

# Autonomie, Reproduktion und die Leihmutterschaft

Ein Essay

Andrea Büchler<sup>1</sup>

---

„Theoretisch wäre es einer der grössten Triumphe der Menschheit [...] wenn es gelänge, den verantwortlichen Akt der Kinderzeugung zu einer willkürlichen und beabsichtigten Handlung zu erheben“, so *Sigmund Freud* vor über hundert Jahren.<sup>2</sup>

## 1. Vom Widerfahrnis zur Entscheidung

Ein Kind zu bekommen wird heute nicht mehr als Widerfahrnis empfunden, sondern meist entweder aktiv verhindert oder aber wohlüberlegt in die eigene Biografie eingepasst. Die Einführung der Anti-Baby-Pille in den 1960ern trug entscheidend dazu bei. Die Zeugung im Labor ermöglicht es umgekehrt, eine Schwangerschaft auch dann herbeizuführen, wenn sie sich spontan nicht einstellt. Die Fertilisation in vitro war erstmals in Großbritannien erfolgreich, und die Geburt von *Louise Brown* 1978 wurde als Meilenstein der Medizin gefeiert. Seither ist sie zu einer häufig praktizierten Variante der Zeugung avanciert. Sie hat auch den Grundstein gelegt für die Aufbewahrung, Spende, Untersuchung und Selektion von Keimzellen und Embryonen – Verfahren, die bis heute kritisch diskutiert werden. Diskutiert wird etwa, ob Frauen die Möglichkeit einzuräumen ist, Eizellen aufzubewahren, um reproduktive Zeit zu gewinnen, oder inwiefern Embryonen gespendet oder zum Zweck einer Auswahl untersucht werden dürfen. Ich werde zunächst den Rahmen zeichnen, innerhalb dessen sich Antworten auf solche Fragen bewegen, anschliessend über ein Verfahren sprechen, das für gewöhnlich Unbehagen auslöst und von ruheloser Diskussion umgeben ist: die Leihmutterschaft.

- 
- 1 Die vorliegende Arbeit wurde durch den universitären Forschungsschwerpunkt *Human Reproduction Reloaded* der Universität Zürich unterstützt. Der Beitrag gibt zudem Überlegungen wieder oder schliesst an solche an, die im Buch *Bleisch/Büchler, Kinder wollen. Über Autonomie und Verantwortung* (2020) geäussert wurden. Auch einzelne Textpassagen finden sich bereits im genannten Buch. Bestimmtes Material wurde auch bereits in *Büchler, Reproduktive Autonomie und Selbstbestimmung. Dimensionen, Umfang und Grenzen an den Anfängen menschlichen Lebens* (2017) verwendet.
  - 2 *Freud, Die Sexualität in der Ätiologie der Neurosen*, in *Freud: Studienausgabe* in zehn Bänden, Bd 5 (1898) 28.

## 2. Reproduktive Autonomie als Leitidee

Fragen wir danach, was wir mit Blick auf eigene Kinderwünsche wollen dürfen, so fragen wir nach der reproduktiven Autonomie und deren Grenzen. Autonomie ist ein von der Philosophie stark umworfenes, vielschichtiges und voraussetzungsreiches Anliegen, dies erst recht in Verbindung mit Begehren der Reproduktion.

### 2.1. Schutzbereich

#### Freiheit von Fremdbestimmung

Reproduktive Autonomie meint die Fähigkeit und Möglichkeit, die auf die Fortpflanzung bezogenen Belange selbst zu gestalten, im Licht eigener Wünsche und Werte. Die Anfänge trugen den Banner der Freiheit von Fremdbestimmung, die Frauenbewegung kämpfte etwa für den Zugang zur Empfängnisverhütung und zu sicheren Methoden des Schwangerschaftsabbruchs. Es ging um den schieren Umstand, dass sich Frauen überhaupt gegen Kinder entscheiden können – zuweilen ist von der negativen reproduktiven Autonomie die Rede. In die reproduktive Freiheit in ihrer ursprünglichen Dimension wurde aber auch in gravierender Weise eingegriffen, indem Personen an der Reproduktion gehindert wurden, so etwa durch in eugenischer und bevölkerungspolitischer Absicht praktizierte Zwangssterilisationen.

Die reproduktive Freiheit ist in verschiedenen völkerrechtlichen Quellen als Menschenrecht verbrieft, etwa in Art 8 EMRK, dem Recht auf Achtung des Familien- und Privatlebens. In dieser Verortung reproduktiver Rechte kommt ein enger begrifflicher und normativer Zusammenhang zwischen Privatheit und Freiheit zum Ausdruck, der auch die Selbstbestimmung über den Körper umschließt.<sup>3</sup> Im Schweizer Recht wird reproduktive Selbstbestimmung zum Grundrecht der persönlichen Freiheit gezählt, das die Entscheidungsfreiheit in elementaren Fragen der Persönlichkeitsentfaltung schützt, wozu der Wunsch nach Elternschaft zweifellos gehört.<sup>4</sup> Die deutsche Diskussion über die grundgesetzliche Verankerung reproduktiver Autonomie legt indes eine konzeptionelle Weichenstellung offen. Teilweise wird reproduktive Autonomie als Familiengründungsfreiheit prioritär dem Schutz von Ehe und Familie zugeordnet, andere sehen sie als der allgemeinen Handlungsfreiheit oder dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht zugehörig.<sup>5</sup> Ich

<sup>3</sup> Zum Zusammenhang zwischen Freiheit und Privatheit grundlegend *Rössler*, *Der Wert des Privaten* (2018/2001) insb 83 ff.

<sup>4</sup> Art 10 Abs 2 Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft v 18. 4. 1999 (BV). Die Literatur verweist zudem auf das Recht auf Achtung des Privatlebens (Art 13 BV), das sich auf sexuelle Beziehungen, Schwangerschaft und Geburt erstreckt, und auf das Recht auf Familie (Art 14), das die Familiengründung einschließt. Vgl die umfassenden Hinweise in *Büchler*, *Reproduktive Autonomie* 13 ff.

<sup>5</sup> Ausführlich und mit Hinweisen *Wapler*, *Reproduktive Autonomie und ihre Grenzen – Leihmutterschaft aus verfassungsrechtlicher Perspektive*, in *Schramm/Wermke* (Hrsg), *Leihmutterschaft und Familie. Impulse aus Recht, Theologie und Medizin* (2018) 111 ff; Vgl auch *Hilpert*, *Recht auf reproduktive Autonomie. Sinn und Problematik eines aktuellen menschenrechtlichen Topos*, in *Klissenbauer et al* (Hrsg), *Menschenrechte und Gerechtigkeit als bleibende Aufgaben* (2020) 414 ff.

meine, reproduktive Autonomie ordnet sich nicht nur semantisch dem Selbstbestimmungsdiskurs zu. Gewiss findet menschliche Fortpflanzung in sozialen Bezügen statt. Jedoch „verschmelzen die an diesen Beziehungen beteiligten“ Personen „nicht zu einem Kollektiv“, wie *Friederike Wapler* zu Recht betont, vielmehr machen sie je einzeln die Freiheit geltend, über ihr Leben, auch in seinen körperlichen Dimensionen, selbst zu bestimmen. Jedenfalls darf reproduktives Verhalten nicht bereits „auf der Schutzbereichsebene anhand eines traditionellen Bildes von Familie“ bewertet werden.<sup>6</sup> Zudem ist es körperbezogen, weshalb auch das weitgehend abwägungsresistente Recht auf körperliche Integrität auf vielfältige Weise mit Anliegen der reproduktiven Selbstbestimmung verwoben ist.

Das Recht, nicht zur Reproduktion gezwungen oder an ihr gehindert zu werden, muss als Kerngehalt reproduktiver Autonomie gelten. Dies bedeutet auch, dass der Kinderwunsch „weder auf seine Notwendigkeit hin überprüft, noch gegenüber staatlichen Organen gerechtfertigt werden muss“<sup>7</sup>. Denken wir an die gegenwärtige Klimadebatte, ist dies von einiger Bedeutung, wird doch vermehrt die Forderung laut, aus ökologischen Gründen sollten wir uns in der Erfüllung unserer Kinderwünsche mässigen.<sup>8</sup>

### Zugang zu einem ausgedehnten Möglichkeitsraum

Weit umstrittener als die Freiheit von Fremdbestimmung ist das Recht, reproduktionsmedizinische Assistenz nachzufragen. Fortpflanzungsmedizin und Genetik haben vielfältige Selbstbestimmungsanliegen hervorgerufen, die sich auf ein Geflecht an technologischen Massnahmen erstrecken. Und so wird die Frage nach dem Zugang zum ausgedehnten Möglichkeitsraum zu einer nach dem Schutzbereich reproduktiver Autonomie. Zuweilen ist die Rede von der positiven reproduktiven Autonomie,<sup>9</sup> was insofern irreführend ist, als nach dem vorherrschenden Verständnis in den deutschsprachigen Ländern aus ihr keine staatliche Pflicht resultiert, finanzierten Zugang zu sämtlichen Verfahren der Reproduktionsmedizin zu gewährleisten. Positiv ist diese Autonomiekonzeption aber insofern, als sie in ihr ein bestimmtes Ziel verwirklicht sieht.

Der Bestand an juristischen Beiträgen zur reproduktiven Autonomie in ihrer positiven Spielart wächst an, und legt die beträchtliche Unsicherheit bei der Bestimmung ihrer Reichweite offen. Es besteht immerhin zunehmend Einigkeit darin, dass der Zugang zu Verfahren, welche es überhaupt ermöglichen, den Kinderwunsch zu realisieren, von ihr erfasst ist, zumindest dann, wenn sie die „natürliche“ Zeugung nachbilden. Das Anliegen wird meist in tradierte Konzepte eingebunden – so hat etwa der EGMR, in der Auseinanderset-

---

6 So *Wapler* in *Schramm/Wermke* 2018, 112.

7 *Hilpert* in *Klissenbauer et al* 413.

8 Vgl der Club of Rome, *Randers/Maxton*, Ein Prozent ist genug. Mit wenig Wachstum soziale Ungleichheit, Arbeitslosigkeit und Klimawandel bekämpfen (2016).

9 Vgl *Nelson*, *Law, Policy and Reproductive Autonomy* (2013) 34 ff.

zung mit dem österreichischen Recht festgehalten, der Zugang zu Methoden der assistierten Fortpflanzung falle in den Schutzbereich des Rechts auf Privatleben.<sup>10</sup> Anders der anglo-amerikanische Rechtsdiskurs: Reproduktive Autonomie wird explizit und umfassend in Anschlag gebracht, etwa für die genetische Diagnostik, die Geschlechtsselektion und jüngst selbst für das den Geist der Zukunft atmende Verfahren der Genomeditierung.<sup>11</sup>

## Relationalität

Eine Rede von der reproduktiven Autonomie kann auf Bemerkungen zu zwei konzeptionellen Verarmungen eines traditionellen Autonomieverständnisses nicht verzichten. Reproduktive Autonomie ist erstens auf Umstände angewiesen, die ihre Wahrnehmung ermöglichen, ansonsten bleibt sie defizitär. Nur danach zu fragen, wo die äusseren Grenzen individueller Freiheit zu ziehen sind, greift zu kurz. Ein zweites Defizit haftet einer Autonomie an, die ohne ihre Beziehungseinbettung gedacht wird. Diesem Defizit will ein relationales Autonomieverständnis begegnen, wie es die feministische Literatur anmahnt.<sup>12</sup> Es ist der Einsicht geschuldet, dass zahlreiche, auch ausserhalb eines möglichen Zugriffs durch das Recht liegende Umstände die Willensbildung prägen – so etwa ein technologischer Imperativ – und dass sich Entscheidungen stets in einem Netz und in Abhängigkeit von Beziehungen vollziehen. Das ist sicher richtig. Doch auch wenn sich unsere Präferenzen in sozialen Kontexten ausbilden und adaptiv sind, oder, in einem anderen theoretischen Vokabular, Relationalität gar der Autonomie eingeschrieben ist: Eine Entscheidung hat normativ als selbstbestimmt zu gelten, solange die subjektiven Fähigkeiten, die inneren Bedingungen<sup>13</sup> der Autonomie gegeben sind. Das scheint mir alternativlos. Freilich hebt sich die Entscheidung, Mutter oder Vater zu werden, von rein interessensbezogenen Entscheidungen dahingehend ab, dass sie auf eine Fürsorgebeziehung ausgerichtet, und beachtliche Selbstbindung in ihr angelegt ist. Ist der reproduktive Wunsch darauf angelegt, Verantwortung für ein Kind zu übernehmen, so meine ich, muss er in den Schutzbereich reproduktiver Autonomie einbezogen werden, ganz gleich, wer diesen hegt und auf welchem Wege er realisiert werden soll.

## 2.2. Schranken

Einschränkungen einer wie auch immer gerahmten reproduktiven Autonomie bedürfen einer Begründung. Sie müssen zum Schutz von Grundrechten Dritter oder gewichtiger öffentlicher

10 So EGMR 3.11.2011, 57813/00, *SH/Österreich*.

11 Vgl *Harris*, Rights and Reproductive Choice in *Harris/Holm* (Hrsg), *The Future of Human Reproduction. Ethics, Choice and Regulation* (1998); *Buchanan*, *Beyond Humanity?* (2011); *Glover*, *Choosing Children. Genes, Disability and Design* (2006).

12 ZB *Mackenzie/Stoljar* (Hrsg), *Relational Autonomy. Feminist Perspectives on Autonomy, Agency, and the Social Self* (2000).

13 Zur Unterscheidung zwischen inneren und äusseren Bedingungen *Wapler*, *Reproduktive Autonomie: rechtliche und rechtsethische Überlegungen*, in *Baer/Sacksosky* (Hrsg), *Autonomie im Recht. Geschlechtertheoretisch vermessen* (2018) 193 ff.

Interessen notwendig, und verhältnismässig sein. In der ethischen Diskussion werden einige Interessen für die Begrenzung reproduktiver Autonomie vorgetragen, die im rechtlichen Kontext nicht zu überzeugen vermögen, und andere, deren Konturierung anspruchsvoll ist. Zu denen, die nicht zu überzeugen vermögen, gehört die Befürchtung, fortpflanzungsmedizinische Verfahren würden die Institution der Familie aushöhlen. Die Eizellspende oder der Zugang gleichgeschlechtlicher Paare zur Samenspende führten zu Familienverhältnissen, die von dem, was sonst natürlicherweise möglich ist, abweichen – so der Schweizer Gesetzgeber.<sup>14</sup> Dabei wird Bezug genommen auf eine normative Idee von Familie, deren Überlegenheit gegenüber alternativen Formen erst nachgewiesen werden müsste.

### Wider die Natur und die Demut vor dem Unverfügbaren

Beklagt wird auch die Unnatürlichkeit reproduktionsmedizinischer Massnahmen *an sich*. Die Würde des Menschen sei betroffen durch die künstliche Intervention bei seiner Entstehung. Die Demut vor dem Unverfügbaren, dem Wunder der Natur gehe verloren, die Beziehung zum Leben verändere sich, wenn es in der Gewalt der Medizin liege, ob und welche Kinder wir bekommen. Und nicht zuletzt sei der technische Zugriff eine weitere Form von Herrschaft über den weiblichen Körper. Die Idealisierung des Natürlichen, der „Natürlichkeitsbonus“, lässt sich damit erklären, dass die „Natur“ nicht manipulativ ist, sicherer ist sie aber bestimmt nicht. Die Geschichte jeder Kultur erzählt über weite Strecken die Bändigung der Natur, deren oft grausame Auswirkungen wir in den Griff zu bekommen versuchen.

### Das Wohl des Kindes und die Interessen von Kindern

Wichtig, in seiner Konturierung als Schranke reproduktiver Autonomie aber anspruchsvoll, erweist sich das Paradigma des Kindeswohls. Im Familienrecht gut etabliert, krankt es im fortpflanzungsmedizinischen Kontext am in der Philosophie aufwändig konferierten non-identity Problem. Ein Kind, auf das Bezug genommen, dessen Wohl geprüft, geschützt oder verletzt werden könnte, gibt es meist nicht, weil es ohne das in Frage stehende Verfahren gar nicht existieren würde. Die Alternative besteht nämlich nicht zwischen der Existenz unter schwierigen Vorzeichen, und einer Existenz ohne Belastungen, sondern nur zwischen der Existenz, so wie sie sich präsentiert, und der Nichtexistenz. Mithin ist es nicht nur widersprüchlich, das Wohl einer zukünftigen Person anzunehmen, um ihre Entstehung zu verhindern, es gehen damit auch problematische Urteile über lebenswertes Leben einher.

---

14 Botschaft über die Volksinitiative zum Schutz des Menschen vor Manipulation in der Fortpflanzungstechnologie und zu einem Bundesgesetz über die medizinisch unterstützte Fortpflanzung vom 26.6.1996, BBl 1996 III 250. Danach sei von der Natur vorgegeben, dass jedes Kind eine Mutter und einen Vater habe. Diese Grundbedingungen menschlicher Existenz seien auch bei der Anwendung der medizinisch unterstützten Fortpflanzung zu beachten.

Dennoch meine ich gibt es auch ohne konkretes Kind mit eigenen Interessen Belange von Kindern, die der reproduktiven Autonomie Grenzen setzen, etwa das allgemeine Interesse daran, dass Kinder Eltern haben, die in der Lage sind, angemessen für sie zu sorgen. Es verbietet sich, mit Hilfe bestimmter Verfahren Kinder zu zeugen, die in Umstände hineingeboren würden, die Kindern auf keinen Fall zugemutet werden sollten.

### Diskriminierung

Zu den weiteren öffentlichen Interessen, die in die Waagschale gelegt werden, um Einschränkungen der reproduktiven Autonomie zu begründen, gehören Gerechtigkeitsanliegen. Die Präimplantationsdiagnostik bringe etwa die Gefahr der Diskriminierung mit sich, denn ihrem selektiven Blick wohne ein Urteil über den Lebenswert von kranken Menschen inne, das sich auch auf den Umgang mit lebenden Menschen mit entsprechenden Eigenschaften auswirke – und letztlich den gesellschaftlichen Zusammenhalt bedrohe.

Weil vieles umstritten ist, besteht Einigkeit darin, dass die technologisch vermittelte Reproduktion Normierungen zu unterwerfen ist, zumal der Zeugungsvorgang die Sphäre des Intimen verlässt. Sie ist auf Dritte angewiesen, deren Handeln eigenen Regelungen gehorchen muss. In diesem Sinne reicht das „Kinder machen“, als das der Soziologe *Andreas Bernard* die Reproduktionsmedizin bezeichnet,<sup>15</sup> in die Gesellschaft hinein. Die Interessen, die es zu definieren und deren Grenzen es abzustecken gilt, sind für die Moral weit geöffnet. Dies erklärt ihre verschiedenen nationalen Färbungen, und hat zu einem reproduktionsmedizinischen Tourismus geführt, der je nach Perspektive entweder als einträgliches Geschäft mit dem Rechtsbruch verurteilt, oder als konstruktiver Umgang mit gesellschaftlicher Vielfalt gefeiert wird.

### 2.3. Im Vergleich

Auf dem internationalen Parkett gelten die deutschsprachigen Länder Österreich, Deutschland und die Schweiz als restriktiv. Das zeigt sich vor allem am vergleichsweise engen Anwendungsbereich der Präimplantationsdiagnostik; oder an der Keimzellenspende, die an anderen Orten nicht nur gegen Vergütung, sondern auch auf Internetseiten erfolgt, die Spender:innen mit ihren als ideal gepriesenen charakterlichen, genetischen oder kognitiven Eigenschaften ausstellen. Im Binnenvergleich tut sich das österreichische Gesetz durch seine Liberalität hervor, indem es die Eizellspende zulässt und gleichgeschlechtlichen Paaren den Zugang zur Reproduktionsmedizin einräumt. Überraschend streng ist dagegen das Verbot, eine Eizellreserve zur Erhaltung der Fertilität aus nicht medizinischen Gründen anzulegen. Dem Schweizer Recht liegt demgegenüber ein sehr traditionelles Familienbild zugrunde, die Sa-

---

<sup>15</sup> *Bernard*, Kinder machen. Neue Reproduktionstechnologien und die Ordnung der Familie. Samenspende, Leihmütter, Künstliche Befruchtung (2014).

menspende ist etwa nur verheirateten Paaren zugänglich. Und im deutschen Recht liegt der Fokus auf dem Embryonenschutz, über den streng gewacht wird. Ein Verfahren wird in allen drei Ländern gleich behandelt, nämlich verboten: die Leihmutterschaft.

### 3. Leihmutterschaft

#### 3.1. Moderne Leihmutterschaft

Leihmutterschaft ist zwar nicht medizinisch, aber sozial eine hoch komplexe Erscheinung. Die Wunscheltern, die sich um das Kind kümmern werden, sind auch genetisch mit diesem verwandt – ausgetragen und geboren wird es aber von einer anderen Frau: Das ist zwar nicht die einzige, aber eine häufige Variante der Leihmutterschaft. Zuweilen stammen Samenzellen oder die Eizelle von einer Drittperson, letzteres jedenfalls wenn ein Männerpaar Leihmutterschaft nachsucht. Das sind moderne Formen der Leihmutterschaft. Andere gab es schon immer, etwa indem ein kinderreiches Paar ein Kind der kinderlosen Schwester und Schwägerin überlässt.

Leihmutterschaft bricht mit dem abstammungsrechtlichen Axiom, Mutter sei die Frau, die das Kind gebiert. Sie tut dies in anderer Weise als die Eizellspende, nämlich quasi zweifach. Nicht nur bringt eine Leihmutter ein Kind zur Welt, das genetisch nicht das ihre ist, sondern es ist auch gar nicht ihre Absicht, nach der Geburt die Mutterrolle zu übernehmen. Sie wird das Kind nach der Geburt an jene Menschen übergeben, die zu seiner Zeugung Anlass gaben.

#### 3.2. Regelungsmodelle

Leihmutterschaft wird verschieden erzählt – als skrupellose Ausbeutung, als karitatives Werk oder würdige Erwerbchance, oder als anspruchsvolle Möglichkeit, ein Kind zu bekommen. Erscheinungsformen gibt es zahlreiche, Regelungsmodelle gibt es grob unterschieden drei: das gänzliche Verbot, die Beschränkung auf altruistische Leihmutterschaft und die Zulässigkeit auch kommerzieller Leihmutterschaft. Bei letzterer erhält die Frau für ihre „Dienstleistung“ ein Entgelt, dessen Höhe individuell ausgehandelt wird. Werden über den Auslagenersatz hinausgehende Entschädigungen untersagt, stellt sich die Leihmutterschaft als eine Art „Spende“ dar, häufig zugunsten einer Freundin oder von Verwandten. Die Leihmutter erbringt die reproduktive Arbeit dann als „altruistische Helferin“ umsonst. Noch striktere Verbotsnormen wiederum wollen die Frau davor bewahren, ihre reproduktiven Fähigkeiten überhaupt für andere einzusetzen. Sie sehen die Frau mit Blick auf Schwangerschaft und Geburt in erster Linie als gefährdet und schutzbedürftig an.<sup>16</sup>

---

16 Zu dieser Dreiteilung *Cottier* (2016), Die instrumentalisierte Frau: Rechtliche Konstruktionen der Leihmutterschaft, *juridikum* 2016, 188 ff.

### 3.3. Begründungen für das Verbot

In der Schweiz ist das Verbot der Leihmutterschaft explizit, und hat verfassungsrechtlichen Rang, in Deutschland ergibt es sich aus dem Embryonenschutz- und dem Adoptionsvermittlungsgesetz, in Österreich aus verwaltungsrechtlichen Bestimmungen, die sich an Kliniken richten. In allen drei Rechtsordnungen besteht zudem eine unanfechtbare abstammungsrechtliche Zuordnung des Kindes zur gebärenden Frau. Der Zwangsläufigkeit der Biologie kann man auch vertraglich nicht entgehen: Entsprechende Abreden sind nichtig. Für das Verbot wird verschiedenes vorgetragen, vier Argumente will ich in kritischer Absicht hervorheben:

#### „Echte“ Mutterschaft

Das erste Argument nimmt Bezug auf den Grundsatz „mater semper certa est“, der unterstellt, Schwangerschaft und Geburt seien unhintergehbare Voraussetzungen für „echte“ Mutterschaft. Diese wiederum begründeten eine Beziehung, die nicht ohne Schaden für das Kind und die Frau negiert oder aufgelöst werden könne. Solche Annahmen sind kulturell verwachsen. Sie liegen geltenden normativen Setzungen zugrunde, können sie aber keineswegs ersetzen. Elternschaft ist nicht natürlicher Fakt, sondern soziale und rechtliche Praxis. In ihren kulturellen Deutungsmustern hat die Beziehung zwischen der schwangeren Frau und dem Fötus eine bewegte Geschichte. Bis Ende des 18. Jahrhunderts glaubte man noch an die organische Einheit mit geteiltem Blutkreislauf, und nach der Lehre der „mütterlichen Einbildungskraft“ wurden Missbildungen oder Muttermale auf intensive, im wörtlichen Sinn prägende Eindrücke der schwangeren Frau zurückgeführt. Später machte man den psychischen Zustand der Frau für fötale Entwicklungsstörungen verantwortlich.<sup>17</sup> Heute versuchen Studien zur Wirkung von Umwelt und Lebensweise der Frau auf den Fötus diese Beziehung zu fassen – und bringen wenig gesichertes Wissen hervor. Kritische Stimmen weisen darauf hin, dass die Überzeugung, die biologische Verbindung sei eine natürliche und deshalb tragende Beziehung, Ausdruck einer essentialistischen Sichtweise von Mutterschaft sei.<sup>18</sup> Sie sei Teil eines etwa zweieinhalb Jahrhunderte jungen, dem Geschlechtervertrag einverleibten Mythos der Mutterliebe. Empirisch ließ sich die Vermutung, Leihmutterschaft erschwere die Identitätsfindung der Kinder, weil sie Mutterschaft spalte, bislang nicht bestätigen.

#### Inhärente Instrumentalisierung

Ein zweites Argument für das Verbot der Leihmutterschaft bringt vor, eine Leihmutter werde notwendig instrumentalisiert, durch die Tätigkeit in ihrer Würde verletzt. Woran

17 Grundlegend *Armi, Pränatale Zeiten Das Ungeborene und die Humanwissenschaften (1800-1950)* (2018), insb 121 ff.

18 Vgl zur „Essentialisierungsthese“ zB *Satz, Why Some Things Should Not Be For Sale, The Moral Limits of Markets* (2010) 117-121.



sich ein solcher Vorwurf der „Würdeverletzung“ festmacht, ist allerdings unklar. Kritisch angemerkt wird bisweilen, durch das Prädikat der Würde würden Rechtspositionen semantisch aufgewertet, es gehöre aber zum Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit, darüber zu entscheiden, welche Verhaltensweisen die eigene Würde konstituieren. Allerdings sind nicht nur die äußeren, sondern dadurch auch die inneren Bedingungen der Autonomie nicht immer gegeben, die eine selbstbestimmte Entscheidung überhaupt ermöglichen. Vielerorts nimmt namentlich kommerzielle, transnationale Leihmutterschaft höchst problematische Formen an. Handeln aus finanzieller Not, Unwissen, existentielle Abhängigkeit von der Klinik, Disziplinierung – all das sind Realitäten, aber der Leihmutterschaft nicht inhärent. Eine strukturelle Ungleichheit, die derart gewichtig ist, dass eine Entscheidung nicht mehr als selbstbestimmt gelten kann, ist beispielsweise im Schweizer Kontext eher unwahrscheinlich.

### **Persönlichkeitsrechtswidrige Bindung und Statusbeziehung**

Die Diskussion um die Würde der Frau kennt vertragsrechtliche Verzweigungen. Eine rechtliche Verpflichtung, ein Kind für eine andere Person auszutragen und nach der Geburt abzugeben, könne es auch jenseits der bestehenden Gesetzwidrigkeit nicht geben. Mitunter ist wie bei der Debatte rund um die Sexarbeit von Sittenwidrigkeit der vereinbarten Leistung oder des angestrebten Zwecks die Rede, woraus Nichtigkeit zu folgern sei.

Der Fokus liegt ein wenig anders, wenn dargetan wird, bei der Leihmutterschaft würde eine Frau einen Vertrag abschliessen, der ihren Körper und ihre Person in intimer Weise verpflichte – und ihr Selbstbestimmungsrecht unzulässig beschneiden. Das Schweizer Recht regelt den „Schutz der Persönlichkeit vor übermässiger Bindung“ explizit: „Niemand kann sich seiner Freiheit entäussern, oder sich in ihrem Gebrauch in einem das Recht oder die Sittlichkeit verletzenden Grade beschränken“, heisst es im Zivilgesetzbuch der Schweiz. Freilich wohnt jedem Vertrag ein Antagonismus inne, indem Selbstbestimmung durch Selbstbindung realisiert wird. Persönlichkeitsrechtswidrig sei die Verpflichtung, ein Kind für ein anderes Paar auszutragen deshalb, weil die Frau sich radikal von sich selbst entfremde. Sie begebe sich in eine Verletzlichkeit, bei welcher die Bedingungen von Autonomie nicht mehr gegeben seien. Die weitreichenden Implikationen könnten zudem schlicht nicht antizipiert oder bedacht werden, und entzögen sich folglich einer selbstbestimmten Einwilligung. Das ist indessen keine empirisch angeleitete Aussage, sondern Ausdruck einer kulturellen Perspektive auf den weiblichen Körper und einer sozialen Deutung seiner Bestimmung. Und nicht zuletzt ist es ein Diskurs, der die im Kontext der Vertragsautonomie historisch noch nicht sehr alte Rede von der Wankelmütigkeit der Frau zumindest anklingen lässt.

Wesentlich ist aber vor allem, dass das Verbot übermässiger, persönlichkeitsverletzender Bindungen nicht um der guten Sitten willen besteht, sondern einzig den Schutz der Parteien bezweckt. Es verbürgt ihre Selbstbestimmung. Der Schutz ihrer Selbstbestimmung aber, so die Schweizer Lehre und Rechtsprechung, erfordert nicht die von Amtes wegen zu beachtende

Nichtigkeit des Vertrags, sondern lediglich seine Unverbindlichkeit, wenn die geschützte Person ihre Freiheit zurückerhalten will und dies mittels Antrag oder Einrede kund tut. Für die Leihmutterschaft würde dies bedeuten, dass vertragliche Abreden, das Kind nach der Geburt den Wunscheltern zu überlassen, oder solche, die die Leihmutter auf Eingriffe in ihren Körper und auf bestimmte Verhaltensweisen verpflichten, nicht einklagbar wären.

Auch wenn es also zweifelhaft scheint, ob Nichtigkeit die angemessene Rechtsfolge einer Vereinbarung über Leihmutterschaft ist: Über die statusrechtliche Zuordnung des Kindes kann vertraglich nicht verfügt werden. Seit Jahrzehnten befinden sich die hiesigen Familienrechte in einem Wandel der Vertraglichung; im Abstammungsrecht stößt er aber an seine Grenzen. Es braucht meist selbst dort, wo Leihmutterschaft eine marktförmige Dienstleistung ist, ein gerichtliches oder behördliches Verfahren, in dem die im Vertrag zum Ausdruck gebrachte Intention zur Elternschaft überprüft, und in eine Eltern-Kind-Beziehung mit entsprechenden Rechten und Pflichten überführt wird. Unter dem Aspekt der Selbstbestimmung ist es freilich zentral, dass sich die reproduktiven Entscheidungen auch auf die rechtliche Zuordnung von Elternschaft und elterlicher Sorge erstrecken. Die Regelungsdichte variiert stark. In einzelnen Rechtsordnungen, so in der Ukraine, erfolgt der Eintrag der Wunscheltern in die Geburtsurkunde ohne weiteres gestützt auf das Gesetz und die Vereinbarung. An anderen Orten, etwa in Kalifornien, überprüft ein Gericht vor oder nach der Geburt des Kindes den notariell beurkundeten Vertrag dahingehend, ob die Leihmutter auf ihre elterlichen Rechte gültig verzichtet hat; auf dieser Grundlage wird die Geburtsurkunde ausgestellt. In zahlreichen anderen Rechtsordnungen, namentlich solchen, die Leihmutterschaft nur in altruistischer Form zulassen, müssen die Elternrechte der Leihmutter nach der Geburt des Kindes in einem bestimmten Verfahren erst auf die Wunscheltern übertragen werden, was einer offenen Adoption sehr nahe kommt. Mitunter müssen sich Wunscheltern und Leihmutter dem prüfenden Blick einer Kommission unterziehen, rechtlich beraten und psychologisch begleitet lassen und die Vereinbarung einem staatlichen Gremium unterbreiten, das sie einer strengen inhaltlichen Kontrolle unterzieht – dies bevor eine Leihmutterschaft überhaupt initiiert werden kann, so etwa nach israelischem Recht.

### Die Würde des Kindes

Leihmutterschaft verletze aber auch die Würde des Kindes: so eine weitere Begründung für ihr Verbot. Hervorgehoben wird ihre Nähe zum Kinderhandel: Das Kind werde zum Rechtsobjekt gemacht. Das wäre freilich dann zutreffend, wenn der Vertrag die Herstellung und den Verkauf eines bestimmten Kindes zum Inhalt hätte. Eine vor der Zeugung eines Embryos geschlossene Vereinbarung, die Leihmutter möge einen Embryo für die Wunscheltern austragen und die Wunscheltern mögen dieses Kind „ohne Wenn und Aber als eigenes“ annehmen, verdient eine andere Bewertung.<sup>19</sup> Es gibt aber eine Grauzone

---

<sup>19</sup> So Wapler in *Schramm/Wermke* 121.

zwischen Leihmutterschaft und Kinderhandel. Nach gängiger Auslegung der UN-Kinderrechtskonvention und des Zusatzprotokolls über den Kinderhandel erfüllen Praktiken entgeltlicher Leihmutterschaft den Tatbestand des Kinderhandels immer dann, wenn es zu einem Austausch von Geld gegen die Übergabe des Kindes kommt. Von einem solchen Austausch könne nur dann nicht gesprochen werden, wenn die Leihmutter mit der Geburt Elternrechte erlange und unabhängig von der Entschädigung nicht verpflichtet werden könne, diese aufzugeben.<sup>20</sup>

### 3.4. Zulassungsperspektiven: triadische Beziehungen

Eine greifbare Gefahr, dass wirtschaftliche Not oder die Selbstlosigkeit von Frauen ausgebeutet wird, oder dass sich eine neue Form des Kinderhandels breitmacht, sind Gründe, Leihmutterschaft zu untersagen.<sup>21</sup> Sie können aber genauso Erwägungen sein, entsprechende Vereinbarungen in ein enges Korsett von Regelungen einzubinden, das möglicherweise die schützenswerten Interessen besser zu gewährleisten vermöchte, als ein blankes und stumpfes Verbot. Die Herausforderungen wären freilich zahlreich. Als legitim hervorgehoben werden „triadische Ansätze“, welche die persönliche Beziehung zwischen Leihmutter, Wunscheltern und Kind ins Zentrum rücken.<sup>22</sup> Die Leihmutter soll nicht nur wegen ihres instrumentellen Einsatzes, sondern in ihrer innigen Beziehung zum Kind Wertschätzung erfahren – in der kantischen Diktion: „zugleich als Zweck, und niemals bloss als Mittel“. Und sie soll sich nicht nur in Erwartung finanzieller Vorteile anbieten, sondern den Wunscheltern zugetan sein und an ihrem Befinden teilnehmen. Hinzu kommt die Transparenz gegenüber dem Kind hinsichtlich der Identität der Frau, die es austragen hat, und wenn möglich eine die Schwangerschaft und Geburt überdauernde Beziehung. Eine ex-ante Überprüfung der Eignung aller Beteiligten könnte diesen Anliegen förderlich sein. Welche Bedeutung genetischen Verbindungen der Wunscheltern zum Kind für die Bewertung der Leihmutterschaft gebührt, ist hingegen unsicher. Fehlen solche gänzlich, sind für manche die Grenzlinien zur Adoption oder zum Kinderhandel nicht mehr erkennbar. Viele Rechtsordnungen schließen nicht nur aus, dass die Leihmutter zugleich genetische Mutter ist, sondern verlangen zudem, dass im Minimum ein Wunschelternteil genetisch beteiligt ist. Dies kommt auch in der Rechtsprechung des EGMR zum Ausdruck, wonach das Recht auf Privatleben des Kindes nur dann verletzt sei, wenn ihm die rechtliche Zuordnung zum genetischen Elternteil versagt wird.<sup>23</sup> Ob genetischen Abstammungsbeziehungen im Kontext der Leihmutterschaft einen hervorgehobenen Schutz

---

20 *S United Nations General Assembly*, Report of the Special Rapporteur on the sale and sexual exploitation of children, including child prostitution, child pornography and other child sexual abuse material (2018), Human Rights Council Thirty-seventh session 26 February – 23 March, [www.un.org/en/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=A/HRC/37/60](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/HRC/37/60) (13.6.2021).

21 So auch Wapler in *Schramm/Wermke* 132 f.

22 Grundlegend *Bleisch*, Leihmutterschaft als persönliche Beziehung, *Jahrbuch für Wissenschaft und Ethik* 2011, 5 ff.

23 Vgl EGMR 26.6.2014, 65192/11, *Mennesson/Frankreich* und EGMR 26.6.2014, 65941/11, *Labasse/Frankreich*.

gebührt, ist allerdings fraglich. In der Diskussion fungieren sie als apologetischer Fluchtpunkt in einem Drehbuch, das sich im Grunde ganz auf die Intentionen der Beteiligten verlässt.

Kommerzielle Leihmutterschaft wirft eigene Fragen auf. Das Ideal der Leihmutterschaft als „triadische Beziehung“ ist in einem profitorientierten Markt mit Sicherheit schwer zu realisieren. Eine Entschädigung der Leihmutter für ihre Mühen schließt es allerdings nicht aus. Ob nämlich die altruistische Leihmutterschaft derjenigen gegen Entgelt in jedem Fall überlegen ist, mag man bezweifeln. Sie wird meist mit Rücksicht auf nahe Beziehungen übernommen. Das birgt erstens eigenes Konfliktpotenzial, und zweitens sind dadurch die Umstände für eine selbstbestimmte Entscheidung mitunter ähnlich prekär wie bei kommerzieller Leihmutterschaft.<sup>24</sup> Die postulierte Unentgeltlichkeit bedient auch das Narrativ der reproduktiven Tätigkeit als selbstlose Aufgabe der Frau.

#### 4. Zum Schluss

Der Kinderwunsch ist nicht ein beliebiger, sondern ein inniger Wunsch. Ihn wieder aufzugeben, hat er sich erst einmal in unser Leben gedrängt, kann eine unerträgliche Vorstellung sein. Auch wenn die Menschheit *Sigmund Freuds* Gipfel des Triumphs erklommen hat, eignet dem Entstehen neuen Lebens nach wie vor spürbare Unverfügbarkeit und Schicksalhaftigkeit. Und mit dem „Kinder machen“ ist eine Vielzahl ethisch und rechtlich noch unbewältigter Nöte verbunden. In solche Nöte wird uns in Zukunft die genetische Diagnostik stürzen, die immer umfassender, präziser und günstiger wird, immer tiefer in das Verfahren der Reproduktion vordringt – und körperliche und charakterliche Eigenschaften verfügbar macht.

Die derzeitigen Debatten betreffen aber vor allem Verfahren unter Beiziehung einer Drittperson. Dass Leihmutterschaft als Schauplatz besonderer Zumutungen gilt, schreibe ich weniger unüberwindbaren rechtlichen Hindernissen zu, als vielmehr der Tatsache, dass sie kulturell tief verankerte biologistische Konzepte von Mutterschaft herausfordert, und wie kein anderes Verfahren ihre soziale Konstruktion enthüllt. Das Bild, das sie abgibt, ist aber ambivalent. Zwar dekonstruiert Leihmutterschaft die dominante Mutterideologie radikal. Zugleich bezeugt sie, dass die Sogkraft genetischer Zusammengehörigkeit als Sinnbild für geteilte Körperlichkeit zwischen Eltern und Kind so mächtig ist, dass sie selbst dort angestrebt wird, wo sie nur mit Hilfe der Technik und einer fremden Schwangerschaft erreicht werden kann.

Diese innere Gegensätzlichkeit zeichnet alle Verfahren der auf Dritte angewiesenen Reproduktionstechniken aus: Sie verstoßen offen gegen das Leitbild der biologisch-sozialen Einheit der Familie bei gleichzeitiger Inszenierung desselben. Ob sie eher ein technisch

---

<sup>24</sup> Vgl. *Röthel*, Autonomie als Bezugspunkt für eine Kritik der rechtlichen Regulierung des Zugangs zu reproduktiven Verfahren, *Reproduktive Autonomie: rechtliche und rechtsethische Überlegungen*, in *Baer/Sacksofsky* (Hrsg.), *Autonomie im Recht. Geschlechtertheoretisch vermessen* (2018) 226.

gestützter Konstruktionsakt von Elternschaft sind, der den endgültigen Bruch mit der natürlichen Ordnung anzeigt, oder ein Schritt hin zu genetischem Essenzialismus: Beides scheint möglich.<sup>25</sup> Rechtliche Fragen haben ihre Zeit, diejenigen rund um Dimensionen und Schranken der reproduktiven Autonomie und um erweiterte Familienanordnungen gehören in unsere Zeit. Bei ihrer moralischen und rechtlichen Bewertung gilt es zu bedenken, dass Daseinsentwürfe vielfältig, reproduktive Entscheidungen höchstpersönlich, und die Motive, die sie anleiten, häufig unergründlich sind – und dass Vielfalt ein Gradmesser für unsere Freiheit ist.

Prof. Dr. iur. Dr. h.c. Andrea Büchler, Professorin an der Universität Zürich; andrea.buechler@rwi.uzh.ch

---

<sup>25</sup> So schon *Büchler*, Sag mir, wer die Eltern sind. Konzeptionen rechtlicher Elternschaft im Spannungsfeld genetischer Gewissheit und sozialer Geborgenheit, Aktuelle Juristische Praxis 2004, 1183.