

Schriften zum deutschen und ausländischen Familien- und Erbrecht

Alexander Diel

Leihmutterschaft und Reproduktionstourismus

Band 11



Wolfgang Metzner Verlag

Alexander Diel

Leihmutterschaft und Reproduktionstourismus



Wolfgang Metzner Verlag

© Wolfgang Metzner Verlag, Frankfurt am Main 2014

Das Werk ist urheberrechtlich geschützt.

Jede Verwertung außerhalb der Freigrenzen des Urheberrechts ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Printed in Germany

ISBN 978-3-943951-16-5

ISSN 2191-284X

Bibliografische Information der Deutschen Bibliothek

Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Zugleich: Dissertation, Universität Marburg,
Fachbereich Rechtswissenschaften, 2013

„Es gibt weder große Entdeckungen noch wahren Fortschritt, solange noch ein unglückliches Kind auf der Welt ist.“

Albert Einstein (theoretischer Physiker und Nobelpreisträger) *

* Zitiert nach Sydow, S. 3.

Inhalt

Inhalt	2
Vorwort	8
1. Teil	10
Einleitung	10
A. Familienrechtliche und reproduktionsmedizinische Einordnung	12
I. Bezeichnung der beteiligten Parteien	12
II. Leih- und Ersatzmutterschaft als medizinische Fortpflanzungsmöglichkeit ?	13
III. Einordnung und Abgrenzung der Leihmutterschaft	15
IV. Gespaltene Elternschaft und Leihmutterschaft	16
B. Aktualität der Thematik	16
C. Medizinische Relevanz	22
D. Historische Entwicklung und Praxisrelevanz	28
E. Gesellschaftliche, psychologische und religiöse Bewertung der Leihmutterschaft	30
I. Kinderlosigkeit als gesellschaftliches Phänomen	30
II. Auswirkungen auf familiäre und gesellschaftliche Strukturen	32
III. Religiöse Sichtweisen	35
1. Christentum	35
2. Islam	37
3. Judentum	37
4. Hinduismus	38
5. Buddhismus	39
6. Kollision religiöser Auffassungen durch Reproduktionstourismus	39
IV. Psychologische Probleme und generelle Konfliktlagen	40
F. Zwischenergebnis und Ausblick	45

2. Teil	47
Kindeswohlanalyse	47
A. Kindeswohlbegriff	47
B. Die Beziehung zwischen Schwangerer und Fötus	48
C. Allgemeine entwicklungspsychologische Aspekte	52
D. Einbeziehung von Auslandserfahrungen	53
I. Aussagekraft, Reichweite und Schwächen der Studien	53
II. Medizinische Risiken für das Kind	56
III. Eltern-Kind-Beziehung – Kindeserziehung	57
IV. Psychologische Entwicklung von Leihmutterkindern	60
V. Identitätsfindung von Leihmutterkindern	61
VI. Zwischenergebnis	64
3. Teil	66
Die Leihmutterschaft in der deutschen Rechtsordnung	66
A. Verbot der Leihmutterschaft	66
I. (Einfach) Gesetzliche Ausprägungen	66
II. Verfassungsrechtliche Wertungen	68
1. Verkürzte Grundrechtspositionen	68
2. Geschützte Verfassungsgüter	70
3. Praktische Konkordanz, Unantastbarkeit der Menschenwürde und Verfassungskonformität	77
III. Ersatzmutterschaft	82
IV. Anforderungen der europäischen Menschenrechtskonvention	82
V. Zwischenergebnis	84
B. Leihmutterschaftsvereinbarungen	84
C. Statusrechtliche Konsequenzen einer Leihmutterschaft	87
I. Abstammung und statusrechtliche Zuordnung des Kindes	87
1. Abstammungsrechtlicher Elternstatus	87
a) Mutterschaft	87
b) Vaterschaft	90
aa) Anerkenntnis- und Feststellungsmöglichkeit	90

bb) Anerkennung und Feststellung nach Anfechtung	91
c) Zwischenergebnis	94
2. Statusänderung durch Adoption	95
a) Harte Adoptionsvoraussetzungen	95
b) Weiche Adoptionsvoraussetzungen (Kindeswohl)	98
aa) Auswirkung der Leihmutterschaft auf den Prüfungsmaßstab	98
(1) Regelmaßstab des § 1741 Abs. 1 Satz 1 BGB	99
(2) Anwendbarkeit von § 1741 Abs. 1 Satz 2 BGB (herrschende Auffassung)	100
(a) Wortlautanalyse	101
(b) Historische Zweckanalyse	102
(3) Spannungsfeld zwischen Generalprävention und Kindeswohl	104
(4) Folgen der herrschenden Ansicht	105
(a) Leihmutterschaftsfreundliche Maßstabsbestimmungen	105
(b) Eigene Maßstabsbestimmung	109
(c) Strenge Maßstabsbestimmung	111
(aa) Maßstab und Auswirkungen auf die Adoptionsentscheidung	111
(bb) Verfassungsrechtliche Implikationen	113
(cc) Konventionsrechtliche Implikationen	114
(5) Zwischenergebnis – Maßstab des § 1741 Abs. 1 Satz 1 BGB	117
bb) Eltern-Kind-Verhältnis und soziale Familie	118
II. Verfassungs- und konventionsrechtlich bewertetes Zwischenergebnis unter Zurückweisung bestehender Reformüberlegungen	119
D. Staatsangehörigkeit des Kindes	121
E. Strafrechtliche Folgen der Leihmutterschaft	122
I. Bedürfnis für staatliche Strafen?	123
II. Leihmutterschaftsbezogene Strafvorschriften und ihr Adressatenkreis	124
III. Leihmutterschaft und Kernstrafrecht	127
IV. Zwischenergebnis	130
V. Strafrechtliche Verantwortlichkeit nach deutschen Strafvorschriften bei Leihmutterschaftstourismus	131
1. Geltungsbereich nationaler Strafvorschriften (Strafanwendungsrecht)	131
2. Strafrechtliche Verantwortlichkeit der Beteiligten an einer transnationalen Leihmutterschaft	132
VI. Eingeschränkte Präventivwirkung	134

4. Teil	135
Rechtsvergleichend-systematische Einordnung	135
A. Zulässigkeit	136
I. Ex lege statusrechtliche Zuordnung des Kindes zu den Wunscheltern bei Geburt	138
II. Statusrechtliche Zuordnung des Kindes zu den Wunscheltern nach Geburt	141
B. Leihmutterschaftsfeindliche Rechtsordnungen	147
5. Teil	150
Die Leihmutterschaft im (deutschen) internationalen Privatrecht	150
A. Verhältnis von internationalem Privatrecht zum verfahrensrechtlichen Anerkennungsrecht	151
B. Verfahrensrechtliche Anerkennung	152
I. Grundsätze des autonomen deutschen Anerkennungsrechts	153
1. Anerkennungsmaßstab	153
2. Relevanz des HAÜ und des Adoptionswirkungsgesetzes?	153
3. Abgrenzung zur kollisionsrechtlichen Methode	155
II. Anerkennung ausländischer Registereintragungen?	156
1. Allgemeine Grundsätze	157
2. Einfluss von Art. 21 AEUV ?	158
3. Zwischenergebnis	160
III. Anerkennung ausländischer Gerichtsentscheidungen	161
1. Einordnung von Entscheidungstypen	161
2. Zwischenergebnis	163
IV. Anerkennungshindernisse	164
V. Zuordnung zu Wunscheltern als ordre-public-Verstoß?	166
1. Anerkennung der Mutterschaft	168
a) Einfachrechtliche Wertungen	168
b) Vorrang von Kindeswohlbelangen	169
c) Adoptionsrechtliche Wertungen	172
d) Unterschiede zwischen reinen Inlandssachverhalten und internationalen Konstellationen	174
e) Verhältnis Anerkennung und (Nach)Adoption	175
f) Rechtsunsicherheit und Kindeswohl	175

g) Würde und Kindeswohl als grundgesetzliche Implikationen	176
h) Anerkennung der Mutterschaft der Wunschmutter	177
2. Anerkennung der Vaterschaft	180
C. Materiell-rechtliche Anerkennung der Abstammung (Internationales Privatrecht)	185
I. Grundsätze des deutschen internationalen Abstammungsrechts	185
II. Mutterschaft der Wunschmutter	187
1. Der abstammungsrechtliche Status von Wunschmutter und Leihmutter	187
a) Kollidierende Mutterschaftszuordnungen	187
aa) Ausgangspunkt Art. 19 Abs. 1 Satz 2 EGBGB	188
bb) Maßgeblichkeit des gewöhnlichen Aufenthalts nach Art. 19 Abs. 1 Satz 1 EGBGB	189
b) Ordre-public	191
c) Zwischenergebnis	194
2. Ersatzmutterschaft	194
III. Vaterschaft des Wunschvaters	195
1. Das abstammungsrechtliche Statut des Wunschvaters	195
2. Problem konkurrierender Vaterschaften	196
3. Auflösung konkurrierender Vaterschaften	198
4. Vaterschaft des Wunschvaters und ordre-public	199
5. Praktische Probleme der internationalen abstammungsrechtlichen Vaterschaftsgestaltung?	201
D. Internationale Adoption und Leihmutterschaft	203
I. Allgemeine Relevanz	203
II. Kollisionsrechtliche Grundlagen	205
III. Relevanz des internationalen Adoptionsrechts	206
E. Zwischenergebnis	207
6. Teil	210
Leihmutterschaft und Reproduktionstourismus de lege ferenda	210
A. Wirkungsanalyse des Leihmutterschaftsverbots	210
I. Absicherung des Verbots de lege lata	210
II. Strategien zur Umgehung des Leihmutterschaftsverbots	211
1. Das „Seitensprungkindmodell“	211
2. Das „Urlaubsgeburtsmodell“	212

3. Das „Schwesternbesuch-Modell“	213
III. Praxismodell zur Bekämpfung der Umgehungsstrategien	214
IV. Stärkung des nationalen Verbots?	215
1. Familienrechtliche Ansätze	216
a) Erleichterung von Alternativen zur Leihmutterschaft	216
b) Strikte Verhinderung rechtlicher Elternschaft	217
2. Strafrechtliche Sanktionierung von Reproduktionstourismus	218
a) Aufhebung von §§ 14b Abs. 3 AdVermiG, 1 Abs. 3 ESchG?	219
b) Straftatbestand Leihmutterschaftstourismus?	219
B. Chancen und Risiken einer Liberalisierung de lege ferenda	221
I. Medizinische Risiken	221
II. Verhinderung von Ausbeutung	222
III. Verhinderung von Staatenlosigkeit und / oder rechtlicher Elternlosigkeit	225
IV. Schaffung neuer Rechtsprobleme	226
V. Schutz durch fachliche Vermittlung – Transparenz, Kontrolle und Information	228
VI. Auflockerung des Verbots: Ausweg oder Dammbruch?	229
C. Gedanken zur internationalen Regulierung von Leihmutterschaftstourismus de lege ferenda	232
7. Teil	237
Ergebnis und Ausblick	237
Literaturverzeichnis	241
Abkürzungsverzeichnis	274

1. Teil

Einleitung

1978 kam in Großbritannien das erste Retortenbaby zur Welt,¹ und es war abzu-sehen, dass die Reproduktionsmedizin nicht stillstehen und mehr und mehr in unseren Alltag vordringen würde.² Mit den immer weiterreichenden medizinischen Möglichkeiten vermehrten sich auch die Probleme für den Juristen.³ Denn ob das medizinisch Mögliche rechtlich zulässig ist, wird seither für die einzelnen Verfahren der assistierten Reproduktion kontrovers diskutiert. Als besonders problemträchtig erweist sich zunehmend die Leihmutterschaft.⁴ Vereinzelt, Jahrzehnte zurückliegende Urteile deuteten das Problempotenzial frühzeitig an.⁵ Diese Probleme werden nunmehr durch die Globalisierung verschärft und um völlig neue Konflikte ergänzt. Höhere Mobilität und weltweite Verfügbarkeit von Technologien haben mit dazu beigetragen,⁶ dass das Phänomen des Reproduktionstourismus⁷ aufkeimen konnte und kinderlose Paare ihr „Glück“ im Ausland suchen.⁸ Dass sich die Konflikte im internationalen Rechtsverkehr

¹ Bernard, in: *Fragmentierte Familien* 2010, 169 (170); Knoop, S.36; Valentin, S. 31 Fn. 26; Jung, ZStW 100, 3 (6); Giesen, JZ 1985, 652 (652); Brinsden, in: *Surrogate Motherhood* 2003, 99 (100); Hohloch, StAZ 1986, 153 (154).

² Knoll, in: *Bockenheimer-Lucius/Thorn/Wendehorst* 2008, 63 (64); Valentin, S. 31 Fn. 26; Tinneberg/Michelmann/Naether, S. V (Vorwort); Bernard, in: *Fragmentierte Familien* 2010, 169 (170); Jung, ZStW 100, 3 (6).

³ Im Interesse der Lesbarkeit wird auf die explizite Nennung der jeweils weiblichen Form verzichtet, die – soweit sinnvoll – gedanklich aber mit umfasst sein soll.

⁴ Golombok/Murray/Jadva/MacCallum/Lycett, *Development Psychology* 2004, 400 (400); London, *Cardozo Journal of Law & Gender* 2012, 391 (393).

⁵ Zur kommerziellen Vermittlung: Hess. VGH v. 23.12.1987 NJW 1988, 1281 (polizeirechtliche Beurteilung eingeschränkt auf die Störung der öffentlichen Sicherheit); zur Sittenwidrigkeit von „Leihmutterschaftsvereinbarungen“: OLG Hamm v. 02.12.1985 NJW 1986, 781; LG Freiburg v. 25.03.1987 NJW 1987, 1486 (1488); zu Schadensersatzansprüchen bei Täuschung und Nichtherausgabe des Kindes: LG Freiburg v. 25.03.1987 NJW 1987, 1486; zur Kondition eines gezahlten Honorars: OLG Hamm v. 02.12.1985 NJW 1986, 781; zur Möglichkeit der Annahme des Kindes durch die Wunscheltern: AG Gütersloh v. 17.12.1985 FamRZ 1986, 718; zur Frage der Sorgerechtsentziehung: KG Berlin v. 19.03.1985 FamRZ 1985, 735.

⁶ Knoll, in: *Bockenheimer-Lucius/Thorn/Wendehorst* 2008, 63 (65).

⁷ Hierzu Knoll, in: *Bockenheimer-Lucius/Thorn/Wendehorst* 2008, 63 (69 f., 74,79).

⁸ Gerecke/Valentin, GS Eckert 2008, 233 (250); Schneider/Rosenkranz/Limmer, S. 135; Fischer, in: *Fachtagung Auslandsadoption* 2010, 37 (38); Wohn, S. 119; Smerdon, *Cumberland Law Review* 2008, 15 (27 f.).

noch potenzieren, erahnten schon *Coester-Waltjen* Anfang der 80er Jahre⁹ und *Frucht* im Jahre 1996.¹⁰ Im Vordergrund stehen die Fragen nach der statusrechtlichen Zuordnung eines mittels Leihmutterschaft zur Welt gebrachten Kindes, der Wirksamkeit von Leihmutterschaftsvereinbarungen sowie mögliche Gefahren einer Ausbeutung der Leihmütter. Da die Anwendung reproduktionsmedizinischer Techniken immer mehr zur Routine wird, besitzen Leihmutterschaftskonstellationen künftig noch größere Bedeutung.¹¹ Das Phänomen des Reproduktionstourismus resultiert dabei vor allem daraus, dass Leihmutterschaften derzeit in einigen Rechtsordnungen verboten oder kostspielig sind, während andere Rechtsordnungen sie ohne Weiteres oder zumindest unter bestimmten oder günstigeren Voraussetzungen zulassen.¹² Die deutsche Rechtsordnung, soviel sei vorweggenommen, verbietet Leihmutterschaften.¹³ Mit dem Kindschaftsrechtsreformgesetz vom 16. Dezember 1997 hat der deutsche Gesetzgeber in dem nicht unumstrittenen¹⁴ § 1591 BGB die Mutterschaft geregelt. Rechtliche Mutter ist demnach stets die Geburtsmutter. Einige ausländische Rechtsordnungen ordnen das Kind demgegenüber rechtlich (sei es durch Gesetz oder richterliche Entscheidung) unmittelbar den „Wunscheltern“ zu.¹⁵ Wer sind aber dann die von Rechts wegen anzuerkennenden Eltern, wenn beispielsweise ein deutsches Paar die Dienste einer Leihmutter in einem Land beansprucht, das Leihmutterschaften gegenüber liberal eingestellt ist? Werden Vereinbarungen eines deutschen Paares mit einer ausländischen Leihmutter als wirksam anerkannt, wenn solche Vereinbarungen nach deren Heimatrecht zulässig sind? Das wirft auch die Frage auf, welche Bedeutung dem *ordre public* beizumessen ist. Sind ausländische Urteile anerkennungsfähig, die deutsche Staatsangehörige zu Eltern eines mittels Leihmutterschaft im Ausland geborenen Kindes erklären? Unweigerlich mit all diesen Problemen gehen Fragen nach der Staatsangehörigkeit des Kindes oder der Möglichkeit seiner Einreise nach Deutschland einher. Anstatt jedoch unvermittelt die rechtlichen Fragen in den Fokus zu rücken, lohnt

⁹ Coester-Waltjen, NJW 1982, 2528 (2529); vgl. nunmehr, Coester-Waltjen, FF 2013, 48 (49 f.).

¹⁰ Frucht, S. 215.

¹¹ Bernard, in: *Fragmentierte Familien* 2010, 169 (170); Coetser, FS Jayme 2004, 1243 (1243).

¹² Siehe 4. Teil; Helms, StAZ 2013, 114; Lee, Hastings Women's Law Journal 2009, 275 (284 f.).

¹³ Ausführlich 3. Teil A. BT-Drucks. 11/4154, S. 6, 9; BT-Drucks. 11/5460, S. 1 f.; Nitschmann/Petersdorf, FS Jung 2007, 669 (674); Bernard, in: *Fragmentierte Familien* 2010 169 (180), Fischer, in: *Fachtagung Auslandsadoption* 2010, 37 (37); Golombok/Murray/Jadva/MacCallum/Lycett, *Development Psychology* 2004, 400 (400).

¹⁴ MünchKomm-Wellenhofer, 6. Aufl. 2012 § 1591 BGB Rn. 24 ff. und auch Bokelmann/Bokelmann oder Luh sehen Reformbedarf.

¹⁵ Siehe Fn. 12.

es, vorab die gesellschaftlichen, sozialen, medizinischen und grundrechtlichen Aspekte des Themas zu untersuchen. Erst dies ermöglicht es, auch alle Facetten der rechtlichen Fragestellung zu erfassen. Ohne sich diese Rahmenbedingungen zu vergegenwärtigen, bestünde die Gefahr, lediglich spekulativ untermauerte Theorien aufzustellen, die weder praktikabel noch zeitgemäß sein könnten.¹⁶

A. Familienrechtliche und reproduktionsmedizinische Einordnung

I. Bezeichnung der beteiligten Parteien

Die Terminologie im Zusammenhang mit Leihmutterschaften ist sehr uneinheitlich.¹⁷ Die mittels Fortpflanzungsmedizin zur Welt gebrachten Kinder nennt man überwiegend Wunschkinder.¹⁸ Denn hinter reproduktionsmedizinischer Unterstützung steht regelmäßig der Wunsch eine (zumeist ungewollte) Kinderlosigkeit zu überwinden.¹⁹ Um sich der rechtlichen Probleme annehmen zu können, ist aber vor allem der Begriff der Elternschaft trennscharf zu bestimmen. Die Entstehung eines Embryos, aus dem sich ein Wunschkind entwickelt, setzt die Verschmelzung²⁰ der Erbanlagen einer väterlichen (männlichen) und einer mütterlichen (weiblichen) Fruchtbarkeitszelle voraus.²¹ Das Erbgut stammt von den genetischen Eltern, wobei die genetische Mutter eine Eizelle, der genetische Vater eine Samenzelle beisteuert.²² Die genetischen Eltern können, müssen aber nicht mit den Personen identisch sein, die vor der Zeugung signalisieren, dass sie das Kind „als ihres“ familiär aufnehmen wollen. Diese Eltern sind unabhängig von einer etwaigen genetischen Verbundenheit als Wunscheltern (intentionale Eltern) zu bezeichnen.²³ Der deutsche Gesetzgeber sowie Teile der Lehre bevorzugen jedoch eine negativer konnotierte Bezeichnung und sprechen von

¹⁶ Graf Vitzthum, MedR 1985, 249 (250) für den Bereich der Gentechnologie.

¹⁷ Vgl. Benicke, StAZ 2013, 101 (102).

¹⁸ Eboe, Titel; Beck-Gernsheim, S. 20, 114 ff.; Settekorn, S. 38; Bartram, in: Wider die Natur 2003, 109 (109 f.).

¹⁹ Frucht, S. 3; Valentin, S. 29; Henrich, FS Schwab 2005, 1141 (1141); Nitschmann/Petersdorf, FS Jung 2007, 669 (669); Hass, S. 23.

²⁰ Auch Befruchtung oder Fertilisation genannt, Tinneberg/Michelmann/Näther, S. 19, 55.

²¹ Embryonenbegriff im Rechtssinn, § 8 Abs. 1 ESchG. In der Embryologie hingegen spricht man erst ab der vierten Entwicklungswoche von einem Embryo, Tinneberg/Michelmann/Näther, S. 45.

²² Psyhrembel 2011, Befruchtung, S. 247 f., Zygote, S. 2304 und Embryogenese, S. 568.

²³ Coester, FS Jayme 2004, 1243 (1244); Gerecke/Valentin, GS Eckert 2006, 233 (233, 235); Diefenbach, S. 3, 16; Goedel, S. 4; Dietrich, S. 5; Frucht, S. 4; Coetser-Waltjen, 56. DJT, B 1 (13); Hirsch/Eberbach, S. 173; Stein-Hilbers, S. 184.

„Bestelleltern“.²⁴ Regelmäßig ziehen Wunscheltern das Kind nach dessen Geburt tatsächlich auf. Denkbar ist jedoch, dass sie einen Sinneswandel vollziehen oder das Kind gar nicht in ihre Obhut gelangt. Daher sind Personen, die das Kind letztlich tatsächlich aufziehen, als soziale Eltern zu benennen.

Eine Besonderheit ist die biologische Elternschaft. Beim Mutterbegriff ist streng zwischen genetischer und biologischer Mutter zu differenzieren. Letztere ist die Frau, die das Kind austrägt und gebiert (Geburtsmutter).²⁵ Sowohl genetische als auch biologische Elternschaft ist eine Form leiblicher Elternschaft.

Genetische, biologische, intentionale und soziale Elternschaft können je nach Ausprägung der gewählten medizinischen Fortpflanzung nun mehr oder minder auseinanderfallen. Für Fälle, in denen biologische und Wunschmutter auseinanderfallen, eröffnet sich der Bereich von Ersatz- und Leihmutterschaft. Gerade dann, wenn die Elternschaft segmentiert ist, stellt sich die Frage, wer die rechtlichen Eltern sind.²⁶ Die Antwort könnte man theoretisch an der genetischen, biologischen, intentionalen oder sozialen Elternschaft ausrichten. Prinzipiell sind rechtliche Eltern jedenfalls die Personen, denen das Gesetz eine Vielzahl an Pflichten auferlegt, aber auch eine Reihe an Rechten verleiht, insbesondere was die Sorge und den Umgang sowie den Unterhalt des Kindes anbelangt. Wer die rechtlichen Eltern in Fällen von Leihmutterschaften und Reproduktionstourismus sind, ist in der rechtlichen Analyse herauszuarbeiten (vgl. hierzu 3.-5. Teil).

II. Leih- und Ersatzmutterschaft als medizinische Fortpflanzungsmöglichkeit ?

Ersatz- und Leihmutterschaft sind mehr als eine medizinische Fortpflanzungsmöglichkeit, sie sind eine soziale Erscheinung, die sich unterschiedlicher Elemente der assistierten Fortpflanzungsmedizin bedient.²⁷

Als Ersatzmutter ist im allgemeinen Sprachgebrauch eine Frau aufzufassen, die eine eigene Eizelle beisteuert und die einen, in der Regel nach artifizierter²⁸ in

²⁴ Vgl. § 13b AdVermiG; Nitschmann/Petersdorf, FS Jung 2007, 669 (669).

²⁵ Starck, 56. DJT, A 1 (37, 40); Wedemann, S. 20.

²⁶ Zur Segmentierung der Elternschaft, Vaskovics, Sonderheft Zeitschrift für Familienforschung 2011, 11 (14 ff.).

²⁷ Bokelmann/Bokelmann, S. 12 f.; vgl. Kabinettsbericht zur künstlichen Befruchtung beim Menschen, BT-Drucks. 11/1856, S. 4.

²⁸ Möglich wäre aber auch die Beiwohnung des Wunschvaters oder eines Samenspenders mit der Ersatzmutter; Staudinger-Rauscher, 2011 § 1591 BGB Rn. 6; Dietrich, S. 5.

vivo²⁹ Befruchtung entstandenen, Embryo für die Wunscheltern austrägt und schließlich das Wunschkind für diese gebiert.³⁰

Bei der (echten)³¹ Leihmutterschaft, wie sie vorliegend verstanden wird,³² trägt die Leihmutter für die Wunscheltern hingegen einen Embryo aus, der aus einer fremden Eizelle (der Wunschmutter oder einer Eizellenspenderin) entstand und in die Gebärmutter der Leihmutter transplantiert wurde.^{33, 34}

Der Gesetzgeber fasst demgegenüber beide Fälle unter den Begriff der Ersatzmutterschaft und definiert in § 13a AdVermiG als Ersatzmutter eine Frau, die aufgrund einer Vereinbarung bereit ist, sich einer natürlichen oder künstlichen Befruchtung zu unterziehen (§ 13a Nr. 1 AdVermiG) oder einen nicht von ihr stammenden Embryo auf sich übertragen zu lassen oder sonst auszutragen (§ 13a Nr. 2 AdVermiG), um das Kind nach der Geburt Dritten zur Annahme als Kind oder zur sonstigen Aufnahme auf Dauer zu überlassen. In § 1 Abs. 1 Nr. 7 ESchG definiert das Gesetz die Ersatzmutter noch pränanter als eine Frau, welche bereit ist, ihr (artifizell gezeugtes) Kind nach der Geburt Dritten auf Dauer zu überlassen.

²⁹ Ein IVF-Verfahren wäre unpraktikabel, Starck, 56. DJT, 1986, A 1 (40).

³⁰ Wohn, S. 31; Diefenbach, S. 3, Frucht, S. 8.; Dietrich, S. 5; Hieb, S. 9; Schlüter, in: Gentechnologie Band 11, 1987, 69 (75); vgl. auch Starck, 56. DJT 1986, A 1 (40). Es wird auch von klassischer, traditioneller oder unechter Leihmutterschaft gesprochen, Bernard, in: Fragmentierte Familien 2010, 169 (176); Hirsch/Eberbach, S. 174.

³¹ Hirsch/Eberbach, S. 174.

³² Auch „Trage-“ oder „Ammenmutterschaft“ bezeichnet, Coester, FS Jayme 2004, 1243 (1244); Dietrich, S. 8; Coester-Waltjen, 56. DJT 1986, B 1 (18); Giesen, JZ 1985, 652 (658); Starck, 56. DJT, 1986, A 1 (39 f.); Hieb, S. 9; Krebs, 56. DJT 1986, K 8 (16), Selb, S. 100; Mansees, ZfJ 1986, 496 (496). Zu den Begriffen „Wirtsmutter“ und „Gastmutter“, Dietrich S. 7; Sass, in: Endokrinologie und Reproduktionsmedizin III, 1998 Kapitel 17, 326 (329). Gegen „Leih-“ und „Mietmutter“, Medicus, Jura 1986, 302 (302). „Surrogatmutterschaft“ oder „partielle Leihmutterschaft“, Valentin, S. 34 Fn. 38, S. 35 Fn. 41.

³³ Schlüter, in: Gentechnologie Band 11, 1987, 69 (75); Starck, 56. DJT, 1986, A 1 (39); Bernard, in Fragmentierte Familien 2010, 169 (176); Hohloch, StAZ 1986, 153 (154); Wohn, S. 30.

³⁴ Der Regelfall soll sein, dass die Eizelle von einer Eizellenspenderin stamme (Bernard, in: Fragmentierte Familien 2010, 169 (176 f.); Brinsden, in: Surrogate Motherhood 2003, 99 (99 ff.); Hinson/McBrien, Family Advocate Fall 2011, 32 (33); a.A. BT-Drucks. 11/4154, S. 6, 9; Starck, 56. DJT, A 1 (39); Hieb, S. 9; Goedel, S. 5; Gürtler, in: Moderne Medizin und Strafrecht 1989, 203 [203 f.]). Dem ist bei homosexuellen Wunschvätern, sonst jedoch nur so, wenn die Wunschmutter keine eigenen Eizellen zur Verfügung stellen kann. Andernfalls dürfte ihr Wunsch nach genetischer Verbundenheit überwiegen (Van den Akker, Human Reproduction Update 2007, 53 [55]). Denkbar bleiben aber drei Mütter: Eizellenspenderin, austragende Frau und Wunschmutter. Sollte zudem eine Samenspende erforderlich und die Leihmutter verheiratet sein, kämen drei potenzielle Väter (Samenspender, Wunschvater sowie Ehemann der Leihmutter) hinzu, und es drängt sich die Frage auf, ob ein Kind 6 Eltern haben kann; Dietrich, S. 8, Fn. 3; Hirsch/Eberbach, S. 178.

III. Einordnung und Abgrenzung der Leihmutterschaft

Um einen Fall als Leihmutterschaft zu klassifizieren, bedarf es zweier Schritte: Zunächst bietet der objektive Umstand, welche Frau das Wunschkind austrägt und gebiert, ein weitreichendes Abgrenzungskriterium. Sind Wunschmutter und gebärende Frau identisch, kann zwar gegebenenfalls ein Fall von Insemination,³⁵ In-vitro-Fertilisation (IVF)³⁶ oder Embryotransfer / Eizellenspende,³⁷ nicht aber eine Ersatz- oder Leihmutterschaft vorliegen. Denn bei diesen will beziehungsweise soll die austragende Frau gerade nicht die Rolle der sozialen Mutter einnehmen.

Steht fest, dass gebärende Frau und Wunschmutter auseinander fallen, ist zwischen Ersatz- und Leihmutterschaft abzugrenzen. Dabei ist auf den genetischen Bezug der austragenden Frau zum Wunschkind abzustellen. Fehlt er, handelt es sich – nach allgemeinem Verständnis – um eine Leihmutterschaft, ist er gegeben, liegt Ersatzmutterschaft vor. Zum Teil wird diese Unterscheidung jedoch, entsprechend der Terminologie des Embryonenschutzgesetzes, nicht vorgenommen.³⁸ Demgegenüber erscheint es vorzugswürdig, an der hier vorgeschla-

³⁵ Die Insemination ist eine künstliche (artifizielle) Besamung (Frucht, S. 3; Diefenbach, S. 2; Tinneberg/Michelmann/Naether, S. 115). Die Befruchtung der Eizelle im Mutterleib (in vivo) erfolgt dergestalt, dass die Samenflüssigkeit künstlich in den Umkreis der Eizelle geführt und auf diese Weise eine natürliche Verschmelzung von Samen- und Eizelle gefördert wird (Neulen, in: Bettendorf/Breckwoldt, 512 [512]; Frucht, S. 3 [Fn. 18]; Eboe, S. 17; Giesen, JZ 1985, 652 [653]). Bei der homologen Variante wird Sperma des Ehemanns bzw. Partners verwendet (ist der Partner nicht Ehemann wird von quasi-homologer Insemination gesprochen; Valentin, S. 30; Hieb, S. 4), bei der heterologen Insemination ist ein Samenspender beteiligt (Tinneberg/Michelmann/Naether, S. 81, 83 f.; Frucht, S. 3 f.; Neulen, in: Bettendorf/Breckwoldt, 512 [512]; Valentin, S. 30; Bernard, in: Fragmentierte Familien 2010, 169 [170 f.]; Giesen, JZ 1985, 652 [653]; Kienle, ZRP 1995, 201 [201]).

³⁶ Diese künstliche Befruchtung erfolgt in vitro („im Reagenzglas“; gemeint ist extrakorporal) mit den einer Frau entnommen Eizellen und Sperma des Wunschvaters (homologe Variante) oder eines Samenspenders (heterologe Variante). Die in vitro befruchtete Eizelle wird dann in die Gebärmutter (Uterus) der Frau implantiert, die das Kind austrägt (Tinneberg/Michelmann/Naether, S. 102 ff.; Merkel-Walther, S. 3; Eboe, S. 19 ff.; Giesen, JZ 1985, 652 [655]). Neben homologer und heterologer Variante auf Seiten des Vaters, sind auch hinsichtlich der weiblichen Fruchtbarkeitszellen zwei Alternativen denkbar: Die Verwendung einer Eizelle der Wunschmutter oder einer Spenderin.

³⁷ Der Embryotransfer bezeichnet die Übertragung eines Embryos in den Uterus (Tinneberg/ Michelmann/ Naether, S. 46). Er kann Teil einer IVF-Behandlung sein. Möglich ist aber auch, dass eine Eizelle im Körper einer Eizellenspenderin befruchtet und in die Gebärmutter der Wunschmutter transplantiert wird (Eizellenspendenkonstellation ohne IVF; Hirsch/Eberbach, S. 148). Ein solcher Embryotransfer erfolgt homolog mit Samen des Wunschvaters oder heterolog mit Samen eines Sponsors (Frucht, S. 7). Erhält die Wunschmutter sowohl eine Eizellen- als auch eine Samenspende, wird auch von Embryonenspende gesprochen (Starck, 56. DJT, A 1 [37 f.]; Frucht, S. 7; Hieb, S. 9; Hirsch/Eberbach, S. 149; Merkel-Walther, S. 3).

³⁸ Vgl. Starck, 56. DJT 1986, A 1 (40); Bericht der Arbeitsgruppe In-vitro-Fertilisation, Genomanalyse und Gentherapie, 1985, 2.2.4.

genen Unterscheidung, die auch im sozialwissenschaftlichen und medizinischen Schrifttum weitverbreitet ist, festzuhalten: Gebiert eine Ersatzmutter das Kind, ist sie im Gegensatz zur Leihmutter immer auch genetische Mutter.³⁹ Gerade weil genetische und biologische Mutter bei der Leihmutterschaft auseinanderfallen, könnte dies unterschiedliche (rechtliche) Konsequenzen ergeben, sodass eine terminologische Differenzierung berechtigt ist.⁴⁰

IV. Gespaltene Elternschaft und Leihmutterschaft

Die Bestimmung der rechtlichen Eltern ist in allen Fällen gespaltenen Elternschaft problematisch. Eine Spaltung erfolgt insbesondere bei reproduktionsmedizinischen Verfahren im sogenannten heterologen System.⁴¹ Das liegt daran, dass die Keimzellen einer dritten Person (Ei- oder Samenzellenspende) verwendet werden.⁴² Insoweit wird das Verhältnis zwischen genetischer und sozialer Elternschaft gespalten. Bei Leihmutterschaften kommt vor allem die Besonderheit hinzu, dass genetische und biologische Mutter personenverschieden sind. Auch hier wird von gespaltenen Mutterschaft gesprochen.⁴³ Leihmutterschaften segmentieren die Elternschaft (in Form einer gespaltenen Mutterschaft) also selbst dann, wenn genetische und soziale Eltern übereinstimmen.⁴⁴ Dass dies nicht ohne Folgen bleibt, zeigt sich aktuell deutlich.

B. Aktualität der Thematik

Nach Einschätzung von *Benöhr-Laquere* wird die Leihmutterschaft „in den nächsten Jahren massive rechtliche Probleme auf nationaler und internationaler Ebene verursachen.“⁴⁵ Diese Prognose aus dem Jahre 2009 hat sich in jüngster Zeit bewahrheitet: in den vergangenen zweieinhalb Jahren, während diese Arbeit angefertigt wurde, rückten wiederholt Fälle von – internationalen – Leih-

³⁹ 1. Teil A. II.; Goedel, S. 5.

⁴⁰ A.A. Wanitzek, S. 223.

⁴¹ Hieb, S. 4; vgl. Vaskovics, Sonderheft Zeitschrift für Familienforschung 2011, 11 (15).

⁴² Hieb, S. 4.

⁴³ Schlüter, Rn. 268; Wedemann, S. 20; Starck, 56. DJT, A 1 (37); Helms, in: Röthel/Löhnig/Helms, 2010, 49 (64); Kienle, ZRP 1995, 201 (201); Stein-Hilbers, S. 184. Teilweise auch als „Muttersplitting“ bezeichnet, Hirsch/Eberbach, S. 150 f.

⁴⁴ Zum Begriff der gespaltenen Mutterschaft siehe ferner Müller-Götzmann, S. 225 f.

⁴⁵ Benöhr-Laquere, Die Hebamme 2009, 84 (86).

mutterschaften in den Fokus der Öffentlichkeit.⁴⁶ Dies verdeutlichte nach und nach die praktischen Auswirkungen der bis dato eher theoretischen Probleme. Mit Pressebericht vom 7. April 2011 gab auch die Haager Konferenz für Internationales Privatrecht bekannt, sich das Thema auf ihre Agenda zu setzen,⁴⁷ weil sie erkannte, dass Leihmutterschaftstourismus Probleme bei der Feststellung und Anerkennung der rechtlichen Elternschaft sowie der daran anknüpfenden rechtlichen Folgen verursacht. Darüber hinaus seien die an Leihmutterschaftsvereinbarungen beteiligten Parteien oft gefährdet oder setzten sich unnötigen Risiken aus.⁴⁸ Dabei stellen grenzüberschreitende Leihmutterschaftsfälle aber nicht nur für die bekannteste Organisation auf dem Gebiet des Internationalen Privatrechts aktuell eine Herausforderung dar. Auch die nationalen Gerichte sind zunehmend mit internationalen Leihmutterschaftsfällen befasst. Vermehrt setzen sich deutsche Gerichte mit der Frage auseinander, ob Kinder nach Deutschland einreisen dürfen, wenn der Verdacht oder die Gewissheit besteht, dass sie mittels Leihmutterschaft im Ausland zur Welt gebracht worden sind.⁴⁹ Weiter rückten die Möglichkeit einer Adoption durch die Wunscheltern⁵⁰ oder einer Nachbeurkundung der Geburt⁵¹ oder einer Staatsangehörigkeitsfeststellung⁵² in den Fokus. In wenigen Fällen stand zudem zur Entscheidung, ob Kosten für Aufwendungen einer Leihmutterschaft eine außergewöhnliche steuerrechtliche Belastung darstellen.⁵³ Da die deutsche Rechtsordnung Leihmutterschaften ablehnt, wird sie aktuell und auch in Zukunft noch mit entsprechenden

⁴⁶ Statt vieler: Bubrowski, FAZ v. 31.05.2013 Politik, S. 3; Heil, v. 28.01.2011 auf FAZ.net abrufbar (letzter Zugriff 29.08.2013), Moche, v. 29.04.2009 auf FAZ.net abrufbar (letzter Zugriff 20.05.2011), ohne Angabe, v. 15.04.2011 auf Focus.de abrufbar (letzter Zugriff 29.08.2013); dpa-Pressemitteilung vom 13.06.2011 auf fnp.de abrufbar (letzter Zugriff 29.08.2013); Fischer, in: Fachtagung Auslandsadoption 2010, 37 (38); Kazim v. 04.03.2010 auf spiegel-online abrufbar (letzter Zugriff 29.08.2013); Spiewack, Die Zeit, 2010 Nr. 17; Hollweg, Focus 45, 2012, S. 56 ff.; Hoffmann, FAZ vom 30.12.2012, Politik, S. 3.

⁴⁷ The Hague Conference on Private International Law, v. 07.04.2011 auf hcch.net abrufbar (letzter Zugriff 29.08.2011).

⁴⁸ The Hague Conference on Private International Law Fn. 47; vgl. auch The Hague Conference on Private International Law, Preliminary No 11 of March 2011, S. 18 ff.

⁴⁹ VG Berlin v. 05.09.2012 StAZ 2012, 382 (382); VG Berlin v. 26.11.2009 AuAS 2010, 86, VG Berlin v. 15.04.2011, IPRax 2012, 548; OVG Berlin-Brandenburg v. 06.07.2011, Akz.: OVG 5 S 13.11 (juris). Vgl. auch AG Friedberg v. 01.03.2013 FamRZ 2013, 1994 (1995 f.).

⁵⁰ LG Frankfurt a.M. v. 03.08.2012 NJW 2012, 3111; LG Düsseldorf v. 15.03.2012 Akz.: 25 T 758/10 (juris); AG Hamm v. 22.02.2011 Akz. XVI 192/08 (juris); AG Düsseldorf v. 19.11.2010 Akz.: 96 XVI 21/09 (juris); AG Frankfurt a.M. v. 29.12.2010 Akz.: 49 XVI KUH 108/08 und 49 XVI KUH 109/08 (unveröffl.).

⁵¹ KG Berlin v. 01.08.2013 StAZ 2013, 348; OLG Stuttgart v. 07.02.2012 StAZ 2012, 209; AG Nürnberg v. 14.12.2009 FamRZ 2010, 1579; AG Neuss v. 13.05. 2013 Akz.: 45 F 74/13 (juris). Vgl. auch OLG Düsseldorf v. 26.04.2013 StAZ 2013, 253.

⁵² VG Köln v. 20.02.2013 NJW 2013, 2617; VG Köln v. 13.11.2013 Akz.: 10 K 2043/12 (juris).

⁵³ FG Düsseldorf v. 09.05.2003 EFG 2003, 1548; FG München v. 21.02.2000 EFG 2000, 496.

Fällen konfrontiert, in denen deutsche Paare im Ausland Dienste von Leihmüttern in Anspruch nehmen. Für den deutschen Familienrechtler ist das Thema daher hochaktuell. Es handelt sich aber keinesfalls um Probleme, die einzig die deutsche Rechtsordnung betreffen. Wie aus den Mitteilungen der Haager Konferenz für Internationales Privatrecht hervorgeht,⁵⁴ liegt vielmehr ein Konflikt von internationaler Dimension vor. Daher verwundert es wenig, dass auch ausländische Gerichte sich vermehrt mit Problemen auf dem Gebiet der Leihmutterchaften und des Reproduktionstourismus befassen (müssen). Zum Beispiel stand der österreichische Verfassungsgerichtshof vor der Frage, ob die Annahme des österreichischen Rechts, die Mutter eines Kindes sei stets die Geburtsmutter in einem Fall, in dem eine Österreicherin und ein Italiener ein Kind mittels einer amerikanischen Leihmutter bekamen, gegen die österreichische Verfassung verstößt.⁵⁵ Auch wenn § 137b ABGB sowie die Vorschriften des österreichischen Fortpflanzungsmedizingesetzes letztlich nicht beanstandet wurden, so stellte der österreichische Verfassungsgerichtshof doch fest, diese Regeln seien nicht über den österreichischen *ordre public* in internationalen Konstellationen durchzusetzen, wenn dies letztlich auf dem Rücken der Kinder geschehen sollte.⁵⁶ Für Schlagzeilen sorgten zudem Entscheidungen aus Großbritannien.⁵⁷ Britische Richter mussten klären, ob und wann eine gegen Entgelt durchgeführte Leihmutterchaft im Fall von Reproduktionstourismus nach Illinois (USA), Indien, Kalifornien (USA) oder in die Ukraine im Nachhinein in Großbritannien rechtlich gebilligt werden kann. Zwar war die entgeltliche Leihmutterchaft nach dem Recht von Illinois⁵⁸ beziehungsweise Indien, Kalifornien⁵⁹ oder der Ukraine⁶⁰ rechtmäßig, und auch in England können Leihmutterchaften bei Erteilung einer gerichtlichen *parental order* unter engen Voraussetzungen legal sein.⁶¹ Je-

⁵⁴ The Hague Conference on Private International Law (Fn. 47); The Hague Conference on Private International Law, Preliminary No 11 of March 2011, S. 6 ff.; The Hague Conference on Private International Law, Preliminary No 10 of March 2012, S. 5, 25 ff.

⁵⁵ Österreichischer VfGH v. 14.12.2011 EuGRZ 2012, 65 ff.; Coester-Waltjen, FF 2013, 48 (48 f.).

⁵⁶ Österreichischer VfGH v. 14.12.2011 EuGRZ 2012, 65 ff.; Österreichischer VfGH v. 11.10.2012 IPRax 2013, 271 (274 f.).

⁵⁷ In Re J vs G [2013] v. 26.03.2013 EWHC 1432 (Fam); In Re D & L (Surrogacy) [2012] v. 28.09.2012 EWHC 2631 (Fam); In Re L (A Minor) (Commercial Surrogacy) [2010] v. 08.12.2010, EWHC 3146 (Fam); In Re X and Y (Children) [2011] v. 06.12.2011 EWHC 3147 (Fam); In re X and another (Children) [2008] v. 18.07.2008 EWHC 3030 (Fam), [2009] 2 WLR 1274-1285; Struycken, in: Liber Amicorum Siehr 2010, 357 (360); Gamble/Ghevaert, Family Law Journal 2011 - Fam Law 504, 1.

⁵⁸ Sec 10 Gestational Surrogacy Act (750 ILCS 47); sec 25 (4) Gestational Surrogacy Act (750 ILCS 47).

⁵⁹ Vgl. sec 7960 (b) und (c) Family Code California.

⁶⁰ Vgl. Svitnev, in: Schenker 2011, S. 153; Seema Mohapatra, Annals of Health Law 2012, 191 (195).

⁶¹ Sec 54 Human Fertilisation and Embryology Act 2008: (1) (b) Die Fortpflanzungszellen mindestens eines Antragsstellers wurden zur Embryoerzeugung verwendet, (2) die Antragssteller sind verheiratet oder civil

doch sind kommerzielle Leihmutterschaften nach englischem Recht grundsätzlich nicht zu billigen.⁶² In einem anderen Fall wollte ein türkisches Paar eine parental order erwirken, nachdem eine Ersatzmutter aus Großbritannien ein Kind für diese ausgetragen hatte. Das stellte die englischen Richter vor ein weiteres Problem, da das türkische Paar kein domicile im Vereinigten Königreich hatte, was an sich Voraussetzung für die Erteilung einer parental order ist.⁶³ Und auch mit einer fehlenden Zustimmung der Leihmutter⁶⁴ mussten sich englische Gerichte bereits befassen. Konkret ging es um eine in Indien in Anspruch genommene Leihmutter, die für die britischen Wunscheltern nicht mehr aufzufinden war.⁶⁵ Im Ergebnis war für die englische Rechtsprechung letztlich stets das Kindeswohl maßgeblich. Französische Gerichte setzten sich unterdessen vor allem mit der Frage auseinander, ob eine Registrierung amerikanischer Geburtsurkunden in Frankreich, welches Leihmutterschaften verbietet,⁶⁶ rechtens ist, falls Kinder mittels Leihmutterschaft in den USA zur Welt gebracht werden und französische Wunscheltern in den dort ausgestellten Geburtsurkunden als Eltern dieser Kinder benannt sind.⁶⁷ Zudem sind in Frankreich die Verwaltungsgerichte, wie in Deutschland auch, mit der Frage konfrontiert worden, ob Leihmutterchaftskinder ins Inland einreisen dürfen.⁶⁸ Die ursprünglich eher ablehnende Haltung der Rechtsprechung ist mittlerweile teilweise revidiert worden. Nach-

partners oder sie leben in einer dauerhaften familiären Beziehung, (3) sie haben den Antrag binnen 6 Monaten nach Geburt gestellt, (4) das Kind wohnt bei ihnen und mindestens einer der Antragssteller hat seinen dauerhaften Aufenthaltsort im Vereinigten Königreich, auf den Kanalinseln oder der Isle of Man. (5) Beide Antragsteller müssen mindestens 18 Jahre alt sein, (6) das Gericht muss überzeugt sein, dass sowohl die das Kind austragende Frau, sowie jede weitere Person, die zwar nicht Antragssteller, aber rechtlicher Elternteil des Kindes ist, aus freiem Willen und in voller Kenntnis der Umstände und Rechtsfolgen der parental order vorbehaltlos zustimmt und (8) das Gericht muss weiter überzeugt sein, dass kein Entgelt oder eine sonstige Gegenleistung erbracht wurde, die nicht gerichtlich gebilligt worden ist. Vom letzten Kriterium ausgenommen sind angemessene Aufwandsentschädigungen. Siehe auch Scherpe, FamRZ 2010, 1513 (1515) und Gruenbaum, American Journal of Comparative Law 2012, 475 (482 ff.).

⁶² Sec 54 (8) Human Fertilisation and Embryology Act 2008; Scherpe, FamRZ 2010, 1513 (1515).

⁶³ Struycken, in: Liber Amicorum Siehr 2010, 357 (360).

⁶⁴ Sec 54 (6) und (7) Human Fertilisation and Embryology Act 2008.

⁶⁵ In Re D & L (Surrogacy) [2012] v. 28.09.2012 EWHC 2631 (Fam).

⁶⁶ Art. 16-7 Code civil, Art. 227-12, 227-13, 511-24 Code Pénal. Vgl. Perreau-Saussine/Sauvage, in: Trimmings/Beaumont 2013, 119 (120 f.). Weitere Nachweise Fn. 918.

⁶⁷ Vgl. Cour de cassation v. 06.04.2011, Aret No. 370 (10-19.053) und Aret No. 369 (09-66.486); Cour de cassation v. 17.12.2008, Aret No. 1285 (07-20.468) jeweils abrufbar auf <http://www.courdecassation.fr> (letzter Zugriff 12.07.2013); Court of Appeal of Paris v. 26.02.2009, Wiedergabe und Anmerkung Mirkovic, La Semaine Juridique 2009 no. 26, 17-19; Court of Appeal of Douai v. 14.09.2009, Recueil Dalloz 2009 no. 42, 2845.

⁶⁸ Vgl. auch Ferrand/Francoz-Terminal, FamRZ 2012, 1437 (1438 f.).

dem die Gerichte seit 2011 die Einreisemöglichkeit auch am Kindeswohl ausrichten, erfolgte 2013 überdies eine bindende Anweisung der Justizministerin, wonach den Kindern die französische Staatsangehörigkeit zugestanden werden muss.⁶⁹ Das stößt jedoch auf nicht unerheblichen Protest in der französischen Opposition und Gesellschaft.⁷⁰ Soweit nicht die Frage der Staatsangehörigkeit betroffen ist, halten französische Gerichte auch weiterhin daran fest, dass die Anerkennung einer Leihmutterschaftsabrede gegen die französische öffentliche Ordnung verstößt.⁷¹

Diese bloß exemplarisch herausgegriffenen Fälle verdeutlichen, wie umfangreich Leihmutterschaftstourismus die Gerichte beschäftigt.⁷² Neben der Fülle an Gerichtsverfahren verleiht aber auch die gesetzliche Normierung des Abstammungsrechts im Allgemeinen⁷³ und von Leihmutterschaften im Besonderen⁷⁴ der Thematik ihre nicht zu unterschätzende Dynamik und Aktualität. Durch den Human Fertilisation and Embryology Act 2008 traten letztlich zum 6. April 2010 neu gestaltete Vorschriften im Vereinigten Königreich bezüglich der sogenannten parental order in Kraft, die es in Fällen einer (unentgeltlichen) Leihmutterschaft ermöglichen, den Wunscheltern die rechtliche Stellung in einem – im Vergleich zur Adoption – vereinfachten Verfahren zu übertragen.⁷⁵ Mit dem Gesetz Nr. 3089/2002 vom 23. Dezember 2002 wurden im griechischen Zivilgesetzbuch die Art. 1464 Abs. 1 und 1458 neu gefasst, wonach bei gerichtlich gestatteter Leihmutterschaft die genetische auch als rechtliche Mutter vermutet wird.⁷⁶ Ergänzt wurde das griechische Recht sodann durch das Gesetz Nr. 3305/2005 vom 27. Januar 2005, dessen Art. 13 regelt, wie Leihmutterschaftsvereinbarungen, beispielsweise betreffend Aufwandsentschädigungen für die Leihmutter, ausgestaltet werden dürfen.⁷⁷ Und während das gegenüber

⁶⁹ Perreau-Saussine/Sauvage, in: Trimmings/Beaumont 2013, 119 (122 f.).

⁷⁰ Ohne Angabe, FAZ v. 31.01.2013 Politik, S. 5.

⁷¹ Perreau-Saussine/Sauvage, in: Trimmings/Beaumont 2013, 119 (125 f.).

⁷² Schilderungen auch weiterer Fälle bei Smerdon, in: Trimmings/Beaumont 2013, 187 (196 ff.); Lin, *Cardozo Journal of of International & Comparative Law* 2013, 545 (546 ff.; 557 ff., 570 ff., 576 ff.); Gerecke/Valentin, *GS Eckert* 2008, 233 (234); Sturm, *FS Kühne* 2009, 919 (919); Druzenko, in: Trimmings/Beaumont 2013, 357 (362 f.).

⁷³ Vgl. The Hague Conference on Private International Law, Preliminary No 11 of March 2011, S. 5 mit Fn. 15.

⁷⁴ The Hague Conference on Private International Law, Preliminary No 10 of March 2012, S. 18 mit Fn. 107.

⁷⁵ Scherpe, *FamRZ* 2010, 1513 (1513); zur gesetzlichen Entwicklung bis 1990, Brinsden, in: *Surrogate Motherhood* 2003, 99 (100 f.).

⁷⁶ Rieck-Von Huebner/Vlachopoulos, 10. Lfg. 2013 *Griechenland* Oktober 2011 Rn. 28.

⁷⁷ Hatzis, *Portuguese economic Journal* 2009, 205 (217 f.).

Leihmutterchaften liberal eingestellte Russland 2011 die Regularien für diese in einem neuen Gesundheitsgesetz präzisierte,⁷⁸ hat sich Frankreich im selben Jahr bei den Reformen um das französische Bioethikgesetz gegen Leihmutterchaften ausgesprochen.⁷⁹ Doch allein die Debatte zeigt, dass die internationale Gesetzgebung sich immer neuen Initiativen gegenübersteht und stets aktuell auf die Frage nach der Handhabung von Leihmutterchaften antworten muss. Dies belegt der angesprochene Vorstoß der französischen Justizministerin zur (teilweisen) Duldung transnationaler Leihmutterchaften eindrucksvoll.⁸⁰ Demgegenüber steht in der Ukraine zur Diskussion, die Inanspruchnahme für Ausländer zu verbieten,⁸¹ und Thailand plant, kommerzielle Leihmutterchaft unter massive Strafandrohung zu stellen.⁸² Kalifornien (USA) wiederum hat mit der Assembly Bill No. 1217 die Zulässigkeit von Leihmutterchaften gesetzlich neu verankert. Das Gesetz trat im Januar 2013 in Kraft.

Richtet man dann noch den Blick nach Indien, das ebenfalls im Fokus des internationalen Leihmutterchaftstourismus steht,⁸³ so sind Leihmutterchaften dort zwar schon länger legal,⁸⁴ doch ist geplant, mit dem Entwurf der Assisted Reproductive Technologies (Regulation) Bill 2010 Leihmutterchaften auch auf eine umfassende gesetzliche Grundlage zu stellen. Da die Leihmutter hiernach, ungeachtet von Aufwandsentschädigungen, eine finanzielle Kompensation von den Wunscheltern erhalten darf (clause 34 Abs. 3), ist auch künftig von der Legalität kommerzieller Leihmutterchaft in Indien auszugehen. Die Äußerung der Gesetzgebungskommission, altruistische Leihmutterchaften legalisieren und

⁷⁸ Khazova, in: Trimmings/Beaumont 2013, 311 (311 ff.).

⁷⁹ Ohne Angabe, v. 15.02.2011 abrufbar auf aerzteblatt.de (letzter Zugriff 29.08.2013); Perreau-Saussine/Sauvage, in: Trimmings/Beaumont 2013, 119 (127).

⁸⁰ Ohne Angabe, FAZ vom 31.01.2013, Politik, S. 5; Perreau-Saussine/Sauvage, in: Trimmings/Beaumont 2013, 119 (128); vgl. ferner Kreß, FPR 2013, 240 (243).

⁸¹ Gesetzentwurf Nr. 8282 v. 23.03.2011; Vetozurückweisung v. 16.10.2012, Druzenko, in: Trimmings/Beaumont 2013, 357 (363 f.); Svitnev, in: Schenker 2011, S. 160; The Hague Conference on Private International Law, Preliminary No 10 of March 2012, S. 18.

⁸² The Hague Conference on Private International Law, Preliminary No 10 of March 2012, S. 18 mit Fn. 111.

⁸³ Lin, *Cardozo Journal of International & Comparative Law* 2013, 545 (565); Davis, *Minnesota Journal of International Law* 2012, 120 (125); Beck-Gernsheim, in: Koppetsch, 2011, 99 (109); Rieck-Leipold, 10. Lfg. 2013 *Indien* November 2009 Rn. 48; Palattiyil/Blyth/Sidvha/Balakrishnan, *ISW* 2010, 686; Points, S. 2 f.; Klinkhammer, *DÄBl.* 2003, 554 (555); Wohn, S. 119; Fischer, in: *Fachtagung Auslandsadoption* 2010, 37 (38); VG Berlin v. 26.11.2009 *AuAS* 2010, 86; VG Berlin v. 15.04.2011, *IPRax* 2012, 548; OVG Berlin-Brandenburg v. 06.07.2011, *Akz.*: OVG 5 S 13.11 (juris).

⁸⁴ Supreme Court of India v. 29.09.2008, *Baby Manji Yamada vs. Union of India* [2008] INSC 1656, Rn. 9; Helms, *StAZ* 2013, 114 (118); Palattiyil/Blyth/Sidvha/Balakrishnan, *ISW* 2010, 686 (692, 695). Points, S. 7. Instruktiv Ryznar, *The John Marshall Law Review* 2010, 1009 (1016-1022); Smerdon, in: Trimmings/Beaumont 2013, 187 (187 ff.).

kommerzielle verhindern zu wollen,⁸⁵ muss daher so gedeutet werden, dass lediglich Kliniken, die sich den geplanten gesetzlichen Regularien zur kommerziellen Leihmutterschaft nicht unterwerfen, illegal sein werden.⁸⁶ Insgesamt ist aktuell jedenfalls festzuhalten, dass der internationalen Gesetzgebung kein einheitlicher Trend zu entnehmen ist.

Sodann wird derzeit für deutsche Leihmutterschaftstouristen noch überwiegend die USA als Zielland ausgemacht,⁸⁷ aber auch Indien ist wie Osteuropa als kostengünstigere Alternative nicht zu vernachlässigen.⁸⁸ Denn während eine Leihmutterschaft in den USA durchschnittlich⁸⁹ mit Kosten in Höhe von etwa 80.000 US-\$ zu veranschlagen ist, schwanken Preise in Indien üblicherweise zwischen 25.000 und 30.000 US-\$, von denen die Leihmutter rund 6.000 bis 10.000 US-\$ erhält, sodass sich die Kosten im Vergleich zu den USA auf lediglich rund ein Drittel belaufen.⁹⁰ Ähnlich niedrige Preise können derzeit auch in der Ukraine ausgemacht werden.⁹¹ Daher ist aktuell auch vermehrt Leihmutterschaftstourismus in diese Regionen zu erwarten.

C. Medizinische Relevanz

Neben der Aktualität ist die medizinische Perspektive zu veranschaulichen. Denn ein Verbot einer medizinisch notwendigen Maßnahme bedarf stärkerer juristischer Rechtfertigung, als ein solches schlichter life-style-Medizin. Entscheidend ist, wann eine Leihmutterschaft indiziert, dass heißt medizinisch angezeigt sein kann. Zu fragen ist (1) nach den Fruchtbarkeitsvoraussetzungen, die fehlen oder gemindert sein müssen (körperliches Defizit), damit Wunschertern nicht auf andere Unterstützungen zur Erfüllung ihres Kinderwunsches zurückgreifen können, (2) nach der medizinischen Notwendigkeit der Erfüllung des

⁸⁵ Ryznar, *The John Marshall Law Review* 2010, 1009 (1021) unter Bezugnahme auf den Bericht der Gesetzgebungskommission, *Law Commission Report* No 228 August 2009, S. 25.

⁸⁶ Ryznar, *The John Marshall Law Review* 2010, 1009 (1021). Vgl. auch *The Hague Conference on Private International Law*, Preliminary No 10 of March 2012, S. 18.

⁸⁷ Siehe BkiD-Leitlinien „Reproduktives Reisen“ im Anhang bei Thorn/Wischmann, *Journal für Reproduktionsmedizin und Endokrinologie* 2010, 394 (397).

⁸⁸ Vgl. Depenbusch/Schulze-Mosgau, in: *Reproduktionsmedizin* 2013, S. 298.

⁸⁹ In einzelnen Fällen liegen die Kosten auch bei 120.000 US-\$ (Spar, S. 92; Gugucheva, S. 26) oder gar 150.000 US-\$ (Lee, *Hastings Women's Law Journal* 2009, 275 [278]).

⁹⁰ Davis, *Minnesota Journal of International Law* 2012, 120 (125); Ryznar, *The John Marshall Law Review* 2010, 1009 (1019); London, *Cardozo Journal of Law & Gender* 2012, 391 (396 in Fn. 46).

⁹¹ Beck-Gernsheim, in: Koppetsch 2011, 99 (107 ff.); Seema Mohapatra, *Annals of Health Law* 2012, 191 (195).