Valerie Schatz

Leihmutterschaft aus kinderrechtlicher Sicht[1]

1. Vorbemerkungen

Nach einer Schätzung des International Social Service (ISS) aus dem Jahre 2013 werden weltweit jährlich 20.000 Kinder durch eine Leih- bzw. Ersatzmutter geboren.[2] Die Problematik der „Schwangerschaft für andere" in ihrer heutigen Ausprägung ist ein relativ junges Phänomen. Erst 1981 kam in den USA das erste von einer Leihmutter ausgetragene Kind auf die Welt.[3] Bis dato konnten sich Paare einen unerfüllten Kinderwunsch nur durch Adoption oder Samenspende erfüllen. Nun war es auch bei einer reproduktiven Beeinträchtigung der Frau möglich, ein zumindest teilweise mit den Auftragseltern genetisch verwandtes Kind zu bekommen, ohne dass eine Schwangerschaft der Auftragsmutter hierfür erforderlich gewesen wäre.

Diese neue Möglichkeit zur Gründung einer Familie stand im extremen Widerspruch zu der von jeher geltenden, gewohnheitsrechtlich anerkannten Sicherheit: *mater semper certa est* („Die Mutter steht immer fest"). Ende der 1990er-Jahre begegnete der deutsche Gesetzgeber der „gespaltenen Mutterschaft", also der Trennung von biologischer und genetischer Mutterschaft, und der nicht mehr eindeutigen abstammungsrechtlichen Zuordnung des Kindes, indem er in § 1591 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) regelte: Mutter eines Kindes ist die Frau, die es geboren hat.

Bereits im Jahre 1991 hatte sich der Gesetzgeber klar zu Eizellenspende und Ersatzmutterschaft positioniert, indem er deren Vornahme unter Strafe stellte.[4] Die Verbote konnten die Entstehung von Kindern aus Leihmutterschaft aber nicht verhindern. Zwar erreichten keine inländischen Fallkonstellationen die deutschen Gerichte, jedoch immer mehr solche mit grenzüberschreitendem Bezug.

Durch die eindeutige Zuordnung des Kindes zu seiner Geburtsmutter sollten auch diese Leihmutterschaften verhindern werden.[5] Das deutsche Abstammungsrecht bot jedoch nach wie vor in manchen Konstellationen die Möglichkeit, die gewünschte statusrechtliche Zuordnung zu erreichen, beispielsweise über die Anerkennung der Vaterschaft durch den Auftragsvater und anschließender Stiefkindadoption durch den anderen Auftragselternteil. In anderen Konstellation war es für die Auftragseltern mit erheblichen Problemen verbunden, die Elternstellung für ein Kind zu erlangen, auch wenn die Schwangerschaft im Ausland in Übereinstimmung mit dem dort geltenden Recht übernommen wurde und die Auftragseltern im Geburtsland als rechtliche Eltern des Kindes galten.

2014 entschied der Bundesgerichtshof, dass eine im Ausland gerichtlich festgestellte Elternschaft in Deutschland anzuerkennen ist, wenn das Kind genetisch mit zumindest einem Auftragselternteil verwandt ist, die Freiwilligkeit der Ersatzmutter garantiert ist und wesentliche verfahrensrechtliche Garantien beachtet wurden.[6] Es ist fraglich, ob es von der deutschen Rechtsordnung im Ergebnis doch hingenommen werden muss, dass Paare, trotz des bestehenden Verbots im Inland, Kinder im Ausland in Auftrag geben, um mit ihnen in Deutschland zu leben, oder ob dieser „Reproduktionstourismus"[7] unterbunden werden kann.

Nach Art. 3 der UN-Kinderrechtskonvention (UN-KRK) ist bei allen Maßnahmen, die Kinder betreffen, das Wohl des Kindes vorrangig zu berücksichtigen. Die Rechte der entstandenen Kinder sollten daher zentraler Gesichtspunkt sein, wenn Lösungen für das Problem der grenzüberschreitenden Leihmutterschaft entwickelt werden. Unter diesem

1) Es handelt sich um eine Zusammenfassung der Expertise: Schatz, V.: Leihmutterschaft: eine Bestandsaufnahme, Berlin 2017. Diese wird in Kürze unter www.deutscher-verein.de abrufbar sein.
2) ISS: International Surrogacy and donor-conceived persons – Preserving the best interests of children, 2013, S. 1.
3) Bernard, A.: Samenspender, Leihmütter, Retortenbabies: Neue Reproduktionstechnologien und die Ordnung der Familie, in: StAZ 2013, S. 139.
4) § 1 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 7 Embryonenschutzgesetz (ESchG), BT-Drucks. 11/5460.
5) BT-Drucks. 11/5460, S. 82.
6) BGHZ 203, S. 350 ff.
7) Z.B. Diel, A.: Leihmutterschaft und Reproduktionstourismus, Frankfurt a.M. 2014.

Valerie Schatz ist wissenschaftliche Referentin im Internationalen Sozialdienst im Deutschen Verein für öffentliche und private Fürsorge e.V., Berlin.

Fokus werden im Folgenden zunächst die internationalen Vorgaben aus der UN-KRK betrachtet, die bei Leihmutterschaft von besonderer Bedeutung sind, um dann Schlussfolgerungen für den gesetzgeberischen Handlungsbedarf abzuleiten.

2. Internationale Vorgaben: die UN-Kinderrechtskonvention

Es existieren keine internationalen Abkommen speziell zum Thema Leihmutterschaft. Anstrengungen, einen gewissen grenzüberschreitenden Gleichlauf zu erzielen, waren bislang noch nicht von Erfolg gekrönt.[8]

Zu beachten ist allerdings die UN-Kinderrechtskonvention, denn Ziel einer jeden Leihmutterschaft ist die Kreation eines Kindes. 195 Staaten, also fast alle Staaten der Welt haben die UN-KRK ratifiziert, in der Mindeststandards genannt sind, hinter denen die Vertragsstaaten nicht zurückbleiben dürfen. In der Präambel der Konvention ist aufgeführt, dass die Vertragsstaaten das Übereinkommen in dem Bewusstsein schließen, dass „das Kind (...) besonderen Schutzes und besonderer Fürsorge, insbesondere eines angemessenen rechtlichen Schutzes vor und nach der Geburt, bedarf".

Die in der Konvention gewährten Rechte sind damit der geeignetste Ansatzpunkt, um Lösungen auf nationaler und internationaler Ebene zu entwickeln. Überstaatlich bilden sie den Rahmen für zukünftige internationale Standards und Regulierungen.[9] Sie verpflichten die Vertragsstaaten aber auch unmittelbar, die verbürgten Rechte nicht zu verwehren und Kinder bestmöglich zu schützen.[10] Dies ist für die leihmutterschaftsfreundlichen Staaten von Relevanz, aber auch für die leihmutterschaftsfeindlichen.

2.1 Das Recht auf Eltern (Art. 7 UN-KRK)

Garantiert ist das Recht, seine Eltern zu kennen und von ihnen betreut zu werden. Dem Recht kommt Bedeutung zu, wenn die Auftragseltern in ihrem Heimatstaat nicht als rechtliche Eltern des Kindes anerkannt werden und im Herkunftsland des Kindes die Leihmutter nicht als Mutter anerkannt wird. Dies hat zur Folge, dass das Kind rechtlich elternlos ist.

2.2 Das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung (Art. 7 UN-KRK)

Art. 7 UN-KRK umfasst auch das Recht auf Kenntnis der eigenen biologischen und genetischen Abstammung und ist deshalb in Bezug auf Leihmutterschaft von besonderer Relevanz. Wie das Bundesverfassungsgericht formuliert hat, ist das Recht auf Kenntnis seiner eigenen Abstammung für das Selbstverständnis und die Persönlichkeitsentfaltung von entscheidender Bedeutung.[11] Im Falle von Leihmutterschaft umfasst es nicht nur die Kenntnis der Identität der (biologischen) Geburtsmutter und der Identität des Mannes, von dem die Samenzellen stammen, sondern auch die Kenntnis der Identität der Eizellenspenderin[12] als der genetischen Mutter des Kindes sowie die Identität der nicht notwendigerweise mit dem Kind verwandten „Initiatoren" seiner Zeugung, also der Auftragseltern.

2.3 Das Recht auf Erwerb einer Staatsangehörigkeit (Art. 7 UN-KRK)

Verbürgt ist das Recht auf Erwerb einer Staatsangehörigkeit. Nach Art. 7 Abs. 2 UN-KRK sind die Vertragsstaaten verpflichtet, dieses Rechts im Einklang mit ihrem innerstaatlichen Recht und mit ihren Verpflichtungen aufgrund der einschlägigen internationalen Übereinkünfte sicherzustellen, insbesondere für den Fall, dass das Kind sonst staatenlos wäre.

In Deutschland, aber auch in anderen Ländern sind Kinder aus Leihmutterschaft von Staatenlosigkeit bedroht. Ist das Geburtsland ein Land, in dem das Ius-Soli-Prinzip[13] nicht gilt, und werden dort die Auftragseltern als rechtliche Eltern des Kindes gesehen, erwirbt das Kind nicht die Staatsangehörigkeit dieses Staates. Im Staat der Auftragseltern wiederum wird dem Kind die Staatsangehörigkeit mit Hinweis darauf verweigert, dass es Kind der Leihmutter und ihres Ehemannes sei.

2.4 Das Recht auf Eintragung in ein Register nach Geburt (Art. 7 UN-KRK)

Verbürgt ist das Recht eines jeden Kindes, unverzüglich nach seiner Geburt in ein Register eingetragen zu werden. Dieses Recht ist dadurch gefährdet, dass das Recht von Herkunfts- und Zielstaat des Kindes sich widersprechen und der Zielstaat die getroffenen rechtlichen Wertungen des Herkunftsstaates nicht anerkennt.

2.5 Das Recht auf Nichtdiskriminierung (Art. 2 UN-KRK)

Garantiert ist das Recht, nicht wegen der Rasse, der Hautfarbe, dem Geschlecht, der Sprache, der Religion, (...) einer Behinderung[14], der Geburt oder des sonstigen Status des Kindes, seiner Eltern oder seines Vormunds diskriminiert zu werden. Diesem Recht kann Bedeutung zukommen, wenn die Zielstaaten den Kindern aufgrund der Umstände ihrer Geburt die Anerkennung der Zuordnung zu einem Auftragselternteil versagen. Für die Kinder bedeutet es eine rechtliche Schlechterstellung, keinem oder nur einem Elternteil zugeordnet zu sein, beispielsweise im Unterhalts- und Erbrecht.

In Rechtsordnungen, in denen die Leihmutterschaft erlaubt ist, kann dieses Recht bei der Zeugung der Kinder relevant sein, da es üblich ist, eine Vorauswahl der Gameten zu treffen und das Geschlecht des Kindes zu bestimmen. Auch die gezielte Abtreibung einzelner Embryonen berührt dieses Recht.

8) Im Einzelnen siehe dazu Schatz (Fußn. 1)
9) Vgl. Art. 4 UN-KRK.
10) Den deutschen Staat beispielsweise durch einfaches Gesetz.
11) BVerfGE 90, 263, Rdnr. 24.
12) In Bezug auf die Eizellenspenderin ist problematisch, dass ihr oftmals Anonymität zugesichert wird, z.B. nach Art 1.460 des griechischen Zivilgesetzbuches, siehe Bergmann-Ferid-Heinrich: Griechenland, 216. Lieferung, Stand: 1. Januar 2016, S. 71.
13) Prinzip, nach dem ein Staat seine Staatsbürgerschaft an alle Kinder verleiht, die auf seinem Staatsgebiet geboren werden.
14) Vgl. auch Art 23 UN-KRK.

2.6 Das Recht auf Leben (Art. 6 UN-KRK)

Art. 6 UN-KRK ist von Bedeutung, wenn es zu Schwangerschaftskomplikationen kommt oder wenn bei Kindern während der Schwangerschaft eine Behinderung festgestellt wird und durch die Auftragseltern oder Agenturen Schwangerschaftsabbrüche gefordert werden. Auch der Vorgang, dass beim Empfang mehrerer Kinder einzelne gezielt abgetrieben werden, berührt dieses Recht.

2.7 Das Recht, nicht gegen Geld gehandelt zu werden (Art. 11, 35, 36 UN-KRK)

Schließlich verpflichtet Art. 35 UN-KRK die Staaten, inner- und zwischenstaatliche Maßnahmen gegen den Verkauf von Kindern zu ergreifen sowie den Handel mit Kindern zu verhindern.

Ob die kommerzielle Form der Leihmutterschaft die Voraussetzungen von Kinderhandel erfüllt, ist umstritten. Die Argumente für die Vergleichbarkeit liegen auf der Hand. Große Geldsummen werden bezahlt, um ein Kind als das eigene mit nach Hause nehmen zu können. Hierin eine Kommerzialisierung des menschlichen Daseins[15] zu sehen, ist nicht abwegig. Auch der Gesetzgeber war der Ansicht, das Kind werde zum Objekt eines Handelsgeschäfts herabgewürdigt.[16] Die verbleibende Unsicherheit folgt aus der Frage, ob es möglich ist, ein genetisch eigenes Kind zu kaufen. Wenn den Auftragseltern „ein Kind zugesprochen wird, zu dessen Zeugung und Geburt sie – außer einer hohen Geldzahlung – nichts beigetragen haben", kommt dies dem Tatbestand des Kinderhandels in jedem Fall „gefährlich nahe".[17]

Andere Stimmen lehnen eine Vergleichbarkeit mit dem Hinweis darauf ab, dass Kinderhandel nur bereits gezeugte Kinder vor einem Verkauf schütze, eine Leihmutterschaftsvereinbarung das Leben des Kindes aber erst ermögliche.[18] Auch nach dieser Ansicht soll entscheidend sein, ob die Auftragseltern genetisch mit dem Kind verwandt sind, da diese dann bereits vor der Befruchtung involviert gewesen sein müssten. Ist keine genetische Verwandtschaft gegeben und bestehen deshalb konkrete Zweifel, ob es sich um Kinderhandel oder Leihmutterschaft handelt, soll ein staatliches Einschreiten zulässig sein. Ist andererseits die Involvierung der Auftragseltern selbst bei fehlender genetischer Verwandtschaft sichergestellt, z.B. weil eine Hinterlegung der Leihmutterschaftsvereinbarung bei einem Gericht vor der Befruchtung Voraussetzung für die Legalität der Leihmutterschaft ist, soll ein Verstoß gegen das Verbot von Kinderhandel nicht vorliegen.[19]

2.8 Trennung von Eltern und Kind als letzte Maßnahme (Art. 9 UN-KRK)

Die Trennung von Eltern und Kind ist nur als letzte Maßnahme im Falle einer Gefährdung des Kindeswohls vorgesehen. Auch dieses Recht ist von Bedeutung, wenn ein Staat den Auftragseltern das Kind wegnimmt und es unterbringt, z.B. weil die Eltern durch die Inanspruchnahme einer Leihmutter gegen Strafvorschriften verstoßen haben.

2.9 Vorrangiges Kindeswohl (Art. 3 KRK)

Zuletzt soll das bereits erwähnte Grundprinzip genannt werden, dass bei allen Maßnahmen, die Kinder betreffen, gleichviel ob sie von öffentlichen oder privaten Einrichtungen der sozialen Fürsorge, Gerichten, Verwaltungsbehörden oder Gesetzgebungsorganen getroffen werden, das Wohl des Kindes ein Gesichtspunkt ist, der vorrangig berücksichtigt werden muss.

Das Kindeswohl kann zur Begründung eines präventiven Leihmutterschaftsverbots herangezogen werden. Es stellt einen legitimen Zweck dar zu verhindern, dass Kinder in das Zentrum eines Konflikts hineingeboren werden.[20] Wenn es allerdings zu einem Verstoß gegen das Verbot kommt, stellt sich erneut die Frage, wie die Rechtsordnung darauf „adäquat reagieren" soll. Das Kindeswohl ist insoweit doppelfunktional, „da es einerseits Leihmutterschaften und andererseits ihrer Bekämpfung eine Grenze setzt".[21]

Die Große Kammer des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) entschied im Januar 2017, dass die Inobhutnahme eines Leihmutterschaftskindes keine Verletzung der Rechte der Auftragseltern darstellt, da diese mit dem Kind genetisch nicht verwandt waren und das Kind nur kurz bei ihnen gelebt hatte.[22] Die Rechte des Kindes wurden vom Gerichtshof mangels Vertretungsbefugnis der Auftragseltern nicht geprüft. Das Kind, das sich bereits kurz nach seiner Geburt von seiner Geburtsmutter und mit acht Monaten von seinen Auftragseltern hatte verabschieden müssen, war nach der Inobhutnahme in einem Kinderheim untergebracht worden. Entgegen der ursprünglichen Einschätzung des italienischen Jugendamtes, dass eine Pflegefamilie schnell gefunden würde, verblieb es dort 15 Monate und baute eine intensive Beziehung zum Pflegepersonal auf, bevor es auch diese Beziehungen nicht fortführen durfte, da nun endlich eine geeignete Pflegefamilie für das Kind gefunden war.[23] Insbesondere vor dem Hintergrund, dass die vom Gericht beauftragte Sozialarbeiterin zu dem Schluss gekommen war, dass es dem Kind bei den Auftragseltern hervorragend gehe und sich diese gut um das Kind kümmern würden, stellt sich die Frage, ob die italienischen Behörden hier tatsächlich das Kindeswohl oder doch mehr die generalpräventiven Zwecke ihres Verbots vor Augen hatten.

2.10 Zwischenfazit

Verlangt die Doppelfunktionalität des Kindeswohls von den leihmutterschaftsfreundlichen Staaten zumindest

15) Z.B. Diel (Fußn. 7), S. 71.
16) BT-Drucks. 13/6038, S. 6.
17) Henrich, D.: Leihmütterkinder: Wessen Kinder?, in: IPRax 2015, S. 233.
18) Duden, K.: Leihmutterschaft im Internationalen Privat- und Verfahrensrecht, Tübingen 2015, S. 180.
19) Duden, K.: Anmerkung zum Urteil der Großen Kammer des EGMR vom 24.1.2017 – Beschwerde Nr. 25358/12: Paradiso and Campanelli ./. Italien: in: FamRZ 2017, S. 446.
20) Diel (Fußn. 7), S. 74.
21) Ebenda.
22) Große Kammer, Urteil vom 24.1.2017 – Beschwerde Nr. 25358/12: Paradiso and Campanelli ./. Italien.
23) Siehe Darstellung bei Duden (Fußn. 19), S. 446.

nach staatlichen Kontrollmaßnahmen der Leihmutterschaftsindustrie, fordert es von den leihmutterschaftsfeindlichen Rechtsordnungen die Kinder bestmöglich zu schützen, wenn sie einmal auf der Welt sind.

Das Verbot der Leihmutterschaft ist nicht erlassen worden, um die betroffenen Kinder bestmöglich zu schützen, sondern um ihre Existenz zu verhindern. Die Versuche der deutschen Behörden, die generalpräventiven Zwecke der Verbote durchzusetzen, indem sie den Auftragseltern die rechtliche Elternstellung versagen, treffen immer auch die Kinder: „Zum Kindeswohl gehört auch die verlässliche rechtliche Zuordnung zu den Eltern als den Personen, die für sein Wohl und Wehe kontinuierlich Verantwortung übernehmen."[24]

Solche Personen haben die Kinder rechtlich nicht. Gelten Kinder in Deutschland als Kinder der Leihmutter und ggf. ihres Ehemanns, muss beachtet werden, dass dies im Heimatstaat der Leihmutter anders beurteilt wird. Bisher wurde dem nationalen Verbot in Fällen grenzüberschreitender Leihmutterschaft zur Geltung verholfen, indem den Kindern die Ausstellung eines Passes oder die Nachbeurkundung der Auslandsgeburt verweigert wurde. Durch das Vorgehen der deutschen Behörden besteht die Gefahr, dass die Kinder staaten- und elternlos in ihrem Geburtsland zurückbleiben.

Trotz der höchstrichterlichen Entscheidung ist es nach wie vor vom Zufall abhängig, ob Kinder ihren Auftragseltern zugeordnet werden können. Auch die zuvor entscheidenden (und teilweise immer noch geltenden) Kriterien, wie das Bestehen einer Ehe der Leihmutter, die Geltung des Ius-soli-Prinzips im Geburtsland oder auch die tatsächliche Möglichkeit, ohne Pass einreisen zu können, sind wenig sachgerecht und hinsichtlich des Gebots der Gleichbehandlung aus Art. 3 Grundgesetz (GG) problematisch.[25]

Rechtssicherheit ist ein strukturelles Element des Rechtsstaates. Die Zufallsergebnisse des geltenden Rechts werden den rechtstaatlichen Anforderungen aber nicht gerecht.

3. Gesetzgeberischer Handlungsbedarf

Die vom BGH aufgestellten Kriterien können Anknüpfungspunkt für die Anerkennung der nach ausländischem Recht erfolgten statusrechtlichen Zuordnung von Kindern einer Leihmutter sein.

Der Gesetzgeber sollte auch für die anderen denkbaren Konstellationen eine gesetzliche Wertung treffen. Was für ein Verfahren soll erfolgen, wenn zwar eine gerichtliche Entscheidung vorliegt, aber keine genetische Verwandtschaft besteht? Ist die genetische Verwandtschaft überhaupt entscheidendes Kriterium, wenn man bedenkt, dass ihr im deutschen Abstammungsrecht allenfalls eine nachgeordnete Bedeutung zukommt? Wie soll mit den Fällen umgegangen werden, in denen der Leihmutter Anonymität zugesichert wurde, also keine Angaben zur Person der Leihmutter bekannt sind? Stellt es eine Schlechterstellung der Auftragsmutter dar, dass der Auftragsvater wegen der Anerkenntnismöglichkeit eine Elternschaft viel leichter begründen kann und zwar unabhängig davon, ob er genetisch mit dem Kind verwandt ist?[26] In welchen Konstellationen ist Adoption das wünschenswerte Verfahren? Wie kann verhindert werden, dass sich die genetisch nicht verwandten Auftragseltern von ihrer Entscheidung, Eltern zu werden, einseitig lösen können, falls ihnen das Ergebnis ihrer Bemühungen nicht gefällt?

3.1 Anerkennung der im Geburtsland vorgenommenen statusrechtlichen Zuordnung

Seit dem Urteil des BGH ist Bewegung in die juristische Debatte gekommen. Im September 2016 hat sich auch der 71. Deutsche Juristentag mit der Leihmutterschaft befasst und dafür plädiert, die Erlangung der rechtlichen Elternstellung durch die Auftragseltern zu erleichtern. Es wurde beschlossen, dass die nach dem Recht des Geburtslandes etablierte Elternschaft der Auftragseltern im Inland – im Allgemeinen – zu akzeptieren ist, wenn die Leihmutterschaft im Ausland nach den dort geltenden Regeln legal durchgeführt wurde. Hierfür sollen entweder im deutschen Internationalen Privat- und Verfahrensrecht oder im deutschen Sachrecht geeignete Mechanismen entwickelt werden.[27]

Nach dem zugrunde liegenden Gutachten von Helms könnte zum einen das deutsche internationale Abstammungsrecht dahingehend geändert werden, dass eine Sonderanknüpfung an das Recht des Geburtsortes erfolgt, zum anderen könnte § 1591 BGB speziell für den Fall grenzüberschreitender Leihmutterschaft durchbrochen werden oder es könnte die nach ausländischem Recht erfolgte abstammungsrechtliche Zuordnung kraft Gesetz akzeptiert werden.[28]

Außerdem wurde vom 71. Deutschen Juristentag beschlossen, die Stiefkindadoption zu erleichtern und weitere Wege zur schnellen Erlangung rechtlicher Elternschaft vorzusehen, soweit die Leihmutterschaft zur ursprünglichen Familiengründung stattgefunden hat.[29]

Eine Regelung der Anerkenntnisvoraussetzungen für die statusrechtliche Zuordnung des Kindes zu seinen Auftragseltern erscheint auch hinsichtlich des Kindeswohls geboten. Die Zuordnung bedeutet für die Kinder meist erhebliche Vorteile, z.B. hinsichtlich Staatsangehörigkeit, Unterhaltsansprüchen und im Erbrecht.

3.2 Adoption

Soll eine generelle Anerkennung nicht stattfinden, wäre die Durchführung eines vereinfachten Adoptionsverfahrens eine denkbare Möglichkeit. Nach Helms macht die

24) BGHZ 203, 350, Rn. 57.
25) So auch Helms, T.: Rechtliche, biologische und soziale Elternschaft – Herausforderungen durch neue Familienformen. Gutachten F zum 71. Deutschen Juristentag 2016, S. 55.
26) Genetische Verwandtschaft ist für die Anerkennung der Vaterschaft keine Voraussetzung, vgl. § 1592 Nr. 2 BGB.
27) Beschluss C 13 des 71. Deutschen Juristentages.
28) Helms (Fußn. 25), S. 56.
29) Beschluss C 14 des 71. Deutschen Juristentages.

Voraussetzung der Kindeswohldienlichkeit „bei einer Adoption durch die eigenen genetischen Eltern keinen Sinn". Auch sei es nicht überzeugend, dass die genetische Auftragsmutter die rechtliche Elternstellung zu ihrem genetischen Kind nur durch (Stiefkind-)Adoption erhalten kann.[30] Deshalb wäre ein gestuftes Verfahren möglich. Werden zuvor festgelegte Voraussetzungen eingehalten, findet eine direkte Anerkennung statt, fehlen einzelne Voraussetzungen, wird ein Adoptionsverfahren durchgeführt. Eines der Kriterien könnte genetische Verwandtschaft sein. Aber auch eine Differenzierung zwischen altruistischer und kommerzieller Leihmutterschaft könnte sich anbieten. Anforderungen an die Leihmutter und an das ausländische Verfahren sollten festgeschrieben werden.

3.3 Kinderhandel

Der UN-Kinderrechtsausschuss erkannte 2013 rechtlichen Handlungsbedarf bei der Regelung der Leihmutterschaft gegenüber den USA, da die Zahlungen an die Leihmütter vor der Geburt des Kindes den Kinderhandel förderten.[31] Ein Jahr später monierte der Ausschuss gegenüber Indien das Fehlen gesetzlicher Regelungen, was den Verkauf von Kindern und die Verletzung von Kinderrechten begünstige.[32] Die Vertragsstaaten, die Leihmutterschaft nicht billigen, sollten versuchen, auf internationaler Ebene Verbote oder zumindest allgemeine Prinzipien zur Kontrolle der vertraglichen und finanziellen Aspekte durchzusetzen.

Auch für den Fall, dass deutsche Auftragseltern eine kommerzielle Leihmutterschaft in Anspruch genommen haben, müssen Kriterien entwickelt werden. Entschieden werden sollte, ob ein genetisch eigenes Kind gekauft werden kann oder ob auch bei genetisch fremden Kindern Kinderhandel ausgeschlossen werden kann, wenn die Auftragseltern bereits vor der Zeugung involviert waren und das Kind ohne sie nie geboren worden wäre.

Für den Fall, dass von den Auftragseltern die Grenze zum Kinderhandel überschritten wird, müssten dann die erhöhten Voraussetzungen des § 1741 Abs. 1 Satz 2 BGB zu beachten sein. Dieser normiert, dass die Annahme eines Kindes aus gesetzes- oder sittenwidriger Vermittlung oder Verbringung nur dann zulässig ist, wenn dies zum Wohl des Kindes erforderlich ist.

3.4 Das Recht auf Kenntnis der eigenen Herkunft

Das Recht des Kindes auf Kenntnis seiner genetischen Herkunft wird für die deutsche Rechtsordnung bei grenzüberschreitender Leihmutterschaft nicht vollständig zu garantieren sein, da in vielen Ländern den Eizellenspenderinnen Anonymität zugesichert wird.

Die Auftragseltern verfügen aber meist über Informationen über die Leihmutter. Es gilt, Auskunft über die Identität der beteiligten Personen einzuholen und diese zu konservieren, beispielsweise im Personenstandsregister. Die Leihmutter und die Eizellenspenderin könnten neben den rechtlichen Auftragseltern eingetragen werden.[33]

Hinsichtlich der Anonymität der Eizellenspenderin ist die EU-Gewerberichtlinie[34] ein wichtiger Schritt zur Garantie des Rechts auf Kenntnis der eigenen Herkunft. In ihr ist die Dokumentation von Keimzellspenden für die Dauer von 30 Jahre geregelt. Sie enthält auch eine Ausnahmeregelung von den strengen Geheimhaltungsvorschriften „für die Wahrnehmung des Kenntnisrechts des Kindes". Das Verfahren der Kenntniserlangung regelt die Richtlinie nicht. Wie dieses auszugestalten ist, wird den Mitgliedsstaaten überlassen. Das niederländische Modell könnte EU-weit Vorbildcharakter entfalten. Die Niederlande haben die Anonymität von Samen- und Eizellspenden ab 2005 abgeschafft.[35] Die Kliniken sind verpflichtet, die Identität des Spenders an die unabhängige Stiftung „Foundation for donor data" weiterzugeben. Diese bewahrt die Daten für 80 Jahre auf. Kinder können ab einem Alter von 16 Jahren Einsicht in die persönlichen Daten des Spenders beantragen.

4. Fazit

Trotz des bestehenden Verbots der Leihmutterschaft in Deutschland besteht Regelungsbedarf, insbesondere, um die Kinder in Zukunft besser vor hinkenden Rechtsverhältnissen zu schützen und allen Anforderungen der UN-Kinderrechtskonvention gerecht zu werden.

De facto sind die Auftragseltern meist die einzigen Personen aus dem Kreis der in Betracht kommenden Eltern, die bereit und in der Lage sind, für das Kind zu sorgen. Als Initiatoren seiner Zeugung sind sie wie Eizellenspenderin und Leihmutter vom Kenntnisrecht des Kindes umfasst. Würde eine Leihmutter das Kind behalten wollen, würde ein solcher Rechtsstreit vor den Gerichten ihres Heimatstaates ausgetragen werden. Ihr dieses – ihr nach unseren Gerechtigkeitsvorstellungen zustehende – Recht zu gewähren, liegt nicht im Machtbereich der nationalen Gerichte. Auf die Rechte der Leihmütter Einfluss zu nehmen, kann nur im Zuge internationaler Kooperation erfolgen. Was der nationale Gesetzgeber tun kann, ist, den Kindern eine gesicherte Zuordnung zu ihren Auftragseltern zu gewähren, um sie vor Eltern- und Staatenlosigkeit zu bewahren, um sie im Unterhalts- und Erbrecht nicht zu benachteiligen und um ihnen zu ermöglichen, wenigstens zu diesen Eltern eine Beziehung aufzubauen.

Leihmutterschaft bleibt ein moralisch höchst umstrittenes Thema. Die gesellschaftliche Debatte dreht sich meist um die Auftragseltern oder die Leihmütter. Die Rechte der Kinder müssen in Zukunft mehr in den Blick genommen werden. Wie fühlt es sich an, von den eigenen Eltern in Auftrag gegeben und bezahlt worden zu sein? Kinder sind davor zu schützen, zum Objekt eines Warenaustausches degradiert zu werden. Den Kindern hier keine gesicherte statusrechtliche Rechtsposition zu gewähren, um diesen Zweck zu erreichen, ist aber sicherlich nicht der richtige Weg. ■

30) Ebenda.
31) CRC/C/OPSC/USA/CO/2.
32) CRC/C/IND/CO/3-4.
33) So das Schweizer Verwaltungsgericht St. Gallen, siehe Hausammann, C./Hitz Quenon, N.: Leihmutterschaft aus menschenrechtlicher Sicht, in: SKMR-Newsletter Nr. 25 vom 11. Mai 2015, S. 7.
34) Richtlinie 2004/23/EG vom 31. März 2004.
35) Wet donorgegevens kunstmatige bevruchting vom 25. April 2002.