

Alexandra Esser

Ist das Verbot der Leihmutterschaft in Deutschland noch haltbar?

Eine rechtsphilosophische Analyse



Nomos

Schriften zum Bio-, Gesundheits- und Medizinrecht

Herausgegeben von

Prof. Dr. Marion Albers

Prof. Dr. Ivo Appel

Prof. Dr. Ulrich M. Gassner

Prof. Dr. Henning Rosenau

Band 44

Alexandra Esser

Ist das Verbot der Leihmutterschaft in Deutschland noch haltbar?

Eine rechtsphilosophische Analyse



Nomos



Onlineversion
Nomos eLibrary

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Zugl.: Münster (Westf.), Univ., Diss., 2020

ISBN 978-3-8487-8058-7 (Print)

ISBN 978-3-7489-2445-6 (ePDF)

1. Auflage 2021

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2021. Gesamtverantwortung für Druck und Herstellung bei der Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster im Wintersemester 2019/2020 als Dissertation angenommen. Die mündliche Prüfung fand am 22. Dezember 2020 statt.

Rechtsprechung und Literatur konnten bis Januar 2020 berücksichtigt werden.

Zuvorderst danke ich meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Thomas Gutmann, für die hervorragende Betreuung meiner Arbeit einschließlich zahlreicher, wertvoller Anregungen und Gespräche, die die Entstehung dieser Arbeit maßgeblich gefördert haben.

Frau Prof. Dr. Bettina Heiderhoff danke ich für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens.

Mein besonderer Dank gilt schließlich den Menschen, die mich stets unterstützt, ermuntert und ermutigt haben und ohne die die Erstellung dieser Arbeit nicht möglich gewesen wäre: meinen Eltern, meiner Schwester und meinem Freund.

Düsseldorf, im Dezember 2020

Alexandra Esser

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	13
I. Allgemeine Dynamik im Recht der Reproduktionsmedizin	14
II. Die Leihmutterschaft	16
III. Einführung in die Problematik	18
IV. Gegenstand und Ziel der Arbeit	21
V. Gang der Untersuchung	24
A. Fakten	27
I. Beweggründe	27
II. Die Leihmütter	28
1. Herkunft	29
2. Charakteristika	30
3. Motivation	31
4. Erfahrungen	34
5. Fazit	36
III. Erscheinungsformen	39
1. Kommerziell/altruistisch	39
2. Zwischen Bekannten/Verwandten oder Unbekannten	40
IV. Bereits diskutierte Lösungsansätze und Modellvorschläge	41
1. Beibehaltung des Verbots	41
2. Positive Regulierung in einem Fortpflanzungsmedizingesetz	42
3. Soziale, professionelle Organisation der Leihmutterschaftsverhältnisse	43
4. Persönliche, triadische Beziehung zwischen Leihmutter, Wunscheltern und Kind	45
B. Argumente	47
I. Pro	47
1. Die Perspektive der Wunscheltern – Psychosoziale Aspekte ungewollter Kinderlosigkeit	47
2. Leihmutterschaftskinder sind Wunschkinder	49

Inhaltsverzeichnis

3. Steigerung der Geburtenrate	50
4. Das moralische Recht auf Elternschaft	51
a) Genetischer Ansatz	54
b) Schwangerschaftsansatz	63
c) Intentionaler Ansatz	69
d) Kausalitätstheoretischer Ansatz	75
e) Fazit	77
f) Normative Konsequenzen	80
5. Selbstbestimmung der Leihmutter	83
a) Voraussetzungen der informierten Einwilligung	86
aa) Einwilligungsfähigkeit („competence“)	88
(1) Materieller Beurteilungsmaßstab	88
(2) Einwilligungsfähigkeit potentieller Leihmütter	89
bb) Freiwilligkeit („voluntary consent“)	90
(1) Materieller Beurteilungsmaßstab	90
(2) Freiwilligkeit potentieller Leihmütter	94
(aa) „Unrefusable Offers“	94
(bb) Zwang durch Armut	95
(3) Fazit	98
cc) Informiertheit („informed consent“)	103
(1) Materieller Beurteilungsmaßstab	103
(2) Hinreichende Informiertheit der Leihmütter	104
b) Fazit und normative Konsequenzen	109
c) Exkurs	118
aa) Konsequenzen für das Abtreibungsrecht	118
bb) Schadensersatzansprüche der Wunscheltern	123
II. Contra	126
1. Negative Auswirkungen auf das Kindeswohl	126
a) Kindeswohleinwände	127
aa) „Bonding“ und Identitätsprobleme	127
bb) Negative Einstellung der Leihmutter zum Kind	129
cc) Unklare Staatsangehörigkeit	131
b) Problem der Nichtidentität („Nonidentity Problem“)	132
c) Die empirische Befundlage	135
aa) Britische Langzeitstudie von Susan Golombok	135
bb) Weitere Studien	138
d) Fazit	139

2. Argumente in Bezug auf die Leihmütter	141
a) Ausbeutung	141
aa) Konzeptentwicklung	142
(1) Vorteil für die ausbeutende Person (A)	143
(2) Auswirkungen auf die ausgebeutete Person (B)	143
(3) Ungerechtigkeit der Transaktion	144
(a) Rein prozessorientiertes Ausbeutungskonzept	144
(b) Vergleichsansatz	146
(c) Normalpreisansatz („Hypothetischer, fairer Marktpreis“)	147
(d) Zwischenergebnis	148
(4) Fehlende Einwilligung des B?	149
(5) Fazit	150
bb) Anwendung auf Leihmutterschaft	150
(1) Vorteil für die Wunscheltern	150
(2) Auswirkungen auf die Leihmutter	150
(a) Schädliche Ausbeutung	151
(b) Wechselseitig vorteilhafte Ausbeutung	152
(3) Moralische Bewertung und Folgen von Ausbeutung	153
cc) Fazit	155
b) Leihmutterschaft aus feministischer Sicht	155
aa) Feministische Theorien	156
(1) Liberaler Feminismus	156
(2) Radikaler Feminismus	160
(3) Kultureller Feminismus	162
bb) Meinungen zur Leihmutterschaft	164
(1) Liberal	165
(2) Radikal	166
(3) Kulturell	167
cc) Fazit	167
c) Grenzen des gesetzgeberischen Paternalismus	172
aa) Begriffsklärung	174
bb) Einordnung des Leihmutterschaftsverbots	176
cc) Zulässigkeit paternalistischer Freiheitseingriffe	180
dd) Zulässige (paternalistische) Zugangsbeschränkungen für Leihmütter	182
(1) Altersgrenze	183
(2) Pflichtberatung und Begutachtung durch eine Kommission	185

Inhaltsverzeichnis

ee) Fazit	187
3. Kommerzialisierung	187
a) Intrinsische Argumente	189
aa) Instrumentalisierung und Menschenwürde	189
bb) Kommodifizierung	195
(1) Kommodifizierung der Gebärfähigkeit	195
(2) Kommodifizierung der Kinder	198
cc) Menschenbild	199
b) Extrinsische Argumente	200
aa) Folgen für die Leihmütter	200
bb) Folgen für die Gesellschaft	201
cc) Folgen für die Kinder	205
c) Fazit	205
III. Fazit	207
C. Recht	213
I. Geltendes Recht	213
1. In Deutschland	213
a) Das Verbot der Leihmutterschaft	213
aa) Embryonenschutzgesetz	213
bb) Adoptionsvermittlungsgesetz	214
b) Die Zuordnung der Mutterrolle, § 1591 BGB („mater semper certa est“)	215
c) Möglichkeit der Statusänderung	215
2. Rechtslage in anderen Ländern	216
a) Kalifornien	217
b) Indien	218
c) Griechenland	220
d) Fazit	221
3. Internationales Recht	222
a) Anerkennung ausländischer Entscheidungen	223
b) Kollisionsrechtliche Behandlung der Leihmutterschaft	227
4. Fazit	228
II. Verfassungsrecht	230
1. Durch das Verbot der Leihmutterschaft berührte Schutzbereiche von Grundrechten	231
a) Reproduktionsfreiheit der Wunscherlern	231
aa) Dogmatische Herleitung	231
bb) Persönlicher Schutzbereich	234

cc) Sachlicher Schutzbereich	239
dd) Fazit	241
b) Allgemeine Handlungsfreiheit der Leihmutter, Art. 2 Abs. 1 GG	241
aa) Persönlicher Schutzbereich	242
bb) Sachlicher Schutzbereich	242
cc) Fazit	243
c) Grundrechte von Ärzten und Vermittlungsagenturen	244
2. Eingriff	244
3. Verstoß gegen Gleichheitsrechte, Art. 3 Abs. 1, Abs. 2 S. 1, Abs. 3 S. 1 GG	245
a) Ungleichbehandlung	246
b) Rechtfertigung der Ungleichbehandlung	247
aa) Vorliegen eines objektiven biologischen Unterschieds	248
bb) Zwingende Erforderlichkeit einer Differenzierung	249
4. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung	250
a) Grundrechte der Leihmütter	252
aa) Menschenwürde, Art. 1 Abs. 1 GG	252
bb) Schutz der körperlichen Unversehrtheit, Art. 2 Abs. 2 S. 1 Alt. 2 GG	253
cc) Elternrecht, Art. 6 Abs. 2 GG	255
(1) Das Elternrecht der Leihmutter	255
(2) Exkurs: Elternrechte der Wunscheltern	260
b) Grundrechte des Kindes	263
aa) Menschenwürde, Art. 1 Abs. 1 GG	263
bb) Recht auf körperliche Unversehrtheit, Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG	268
cc) Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung, Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG	269
(1) Eingriff durch Leihmutterschaft	269
(2) Exkurs: Eingriff durch den Ausschluss des Anfechtungsrechts	271
dd) Recht auf staatliche Gewährleistung elterlicher Pflege und Erziehung, Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG	272
(1) Eingriff durch Leihmutterschaft	273
(2) Exkurs: Verletzung der Schutzpflicht aus Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG	274
c) Der Schutz von Ehe und Familie, Art. 6 Abs. 1 GG	275

Inhaltsverzeichnis

d) Fazit/Verfassungsrechtliche Vorgaben für eine Regulierung der Leihmutterschaft de lege ferenda	277
D. Gesetzentwurf	282
E. Zusammenfassung	292
Literaturverzeichnis	295