

# Malgorzata Krywko

## Die Ersatzmutterschaft im polnischen und deutschen Recht

### I. Vorbemerkungen

Der Ersatzmutterschaft wird in jüngster Zeit auch im polnischen Schrifttum zunehmend Aufmerksamkeit zuteil. Eine Beschäftigung mit dem Thema liegt nahe, da der sog. „Ersatzmutterschaftsvertrag“ fast *communis opinio* nach weit verbreiteter Auffassung sowohl in Polen als auch in Deutschland als unzulässig gilt.

Grundlage der Ersatzmutterschaft ist der Vertrag zwischen den Wunscheltern (meistens ein Ehepaar) und der Ersatzmutter. Die Ersatzmutter verpflichtet sich in dem Vertrag, schwanger zu werden und das Kind zur Welt zu bringen, hat aber nicht die Absicht, das Kind zu erziehen und die elterliche Sorge zu übernehmen. Nach der Geburt des Kindes ist die „Leibvermieterin“ aufgrund der vorausgegangenen Einwilligung in die Adoption zur Übergabe des Kindes an die Wunscheltern verpflichtet. Eine ähnliche Definition ist im Bericht der Kommission von *Mary Warnock*<sup>1</sup> zu finden, wonach im Fall der Ersatzmutterschaft eine Frau anstelle einer anderen schwanger wird und beabsichtigt, das Kind nach der Geburt an letztere abzugeben.<sup>2</sup>

Mit der Ersatzmutterschaft sind viele rechtliche Probleme verbunden. So ist die Frage der Mutterschaft eindeutig zu klären. Auch ist festzustellen, ob die Ersatzmutterschaft mit der Pflicht des Staates zum Schutz von Wohl und Würde des Kindes vereinbar ist. Entscheidet sich die „Leibvermieterin“ auf Grund eines Vertrages dafür, ihren Körper zu „vermieten“ (*womb for rent*) und das Kind nach der Geburt an den Vertragspartner – entsprechend der früheren Einwilligung zur Adoption abzugeben, dann werden das Kind und auch die Ersatzmutter<sup>3</sup> als Verkehrsobjekte behandelt. Trotz der Vielzahl der mit der Ersatzmutterschaft verbundenen Rechtsprobleme ist die Ersatzmutterschaft in Polen allerdings bisher nicht geregelt. Im Gegensatz zum deutschen Embryonenschutzgesetz werden auch keine Strafsanktionen gegenüber Ärzten verhängt, die eine Frau, die nicht Spenderin der Eizelle ist, künstlich befruchten und/oder ihr einen Embryo implantieren.

---

<sup>1</sup> Im Juli 1982 wurde die *Mary-Warnock*-Kommission auf Empfehlung des britischen Gesundheitsministeriums und Sozialamts gegründet. Diese Kommission hatte zum Ziel, sich mit den gesetzlichen, ethischen und sozialen Aspekten der medizinisch unterstützten Fortpflanzung zu beschäftigen und eine Vorlage für den Gesetzgeber vorzubereiten. In dem 1984 veröffentlichten Bericht hat sich das Expertengremium für ein Verbot der Vermittlung von Ersatzmutterschaftsverträgen ausgesprochen. Siehe ferner *E. Bernat*, Fortpflanzungsmedizin und Recht – Bemerkungen zum Stand der Gesetzgebung in Österreich, Deutschland, Großbritannien, *Medizinrecht* 1991, Heft 6, S. 312-313, sowie *M. Ben – Am*, Gespaltene Mutterschaft, Frankfurt am Main 1998, S. 27.

<sup>2</sup> Vgl. *P.F. Silva-Ruiz*, *Macierzynstwo zastepcze – przegląd prawnoporownawczy* (Die Ersatzmutterschaft – eine rechtsvergleichende Studie), *Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny*, 1991, Heft 4, S. 123.

<sup>3</sup> Vgl. ferner *M. Freeman*, *Is surrogacy exploitative?*, in: S. McLean (red.), *Legal issues in human reproduction*, Gower 1989, S. 164.

## II. Zulässigkeit eines Ersatzmutterschaftsvertrags

Nach geltendem Recht sind Ersatzmutterschaftsverträge wohl als unzulässig anzusehen. Für die Unzulässigkeit sprechen dabei nicht nur rechtliche, sondern auch moralische Gründe. Sowohl im polnischen als auch im deutschen Schrifttum überwiegt die negative Beurteilung. Teilweise wird allerdings auch eine Legalisierung gefordert oder die Rechtswirksamkeit der Ersatzmutterschaftsverträge angenommen. Diese Auffassung wirft indes im Hinblick auf die Feststellung der Mutterschaft viele Fragen auf.

Die Frau, die schwanger wird und das Kind zur Welt bringt, gilt nicht nur als genetische, sondern auch als biologische Mutter. Ihre Mutterschaft unterliegt in rechtlicher Hinsicht keinem Zweifel. Derartige Zweifel entstehen aber, wenn der Ersatzmutter ein genetisch fremder Embryo eingepflanzt wird. In dieser Situation fallen die biologische Mutterschaft (das Kind wird von der Ersatzmutter geboren) und genetische Mutterschaft (die Eizelle stammt von der Wunschmutter) auseinander. Im deutschen Schrifttum wird darauf hingewiesen, dass die Anerkennung der Wunschmutter als Mutter im Rechtssinn und damit die Anerkennung der genetischen Elemente als maßgebliche Faktoren für die Feststellung der Herkunft des Kindes dazu führt, dass der bisher geltende Grundsatz *mater semper certa est* durch den Grundsatz *mater semper incerta est* ersetzt wird.<sup>4</sup>

Die Ersatzmutterschaft widerspricht aber auch einem Grundprinzip des polnischen Familiengesetzes, nämlich der Dauerhaftigkeit der Familie, die zu schützen ist. Die Folge der Ersatzmutterschaft wäre die „Doppel-Mutterschaft“ oder gar eine „Dreifach-Mutterschaft“. Es entstünden gemeinschaftliche oder allein wahrzunehmende Rechte mehrerer „Mütter“ – der Ersatzmutter, der Wunschmutter und ggf. auch der Eizellenspenderin. Eine Klage der Wunschmutter auf Feststellung der Mutterschaft würde aber nicht nur den Grundsatz *mater semper certa est* in Frage stellen, sondern vor allem die familiäre Bindung, und zwar die Bindung zwischen der Ersatzmutter (und ggf. deren Ehemann) und dem Kind, beeinträchtigen. Aber auch eine Klage der Ersatzmutter würde gegen das Prinzip der Beständigkeit der Familie verstoßen, sobald das Kind von den Wunscheltern übernommen wurde. Das Oberste Gericht in New Jersey hat im Fall von Baby M<sup>5</sup> zugunsten der Wunschmutter entschieden und der Ersatzmutter lediglich „im besten Interesse des Kindes“ (*best interest of the child*) Besuchsrechte (*visitation rights*) zugestanden.<sup>6</sup> Dieser Entscheidung ist wohl nicht zuzustimmen. Werden der Ersatzmutter Besuchsrechte zugesprochen, wird die sog. „doppelte Mutterschaft“<sup>7</sup> anerkannt. Eine derartige Institution kann aber aus Rücksicht auf das Wohl des Kindes, zu dessen Berücksichtigung sowohl das polnische als auch das deutsche Recht verpflichtet, nicht für zulässig erachtet werden. Offensichtlich ist, dass die Existenz von zwei Müttern das Kind psychisch und emotional destabilisiert. Darüber hinaus könnte durch Besuche der Ersatzmutter die familiäre Bindung zwischen Wunschmutter und Kind beeinträchtigt werden.

Anzumerken ist, dass das Prinzip der Dauerhaftigkeit von Ehe- und Familie im polnischen Recht implizit aus denjenigen Normen folgt, die die Familienrechtsverhältnisse be-

<sup>4</sup> Siehe W. Küppers, Die zivilrechtlichen Folgen der entgeltlichen Tragemutterschaft, Frankfurt am Main 1987, S. 32 und D. Pretorius, Surrogate motherhood. A Worldwide View of the Issues, Springfield 1994, S. 17.

<sup>5</sup> Urteil vom 3.2.1988, 14 Family Law Report 2007, 30.

<sup>6</sup> Vgl. D. Pretorius, op. cit., S. 102.

<sup>7</sup> Die „doppelte Mutterschaft“ wird in der deutschen Lehre wegen der Unvereinbarkeit mit § 1591 BGB, Art. 6 GG abgelehnt; vgl. W. Küppers, op. cit., S. 36.

treffen. Ausdrücklich ist es im Familiengesetzbuch nicht normiert; aus dem Wortlaut der Vorschriften, die z.B. die Aufhebung der Ehe und die Scheidung zum Gegenstand haben, ist jedoch die Zielvorstellung des Gesetzgebers, wonach die Ehe von Dauer sein soll, klar zu entnehmen. Das Prinzip der Dauerhaftigkeit von Ehe- und Familie ist darüber hinaus in Art. 18 der polnischen Verfassung verankert.<sup>8</sup>

### III. Feststellung der Mutterschaft nach polnischem Recht

Ausdrückliche Regelungen fehlten bisher im polnischen Recht. Eine Regelung sieht erst das Änderungsgesetz zum Familiengesetzbuch vor. Hiernach ist mit Art. 61,<sup>9</sup> der neu eingefügt worden ist, eine Regelung vergleichbar § 1591 BGB aufgenommen worden. Mutter ist hiernach, wer das Kind geboren hat. Diese Regelung könnte auch im Fall der Ersatzmutterschaft gelten. Die Problematik der Ersatzmutterschaft ist aber noch nicht mit der Feststellung der Mutterschaft gelöst. Schon die Trennung der biologischen von der genetischen Mutterschaft und der damit verbundene Streit zwischen Ersatzmutter und Wunschmutter dürfte dem Wohl des Kindes nicht dienlich sein und seine Interessen verletzen. Ausgeschlossen ist auch nicht, dass die Ersatzmutter das Kind den Wunscheltern im Wege der Adoption überlässt. In Polen sollte daher im Interesse des Kindes die Einpflanzung eines künstlich befruchteten Embryos in die Gebärmutter einer Ersatzmutter *expressis verbis* verboten werden. In Deutschland ist dies mit § 1 Embryonenschutzgesetz geschehen, der im Fall eines Verstoßes Sanktionen in Form von Geld- oder Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren in Aussicht stellt.

### IV. Sonstige Gründe gegen die Zulassung der Ersatzmutterschaft

Als Grund, der gegen die Zulassung der Ersatzmutterschaft spricht, wird ferner die sog. Zölibatsklausel angeführt, die in Ersatzmutterschaftsverträgen anzutreffen ist. Hiernach verpflichtet sich die Ersatzmutter, etwa zwei Wochen vor und zwei Wochen nach der Befruchtung mit dem Samen des Spenders auf Geschlechtsverkehr mit dem Ehemann zu verzichten. Die sexuelle Enthaltsamkeit soll sicherstellen, dass das Kind mit dem Spender des genetischen Materials (dem Wunschvater) und nicht mit dem Ehemann der Ersatzmutter verwandt ist.<sup>9</sup> Diese Klausel steht nicht im Einklang mit der Entscheidungsfreiheit der Ehegatten und widerspricht damit dem Prinzip der Dauerhaftigkeit von Ehe und Familie. Beide Ehepartner sind sowohl gemäß Art. 23 polnisches Familiengesetzbuch als auch nach § 1353 BGB grundsätzlich zum Geschlechtsverkehr verpflichtet. Die Ehepartner sind u.a. zum gemeinsamen Eheleben, zur gegenseitigen Hilfe und zur Treue verpflichtet. Die Pflicht des gemeinsamen Ehelebens bedeutet im polnischen Recht nicht nur die geistige, sondern auch die körperliche Bindung. Die Verpflichtung der Ersatzmutter zur sexuellen Enthaltsamkeit ist folglich mit der Vernachlässigung der ehelichen Pflichten nach dem Familiengesetzbuch verbunden. Etwas anderes kann auch nicht aus dem Grundsatz der Entscheidungsfreiheit der Eheleute folgen, denn diese Freiheit ist nicht absolut. Sie wird vielmehr dort begrenzt, wo Konflikte mit den gesetzlich geschützten Grundwerten auftreten, wozu auch das Prinzip der Stabilität von Ehe und Familie gehört. Somit ist der Auffassung zuzustimmen, dass die Zölibatsklausel einen Ver-

---

<sup>8</sup> Vgl. T. Smyczyński, *Prawo rodzinne i opiekuncze* (Familien- und Vormundschaftsrecht), Warszawa 2005, S. 23-24.

<sup>9</sup> Vgl. D. Pretorius, *op. cit.*, S. 86.

stoß gegen die guten Sitten (*contra bonos mores*) darstellt.<sup>10</sup> Eine derartige Klausel ist zudem weder mit Art. 18 der polnischen Verfassung noch mit Art. 6 des deutschen GG zu vereinbaren, wonach Ehe und Familie unter dem besonderen Schutz des Staates stehen.

Die Ersatzmutterschaft könnte ferner gegen Adoptionsvorschriften verstoßen. In Polen und in Deutschland gilt die pränatale Adoption als unzulässig. In der deutschen Literatur wird angenommen, dass sowohl die pränatale Einwilligung zur Adoption als auch eine Verpflichtung der Ersatzmutter gegenüber den Wunscheltern, acht Wochen nach der Geburt des Kindes der Adoption zuzustimmen, den Adoptionsvorschriften widerspricht.<sup>11</sup> Vergleichbare Regeln gelten auch in Polen. Gemäß Art. 119 Familiengesetzbuch darf die Zustimmung der Eltern zur Annahme des Kindes frühestens sechs Wochen nach der Geburt erteilt werden. Alle Vereinbarungen, die die Ersatzmutter zur Übergabe des Kindes zu einem früheren Zeitpunkt verpflichten (Übergabeklauseln), oder eine Verpflichtung der Wunscheltern, das Kind zu einem früheren Zeitpunkt anzunehmen (Annahmeklauseln), sind mit dem Familienrecht und dem wichtigsten Prinzip des Adoptionsrechts, dem Wohl des Kindes zu dienen, nicht zu vereinbaren.<sup>12</sup>

Im Verhältnis zur Ersatzmutterschaft ist das Prinzip der Vertragsfreiheit abzugrenzen. Dieses Prinzip hat erst mit der Novelle vom 28. Juli 1990 Eingang in das polnische Zivilrecht gefunden. Obwohl die Vertragsfreiheit zuvor *expressis verbis* nicht verankert war, wurde sie dennoch allgemein anerkannt. Die Vertragsfreiheit setzt sich aus drei Elementen zusammen – der Freiheit des Vertragsabschlusses und der Auswahl des Vertragspartners, der Freiheit des Vertragsgegenstands und der Freiheit der Vertragsform.<sup>13</sup> Auch die Vertragsfreiheit (Art. 353<sup>1</sup> polnisches ZGB) gilt jedoch nicht ohne Schranken. Gerät eine individuelle und konkrete „Verhaltensnorm“, die aus dem Vertrag entsteht, mit einer generellen und abstrakten Gesetzesnorm in Konflikt, ist sie zu beschränken.<sup>14</sup> Dies dürfte auch für die Ersatzmutterschaft gelten. Die Zulassung der Ersatzmutterschaft würde u.a. im Widerspruch zu Art. 38 und Art. 68 Ziff. 1 der polnischen Verfassung von 1997 stehen – verfassungswidrig wäre sie auch in Deutschland, wo sie an Art. 2 GG zu messen wäre. Die Ersatzmutterschaft bringt Gefahren insbesondere für das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit mit sich. Im Fall der Implantation einer genetisch fremden Leibesfrucht in die Gebärmutter der Ersatzmutter kann es zu Abstoßungsreaktionen und zu einer Fehlgeburt kommen, die nicht nur für die abgestoßene Leibesfrucht, sondern auch für die Ersatzmutter gefährlich sein können. Die möglichen Komplikationen sind vielfältig – Unfruchtbarkeit, Blutungen und Infektionen etc. Als unzulässig gilt aber eine Situation, in der das Recht auf Leben und die Gesundheit im Namen des Prinzips der Vertragsfreiheit beeinträchtigt werden, und zwar unabhängig davon, ob das menschliche Leben prä- oder postnatal geschädigt wird.

Ein weiterer Grundsatz, der mit der Ersatzmutterschaft schwerlich in Einklang zu bringen ist, ist der Grundsatz der guten Sitten (*contra bonos mores*) oder von Treu und Glau-

<sup>10</sup> Ebd.

<sup>11</sup> Vgl. H. Hesral, Inhalt und Wirksamkeit von Leihmutterschafts- und Eizellenspendeverträgen, Rheinfelden 1990, S. 46.

<sup>12</sup> Ebd.

<sup>13</sup> Siehe auch G. Bieniek, Komentarz do kodeksu cywilnego. Księga III (Kommentar zum Zivilgesetzbuch. III Buch, Warszawa 2002), S. 19.

<sup>14</sup> Vgl. R. Trzaskowski, Granice swobody kształtowania treści i celu umow obligacyjnych, Art. 353 (Die Freiheitsgrenze des Inhalts und der Zweck von Schuldverträgen, Art. 353), Zakamycze 2005, S. 248.

ben. Der Grundsatz von Treu und Glauben stellt auf die allgemeinen Werte der polnischen Kultur ab, die zugleich Erbe und Element der europäischen Kultur sind. Mit Hilfe dieses Prinzips wird dem Recht eine größere Elastizität gegeben, um einerseits die sich ständig ändernden gesellschaftlichen Beziehungen und andererseits die besonderen Eigenschaften des Sachverhalts, auf den eine abstrakte Rechtsnorm angewandt wird, zu berücksichtigen.<sup>15</sup> Wird ein Verstoß des Ersatzmutterschaftsvertrags gegen die guten Sitten angenommen, ist der Vertrag absolut nichtig (Art. 58 § 2 polnisches ZGB). Sittenwidrigkeit wird in Deutschland beispielsweise von der Benda-Kommission<sup>16</sup> angenommen. Auch das OLG Hamm hat sich dieser Auffassung angeschlossen und ausgeführt, dass derartige Geschäfte auch als „Handel mit menschlichem Leben zu Preisen eines Mittelklassewagens“ qualifiziert werden könnten. Die im Vertrag vorgesehene Zahlungsklausel würde darüber hinaus nicht nur in Deutschland, sondern auch in Polen den Straftatbestand des Menschenhandels erfüllen (§ 233 a deutsches StGB, Art. 253 polnisches StGB).

Die Zulassung von Ersatzmutterschaftsverträgen beeinträchtigt die Würde des Kindes, da das Kind zu einem bloßen Handelsobjekt herabgesetzt wird. Diese Einschätzung wird in Polen und Deutschland geteilt. Im Fall der Entgeltlichkeit des Vertrages entsteht die Gefahr einer „Qualitätskontrolle“ und der Zurückweisung des Kindes, wird es mit einem vermeintlichen „Defekt“ geboren. Zuzustimmen ist wohl auch der in Deutschland vertretenen Auffassung, wonach bereits der Abbruch der Bindung des Kindes an die Ersatzmutter dessen Wohl und Interessen verletzt.<sup>17</sup> Aber auch unentgeltliche Ersatzmutterschaftsverträge sind mit der Würde des Kindes kaum vereinbar. Denn die Würde des Kindes wird nicht erst durch die Kommerzialisierung, sondern schon durch den bloßen Vertragsabschluss gemindert; ob entgeltlich oder unentgeltlich – das Kind wird in jedem Fall zum Vertrags- und Handelsobjekt von Ersatzmutter und Wunscheltern.

Aber auch die Würde der Ersatzmutter bleibt nicht unangetastet. Sie wird ebenfalls zu einem Handelsobjekt, zu einer „Gebärmachine“<sup>18</sup>, zu einem „Brutkasten“<sup>19</sup> degradiert. Dies ist nicht von der Hand zu weisen. Da die natürliche Bindung zwischen Kind und Ersatzmutter mit der Übergabe des Kindes (Übergabeklausel) erfolgt, erscheint es insofern unerheblich, ob der Vertrag entgeltlich oder unentgeltlich ist.

Problematisch wäre des Weiteren eine Legalisierung der Vermittlung von Leihmüttern, die im deutschen Schrifttum ebenfalls für unzulässig erachtet wird. Dem ist zuzustimmen, denn aus moralischer Sicht kann nicht akzeptiert werden, dass Vermittler erhebliche Gewinne aus menschlichem Leid, das aus der Unfruchtbarkeit resultiert, erzie-

---

<sup>15</sup> Vgl. Z. Radwanski, *Prawo cywilne, czesc ogolna (Zivilrecht, allgemeiner Teil)*, Warszawa 2002, S. 39-41.

<sup>16</sup> Die Benda-Kommission wurde vom Justizminister und vom Minister für Forschungstätigkeit eingesetzt und hat ihren Namen von dem früheren Präsidenten des BVerfG *Ernst Benda*. Im Schlussbericht hat die Benda-Kommission einen Eingriff in die Würde des Kindes angenommen und sich gegen die Zulassung der Leihmutterschaft ausgesprochen. Ferner: *H. Kollhoser*, Anmerkung zum Urteil des OLG Hamm, *Juristen Zeitung* 1989, Heft 9, S. 444 und *V. Bokelmann, M. Bokelmann*, *Zur Lage der für andere übernommenen Mutterschaft in Deutschland*, Frankfurt am Main 2003, S. 32.

<sup>17</sup> Vgl. *A. Goedel*, *Leihmutterschaft – eine rechtsvergleichende Studie*, Frankfurt am Main 1994, S. 158-159.

<sup>18</sup> Ebd., S. 155.

<sup>19</sup> Vgl. *B. Settekorn*, *Die verfassungsrechtliche Würdigung der Ersatzmutterschaft*, Bremen 1998, S. 65.

len.<sup>20</sup> Nach dieser Auffassung gilt dieses Verbot nicht nur für hauptberufliche Vermittler, sondern auch für Gelegenheitsvermittler, Ärzte, Juristen.<sup>21</sup>

Ersatzmutterschaftsverträge können schließlich auch nicht mit dem Hinweis auf die Behandlung von Unfruchtbarkeit gerechtfertigt werden, selbst wenn diese aufgrund der Zivilisationsentwicklung immer mehr Ehepaare betrifft.<sup>22</sup> Ziel der künstlichen Befruchtung ist zweifellos die Kreation eines Menschen. Hiergegen gibt es zwar grundsätzlich weder rechtliche noch moralische Bedenken. Vergessen werden darf jedoch nicht, dass der Mensch ein Selbstzweck ist und nicht nur ein Mittel zur Realisierung der Ziele eines Ehepaares darstellen darf.<sup>23</sup> Daher ist der deutschen Lehre zuzustimmen, die ein „Recht auf ein Kind“ ablehnt. Der Staat ist mithin verpflichtet, der medizinischen Fortpflanzung dort Grenzen zu setzen, wo dies die Grundwerte der Verfassung, die Moralvorstellungen oder das Wohl des Kindes erfordern.<sup>24</sup>

---

<sup>20</sup> Vgl. *D. Pretorius*, op. cit., S. 86.

<sup>21</sup> Vgl. *S. Dietrich*, Mutterschaft für Dritte. Rechtliche Probleme der Leihmutterschaft unter Berücksichtigung entwicklungspsychologischer und familiensoziologischer Erkenntnisse und rechtsvergleichender Erfahrungen, Frankfurt am Main 1989, S. 492.

<sup>22</sup> Diese Tendenz hat sich u.a. in England gezeigt. Verträge über die Leihmutterschaft sind in England nicht verboten. In Großbritannien wird die Leihmutterschaft als Mittel zum Ausgleich der Unfruchtbarkeit dann akzeptiert, wenn dies der einzige Weg zu Nachkommen darstellt. Siehe *M. Walachowska*, Macierzynstwo zastępcze w systemie common law (Leihmutterschaft im Common Law), Państwo i Prawo 2003, Heft 8, S. 100.

<sup>23</sup> Vgl. ferner: *D. Orentlicher*, Matters of life and death. Making theory work in medical ethics and law, Princeton and Oxford 2001, S. 70.

<sup>24</sup> So der bayerische Justizminister *Berghofer-Weichner* am 9.2.1988, laut *S. Frucht*, Ersatzmutterschaft im US – amerikanischen und deutschen Recht unter Berücksichtigung rechtsvergleichender und kollisionsrechtlicher Aspekte, Regensburg 1996, S. 188.