

**Die triadische Mutterschaft**  
– Nicht „Leihe der“, sondern „Hilfe zur Mutterschaft“ –  
**Teil 2**

– Fortsetzung von Teil 1 (NSW 2025, S. 129 ff.) –

Liane Wörner, 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“, stellte zunächst die vom aktuellen Recht gewählte Konzeption grundlegend in Frage (Teil 1), um nun

---

\* 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](mailto:liane.woerner@uni-konstanz.de).

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



anschließend zu erfragen, ob es einer Neugestaltung der strafrechtlichen Absicherung bedarf (Teil 2). Das wird verneint.

## Teil 2: Die triadische Mutterschaft, zulässig, nicht strafbar

Ist im Ergebnis der Untersuchung aus Teil 1 die Mutterschaft also viel weniger eine (vorübergehend, zeitlich begrenzte) nur in der Form des Tragens des Kindes (geliehene, gemietete), sondern gerade eine zusammen mit der nach der Geburt hinzutretenden sozialen Mutter *triadische Mutterschaft*, muss also noch gefragt werden, ob eine solche Vorstellung des Hinzutretens einer Mutter dem Kindeswohl insgesamt oder konkret widerspräche (A.) und ob die Konstruktion den aktuellen globalen Herausforderungen (B.) standhielte. Beides fortentwickelt, führt im Ergebnis (C.) dazu, dass es jedenfalls eines nicht bedarf: eines strafrechtlichen Verbots.

### A. Triadische Mutterschaft und Kindeswohl

In den aktuellen Entwicklungen familiärer Lebensverhältnisse – bei erkennbar zurückgehenden Heiratsneigungen, zunehmend nichtehelichen Partnerschaften, Single-Haushalten, in getrennten Wohnungen zusammenlebenden Paaren, Zwei-Karriere-Paaren, alternativen Wohngemeinschaften, bei sinkenden Geburtenzahlen, ansteigend kinderlosen Ehen, Stieffamilien, Adoptivfamilien und Patchworkfamilien – ist zwar einerseits eine erkennbare Steigerung von Diversitäten der Familiengestaltung deutlich erkennbar, aber dennoch nicht das „Ende der Familie“.<sup>1</sup> Während man sich also gewandelten Familienstrukturen und veränderten Wertekonzepten des Zusammenlebens sozial kaum verschließen kann<sup>2</sup> und seit geraumer Zeit Folgen für die Erziehung intensiv diskutiert werden,<sup>3</sup> hat dies nicht dazu geführt, dass Verantwortung für das Haben

<sup>1</sup> Aus theologischer Sicht etwa deutlich hierzu: *Schockenhoff*, Die Zukunft der Familie, 2014, S. 69 f., wonach jedenfalls 85 % der minderjährigen Kinder noch zusammen mit ihren eigenen Eltern aufwachsen.

<sup>2</sup> Siehe nur *Bünning* NZFam 2018, 304, 305, wonach das Vorhandensein von Kindern ein zentrales Kriterium für Familie bildet; *Konietzka/Kreyenfeld* NZFam 2015, 1100, 1101 ff. zum Hinzutreten neuer Lebensformen zur klassischen Kernfamilie im Wege soziokultureller Modernisierung; Begrifflich: *Münch*, Familienrecht, 4. Aufl. 2023, § 11 Rn. 1, 2; *Allmendinger/Wetzel* NZFam 2018, 308, 309, 311 mit Betonung der Familie und Entscheidungen iSv Eltern und Kindern; siehe auch die kommentierten Ergebnisse einer Befragung (2012), durchgeführt von *Allmendinger/Haarbrücker*, WZB Discussion Paper No. P 2013-002; bereits *Maihofer/Böhnisch/Wolf*, Wandel der Familie, 2001; *Bergold/Buschner/Mayer-Lewis/Mühling* (Hrsg.), Familien mit multipler Elternschaft, 2017.

<sup>3</sup> Siehe nur *Entleitner-Phleps/Walper* Z Erziehungswiss 23 (2020), 323, 325 ff. mwN; *Gabriel/Keller* Z Erziehungswiss 23 (2020), 295, 299 ff.

und für das Erziehen von Kindern zunehmend allein – im Single-Haushalt-Kontext – beobachtet würde; ganz im Gegenteil: Kindschaftsverhältnisse sind heute durch das „Phänomen multipler Elternschaft bestimmt“.<sup>4</sup>

Wenn nun aber mit neuen Formen des Zusammenlebens in Partnerschaftsneugründungen, Patchwork- und Adoptivfamilien, Zwei-Karriere-Paaren oder auch in getrennten Wohnungen zusammenlebenden Paaren gehäuft multiple Elternschaften auftreten, ohne dass dies dem Kindeswohl von vornherein widerspräche oder schadete und ohne dass wir die Verantwortung für Kinder hier absprechen würden, so drängt die Frage: Mit welcher Begründung soll das Austragen eines Kindes durch *eine* Frau, während eine *andere* Frau oder Mann mit Partner:in die Elternverantwortung übernehmen möchten, von vornherein ein dem Kindeswohl widersprechendes Handeln sein?<sup>5</sup>

Als dem Kindeswohl entgegenstehende Gefahren werden insbesondere aufgeführt, dass das Auseinanderfallen von biologischer und sozialer Mutter die Identitätsfindung des Kindes erheblich erschwere und psychische Konflikte für alle Beteiligten schaffe.<sup>6</sup> Allein die gebärende Mutter entwickle zu dem Kind während der Schwangerschaft und unmittelbar nach der Geburt eine körperliche und psychosoziale Beziehung; das sei Ziel der Schwangerschaft und mit „geliehener“ Mutterschaft nicht erreichbar.<sup>7</sup> Das Zulassen der vorab bestellten, gar vertraglich geregelten,

---

<sup>4</sup> Schon *Schockenhoff* selbst, *Die Zukunft der Familie*, 2014, S. 71 mwN. Siehe auch *Bünning* NZFam 2018, 304, 305.

<sup>5</sup> Vorgetragen wird freilich auch, dass eine Zulassung anderer Mutterschaftsformen auch die Gefährdung der Frau, die das Kind austrägt, bedeuten würde und deshalb jener Zulassung entgegenstünde. Sie müsse vor dem bevorstehenden eigenen seelischen Schaden bewahrt, Angebote nur aus finanzieller Not von vornherein unterbunden und damit ein Schutz vor einer Instrumentalisierung (siehe weichen Paternalismus) installiert werden, siehe nur *Knoepffler/Münch* in Schramm/Wermke (Hrsg.), *Leihmutterschaft und Familie*, 2018, 235 ff., 238; Deutscher Ethikrat, *Sollte die Leihmutterschaft in Deutschland zulässig sein?*, <https://www.ethikrat.org/fileadmin/PDF-Dateien/Veranstaltungen/jt-22-05-2014-leihmutterschaft.pdf> (3.7.2025); für die Schweiz und letztlich auch die Kindesrechte für vordringlich haltend: *Hausammann/Quenon* SKMR Nr. 25 (2015), S. 3.

In der dahingehenden Diskussion wird freilich übersehen, dass sich jener weich paternalistische Schutz nicht mit arbeitsrechtlichen Schutzregelungen auf eine Stufe stellen lässt oder jedenfalls nur dann, wenn die Schutzmaßnahmen dann etwa auch positivrechtlich regelnd jenen des Arbeitsschutzrechts ähneln würden, nicht aber die Durchführung insgesamt bei Strafe verbieten. Das vollständige, strafbewehrte Verbot geht darüber weit hinaus. Die darin gerade liegende Instrumentalisierung der Frau ist ein wesentlicher, jedoch an anderer Stelle zu vertiefender Gedanke.

<sup>6</sup> *Schramm* in Schramm/Wermke (Hrsg.), *Leihmutterschaft und Familie*, 2018, 68.; dies nicht bestätigend Kommission für reproduktive Selbstbestimmung und Fortpflanzungsmedizin (KOMrSF), Abschlussbericht, Teil 2, Kap. 1.4.1.3., S. 411 ff., Kap. 2.1.2.1.3.1., S. 445 f.

<sup>7</sup> Diese Begründung trägt maßgeblich § 1591 BGB (1998), BT-Drs. 13/8511, S. 69 (re.Sp.). Sie wird ebenso in vielen Rechtsordnungen als tragend angeführt, siehe rechtsvergleichend *Gruenbaum* *American Journal of Comparative Law* 60 (2012), 475, 476 ff. sowie 486 f. zu den USA.

Austragung eines Kindes gehe zugleich mit seiner Objektivierung einher.<sup>8</sup> Kindeswohlschützende Adoptionsvorschriften würden umgangen.<sup>9</sup> Weil zudem eine Schwangerschaft mit gesundheitlichen Risiken für die austragende Mutter einhergehe, sei eine Herbeiführung derselben, im Wege künstlicher Befruchtung, im Wissen um alle Risiken, nicht zu verantworten.<sup>10</sup> Das Gebären eines Kindes gilt damit im deutschen Recht bis heute als nicht vertretungsfähiger, höchstpersönlicher Vorgang mit der unabwendbaren Folge einer Mutterschaft.<sup>11</sup>

Was bleibt tatsächlich, wenn man jene Gefahren entblättert? Droht mit Thomale die „totale Vermarktung“<sup>12</sup>? Wohl kaum. Vielmehr erscheinen die erkennbaren Gefahren der Kapitalisierung des Uterus<sup>13</sup> bis hin zu einer Leihmutterindustrie<sup>14</sup> (nach Thomale) nach allein utilitaristischer Logik<sup>15</sup>, teils als Argumentationen mit zu verhindernden Dammbrochen<sup>16</sup>, teils als auflösbare bzw. regelbare<sup>17</sup>, damit auch steuerbare Szenarien. Genau besehen, handelt es sich eher um deontologische Narrative, weil die Folgenbewertung der Leihmutterschaft (utilitaristisch) nicht allein negativ ausfällt. So mag man gerne bezweifeln wollen, dass

<sup>8</sup> Deutlich *Thomale*, Mietmutterschaft, 2015, S. 11–14; zur Argumentation auch: *Hausmann/Quenon* SKMR Nr. 25 (2015), S. 3 f.; Schramm/Wermke (Hrsg.), Leihmutterschaft und Familie, 2018, Einleitung, 18; *Wapler* in Schramm/Wermke (Hrsg.), Leihmutterschaft und Familie, 2018, 118, 123. Siehe nun auch KOMrSF-Bericht (Fn. 6), Teil 2, Kap. 2.1.2.1.3.1., S. 446, Kap. 2.1.2.3.2.2., S. 458 ff.

<sup>9</sup> *Thomale*, Mietmutterschaft, 2015, S. 17; auch *Koch* in Schramm/Wermke (Hrsg.), Leihmutterschaft und Familie, 2018, 153 ff., 156 f. Insbesondere auch zum deshalb bestehenden dringenden Regelungsbedürfnis *Reinhardt*, Rechtliche Grundlagen des Adoptionswesens, 2017, S. 55 ff.

<sup>10</sup> BT-Drs. 11/5460, S. 15. § 1591 BGB diene idS gerade auch zur Verhinderung von sog. Leihmutterschaften, weil damit die Wunschmutter nicht Mutter werden kann, BT-Drs. 13/8511, S. 69; idS auch OLG Stuttgart FamRZ 2012, 1740 f.; vgl. auch KOMrSF-Bericht (Fn. 6), Teil 2, Kap. 1.4.1.1., S. 408 ff., Kap. 1.4.2., S. 413 ff.; rechtsvergleichend *Gruenbaum* American Journal of Comparative Law 60 (2012), 475, 478 f.

<sup>11</sup> So eindeutig das Gesetz in § 1591 BGB, § 1 I Nr. 7 ESchG, § 13c AdVerMiG; zustimmend *Thomale*, Mietmutterschaft, 2015, S. 2; kritisch a.A. wie hier *Wellenhofer*, in Münchener Kommentar BGB, Bd. 10, 9. Aufl. 2024, § 1591 Rn. 21 f., s.a. Rn. 10 f.; jedenfalls Umgangsrechte einfordernd, so über § 1686a BGB analog (ebd. Rn. 23); für eine Anwendung von § 1686a BGB analog für die Eizellspendlerin und aus Gründen des Art. 3 GG *Löhnig* FamRZ 2015, 806, 807.

<sup>12</sup> *Thomale*, Mietmutterschaft, 2015, S. 11 mit Fn. 35.; zu diesem grds. bestehenden Problem auch KOMrSF-Bericht (Fn. 6), Teil 2, Kap. 1.4.4., S. 425, Kap. 2.1.2.1.2.3., S. 444, Kap. 2.1.2.3.4.2., S. 462 f., Kap. 2.2.3.2., S. 479 f.

<sup>13</sup> Insoweit kritisch mit der Aufforderung zur Debatte und Entwicklung gerade auch erforderlicher feministischer Ansätze, siehe nur *E. Neumann* GiD 243 (2017), 29 ff. mwN.

<sup>14</sup> So *Schewtschuk*, Ukraine: Leihmutter-Industrie bringt Land in Verruf, sagt Großerzbischof, Vatican News v. 26.6.2020, <https://www.vaticannews.va/de/welt/news/2020-06/ukraine-leihmutterschaft-schewtschuk-video-skandal-kirche-bischo.html> (3.7.2025); vgl. auch *Apitzsch* Feministische Studien 2016, 341.

<sup>15</sup> *Thomale*, Mietmutterschaft, 2015, S. 11 f.

<sup>16</sup> Zu Recht kritisch *A. Esser*, Leihmutterschaft, 2021, schon S. 13 ff.

<sup>17</sup> Statt vieler siehe nur *Benicke* StAZ 2013, 101, 111; ausführend *A. Esser*, Leihmutterschaft, 2021.

es Frauen gibt, die aus eigenverantwortlicher, freier Entscheidung „ihren Uterus vermieten“<sup>18</sup>, allein als Grundlage für ein strafbewehrtes, umfassendes Verbot in einem freien, inklusiven Diskurs genügt dies nicht. Vielmehr ist festzuhalten, dass sich die Ausbeutung Einzelner und damit einhergehende Gefahren kaum mit strafbewehrten, umfassenden Verboten bekämpfen lassen. Es bedarf dazu vielmehr rechtlicher Gleichstellung der Ausgebeuteten.<sup>19</sup> Schlicht nicht nachweislich ist, dass sich körperliche und psychosoziale Verbindungen während der Schwangerschaft nicht aufbauen ließen; hier werden die Umstände des Schwangergehens in der Diskussion zu wenig beachtet.<sup>20</sup> Diskurse nicht empirischer, sogenannter reflektierter Plausibilitätsbetrachtung, die in Formen der triadischen Mutterschaft allein Not, Armut und Zwang zur „Selbstveräußerung“ sehen,<sup>21</sup> sind letztlich selbst (ergebnisorientiert) mit „Voreinstellungen“ belastet.<sup>22</sup> Schließlich verletzt alleine der Umstand der Durchführung einer sog. „Leihmutterschaft“, besser triadischen Mutterschaft, die Menschenwürde der Schwangeren, die gebärt,<sup>23</sup> und erst recht jene des Kindes, das ohne die Schwangerschaft nicht geboren wäre,<sup>24</sup> nicht. Verletzungen der Rechte sind vielmehr erst durch die Art und Weise der

<sup>18</sup> So *Thomale*, Mietmutterschaft, 2015, eingangs S. 10, allerdings ohne, dass er hierfür Nachweise oder mit dieser Aussage jedenfalls zu erwartende empirische Befunde liefern würde. Vorsichtig anzumerken ist, dass diese Aussage selbst schon nur vor dem Hintergrund einer nicht wertfreien Grundeinstellung plausibel klingen mag.

<sup>19</sup> Wenn der teils angeführte Vergleich mit dem Verbot der Prostitution an einer Stelle passend geführt werden kann, dann hier (*Thomale*, Mietmutterschaft, 2015, S. 11, argumentiert freilich gegen Sexdienstleisterinnen ebenso wie gegen „Gebärdienstleisterinnen“, ohne die darin schon begrifflich verankerte Degradierung zu bemerken). So hat das umfassende strafbewehrte Verbot der Prostitution, die Prostitution selbst nur insgesamt in den Bereich der Illegalität verdrängt, die Prostituierten (idR Frauen) entrechtlicht und ihnen Krankenversicherungsschutz und Einkommenschutz verwehrt. Erst mittels Legalisierung ließ sich der Ausbeutung entgegenreten. Übertragen auf die hiesige Grundkonstellation bedeutet dies, dass sich der Ausbeutung von austragenden Müttern durch deren umfassenden rechtlichen und statusmäßigen Schutz entgegenreten ließe, ergänzt um den rechtlichen Schutz auch der sozialen (genetischen) Mutter. Ganz in diesem Sinne fordert *Majer* NJW 2018, 2294, 2297 f. eine vertraglich gerade ähnliche Gestaltung – einschließlich einer entsprechenden Entlohnung – auch für die gebärende Mutter.

<sup>20</sup> Es geht hier weniger um einen ein- und wieder abzustellenden Zustand, als um einen Prozess des Veränderns, Werdens und Wachsens, den jede Frau individuell anders und jeweils mit dem Kind erlebt, betont u.a. von *B. Duden* in *Duden/Schlumbohm/Veit* (Hrsg.), *Geschichte des Ungeborenen*, 2002, 11, 12, 45 ff.

<sup>21</sup> Bestimmte Entscheidungen von Marktteilnehmern sind deshalb nie freiwillig, vgl. nur *Sandel*, *Gerechtigkeit*, 2013, Kap. 4, S. 107, 129, 139-143.

<sup>22</sup> Damit wird nicht ignoriert, dass das Angebot einer Mutterschaft mit finanzieller Not einhergehen kann, dazu etwa *Rothman*, *Recreating Motherhood*, 1989, S. 237. Dass beides nicht zwangsweise verbunden sein muss, zeigt aber etwa *Peng* *Journal of Gender, Social Policy & Law* 3/21 (2013), 555 ff.

<sup>23</sup> Vgl. *Starck*, Gutachten A für den 46. Deutschen Juristentag 1986, 41 f., 56 f. So auch BGH Beschluss v. 10.12.2014 – XII ZB 463/13 = NJW 2015, 479, 483 Rn. 49.

<sup>24</sup> Vgl. *Coester-Waltjen*, Gutachten B für den 46. Deutschen Juristentag 1986, 46 sowie BGH ebd. (Fn. 23); zustimmend BGH Beschluss v. 10.12.2014 – XII ZB 463/13 = NJW 2015, 479, 483 Rn. 49.

Durchführung und sie begleitender Umstände möglich. Sie können aus einem mangelnden rechtlichen Schutz der austragenden Mutter und des von ihr zu gebärenden Kindes folgen.<sup>25</sup> Darin sind die Beeinträchtigung des Kindeswohls bei der Geburt eines Kindes, ohne dass dessen personenrechtlicher Status samt seiner Elternschaft rechtlich geklärt sind, ebenso Fakt,<sup>26</sup> wie der Eingriff in die Rechte der Frau, wenn ihr das Austragen eines Kindes (gebärende Schwangere) von vornherein<sup>27</sup> oder/und wenn Lebenspartnern die gewünschte elterliche Verantwortung – sei es eine soziale oder iVm einer Eizellspende eine genetische – gegenüber dem (genetischen) Vater, der seine Vaterschaft über § 1592 BGB anerkennen kann, versagt wird.<sup>28</sup> In seiner freilich umstrittenen, wenn auch zu meist begrüßten Entscheidung hat der 12. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs deshalb in der Zuweisung der Elternstellung an die Wunscheltern bei genetischer Verwandtschaft eines Wunschelternteils mit dem Kind keinen *ordre public*-Verstoß erkennen können, sondern vielmehr allein in der Zuweisung eine Grundrechtewahrung erblickt.<sup>29</sup> Insbesondere hat das Kind aus Art. 2 I iVm Art. 6 II GG und aus Art. 8 I EMRK ein Recht auf rechtliche Zuordnung, das im Sinne des Kindeswohls eine Zuordnung zu beiden Eltern einschließt.<sup>30</sup> Zu diesem Kindeswohl, darin ist dem BGH ausdrücklich zuzustimmen, „gehört die verlässliche rechtliche

---

<sup>25</sup> BVerfG Beschluss v. 22.8.2012 – 1 BvR 573/12 = NJW-RR 2013, 1, 2 mit Rn. 15. Zur Eintragung einer Lebenspartnerin in die Geburtsurkunde des von der anderen Partnerin während der Partnerschaft geborenen Kindes ohne vorherige Adoption vgl. auch BVerfG Beschluss v. 2.7.2010 – 1 BvR 666/10 = NJW 2011, 988. Zur Sukzessivadoption durch eingetragene Lebenspartner BVerfG, Urteil v. 19.2.2013 – 1 BvL 1/11, 1 BvR 3247/09 = NJW 2013, 847. Allein die Individualität der Prüfung der Lebensumstände im Einzelnen verdeutlicht das Erfordernis einer grundlegenden Ordnungsregelung durch den Gesetzgeber.

<sup>26</sup> Deutlich BGH Beschluss v. 10.12.2014 – XII ZB 463/13 = NJW 2015, 479, 482 ff. Rn. 46, 56, 58.

<sup>27</sup> BVerfG Beschluss v. 22.8.2012 – 1 BvR 573/12 = NJW-RR 2013, 1; s.a. BGH, Beschluss v. 26.8.2009 – XII ZB 169/07 (OLG Köln) = NJW 2009, 3306.

<sup>28</sup> Darin liegt insbesondere ein Verstoß gegen Art. 3 II GG.

<sup>29</sup> BGH Beschluss v. 10.12.2014 – XII ZB 463/13 = NJW 2015, 479 (insbesondere Rn. 30-43 ausführend; Rn. 45 f. zum Zurücktreten des Widerspruchs mit der grundlegenden Regelung des § 1591 BGB nach deutschem Recht).

<sup>30</sup> Ebenso BGH Beschluss v. 10.12.2014 – XII ZB 463/13 = NJW 2015, 479, 483 mit Rn. 54-56; EGMR Urteil v. 26.6.2014 – 65192/11, BeckRS 2014, 14980 – Mennesson/Frankreich Nr. 96. Da im deutschen Recht der Grundrechtsschutz des sog. Familiengrundrechts in Art. 6 I GG den Bestand rechtlicher Verwandtschaft nicht voraussetzt, sondern auf den Schutz der spezifisch psychologischen und sozialen Funktion familiärer Bindungen zielt, schließt der Schutz auch Familiengemeinschaften im weiteren Sinne ein, die als „soziale Familien“ vom Bestehen rechtlicher Elternschaft unabhängig sind. Zur Sukzessivadoption durch eingetragene Lebenspartner (insoweit auch zur Verletzung von Art. 3 I GG) vgl. nur BVerfG Urteil v. 19.2.2013 – 1 BvL 1/11, 1 BvR 3247/09 = NJW 2013, 847, 850 mwN gerade auch aus der weiteren Rspr. des BVerfG.

Zuordnung zu den Eltern als den Personen, die für sein Wohl und Wehe kontinuierlich Verantwortung übernehmen“.<sup>31</sup>

Die Gefahr ist damit letztlich darauf reduziert, dass mittels einer triadischen Mutterschaft ein reguläres Adoptionsverfahren – nach der Geburt – umgangen und dessen Prüf- und Schutzvorschriften zum Wohl des Kindes ausgeschaltet würden.<sup>32</sup> Jene Gefahr verbleibt freilich bereits dann vergleichsweise gering, wenn ein Elternteil, der Vater (denn ihm ist dies rechtlich möglich, § 1592 BGB), vor der Geburt die Vaterschaft anerkennt und die Annahme durch den Partner den vereinfachten Prüfvorschriften der Stiefkindadoption unterliegt.<sup>33</sup> Dennoch geht mit dem Verweis auf die Adoptionsregelungen iVm der individuellen Prüfung des Kindeswohls die Gefahr einher, dass die Wunscheltern selbst das Kind nicht adoptieren können, sondern es anderen zugesprochen wird.<sup>34</sup> Die Besonderheiten des Verfahrens der triadischen Mutterschaft nimmt das herkömmliche Adoptionsverfahren also nicht (jedenfalls nicht vollständig) auf. Das Fehlen von spezifischen Adoptions- bzw. Annahmeregulいたionen vor der Geburt birgt somit letztlich die Gefahr der rechtlichen Nichtregelung von Kindschaftsverhältnissen. Es lässt sich durch zivilrechtliche Regelungen beheben, die dem Kindeswohl entsprechen und dessen Prüfung zulassen. Eines strafbewehrten Verbots bedarf es insoweit nicht; vielmehr entspräche der Gesetzgeber mit positivrechtlichen Annahmeregulいたionen vor der Geburt gerade seiner Schutzpflicht aus Art. 6 GG und Art. 8 EMRK.<sup>35</sup>

---

<sup>31</sup> BGH Beschluss v. 10.12.2014 – XII ZB 463/13 = NJW 2015, 479, 484 mit Rn. 57 und Verweisen auf BVerfG NJW 2013, 847 (s.o.); EGMR Urteil v. 26.6.2014 – 65192/11, BeckRS 2014, 14980 – Mennesson/Frankreich Nr. 96; EGMR FamRZ 2007, 1529, 1530 = BeckRS 2007, 31615.

<sup>32</sup> Dazu: AG Berlin-Schöneberg, Beschluss v. 25.10.2012 – 70 III 70/12; ebenso, jedoch im Detail differenzierend, Engel ZEuP 2014, 538, 559; s.a. Benicke StAZ 2013, 101, 111, der wegen des Verweises auf das Adoptionsrecht ebenfalls dringend eine neue gesetzliche Regelung anmahnt.

<sup>33</sup> Ebenso BGH Beschluss v. 10.12.2014 – XII ZB 463/13 = NJW 2015, 479, 483 mit Rn. 56: Die Anerkennung ließe sich letztlich nur mit der Begründung versagen, nicht eine neuerliche Umgehung des inländischen Verbots der Ersatzmutterschaft nachträglich zu legalisieren. Steht das Kindeswohl im Zentrum, so kann aber das Kind nicht für von ihm nicht verantwortete Umstände seiner Entstehung zur Verantwortung gezogen werden, s.a. Sturm in Baur/Sandrock/Scholtka/Shapira (Hrsg.), FS Gunther Kühne, 2009, 919, 931 f.; Dethloff JZ 2014, 922, 931.

<sup>34</sup> Auch gesehen von BGH Beschluss v. 10.12.2014 – XII ZB 463/13 = NJW 2015, 479, 483 mit Rn. 52, 56; zu Recht krit. auch Benicke StAZ 2013, 101 ff.

<sup>35</sup> Vgl. nur BVerfG Urteil v. 19.2.2013 – 1 BvL 1/11, 1 BvR 3247/09 = NJW 2013, 847 = FamRZ 2013, 521 Rn. 44 f.; EGMR Urteil v. 26.6.2014 – 65192/11, BeckRS 2014, 14980 – Mennesson/Frankreich Nr. 96; vgl. auch EGMR FamRZ 2007, 1529, 1530 = BeckRS 2007, 31615. Zu Recht Regelungen fordernd: siehe schon § 8 AME-FoMedG, dazu in der Begründung ab S. 37 („nicht mehr zeitgemäß“); analysierend kritisch zu Recht auch Dorneck, Das Recht der Reproduktionsmedizin, 2018, S. 335; A. Esser, Leihmutterschaft, 2021, mit einem Gesetzentwurf (Vorschlag) ab S. 282 ff.; Benicke StAZ 2013, 101 ff., 111.

## B. Aktuelle Herausforderungen in der globalisierenden Welt

Etwas anderes könnte jedoch noch daraus folgen, dass vor dem Hintergrund eines sich ausbreitenden transnationalen Fortpflanzungstourismus<sup>36</sup> und ohne, dass sich eine Verständigung über gemeinsame Mindeststandards abzeichnete,<sup>37</sup> allein ein strafbewehrtes Verbot des Schwangerschens für andere (weitere) Eltern die Nichtdurchführung auch im Ausland aufgrund mit ihr einhergehender Nichtanerkennung im Inland sicherstellte. Schon Coester-Waltjen hat ausgeführt, dass das Gegenteil der Fall ist: So habe vielmehr gerade das nationale Verbot der Leihmutterschaft „fatale Folgen: Es fördert den Fortpflanzungstourismus, unterbindet durch die Strafbarkeit der Beihilfe eine vernünftige Beratung und liefert die geborenen Kinder einem ungewissen Schicksal aus. In einer globalen Gesellschaft ist dieser Problematik nur angemessen beizukommen, wenn man innerstaatlich legitimen Bedürfnissen Raum gibt und dazu beiträgt, auf internationaler Ebene eine Verständigung über gemeinsame Standards zu erreichen und Grundprinzipien als Voraussetzung für die Akzeptanz des transnationalen Vorgehens zu entwickeln“.<sup>38</sup> Es gehört mithin gerade zu den aktuellen Herausforderungen, die grenzüberschreitende Inanspruchnahme von sog. „Leihmüttern“ durch eine entsprechend national präventiv-steuernde Regelung triadischer Mutterschaft einzudämmen und gerade dadurch die Entwicklung von global geltenden Mindeststandards des Verfahrens mit Rechten für alle Kinder zu fördern.

Dass dies der richtige, zumal vielerorts längst eingeforderte,<sup>39</sup> Weg ist, zeigt wiederum der Blick in die Judikatur: Ausgehend von der Faktenlage

---

<sup>36</sup> Dazu etwa *Lederer*, Grenzenloser Kinderwunsch, 2015, S. 81 ff.; *Diel*, Leihmutterschaft, 2014, de lege ferenda ab S. 210 ff.; zu den USA *Voß FamRZ* 2000, 1552 ff.; *Benicke StAZ* 2013, 101 ff.; präzisierend auch *Dethloff JZ* 2014, 922 ff.; vgl. auch KOMrSF-Bericht (Fn. 6), Teil 2, Kap. 1.3.4., S. 389.

<sup>37</sup> Statt vieler nur *K. Duden*, Leihmutterschaft, 2015, S. 4 ff.

<sup>38</sup> *Coester-Waltjen*, Was erlaubt das Recht?, Referat anlässlich der Jahrestagung des Deutschen Ethikrats am 22.5.2014, <https://www.ethikrat.org/fileadmin/PDF-Dateien/Veranstaltungen/jt-22-05-2014-coester-waltjen.pdf> (3.7.2025).

<sup>39</sup> Dazu bereits oben A./B. vgl. nur *Benicke StAZ* 2013, 101 ff.; *Dorneck*, Das Recht der Reproduktionsmedizin, 2018, S. 335 mit einer Analyse zu § 8 AME-FoMedG; *Lederer*, Grenzenloser Kinderwunsch, 2015, S. 173 ff.; *K. Duden*, Leihmutterschaft, 2015, S. 321 ff.; *A. Esser*, Leihmutterschaft, 2021, mit Gesetzesentwurf ab S. 282 ff. Auf die teils umfassenden rechtsvergleichenden Studien kann an dieser Stelle schon aus Platzgründen nur verwiesen werden, siehe statt vieler nur *Lederer*, Grenzenloser Kinderwunsch, 2015, mwN. Es kommt auch vorliegend argumentativ weniger darauf an, nochmals zu verdeutlichen, dass die Regelungswerke international noch zu unterschiedlich sind und von weitumfassenden Verboten bis hin zur freien Zulassung reichen, dazu nur *K. Duden*, Leihmutterschaft, 2015, S. 4 ff. Entscheidend sind vielmehr, die aus einer im Ausland durchgeführten triadischen Mutterschaft resultierenden Folgen für Kind und Wunscheltern im Inland.

kann man sich dem Umstand heute kaum verschließen, dass ein Bedarf an der Durchführung einer „Leihmutterschaft“, möglichst in Gestalt einer triadischen Mutterschaft, besteht.<sup>40</sup> Beobachten lässt sich auch, dass jenes Bedürfnis seitens der Betroffenen am ehesten dort befriedigt wird, wo der Widerstand, meint die rechtlichen Hindernisse, am geringsten ist.<sup>41</sup> Die dadurch in der Existenz von Kindern geschaffene Faktenlage geht gerade mit teils erheblichen Risiken für die betroffenen Frauen, Kinder und Wunscheltern einher, jedenfalls sobald das Verfahren in einem transnationalen Kontext stattfindet und die Wunscheltern das Kind mit in ein anderes, anderen Regelungen unterliegendes Land mitnehmen möchten.

Weil nun dem geborenen Kind nicht die Verantwortung für seine Existenz angelastet werden kann,<sup>42</sup> entsteht aus der geschaffenen Faktenlage – mit ungesicherten Rechtsfolgen international – bei zugleich präventivem, ggf. (so in Deutschland) strafbewehrtem Verbot national – eine Paradoxie nachträglicher Anerkennungspflicht ausländischer Zuordnungsentscheidungen. Mit anderen Worten, der nationale Gesetzgeber kann dem Kind den Status als Kind der Wunscheltern ohne Verstoß gegen seine Grundrechte und Menschenrechte kaum verweigern.<sup>43</sup> Deshalb hat der BGH in seiner vielzitierten und diskutierten Entscheidung einem Elternpaar die Anerkennung eines kalifornischen Urteils zur Elternstellung bei „Ersatzmutterschaft“ deshalb nicht verweigern können, weil dem Kind selbst seine Existenz nicht vorzuwerfen war und darin allein und in dem Verfahren kein *ordre public*-Verstoß festgestellt werden konnte; letzteres letztlich, weil dem Kindeswohl entsprechend eine Zuordnung rechtlich zu den Wunscheltern auch dem Wertedenken des deutschen Rechts entspricht.<sup>44</sup> Der EGMR betont, dass zum Kindeswohl die inländische Zuordnung auch zum zweiten Wunschelternteil gehört, andernfalls mithin

---

<sup>40</sup> Eindrücklich etwa *K. Duden*, Leihmutterschaft, 2015, S. 3 ff.

<sup>41</sup> Vgl. dazu nur den Forschungsbericht von *K. Duden/J. Basedow*, Internationale Leihmutterschaft: Das Kind im juristischen Niemandsland (2015), MPI für ausländisches und internationales Privatrecht, DOI [10.17617/1.1Z](https://doi.org/10.17617/1.1Z).

<sup>42</sup> Siehe schon oben B. mit BGH, Beschluss v. 10.12.2014 – XII ZB 463/13 = NJW 2015, 479, 482 f.

<sup>43</sup> Zur vormaligen Annahme eines *ordre public*-Verstoßes siehe *Lipp* in Laufs/Katzenmeier/Lipp (Hrsg.), *Arztrecht*, 8. Aufl. 2021, VIII./Rn. 49 mwN; dazu auch *Benicke* StAZ 2013, 101, 109.

<sup>44</sup> BGH, Beschluss v. 10.12.2014 – XII ZB 463/13 = NJW 2015, 479; dazu auch oben unter B.

ein Eingriff in sein Recht aus Art. 8 I EMRK vorläge.<sup>45</sup> Die Aufgabe jener Paradoxie ist mit Schramm allein mittels national präventiver Regelungen zugunsten der Zulassung einer triadischen Mutterschaft, unter Aufgabe des § 1591 BGB also, möglich.<sup>46</sup> Denn eine Argumentation, die dem Kind zu seinem Wohl die inländische Zuordnung zu seinen Wunscheltern versagte, ist vor dem Hintergrund der Entwicklung der nationalen wie der Rechtsprechung des EGMR nicht denkbar. Dass dennoch ein international gültiges Agreement zur Zulassung jedweder bis auch nur bestimmter Formen der triadischen Mutterschaft vor dem Hintergrund der bestehenden Meinungspluralität nicht erreichbar erscheint, mag teils unbefriedigend erscheinen.

Es bleibt aber, dass die vollständige Verdrängung in die Illegalität keine wirklichen Lösungen böte, sondern vielmehr mittels vollständiger Rechtslosigkeit der Beteiligten eben nur mehr Gefahren insbesondere für die Gebärende und für das zu gebärende Kind bedeutete. Die dringend erforderliche Einhaltung medizinischer Standards im In- und Ausland, die geschützte und entscheidend verbesserte Rechtsstellung im Gleichklang für alle Beteiligten sowie eine europarechtsfreundliche, notwendige Anerkennung ausländischer Statusentscheidungen lassen sich nur mittels geregelter, präventiver Zulassung erwirken,<sup>47</sup> nicht mittels Strafrechts.

### C. Ausblick

Die fehlende Koordination der Rechtsordnungen und die fehlende Kooperation zwischen den Staaten wirken sich aktuell zu Lasten des Kindeswohls aus.<sup>48</sup> Kooperation und Koordination fehlen aber vor allem deshalb, weil eine Einigung aller Staaten auf ein vollständiges Verbot der „Hilfe zur Mutterschaft“, hier der triadischen Mutterschaft, nicht zu erzielen ist. Das liegt nicht zuletzt auch daran, dass seit jeher das

---

<sup>45</sup> Siehe auch bereits oben unter B. sowie EGMR, Urteil v. 26.6.2014 – 65192/11, BeckRS 2014, 14980 – Mennesson/Frankreich Nr. 96; zustimmend BGH NJW 2015, 479, Fn. 44.

Was hier nicht weiter vertieft werden kann, findet sich auch in Art. 7 EU-GRCh wieder, der in Form eines Achtungsanspruchs die Familie (neben Privatleben, Wohnung und Kommunikation) schützt und eng angelehnt an Art. 8 der EMRK als Messlatte für das Recht der Mitgliedsstaaten und für das Unionssekundärrecht formuliert (so *Knecht* in Schwarze/Becker/Hatje/Schoo (Hrsg.), EU-Kommentar, 4. Aufl. 2019, Art. 7 Rn. 8). Die Freizügigkeit von Unionsbürgern und ihren Familienangehörigen in der EU garantiert die RL 2004/38/EG v. 29.4.2004, ABl. EU 2004 L 158/77; für Nichtunionsbürger gilt RL 2003/86/EG v. 3.10.2003, ABl. EU 2003 L 251/12 insbesondere betreffend das Recht auf Familienzusammenführung.

<sup>46</sup> *Schramm* in Schramm/Wermke (Hrsg.), Leihmutterschaft und Familie, 2018, 85.

<sup>47</sup> So schon deutlich *Schramm* in Schramm/Wermke (Hrsg.), Leihmutterschaft und Familie, 2018, 85.

<sup>48</sup> Ähnlich *Lederer*, Grenzenloser Kinderwunsch, 2015, S. 305.

Austragen eines Kindes durch eine andere Frau sowohl denkbar als auch vor allem praktiziert worden war, so dass sich einige Staaten gegenüber Wunschelternpaaren verständnisvoll zeigen. Familie, das ist, wenn Eltern sich sozial für Kinder verantwortlich zeigen. Es bedeutet, dass über eine Paarbeziehung hinaus, auch die Verantwortung für eine neue Generation, deren Heranwachsen, deren Werte- und Gesellschaftserziehung und deren Prägung übernommen wird.

Rechtliche Regelungen dürfen dabei präventiv, auch mit Mitteln des Strafrechts, das Entstehen von Familienkonzepten unterbinden, die den Schutz der Familie und – sie tragend – des Kindeswohls nicht ermöglichen oder diesem zuwiderlaufen. Nach deutschem Recht dient dies dem Schutz der Familie aus Art. 6 I GG, im europarechtlichen Kontext dem Schutz aus Art. 8 I EMRK. Richtig ist dabei auch, dass Eingriffe in das Recht des Kindes erst mit seiner Existenz, nicht aber zuvor, denkbar sind. Dem Recht ist es jedoch verwehrt mittels präventiver, vor der Existenz einsetzender, strafbewehrter Verbote – hier umfassend der gesetzlich so bezeichneten „Ersatzmutterschaft“ – Konstellationen zu erschaffen, die mit Existenz des Kindes dessen Kindeswohl widersprechen. Vielmehr greift die Schutzpflicht auch dann, wenn in der Folge auch verbotsgeprägter Handlungen ein schützenswerter Umstand entsteht, hier wenn ein geborenes Kind verantwortungsvoll sozialer Elternschaft rechtlich zugeführt werden soll und iVm mit seinen Rechten aus Art. 2 I, 6 I GG, Art. 8 I EMRK auch zugeführt werden muss. Der Gesetzgeber darf sich seinerseits dort auf allein strafrechtliche Verbote nicht zurückziehen.<sup>49</sup> Das allein nebenstrafrechtliche Verbote beinhaltende ESchG schafft damit nur im Ergebnis international divergierende Schutzstandards und schafft bzw. erhöht damit Gefahren für geborene Kinder, indem ihnen Schutz- bis Staatenlosigkeit droht, während ihr rechtlicher Schutz, als Schutz des Kindeswohls, gerade sichergestellt werden muss. Dieser Schutz lässt sich aber nur in Gestalt der Regelung des Verfahrens, nicht seines Verbots, herstellen. Das nur Verbote enthaltende Embryonenschutzgesetz nach deutschem Muster endet in seinem Wirkungskreis dagegen bei der Missbrauchskontrolle.<sup>50</sup> Ganz in diesem Sinne kommt das

---

<sup>49</sup> Zur Tragfähigkeit und Tragweite der Verbotsnormen allein eines ESchG überzeugend *Frommel et. al.* J Reproduktionsmed Endokrinol. 2010, 96, 101 ff.; *Frommel JZ* 2013, 488, 489; *dies.* in Herzog/Neumann (Hrsg.), FS Hassemer, 2010, 831 ff.

<sup>50</sup> Vgl. ausführend auch *A. Esser*, Leihmutterschaft, 2021, insbes. resümierend S. 282 ff.; *Dorneck*, Das Recht der Reproduktionsmedizin, 2018, S. 335 mit einer Analyse zu § 8 AME-FoMedG; zivilrechtlich *K. Duden*, Leihmutterschaft, 2015, S. 133 ff.; 219 ff.

Strafrecht im Rahmen der nun dringlich erforderlichen Verfahrensregelung, zum Schutz derselben vor den Gefahren der Ausbeutung und Rechtlosstellung, wieder in Betracht; solche sind nicht schon längst überholte Gefahren gespaltener bzw. bereicherter Mutterschaft.<sup>51</sup> Über weitere denkbare Gefahren gilt es zu diskutieren, nicht aber über das Verbotensein selbst.

---

<sup>51</sup> *Wapler*, in Dreier/Brosius-Gersdorf (Hrsg.), GG, Bd. 1, 4. Aufl. 2023, Art. 1 I Rn. 137.