

Felix Böllmann

# Leihmutterschaft aus der Perspektive des internationalen Rechts

Surrogacy from an International Law Perspective

## Zusammenfassung

Das Völkerrecht kennt weder ein Recht auf ein eigenes Kind, noch ein Recht auf Leihmutterschaft. Die grenzüberschreitende Praxis der Leihmutterschaft gefährdet Frauen und Kinder und ist mit dem Konzept allgemeiner und universeller Menschenrechte, namentlich dem Schutz der Menschenwürde und der Familie nicht vereinbar. Zu begrüßen ist hingegen, dass das internationale Recht Kindern ungeachtet der Umstände ihrer Geburt heute gleiche Rechte garantiert und auf die Vermeidung von Diskriminierung hinwirkt. Einer Aufwertung der Leihmutterschaft im Völkerrecht bedarf es daher nicht, sie würde nationale Verbote weiter aushöhlen. Im Gegenteil, es ist Zeit für eine umfassende völkerrechtliche Ächtung dieser Praxis.

**Schlüsselwörter: Völkerrecht, Kindeswohl, Leihmutterschaft, Ächtung**

## Abstract

International law does not recognize a right to have one's own child or a right to surrogacy. The cross-border practice of surrogacy endangers women and children, and is incompatible with the concept of universal human rights, which seeks the protection of human dignity and the family. On the other hand, it is laudable that international law already affords equal rights to every child, regardless of the circumstances of a child's birth, and works to prevent discrimination. There is, therefore, no need to upgrade surrogacy under international law, as this would only further undermine national prescriptions. Rather, the time has come for international law to comprehensively abolish the harmful practice of surrogacy.

**Keywords: international law, best interests of the child, surrogacy, abolition**

Rechtsanwalt Dr. Felix Böllmann  
ADF International Austria gemeinnützige GmbH  
Director of European Advocacy  
Reisnerstraße 40/3. OG, A-1030 Wien  
fboellmann@adfinternational.org

## 1. Einleitung

Mutterschaft, Vaterschaft und Kindschaft werfen Rechtsprobleme auf. Bereits im Kodex Hammurabi, einer der ältesten überlieferten Rechtsquellen der Menschheitsgeschichte, wird das komplexe Verhältnis zwischen Familienangehörigen in unterschiedlichsten Konstellationen detailliert geregelt.<sup>1</sup> Dort,<sup>2</sup> ebenso wie in der Tora bzw. im Alten Testament der Bibel,<sup>3</sup> findet sich auch Evidenz, dass Kinder eines Mannes mit Wissen und Willen seiner Ehefrau nicht von dieser selbst, sondern von einer anderen Frau geboren wurden.

Diese Quellen haben wenig mit der heutigen Rechtslage rund um die sogenannte ‚Leihmutter-schaft‘<sup>4</sup> gemein. Dazwischen liegen Jahrhunderte der Rechts- und Medizinentwicklung. Insbesondere prägt seit der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts das Verständnis universeller Menschenrechte die heutige Rechtswirklichkeit weltumspannend. Weltumspannend ist auch die globale und milliardenschwere Praxis der Leihmutter-schaft.<sup>5</sup>

Der Beitrag geht der Frage nach, wie diese Praxis aus völkerrechtlicher<sup>6</sup> Sicht zu bewerten ist.

## 2. Definition und Konzepte

Bei der Leihmutter-schaft trägt eine Frau ein Kind aus, „die sich vor Beginn ihrer Schwangerschaft dazu verpflichtet hat, es nach der Geburt Dritten zu übergeben.“<sup>7</sup>

An einem Leihmutter-schaftsarrangement (LMA) sind regelmäßig bis zu sechs Erwachsene beteiligt: Die biologische Mutter und der biologische Vater stellen Ei- bzw. Samenzellen bereit. Die Leihmutter trägt das Kind aus, der ggf. mit ihr verheiratete Mann ist in vielen Rechtsordnungen gesetzlicher Vater.<sup>8</sup> Ferner gibt es mindestens einen Besteller, meist ein Besteller-Paar, das ganz oder teilweise mit den biologischen Eltern identisch sein kann, aber nicht muss. Bei Erb-gut-defekten in der Eizelle der biologischen Mutter ist es seit 2016 möglich, weitere Erwachsene an dem Arrangement zu beteiligen,<sup>9</sup> es entsteht ein sog. ‚Drei-Eltern-Baby‘, die Zahl der am LMA betei-

ligten Erwachsenen steigt dann auf bis zu sieben. Schließlich gibt es noch das Kind bzw. die Kinder, die aus dem LMA entstehen.

Der Begriff Leihmutter-schaft ist rechtlich fragwürdig. ‚Leihe‘ bezeichnet einen Vertragstyp, bei dem eine Person einer anderen Person eine Sache unentgeltlich für eine Dauer zu Besitz und Nutzung überlässt. Der Entleiher muss die Sache nach Ablauf der Leihfrist zurückgeben.<sup>10</sup> Was bei LMA ‚verliehen‘ würde, wäre ein Uterus, der aber nicht Gegenstand einer Leihe sein, ebenso wenig wie eine Person insgesamt ‚verliehen‘, ‚vermietet‘ oder anderweitig der Verfügung Dritter unterstellt werden kann.<sup>11</sup>

LMAs lassen sich danach unterscheiden, ob eine eigene Eizelle der Leihmutter verwendet wird, oder nicht. Beide Varianten werden in § 13a des deutschen Adoptionsvermittlungsgesetzes als ‚Ersatzmutter-schaft‘ bezeichnet, die Vermittlung von Ersatzmüttern ist nach § 13c untersagt. Im heutigen Sprachgebrauch wird der Begriff Leihmutter-schaft bevorzugt, bei Verwendung einer für die Leihmutter fremden Eizelle spricht man von Leihmutter-schaft im engeren Sinne (Englisch: ‚gestational surrogacy‘<sup>12</sup>). Eine genetische Verwandtschaft zwischen der gebärenden Frau und dem Kind besteht dann nicht.

Auch wird ‚kommerzielle‘ von ‚altruistischer‘ Leihmutter-schaft unterschieden, je nachdem, ob die Leihmutter für ihre Dienste eine Vergütung erhält, oder nicht. Da aber auch bei altruistischer Leihmutter-schaft in der Regel erhebliche Aufwandsentschädigungen mit Vergütungscharakter gezahlt werden, ist diese Unterscheidung wenig aussagekräftig.<sup>13</sup> Die Bezeichnung ‚altruistische Leihmutter-schaft‘ wirkt angesichts der globalen Realität von LMA eher wie ein Marketing-Euphemismus.<sup>14</sup>

## 3. Elternschaft und Recht – ein Spiegel ihrer jeweiligen Zeit

Ältere Rechtsquellen beschreiben familienrechtliche Beziehungen in Kategorien der Herrschaft oder Verfügungsgewalt. Im römischen Recht unterlag der gesamte Hausstand einschließlich Frauen und Kindern der *patria po-*

*testas*. Rechtlichen Regelungen betrafen vorrangig materielle Aspekte, Verantwortlichkeit und Fürsorge waren Konsequenz der biologischen Abstammung.<sup>15</sup>

Die Praxis der Leihmutterschaft spaltet Elternschaft in biologische, rechtliche und soziale Dimensionen auf. Auch wenn in den meisten Rechtsordnungen Mutter eines Kindes die Frau ist, die das Kind zur Welt bringt,<sup>16</sup> scheint das römisch-rechtliche Prinzip *mater semper certa est* nicht mehr uneingeschränkt zu gelten. Dabei ist der Anteil von aus LMAs geborenen Kindern an den Geburten weltweit<sup>17</sup> gering.<sup>18</sup> Unter anderem für das Abstammungs- und Personenstandsrecht, die jahrhundertlang überschaubare Konstellationen regelten, sind die Auflösung natürlicher Familienbande und die Vielzahl der zum Teil konfligierenden Interessen der beteiligten Personen gleichwohl eine erst noch zu bewältigende Aufgabe.

Es ist bemerkenswert, dass Frauen über Jahrtausende kulturell stark auf die Rolle als ‚Gebäuerinnen‘ reduziert wurden. Der darüber hinaus gehende weibliche Beitrag zur Entstehung menschlichen Lebens wurde mit Entdeckung der weiblichen Keimzelle (Eizelle) erstmals im Jahr 1827 beschrieben.<sup>19</sup> Das erste nach erfolgreicher In-vitro-Fertilisation (IVF) geborene Kind kam 1978 in Großbritannien zur Welt,<sup>20</sup> das erste von einer Leihmutter ausgetragene, genetisch nicht mit ihr verwandte Kind wurde 1986 in Michigan, USA, geboren.<sup>21</sup>

Es verwundert angesichts dieser dynamischen Entwicklungen aus jüngster Zeit nicht, dass nationale Rechtsordnungen Leihmutterschaft sehr unterschiedlich behandeln. In der EU, insbesondere im deutschsprachigen Rechtsraum, gilt mehrheitlich ein Verbot.<sup>22</sup> In anderen Staaten, wie z. B. der Ukraine, ist Leihmutterschaft rechtlich erlaubt und gesetzlich geregelt.<sup>23</sup> Andernorts, z. B. in Indien, wurden nach einem anfänglichen Boom von Leihmutterschaft Verbote für ausländische Bestell-eltern etabliert.<sup>24</sup> Und in vielen Staaten fehlt eine Regulierung ganz. Die rechtlichen Differenzen begünstigen den Trend zu grenzüberschreiten-

den LMAs. Unterschiede bei Lebensstandard und Einkommen verstärken ihn.<sup>25</sup>

Regeln für neue technische und soziale Phänomene entwickeln sich meist erst im Nachhinein, Leihmutterschaft ist keine Ausnahme.<sup>26</sup> Erst in den letzten Jahrzehnten hat das Völkerrecht verstärkt die Rechte von Kindern in den Blick genommen und es wurden verbindliche Regeln geschaffen. Die UN-Kinderrechtskonvention (KRR), der seit ihrer Verabschiedung 1989 196 Staaten beigetreten sind, markiert einen Meilenstein.

Im Kontrast zur Zeit der eingangs zitierten Quellen existiert heute ein menschenrechtsbasierter Ansatz zur Regelung von Eltern- und Kindschaft, der die Würde des Einzelnen und ggf. seine Schutzbedürftigkeit um des Menschseins willen in den Vordergrund rückt.

#### 4. Völkerrechtliche Regulierung der Leihmutterschaft

##### a. Keine Erwähnung in den Primärquellen

Einen umfassenden völkerrechtlichen Rahmen für Leihmutterschaft gibt es nicht. Weder kennt das internationale Recht ein ‚Recht auf Leihmutterschaft‘, noch ein ‚Recht auf ein Kind‘. Es verpflichtet auch die Staaten nicht zur Bereitstellung solcher Rechte. Das Konzept der ‚Leihmutterschaft‘ kommt in den völkerrechtlichen Primärquellen – also in internationalen Abkommen, internationalem Gewohnheitsrecht und allgemeinen Rechtsgrundsätzen – schlicht nicht vor.<sup>27</sup>

Zur Zeit der Verabschiedung der allgemeinen Erklärung der Menschenrechte 1948 war an Leihmutterschaft im heutigen Sinne nicht zu denken. Stellt die fehlende Regelung der Leihmutterschaft also eine außerplanmäßige ‚Lücke‘ dar? Oder verstößt das Konzept der Leihmutterschaft an und für sich gegen völkerrechtliche Grundprinzipien bzw. zwingende Vorschriften? In diesem Fall wäre auch im Wege der Auslegung nichts zu gewinnen und Leihmutterschaft bliebe völkerrechtswidrig. Dafür spricht einiges.

## b. Völkerrechtliche Garantien im Umfeld von Eltern- und Kindschaft

Völkerrechtliche Normen enthalten eine Vielzahl von Garantien und Regulierungen zum Schutz und zur Unterstützung insbesondere von Familien, Müttern und Kindern. Diese betreffen den gleichen Bereich des geschützten Privatlebens, in dem auch die Praxis der Leihmutterschaft angesiedelt ist. Einige zentrale Vorschriften werden im Folgenden benannt.

Ungeachtet ihres rein deklaratorischen Charakters hat die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte (AEMR) wesentlichen Anteil an der Entwicklung eines umfassenden Menschenrechtsschutzes.<sup>28</sup> So hat nach Artikel 25 AEMR jeder Mensch Anspruch auf einen angemessenen Lebensstandard. Gemäß Absatz 2 der Vorschrift haben namentlich „Mutter und Kind ... Anspruch auf besondere Hilfe und Unterstützung.“

Dieses Recht wird in Art. 12 des Internationalen Pakts über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte aus dem Jahr 1966 („UN-Sozialpakt“) bestätigt. Im Gegensatz zur rein deklaratorischen AEMR ist der UN-Sozialpakt für die inzwischen 171 Vertragsstaaten verbindlich. Es existiert auch ein System zur Durchsetzung der darin enthaltenen Garantien. Artikel 10 Abs. 1 UN-Sozialpakt bezeichnet die Familie als „die natürliche Kernzelle der Gesellschaft“ und besagt, dass sie „größtmöglichen Schutz und Beistand genießen soll, insbesondere im Hinblick auf ihre Gründung und solange sie für die Betreuung und Erziehung unterhaltsberechtigter Kinder verantwortlich ist.“ Absatz 2 gewährt Müttern „während einer angemessenen Zeit vor und nach der Niederkunft besonderen Schutz“ und nach Absatz 3 sollen „Sondermaßnahmen zum Schutz und Beistand für alle Kinder und Jugendlichen ohne Diskriminierung aufgrund der Abstammung oder aus sonstigen Gründen getroffen werden“.

Auch Art. 23 des ebenfalls verbindlichen Internationalen Paktes über bürgerliche und politische Rechte 1966 („UN-Zivilpakt“) nennt die Familie die „natürliche Kernzelle der Gesellschaft“ und

gewährt ihr „Anspruch auf Schutz durch Gesellschaft und Staat“.

Die Konvention zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau (CEDAW) aus dem Jahr 1979 betont in der Präambel u. a. die Bedeutung der Mutterschaft und fordert, „dass die Rolle der Frau bei der Fortpflanzung kein Grund zur Diskriminierung sein“ dürfe. Im Bemühen um eine beschleunigte Herstellung der de-facto Gleichberechtigung von Männern und Frauen stellt Artikel 4 Abs. 2 CEDAW klar, dass „Sondermaßnahmen der Vertragsstaaten zum Schutz der Mutterschaft“ nicht als Diskriminierung gelten.

Die bereits erwähnte KRK garantiert in Art. 7 das Recht jedes Kindes, nach Möglichkeit seine Eltern zu kennen und von ihnen betreut zu werden. Kinder haben als Teil ihres in Art. 8 geregelten Rechts auf Identität zudem das Recht, ihre Abstammung zu kennen. Artikel 9 KRK fordert die Vertragsstaaten auf, sicherzustellen, dass ein Kind nicht gegen den Willen seiner Eltern von diesen getrennt wird. Und auch in Fällen, in denen ein Kind von einem Elternteil getrennt lebt, haben die Staaten das Recht des Kindes zu achten, „regelmäßige persönliche Beziehungen und unmittelbare Kontakte zu beiden Elternteilen zu pflegen“. Die Grenze bildet dabei das Kindeswohl, das stets vorrangig zu beachten ist und ebenso wie die Nicht-Diskriminierung des Kindes ohne Rücksicht auf die Art seiner Geburt (Artikel 2 KRK) neben dem Recht auf Leben und persönliche Entwicklung (Artikel 6 KRK) und dem Recht auf Achtung vor der Meinung und dem Willen des Kindes (Artikel 12) eines von vier Grundprinzipien der KRK ist.

## c. Ableitung einer Regulierung durch Auslegung?

Diese Auswahl an völkerrechtlichen Regelungen macht deutlich, dass Leihmutterschaft nicht das völkerrechtliche Leitbild im Zusammenhang mit Fortpflanzung und dem Heranwachsen von Kindern ist. Insbesondere gibt es keine Anhaltspunkte dafür, dass ein Auseinanderfallen von

rechtlicher, biologischer und sozialer Elternschaft konzeptionell vorgesehen wäre. Zugleich orientiert sich das Völkerrecht am Grundsatz der Nichtdiskriminierung. Überdeutlich wird das an den Bestimmungen der KRK.

An diesem Punkt setzen internationale Experten<sup>29</sup> ebenso an, wie die Rechtsprechung internationaler Gerichte. Es gibt bereits einige Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte zur Leihmutterschaft, bislang wurde jedoch keine Verletzung des Rechts auf Privatleben der BestellerInnen festgestellt, solange der Vertragsstaat effektive Möglichkeiten zur Anerkennung der rechtlichen Elternschaft, namentlich durch Adoption, bereitstellt.<sup>30</sup> Mehrere Entscheidungen stellen allerdings eine Verletzung der Rechte des Kindes fest.<sup>31</sup>

Befürworter der Leihmutterschaft berufen sich auf den UN-Zivil- und UN-Sozialpakt als Grundlage ihres Eintretens für ein ‚Menschenrecht auf Fortpflanzung‘. Es entsteht dabei der Eindruck, als gewähre das Völkerrecht einen Anspruch auf reproduktive Autonomie nebst staatlicher Unterstützung bei der Fortpflanzung, ja, als müsse jede technologische Möglichkeit zur Verfügung gestellt werden.<sup>32</sup> Die Entstehungsgeschichte dieser Normen belegt allerdings das Gegenteil: Fortpflanzung soll Sache der Frauen und Männer sein, ohne jeglichen Zwang oder auch nur eine ‚Gate-Keeper‘-Position des Staates.<sup>33</sup> Leihmutterschaft stellt auch keine Therapie von ungewollter Unfruchtbarkeit dar, weil sie keine Behandlung der Ursachen ist. Es handelt sich vielmehr um einen alternativen Weg zur Geburt eines Kindes mit oder ohne genetische Verwandtschaft zur Bestellmutter.<sup>34</sup>

Den Staaten wird vielmehr der Schutz der Familie und der Mutterschaft auferlegt. Ein Recht auf staatliche Unterstützung von Personen bei der Zeugung oder anderweitigen ‚Beschaffung‘ eines Kindes kann daraus nach überwiegender Auffassung gerade nicht abgeleitet werden.<sup>35</sup> Ebenso wenig, wie das Recht auf Eheschließung aus freien Stücken aus Art. 23 Abs. 2 UN-Zivilpakt einen An-

spruch darauf vermittelt, vom Staat einen Ehepartner gestellt zu bekommen.

Diese Überlegungen zeigen, dass das völkerrechtliche Leitbild von Elternschaft und Kindschaft vom Zusammenfallen der biologischen, rechtlichen und sozialen Dimensionen ausgeht. Dem möglichen Auseinanderfallen dieser Dimensionen begegnet das Völkerrecht auf Basis des Prinzips der Nichtdiskriminierung. In Umsetzung dieses Prinzips sind Staaten aufgerufen, Möglichkeiten zur rechtlichen Annahme als Kind bereitzustellen, seine Würde zu schützen und seine Sicherheit zu gewährleisten. Vorrangiger Maßstab ist das Kindeswohl, nicht die Bedürfnisse von Erwachsenen.<sup>36</sup>

Darüber hinaus gibt es auch völkerrechtliche Normen, die die Verfügung eines Menschen über einen anderen ausdrücklich verbieten. Zu denken ist an das in Art. 4 AEMR normierte Verbot von Sklaverei und Leibeigenschaft, das auch in Art. 8 des UN-Zivilpakts sowie in Art. 4 der Europäischen Menschenrechtskonvention enthalten ist. Artikel 5 der Grundrechtecharta der Europäischen Union verbietet darüber hinaus ausdrücklich Menschenhandel (Abs. 3). U. a. in Deutschland, Österreich und der Schweiz sind diese Verbote durch strafrechtliche Normen abgesichert.<sup>37</sup> Die meisten Staaten der Erde haben die Palermo-Konvention der UN aus dem Jahr 2000 ratifiziert, die das derzeit umfassendste, verbindliche völkerrechtliche Instrument mit einer Definition des Menschenhandels ist.<sup>38</sup> Aus der in Art. 3 (a) dieses Protokolls enthaltenen Definition ergeben sich 3 Kennzeichen des Menschenhandels, die Parallelen zu LMAs aufweisen: Gemeinsam haben Leihmutterschaft und Menschenhandel zum einen das Element der Anwerbung, teilweise der Beherbergung oder auch des Beförderns über Landesgrenzen, zum zweiten jedenfalls das Mittel der Ausnutzung, insbesondere von (wirtschaftlicher) Macht, und drittens die Gefahr der Ausbeutung mindestens einer verletzlichen Person.<sup>39</sup>

Die Reduktion von Frauen auf die Funktion als Gebärende unter strikten Vorgaben durch die meis-

ten LMA widerspricht auch dem CEDAW. Das Austragen eines Kindes durch eine Frau als zeitlich begrenzte und abgegrenzte Funktion zu betrachten, ist ein Ausschnitt der völkerrechtlich geschützten Mutterschaft. Dieser Ansatz fragmentiert in unzulässiger Weise das Konzept der menschlichen Persönlichkeit und ist geeignet, die Menschenwürde zu verletzen.<sup>40</sup>

Freilich ist auch die allgemeine Handlungsfreiheit jeder Person ein hohes, rechtlich geschütztes Gut. Das umfassende Leihmutter-schafts-Verbot z. B. in Deutschland richtet sich effektiv nur gegen Ärzte und Vermittler, also Personen, die berufsmäßig die Leihmutter-schaft ermöglichen, und dient zur Begrenzung des Missbrauchspotentials auch bei freiwilligen LMAs. Denn die Absicherung der Freiwilligkeit bereitet in der Praxis nahezu unüberwindliche Schwierigkeiten. Insbesondere im Kontext unterschiedlicher wirtschaftlicher Stellung auf Nachfrage- und Angebotsseite ergeben sich sowohl ethische als auch rechtliche Probleme, die nach aktuellem Stand als ungelöst gelten müssen.<sup>41</sup>

Auch sind im Falle einer Schwangerschaft stets mindestens zwei Träger eigener Rechte – Mutter und Kind – zu berücksichtigen. Die KRK bekräftigt in ihrer Präambel, dass „das Kind wegen seiner mangelnden körperlichen und geistigen Reife besonderen Schutzes und besonderer Fürsorge, insbesondere eines angemessenen rechtlichen Schutzes vor und nach der Geburt, bedarf“ und gestaltet dementsprechend die rechtliche Stellung des Kindes aus.

Die KRK wurde zu einer Zeit verabschiedet und in der Folge von den Staaten ratifiziert, als bereits das erste nicht genetisch mit der gebärenden Frau verwandte Kind geboren worden war. Eine Auslegung, die den Bedürfnissen der an einem LMA beteiligten Erwachsenen Priorität über die Belange des Kindes, insbesondere das Kindeswohl (Englisch: ‘Best Interest of the Child’), einräumt, ist damit ausgeschlossen.

#### **d. Beschlüsse internationaler Organisationen**

Neuere, rechtlich unverbindliche Entschlüsse beleuchten wichtige Einzelaspekte. Das Europäische Parlament hat z. B. in einer Entschlüsselung vom 5. 5. 2022 Leihmutter-schaft im Zusammenhang mit Russlands Krieg gegen die Ukraine ausdrücklich verurteilt. Bis Kriegsbeginn war die Ukraine der zweitgrößte Leihmutter-schaftsmarkt der Welt. Jährlich wurden ca. 2.500 Kinder von ukrainischen Leihmüttern ausgetragen, 90% davon von ausländischen Paaren bestellt. Die Entschlüsselung betont, „dass sexuelle Ausbeutung zum Zwecke der Leihmutter-schaft und Fortpflanzung inakzeptabel ist und eine Verletzung der Menschenwürde und der Menschenrechte darstellt“. Leihmutter-schaft, so die Resolution, setzt Frauen weltweit dem Risiko der Ausbeutung aus. Krisen wie die Corona-Pandemie und nun der Krieg decken negative Folgen grenzüberschreitender LMAs wie z. B. verlassene Kinder und traumatisierte Mütter auf.<sup>42</sup>

Trotz mangelnder Verbindlichkeit ist die Entschlüsselung des Europäischen Parlaments nicht ohne politischen Einfluss: Als Reaktion darauf erklärte beispielsweise der französische Staatspräsident Emmanuel Macron, es komme „nicht in Frage, Leihmutter-schaft in Frankreich zuzulassen“.<sup>43</sup> Zugleich schlägt die EU-Kommission vor, Regelungen zur ‚grenzüberschreitenden Anerkennung von Elternschaft‘ einzuführen, darunter auch Leihmutter-schaft. In der Folge wären Bestelleltern, die in einem Mitgliedsstaat der EU als rechtliche Eltern anerkannt werden, die gleiche Anerkennung ohne Rücksicht auf die Besonderheiten des nationalen Rechts zu gewähren.<sup>44</sup> Die Rechte des Kindes und der Leihmutter würden dadurch geschmälert. Das Beispiel zeigt, dass Entscheidungen von Organen einer internationalen Organisation nicht frei von Ambivalenzen sind.

Gleiches gilt für die Informationsschrift des UN-Kinderhilfswerks UNICEF über die Rechte des Kindes und Leihmutter-schaft, die eine Vielzahl von Risiken für Kinder aufzählt, die aus LMAs heraus

geboren werden. Unter anderem werden Staaten darin aufgefordert, das Kindeswohl zu achten, Kinderhandel zu unterbinden und bei Anerkennung rechtlicher Elternschaft von der Falsifizierung von Geburtsurkunden abzusehen und vielmehr Kindern die Kenntnis ihrer Abstammung und Identität zu ermöglichen.<sup>45</sup>

Erwähnt werden sollen auch die Beratungen der Haager Konferenz für Internationales Privatrecht (HCCH), einer zwischenstaatlichen Organisation zur Vereinheitlichung der Regeln des sog. Internationalen Privatrechts. Eine Expertenkommission arbeitete seit 2015 an einer Bestandsaufnahme und Empfehlung zur Vereinheitlichung der Anerkennung der rechtlichen Elternschaft im Rahmen der grenzüberschreitenden Praxis der Leihmutterchaft. Erörtert wurden die Schaffung eines internationalen Abkommens nebst Zusatzprotokoll, weitere Arbeiten sind erforderlich.<sup>46</sup> Eine Arbeitsgruppe wurde 2023 eingesetzt.<sup>47</sup> Die Beurteilung fällt ambivalent aus: Einerseits kann die vereinfachte Anerkennung der rechtlichen Elternschaft dem Kindeswohl dienen, z. B. wenn personenstandsrechtliche Klärungen schneller abgeschlossen werden können. Andererseits fördert eine solche Rechtsvereinheitlichung die Akzeptanz der Leihmutterchaft und ist geeignet, nationale Verbote zu unterlaufen.

#### e. Expertendokumente

Leihmutterchaft war und ist Gegenstand verschiedener Expertenkonferenzen, die aus unterschiedlichen Blickwinkeln Leitlinien und Empfehlungen erarbeiten. Beispielhaft werden hier zwei sehr unterschiedliche Expertendokumente genannt: Die Verona-Prinzipien von UN-Experten für den Schutz der Rechte des durch Leihmutterchaft geborenen Kindes aus dem Jahr 2021<sup>48</sup> sowie die Casablanca-Deklaration unabhängiger internationaler Experten von 2023.<sup>49</sup> Den Verona-Prinzipien ist uneingeschränkt zuzustimmen, dass Kinder, die geboren werden, ohne Rücksicht auf die Umstände ihrer Geburt den größtmöglichen Schutz genießen

sollten. Dennoch können Staaten die Pflicht haben, LMAs zu beschränken. Weiter in diese Richtung geht die Casablanca-Deklaration und fordert ein globales Verbot von Leihmutterchaft.

Unabhängig davon, ob die Autoren und Unterzeichner solcher Dokumente eine Akkreditierung bei den Vereinten Nationen haben, UN-Experten, Sonderbeauftragte oder Mitglieder von NGOs sind, haben solche Richtlinien keine Verbindlichkeit für die Praxis der Staaten. Sie können aber Anregung für gesetzgeberische, politische und praxisbezogene Maßnahmen sein.

## 5. Schlussfolgerungen

Dass sog. ‚Leihmutterchaft‘ sich medial wie politisch<sup>50</sup> einiger Popularität zu erfreuen scheint, ist aus rechtlicher Sicht absurd. Denn die Praxis der Leihmutterchaft verstößt sowohl gegen völkerrechtliche Grundprinzipien, als auch gegen konkrete Vorschriften des internationalen und des nationalen Rechts. Wenn das Völkerrecht in Ermangelung einer konsequenten Durchsetzungsmacht gelegentlich als ‚zahnlos‘ bezeichnet wird, so ist die meist grenzüberschreitende Praxis der Leihmutterchaft ein deutliches Beispiel dafür. Allerdings entfalten auch die nationalen Verbote westlicher Länder praktisch keinerlei Steuerungswirkung, sondern begünstigen allenfalls den Leihmutterchaftstourismus ins Ausland, mit oft nachteiligen Folgen für alle Beteiligten.<sup>51</sup> Diese Situation ist ein Fanal der Schande für jeden Rechtsstaat.

Zwar ist es begrüßenswert, dass das Völkerrecht sich auf die Seite der verletzlichsten Teilnehmer an LMAs stellt – der Kinder und auch der Leihmütter, die in der Gefahr rechtswidriger Ausbeutung stehen. Noch besser wäre jedoch eine konsequente Ächtung der Leihmutterchaft.

Das sprichwörtliche ‚salomonische Urteil‘ entschied einst den Streit zweier Frauen, die beide angaben, die Mutter des gleichen Kindes zu sein. Der weise Richter erkannte die tatsächliche Mutter daran, dass sie bereit war, ihr Kind lieber der anderen Frau zu überlassen, als dass das Kind Schaden

nahme. Damals wie heute steht bei der Elternschaft nicht die Befriedigung eigener Wünsche im Vordergrund. Der höchste Maßstab ist vielmehr das Kindeswohl, als dessen vorrangiger Sachwalter die Eltern berufen sind.

Heutiges Völkerrecht basiert auf der durch allgemeine Menschenrechte geprägten Vorstellung, dass Kinder im Rahmen ihrer konkreten Situation stets die bestmöglichen Bedingungen vorfinden sollen, und sichert diese rechtlich. Zugleich trifft das Völkerrecht u. a. durch das Prinzip der Nichtdiskriminierung Sorge für den Fall, dass optimale Bedingungen in der Praxis ggf. nicht erzielt werden können.

Dieser Ansatz ist beizubehalten. Eine Höhergewichtung der Interessen der Besteltern widerspräche dem Vorrang des Kindeswohls und wäre und rechtlich ein Rückfall in frühere Verhältnisse, in denen weder die Rechte von Kindern, noch von Frauen die Anerkennung und den Schutz erfuhren, die heute das menschenrechtsbasierte Völkerrecht garantiert.

## Dank

Der Autor dankt J. Lea, L. McLatchie Miller, L. Rieder und L. Brühl für wertvolle Hinweise im Rahmen der Abfassung dieses Beitrags.

## Referenzen

- 1 Vgl. *The Code of Hammurabi*, Translated by King L. W., The Avalon Project – documents in Law, History and Diplomacy, Yale Law School, Lillian Goldman Law Library, <https://avalon.law.yale.edu/ancient/hamframe.asp>.
- 2 Vgl. ebd., Nr. 144, 146, 170 und 171 nach der Zählweise in *The Code of Hammurabi*, siehe Ref. 1.
- 3 Vgl. Golombok S. et al., *A longitudinal study of families formed through third-party assisted reproduction: Mother-child relationships and child adjustment from infancy to adulthood*, *Developmental Psychology* (2023); 59(6): 1059-1073; s. Genesis 16,1-15; Genesis 30,1-6.
- 4 Der im deutschsprachigen Raum etablierte Begriff ‚Leihmutterchaft‘ wird hier aus Konvention und ohne Überzeugung verwendet. Zur rechtlichen Einordnung siehe Kapitel 2.

- 5 Schätzungen weltweiter Umsätze mit LMA schwanken stark. Für 2022 werden zwischen 3,1 Mrd. und 14 Mrd. USD genannt, Prognosen für die nächsten 7-10 Jahre sehen zweistellige jährliche Steigerungsraten und Umsätze von ca. 8 Mrd. (2028) bis 129 Mrd. (2032) USD voraus. Vgl. My Med Global, *Surrogacy Statistics 2022: An Overview of Global Trends*, 22.2.2023, <https://www.mymedglobal.com/surrogacy-statistics-2022-an-overview-of-global-trends>; Global Market Insights, *Surrogacy Market 2023-2032*, <https://www.gminsights.com/industry-analysis/surrogacy-market>.
- 6 ‚Völkerrecht‘ meint das zwischen den Staaten kraft Vereinbarung, ständiger Übung und/oder in Form akzeptierter Grundsätze geltende internationale Recht, vgl. Kempen B., Hillgruber C., Grabenwarter C., *Völkerrecht*, 3. Aufl., Verlag Franz Vahlen, München (2021), Kap. 1, Rz. 1 ff.
- 7 WD d. Deutschen Bundestages, *Leihmutterchaft im europäischen und internationalen Vergleich – Rechtliche Regelungen und empirische Erkenntnisse zu den Auswirkungen einer gespaltenen Elternschaft auf das Kindeswohl*, WD 9 – 3000 – 039/18 (2018), S. 7 unter Hinweis auf Gesetzentwurf der Bundesregierung zum Embryonenschutzgesetz, Bundestags-Drucksache 11/5460, S. 15.
- 8 Vgl. § 1592 des deutschen BGB, Art. 252 Abs. 2 i.V.m. Art. 255 des schweizerischen ZGB sowie (noch) § 144 des österreichischen ABGB. Beachte zu letzterem VfGH-Erkenntnis G230/2021 v. 30.6.2022 sowie Bekanntmachung der Aufhebung der Vorschrift zum 1.1.2024, AT-BGBL 2022-I-145.
- 9 Kang E. et al., *Mitochondrial replacement in human oocytes carrying pathogenic mitochondrial DNA mutations*, *Nature* (2016); 540: 270-275.
- 10 § 598 des deutschen BGB, § 971 des österreichischen ABGB sowie Art. 305 des schweizerischen Obligationenrechts (ZGB 5. Teil).
- 11 Anschaulich eine Publikation aus den 1970er Jahren: Noch spekulativ spricht sie von ‚Miet-eine-Gebärmutter‘-Modellen und befürchtet, dass die „an die gemietete Gebärmutter angeschlossene Frau“ den ‚Mieter‘ (das Kind) nach der Geburt nicht hergeben oder dass Besteltern die ‚Annahme‘ eines „abnormal geborenen Babys“ verweigern könnten. Karp L. E., Donahue R. P., *Preimplantational ectogenesis, Science and speculation concerning in vitro fertilization and related procedures* (Medical Progress), *West J Med* (1976); 124: 282-298.
- 12 Vgl. Golombok S. et al., siehe Ref. 3.
- 13 Bellver Capella V., *Tomarse en Serio la Maternidad Subrogada Altruista*, *Cuad Bioet.* (2017); 28(93): 229-243.



- Spanish.
- 14 Vgl. Hibino Y., *Ongoing Commercialization of Gestational Surrogacy due to Globalization of the Reproductive Market before and after the Pandemic*, *Asian Bioeth Rev.* (2022); 14(4): 349-361.
  - 15 Vgl. Scheiwe K., *Vom Objekt zum Subjekt? Kinderrechte zwischen Rechtsrhetorik und Realisierbarkeit*, *ZKJ* (2009); 7-12.
  - 16 § 1591 des deutschen BGB, § 143 des österreichischen ABGB sowie Art. 252 Abs. 1 schweizerisches ZGB.
  - 17 United Nations, *POP/DB/WPP/Rev.2022/GEN/FoI/Rev.1, Demographic indicators by region, subregion and country, Estimates 1950 – 2021*, schätzt 2021 weltweit 133.975.000 Geburten.
  - 18 Eine Statistik wird nicht geführt. Die Umsätze mit LMA (vgl. siehe Ref. 5) legen nahe, dass der Anteil der weltweit durch LMA Geborenen höchstens im Promille-Bereich liegen kann.
  - 19 Clément-Saby A., *Surrogacy: A new Version of Patriarchal Myths about Reproduction*, in: Devillers M. J., Stoicea-Deram A.-L. (Hrsg.), *Towards the Abolition of Surrogate Motherhood*, Verlag Spinifex Press Pty Ltd., North Geelong/Mission Beach (2021), S. 33 f., angekündigt für 2023 in deutscher Sprache in: *Stoppt Leihmutterchaft* (Hrsg.), *Die neuen Gebärmaschinen, was die globale Leihmutterchaft mit Frauen und Kindern macht*, Verlag Brandes & Apsel, Frankfurt a. M.
  - 20 Vgl. Golombok S. et al., siehe Ref. 3; s. mit weiteren Nachweisen Harris J., *The Value of Life – An Introduction to Medical Ethics*, Verlag Routledge, London (1985), S. 111, dort Fn. 3.
  - 21 Johnson B., *And Baby Makes Four: for the First Time a Surrogate Bears a Child Genetically Not Her Own*, *People Magazine* (1987), <https://people.com/archive/and-baby-makes-four-for-the-first-time-a-surrogate-bears-a-child-genetically-not-her-own-vol-27-no-18/>.
  - 22 Art. 119 Abs. 2 lit d. Schweizerische Bundesverfassung sowie Art. 4 schweizerisches Fortpflanzungsmedizinengesetz 1998, § 2 österreichisches Fortpflanzungsmedizinengesetz 1992; § 1 des deutschen Embryonenschutzgesetzes 1990.
  - 23 Vgl. Kvit N., Spickhoff A., *Leihmutterchaft in der Ukraine und gewöhnlicher Kindesaufenthalt*, *FamRZ* (2023); 653-661.
  - 24 Vgl. Hibino Y., siehe Ref. 14.
  - 25 Vgl. ebd.
  - 26 Aldoseri A. S. et al., *Statement of Support by UN Committee on the Rights of the Child*, *International Social Service* (Hrsg.), *Principles for the protection of the rights of the child born through surrogacy (Verona Principles)*, Geneva (2021), S. 4.
  - 27 Pillai A., *Legal And Human Rights Concerns Of Surrogate Mother*, (2020), S. 180.
  - 28 Vgl. Kempen B., Hillgruber C., Grabenwarter C., siehe Ref. 6, Fn. 11, Kap. 10 Rz. 24.
  - 29 Vgl. z. B. Aldoseri A. S. et al., siehe Ref. 26.
  - 30 Vgl. den Überblick bei *European Court of Human Rights, Factsheet Gestational Surrogacy* (2023), [https://www.echr.coe.int/Documents/FS\\_Surrogacy\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Surrogacy_ENG.pdf) mit weiteren Nachweisen; vgl. im Detail auch: Thomale Ch., *Das Kinderwohl ex ante – Straßburger zeitgemäße Betrachtungen zur Leihmutterchaft* (zu EGMR, 24.1.2017 – Nr. 25358/12 – *Paradiso et Campanelli v. Italie*), *IPRax* (2017); 583-590.
  - 31 Vgl. z. B. *D. B. and Others v. Switzerland*, Anträge Nr. 58817/15 u. 58252/15.
  - 32 Vgl. z. B. Uniacke S., *In Vitro Fertilization and the Right to Reproduce*, *Bioethics* (1987); 1: 241-254; Eijkholt M., *The Right to Found a Family as a Stillborn Right to Procreate?* *Medical Law Review*, (2010); 18: 127-151; weiterführend: Nußberger A., *Makro- und Mikrotrends in der Entwicklung des Grundrechtsschutzes*, *Der Staat* (2022); 61: 539-578; Hügel M. G., *Ansätze zu einer Reform des Leihmutterchaftsrechts*, *medstra* (2022); 298-306.
  - 33 Vgl. zu Art. 16 AEMR Morsink J., *The Universal Declaration of Human Rights: Origins, Drafting, and Intent*, Verlag University of Pennsylvania Press (1999), S. 38, u. 252 ff.
  - 34 Vgl. Waldkirch C., *Kostenerstattung für Maßnahmen der assistierten Reproduktion in der privaten Krankenversicherung*, *VersR* (2020); 321-330.
  - 35 Vgl. Eriksson M., *The Right to Marry and to Found a Family: A World-Wide Human Right*, Verlag Iustus, Uppsala (1990).
  - 36 Vgl. Aldoseri A. S. et al., siehe Ref. 26, S. 14.
  - 37 § 232 deutsches StGB, § 104a österreichisches StGB bzw. Art. 182 des schweizerischen StGB.
  - 38 Vgl. Artikel 3 (a) Zusatzprotokoll zur Verhütung, Bekämpfung und Bestrafung des Menschenhandels, insbesondere des Frauen- und Kinderhandels zum Übereinkommen der VN gegen die grenzüberschreitende organisierte Kriminalität vom 15.11.2000, 2237 UNTS 319.
  - 39 De Sutter P., *PACE Committee on Social Affairs, Health and Sustainable Development, Children's rights related to surrogacy* (2016) Ref. Doc. 13562, Rz. 11 ff., 25; *Report of the Special Rapporteur on the sale and sexual exploitation of children, including child prostitution, child pornography and other child sexual abuse material*, A/HRC/37/60 (2018), Section F. p.12.
  - 40 Vgl. Hügel M. G., siehe Ref. 32.
  - 41 Vgl. ebd.; Hibino Y., siehe Ref. 14.

- 42 *Entschließung des Europäischen Parlaments vom 5.5.2022 zu den Auswirkungen des Krieges gegen die Ukraine auf Frauen* (2022/2633(RSP)), [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2022-0206\\_DE.pdf](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2022-0206_DE.pdf), Recitals lit. V.
- 43 Ross A., *EU: Gegen Leihmutterschaft!* 9.6.2022, <https://www.emma.de/artikel/eu-leihmutterschaft-ist-sexuelle-ausbeutung-339539>.
- 44 European Commission, *Proposal for a Council Regulation on jurisdiction, applicable law, recognition of decisions and acceptance of authentic instruments in matters of parenthood and on the creation of a European Certificate of Parenthood*, COM(2022) 695 final 2022/0402 (NLE).
- 45 UNICEF, *Briefing note on children's rights and surrogacy* (2022), <https://www.unicef.org/media/115331/file>.
- 46 HCCH, *Parentage / Surrogacy Experts' Group: Final Report: The feasibility of one or more private international law instruments on legal parentage* (2022), <https://assets.hcch.net/docs/6d8eeb81-ef67-4b21-be42-f7261docfa52.pdf>.
- 47 *Conclusions & Decisions of The Council on General Affairs and Policy of the HCCH* (2023), <https://assets.hcch.net/docs/5f9999b9-09a3-44a7-863d-1dddd4f9c6b8.pdf>.
- 48 Aldoseri A. S. et al., siehe Ref. 26.
- 49 *La Déclaration de Casablanca pour l'abolition universelle de la gestation pour autrui*, signée par 100 experts (juristes, médecins, psychologues, philosophes etc.) de 75 nationalités, a été rendue publique à Casablanca (Maroc) le 3 mars 2023, <https://declaration-surrogacy-casablanca.org/>.
- 50 Vgl. z. B. *Mehr Fortschritt Wagen*, Koalitionsvertrag 2021 – 2025 zwischen der Sozialdemokratischen Partei Deutschlands (SPD), Bündnis 90 / Die Grünen und den Freien Demokraten (FDP), S. 116.
- 51 Vgl. Hügel M. G., siehe Ref. 32.

Letzter Zugriff auf sämtliche Webseiten am 11.8.2023.