

SOPHIE-MARIE HUMBERT

Plädoyer für die Legalisierung der Leihmutterschaft

*Studien zum
Medizin- und Gesundheitsrecht*

Mohr Siebeck

Studien zum Medizin- und Gesundheitsrecht

herausgegeben von

Steffen Augsberg, Karsten Gaede und Jens Prütting

12



Sophie-Marie Humbert

Plädoyer für die Legalisierung der Leihmutterschaft

Interdisziplinäre Analyse der Problemfelder
und Regulierungsvorschlag am Vorbild
der Lebendorganspende

Mohr Siebeck

Sophie-Marie Humbert, geboren 1994; Studium der Rechtswissenschaften an der Humboldt Universität zu Berlin; 2018 Erstes Juristisches Staatsexamen; Doktorandin am Max-Planck-Institut zur Erforschung von Kriminalität, Sicherheit und Recht, Freiburg i. Br.; 2022 Promotion (HU Berlin); Referendariat am Kammergericht Berlin.

ISBN 978-3-16-162479-7 / eISBN 978-3-16-162603-6

DOI 10.1628/978-3-16-162603-6

ISSN 2699-6855 / eISSN 2699-6863 (Studien zum Medizin- und Gesundheitsrecht)

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

© 2023 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 Bodelshausen gesetzt und von Laupp & Göbel in Gomaringen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und gebunden.

Printed in Germany.

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2022 von der Juristischen Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin als Dissertation zugelassen. Die Disputation fand am 29. November 2022 statt. Rechtsprechung und Literatur konnten bis Mai 2023 berücksichtigt werden.

An erster Stelle möchte ich mich bei meiner Doktormutter Prof. Dr. Tatjana Hörnle bedanken, die mich in meinem – für klassische rechtswissenschaftliche Arbeiten eher ungewöhnlichen – Vorhaben, eine interdisziplinäre Arbeit zu verfassen, stets durch hilfreiche Anregungen und Diskussionen unterstützt und bestärkt hat. Durch sie hatte ich auch die Möglichkeit, diese Dissertation am Max-Planck-Institut zur Erforschung von Kriminalität, Sicherheit und Recht in Freiburg zu verfassen, wodurch sich mir nicht nur neue Perspektiven für meine eigene Arbeit eröffneten, sondern ich auch inspirierende Einblicke in die Forschung von Kolleg*innen aus verschiedenen Fachrichtungen erlangen durfte. Auch hierfür möchte ich mich herzlich bedanken. Mein Dank gilt auch Prof. Dr. Martin Heger für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens zu dieser Arbeit.

Bedanken möchte ich mich außerdem bei der Johanna und Fritz Buch Gedächtnis-Stiftung, welche den Druck dieser Dissertation durch eine großzügige Förderung unterstützt hat. Ein weiterer Dank gilt der Juristischen Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin und dem Juristischen Freundeskreis e.V., die diese Arbeit mit dem Promotionspreis 2022 für das Fachgebiet Strafrecht ausgezeichnet haben.

Ich darf mich glücklich schätzen, großartige Menschen in meinem Leben zu haben, die in den Jahren des Promovierens an meiner Seite standen und mich zu jeder Zeit unterstützt, aufgefangen und motiviert haben. Ihnen allen gilt mein Dank. Besonders hervorheben möchte ich Alina Pucko, Christina Herbig, Clara Kurz, Helena Barth, Nadia Brundisch und Valentina Chiofalo, die mir nicht nur emotionalen Beistand geleistet haben, sondern auch bei den Korrekturdurchläufen eine große Hilfe waren.

Für seinen unermüdlichen Zuspruch, für inspirierende Gespräche und für seine wertvolle philosophische Perspektive bedanke ich mich außerdem von Herzen bei Maximilian Bierig, der mich im Entstehungsprozess zu dieser Arbeit fortwährend bestärkt und ermutigt hat.

Schließlich gilt ein besonderer Dank meiner Familie, insbesondere meinen Eltern. Ohne ihre bedingungslose Unterstützung, ihre Zuversicht und ihren Rückhalt wäre die Erstellung dieser Arbeit kaum möglich gewesen.

Berlin, im September 2023

Sophie-Marie Humbert

Inhaltsübersicht

Vorwort	V
Inhaltsverzeichnis	IX
 <i>Einleitung</i>	 1
 <i>Erster Teil: Rechtslage de lege lata</i>	 9
A. Grundlagen	11
B. Strafrechtliche Bezüge	19
C. Zivilrechtliche Einordnung	25
D. Auswirkungen der aktuellen Rechtslage	39
E. Kritische Würdigung der Rechtslage de lege lata	59
 <i>Zweiter Teil: Interdisziplinäre Untersuchung der Problemfelder</i>	 65
A. Kindeswohl	67
B. Einheit der Mutterschaft	113
C. Objektifizierung des Kindes	155
D. Degradierung der Leihmutter	193
E. Ergebniszusammenfassung	305
 <i>Dritter Teil: Alternativer rechtlicher Umgang mit Leihmutterschaft</i>	 313
A. Grundmodell: Regulierung nach dem Vorbild der Lebendorganspende	315
B. Erweitertes Modell: Kommerzialisierung der Leihmutterschaft	417
C. Regulierungsvorschlag in Thesenform	443
 <i>Schlussbetrachtung</i>	 449
 Literaturverzeichnis	 455
Sachregister	485

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Inhaltsübersicht	VII
 Einleitung	 1
 Erster Teil: Rechtslage de lege lata	 9
 <i>A. Grundlagen</i>	 11
I. Terminologie	11
1. Bezeichnung des Vorgangs	11
2. Beteiligte	12
II. Verfahrensvarianten	13
1. Medizinische Grundlagen	14
a) Methoden der Reproduktionsmedizin	14
b) Indikationen der Sterilität von Frauen	15
2. Varianten der Leihmutterschaft	16
3. Altruistische und kommerzielle Leihmutterschaft	18
 <i>B. Strafrechtliche Bezüge</i>	 19
I. Adoptionsvermittlungsgesetz	19
II. Embryonenschutzgesetz	20
III. Einordnung der strafrechtlichen Regelungen als Verbot	22
 <i>C. Zivilrechtliche Einordnung</i>	 25
I. Vertragsrecht	25
II. Abstammungsrecht	27
1. Rechtliche Mutterschaft	27
2. Rechtliche Vaterschaft	28
III. Adoptionsrecht	30
1. Leihmutterschaft als mit dem Kinderhandel vergleichbare Praktik	31
2. Gesetzes- oder sittenwidrige Vermittlung oder Verbringung	33
3. Erforderlichkeit der Annahme als Kind	34
4. Kindeswohl dienlichkeit	36

5. Zusammenfassung	36
IV. Fazit	37
<i>D. Auswirkungen der aktuellen Rechtslage</i>	<i>39</i>
I. Transnationale Leihmutterschaft	39
II. Rechtliche Elternschaft nach transnationaler Leihmutterschaft	42
1. Entscheidungsanerkennung nach § 108 Abs. 1 FamFG	43
a) Rechtsprechung des EGMR	46
b) Grundsatzbeschluss des BGH	48
c) Weitere Rechtsprechungsentwicklung	50
d) Zwischenergebnis	52
2. Kollisionsrecht: Art. 19 EGBGB	52
a) Voraussetzungen des Art. 19 Abs. 1 EGBGB	53
aa) Art. 19 Abs. 1 S. 1 EGBGB	53
bb) Art. 19 Abs. 1 S. 2 EGBGB	54
cc) Art. 19 Abs. 1 S. 3 EGBGB	55
b) Einschränkung durch den ordre public	56
3. Möglichkeit der Adoption	57
<i>E. Kritische Würdigung der Rechtslage de lege lata</i>	<i>59</i>
 Zweiter Teil: Interdisziplinäre Untersuchung der Problemfelder	 65
<i>A. Kindeswohl</i>	<i>67</i>
I. Rechtswissenschaftlicher Meinungsstand	67
1. Definition der gespaltenen Mutterschaft	67
2. Aspekte der Kindeswohlgefährdung	68
a) Pränatale Mutter-Kind-Bindung	68
b) Trennung von Leihmutter und Kind	70
c) Identitätsfindung des Kindes	72
3. Zusammenfassung	73
II. Gefährdung des Kindeswohls	74
1. Das Kindeswohl aus rechtlicher Perspektive	74
a) Kindeswohl als Maßstab der Regulierung konkret-individueller Einzelfälle	74
b) Kindeswohl als Zulässigkeitsmaßstab für Methoden der Reproduktionsmedizin	76
2. Die Entwicklung von Leihmutterkindern: Studienlage	80
a) Bedeutung der pränatalen Bindung	80
aa) Pränatale Bindung des Kindes	81
bb) Pränatale Bindung der Geburtsmutter	83

(1) Allgemeine Erkenntnisse zur pränatalen Mutter-Kind-Bindung	83
(2) Pränatale Leihmutter-Kind-Bindung	84
b) Physische und psychische Kindesentwicklung	86
aa) Physische Entwicklung von Leihmutterkindern	86
bb) Psychische Kindesentwicklung und Eltern-Kind-Beziehung	87
(1) Ergebnisse der Langzeitstudie	88
(2) Einordnung der Studienergebnisse	91
cc) Erkenntnisse aus der Adoptionsforschung	94
3. Identitätsfindung	98
a) Rechtliche Einordnung	98
b) Auswirkungen auf die Identitätsfindung: Studienlage	99
aa) Aufklärung von Leihmutterkindern	99
bb) Auswirkungen der Aufklärung über die Leihmutterschaft	100
cc) Identitätsfindung von Adoptivkindern	103
dd) Identitätsfindung von Spendekindern	106
c) Stellungnahme	109
III. Ergebnis: Keine Gefährdung des Kindeswohls	111
 <i>B. Einheit der Mutterschaft</i>	 113
I. Mutterschaft im deutschen Recht	114
1. Der rechtliche status quo	114
a) Mutterschaft im einfachen Recht	114
b) Mutterschaft im Verfassungsrecht	117
c) Mutterschaft in der bundesverfassungsgerichtlichen Rechtsprechung	118
d) Zusammenfassung	119
2. Verfassungsrechtliche Anforderungen an die Regelung rechtlicher Mutterschaft	120
a) Anforderungen aus Art. 6 Abs. 1 GG	120
b) Anforderungen aus Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG	120
c) Rechtsprechung des BVerfG	121
aa) Anforderungen an die Regulierung rechtlicher Elternschaft	121
bb) Übertragung auf die Regulierung rechtlicher Mutterschaft	124
II. Moralphilosophische Einordnung	127
1. Ansätze der Bestimmung von Eltern- und Mutterschaft	127
a) Gestationaler Ansatz	127
b) Genetischer Ansatz	129
c) Intentionaler Ansatz	130
d) Kausaler Ansatz	131
2. Diskussion der verschiedenen Ansätze	132
III. Auswirkungen der Zuweisung der Mutterschaft zur nicht-gestationalen Mutter: Studienlage	141
1. Auswirkungen von Schwangerschaft und Trennung auf die Leihmutter	141
a) Austragung des Wunschkindes	141

b) Trennung von Leihmutter und Kind	143
c) Perspektive auf die eigene Mutterstellung	145
d) Unterschiede zwischen Ersatz- und Tragemüttern	147
e) Zusammenfassung	148
2. Mutterschaft der Wunschmutter	149
IV. Zulässigkeit eines alternativen Konzepts der Mutterschaft	151
<i>C. Objektifizierung des Kindes</i>	<i>155</i>
I. Verletzung der Menschenwürde des Kindes	155
1. Begriff der Menschenwürde	155
2. Menschenwürdeverletzung durch Leihmutterschaft	157
a) Aufspaltung der Mutterschaft	157
b) Das Kind als Gegenstand des Leihmutterschaftsvertrags	159
aa) Schutzzumfang der Menschenwürde	159
bb) Das Kind als Objekt eines Rechtsgeschäfts	161
cc) Anspruchshaltung der Wunscheltern	163
c) Auswirkungen der Bezahlung der Leihmutter	165
aa) Das Kind als „Handelsware“	165
bb) Beurteilung von Aufwendungsersatz und Vergütung der Austragung	166
(1) Aufwendungsersatz	166
(2) Vergütung der Austragung	167
cc) Auswirkung einer Kommerzialisierung auf die Parteiinteressen ..	168
d) Zusammenfassung	169
II. Moralphilosophische Einordnung	170
1. Begriffsbestimmung	170
2. Kommodifizierung des Kindes	171
a) Leihmutterschaft als eine Form der Sklaverei	171
b) Das Kind als Verkaufsobjekt	173
c) Kommerzialisierung und Parteiinteressen	179
aa) Anspruchshaltung der Wunscheltern	180
bb) Perspektive der Leihmutter	181
d) Auswirkungen auf die Selbstwahrnehmung des Kindes	182
e) Zwischenergebnis	182
3. Altruistische Leihmutterschaft	183
III. Zusammentragung der Ergebnisse aus Recht und Moralphilosophie	184
IV. Individuelle Wahrnehmung und Anspruchshaltung der Beteiligten:	
Studienlage	185
a) Anspruchshaltung der Wunscheltern	185
b) Perspektive der Leihmutter	187
c) Perspektive des Kindes	189
d) Einordnung der Studienergebnisse	190
V. Ergebnis zur Objektifizierung des Kindes	191

<i>D. Degradierung der Leihmutter</i>	193
I. Verfassungsrechtliche Beurteilung	194
1. Menschenwürde der Leihmutter	194
a) Leihmutterschaft als Verletzung der Menschenwürde der Leihmutter	194
b) Evaluation der Kritik	195
aa) Freiwillige, selbstbestimmte Entscheidung und Menschenwürde	195
bb) Altruistische Leihmutterschaft	198
(1) Objektifizierung der Frau	198
(2) Demütigende oder erniedrigende Behandlung	201
(3) Wertungen aus dem Transplantationsgesetz	202
cc) Kommerzielle Leihmutterschaft	203
(1) Gebärfähigkeit als Handelsware	203
(2) Vergleich zur Prostitution	205
(3) Ausbeutung der Leihmutter	208
dd) Fazit zur Menschenwürdeverletzung im „Idealfall“	209
2. Verletzung des Rechts auf körperliche Unversehrtheit	209
3. Zusammenfassung	211
II. Anforderungen an eine freie, selbstbestimmte Entscheidung	211
1. Allgemeine rechtliche Anforderungen	211
a) Verfassungsrechtliche Verankerung des Selbstbestimmungsrechts ...	212
aa) Grundgesetzliche Gewährleistung des Rechts auf Selbstbestimmung	212
bb) Konkretisierung durch die BVerfG-Rechtsprechung zu § 217 StGB a. F.	213
cc) Übertragung auf Leihmutterschaft	216
b) Einfachrechtliche Konkretisierung: Strafrechtliche Einwilligung ...	218
aa) Allgemeine Anforderungen	218
bb) Zusätzliche Anforderungen bei ärztlichen Heileingriffen	219
cc) Zusätzliche Anforderungen bei Lebendorganspenden	220
dd) Einschränkungen	221
(1) Sittenwidrigkeitsgrenze des § 228 StGB	221
(2) Beschränkungen im Transplantationsgesetz	222
ee) Zusammenfassung	223
c) Übertragung auf Leihmutterschaften	223
aa) Anforderungen	223
bb) Grenzen	226
cc) Zwischenergebnis	229
2. Kommerzialisierung und freie, selbstbestimmte Entscheidung im Recht	229
a) Das Verbot des Organhandels	231
b) Grenzen der zulässigen Prostitutionsausübung	233
c) Implikationen für die Regulierung kommerzieller Leihmutterschaft	236
3. Ausbeutung und Freiwilligkeit aus moralphilosophischer Perspektive ..	239
a) Vorteil für die ausbeutende Person	240
b) Auswirkungen auf die ausgebeutete Person	240

aa) Nachteil oder Schaden für die ausgebeutete Person	241
bb) Vorteil für die ausgebeutete Person	243
(1) Wechselseitig vorteilhafte Ausbeutung	244
(2) Unfairness der Transaktion	244
(a) Instrumentalisierung oder Kommodifizierung der ausgebeuteten Person	244
(b) Unfaire Arbeitsbedingungen	245
(c) Unfaire Vergütung	245
(aa) Vergleich zu Vorteilen der ausbeutenden Person	245
(bb) Vergleich zu einem hypothetisch perfekten Markt . .	247
(cc) Zusammenführung der Ansätze	248
(d) Unfairness wegen Verletzlichkeit der ausgebeuteten Person	249
cc) Zusammenfassung	250
c) Fehlende Einwilligung der ausgebeuteten Person	250
aa) Einwilligung als notwendige Bedingung	251
bb) Einwilligung und Hintergrundbedingungen	252
(1) Bezahlung als Hauptmotivation	252
(2) Alternativlosigkeit	253
(3) Zwanghafte Angebote	254
(4) Zwang durch Armut	256
cc) Stellungnahme: Ausbeutung trotz Einverständnisses	260
d) Modifizierter Ansatz: <i>Besondere</i> Verletzlichkeit	261
e) Verhältnis von Ausbeutung und Recht	263
4. Zusammenführung der Ergebnisse aus Recht und Moralphilosophie . . .	270
III. Leihmutterschaft im feministischen Diskurs	272
1. Feministische Standpunkte zur Leihmutterschaft	272
2. Stellungnahme	275
IV. Lebensumstände und individuelle Erfahrungen von Leihmüttern:	
Studienlage	279
1. Entscheidung für die Leihmutterschaft	280
a) Wirtschaftliche Situation von Leihmüttern und ihr Einfluss auf die Entscheidung	280
aa) Studienlage	280
(1) Großbritannien	280
(2) USA	281
(3) Indien	283
bb) Zwischenergebnis	285
b) Beeinflussung der Entscheidung durch Dritte	287
aa) Familienangehörige	287
bb) Vermittlungsagenturen	288
cc) Zwischenergebnis	290
2. Erfahrungen während der Leihmutterschaft	291
a) Selbstwahrnehmung der Leihmütter	291
aa) Selbstobjektifizierung	291

bb) Einfluss des Verhaltens der Wunscheltern	292
cc) Zwischenergebnis	293
b) Mitbestimmungsrechte während der Schwangerschaft	294
aa) Studienlage	294
bb) Zwischenergebnis	295
c) Übergabe des Kindes	296
3. Auswirkungen auf die Kinder von Leihmüttern	297
a) Studienlage	297
b) Zwischenergebnis	299
V. Gesamtergebnis	300
<i>E. Ergebniszusammenfassung</i>	<i>305</i>

Dritter Teil: Alternativer rechtlicher Umgang mit Leihmutterschaft 313

A. Grundmodell: Regulierung nach dem Vorbild der Lebendorganspende 315

I. Vergleichbarkeit von Lebendorganspende und Leihmutterschaft	316
1. Unterschiede zwischen Lebendorganspende und Leihmutterschaft	316
a) Keine Organentnahme	316
b) Unterschiedliche Zwecke	319
aa) Besonderheiten der Nierenspende	320
bb) Bedeutung eines (unerfüllten) Kinderwunsches	321
(1) Psychologische Einordnung	321
(2) Rechtliche Einordnung	325
(a) Ungewollte Kinderlosigkeit als Krankheit	325
(b) Überwindung des unerfüllten Kinderwunsches als Heilbehandlung	328
(c) Recht auf Fortpflanzung	331
(d) Zusammenfassung	333
cc) Gegenüberstellung der Zwecke	334
c) Das Kind als zusätzlicher Rechtsträger	336
d) Rolle der Wunscheltern	337
e) Zusammenfassung	338
2. Gemeinsamkeiten zwischen Lebendorganspende und Leihmutterschaft	339
a) Nicht indizierter Eingriff in die körperliche Unversehrtheit	339
b) Medizinethische Zulässigkeit des Eingriffs zugunsten Dritter	341
aa) Medizinethische Prinzipien nach <i>Beauchamp</i> und <i>Childress</i>	341
bb) Übertragung der Prinzipien auf die Lebendorganspende	343
cc) Übertragung der Prinzipien auf die Leihmutterschaft	345
dd) Gegenüberstellung	346

c) Besondere Bedeutung der freiwilligen, selbstbestimmten Entscheidung	347
aa) Freiwilligkeit als zentrale Zulässigkeitsvoraussetzung	347
bb) Problem des innerfamiliären Drucks	348
cc) Zusammenfassung	351
d) Fazit	351
3. Ergebnis: Teilweise Vergleichbarkeit	351
II. Anwendung der Regelungen des TPG auf die altruistische Leihmutterschaft	353
1. Anforderungen an die spendende Person	354
a) Volljährigkeit und Einwilligungsfähigkeit	354
b) Umfassende Aufklärung und Einwilligung	355
c) Widerruflichkeit der Einwilligung	358
d) Geeignetheit der spendenden Person	360
e) Beschränkung auf verwandte oder besonders nahestehende Personen	361
f) Aufwendungsersatz	363
2. Anforderungen an die empfangende Person	365
a) Vorprüfung: Recht auf reproduktive Selbstbestimmung der Wunschertern	365
b) Medizinische Indikation	371
c) Aufklärung	374
3. Anforderungen an Durchführung und Organisation der Spende	375
a) Subsidiarität	375
b) Nachbetreuung	377
c) Zuständiges Fachpersonal	377
d) Kommission	378
e) Zugelassene Zentren	379
4. Strafrechtliche Regelungen	380
a) Strafbewehrte Zulässigkeitsvoraussetzungen	380
aa) Fehlende Einwilligungsfähigkeit oder Minderjährigkeit	380
bb) Fehlende Aufklärung oder Einwilligung	381
cc) Keine ärztliche Durchführung	381
b) Verbot des Organhandels	383
5. Zusammenfassung	384
III. Jenseits der Lebendorganspende zu regelnde Aspekte	384
1. Zuweisung der rechtlichen Elternschaft	384
a) Adoptionsmodell	385
b) Eigenständiges nachgeburtliches Verfahren	387
c) Gerichtliches Verfahren vor Durchführung der Leihmutterschaft	389
d) Zuweisung der rechtlichen Elternschaft qua Gesetz	390
e) Modifizierte Lösung	390
aa) Anfechtungsrecht der Leihmutter	391
bb) Notarielle Beurkundung	392
cc) Anfechtungsrecht der Wunschertern	394
f) Ergebnis	395
2. Besondere Anforderungen an die beteiligten Parteien	396

a) Fester Wohnsitz in Deutschland	396
b) Altersgrenze	397
c) Screening der Wunscheltern	398
d) Alleinstehende Wunscheltern	402
e) Ausschluss bei fehlender genetischer Verwandtschaft	405
f) Ausschluss von Ersatzmutterschaften	406
3. Zivilrechtliche Folgefragen	406
a) Wirksamkeit von Leihmutterschaftsverträgen	407
b) Rückforderungsanspruch der Wunscheltern	407
c) Schadensersatzanspruch der Wunscheltern	408
d) Zusammenfassung	411
4. Verpflichtende Vorgespräche	411
5. Sicherung des Rechts auf Kenntnis der eigenen Abstammung	412
6. Vermittlungsverbot	414
IV. Zusammenfassung	416
<i>B. Erweitertes Modell: Kommerzialisierung der Leihmutterschaft</i>	<i>417</i>
I. Rechtfertigung der Zulassung kommerzieller Leihmutterschaft	417
1. Wertungswiderspruch zum Verbot des Organhandels?	417
2. Zusätzliche Argumente für die Legalisierung	426
3. Fazit	428
II. Regelungsbedürftige Aspekte	428
1. Vorgaben an eine zulässige Vergütung	429
a) Mindestvergütung	429
b) Höchstvergütung	431
c) Zusammenfassung	434
2. Rückforderungsanspruch der Wunscheltern	434
a) Anspruch nach Fehl- oder Todgeburt	434
b) Anspruch nach Schwangerschaftsabbruch	435
c) Anspruch nach verweigerter Übergabe des Kindes	436
d) Zusammenfassung	437
3. Erweiterte Aufklärungspflicht	438
4. Strafrechtliche Sanktionierung	438
III. Zusammenfassung: Regulierung kommerzieller Leihmutterschaft	441
<i>C. Regulierungsvorschlag in Thesenform</i>	<i>443</i>
 Schlussbetrachtung	 449
 Literaturverzeichnis	 455
Sachregister	485

Einleitung

Der Wunsch nach der Gründung einer eigenen Familie nimmt für viele Menschen einen zentralen Platz in ihrer Lebensplanung ein. Während die überwiegende Mehrheit diesen Wunsch ohne Unterstützung Dritter realisieren kann, sind andere für die Erfüllung ihres Kinderwunsches auf ärztliche Assistenz angewiesen. Mithilfe der Reproduktionsmedizin ist es mittlerweile möglich, auch Personen mit eingeschränkter Fruchtbarkeit zu einem eigenen Kind zu verhelfen. Voraussetzung für eine erfolgreiche reproduktionsmedizinische Behandlung ist allerdings, dass eine Frau mit gesunder Gebärmutter das Kind austragen kann. Diese Bedingung erfüllen jedoch nicht alle ungewollt kinderlosen Paare. Hat eine Frau keine (gesunde) Gebärmutter oder will sich ein homosexuelles Männerpaar seinen Kinderwunsch erfüllen, kommen die etablierten Methoden der Fortpflanzungsmedizin an ihre Grenzen.

Eine Möglichkeit, auch unter diesen Bedingungen Eltern eines eigenen Kindes zu werden, eröffnet die Leihmutterschaft. Dabei wird eine weitere Person, die Leihmutter, in den Prozess der Kinderwunscherfüllung einbezogen. Diese trägt das Kind anstelle der Wunscheltern aus und übergibt es ihnen nach der Geburt. Bei der Frau kann es sich um eine bekannte Person, etwa eine Freundin oder Schwester der Wunscheltern, handeln oder um eine fremde Person, die dann regelmäßig für die Austragung des Kindes vergütet wird.

Während die Leihmutterschaft in anderen Ländern¹ als legitime Methode der Kinderwunscherfüllung etabliert ist, ist ihre Durchführung in Deutschland jedoch kaum möglich. Mit Einführung des Embryonenschutzgesetzes im Jahr 1991 beschränkte der Gesetzgeber die zulässigen Fortpflanzungsmethoden. Seitdem ist die ärztliche Assistenz bei Herbeiführung der Schwangerschaft einer Leihmutter gemäß § 1 Abs. 1 Nr. 7 ESchG verboten. Bereits zuvor wurden mit Einfügung der §§ 13 a–d in das Adoptionsvermittlungsgesetz die Vermittlung von Leihmüttern und Wunscheltern sowie das Bewerben der Leihmutterschaft untersagt.

Als Grund für diese Regelungen nennt der Gesetzgeber vor allem Kindeswohlbedenken. Bei einer Leihmutterschaft werde die Mutterschaft planvoll in

¹ Die altruistische Leihmutterschaft ist u. a. in Großbritannien, Griechenland und den Niederlanden zulässig. Die kommerzielle Leihmutterschaft erlauben einige Bundesstaaten der USA, Israel sowie die Ukraine. Für einen Überblick der rechtlichen Rahmenbedingungen in diesen Ländern vgl. *Lederer, Grenzenloser Kinderwunsch*, S. 67 ff.

austragende und soziale gespalten. Diese Aufspaltung könne sich negativ auf die Entwicklung und Identitätsfindung des Kindes auswirken.² Zudem verstoße die Leihmutterschaft, insbesondere in ihrer kommerziellen Form, gegen die Menschenwürde von Kind und Leihmutter.³

Nicht verboten ist dagegen die Beauftragung einer Leihmutter im Ausland, weshalb sich immer mehr ungewollt kinderlose Paare für die Reise in Länder, die die Leihmutterschaft erlauben, entscheiden und dort eine Leihmutter in Anspruch nehmen.⁴ Spätestens seit einem Grundsatzbeschluss des Bundesgerichtshofs im Jahr 2014 kann ihre Elternschaft nach der Rückkehr nach Deutschland trotz des bestehenden Verbots im Inland nunmehr anerkannt werden.⁵ Diese Widersprüchlichkeit des Umgangs mit Leihmutterschaften im In- und Ausland lässt bereits Zweifel an der geltenden Rechtslage aufkommen.

Ungeachtet des nationalen Verbots der Leihmutterschaft ist die Inanspruchnahme einer Leihmutter im Ausland auch aus anderen Gründen problematisch. Gerade in Ländern, in denen die Durchführung der Leihmutterschaft für die Wunschertern mit niedrigen Kosten verbunden ist – etwa in Indien⁶ oder der Ukraine⁷ –, wird oftmals eine Ausbeutung der Leihmütter durch Wunschertern, Vermittlungsagenturen und Kliniken angeprangert. Dort würden Frauen aus prekären finanziellen Umständen als reine Gebärmaschinen zugunsten reicher Wunschertern aus der westlichen Welt benutzt.⁸

Die Probleme, die die transnationale Leihmutterschaft hervorrufen kann, wurden in jüngster Zeit besonders in der Ukraine deutlich. Dort können ausländische Wunschertern eine Leihmutter für vergleichsweise niedrige Kosten⁹ mit der Austragung eines Kindes beauftragen, weshalb einige deutsche Wunscher-

² Vgl. zur Begründung der Verbotsnormen BT-Drs. 11/5460, S. 8, 15; 11/4154, S. 6 f.

³ BT-Drs. 11/4154, S. 6 f.

⁴ Zu reproduktiven Reisen deutscher Wunschertern vgl. Hoffmeister, Reproduktives Reisen und Elternschaft, S. 90 ff.

⁵ BGHZ 203, 350.

⁶ Mittlerweile ist die kommerzielle Leihmutterschaft in Indien untersagt und die altruistische Leihmutterschaft nur noch für in Indien ansässige Paare zugelassen. Allerdings stellte Indien lange Zeit ein beliebtes Ziel deutscher Wunschertern dar und war Zentrum der Kritik gegen Leihmutterschaft als ausbeuterische Praxis. Zudem wurden mit indischen Leihmüttern zahlreiche Studien durchgeführt, weshalb trotz der geänderten Rechtslage an einigen Stellen auf die Erfahrungen indischer Leihmütter verwiesen wird.

⁷ Die Ukraine stellte lange ein beliebtes Ziel für deutsche Wunschertern dar, ihren Kinderwunsch mithilfe einer Leihmutter zu erfüllen. Aufgrund des derzeitigen Kriegszustands in der Ukraine ist nicht abzusehen, wie sich der dortige Sektor für Leihmutterschaften entwickeln wird. Da aktuell trotz des Krieges weiterhin Leihmütter Kinder für ausländische Wunschertern austragen, wird die Ukraine in dieser Arbeit dennoch als prominentes Ziel deutscher Wunschertern genannt. Dabei muss jedoch die aktuelle Situation vor Ort stets berücksichtigt werden.

⁸ Vgl. Bernard, StAZ 2013, 136, 139; Diel, Leihmutterschaft und Reproduktionstourismus, S. 222 f.; Flügge, in: Baer/Sacksofsky (Hrsg.), Autonomie im Recht, S. 239, 247; vgl. auch Wapler, in: Baer/Sacksofsky (Hrsg.), Autonomie im Recht, S. 185, 205.

⁹ Die Durchführung einer Leihmutterschaft ist in der Ukraine ab etwa 35.000 Euro möglich. In Kalifornien belaufen sich die Kosten dagegen auf weit über 100.000 USD.

eltern diese Möglichkeit wahrnehmen.¹⁰ Im Frühjahr 2020 wurden jedoch zahlreiche Berichte veröffentlicht, wonach über hundert Säuglinge, die von ukrainischen Leihmüttern geboren wurden, über Wochen in Hotels untergebracht und von Pflegekräften versorgt werden mussten, da die Wunscheltern infolge der Coronapandemie nicht in die Ukraine einreisen durften.¹¹ Aufgrund des aktuellen Kriegszustands in der Ukraine hat sich diese Problematik weiter verschärft. Erneut war es Wunscheltern nicht möglich, ihre von einer Leihmutter geborenen Kinder abzuholen. Zudem erschienen Presseberichte über die Situation von Leihmüttern und Krankenschwestern, die in Bunkern ausharrten, sich dort um Neugeborene kümmerten, die nicht abgeholt werden konnten, oder die Geburt weiterer Leihmutterkinder erwarteten.¹² Darüber hinaus wurde berichtet, dass Leihmutterschaftskliniken ukrainische Leihmütter aufforderten, das Land trotz der akuten Bedrohungslage nicht zu verlassen oder vor der Geburt des Kindes in das Kriegsgebiet zurückzukehren.¹³

Auf den ersten Blick ziehen solche Berichte weniger das deutsche Verbot der Leihmutterschaft in Zweifel, sondern sprechen vielmehr für ein internationales Verbot der Leihmutterschaft. Möglicherweise ließe sich die Leihmutterschaft jedoch auch unter strengen rechtlichen Rahmenbedingungen und bei Sicherstellung ausreichender medizinischer und psychologischer Betreuung der beteiligten Parteien in Deutschland legalisieren. Hierdurch würde nicht nur ungewollt kinderlosen Paaren die Möglichkeit der Kinderwunscherfüllung eröffnet, sondern zudem die Attraktivität ausländischer Leihmutterschaftsangebote gesenkt und damit potenziell verhindert werden, dass infolge der deutschen restriktiven Rechtslage Leihmütter und Kinder im Ausland gefährdet werden. Diese Möglichkeit kommt allerdings nur in Betracht, wenn die Austragung eines Kindes durch eine Leihmutter verfassungskonform ausgestaltet werden kann.

Während der Gesetzgeber unter Zustimmung von Teilen der Rechtswissenschaft¹⁴ in der Leihmutterschaft einen Widerspruch zur Menschenwürde von Leihmutter und Kind sowie eine Gefährdung des Kindeswohls sieht, lehnen

¹⁰ Vgl. Hoffmeister, Reproduktives Reisen und Elternschaft, S. 93 f.

¹¹ Vgl. Berdnyk/Goncharenko, Deutsche Welle 25.05.2020, abrufbar unter: www.dw.com/de/corona-chaos-mit-leihmutterschaft-in-der-ukraine/a-53538713; Clasen, taz 28.05.2020, abrufbar unter: www.taz.de/Leihmuetter-aus-der-Ukraine/!5685327/; o. V., Der Standard 18.05.2020, abrufbar unter: www.derstandard.de/story/2000117552704; o. V., Welt 15.05.2020, abrufbar unter: www.welt.de/vermischtes/article207998275 (jeweils Stand: Mai 2023).

¹² Vgl. Schwarz, taz 22.03.2022, abrufbar unter: www.taz.de/Leihmuetter-in-der-Ukraine/!5839089/ (Stand: Mai 2023).

¹³ Vgl. Carthaus, Deutsche Welle 28.03.2022, abrufbar unter: www.dw.com/de/ukrainische-leihmuetter-zwischen-den-fronten/a-61263581; o. V., Der Standard 23.03.2022, abrufbar unter: www.derstandard.de/story/2000134111863; Schwarz, taz 22.03.2022, abrufbar unter: www.taz.de/Leihmuetter-in-der-Ukraine/!5839089/ (jeweils Stand: Mai 2023).

¹⁴ Vgl. etwa Diefenbach, Leihmutterschaft, S. 36 f., 147; Jofe, Regulierung der Reproduktionsmedizin, S. 316; Flügge, in: Baer/Sacksofsky (Hrsg.), Autonomie im Recht, S. 239, 245 f.; Voss, Leihmutterschaft in Deutschland, S. 213 ff.

andere die Verfassungswidrigkeit der Leihmutterschaft ab. Vermehrt wird eine Zulassung der Leihmutterschaft in Deutschland, jedenfalls in altruistischer Form, gefordert.¹⁵ Dennoch hält der Gesetzgeber unverändert an den Verbotsnormen des ESchG und AdVermiG fest.

Vor diesem Hintergrund könnte bezweifelt werden, dass eine erneute Befassung mit der Leihmutterschaft aus rechtlicher Perspektive den Diskurs weiter vorantreiben kann. Allerdings bleibt die überwiegende Mehrheit der rechtlichen Untersuchungen in verschiedener Hinsicht zu oberflächlich. Eine umfassende und tiefgreifende Auseinandersetzung mit allen relevanten Fragen, die die Leihmutterschaft aufwirft, findet bisher nicht statt. Stattdessen ist der rechtswissenschaftliche Diskurs in weiten Teilen auf das Verfassungsrecht beschränkt und stellt lediglich die Frage, ob das Verbot der Leihmutterschaft verfassungsrechtlich gerechtfertigt ist.¹⁶ Hierdurch werden einige Problembereiche, die die Leihmutterschaft eröffnet, von vornherein aus der Diskussion ausgeklammert.

So wirft die Leihmutterschaft die grundlegende Frage auf, ob der Wunsch nach dem Festhalten an traditionellen Vorstellungen von Eltern- und Mutterschaft ein Verbot bestimmter, unkonventioneller Formen der Familiengründung rechtfertigen kann. In diesem Zusammenhang muss auch die Frage gestellt werden, welche Bedingungen an den Begriff der Eltern- und Mutterschaft zu stellen sind. Konkret für die Leihmutterschaft ist fraglich, ob (rechtliche) Mutterschaft und Geburt untrennbar miteinander verbunden bleiben müssen. Es steht also nicht nur in Frage, wen das geltende Recht *de lege lata* als Mutter eines Kindes anerkennt, sondern auch, wen das Recht *de lege ferenda* als Mutter anerkennen sollte. Aus dem Recht allein ist diese Grundsatzfrage nicht zu beantworten. Vielmehr bietet sich in diesem Zusammenhang die Heranziehung moralphilosophischer Literatur an, die losgelöst von rechtlichen Vorgaben die Anknüpfungspunkte für Eltern- und Mutterschaft diskutiert.

Auch für die Untersuchung anderer Argumente, die von rechtswissenschaftlicher Seite gegen die Leihmutterschaft angeführt werden, kann die zusätzliche Berücksichtigung moralphilosophischer Ansätze den Diskurs scharf stellen. So wird gegen die Zulassung der Leihmutterschaft, insbesondere in kommerzieller Form, häufig eingewandt, diese führe zu einer Ausbeutung armer Leihmütter durch wohlhabende Wunscheltern.¹⁷ Dabei wird jedoch weder der Begriff der Ausbeutung näher bestimmt, noch wird erläutert, weshalb eine mögliche Ausbeutung *per se* ein rechtliches Verbot rechtfertigt. Auch in diesem Zusam-

¹⁵ Vgl. etwa *Dorneck*, Das Recht der Reproduktionsmedizin, S. 340 ff.; *Esser*, Ist das Verbot der Leihmutterschaft in Deutschland noch haltbar?, S. 282 ff.; *Gassner et al.*, Fortpflanzungsmedizingesetz, S. 61 ff.; *Lammers*, Leihmutterschaft in Deutschland, S. 203 ff.

¹⁶ Vgl. *Dorneck*, Das Recht der Reproduktionsmedizin, S. 159 ff.; *Jofer*, Regulierung der Reproduktionsmedizin, S. 304 ff.; *Lammers*, Leihmutterschaft in Deutschland, S. 151 ff.; *Voss*, Leihmutterschaft in Deutschland, S. 171 ff.

¹⁷ Vgl. etwa *Diel*, Leihmutterschaft und Reproduktionstourismus, S. 72; *Mayer*, IPRax 2014, 57, 62; *Nitschmann/Petersdorf*, in: FS Jung, S. 669, 682.

menhang kann der moralphilosophische Diskurs helfen, zunächst eine präzise Definition der Ausbeutung zu erarbeiten, um diese im Anschluss auf die Leihmutterschaft zu übertragen.

Eine inhaltlich überzeugende Diskussion der Leihmutterschaft erfordert mithin eine tiefergehende Auseinandersetzung mit den leitenden Vorstellungen, die der Argumentation gegen Leihmutterschaft zugrunde liegen. Der rechtliche Diskurs kann ohne die Berücksichtigung einschlägiger moralphilosophischer Ansätze, die die verwendeten Begrifflichkeiten und vorherrschenden gesellschaftlichen Vorstellungen präzisieren sowie hinterfragen, kaum voranschreiten.

Daneben dürfen die tatsächlichen Auswirkungen einer Leihmutterschaft auf die beteiligten Personen auch im Rahmen der rechtlichen Bewertung nicht unberücksichtigt bleiben. Es reicht nicht aus, auf der Grundlage vermuteter Folgen einer Leihmutterschaft für die „betroffenen“ Kinder oder Leihmütter eine Verletzung ihrer Grundrechte zu diskutieren.¹⁸ In den letzten Jahren wurde eine Vielzahl von Studien mit Leihmutterkindern, Leihmüttern und Wunscheltern durchgeführt. Die Ergebnisse dieser Studien müssen auch in der rechtlichen Beurteilung der Leihmutterschaft Beachtung finden.

Die Frage nach der Notwendigkeit eines Verbots der Leihmutterschaft kann darum nur aus interdisziplinärer Perspektive beantwortet werden.

In jüngerer Zeit haben Teile der Rechtswissenschaft die Bedeutung der Einbeziehung moralphilosophischer und empirischer Erkenntnisse erkannt. So wurden Sammelbände zu Fragen der Leihmutterschaft veröffentlicht, die Beiträge aus Recht, Philosophie und Empirie beinhalten.¹⁹ Dabei bleibt es jedoch bei einem Nebeneinander der Disziplinen. Eine Gegenüberstellung und Zusammenführung der verschiedenen Perspektiven, die zur Erarbeitung fachübergreifender Lösungsmöglichkeiten zwingend notwendig sind, werden nicht vorgenommen.

Einen Schritt weiter gehen manche rechtswissenschaftliche Monographien, die neben rechtlichen Erwägungen auch moralphilosophische Ansätze oder einschlägige Studien in ihre Untersuchung integrieren. Allerdings setzen diese Arbeiten jeweils den Schwerpunkt entweder auf die Empirie²⁰ oder auf die Philosophie²¹. Eine Einbeziehung beider Fachbereiche als gleichrangige Erkenntnisquellen findet nicht statt.

¹⁸ Dies genüge jedoch dem Gesetzgeber für die Begründung des Verbots, vgl. BT-Drs. 11/4154, S. 6f.; 11/5460, S. 15.

¹⁹ Vgl. *Ditzen/Weller* (Hrsg.), *Regulierung der Leihmutterschaft. Aktuelle Entwicklungen und interdisziplinäre Herausforderungen*; *Mitra et al.* (Hrsg.), *Cross-Cultural Comparisons on Surrogacy and Egg Donation. Interdisciplinary perspectives from India, Germany and Israel*; *Schramm/Wermke* (Hrsg.), *Leihmutterschaft und Familie. Impulse aus Recht, Theologie und Medizin*.

²⁰ Vgl. *Lammers*, *Leihmutterschaft in Deutschland*, S. 110ff. und S. 132ff., der sich vertieft mit Studien befasst, die die Entwicklung von Leihmutterkindern und Leihmüttern untersuchen.

²¹ Vgl. *Esser*, *Ist das Verbot der Leihmutterschaft in Deutschland noch haltbar?*, S. 47ff.,

Gerade die Zusammenführung rechtlicher, moralphilosophischer sowie empirischer Ansätze und Erkenntnisse ermöglicht jedoch, die Leihmutterschaft in ihrer Komplexität und ihren einzelnen Problembereichen tiefgreifend zu analysieren und zu bewerten. Dabei können moralphilosophische Ansätze den rechtlichen Diskurs erweitern und präzisieren, während die Einbeziehung der empirischen Forschung ermöglicht, die Argumentation aus Recht und Moralphilosophie mit der Realität der Leihmutterschaft abzugleichen.

Vor diesem Hintergrund untersucht diese Arbeit nach einer Darstellung der aktuellen Rechtslage (Erster Teil) schwerpunktmäßig zunächst das geltende Verbot der Leihmutterschaft aus interdisziplinärer Perspektive (Zweiter Teil). Ausgehend von der gesetzgeberischen Begründung der geltenden, die Leihmutterschaft betreffenden Verbotsregelungen, werden die vorgebrachten Hauptargumente aus rechtlicher und moralphilosophischer Sicht diskutiert und zusätzlich einschlägige Studien herangezogen. Ziel der Untersuchung ist die Feststellung, ob das Festhalten an der aktuellen Rechtslage aus rechtlicher und moralphilosophischer Perspektive sowie unter Beachtung der tatsächlichen Auswirkungen einer Leihmutterschaft auf die beteiligten Personen erforderlich ist.

Die Arbeit prüft hierbei nicht, ob die derzeitige Rechtslage gegen Verfassungsrecht verstößt oder ob der Gesetzgeber verfassungsrechtlich verpflichtet ist, die Leihmutterschaft zu legalisieren.²² Die Untersuchung ist auf die Fragestellung beschränkt, ob das geltende Verbot der Leihmutterschaft notwendig oder ein alternativer rechtlicher Umgang mit Leihmutterschaft möglich ist.

Ausgeklammert bleibt außerdem die Frage nach einer möglichen Legalisierung der Eizellspende. Auch diese ist in Deutschland nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 ESchG verboten. Sofern das Kind nicht mit einer eigenen Eizelle der Leihmutter gezeugt wird, ist für die Herbeiführung der Schwangerschaft der Leihmutter jedoch auch eine Eizellspende, entweder seitens der Wunschmutter oder einer dritten Spenderin, notwendig. Eine Legalisierung der Leihmutterschaft setzt daher auch die Zulässigkeit der Eizellspende voraus. Diese Arbeit kann keine zusätzliche Befassung mit der Frage nach der Zulassung der Eizellspende leisten. Allerdings entspricht die Argumentation des Gesetzgebers gegen die Eizellspende in weiten Teilen derjenigen gegen die Leihmutterschaft. Insbesondere soll auch in diesem Zusammenhang die Spaltung der Mutterschaft zum Schutz des Kindeswohls verhindert werden.²³ Wird sich im Ergebnis für eine Legalisierung der Leihmutterschaft und damit für die Zulassung der Spaltung

die eine rechtsphilosophische Analyse vornimmt. Zwar stellt sie auch einige Studien dar, allerdings beschränkt sie sich dabei auf wenige Seiten, vgl. ebd., S. 27–36 und S. 135–139.

²² Für eine verfassungsrechtliche Untersuchung der aktuellen Rechtslage vgl. *Esser*, Ist das Verbot der Leihmutterschaft in Deutschland noch haltbar?, S. 230 ff.; *Lammers*, Leihmutterschaft in Deutschland, S. 151 ff.; *Voss*, Leihmutterschaft in Deutschland, S. 171 ff.

²³ Vgl. BT-Drs. 11/5460, S. 7 f.

der Mutterschaft ausgesprochen, gilt dies deshalb grundsätzlich auch für die Eizellspende.²⁴

Der zweite Schwerpunkt der Arbeit liegt in der Erarbeitung eines alternativen rechtlichen Umgangs mit der Leihmutterschaft. Basierend auf den Erkenntnissen des zweiten Teils wird diskutiert, unter welchen konkreten Bedingungen die Leihmutterschaft in Deutschland legalisiert werden kann (Dritter Teil).

Anders als bereits veröffentlichte Regulierungsvorschläge²⁵ versucht die Arbeit nicht, eine vollkommen neue Regelungssystematik speziell für die Durchführung von Leihmutterschaften zu erarbeiten. Stattdessen wird eine in Teilen der Literatur anklingende Vergleichsbetrachtung aufgegriffen und fortgeführt. Dort wird vorgetragen, dass die Leihmutterschaft einen zur Lebendorganspende vergleichbaren Sachverhalt betreffe.²⁶ Worin diese Vergleichbarkeit im Einzelnen bestehen soll, wird jedoch nicht näher erläutert. Die Argumentation beschränkt sich auf die Feststellung, dass die Lebendorganspende in Deutschland legal durchgeführt werden könne, weshalb jedenfalls die altruistische Leihmutterschaft ebenfalls zuzulassen sei.²⁷ Sofern die beiden Vorgänge tatsächlich vergleichbar sind, könnte dieser Gedanke jedoch noch fortgeführt werden. Wenn Leihmutterschaft und Lebendorganspende ähnlich gelagerte Sachverhalte betreffen und vergleichbare Probleme aufwerfen, könnte auch eine vergleichbare Regulierung gewählt werden. Für die Leihmutterschaft wäre die Orientierung an den Regelungen zur Lebendorganspende zudem vorteilhaft, da so für ein – jedenfalls für das deutsche Recht – neues Phänomen auf bereits etablierte Regelungsmechanismen und bewährte Organisationsstrukturen zurückgegriffen werden könnte.

Vor diesem Hintergrund untersucht der letzte Teil dieser Arbeit zunächst die Vergleichbarkeit von Lebendorganspende und Leihmutterschaft. Auch in diesem Zusammenhang erfolgt eine interdisziplinäre Analyse der Unterschiede und Gemeinsamkeiten unter Heranziehung von (Verfassungs-) Recht, Medizinethik und einschlägigen Studien. Anschließend wird überprüft, inwieweit die konkreten rechtlichen Vorgaben des Transplantationsgesetzes (TPG) für Le-

²⁴ Für eine umfassende Diskussion der Verfassungskonformität der Eizellspende vgl. *Klein*, Zur verfassungsrechtlichen Rechtfertigung des Verbots der Eizellspende, S. 182 ff.; *Wojtowicz*, Die Eizellspende de lege ferenda, S. 61 ff.; vgl. zum Verbot der Eizellspende auch *Engelbert*, KriPoZ 2022, 339 ff.

²⁵ Vgl. etwa *Esser*, Ist das Verbot der Leihmutterschaft in Deutschland noch haltbar?, S. 282 ff.; *Gassner et al.*, Fortpflanzungsmedizingesetz, S. 61 ff.; *Lammers*, Leihmutterschaft in Deutschland, S. 203 ff.

²⁶ Vgl. etwa *Bleisch*, Jahrbuch für Wissenschaft und Ethik 2012, 5, 15; *Bujard/Thorn*, Der Gynäkologe 2018, 639, 644; *Knoepffler/Münch*, in: Schramm/Wermke (Hrsg.), Leihmutterschaft und Familie, S. 235, 259; *Kreß*, FPR 2013, 240, 243; *Sándor*, in: Mitra et al. (Hrsg.), Cross-Cultural Comparisons, S. 35, 38.

²⁷ So argumentierte Anfang 2021 die FDP, vgl. Beschluss der Fraktion der FDP im Deutschen Bundestag v. 30.01.2021, abrufbar unter: www.fdpbt.de/sites/default/files/2021-02/Beschluss_Leihmutterschaft.pdf (Stand: Mai 2023).

bendorganspenden als Vorbild für die Regulierung der Leihmutterschaft dienen können. Schließlich werden rechtliche Vorgaben erarbeitet, die außerhalb der Regelungen des TPG für Leihmutterschaften eingeführt werden müssten, um eine den Parteiinteressen entsprechende und den Schutz von Wunschkind und Leihmutter sicherstellende Regulierung zu schaffen. Dabei ist insbesondere zu diskutieren, ob auch die kommerzielle Leihmutterschaft zugelassen werden sollte.

Erster Teil

Rechtslage de lege lata

Im ersten Teil dieser Arbeit erfolgt ein Überblick über die im Zusammenhang mit der Leihmutterschaft verwendete Terminologie sowie die Möglichkeiten ihrer Herbeiführung. Zusätzlich werden die einschlägigen straf- und zivilrechtlichen Vorschriften sowie die tatsächlichen Auswirkungen der aktuellen Rechtslage vorgestellt.

Sachregister

- Ablehnung des Wunschkindes 163 f., 168, 181, 186 f., 190 f., 394 f.
- Adoption 30–36, 57
- Vergleich zur Leihmutterschaft 376, 385 f.
- Adoptionsforschung
- Identitätsfindung 103–106
 - Kindesentwicklung 94–98
- Adoptionsvermittlungsgesetz 19 f., 415
- Adoptivkinder *siehe* Adoptionsforschung
- Altersgrenze
- für Leihmütter 354 f., 439
 - für Wunscheltern 397 f.
- Aufklärungspflicht
- für Heilbehandlungen 219 f.
 - für Lebendorganspenden 220, 340
 - für Leihmütter 224, 341, 347 f., 355–358, 374 f., 438
 - für Samenspenden 413 f.
 - für Wunscheltern 374 f.
- Aufwendungsersatz 18, 166 f., 363–365
- Anspruch auf Rückzahlung 407 f.
- Ausbeutung
- besondere Verletzlichkeit als Kriterium 261–263
 - durch altruistische Leihmutterschaft 242 f.
 - durch Vermittlungsagenturen 246 f.
 - existenzielle Not von Leihmüttern 257–260, 262 f.
 - moralphilosophische Definition 240
 - rechtliche Perspektive 195, 208, 229–231
 - Verletzlichkeit als Kriterium 249 f.
- Baby Gammy-Fall 180, 186
- Baby M.-Fall 19, 148
- Beauftragung mehrerer Leihmütter 174, 292, 412
- Beeinflussung der Leihmutter
- durch Familienmitglieder 274, 278, 287 f., 348–351, 427
 - durch Vermittlungsagenturen und Kliniken 288 f., 294 f., 414–416
- Beschaffenheitsvereinbarungen 165, 166, 184
- Beschränkung auf Nahestehende
- bei Lebendorganspenden 223, 348 f., 361 f.
 - bei Leihmutterschaften 224 f., 348, 362 f.
- Bestelleltern 12, *siehe auch* Wunscheltern
- Bezahlung von Leihmüttern *siehe* Vergütung
- Bundesärztekammer 403
- Care-Arbeit 275, 426 f.
- Dammbruchargument *siehe* Slippery-Slope-Argumentation
- Ein-Vater-Familie *siehe* Wunscheltern
- Einwilligung
- in Lebendorganspenden 220, 222 f., 354
 - in Leihmutterschaften 223–228, 340, 354 f.
 - Sittenwidrigkeit 221 f.
 - strafrechtliche Einordnung 218–220
 - und Ausbeutung 250–252, 260 f.
 - Widerruflichkeit 225 f., 358–360
- Eizellspende 6 f., 99 f., 106–109, 114 f.
- Elterngrundrecht 74, 120 f., 337, 403
- staatliche Schutzpflicht 74 f., 79 f., 400
 - Vorgaben für die Bestimmung von Elternschaft 121–124
- Elternschaft
- genetische 13, 120–122, 124 f., 129 f., 405 f.
 - gestationale 13, 81–84, 109 f., 118 f., 124, 127 f.
 - rechtliche 13, 27–30, 114–117
 - soziale 13, 122–124
- Elternschaftsbegriff, moralphilosophischer
- genetisch 129 f., 136–138, 176 f.
 - gestational 127–129, 132–135
 - intentional 130 f., 138 f.
 - kausal 131 f., 139 f.
 - pluralistisch 140 f.
- Embryonenschutzgesetz 6 f., 20–22, 382 f.

- Entscheidungsanerkennung 43–52
 Ersatzmutterschaft 11, 17, 67 f., 382 f., 406
 – Studienlage 145–148
- Familiengrundrecht
 – als Recht auf Fortpflanzung 331, 365–370
 – Vorgaben für die Bestimmung von Elternschaft 120
- Feminismus
 – liberaler 272 f.
 – „radikaler“ 273 f.
- Freiwilligkeit
 – bei Alternativlosigkeit 253 f.
 – bei Armut 265–260
 – bei finanzieller Motivation 252 f.
 – bei „zu guten“ Angeboten 254–256
- Gebärfähigkeit als Handelsware 194, 203–205, 424 f.
- Gefahr eines illegalen Leihmuttermarktes 268, 421–423
- Gesellschaftliche Erwartungshaltung an Leihmütter 129, 217 f., 274
- Grundrechtecharta 204 f.
- Harmful exploitation 241–245, *siehe auch* Ausbeutung
- Herausgabeanspruch der Wunscheltern 163, 199 f.
- Herausgabepflicht der Leihmutter 199–201, 226, 358–360
- Höchstvergütung von Leihmüttern 270, 431–434
- Identitätsfindung
 – einfachrechtlich 72 f., 98 f.
 – verfassungsrechtlich 157–158
 – von Spendekindern 106–109
 – von Wunschkindern 99–103
- In-Vitro-Fertilisation (IVF) 14, 16 f., 86 f., 227 f., 328 f.
- Intracytoplasmatische Spermieninjektion (ICSI) 14 f.
- Kaiserschnitt bei Leihmüttern 227, 294
- Kinder der Leihmutter 297–300, 357
- Kinderhandel 31–33, 161 f.
- Kinderlosigkeit, ungewollte
 – als Krankheit i. S. d. Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG 325–328
 – Indikationen 15 f., 371–374
 – psychische Auswirkungen 321–325
- Kindesentwicklung
 – physisch 86 f.
 – psychisch 87–94
- Kindeswohl
 – abstrakt-genereller Begriff 76–80
 – konkret-individueller Begriff 74–76
- Kindeswohlgefährdung
 – durch die Wunscheltern 398 f.
 – bei nicht-indizierter Leihmutterschaft 372
- Koalitionsvertrag 2021 451 f.
- Kollisionsrecht 52–56
- Kommission zur reproduktiven Selbstbestimmung und Fortpflanzungsmedizin 452
- Kommodifizierung
 – des Kindes 166–169
 – Moralphilosophie 170–182
- Langzeitstudie zu Leihmutterchaften 87–91
- Lebendnierenspende 320 f.
- Leihmütter
 – psychische Auswirkungen 141–145
 – sozioökonomische Situation 283–285
 – Wahrnehmung des Kindes 181 f.
- Leihmutter-Wunscheltern-Beziehung 204, 292 f., 296
- Leihmutterregister 412–414
- Leihmutterchaft
 – als Heilbehandlung 328–331
 – altruistisch 18, 166 f., 183, 198–202, 242 f., 364
 – faktisches Verbot 22 f.
 – kommerziell 18, 167 f., 203–208, 248 f., 417–428
 – Terminologie 11–13, 16–18
 – als unterdrückerische Praxis 273, 276
- Leihmutterchaft in anderen Rechtsordnungen
 – Griechenland 39 f., 317, 364, 389, 396, 397
 – Großbritannien 39 f., 290 f., 378, 387 f., 396, 402, 406, 415
 – Indien 2, 40, 287, 362
 – Israel 294, 362, 402
 – Niederlande 39 f., 317, 397, 402 f., 406
 – Ukraine 40, 402
 – USA 40 f., 290, 390, 402
- Leihmutterchaft, transnationale 39–42, 59–63, 110
 – Ausbeutung 2, 41, 61, 287, 427 f.
 – BGH-Rechtsprechung 48–50, 51 f.

- EGMR-Rechtsprechung 46 f.
- Indien 2, 40, 257 f., 296
- Objektifizierung des Kindes 162 f., 191 f.
- Ukraine 2 f., 36 f., 40 f., 52, 54, 452 f.
- Leihmutterchaftskommission 378 f.
- Leihmutterchaftsvertrag 25–27, 159 f., 161–163, 199, 407
 - als Dienstvertrag 163, 177
 - als Kauf- oder Werkvertrag 161–163, 173–179
 - Anspruch auf Rückzahlung 434–437
 - gängige Vertragsgestaltung im Ausland 177–179, 294
 - Schadensersatzanspruch 408–410
- Leihmutterchaftszentrum 380
- Medizinethik
 - im Transplantationsgesetz 344
 - Leihmutterchaften 345 f.
 - Prinzip der Achtung der Selbstbestimmung 342–344, 346
 - Prinzip der Fürsorge 342 f., 345
 - Prinzip der Schadensvermeidung 342 f., 345
- Mehrlingsreduktion bei Leihmüttern 186, 227, 294 f.
- Menschenwürde
 - Definition 155–157
 - Schutzzumfang 159–161
 - Verhältnis zur Selbstbestimmung 195–198
 - Verzicht auf den Schutz 195–198
 - demütigende oder erniedrigende Behandlung der Leihmutter 201
- Mindestvergütung von Leihmüttern 264, 429 f.
- Motivation von Leihmüttern 188, 280–282, 285
- Mutter-Kind-Bindung, pränatale 68 f., 80–86
- Mutterschaft
 - Anfechtung 28, 391 f.
 - einfachrechtlich 27 f., 114–117
 - Natürlichkeit 19, 67 f., 113, 118 f., 152, 425 f.
 - verfassungsrechtlich 117 f., 120–126
- Mutterschaft, gespaltene
 - Definition 67 f.
 - im Verfassungsrecht 124–126, 157–159
- Mutually advantageous exploitation 243–248, *siehe auch* Ausbeutung
- Objektifizierung
 - der Leihmutter 198–202
 - des Kindes 157–166, 183, 187–189, 191 f.
- ordre public 44 f., 48–51, 56
- Organhandel 417–426
- Organhandelsverbot
 - rechtliche Verankerung 231, 383
 - Sinn und Zweck 232 f.
- Prämienzahlungen 166, 168, 181
- Prostituiertenschutzgesetz 233
- Prostitution *siehe* Sexarbeit
- Recht auf Fortpflanzung 331, 365–370
- Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung 98 f., 109–111
 - Leihmutterregister 412–414
- Recht auf körperliche Unversehrtheit
 - Eingriff bei Lebendorganspenden 202
 - Verletzung durch Leihmutterchaft 209 f.
- Recht auf reproduktive Selbstbestimmung 213, 331–333, 365–371
- Rollenbilder, traditionelle 275, 277, 426 f.
- Samenspende
 - als Heilbehandlung 330
 - heterologe 14, 115 f., 123, 158, 403
 - homologe 14
 - Spenderregister 99, 412–414
- Schwangerschaft, geteilte 150
- Schwangerschaftsabbruch
 - Anspruch auf Rückzahlung 435 f.
 - keine Verpflichtung der Leihmutter 199, 226, 276 f.
- Selbstbestimmungsrecht
 - BVerfG zu geschäftsmäßiger Suizidförderung 197, 213–216
 - verfassungsrechtlicher Schutz 212 f.
- Selbstwahrnehmung
 - von Leihmüttern 291 f.
 - von Wunschkindern 189 f.
- Sexarbeit
 - Ausbeutung 234–236, 238 f.
 - strafrechtliche Grenzen 233–236
 - verfassungsrechtliche Einordnung 205–207
 - Vergleich mit Leihmutterchaft 206 f.
 - Zwangsprostitution 235 f., 423
- Slippery-Slope-Argumentation
 - Leihmutterchaft 420–425
 - Organhandel 420, 424
- Sphärentheorie 369–371

- Stereotype, patriarchale 274 f., 278, 372 f.
- Sterilität 15, 328 f.
- Teilverbot 265 f., 268, 302 f.
- Tragemutterschaft 11, 16, 406
 - Studienlage 145–148
- Vaterschaft
 - einfachrechtliche 28–30, 115 f.
 - gespaltene 122–124
- Verbot ausbeuterischer Transaktionen 263–270
- Vergütung 18, 167 f., 181, 245–249
 - Höchstvergütung 270, 431–434
 - Mindestvergütung 264, 429 f.
- Vermittlungsagenturen 218, 225, 246 f.
 - Gefahr der Beeinflussung 273, 288–290
- Vermittlungsverbot
 - entgeltliche Vermittlung 414 f.
 - unentgeltliche Vermittlung 415 f.
- Weltgesundheitsorganisation
 - Definition Gesundheit 326
- Definition ungewollte Kinderlosigkeit 325 f.
- Wunscheltern
 - alleinstehende 333, 402–404
 - Anspruchshaltung 163–165, 180 f.
 - ohne genetische Verwandtschaft zu dem Kind 405 f.
 - Screening 97, 398–402
- Wunscheltern, gleichgeschlechtliche 275, 333, 371 f., 376, 395
 - Studienlage 94, 190, 321 f.
- Wunschkind
 - als Handelsware 26, 165–168, 174, 181
 - mit Beeinträchtigungen 164, 169, 180 f., 186 f., 374 f.
 - Selbstwahrnehmung 182, 189 f.
- Wunschkinder-Kind-Bindung 149–151
- Zwanghafte Leihmutterschaften 439–441
- Zwangsprostitution 235 f., 423