

Freiheit ist nicht Willkür

Eine Legalisierung der Leihmutterschaft lässt sich weder aus unserer Verfassung noch aus dem liberalen Freiheitsbegriff ableiten.

Sabine Döring

Befürworter einer Legalisierung der Leihmutterschaft, darunter Frauke Brosius-Gersdorf, präsentieren diese als überfällige Modernisierung einer freiheitlichen Verfassungsordnung: Eine erwachsene Frau entscheide informiert und freiwillig, für andere ein Kind auszutragen; der Staat dürfe sie nicht gegen ihren erklärten Willen vor sich selbst schützen. So etwas wie einen Schutz vor sich selbst gebe es nicht. Zu klären sei lediglich, ob nur die sogenannte „altruistische“ oder auch die kommerzielle Leihmutterschaft zugelassen werden solle. Das Verbot selbst erscheint in dieser Perspektive nicht als legitime gesetzgeberische Option, sondern als mit dem liberalen Menschenbild des Grundgesetzes unvereinbarer Paternalismus.

Diese Bestimmtheit ist überraschend. Erstens sind die damit aufgeworfenen Fragen empirisch wie normativ keineswegs eindeutig beantwortet. Zweitens tauchen in dieser Zuspitzung weder das Kind noch die Wunscheltern auf. Drittens verpflichtet das liberale Menschenbild des Grundgesetzes den Staat zwar dazu, Freiheitseingriffe zu rechtfertigen. Daraus folgt jedoch nicht, dass er jede freiwillige Vereinbarung anerkennen und rechtlich absichern müsste. Aus der individuellen Freiheit der Leihmutter bereits eine staatliche Pflicht zur Legalisierung abzuleiten, setzt voraus, was erst zu begründen wäre: dass Schwangerschaft, Geburt und die anschließende Übergabe eines Kindes überhaupt Gegenstände privater Vertragsfreiheit sein können.

Der Verweis auf veränderte gesellschaftliche Realitäten in Gestalt neuer Beziehungs- und damit Familienkonzepte oder auf Rechtsordnungen anderer Länder, die diesen Entwicklungen Rechnung tragen, sollte durchaus Anlass zur Debatte geben, ersetzt aber selbstverständlich nicht die normative Begründung einer Neufassung des Rechts. Viele Debattenteilnehmer scheinen hier von einer „normativen Kraft des Faktischen“ (Georg Jellinek) auszugehen. Diejenigen, die normativ argumentieren, heben zumeist auf die Freiheit der Leihmutter ab. Es bestehen jedoch auch gewichtige Gegenargumente – nicht zuletzt mit Blick auf den Begriff der Freiheit selbst!

So hat Oliver Weber Frauke Brosius-Gersdorf im Anschluss an Kant entgegengehalten, dass sich die Menschenwürde des Grundgesetzes nicht in der Achtung freiwilliger Selbstbestimmung erschöpfe, sondern der vertraglichen Verfügung über die eigene Person objektive Grenzen setze. Ein Vertrag, der eine Frau über Monate in ihrer leiblichen Existenz erfasst und diese Verfügung mit der Geburt und Übergabe eines von ihr ausgetragenen Kindes verbindet – eines Kindes also, dessen Mutter sie nach § 1591 BGB ist –, könne auch dann sittenwidrig und nichtig sein, wenn alle Beteiligten freiwillig zustimmen. Dass die Rechtsordnung freiwilliger Selbstverfügung durchaus Grenzen setzt, lässt sich am Verbot des Organhandels, an der jederzeitigen Widerruflichkeit medizinischer Einwilligungen oder an der Unverfügbarkeit der konkreten sexuellen Entscheidung auch im Rahmen der Prostitution leicht erkennen. Freiwillige Zustimmung macht eine Verfügung über den eigenen Körper weder notwendig marktfähig noch unwiderruflich oder zwangsweise durchsetzbar. Umso mehr überrascht die Nonchalance, mit

der bei der Leihmutterschaft angenommen wird, ein eigenständiger Würdeeinwand erledige sich bereits durch die Freiwilligkeit – zumal hier die Person selbst und grundlegende menschliche Beziehungen ökonomischer Verfügung zugänglich werden.

Man muss sich indes nicht einmal Kants Würdebegriff zu eigen machen, um der Argumentation Brosius-Gersdorfs entgegenzutreten. Im Gegenteil: Sie lässt sich bereits mit jenen Autoren zurückweisen, auf die sich Legalisierungsbefürworter gern berufen. Harriet Taylor Mill und John Stuart Mill, Säulenheilige des klassischen Liberalismus und prononcierteste Kritiker des Paternalismus, widersprechen ihrer zentralen Prämisse. In *On Liberty* verneinen die beiden ausdrücklich, dass jede freiwillige und informierte Selbstbindung schon deshalb legitim sei. Ihr Beispiel ist die freiwillige Selbstversklavung. Ein liberaler Staat dürfe einen solchen Vertrag nicht anerkennen, weil „the principle of freedom cannot require that he should be free not to be free“: Das Prinzip der Freiheit könne nicht verlangen, dass der Einzelne die Freiheit erhält, seine künftige Freiheit aufzugeben.

Die Selbstversklavung ist dabei kein isolierter Ausnahmefall, sondern veranschaulicht ein allgemeines Prinzip: Entscheidend ist, ob freiwillige Selbstbindung die Bedingungen künftiger Selbstbestimmung untergräbt. Die dafür maßgeblichen Gründe seien offensichtlich noch viel weiterer Anwendung fähig, schreiben die Mills. Im deutschen Recht findet ein vergleichbarer Gedanke unter anderem im Institut der Sittenwidrigkeit seinen Ausdruck. Ein Vertrag ersetzt den Willen des Verpflichteten nicht durch den Willen des Vertragspartners. Er begründet eine Pflicht, deren Erfüllung grundsätzlich weiterhin auf eigener Willensbildung beruht. Die voluntaristische Prämisse, der einmal erklärte Wille legitimiere jede spätere Bindung, weisen die Mills gerade zurück. *Stat pro ratione voluntas* – der Wille anstelle eines Grundes – ist nicht ihr Liberalismus! Kant und die Mills gelangen auf unterschiedlichen Wegen zu einem verwandten Einwand. Kant begründet Grenzen der Selbstverfügung aus dem unverfügbaren Status der Person, die Mills aus Sinn und Zweck der Freiheit selbst. Die eigentliche Frontlinie verläuft damit nicht zwischen Würde und Freiheit, sondern zwischen einem genuin liberalen Freiheitsverständnis, wie es die Mills vertreten und zu dem auch Kant aus einer anderen philosophischen Tradition gelangt, und einem voluntaristischen Freiheitsbegriff, der freiwillige Selbstbindung bereits für eine hinreichende Legitimationsbedingung hält.

Die Mills verteidigen dabei in der Tradition Wilhelm von Humboldts nicht bloß „legal freedom“, also gesetzliche Freiheit im Sinne staatlicher Nichteinmischung – das, was Isaiah Berlin später „negative Freiheit“ nennen wird. Freiheit ist für sie vielmehr auch „moral freedom“: die „positive Freiheit“ des Menschen, sein Leben durch eigenes Urteil, eigene Erfahrung und eigene Verantwortung zu gestalten. Eben deshalb kann das Freiheitsprinzip nach ihrer Auffassung nicht verlangen, dass der Einzelne die Freiheit erhält, seine künftige Freiheit aufzugeben. Zugleich fordert es, die Freiheit und die berechtigten Interessen anderer zu achten. Zur Freiheit gehöre wesentlich, die Folgen der eigenen Freiheitsausübung für Dritte einzubeziehen; Folgen, die auch der Staat nicht ignorieren dürfe. Bezeichnenderweise richten die Mills unmittelbar im Anschluss an ihre Überlegungen zur Selbstversklavung den Blick auf die Familiengründung und auf Kinder, die aus ihr hervorgehen können. Es sei ein „moral crime“, ein Verbrechen gegen die Moral, ein Kind ohne begründete Aussicht auf angemessene Versorgung und Erziehung in die Welt zu setzen. Familiengründung erscheint also mitnichten als bloß selbstbezogene Freiheitsausübung Erwachsener.

Um dem Kindeswohl Rechnung zu tragen, unterwirft der Staat bei Adoption und Pflege die Aufnahme eines Kindes strenger Prüfung. Maßgeblich sind nicht die freiwillige Selbstbestimmung der Erwachsenen – und schon gar nicht allein der Kinderwunsch der Adoptiv- oder Pflegeeltern –, sondern deren Eignung, die unter anderem auch im Hinblick auf ein angemessenes Verhältnis zwischen ihrem Alter und dem des Kindes beurteilt wird. Bei der Auslandsleihmutterschaft spielt dies demgegenüber nicht notwendig eine vergleichbare Rolle. Eine einheitliche Praxis gibt es nicht; Eignungsprüfungen, Schutzvorkehrungen und die Rechte der Beteiligten unterscheiden sich je nach Zielland und Vertragsmodell erheblich. Die rechtlichen Folgen des auf dieser Grundlage geschaffenen Sachverhalts müssen anschließend in Deutschland bewältigt werden, wobei die rechtliche Absicherung des bereits geborenen Kindes im Vordergrund stehen muss. Die dadurch entstehende regulatorische Unübersichtlichkeit ist kein Randproblem, sondern zeigt, dass elementare Fragen des Kindeswohls faktisch ausländischen Rechtsordnungen und privater Vertragsgestaltung überlassen werden. Im Zuge einer Legalisierung hierzulande könnte man zwar auch für die Leihmutterschaft Eignungsprüfungen und Schutzvorkehrungen vorsehen. Dies würde die Befürworter jedoch in Erklärungsnot bringen: Wie ließe sich das mit der Behauptung vereinbaren, allein die freiwillige Entscheidung der Erwachsenen sei maßgeblich? In keinem Fall dürfte das Kindeswohl bei der Leihmutterschaft institutionell geringer geschützt sein als bei Adoption oder Pflege, wo ja „lediglich“ für ein bereits existierendes Kind eine Lösung in Form geeigneter Eltern gesucht wird, statt die Hervorbringung eines Kindes im Hinblick auf seine spätere Übergabe zu planen.

Denkbar wäre ein Modell, das medizinische Weisungsrechte, einen Erfüllungszwang und Schadensersatzansprüche wegen eines Widerrufs ausschließt. Dies entspräche dem Gedanken der von den Mills geforderten „liberty of retractation“, also der Freiheit, sich von einer einmal eingegangenen vertraglichen Bindung wieder lossagen zu können. Aus dem Freiheitsprinzip folgt demnach keine grundsätzliche Ablehnung der Leihmutterschaft, wohl aber der Vorrang des gegenwärtigen Willens der Schwangeren vor ihrer ursprünglichen Zustimmung. Dass es sich dabei nicht um einen bloßen Grenzfall der Selbstversklavung handelt, zeigt *The Subjection of Women*. Dort bezeichnen die Mills die rechtliche Stellung der Ehefrau als die der Sklaverei am nächsten kommende Rechtsform ihrer Zeit und verlangen deshalb, persönliche Bindungen so auszugestalten, dass die fortdauernde Freiheit der Beteiligten gewahrt bleibt. Übertragen auf die Leihmutterschaft müsste deshalb auch die Möglichkeit einer einseitigen Lösung vom Vertragsverhältnis bis nach der Geburt mitgedacht werden.

Die Frage der Vertraglichkeit ist damit jedoch lediglich verschoben. Auch wenn sich zahlreiche Einzelheiten, etwa Zulassung, Kostentragung, Elternstatus oder Pflichten der Wunscheltern, vertraglich regeln ließen, bliebe der Kern bestehen: Wie verbindlich kann überhaupt „ein Kind bestellt“ werden, wenn Schwangerschaft, medizinische Entscheidungen und die Übergabe des Kindes bis nach der Geburt zu jedem Zeitpunkt der erneuten Zustimmung der Geburtsmutter bedürfen? Würde eine solche Vereinbarung den Wunscheltern überhaupt noch die Sicherheit bieten, derentwegen sie eine Leihmutterschaft in Anspruch nehmen – zumal zusätzlich die am Kindeswohl orientierte Mitwirkung von Jugendamt und Familiengericht zu gewährleisten wäre? Darin liegt das Dilemma einer liberalen Konzeption der Leihmutterschaft: Entweder der Vertrag bindet den gegenwärtigen Willen der Schwangeren und nähert sich damit dem vom Freiheitsprinzip ausgeschlossenen Fall der Selbstversklavung an – oder er wahrt ihre fortdauernde Freiheit und verliert gerade dadurch seinen spezifischen vertraglichen Gehalt.

Worin bestünde dann überhaupt noch der rechtliche Mehrwert eines Leihmutterschaftsvertrags?

Damit erweist sich die Verkürzung des Konflikts auf den Gegensatz zwischen selbstbestimmter Leihmutter und paternalistischem Staat als unhaltbar. Denn der Vertrag betrifft nicht nur den Körper der Leihmutter, sondern untrennbar auch ein Kind: als eigenständigen Träger von Rechten und als Wesen, für das die austragende Frau während der Schwangerschaft Verantwortung trägt und dazu den Schutz auch ihrer künftigen Selbstbestimmung genießen muss. Der Würdeeinwand betrifft dabei nicht nur die Leihmutter; er betrifft ebenso das Kind, dessen Hervorbringung, rechtliche Zuordnung und geplante Übergabe selbst zum Gegenstand privatautonomer Vertragsgestaltung werden sollen. Mögliche Gründe für die Sittenwidrigkeit des Leihmutterschaftsvertrags zeigen sich derzeit in einem Fall aus Kanada, in dem eine Leihmutter einen verlangten Schwangerschaftsabbruch ablehnte und später dann vor dem *Ontario Superior Court* verklagt wurde. Berichten zufolge werden Schadensersatzforderungen in Höhe von rund 600.000 kanadischen Dollar geltend gemacht (allerdings nicht wegen der verweigerten Abtreibung, sondern u. a. wegen der emotionalen Belastung der Wunscherfüllung), eine für die Leihmutter existenzbedrohende Summe. Sollten derartige Ansprüche rechtlich durchsetzbar sein, spräche dies für die Einordnung als Knebelvertrag. Anlass des verlangten Schwangerschaftsabbruchs war eine diagnostizierte Lippenpalatte mit möglicher Gaumenspalatte, die sich später als behandelbare Lippenpalatte herausstellte. Der Fall verdeutlicht zugleich, dass die Leihmutterschaft weitreichende Fragen der Ethik des Umgangs mit Behinderung aufwirft. Für das hier entwickelte Argument ist entscheidend, dass der Vertrag von der Leihmutter weitreichende Verantwortung für das Kind verlangt, ihr Urteil in Fragen von Leben und Tod aber zugleich einem fremden Willen unterwirft. Gegenüber diesem bislang öffentlich kaum diskutierten kategorialen Einwand gegen die Legalisierung verblasst die Sorge um die Selbstbestimmung der Leihmutter über ihren eigenen Körper. Denn diese unterscheidet sich lediglich graduell von anderen Vertragsverhältnissen, in denen der Einsatz des eigenen Körpers geschuldet wird, etwa bei medizinischen Studien, in der Prostitution oder im Leistungssport. In Frage steht nicht allein die Reichweite körperlicher Selbstbestimmung, sondern ob Freiwilligkeit jede Form vertraglicher Verfügung legitimieren kann. Ein voluntaristisches Freiheitsverständnis muss dies bejahen. Für einen eigenständigen Begriff der Menschenwürde bleibt darin kein Raum; der Voluntarist beraubt sich der Möglichkeit, überhaupt mit Menschenwürde argumentieren zu können.

Die Bedeutung dieser Frage reicht über die staatliche Regelung eines Vertragsverhältnisses zwischen Einzelpersonen hinaus. Der US-amerikanische Philosoph Michael Sandel fragt in seinem Buch *What Money Can't Buy*, was geschieht, wenn soziale Praktiken „kommodifiziert“, also zum Gegenstand eines Marktes werden. Kommodifizierung verändert nicht nur Anreize, sondern auch deren Bedeutung – und mit ihr die moralische Sprache, in der wir sie beschreiben. Die veränderte Deutung der Leihmutterschaft ist dafür ein aufschlussreiches Beispiel. Was lange als Ausbeutung ökonomisch vulnerabler Frauen galt, erscheint nunmehr als Ausdruck weiblicher Selbstbestimmung. Was einst als Instrumentalisierung verstanden wurde, kann unter den Bedingungen der Kommodifizierung als Dienstleistung, Erwerbsarbeit oder gar als Akt der Solidarität erscheinen. Allein deshalb lässt sich die moralische Bewertung eines Marktes nicht aus der Freiwilligkeit seiner Teilnehmer ableiten.

Die Betrachtung der Leihmutterschaft unter dem Aspekt der Kommodifizierung regt zudem an, den Blick nicht nur auf die Austragungsmutter als Empfängerin einer Vergütung zu richten, sondern – *Follow the Money* – auch auf die Wunscheltern und ihre Zahlungsbereitschaft. Soll der Staat ermöglichen, dass Menschen durch die Inanspruchnahme einer Dienstleistung auch dort ein genetisch eigenes Kind erhalten, wo dies biologisch nicht möglich ist? Ein Kinderwunsch kann existenziell und schutzwürdig sein. Ein Anspruch darauf, dass der Staat eine Vereinbarung über seine Erfüllung mit Hilfe einer Leihmutter gegen Bezahlung als rechtswirksamen Vertrag anerkennt und gegebenenfalls mit den Mitteln seiner Rechtsordnung durchsetzt, folgt daraus jedoch nicht. Reproduktive Freiheit ist zunächst ein Abwehrrecht gegen staatliche Eingriffe.

Allerdings trifft das deutsche Verbot faktisch vor allem diejenigen, die sich eine Auslandsleihmutterschaft nicht leisten können. Zugleich untergräbt seine weitgehend folgenlose Umgehung durch die Inanspruchnahme ausländischer Angebote die Autorität des Rechts. Daraus erwächst ein rechtsstaatliches Dilemma: Entweder gelingt eine wirksamere internationale Durchsetzung, oder der Gesetzgeber muss das bestehende Regelungskonzept grundsätzlich überprüfen. Auch dieser Reformdruck ersetzt jedoch nicht die normative Begründung einer Legalisierung. Die ungleiche Durchsetzbarkeit einer Norm ist noch kein Grund für ihre Aufgabe.

Die Debatte um die Leihmutterschaft führt zu ungewöhnlichen Konstellationen. Der Gegensatz verläuft nicht entlang der vertrauten Linie zwischen progressiv und konservativ. Auf der einen Seite stehen Kantianer und Liberale, Konservative und Grüne, die den beziehungsstiftenden Charakter von Schwangerschaft und Geburt betonen. Für viele, keineswegs nur aus dem grünen Spektrum, spielt dabei auch eine normativ aufgeladene Vorstellung von Natürlichkeit eine bedeutende Rolle. Auf der anderen Seite finden sich LGBTQ+-geprägte Positionen ebenso wie rechtslibertäre Technikoptimisten, die in der Überwindung biologischer Kontingenzen durch Vertrag, Markt und Reproduktionstechnologie einen Fortschritt sehen. Aus dieser Perspektive erscheinen die Einwände der Gegenseite nicht selten als Ausdruck überkommener Traditionen, von denen sie sich durch ein aufgeklärteres Bewusstsein erst noch befreien müsse. Darin liegt ein paternalistischer Zug, der in Teilen der progressiven Legalisierungsdebatte spürbar ist.

Das Hin und Her des Abstammungsrechts, wenn es dem Ziel einer Legalisierung der Leihmutterschaft angepasst werden soll, macht die Kontingenz dieser politischen Allianzen sichtbar. Denn es zeigt, wie unterschiedlich dabei auf „Natur“ Bezug genommen wird. Um die durch die Fortpflanzungsmedizin geschaffene Möglichkeit einer „gespaltenen“ Mutterschaft eindeutig zu regeln, bestimmt § 1591 BGB seit 1998 die Geburtsmutter zur rechtlichen Mutter; einer genetischen Eizellspenderin wird dieser Status nicht zuerkannt. Hier folgt das Recht der biologischen Tatsache der Geburt. Nun soll – wiederum ausgehend vom Kinderwunsch Erwachsener – in die entgegengesetzte Richtung korrigiert werden: In diesem Fall sollen nicht mehr die Geburtsmutter, sondern die Auftraggeber rechtliche Eltern sein. Die biologische Gegebenheit, die eben noch als eindeutiger Anknüpfungspunkt galt, soll nun hinter genetischer Abstammung und vertraglicher Planung einschließlich Vereinbarung eines angemessenen Preises zurücktreten. (Eine Randbemerkung: Gerade wer Leihmutterschaft legalisieren will, sollte sie nicht zugleich ökonomisch romantisieren. Patrick Bahners hat gegen Frauke Rostalski zu Recht darauf hingewiesen, dass ein Verbot kommerzieller Leihmutterschaft die Kosten auf jene Frauen verlagert, deren Altruismus in Anspruch genommen wird.)

Wie wir gesehen haben, folgt aus dem liberalen Freiheitsprinzip keineswegs, dass der Staat jede freiwillige Selbstbindung institutionalisieren muss. Auf unterschiedlichen Wegen gelangen Kant, die Mills und Sandel zum selben Befund. Gemeinsam widersprechen sie der voluntaristischen Prämisse, freiwillige Zustimmung sei bereits eine hinreichende Legitimationsbedingung. Freiheit ist nicht Willkür.