

Die triadische Mutterschaft
– Nicht „Leihe der“, sondern „Hilfe zur Mutterschaft“ –
Teil 1

Prof. Dr. Liane Wörner, LL.M. (UW-Madison), Konstanz *

ABSTRACT

Die „Leihmutterschaft“ ist in Deutschland nach § 1 I Nr. 7 ESchG als „Ersatzmutterschaft“ strafbar. Das ist nicht weiter haltbar. Gerade hier, bei der Leihmutterschaft, wirken sich die derzeit noch weiträumig fehlende Koordination der Rechtsordnungen und die fehlende Kooperation zwischen den Staaten zu Lasten des Kindeswohls aus. Die Vorschriftenlagen reichen vom vollständigen Verbot bis zur regulierungsfreien Zulassung. Doch das Austragen eines Kindes durch eine andere Frau wird seit jeher praktiziert. Familie ist, wenn Eltern sich sozial für Kinder verantwortlich zeigen. Rechtliche Regelungen dürfen präventiv, auch mit Mitteln des Strafrechts, das Entstehen von Familienkonzepten unterbinden, die dem Schutz der Familie zuwiderlaufen. Für das Konzept des „Austragens eines Kindes durch eine andere Frau bzw. gebärfähige Person“, das bestätigt nun auch der Bericht der Kommission für reproduktive Selbstbestimmung und Fortpflanzungsmedizin“ (2024), ist ein solches strafbewehrtes Verbot nicht angezeigt. In zwei Teilen befasst sich der Beitrag mit dem Konzept sog. „Leihmutterschaft“ und stellt die vom aktuellen Recht gewählte Konzeption grundlegend in Frage (Teil 1), um anschließend zu

* Die Autorin ist Professorin für Strafrecht, Strafprozessrecht, Strafrechtsvergleichung, Medizinstrafrecht und Rechtstheorie an der Universität Konstanz sowie dort auch Direktorin des Zentrums für Human | Data | Society. 2023/24 war sie wissenschaftliche Koordinatorin der Arbeitsgruppe 1 (Schwangerschaftsabbruch) der von der Bundesregierung eingesetzten Kommission für reproduktive Selbstbestimmung und Fortpflanzungsmedizin. Gegenstand dieses Beitrags ist ausschließlich die persönliche Sicht der Verfasserin. Kontakt: liane.woerner@uni-konstanz.de.

Die Autorin dankt Alexandra Windsberger, Anna Renda und Laila Haug für die Diskussionen in Konstanz zu diesem Papier.



erfragen, ob die hier für erforderlich gehaltene Neugestaltung der strafrechtlichen Absicherung bedarf (Teil 2 in NSW 3/2025). Das wird verneint.

Teil 1: „Leihmutterschaft“ – oder worum geht es?

Unter „Leihmutterschaft“ wird zunächst der Sachverhalt gefasst, dass eine gebärfähige Person mit einer eigenen oder einer fremden, erfolgreich befruchteten Eizelle schwangergeht¹ und ein Kind gebärt, ohne für dieses Kind im Anschluss an die Geburt die weitere elterliche Sorge zu tragen, sondern vielmehr mit der bereits vorab (zumeist vertraglich) eingegangenen Vereinbarung,² das Kind ausschließlich für Dritte, die sog. Wunscheltern, auszutragen.³ Zivilrechtlich geht diese sog. „Leihmutterschaft“ zumeist mit einer Adoption einher oder erfordert zur Übernahme der elterlichen Sorge unmittelbar mit der Geburt des Kindes zivilrechtliche Vorschriften zur Festlegung der Elternschaft, die den Adoptionsregelungen ähneln dürften oder ihnen unterstellt werden.⁴ Neben vertraglich regulierbaren Fragen stehen solche der familienrechtlichen Zulässigkeit bzw. familienrechtlichen Begründung.⁵ Sie stellen sich mit wandelnden Familienmodellen in der ganzen Bandbreite. Die Vorlage des OLG Celle 2021 an das BVerfG zur Anerkennung zweier Mütter zeigt dies eindringlich.⁶ Im Strafrecht wiederum interessiert, ob sich jene „soziale“ Schwangerschaft allein zivilrechtlich gestalten lässt oder strafrechtlich abgesichert, ja verboten sein muss. Damit hatte sich – am Rande – auch

¹ Zum Begriff vertiefend: *B. Duden*, 1991, S. 20; *B. Duden* in: *Duden/Schlumbohm/Veit* (Hrsg.), S. 11 (12, 45 ff.) Bewusst wird hier der Begriff des „Schwangergehens“ nach Barbara Duden wieder eingeführt. Ihr ist zuzugestehen, dass mit der heute überwiegenden Rede von der Schwangerschaft oder vom Schwangersein vordringlich Zustandsbeschreibungen stattfinden, während es sich bei dem Eintreten und Entwickeln von schwangeren „Zuständen“ viel eher um Entwicklungsprozesse handelt. Das will der Begriff des Schwangergehens betonen.

² Teils ist die Rede von „Verpflichtung“, teils von „Bereitschaft“.

³ Ähnlich *Schramm* in: *Schramm/Wermke* (Hrsg.), *Leihmutterschaft und Familie*, 2018, S. 61 (63 f.); *Voss*, *Leihmutterschaft*, 2015, S. 25 f. Zu den verfassungsrechtlichen Mindestanforderungen ausführend *Wapler* in: *Schramm/Wermke* (Hrsg.): *Leihmutterschaft und Familie*, 2018, S. 107–147.

⁴ Die genaue zivilrechtliche Konstellation ist nicht zuletzt davon abhängig, welche Form der Leihmutterschaft gewählt wurde und ob etwa ggf. für den Vater als Samenspender ein Verfahren zur Anerkennung der Vaterschaft genügt. Vgl. vertiefend nur *Coester-Waltjen*, DJT Gutachten B 13 ff.; *Thomale*, 2015, S. 19 ff. (36), 38 ff.; *K. Duden*, *Leihmutterschaft*, S. 17 ff.; *Voss*, *Leihmutterschaft*, 2015, S. 27 ff. Die zivilrechtlichen Grund- und Folgefragen können hier nicht vertieft werden.

⁵ Vgl. nur *Dethloff* JZ 2014, 922; *Dethloff* in *FS-Coester-Waltjen*, S. 41; *Dethloff* in: *Ditzen/Weller* (Hrsg.), S. 55; *Dethloff* BRJ 2019, 12; *Diel*, *Leihmutterschaft*, 2014; *K. Duden*, *Leihmutterschaft*, 2015; *Ditzen/Weller* (Hrsg.), *Regulierung der Leihmutterschaft*, 2018.

⁶ OLG Celle Beschluss v. 24.3.2021 – 21 UF 146/20 zur Überprüfung der Verfassungsgemäßheit der gesetzlichen Regelung des Abstammungsrechts in § 1592 BGB, wonach die gleichgeschlechtliche Lebenspartnerin erst bzw. allenfalls mit Adoption die Rechte einer Mutter erlangen kann. Vgl. auch bereits BGH Beschluss v. 10.10.2018 – XII ZB 231/18.

die 2023 eingesetzte Kommission für reproduktive Selbstbestimmung und Fortpflanzungsmedizin zu befassen, wenn sie in der Arbeitsgruppe 2 erfragte, ob eine sog. „Leihmutterschaft“ – nach aktuellem ESchG in Deutschland auch „Ersatzmutterschaft“ – in Deutschland zugelassen werden könne. Die Arbeitsgruppe hatte sich ohne konkrete Beteiligung des Strafrechts dabei allein mit der Frage der ethischen, medizinischen, verfassungs- und zivilrechtlichen Zulässigkeit befasst,⁷ nicht aber mit der Zulässigkeit und Begründung eines strafrechtlichen Verbots. Dem sei hier in Ergänzung des Kommissionsberichts im Folgenden nachgegangen.

Woher kommt also das (strafbewehrte) Verbot der sog. „Leihmutterschaft“? Was ist verboten und warum? – In drei Schlaglichtern: andere Mutterschaftsformen (I.), strafrechtliche Verbote in Deutschland (II.), Begriffsfragen (III.). Erst im Anschluss an die Begriffsklärung lässt sich fragen, ob Gesundheit und Kindeswohl hier so gefährdet sind, dass dies des Strafrechtsschutzes bedarf (dazu dann Teil 2). Nicht zu unterschätzen ist freilich, dass gerade die Übernahme einer Schwangerschaft vor konkreten Herausforderungen in der globalisierenden Welt steht. Doch für eine zwingend strafbewehrte Regulierung spricht das in der Gänze eben nicht; vielmehr sind die Konzepte außerhalb des Strafrechts mit den konkreten Vorgaben der Kommission für reproduktive Selbstbestimmung und Fortpflanzungsmedizin vom 15.4.2024 zivilrechtlich so einzufassen, dass sie einen diskriminierungsfreien Schutz aller Beteiligten vorsehen und ausreichende Kindeswohlrechte gewähren.

I. Ursprünge anderer Mutterschaftsformen

Mater semper certa est, lautet der dem römischen Recht der Zeugnisverweigerung entstammende,⁸ bis heute vorgeblich geltende⁹ und seit 1998 klarstellende § 1591 BGB zugrunde gelegte Rechtsgedanke: Die Mutter ist immer sicher und ist die Frau, die das Kind geboren hat.¹⁰ Das ist nicht

⁷ Vgl. Kommission für reproduktive Selbstbestimmung und Fortpflanzungsmedizin (KOMrSF), Abschlussbericht, Teil 2, Kap. 2, S. 437 ff.

⁸ Digesten (Corpus Iuris Civilis), Nr. 2.4.5 (Julius Paulus).

⁹ In der zivilrechtlichen Literatur wurde, teils wird bis heute, gestritten, ob über die Mutter überhaupt diskutiert werden darf oder ob das nicht naturgemäß stets die gebärende Frau sein muss, es einer gesetzlichen Regelung darüber also nicht bedarf, siehe nur *Deutsch* NJW 1986, 1971, 1974; *Bernat* MedR 1986, 245, 252.

¹⁰ Die Regelung war im Zuge des möglichen Auseinanderfallens von gebärender und genetischer Mutter mit der Kindschaftsrechtsreform 1998 eingeführt worden, siehe nur BT-Drs. 13/8511 (1997), S. 69, 83; vgl. auch KOMrSF-Bericht (Fn. 7), Teil 2, Kap. 1.4.3.2.1., S. 423. In der Literatur werden

anfechtbar, der Erwerb der Mutterschaft nur über eine Adoption möglich.¹¹ Wer den Grundsatz für unumstößlich und naturgemäß vorgegeben hält, sieht deshalb in jeder Art vorwegnehmender adoptiver oder adoptionsähnlicher Vereinbarung einen Menschenwürdeverstoß.¹² Dem deutschen Zivilgesetzgeber kam es maßgeblich auf die mit der ausdrücklichen Normierung des § 1591 BGB einhergehende Rechtssicherheit und Rechtsklarheit an, die deshalb weder Anfechtung noch Korrektur erlaubt.¹³

Ob ein Kind auch von einer anderen Frau ausgetragen werden darf¹⁴ oder „wer Mutter“ ist, sind aber eben nicht erst Fragen des 20./21. Jahrhunderts und der Möglichkeiten der assistierten Fortpflanzungsmedizin. Das „Problem“ der Unfruchtbarkeit wird seit jeher beschrieben, eigentlich immer als Unglück empfunden und nach Auswegen, freilich zunächst auf natürlichen Wegen, gesucht. Im Alten Testament war es die Dienerin Hagar, die als Leihmutter das „Kind von Abraham“ austragen sollte.¹⁵ Salomon seinerseits hatte den Streit zweier Frauen über ein Kind zu richten und zu entscheiden, „wer Mutter“ ist.¹⁶ Die Geschichte kennt zahlreiche weitere Fälle. In großen Schritten, nicht zuletzt, weil der natürliche Zeugungsakt auf Seiten des Mannes und der Frau auf Erfolg angewiesen war, erklärt sich der Bedarf an assistierter Fortpflanzungsmedizin.¹⁷ Mit ihrer Entwicklung geht die Erkenntnis einher, dass natürliche Kinderlosigkeit meist körperliche Ursachen hat.¹⁸ Künstlich assistierte Formen vermögen heute mittels heterologer Samenspenden bei Unfruchtbarkeit des

dagegen schon lange eine Anfechtungsmöglichkeit auch der Mutterschaft, eine Mutterschaftsanerkennung oder eine widerlegbare Mutterschaftsvermutung vorgeschlagen, siehe nur Beschlüsse des 59. DJT NJW 1992, 3016, 3017; *Coester-Waltjen*, DJT Gutachten B 13 ff.; *K. Duden*, Leihmutterchaft, S. 22 f.; schon *Kollhoser* JA 1985, 553, 556.

¹¹ *Wellenhofer*, in *Münchener Kommentar BGB*, Bd. 10, 9. Aufl. 2024, § 1591 Rn. 3.; *K. Duden*, Leihmutterchaft, S. 23 (vertiefend bei Leihmutterchaft).

¹² Deutlich: *Deutsch* NJW 1986, 1971, 1973.

¹³ BT-Drs. 13/4899 (1997), S. 82; BT-Drs. 13/8511 (1997), S. 69; *Coester-Waltjen*, DJT Gutachten B 113; *MüKoBGB/Wellenhofer*, § 1591 Rn. 14.

¹⁴ Erst später freilich auch, ob eine Eizelle künstlich befruchtet und auf eine andere Frau übertragen werden darf, als die Frau, von der sie stammt.

¹⁵ Bibel, 1 Mose 16 (Genesis 16).

¹⁶ Bibel, 1 Könige 3, 16–28.

¹⁷ Die Unfruchtbarkeit des Mannes selbst lässt sich nur mit der Verwendung von Spendersamen überwinden. Als Pionier gilt insoweit Berthold P. Wiesner, der zwischen 1940 und 1960 in London mit Mary Barton in London (GB) eine „Fruchtbarkeitsklinik“ betrieb, *Barton/Walker/Wiesner*, Artificial Insemination, *British Medical Journal* (Br Med J) 1945 (1), 40 sowie Br Med J 1945 (3), 346 f.

¹⁸ Vgl. hierzu KOMrSF-Bericht (Fn. 7), Teil 2, Kap. 1.1.1., S. 359 ff. Die Ursachen sind auf Männer und Frauen etwa gleich verteilt, s.n. https://archive.ph/20120801013201/http://www.fertinet.de/german/warum_wir/ursachen/index.jsp (10.1.2025).

Mannes, mittels In-vitro-Fertilisation und ggf. einer Eizell- oder Embryonenspende bei Unfruchtbarkeit der Frau abzuhelpfen.¹⁹

Kann die Frau aber, auch mittels künstlich assistierter Fortpflanzungstechniken, eine Schwangerschaft nicht austragen,²⁰ bleibt allein der „Ersatz“ der Frau selbst, die Begriffsbezeichnung in § 1 I Nr. 7 ESchG der „Ersatzmutter“ von daher naheliegend. Das seit jeher bekannte „Modell“ wird dabei bis heute als besonders problematisch empfunden, weil es für eine elterliche Partnerschaft das Hinzutreten einer dritten Person für den entscheidenden Zeitraum einer Schwangerschaft bedeutet und weil mit sich verändernden Familienkonstellationen sogar die Auflösung gemeinsamer Elternverantwortung und Alleinerziehungsmodelle „drohen“. Gerade letzteres ist aber kein spezifisches Problem des „Ersatzes“ der Mutterschaft.²¹ Doch die „Leihmutterschaft“ stellt einen Grundsatz in Frage, der gleichsam als Tabugrenze das gesamte Elternrecht untermauert: „mater semper certa est“. Mutter ist, wer das Kind gebärt (so nun eben auch § 1591 BGB). Denn wer gebärt, will hier gerade das Kind abgeben.

II. Das strafrechtliche Verbot in Deutschland

Ausgehend von der Unumstößlichkeit der Zuschreibung der Mutterrolle erscheint deren „Spaltung“ freilich wegen der damit einhergehenden Rechtsunsicherheiten für die gebärende Frau, für die soziale Mutter (auch Wunschmutter) und für das noch ungeborene Kind untragbar. Gerne wird das mit Argumenten des vor- und nachgeburtlich jeweils anderen Empfindens des Kindes und hieraus folgender Eingriffe in seine Persönlichkeitsrechte unterstrichen.²² Auch das Risiko einer

¹⁹ Vgl. hierzu KOMrSF-Bericht (Fn. 7), Teil 2, Kap. 1.1.2., S. 362 f.

²⁰ Vgl. darüber hinaus KOMrSF-Bericht (Fn. 7), Teil 2, Kap. 1.1.2., S. 363 f.

²¹ Weil die Samenspende zusammen mit assistierten Fortpflanzungstechniken eine Schwangerschaft auch alleine ermöglicht, sei es durch die Frau oder iVm einer „Leihmutterschaft“ durch den Mann, trifft der idR ethisch-religiöse Vorwurf der Gefahr der Auflösung von Familienstrukturen alle Formen assistierter Befruchtung. Aus Platzgründen kann ich das hier nicht vertiefen. Aufschlussreich dazu die Diskussion mit öffentlicher Befragung des deutschen Ethikrates im Zuge der Jahrestagung 2014, dazu *Amunts*, Ergebnisse der öffentlichen Befragung 2014, <https://www.ethikrat.org/fileadmin/PDF-Dateien/Veranstaltungen/jt-22-05-2014-amunts.pdf> (10.1.2025). Damals sprachen sich 43% der Befragten gegen und 39% für die Zulassung der Leihmutterschaft aus; vgl. auch Wissenschaftlicher Dienst des Deutschen Bundestags WD 9 Nr. 3000 - 039/18 (S. 7).

²² Zur Herkunft oben I. Infolge der ungewissen maternalen Zuordnung könne es so zu einer Gefährdung der Persönlichkeitsentwicklung des Kindes kommen, was dem verfassungsrechtlich fundierten Kindeswohl (Art. 2 I iVm Art. 1 I sowie Art. 6 II GG) widerspreche, so BGH NJW 2017, 2348, 2350, Rn. 22; dazu Günther/Taupitz/Kaiser/Taupitz § 1 I Nr. 1 Rn. 5 f.; *Lehmann*, In-vitro-Fertilisation, S. 189 ff.; *Reinke*, Fortpflanzungsfreiheit, S. 151 ff.

kommerziellen Ausbeutung der potenziellen Eizellspenderinnen und „austragenden“ Frau²³ sowie bis heute noch bestehende medizinische Risiken durch die Eizellentnahme tauchen immer wieder als Argumente auf.²⁴

Die Leihmutterschaft ist, auch im europäischen Vergleich, bis heute weiträumig (noch) verboten.²⁵ In Deutschland ist sie vollständig untersagt. Das Verbot bei Strafe folgt grundsätzlich aus dem Embryonenschutzgesetz (ESchG).²⁶ Es gilt für den Arzt bzw. die Ärztin²⁷ und wird durch zusätzliche Werbe- und Vermittlungsverbote im Adoptionsvermittlungsgesetz (AdoptVermG) abgesichert. § 1 I Nr. 7 ESchG verbietet im Kern bei Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe die künstliche Befruchtung der (Var. 1) und die Übertragung eines menschlichen Embryos auf die Frau (Var. 2), die bereit ist, „ihr Kind nach der Geburt Dritten auf Dauer zu überlassen (Ersatzmutter)“. Das deutsche Strafrecht gilt für Ärzt*innen iVm §§ 3, 9 II S. 2 StGB auch, wenn die Handlungen zur Herbeiführung und Durchführung der „Leihmutterschaft“ im Ausland straffrei durchgeführt werden, der Arzt bzw. die Ärztin hierzu aber, etwa durch Vermittlung und Vorbereitung, Beihilfe geleistet hat.²⁸

Ausgehend vom Unumstößlichkeitsdogma der Geburtsmutter wird konkret nur die medizinisch assistierte Befruchtung einer eigenen Eizelle und die Übertragung einer fremden, zuvor befruchteten Eizelle bestraft, soll, wie vorher vereinbart, das Kind nach der Geburt Dritten auf Dauer überlassen werden. Solange also die Geburtsmutter Mutter bleibt, ist alles gut. So stellt die pränatale Adoption die Geburtsmutterschaft nicht in

²³ Vgl. etwa *Flügge* in: Baer/Sacksofsky, *Autonomie im Recht*, 2018, S. 239 (247) mwN.

²⁴ Vgl. insoweit nur EGMR BeckRS 2010, 13057 Rn. 77 f. – S. H. et al./Österreich.

²⁵ Vgl. nur *K. Duden*, *Leihmutterschaft*, 2015, S. 8 f. mit zahlreichen Hinweisen und Ausführungen zum Stand der Gesetzgebung in einzelnen Staaten. Einen bis heute weitgehend noch aktuellen Überblick zu den rechtlichen Regelungen zur Fortpflanzungsmedizin in europäischen Ländern liefert *Koch* (MPI Freiburg, 2001/03), bis heute veröffentlicht von der IVF-Gesellschaft Österreich, http://www.ivf-gesellschaft.at/fileadmin/redaktion/files/Downloads/MPI_Uebersicht_Fortpflanzungsmedizin.pdf (10.1.2025); siehe auch *Koch*, *Fortpflanzungsmedizin im europäischen Rechtsvergleich*, *Aus Politik und Zeitgeschichte* 2001, S. 44 ff.

²⁶ Embryonenschutzgesetz vom 13.12.1990 (BGBl. I S. 2746), das zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 21.11.2011 (BGBl. I S. 2228) geändert worden ist. Normzweck des Verbots ist es, eine „gespaltene Mutterschaft“ zu verhindern (vgl. BT-Drs. 11/ 5460, 7; s. ferner BT-Drs. 14/9020, 35 ff.); s. hierzu auch KOMrSF-Bericht (Fn. 7), Teil 2, Kap. 1.3.3.1., S. 381 ff., Kap. 1.4.3.1., S. 421 f.

²⁷ Die „Ersatzmutter“ und „die Person, die das Kind auf Dauer bei sich aufnehmen will“ werden gem. § 1 Abs. 3 Nr. 2 ESchG nicht bestraft. § 9 ESchG stellt sicher, dass nur Ärzt*innen die künstliche Befruchtung und die Übertragung vornehmen dürfen.

²⁸ Im Detail umstritten, vgl. nur *Schramm* in: *Schramm/Wermke* (Hrsg.), *Leihmutterschaft und Familie*, 2018, S. 61 (67 ff.); *Magnus* NSTZ 2015, 57 ff.; KOMrSF-Bericht (Fn. 7), Teil 2, Kap. 1.3.3.1.2., S. 383 f. sowie siehe unten C.

Frage und ist vom strafbewehrten Verbot des § 1 I Nr. 7 Var. 2 ESchG auch nicht erfasst.²⁹ Auch die Schwangerschaft iVm einer nach § 1 I Nr. 1, 3 ESchG unerlaubten Eizellenbefruchtung bleibt straffrei.³⁰ Ebenso wenig stellen heterologe Insemination und In-vitro-Fertilisation die Geburtsmutterschaft in Frage und sind nicht strafbar.³¹

Doch genau betrachtet, steht bereits das Verbot der heterologen Eizellspende auf verfassungsrechtlich dünnem Eis.³² Die darin liegende Beschränkung des Rechts auf Fortpflanzung aus Art. 2, 6 GG³³ und die Ungleichbehandlung der Geschlechter entgegen Art. 3 II und III GG sind verfassungsrechtlich gerade nicht zwingend.³⁴ Dem Ziel der grundrechtlichen Schutzpflichten läuft es vielmehr sogar zuwider, wenn der Schutz in der Verhinderung der Entstehung selbst erfolgen soll.³⁵ Mit dem Kindeswohl selbst lässt sich da kaum argumentieren. Auch dass § 1591 BGB, ohne Rücksicht auf die genetische (!) Herkunft und ohne Möglichkeit der Anfechtung, die Mutterrolle auf die gebärende Frau reduziert, während die Vaterschaft über § 1592 BGB sowohl per Zuschreibung feststellbar, anfechtbar und anerkennungsfähig ist, ist heute weder zwingend noch weiter begründbar. Der Kommerzialisierung und möglichen Ausbeutung von Spenderinnen schließlich kann durch Gebote der Unentgeltlichkeit

²⁹ Sog. Embryooption. Im Detail besteht auch hier noch Streit, jedenfalls die Übertragung nach In-vitro-Fertilisation verbliebener, überzähliger Embryonen vermag das ESchG in seiner aktuellen Fassung nicht als strafbar zu erfassen. Damit verbundene zivilrechtliche Folgefragen, auch der Abstammung, muss der Gesetzgeber noch ausdrücklich regeln, vertieft hierzu etwa *Hübner*, 2009, S. 64 ff., 82 mwN; s. a. KOMrSF-Bericht (Fn. 7), Teil 2, Kap. 1.4.3.1.1., S. 421.

³⁰ Verboten iVm der heterologen Eizellspende ist allein deren Vornahme durch den Arzt/die Ärztin, § 1 Abs. 1 Nr. 3 ESchG. Nur das allein soll ein Auseinanderfallen, eine Spaltung von genetischer und plazentarer Mutterschaft möglichst verhindern. Schon wegen des darin liegenden Konflikts für die Beteiligten stellt § 1 Abs. 3 Nr. 1 ESchG die Frau, von der die Eizelle stammt sowie die Frau, auf die eine fremde Eizelle oder ein Embryo übertragen werden sollen, straffrei.

³¹ Vgl. Günther/Taupitz/Kaiser/Taupitz § 1 Abs. 1 Nr. 1 Rn. 12; deutlich auch *Frommel et. al.*, J Reproduktionsmed Endokrinol. 2010, 96 (101 ff).

³² Deutlich mit Spickhoff/Müller-Terpitz, ESchG § 1 Rn. 6 f. Dagegen Verfassungskonformität bejahen Prütting/Höfling/Engels, ESchG § 1 Rn. 10; keine Bedenken auch nach BGH NJW 2017, 2348, 2350.

³³ Inwieweit ein solches Recht auf Fortpflanzung auf Art. 2 GG oder auf Art. 6 GG zu stützen ist, kann hier nicht weiter vertieft werden. Die besseren Argumente sprechen wohl iVm dem Recht auf Familiengründung für Art. 6 GG, jedenfalls soweit es dem Grundrechtsberechtigten nicht gezielt um außerhalb der Familiengründung liegende Anliegen geht, was wohl nur bei der rein kommerziellen Samenspende ersichtlich der Fall sein dürfte und schon auf eine Eizellspende (schon wegen des damit verbundenen Eingriffs) nicht mehr zuträfe, auch insoweit prägnant Spickhoff/Müller-Terpitz, GG Art. 2 Rn. 10; vgl. hierzu auch KOMrSF-Bericht (Fn. 7), Teil 2, Kap. 2.1.2.1.1.1., S. 440 ff.

³⁴ Deutlich idS nun auch KOMrSF-Bericht (Fn. 7), Teil 2, Kap. 2.1.2.1.1.1., S. 443, Kap. 2.1.2.2., S. 448 ff., Kap. 2.1.2.2.5.5., S. 454 ff., Kap. 2.1.2.3.2.2., S. 460.

³⁵ Müller-Terpitz in Frister (Hrsg.), S. 9 (16); *ders.* ZRP 2016, 51, 53; aA Günther/Taupitz/Kaiser/Taupitz § 1 I Nr. 1 Rn. 8; vgl. deutlich zur Schutzpflichtkonstruktion und Prüfungsfolge auch *Wapler* in: Baer/Sacksofsky (Hrsg.): Autonomie im Recht- Geschlechtertheoretisch Vermessen, 2018, S. 185, 190; s.a. KOMrSF-Bericht (Fn. 7), Teil 2, Kap. 2.1.2.1.3., S. 445.

und Überwachung in reproduktionsmedizinischen Einrichtungen entgegengewirkt werden.³⁶ Medizinischen Gefährdungen lässt sich mittels umfassender Risikoaufklärung sowie der Einhaltung, Überwachung und Kontrolle medizinischer Standards begegnen, zumal sie gleichermaßen bei homologen Entnahmen bestehen.³⁷

Zu begrüßen war damit letztlich bereits die Entscheidung der I. Sektion des EGMR zur Unvereinbarkeit des Verbots heterologer Eizellspenden nach österreichischem Recht mit Art. 14 iVm Art. 8 I EMRK, die u.a. wegen noch bestehender Diversität in den Mitgliedstaaten von der Großen Kammer des EGMR nicht bestätigt worden war³⁸ und dem deutschen Gesetzgeber damals dazu eine Anpassung erspart hatte. Währenddessen ist heute die heterologe (unentgeltliche) Eizellspende (zunehmend) und schon jetzt in zahlreichen europäischen Staaten – etwa in Belgien,³⁹ Dänemark,⁴⁰ Finnland,⁴¹ Großbritannien,⁴² Schweden,⁴³

³⁶ *Klopstock* ZRP 2017, 165, 166 zur Eizellspende. Dazu auch KOMrSF-Bericht (Fn. 7), Teil 2, Kap. 2.1.2.2.5.3., S. 452, Kap. 2.1.2.2.5.4., S. 454.

³⁷ Ähnlich: *Coester-Waltjen*, *Reproduktionsmedizin* 4/2002, 183 (193 f.); *Günther/Taupitz/Kaiser/Taupitz* § 1 Abs. 1 Nr. 1 Rn. 7; *Müller-Götzmann*, *Artifizielle Reproduktion*, S. 250 ff., 283 ff.; *Klopstock* ZRP 2017, 165, 166. Der interdisziplinäre Forschungsansatz der KOMrSF ermöglichte auch eine konkrete Untersuchung bestehender Risiken einer Übernahme von Schwangerschaften für Dritte mit Zellen Dritter, vgl. KOMrSF-Bericht (Fn. 7), Teil 2, Kap. 1.3.1.2.1., S. 367 f., Kap. 1.3.2.2., S. 371 ff., Kap. 1.3.2.5., S. 376 ff.

³⁸ EGMR (Große Kammer), Urt. v. 3. 11. 2011 – 57813/00 (S. H. u. a. / Österreich) = NJW 2012, 207 ff., 210 mit Rn. 97.

³⁹ Erlaubt seit 2007 mit dem „Loi du 6 juillet 2007 relative à la procréation médicalement assistée et à la destination des embryons surnuméraires et des gamètes“ (Gesetz v. 6.7.2007 über die medizinisch begleitete Fortpflanzung in Fertilitätszentren und die Bestimmung von überzähligen Embryonen und Gameten), in Kraft seit 27.7.2007, idF v. 26.3.2018, Dossier n° 2007-07-06/32, dazu auch Bundestag, WD 9 - 3000 - 035/18, v. 12.10.2018, S. 5.

⁴⁰ Zulässig seit 1997 nach dem „Lov om assisteret reproduktion“ idF no. 93 v. 19.1.2015), vgl. weiterführend *Rothmar Herrmann*, *Assisted Reproduction in Denmark* (June 19, 2018). Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3198538> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3198538> (19.2.2025).

⁴¹ Zulässig nach Act on Assisted Fertility Treatments (1237/2006) mit Zusatzprotokollen (376/2009) und (254/2018); dazu Heino/Gissler 2022, *Hedelmöityshoidot 2020–2021* (Tilastoraportti, 25/2022), https://www.julkari.fi/bitstream/handle/10024/144572/Hedelmöityshoidot_2020_2021.pdf?sequence=1&isAllowed=y (19.2.2025), S. 4 mwN.

⁴² Zulässig nach Human Fertilization and Embryology Act 1990 (HFEAct) iVm dem Code of Practice der Human Fertilization and Embryology Authority (HFEA) und den klinischen Richtlinien des National Institute for Health Care Excellence (NICE). Vgl. dazu auch *Scherpe*, *Künstliche Fortpflanzung im Recht von England und Wales*, in: *Dutta/ Schwab/ Henrich/ Gottwald/ Löhnig* (Hrsg.), *Künstliche Fortpflanzung und europäisches Familienrecht*, Berlin 2015, S. 295-325; Bundestag, WD 9 - 3000 - 035/18, v. 12.10.2018, S. 8 f.

⁴³ Zulässig seit 2003 nach *Möllers*, *Kinderland Schweden? Regulierung, Zugang und Debatten zur medizinisch assistierten Reproduktion in Schweden und den Nordischen Ländern*, Friedrich-Ebert-Stiftung, S. 6 f.; auch *Thorn, Wischman*, *Leitlinien für die psychosoziale Beratung bei Gametenspende*. *Reproduktionsmed Endokrinol* 3, 2008, 147–152.

Italien,⁴⁴ Spanien⁴⁵ und Tschechien⁴⁶ – erlaubt.⁴⁷ Dass biologische und genetische, gebärende und sorgende Mutter auseinanderfallen können, wird zunehmend erkannt und zunehmend auch akzeptiert,⁴⁸ dass dies einer Familiengründung, einer Sorge um das Kind und dem Kindeswohl nicht zwangsläufig entgegenstehen. Die Herausforderung besteht doch vielmehr darin, die Chancen, die sich in den Umbruchstendenzen abzeichnen, zu erkennen und die erkennbare und „stabil“ gebliebene Orientierung, etwa an einem sozial-gelebten Leitbild einer „ehebezogenen“ Familie mit Ausrichtung auf Familiengründung,⁴⁹ weiter zu ermöglichen und zu unterstützen. Richtig besehen ließe sich eine Differenzierung der Zu- bzw. Unzulässigkeit heterologer Eizellspende einerseits und der Übernahme einer Schwangerschaft für andere zu deren Gunsten – ich will das hier sogleich triadische Mutterschaft nennen (III.) – andererseits damit aber nur noch mit der vor diesem Hintergrund gar nicht mehr haltbaren Vorschrift des § 1591 BGB überhaupt begründen. Der strafbewehrte Verbotsground der Spaltung ist damit vielmehr nur ein

⁴⁴ Zulässig seit 2014 aufgrund einer Entscheidung des italienischen Verfassungsgerichts mit dem Gesetz Nr. 40/2004 v. 19.2.2004, Norme in materia di procreazione medicalmente assistita, <https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2004/02/24/004G0062/sg> (18.3.2025), dazu *Diurni*, Künstliche Fortpflanzung im italienischen Recht, in: Dutta/ Schwab/ Henrich/ Gottwald/ Löhnig (Hrsg.), Künstliche Fortpflanzung und europäisches Familienrecht, 2015, S. 81-104.

⁴⁵ Zulässig seit 1988, wobei die Eizellspende nicht in öffentlichen, sondern nur in privaten Einrichtungen angeboten wird, vgl. Perler 2022, S. 59 f. Rechtsgrundlage: Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (Gesetz 14/2006 v. 26.5.2006 über die Techniken der Humanen Assistierte Reproduktion – LTRHA), BOE Nr. 126 v. 27.5.2006, BOEA-A-2006-9292, <https://www.boe.es/buscar/pdf/2006/BOE-A-2006-9292-consolidado.pdf> (19.2.2025); teilweise übersetzt ins Deutsche in: *Daum*, Länderteil Spanien, Stand: 12.10.2016, in: Bergmann/Ferid/Henrich (Hrsg.), Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht mit Staatsangehörigkeitsrecht, S. 100 f.

⁴⁶ Zulässig seit 2013, anonym mit Aufwandsentschädigung, vgl. nur Bergmann 2014, S. 77-78. Hier wird gerade auch um deutsche Paare geworben, vgl. nur <https://europeivf.com/de/> (19.2.2025).

⁴⁷ Vgl. weiterführend auch zu weiteren Staaten und im Überblick zu den Folgen der Teilnahme am Verfahren im Ausland wegen des Inlandsverbots: KOMrSF-Bericht (Fn. 7), Teil 2, Kap. 1.3.4., S. 388 ff. Siehe auch Bundestag, WD 9 - 3000 - 035/18, v. 12.10.2018.

Zu den strafkollisionsrechtlichen Fragen, welche aus dem dadurch verursachten „Reproduktions-tourismus“ ins Ausland resultieren, vgl. mwN Wissenschaftlicher Dienst des Deutschen Bundestags, Strafbarkeit bei der Eizellen- und Embryonenspende, Az. WD 7-3000-073/15; dazu auch Spickhoff/Müller-Terpitz, ESchG § 1 Rn. 6, 7. Zuletzt hat die Nationale Ethikkommission (NEK) in der Schweiz in einer Empfehlung ausdrücklich die Legalisierung befürwortet, Stellungnahme Nr. 41/2022, Bern, 16.5.2022, S. 27.

⁴⁸ *Schockenhoff*, Die Zukunft der Familie, 2014, S. 69 sprach bereits von Umbruchstendenzen. Zum gewandelten Familienbild unter Einschluss von „Patchworkfamilien“, „Fortsetzungsfamilien“, „Regenbogenfamilien“ und „Stieffamilien“ auch *Lederer*, Grenzenloser Kinderwunsch, S. 279 ff.; *Balloff* FPR 2004, 50, 51; *Konietzka/Kreyenfeld* NZFam 2015, 1100 ff.; *Buschner* NZFam 2015, 1103 ff. jeweils mwN. Deutlich mit einer „gespaltenen Mutterschaft“ vorgetragene Befürchtungen für überholt, gerade auch wegen der Zulassung „gespalteener Vaterschaft“ hält *Wapler*, in: Dreier/Brosius-Gersdorf 2023, GG, Bd. 1, 4. Aufl. 2023, Art. 1 IRn. 137.

⁴⁹ *Schockenhoff*, Die Zukunft der Familie, 2014, S. 69 (70).

überkommenes zivilrechtliches, ehemals zur eindeutigen Klärung von Zeugnis- und Erbfragen gedachtes⁵⁰, Gewächs, das zurückgeschnitten gehört.

III. Begriffsfragen

Dass dieser Rückschnitt im Zivilrecht (und zu Lasten des Strafrechts) vielen „so unmöglich“ erscheint, wird als Glaubensfrage und mit Erwägungen des Kindeswohls ausgeführt.⁵¹ Dabei in der Diskussion bisher unterbelichtet bis fehlend ist die Sachfrage der Begriffsbestimmung: Denn, weil die Mutterschaft tradiert etwas Unumstößliches sein soll, lässt sie sich kaum vorübergehend denken. „Mutter“ ist fälschlich und fehlgehend sogar schon die Gebärfähige, die schwangergeht.⁵² Begriffe der Leih-,⁵³ der Miet-,⁵⁴ der Ersatz-,⁵⁵ aber auch der Trage-,⁵⁶ Ammen-,⁵⁷ Gestations- oder Gestationsleihmutterschaft⁵⁸ stehen wegen des (zumeist

⁵⁰ Siehe nur oben I. mit Fn. 12 ff. Ausführlich auch Voss, Leihmutterschaft, 2015, S. 64 ff. (66); deutlich Gernhuber/Coester-Waltjen, Familienrecht (2020), § 52 Rn. 1 sowie § 53 Rn. 1.

⁵¹ S.o. II. sowie in Teil 2 in NSW 3/2025.

⁵² Sie erhält den „Mutterpass“ und auch das BVerfG spricht in seinen tragenden Entscheidungen zur (Nicht-)Zulässigkeit des Schwangerschaftsabbruchs von der Schwangeren durchgehend als Mutter, vgl. BVerfGE 39,1 ab Leitsatz 1; BVerfGE 88, 203 ab Leitsatz 1.

⁵³ So die ganz überwiegend gebräuchliche Bezeichnung vgl. nur Schramm/Wermke (Hrsg.), Leihmutterschaft und Familie, 2018; Lederer, Grenzenloser Kinderwunsch, 2015, ebenfalls bereits im Untertitel „Leihmutterschaft im nationalen, europäischen und globalen rechtlichen Spannungsfeld“; Goidel, Leihmutterschaft, 1994; Voss, Leihmutterschaft, 2015; K. Duden, Leihmutterschaft, 2015, jeweils mwvN.

⁵⁴ Siehe nur Thomale, Mietmutterschaft, 2015 mit einem Begriffsdiskurs ab S. 7 ff., wobei der Begriff mit der Leihmutterschaft wegen der damit verbundenen Ausbeutung der Mutter abgelehnt und mittels des Begriffs „Mietmutterschaft“ noch deutlicher die Ablehnung des Konzepts eingefordert wird. Den Gefahren sei vielmehr allein mittels Verweises in das Adoptionsverfahren zu begegnen. Zum Begrifflichen weiterführend auch Wapler in: Schramm/Wermke (Hrsg.): Leihmutterschaft und Familie, 2018, S. 107–147.

⁵⁵ So das ESchG (oben Fn. 26) in § 1 Abs. 1 Nr. 7: „Mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer es unternimmt, bei einer Frau, welche bereit ist, ihr Kind nach der Geburt Dritten auf Dauer zu überlassen (Ersatzmutter), eine künstliche Befruchtung durchzuführen oder auf sie einen menschlichen Embryo zu übertragen.“ Der deutsche Gesetzgeber ist bei dieser Begrifflichkeit geblieben, siehe auch § 13a AdVerMiG, das daneben die Wunscheltern als Bestellerinnen bezeichnet (§ 13b S. 1 AdVerMiG). Der Begriff ist möglicherweise dem Englischen *surrogacy* entlehnt, Schramm in: Schramm/Wermke (Hrsg.), Leihmutterschaft und Familie, 2018, S. 63.

⁵⁶ Siehe nur W. Küppers, Die zivilrechtlichen Folgen der entgeltlichen Tragemutterschaft, 1989. Schramm in: Schramm/Wermke (Hrsg.), Leihmutterschaft und Familie, Heidelberg 2018, S. 61 (86) verwendet den Begriff der Tragemutter bereits im Sinne der „weiteren“ Mutter als der Mutter, die biologisch das Kind „getragen“ hat und möchte Begegnungs- und Kontaktrechte einfordern.

⁵⁷ Von der Ammenmutterschaft spricht insbesondere – und teilweise synonym mit den übrigen, verwendeten Begriffen – Selb, Rechtsordnung und künstliche Reproduktion des Menschen, 1987, S. 99 ff. (108).

⁵⁸ Von Gestations- bzw. Gestationsleihmutterschaft spricht Schölmerich in: Schramm/Wermke (Hrsg.), Leihmutterschaft und Familie, 2018, S. 209. Die Differenzierung im Detail ist deshalb wichtig, weil die „genetische Leihmutterschaft“ von der American Society for Reproductive Medicine als ethisch nicht vertretbar eingestuft wird, im Unterschied dazu die Gestationsleihmutterschaft jedoch anders bewertet wird. Hier soll nämlich nur der Fall erfasst sein, dass in vitro erzeugte Embryonen

zeitlich) vorübergehenden Charakters sämtlicher Attribute mit dieser Unumstößlichkeit, die sich mit dem Stammwort verbindet, von vornherein in einem Widerstreit.⁵⁹ Die darin liegende Unvereinbarkeit von Attribut und Stammwort richtet sich so gegen das Konzept selbst. Mit anderen Worten, eine mit dem möglichen Auseinanderfallen von genetischer, sozialer und „tragender“ „Mutter“ zugleich mögliche Verteilung der Mutterrolle auf mehrere Personen wird vom Recht ignoriert. Die – im Übrigen nicht anfechtbare (§ 1591 BGB) – Zuschreibung an *nur eine* Frau unter Ausschluss der anderen ignoriert damit auch Beteiligungswünsche und verhindert eine Verantwortungsübernahme, wie sie etwa § 1592 Nr. 2 und 3 BGB für die Vaterschaft ermöglichen, oder auch eine Verantwortungsteilung.

Eine Lösung könnte nun darin liegen, die offensichtlich auf die Beteiligung mehrerer, bei notwendig auch zu verteilter Verantwortung der Sorge um das Kind und dessen Wohl, ausgerichtete Situation auch als solche anzuerkennen. Dieser Schritt wird bisher, soweit nachvollziehbar, jedoch nicht vollzogen. Auch hier gilt doch, ganz wie beim Schwangerschaftsabbruch, zum Wohle des Kindes ausräumen lässt sich ein Konflikt *nur mit der Frau*⁶⁰ (bzw. gebärfähig- und bereiten Person sowie *mit den Eltern*). Je mehr Verantwortung dabei den Beteiligten zuwächst, je eher dient dies dem Wohl des Kindes. Ein Konzept, das bereits begrifflich akzeptierte, dass die Mutterschaft viel weniger „gespalten“ als vielmehr um eine Person (die weitere mögliche Mutter) – *triadisch* – ergänzt ist, eröffnete solche Lösungen: Die Mutterschaft ist also viel weniger eine (vorübergehend, zeitlich begrenzte) nur in der Form des Tragens des Kindes (geliehene, gemietete),⁶¹ als vielmehr eine zusammen mit der nach der Geburt hinzutretenden sozialen Mutter *triadische Mutterschaft*.

Fortsetzung des Beitrags in Heft 3/2025

implantiert werden, die durch die Leihmutter ausgetragen werden. Dabei kann genetische Verwandtschaft mit der späteren („auftraggebenden“) Mutter und ggf. dem späteren („auftraggebenden“) Vater entstehen, es können aber prinzipiell auch Eizellen und Samen anderer Personen verwendet werden (deutlich S. 209).

⁵⁹ Die gebärende Mutter wird deshalb auch oft als „Geburtsmutter“ und damit als die vom Gesetz bestimmte „Mutter“ bezeichnet, siehe nur *Rauscher*, in: Staudinger, § 1591 BGB Rn. 7.

⁶⁰ Zusammenführend: *Eser*, in: FS-Hae-Mock Sonn 1993, S. 665 (667 ff.). Grundlegend insoweit *Gropp*, der darin immer den Ausgangspunkt seiner Argumentation sah, bspw. *Gropp*, in Münchener Kommentar StGB, Bd. 4, 3. Aufl. 2017, § 219 StGB Rn. 4. (ab der 4. Aufl. *Gropp/Wörner* ebd.).

⁶¹ *Bleisch*, Jahrbuch für Wissenschaft und Ethik 2012, S. 5 (17 ff.).