

# Verbot der Leihmutterschaft – „und wer denkt an die Kinder?“

[juwiss.de/verbot-der-leihmutterschaft-und-wer-denkt-an-die-kinder46-2017/](http://juwiss.de/verbot-der-leihmutterschaft-und-wer-denkt-an-die-kinder46-2017/)

May 9, 2017

von THERESA RICHARZ

**Obwohl das vertraglich vereinbarte Austragen von Kindern für Dritte in Deutschland und in vielen anderen europäischen Ländern verboten ist, nehmen Paare die Dienste von Frauen aus Ländern in Anspruch, in denen die Rechtslage ihre Elternschaft ermöglicht. Die Gerichte stehen vor einem Dilemma: Einerseits sehen sie sich generalpräventiven Erwägungen verpflichtet, die eine Anerkennung der Wunschelternschaft als Aushöhlung des Verbots der Leihmutterschaft erscheinen lassen. Andererseits ist auf das Wohl der nun existierenden Kinder abzustellen. Sowohl der EGMR als auch das OLG Braunschweig haben dieses Jahr das Kindeswohl aus der Rechnung herausgenommen – mit fragwürdiger Begründung und ungewissen Konsequenzen.**



*„Vielmehr spricht das Kindeswohl eher für als gegen eine Anerkennung.“*

2014 erkannte der BGH die Eintragung der Elternschaft von zwei deutschen Männern, die mittels eines Leihmutterschaftsverhältnisses in den USA ein Kind bekommen hatten, durch ein kalifornisches Gericht an und stellte fest, dass kein Verstoß gegen den *ordre public international* vorliege. Dieser sei verletzt, wenn eine ausländische Entscheidung zu den „Grundgedanken der deutschen Regelungen und den in ihnen enthaltenen Gerechtigkeitsvorstellungen in so starkem Widerspruch steht, dass es nach deutscher Vorstellung untragbar erscheint.“

Für das Verbot der Leihmutterschaft in Deutschland werden im Wesentlichen zwei Gründe angeführt: Einerseits der Schutz der austragenden Frau vor Ausbeutung, andererseits der Konflikt der Leihmutterschaft mit Grundannahmen des Abstammungsrechtes. Gemäß § 1591 BGB ist „Mutter die Frau, die das Kind geboren hat“; primäre Regelung zur Vaterschaft ist im System des BGB weiterhin die Vaterschaftsvermutung des Ehemannes der Mutter. Beide Regelungen spiegeln die bei einer Leihmutterschaft intendierte Rechtslage nicht wider: Rechtliche Mutter des Kindes wäre stets die Leihmutter. Auf ihre Mutterschaft kann sie nur durch Adoption, nicht aber durch vertragliche Vereinbarung verzichten.

Der BGH stellte fest, dass diese Annahme nicht zwingend zum *ordre public* gehöre. Das Kind könne schließlich nichts für die „Umstände seiner Entstehung“ und im Gegensatz zur Leihmutter nehmen die Wunscheltern die Elternstellung ein – ausschlaggebend war somit ausschließlich das Wohl des betroffenen Kindes. Der Bruch mit dem bestehenden System sei zudem nicht so gravierend, da immerhin *einer der Männer mit dem Kind genetisch*

*verwandt ist.* Mit diesem Argument hält der BGH daran fest, dass rechtliche Elternschaft primär durch genetische Verwandtschaft zu begründen sei. Dass dies gerade in Fällen transnationaler Leihmutterschaft problematisch ist, zeigt ein italienischer Fall, den im Januar der EGMR entschieden hat.

### *„Befriedigung eines narzisstischen Bedürfnisses“*

---

Trotz einer entgegenstehenden Vereinbarung mit der Reproduktionsklinik stellte sich heraus, dass keine genetische Verwandtschaft des Wunschvaters mit dem aus einem russischen Leihmutterschaftsverhältnis stammenden Kind bestand. Obwohl das Kind seit seiner Geburt mit den Wunscheltern zusammenlebte, wurde es ihnen als „unbefugten Fremden“ von den italienischen Behörden entzogen und zur Adoption freigegeben.

Bei der Entscheidung der Großen Kammer vom 24.01.2017 fiel die menschenrechtliche Prüfung denkbar knapp aus: Da keine genetische Verwandtschaft mit dem Kind vorliege und für das Bestehen einer de-facto-Familie das Zusammenleben mit dem Kind zu kurz gewesen sei, sei im Rahmen von Art. 8 Abs. 1 EMRK der Schutzbereich des Rechtes auf Achtung des Familienlebens nicht eröffnet, sondern lediglich das Recht der Eltern auf Achtung ihrer Privatsphäre tangiert. Dieses müsse jedoch hinter den öffentlichen Interessen des Staates an einem Verbot der Leihmutterschaft und der Verhinderung von „Unordnung“ zurücktreten. Das Kind habe den Eltern schließlich nur zur *„Befriedigung eines narzisstischen Bedürfnisses“* gedient.

Ein internationaler Konsens zum Umgang mit Leihmutterschaft existiert nicht. Wie in allen kürzlich entschiedenen Fällen zur Leihmutterschaft wurden auch hier nach dem lokalen Recht die Wunscheltern als Eltern eingetragen, während sie nach dem Recht ihres Heimatstaates aufgrund eines Leihmutterschaftverbots als solche nicht anerkannt wurden. Obwohl somit mehrere Personen als potentielle Eltern zur Verfügung standen und die Wunscheltern wohl schon durch die Begründung des Leihmutterschaftsverhältnisses zum Ausdruck gebracht haben, Elternverantwortung übernehmen zu wollen, wurde das Kind aus der Familie entfernt. Das Kindeswohl spielt in der Entscheidung des EGMR keine Rolle. Gerade dieser Fall zeigt, wie willkürlich die Folgen des Festhaltens an der genetischen Verbindung ausfallen können – tritt in der Fortpflanzungsklinik eine Verwechslung genetischen Materials auf, entfällt die rechtliche Zuordnung. Auch die Möglichkeit, über ein Zeitmoment zur „de-facto-Familie“ zu werden, kann zu fatalen Konsequenzen, wie dem Verheimlichen der Geburt eines durch Leihmutterschaft entstandenen Kindes führen.

### *„Das Kindeswohl gebietet nicht grundsätzlich die rechtliche Zuordnung“*

---

So erscheint die Entscheidung des OLG Braunschweig vom 12.04.2017, die sich auf das Urteil des EGMR zum italienischen Fall beruft, mit der Argumentation, den Wunscheltern stehe nach nationalem Recht der Weg zur rechtlichen Elternschaft über eine Vaterschaftsanfechtung des Ehemannes der Leihmutter und eine anschließende Stiefkindadoption offen, unter Kindeswohlgesichtspunkten als verfehlt. Auch hier wird an die genetische Elternschaft angeknüpft, was im konkreten Fall für erhebliche Rechtsunsicherheit sorgen kann. Eine Adoption stellt zudem einen zusätzlichen rechtlichen Akt dar, der eine einseitige Lösung der Wunscheltern von der Übernahme der Elternverantwortung ermöglicht. Das OLG berief sich darauf, dass es für das Kindeswohl nicht erforderlich sei, dass die

faktischen Eltern auch rechtlich als solche anerkannt seien – dies steht im klaren Widerspruch zur bisherigen Rechtsprechung des BVerfG zum Recht des Kindes auf Gewährleistung elterlicher Erziehung, das die verlässliche rechtliche Zuordnung zu mindestens einem Elternteil verlangt. Doch am OLG meint man, dass die Verweigerung dieser Zuordnung angesichts der „*psychischen Herausforderungen*“ die aufgrund der Umstände ihrer Zeugung ohnehin auf die Kinder zukommen würden, nicht weiter ins Gewicht fallen werde.

## Wer schützt hier wen vor wem?

---

Das Wohl des konkreten Kindes wurde in den Entscheidungen des EGMR und des OLG Braunschweig nicht ausreichend bedacht. Die Fälle zur Elternstellung in transnationalen Leihmutterchaftsfällen häufen sich vor den Gerichten und Deutschland kann sich den komplexen Folgefragen von Leihmutterchaftsverbindungen nicht weiterhin durch ein Berufen auf das nationale Verbot entziehen – denn diese kommen in Gestalt der nun existierenden Kinder nach Deutschland. Die Ziele des Verbots werden so nicht erreicht. Ein absolutes Verbot kann den Schutz der austragenden Frauen in asymmetrischen Machtverhältnissen nicht sicherstellen- dass das OLG es unter Berufung auf die Würde der Leihmütter ablehnt, Schwangerschaft als eine Dienstleistung zu betrachten, macht die Nähe der Debatte zu der um ein Verbot der Prostitution deutlich. Und anstatt das bisherige Abstammungsrecht auf Kosten des konkreten Kindeswohls konservieren zu wollen, sollte die Debatte um die Leihmutterchaft genutzt werden, bestehende (Geschlechter-)Stereotypen im Recht der Elternschaft zu überdenken und vielfältige Formen, Elternschaft zu begründen und Verantwortung zu übernehmen, rechtlich zu würdigen.