

Schriften zum deutschen und ausländischen Familien- und Erbrecht

Regelungsaufgabe Mutterstellung: Was kann, was darf, was will der Staat?

Herausgegeben von
**Anne Röthel und
Bettina Heiderhoff**

Band 14



Wolfgang Metzner Verlag

Band 14

Schriften zum deutschen und ausländischen Familien- und Erbrecht

Schriften zum deutschen und ausländischen Familien- und Erbrecht

Herausgegeben von
Professor Dr. Tobias Helms
Professor Dr. Martin Löhnig
Professor Dr. Anne Röthel

Fortführung der
Schriften zum deutschen und ausländischen Familienrecht
und Staatsangehörigkeitsrecht.
Verlag für Standesamtswesen, 1998–2010.

Regelungsaufgabe Mutterstellung: Was kann, was darf, was will der Staat?

Herausgegeben von

Professorin Dr. Anne Röthel

Hamburg

Professorin Dr. Bettina Heiderhoff

Münster



Wolfgang Metzner Verlag

© Wolfgang Metzner Verlag, Frankfurt am Main 2016

Das Werk ist urheberrechtlich geschützt.

Jede Verwertung außerhalb der Freigrenzen des Urheberrechts ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Printed in Germany

ISBN 978-3-943951-80-6 (Print)

ISBN 978-3-943951-81-3 (Online)

ISSN 2191-284X

Bibliografische Information der Deutschen Bibliothek

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

■ Vorwort

Am 18. März 2016 diskutierten Juristen, Mediziner und Psychologen aus Wissenschaft, Praxis und Politik in der Bucerius Law School in Hamburg über die »Regelungsaufgabe Mutterstellung«. Wie bei den vorangegangenen Fachgesprächen zur »Regelungsaufgabe Vaterstellung« im Jahr 2014 und zur »Regelungsaufgabe Paarbeziehung« im Jahr 2012, ging es auch diesmal wieder um mögliche Regelungsziele, beobachtbare Regelungsbedürfnisse und praktische sowie rechtliche Regelungsgrenzen, also um die Fragen: »Was will, was darf, was kann der Staat?«. Der Tagungsband versammelt die schriftlichen Beiträge der Referenten, ergänzt um eine erweiterte Einführung von Bettina Heiderhoff und Anne Röthel.

Wir sind den Referenten sehr dankbar für ihre klaren, tiefgehenden und zukunftsgerichteten Referate, die dabei halfen, das deutsche Familienrecht mit dem ausländischem Familienrecht, dem öffentlichen Recht, der Rechtsphilosophie und der Entwicklungspsychologie zu vernetzen. Zu Dank verbunden sind wir ihnen auch dafür, dass wir nur wenige Monate nach dem Fachgespräch bereits den Tagungsband auf den Weg bringen konnten. Auf diese Weise hoffen wir, dass unser Austausch in die aktuelle Diskussion über das Abstammungsrecht einfließen wird.

Die Durchführung des Fachgesprächs und die Publikation der Referate wurden ermöglicht von der Bucerius Law School und dem Institut für Deutsches und Internationales Familienrecht der Universität Münster. Das Erscheinen des Tagungsbandes ist abermals willkommene Gelegenheit, dem Wolfgang Metzner Verlag und dort insbesondere Frau Flessner für die wie immer umsichtige Unterstützung zu danken.

Hamburg und Münster, im Juli 2016

Anne Röthel *Bettina Heiderhoff*

■ Inhalt

Vorwort 5

Anne Röthel/Bettina Heiderhoff

Regelungsaufgabe Mutterstellung: Eine Einführung 9

Nina Dethloff

Was will der Staat? Mutterschaft als Regelungsaufgabe 19

Sabine Walper/Ina Bovenschen/Christine Entleitner-Phleps/Ulrike Lux

Was kann der Staat? Mutterschaft aus Sicht der Familien-, Kinder- und Jugendforschung 31

Thomas Gutmann

Mutterschaft zwischen »Natur« und Selbstbestimmung 63

Ann-Katrin Kaufhold

Was darf der Staat? Verfassungsrechtliche Vorgaben für die einfach-rechtliche Regelung der Mutterstellung 87

■ **Regelungsaufgabe Mutterstellung: Eine Einführung**

Von Professorin Dr. *Anne Röthel*, Hamburg, und
Professorin Dr. *Bettina Heiderhoff*, Münster

I. Was will, was kann, was darf der Staat?

Mit der Dramaturgie »Was will, was kann, was darf der Staat?« geht es uns darum, Handlungsspielräume auszuloten. Wir wollen uns über die Anliegen des geltenden Rechts vergewissern (»was will der Staat?«), wir wollen uns um eine realistische Einschätzung darüber bemühen, welche Wirkungen sich mit Recht überhaupt erzielen lassen (»was kann der Staat?«) und schließlich danach fragen, welchen inhärenten Bindungen Gesetzgebung und Rechtsprechung dabei unterliegen (»was darf der Staat?«).

Durch die Orientierung auf mögliche Regelungsziele, Wirkungsgrenzen und Selbstbindungen wollen wir dabei helfen, die für das Familienrecht so eigentümliche »politische Natur«, die ihm einen schweren Stand innerhalb der Rechtswissenschaft beschert hat, produktiv aufzulösen und uns unserer Fragestellung konstruktiv zu nähern. Doch ist dies gerade für die Mutterstellung nicht ganz leicht.

II. Warum gerade die Regelungsaufgabe Mutterstellung?

Für das vorangegangene Fachgespräch hatten wir die Regelungsaufgabe Vaterstellung zum Thema gewählt. Danach lag es nahe, dass wir uns als nächstes der Regelungsaufgabe Mutterstellung annehmen.

Doch ist es, als begeben man sich auf einen anderen Stern. Ging es bei der Regelung der Vaterstellung um konkrete Fragen, die der Gesetzgeber gegenwärtig aktuell zu lösen versucht, so erscheint es aus jetziger Sicht unwahrscheinlich, dass bei den spezifisch die Mütter betreffenden Fragen in den nächsten Jahren ein politischer Konsens zu gesetzgeberischen Reformen gefunden wird. Insofern ist es nur konsequent, dass im Gutachten zum 71. DJT von *Tobias Helms* (Rechtliche, biologische und soziale Elternschaft – Herausforderungen durch neue Familienformen) das Thema Mutterstellung weit weniger Raum einnimmt, als die Vaterstellung. War-

um dann also das Fachgespräch zum Thema Mutterstellung – abgesehen von der ansprechenden Logik der Themenabfolge?

Zum einen ist das Gespräch nötig, weil sich das Leben auch Bahnen sucht, die das Recht nicht eröffnet. Fragen zur Mutterstellung sind drängend. Denn alleinstehende Frauen bestellen sich Spendersamen im Ausland oder organisieren private »Becherspender«, um ohne Partner ein Kind bekommen zu können; Frauen, die nicht über eigene, brauchbare Eizellen verfügen, reisen nach Spanien, um dort Eizellspenden zu erhalten; lesbische Paare verlegen ihren gewöhnlichen Aufenthalt vorübergehend in Nachbarstaaten, um dort Co-Mütter zu werden; und Menschen, die eine Leihmutter in Anspruch nehmen wollen, begeben sich nach Kalifornien, oder, wenn die finanziellen Mittel dazu nicht reichen, in die Ukraine. Damit besteht ein Zustand, der der Reichweite des nationalen Rechts weitgehend entzogen ist. Wichtige Rechte der beteiligten Personen, insbesondere der eine Eizelle spendenden oder ein Kind austragenden Frau sowie des Kindes können so unnötig beeinträchtigt oder gefährdet werden, sei es durch unzureichende medizinische Versorgung, durch unfaire rechtliche Ausgestaltung der Vereinbarung, oder einfach durch fehlende Aufbewahrung der Information über die Identität der Spenderin. Zudem bestimmt die Zahlungsfähigkeit darüber, wer sich in welcher Weise fortpflanzen kann. Da die Realität der Einfachheit des Rechts nicht mehr entspricht, hat die Rechtsprechung schwierige Frage zu lösen,¹ während Menschen, denen eine natürliche Fortpflanzung nicht möglich ist, sich an immer neuen Möglichkeiten versuchen, die rechtliche Elternstellung zu erhalten, ohne das Kind selbst zu zeugen oder zu gebären.²

Zum anderen halten wir es für unerlässlich, Rationalität in eine Debatte zu bringen, die gelegentlich erkennbar emotionsbeladen geführt wird. Zwar können im familienrechtlichen Schrifttum und oft auch in der familienrechtlichen Praxis in ganz wesentlichen Fragen weitgehende Übereinstimmung oder doch deutlich herrschende Ansichten beobachtet werden. Das gilt zum Beispiel für die Frage der Adoption durch gleichgeschlechtliche Paare,³ für die Anerkennung von im Ausland durch Gerichtsentschei-

1 Insbesondere BGH zur ausländischen Leihmutterchaft; OLG Köln, StAZ 2015, 244 zur inländischen Co-Mutterchaft; OLG Celle, StAZ 2011, 150 sowie KG, FamRZ 2015, 943 zur ausländischen Co-Mutterchaft; zur inzwischen möglichen Sukzessivadoption BVerfGE 133, 59.

2 BGHZ 197, 242 (zum Becherspender); AG Celle, FamRZ 2015, 1982 (ausländische Samenspende); *Nina Dethloff*, Reziproke In-vitro-Fertilisation – Eine neue Form gemeinsamer Mutterchaft, in: Festschrift für Dagmar Coester-Waltjen, 2015, S. 41.

3 BVerfGE 133, 59 zur Sukzessivadoption.

derung deutschen Eltern zugeordneten Leihmutterkindern,⁴ und wohl auch in Hinblick auf die Einführung von Co-Mutterschaft in Deutschland.⁵ Gemeinsame Grundüberzeugungen, zu denen die Wahrung des Kindeswohls und die Nichtdiskriminierung zählen dürften, helfen hier Konsens zu erzielen. Jedoch lösen auch diese Fragen außerhalb der engen familienrechtlichen Fachgemeinde teils erhebliches Befremden aus. Das dürfte auch der Grund dafür sein, dass es ein so langer Weg ist bis zur Einführung der gemeinsamen Adoption durch Lebenspartner.

Geht es aber um die abstammungsrechtlichen Folgen von reproduktiven Verfahren, die in Deutschland derzeit verboten sind, wird das Eis schnell brüchiger. Starke persönliche Vorprägungen vermögen die juristische Argumentationsschärfe dann teilweise zu beeinträchtigen. Das sei sogleich (III.) näher ausgeführt.

Schließlich stellt sich die ganz grundsätzliche Frage, ob an der hergebrachten Aufteilung der Rechtsfragen zur Elternstellung in solche zur Mutterstellung und Vaterstellung überhaupt noch festgehalten werden sollte. Denn erstens berühren nicht wenige dieser Fragen Väter und Mütter gleichermaßen. Zweitens ist die Einordnung in Mutter- und Vaterstellungsfragen nicht immer zwingend. Im Gegenteil erscheint es richtig, der Geschlechtszugehörigkeit der Elternteile bei einer Fortentwicklung des Abstammungsrechts weniger Gewicht zuzumessen. Schon heute hat nicht mehr jedes Kind eine Mutter und einen Vater – zwei Väter und zwei Mütter sind im deutschen Recht inzwischen ebenfalls vorgesehen. Es gibt immer mehr Rechtsfragen, die heute auch als Fragen der Gleichbehandlung von Frauen und Männern im Zugang zur Elternstellung thematisiert werden können, etwa wenn es um Umgangsrechte genetischer aber nicht rechtlicher Elternteile geht.

Gleichwohl hat das geltende Recht »Mutter« und »Vater« grundsätzlich unterschiedlich konzipiert und lenkt damit auch den Blick jeweils auf andere Fragen. Die Unterscheidung ist also immer noch wirkmächtig. Sie spielt etwa eine große Rolle dafür, wessen Interessen auf welche Weise in den Blick genommen werden. So werden Sorgerechtsfragen meist als »Vaterfragen« angesiedelt, obwohl es um die Aufteilung der Sorge zwischen beiden Eltern geht. Leihmutterschaft wird dagegen fast immer als Frage der Mutterstellung behandelt, obwohl besonders oft Männer Leihmütter in Anspruch nehmen und das Kind nach der Durchführung nicht selten sogar zwei Väter hat. Überhaupt fällt auf, dass die Väter in den letzten

4 BGHZ 203, 350.

5 Tobias Helms, Rechtliche, biologische und soziale Elternschaft, Gutachten für den 71. DJT 2016, § 2, II 3 b; Nina Dethloff, in diesem Band, S. 19 ff.

Jahrzehnten den Großteil der Aufmerksamkeit erhalten haben. Sie haben sich eine starke Rechtsposition erkämpft, die der Rechtsposition der Mutter manchmal diametral entgegensteht. Der leibliche, nicht rechtliche Vater ist zuletzt anschaulich als der »große familienrechtliche Star der letzten Jahre« bezeichnet worden.⁶ Dies ist ein Grund mehr, den Scheinwerfer einmal wieder gezielt auf die Mutter zu richten.

Drittens sind die Vorverständnisse in Hinblick auf Vater und Mutter eben nicht gleich. Während die rechtliche Zulässigkeit der Samenspende als selbstverständlich angesehen wird und der Gesetzgeber derzeit nur aufgerufen wird, den Samenspender vor späterer Inanspruchnahme durch das Kind zu schützen, kommen ganz neue Bedenken ins Spiel, wenn es um die Eizellspende geht – so als sei die Eizelle bei der Entstehung des Kindes ungleich wichtiger als die Samenzelle. Es wird von gespaltener Mutterschaft gesprochen, das »im falschen Bauch« heranwachsende Kind erscheint in seiner Entwicklung gefährdet, und noch unerträglicher wird es von manchen empfunden, wenn es nicht von der Frau, die für das Kind sorgen möchte, sondern von einer Leihmutter ausgetragen wird. Damit soll nicht suggeriert werden, dass es nicht rechtliche und ethische Argumente gegen die Zulassung bestimmter reproduktionsmedizinischer Techniken gibt. Es gilt nur, diese umsichtig zu identifizieren, und sich dabei zugleich vor Augen zu führen, dass die zu lösenden Fragen nicht allein rechtlicher Natur sind.

III. Was ist so schwierig an der »Regelungsaufgabe Mutterstellung«?

Wenn es um die Mutter geht, werden auch Juristen unsicher darüber, wie weit die Möglichkeiten des Rechts, die ansonsten gern betonte »Autonomie des Rechts«, eigentlich reicht. Schnell sind untergründige Grenzlinien berührt, die sich aus diffusen Vorstellungen über Natur, Kultur und Tradition ableiten (dazu *Gutmann*, in diesem Band). Das dogmatisch vermeintlich so glasklare Konzept des geltenden einfachen Rechts (§ 1591 BGB), die hergebrachte Beschwörung »mater semper certa est« geraten in Bedrängnis. Zugleich handelt es sich um Fragen, die die Rechtswissenschaft wie schon angesprochen sichtlich polarisieren: Was den einen als berechtigte Erwartung an das Recht erscheint, ist für andere eine unerträgliche Grenzüberschreitung, bei der Interessen des Kindes oder die »Natur der Sache« auf der Strecke bleiben.

Wenn Diskussionen polarisiert geführt werden, hat dies häufig mit untergründiger Verunsicherung zu tun. Dafür gibt es viele Gründe: Referenzen

⁶ *Martin Löhnig*, Die leibliche, nicht rechtliche Mutter, *FamRZ* 2015, 806.

auf »die Natur« oder »die Praxis« haben an Eindeutigkeit verloren.⁷ Damit sind Argumente, die über lange Zeit trugen, brüchig geworden. Zugleich werden neue, noch nicht vollständig ausgekundschaftete Argumente an das Recht herangetragen: einerseits ausländische Rechtsentwicklungen, andererseits die Frage, ob sich nicht aus dem Grundgesetz, sei es aus Art. 6 GG, sei es aus Art. 3 GG, aus Art. 2 I GG oder gar aus Art. 1 I GG, etwas in die eine oder andere Richtung ergäbe.

Nun könnte man zunächst versucht sein, die schwierige Frage danach, wer Mutter im Rechtssinne ist, zur genuin politischen Frage zu deklarieren und sie gewissermaßen aus dem Einzugsbereich der Wissenschaft in den Einzugsbereich der Politik zu verlagern. Doch so wenig es gegebene rechtsfreie Räume gibt, so wenig gibt es dem wissenschaftlichen Nachdenken verschlossene Bereiche. Immer bleibt der Auftrag, zu Regelungskonzepten Stellung zu nehmen, sie einzuordnen, zu bewerten, zu analysieren, Zusammenhänge herzustellen und Begriffsarbeit zu leisten (dazu *Dethloff*, in diesem Band).

Als schwierig erweist sich aber nicht nur das Verhältnis von Recht und Politik, sondern auch das Verhältnis zum lebensweltlichen Wissen, zu Natur, Kultur und Praxis. Ist es vielleicht gar nicht das Recht, das eine Person zur Mutter macht, sondern einzig »die Natur« oder die soziale »Praxis« oder die Bedürfnisse des Kindes? Wenn das so wäre, dann wäre Mutterstellung keine Regelungsaufgabe, sondern wir müssten uns darauf beschränken, das richtige Recht der Natur, der Gesellschaft oder dem Kind abzulesen, indem die Wissenschaften, die sich damit sachnäher befassen, befragt werden. Diese Vorstellung schimmert immer mal wieder in den Argumentationen rund um die Mutterstellung durch. Problematisch wird sie, wenn sich daraus ein Rezeptionsautomatismus ergeben soll, in dem Sinne, dass sich aus der Erkenntnis der Welt um uns herum »automatisch« ergäbe, wie Mutterstellung im Recht zu etablieren sei. Doch liegt die Schwierigkeit bei der Regelung der Mutterstellung ja gerade darin, dass sich aus der Natur so wenig Eindeutiges ergibt: Schließlich verhindert »die Natur« das Heranwachsen eines befruchteten Embryos in der Gebärmutter einer anderen Frau nicht. Und genauso uneindeutig verhält es sich mit Praxis und Kultur: Längst haben sich soziale Praktiken wie gleichgeschlechtliche Lebensformen, »Regenbogenfamilien« und gelebte Elternschaft etabliert und richten neue Erwartungen an das Recht.⁸ Das soll nicht heißen, dass sich das

⁷ An deren Bedeutung für das Abstammungsrecht festhaltend etwa *Thomas Rauscher*, Anerkennung zweier Väter kraft kalifornischer Leihmuttervereinbarung, JR 2016, 97.

⁸ Siehe nur *Susan Golombok*, *Modern Families. Parents and Children in New Family Forms*, 2015, insbesondere S. 117 ff.

Recht nicht für die lebensweltlichen Realitäten der Mutterstellung interessieren sollte. Es muss sich dafür interessieren, ob sicheres Wissen darüber verfügbar ist, welche Wirkungen rechtliche Zuordnung haben kann und welchen Anteil biologische Herkunft, Erzeugungswissen oder eingeübte Rollen für eine gelingende Persönlichkeitsentwicklung haben. Doch dürfen wir nicht enttäuscht sein, wenn der Ertrag nicht so eindeutig ist, wie uns das zuweilen Glauben gemacht wird (dazu *Walper/Bovenschen/Entleitner-Phleps/Lux*, in diesem Band). Doch können beispielsweise die medizinischen Risiken und Belastungen einer Eizellspende für die Spenderin inzwischen einigermaßen klar eingeschätzt werden. Im Fachgespräch half Dr. med. Thomas Katzorke hier mit den notwendigen Informationen zu den Belastungen und Gefahren für die Eizellspenderin aus. Es wird darum gehen, das schwierige Mittelfeld auszumessen, indem wir uns informieren über die Voraussetzungen, Gegebenheiten, Realitäten und Wirkungszusammenhänge, dabei aber zugleich bewusst mit diesen Informationen umgehen, uns also der Mühe unterziehen, sie in das Recht und die Sprache des Rechts zu übersetzen. Wir dürfen nicht erwarten, dass uns andere Wissenschaften darüber aufklären, mit welchen Begriffen und nach welchen Prinzipien das Recht die rechtliche Elternstellung etablieren sollte.

Ähnlich differenziert sollten wir auch mit dem rechtsvergleichenden Argument umgehen. In der Familienrechtswissenschaft ist es üblich geworden, das Nachdenken über das deutsche Recht mit Querverweisen zur ausländischen Rechtsentwicklung zu unterlegen.⁹ Gerade wenn sich soziale Praktiken verändern und das außerrechtliche Argument (Natur, Kultur) so unsicher geworden ist, erscheint es hilfreich und Orientierung gebend, Argumentationsrichtungen mit rechtsvergleichenden Querverweisen zu unterlegen. Dies geschieht häufig mit dem Fingerzeig darauf, dass in anderen Rechtsordnungen etwas »schon« eröffnet ist, was wir »noch« nicht haben, zuweilen auch resignierend, dass es »keinen Sinn mache«, sich gegen einen internationalen Trend zu stemmen: Wenn andere, uns wertemäßig verwandte Rechtsordnungen etwa Leihmutterchaft nicht verbieten oder Eizellspende ermöglichen, dann sollten wir aufpassen, dass wir nicht – wie schon in anderen Fragen vorher, etwa im Umgang mit gleichgeschlechtlichen Partnerschaften – zum rechtspolitischen Schlusslicht werden. Doch sollte der Blick in fremde Rechtsordnungen nicht auf einen simplen Fingerzeig reduziert werden. Für sich genommen ist »Ausland« kein Argument, so wenig wie »Natur« oder »Kultur«. Doch könnten wir tatsächlich lernen von ausländischen Erfahrungen, indem wir mehr darüber erfahren, welche Argumente und Einsichten eine Entwicklungsrichtung befördert ha-

⁹ *Anne Röthel*, Familienrechtswissenschaft im wiedervereinigten Deutschland, AcP 214 (2014), 609 (634 ff.).

ben, also Zusammenhänge zwischen Debatten und den daraus entstandenen rechtlichen Konzepten herstellen und dies im Kontext analysieren (dazu *Dethloff*, in diesem Band, *Gutmann*, in diesem Band).

Wenn die Privatrechtswissenschaft vor grundsätzlichen Rechtsfragen steht, zu denen sich noch keine dogmatische Verfestigung herausgebildet hat, avanciert häufig die Verfassung zum letzten Residuum, so als handle es sich um den Ort, an dem sich alles entscheide oder schon vorentschieden sei. Es ist in der deutschen Familienrechtswissenschaft – und genauso in der Privatrechtswissenschaft insgesamt – üblich geworden, das Nachdenken über das einfache Recht an der Verfassung zu orientieren und die Analysen verfassungsrechtlich zu strukturieren.¹⁰ Grundrechte werden verwendet als »Stellvertreter« für ganze Diskurse – es heißt nur noch »Art. 6 I« oder »Menschenwürde«, und schon sind Stoppschilder und Wegmarken im Raum. Nachdem es inzwischen in der Mitte des Privatrechts »angekommen« ist, dass das Privatrecht kein verfassungsfreier Raum ist, hat die Privatrechtswissenschaft die Verfassung für sich entdeckt und versucht sich aus der schwierigen Umklammerung zu lösen durch die große Unterwerfungsgeste mit Gegenumklammerung: Nun kontern die Privatrechtlerinnen und Privatrechtler mit immer neuen Deutungen und Dezisionen zu dem, was aus der Verfassung folgt. Die schwierige Gemengelage von Gründen und Gegen Gründen, die es etwa im Umgang mit Leihmuttertschaft zu bewältigen gilt, wird in der Privatrechtswissenschaft nicht nur, aber ganz maßgeblich als Verfassungsfrage diskutiert.¹¹ Abermals werden wir uns damit auseinandersetzen müssen, dass aus der Verfassung für unsere Frage viel weniger folgt, als wir es mitunter gerne hätten und dass uns der verfassungsrechtliche Möglichkeitsraum nur wenig entlastet (dazu *Kaufhold*, in diesem Band).

Vergleichbar damit ist es wohl, wenn familienrechtliche Leitbegriffe, wie insbesondere das Kindeswohl oder die Elternautonomie, die schon in sich nicht völlig klar oder irgendwie fest umrissen sind, allzu schlagwortartig und vermeintlich richtungsweisend eingesetzt werden. Auch den anzuerkennenden Wertentscheidungen des Familienrechts sollte keine überhöhte, denkverbotsartige Bedeutung beigemessen werden. Das gilt ganz besonders für das Kindeswohl. Man kann schon die Grundsatzfrage stellen, inwiefern Eizellspende und Leihmuttertschaft überhaupt das Kindeswohl berühren. Jedenfalls ist bemerkenswert, dass das Kindeswohl sowohl für die Eröffnung dieser Verfahren angeführt wird, als auch dagegen. Dabei spre-

¹⁰ Anne Röthel, Familienrechtswissenschaft im wiedervereinigten Deutschland, AcP 214 (2014), 609 (639 ff.).

¹¹ Siehe etwa *Nina Dethloff*, Leihmütter, Wunscheltern und ihre Kinder, JZ 2014, 922 ff.

chen die einen über die bereits geborenen Kinder und fragen nach deren Wohl, während andere den Begriff des Kindeswohls auf eine ganz andere Weise ansprechen und dabei eine irgendwie abstrakt bestimmbar Bedeutung der jeweiligen reproduktionsmedizinischen Methode für die noch nicht gezeugten Kinder meinen. Gleiches lässt sich für die Argumentation mit der Autonomie beobachten. Zum Teil wird Autonomie dafür vorgebracht, dass die Wunscheltern die Freiheit haben sollten, die technisch möglichen Fortpflanzungsmethoden zu nutzen. Teils wird aber umgekehrt betont, dass die Eröffnung von kommerzieller Leihmutterchaft dazu führen könnte, dass sozial angewiesene Frauen in Ausnutzungssituationen geraten könnten und aus wirtschaftlicher Not oder durch Einflussnahme Dritter zu Entscheidungen gedrängt werden könnten, die gerade unfrei sind.

In diesem Zusammenhang fällt schließlich auf, dass auch außerrechtliche Determinanten mit variierender Bedeutung belegt werden. Ein auffällig belastetes Argument ist die Kommerzialisierung. Ob Kommerzialisierung stets negativ zu bewerten ist, und ob diese damit ein Argument bildet, das der Eröffnung der Elternschaft von Wunscheltern nach Leihmutterchaft im deutschen Recht kategorial entgegensteht,¹² muss zumindest hinterfragt werden dürfen. Nur teilweise überschneidet sich dies mit der wiederum grundrechtlich unterfütterten Problematik, ob die Mutterstellung »gleichberechtigt« mit der Vaterstellung geregelt werden sollte,¹³ da Samenspendender typischerweise finanzielle Motive haben. All dies sind Fragen, deren Beantwortung weniger festgelegt ist, als teils suggeriert wird, und die das Recht nur nach eigenen Maßstäben beantworten kann.

IV. Ausblick

Die untergründige Verunsicherung, die in den Diskussionen rund um die Mutterstellung spürbar ist, hat also viele Gründe. Mit den in diesem Band versammelten Beiträgen geht es uns gleichwohl nicht darum, Gewissheiten zu erzeugen, sondern darum, den für die Gestaltungsaufgabe eröffneten *Möglichkeitsraum* erfahrbarer zu machen. Für die dogmatisch arbei-

¹² Dazu einerseits *Chris Thomale*, Mietmutterchaft, 2015, S. 7 ff.; andererseits *Konrad Duden*, Leihmutterchaft im Internationalen Privat- und Verfahrensrecht, 2015, S. 291 ff.

¹³ Als Gleichbehandlungsproblem beispielsweise diskutiert von *Walter Heun*, Restriktionen assistierter Reproduktion aus verfassungsrechtlicher Sicht, in: Gisela Bockenheimer-Lucius/Petra Thorn/Christiane Wendehorst (Hrsg.), Umwege zum eigenen Kind, 2008, S. 49 (59 ff.) sowie *Anke Schewe*, Mater semper certa est? Ein Plädoyer für die Abschaffung des Verbots der Eizellenspende in Deutschland, FamRZ 2014, 90 ff.

tende Rechtswissenschaft geht der Auftrag dahin, diesen Möglichkeitsraum mit dogmatischen Mitteln – Modellen, Konzepten, Prinzipien, Begriffen – zu strukturieren und begehbar zu machen. Dabei wird etwa zu klären sein, wie das Hinzutreten von »Dritten« bei der Elternzuordnung, etwa der Leihmutter oder der Eizellspenderin, zu bewältigen ist¹⁴ und ob langfristig an der fundamentalen Unterscheidung zwischen Abstammung und Adoption festgehalten werden sollte.¹⁵

Die in diesem Band versammelten Beiträge sind als Annäherungen an diese schwierigen Fragen zu verstehen. *Nina Dethloff* hat dazu ein Modell für die Gestaltung rechtlicher Elternschaft entwickelt, das seinen inneren Bezugspunkt nicht mehr in biologischer Abstammung, sondern im Gedanken der Verantwortungsübernahme hat. *Sabine Walper/Ina Bovenschen/Christine Entleitner-Phleps/Ulrike Lux* klären darüber auf, dass die Kindesentwicklung durch ein Auseinanderfallen von Geburtsmutter, genetischer Mutter und sozialer Mutter weniger beeinträchtigt wird, als zuweilen angenommen wird. *Ann-Katrin Kaufhold* betont, dass das Grundgesetz dem Gesetzgeber viel Spielraum lässt, und *Thomas Gutmann* zeigt, dass aus rechtsphilosophischer Sicht die bestehenden engen reproduktionsmedizinischen Vorgaben kaum begründbar sind und insgesamt das intentionale Element bei der abstammungsrechtlichen Elternbestimmung wesentlich sein muss.

V. Literatur

Andreas Bernhard, Die Leihmutter, in: Eva Eßlinger/Tobias Schlechtriem/Doris Schweitzer/Alexander Zons (Hrsg.), *Die Figur des Dritten. Ein kulturwissenschaftliches Paradigma*, 2010, S. 304 ff.

Ders., Samenspende, Leihmütter, Retortenbabies: Neue Reproduktionstechnologien und die Ordnung der Familie, *StAZ* 2013, S. 136

Günter Burkart, Gesellschaftlicher Wandel und die Legitimität der Vater-schaft. Soziologische Perspektiven, in: Röthel/Heiderhoff, *Regelungsaufgabe Vaterstellung: Was kann, was darf, was will der Staat?*, 2014, S. 73

Nina Dethloff, Leihmütter, Wunscheltern und ihre Kinder, *JZ* 2014, S. 922

14 Dazu *Andreas Bernhard*, Die Leihmutter, in: Eva Eßlinger/Tobias Schlechtriem/Doris Schweitzer/Alexander Zons (Hrsg.), *Die Figur des Dritten. Ein kulturwissenschaftliches Paradigma*, 2010, S. 304 ff.

15 Für eine Orientierung an ein Modell der Adoption etwa *Eva Schumann*, Elternschaft nach Keimzellspende und Embryooption, *MedR* 2014, 736 ff.; siehe aber auch *Tobias Helms*, Rechtliche, biologische und soziale Elternschaft, Gutachten für den 71. DJT 2016, § 2, III 3 zur Rechtsstellung des biologischen Vaters.

Dies, Reziproke In-vitro-Fertilisation – Eine neue Form gemeinsamer Mutterschaft, in: Festschrift für Dagmar Coester-Waltjen, 2015, S. 41

Konrad Duden, Leihmutterschaft im Internationalen Privat- und Verfahrensrecht – Abstammung und ordre public im Spiegel des Verfassungs-, Völker- und Europarechts, 2015

Martin Engel, Internationale Leihmutterschaft und Kindeswohl, ZEuP 2014, S. 538

Dorett Funcke, Leihmutterschaftsfamilien, NZFam 2016, S. 207

Bettina Heiderhoff, Rechtliche Abstammung im Ausland geborener Leihmutterkinder, NJW 2014, S. 2673

Walter Heun, Restriktionen assistierter Reproduktion aus verfassungsrechtlicher Sicht, in: Gisela Bockenheimer-Lucius/Petra Thorn/Christiane Wendehorst (Hrsg.), Umwege zum eigenen Kind, 2008, S. 49

Dagmar Kaiser, Eltern Glück durch Fremdspende und Leihmutterschaft, in: Festschrift für Gerd Brudermüller, 2014, S. 357

Jens Kersten, »Strategien veralteten Rechts« – Zur demokratischen Unterversorgung des Biomedizin- und Gesundheitsrechts, in: Rixen (Hrsg.), Die Wiedergewinnung des Menschen als demokratisches Projekt, Band 1, 2015, S. 111

Martin Löhnig, Die leibliche, nicht rechtliche Mutter, FamRZ 2015, S. 806

Henning Rosenau (Hrsg.), Ein zeitgemäßes Fortpflanzungsmedizinengesetz für Deutschland, 2012

Anke Schewe, Mater semper certa est?, FamRZ 2014, S. 90

Eva Schumann, Elternschaft nach Keimzellspende und Embryooption, MedR 2014, S. 736

Chris Thomale, Mietmutterschaft, 2015

Peter Wehling, Familiäre Beziehungen zwischen Wissen und Nichtwissen, in: Wehling (Hrsg.), Vom Nutzen des Nichtwissens, S. 93

Evelyn Woitge, Der Status von Kindern ausländischer Leihmütter in Deutschland, JURA 2015, S. 496.