u. a. der Einfluss neuer Familienformen (z. B. homosexuelle Elternpaare, Familien mit Kindern, die durch künstliche Befruchtung entstanden sind, Leihmutterchaftsfamilien) auf die Eltern-Kind-Beziehung und die kindliche Entwicklung.

Anna Lina Gummersbach, Hilfskraft am Marsilius-Kolleg der Universität Heidelberg sowie am Heidelberger Institut für ausländisches und internationales Privat- und Wirtschaftsrecht.

RAin Eliza Hall, Anwältin in der Washingtoner Kanzlei Potomac Law Group, PLLC.

MdB RA Professor Dr. Stephan Harbarth, Rechtsanwalt und Mitglied des Deutschen Bundestages sowie stellvertretender Vorsitzender der CDU/CSU-Bundestagsfraktion. Honorarprofessor an der Universität Heidelberg.

Dr. Regine Meyer-Spendler, Mutter durch Leihmutterschaft in den USA und Autorin des Buches „Ein schmaler Grad. Erfahrungen zur Leihmutterschaft in den USA“.

Professorin Dr. Katja Patzel-Mattern, Professorin für Wirtschafts- und Sozialgeschichte, Studiendekanin der Philosophischen Fakultät und Gleichstellungsbeauftragte der Universität Heidelberg. Fellow am Marsilius-Kolleg der Universität Heidelberg 2016/2017.

Sebastian Schwind, Doktorand am Heidelberger Institut für ausländisches und internationales Privat- und Wirtschaftsrecht am Lehrstuhl von Prof. Dr. Marc-Philippe Weller.

Professor Dr. Thomas Strowitzki, ärztlicher Direktor der Abteilung für Gynäkologische Endokrinologie und Fertilitätsstörungen am Universitätsklinikum Heidelberg und Vorsitzender der Ethikkommission der Medizinischen Fakultät. Er betreibt Forschung im Bereich Reproduktionsmedizin und In-vitro-Maturation.

Privatdozent Dr. Chris Thomale, Institut für ausländisches und internationales Privat- und Wirtschaftsrecht der Universität Heidelberg. Kollegiat der Heidelberger Akademie der Wissenschaften.

Professor Dr. Marc-Philippe Weller, Direktor am Institut für ausländisches und internationales Privat- und Wirtschaftsrecht der Universität Heidelberg. Fellow am Marsilius-Kolleg der Universität Heidelberg 2016/2017.

Wissenschaftlicher Assistent Anton S. Zimmermann, Doktorand bei Herrn Prof. Dr. Marc-Philippe Weller am Institut für ausländisches und internationales Privat- und Wirtschaftsrecht der Universität Heidelberg. Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Marsilius-Kolleg der Universität Heidelberg.