

Laura Klein

## Reproduktive Freiheiten unter dem Grundgesetz\*

Verhütungsmethoden, Schwangerschaftsabbrüche, ärztliche Assistenz bei der Zeugung und medizinische Betreuung während Schwangerschaft und Geburt eröffnen die Möglichkeit zu individuellen reproduktiven Entscheidungen. Die individuelle reproduktive Entscheidung wiederum wird in sozialen Beziehungen getroffen, entscheidend von gesellschaftlichen, kulturellen und politischen Rahmenbedingungen geprägt und steht somit auch im Spannungsfeld rechtlicher Regulierung. Der Lebensbereich der Fortpflanzung wird im deutschen Verfassungsrechtsdiskurs noch selten aus einer individualfreiheitsrechtlichen Perspektive betrachtet, welche dabei die Lebenswirklichkeit unterschiedlicher Menschen angemessen berücksichtigt. Ein Grund dafür ist, dass eine embryozentrierte Perspektive die rechtliche Debatte im Hinblick auf reproduktionsmedizinische Verfahren oder die Regulierung des Schwangerschaftsabbruchs prägt. Daneben dominieren auf ein Kollektiv bezogene Betrachtungsweisen, die reproduktive Entscheidungen des Individuums etwa mit Blick auf die dadurch gegründete Familie oder in Bezug auf demographische Entwicklungen erörtern. Zudem fällt auf, dass der menschenrechtliche Diskurs über reproduktive Gesundheit und Rechte bisher kaum in den Grundgesetzkommentierungen rezipiert wird. Aus diesen vielfältigen Gründen bedarf es einer grundrechtlichen Neujustierung des Lebensbereichs, welche gleiche Freiheiten der Individuen ins Zentrum verfassungsrechtlicher Überlegungen stellt und dabei Erkenntnisse aus anderen Wissenschaftsdisziplinen stärker berücksichtigt als das bisher geschieht. In einem ersten Schritt wird der Begriff der reproduktiven Freiheiten in den Kontext bisheriger Konzepte und Debatten um reproduktive Gesundheit, Autonomie und Gerechtigkeit gestellt. In einem zweiten Schritt wird ein theoretischer Rahmen reproduktiver Freiheiten für den Verfassungsrechtsdiskurs vorgestellt, der auf eine notwendige grundrechtliche Neukonzeption des Lebensbereichs verweist.

### *I. Von Konzepten und Kontroversen: Reproduktive Gesundheit, Autonomie und Gerechtigkeit*

Auf internationaler Ebene wurde in den vergangenen Jahrzehnten ein umfassender Katalog reproduktiver Rechte entwickelt, welche primär die reproduktive Gesundheit von Menschen absichern (1.). Daneben prägen rechtswissenschaftliche Kontroversen um reproduktive Autonomie (2.) und politische Forderungen nach reproduktiver Gerechtigkeit (3.) die gegenwärtige Debatte um reproduktive Freiheiten.

\* Der Beitrag beruht auf Überlegungen meiner Dissertation: Laura Klein, Reproduktive Freiheiten, 2023 (im Erscheinen).

## 1. Reproduktive Gesundheit und Rechte

Das Konzept der reproduktiven Rechte stammt aus dem internationalen Recht.<sup>1</sup> Erste Überlegungen, Familiengründung und Fortpflanzung nicht allein aus bevölkerungspolitischer Perspektive, sondern als menschenrechtliches und somit für den Einzelnen bedeutsames Thema zu begreifen, finden sich im internationalen Recht bereits Ende der 1960er-Jahre.<sup>2</sup> Seit der Internationalen Konferenz über Bevölkerung und Entwicklung in Kairo im Jahr 1994 haben reproduktive Rechte primär das Ziel, die reproduktive Gesundheit von Individuen abzusichern. Unter reproduktiver Gesundheit wird die Freiheit jeder Person gefasst, selbst darüber zu entscheiden, ob, zu welchem Zeitpunkt und wie viele Kinder sie möchte.<sup>3</sup> Reproduktion in diesem Sinne meint damit nicht nur den unmittelbaren Vorgang der Zeugung, sondern den gesamten Lebensbereich, der die Zeugungsfähigkeit als solche, die Entscheidung für oder gegen eine Zeugung sowie Schwangerschaft und Geburt umfasst. Reproduktive Gesundheit wird weiter als Recht aller Paare und Einzelpersonen verstanden, frei von Diskriminierung, Zwang und Gewalt Entscheidungen in reproduktiven Belangen zu treffen.<sup>4</sup> In den letzten Jahrzehnten hat sich im internationalen Recht ein umfassender Katalog entwickelt, der sich auf unterschiedliche Menschenrechtsverträge stützt, wie etwa die UN-Frauenrechtskonvention (Art. 5, 12, 16), die UN-Behindertenrechtskonvention (Art. 23) und die UN-Menschenrechtspakte (Art. 3, 6, 7, 17, 23, 26 IPbpR, Art. 12 IPwskR). Die entsprechenden UN-Fachausschüsse sowie diverse Instrumente des Europarats prägen das heutige Verständnis reproduktiver Rechte. Zu den reproduktiven Rechten zählen demnach (1) die Information und Aufklärung über reproduktive Rechte, (2) der Zugang zu sicheren und erschwinglichen Verhütungsmitteln, (3) eine selbstbestimmte Schwangerschaft, wozu informierte Entscheidungsfindungen bei gynäkologischen Eingriffen zählen wie auch die Möglichkeit, eine Schwangerschaft sicher und legal zu beenden, sowie (4) eine selbstbestimmte Geburt mit sicherer Gesundheitsversorgung vor, während und nach der Geburt. Deutschland hat von unterschiedlichen Stellen, insbesondere vom CEDAW-Ausschuss in den beiden jüngeren Staatenberichtsverfahren, deutliche Kritik erfahren, etwa hinsichtlich des Zugangs zu sicheren und erschwinglichen Verhütungsmitteln, mit Blick auf den Zugang zu und der Regulierung und Finanzierung von Schwangerschaftsabbrüchen, aber auch mit Blick auf Selbstbestimmungsrechte bei medizinischen Eingriffen in reproduktiven Kontexten.<sup>5</sup>

1 Zu den menschenrechtlichen Gewährleistungen bereits Laura Klein/Friederike Wapler, *Reproduktive Gesundheit und Rechte*, APuZ 20/2019, 20–26.

2 UN, Proclamation of Teheran, Final Act of the International Conference on Human Rights, 1968, Ch. XVIII, u.a. Art. 3.

3 UN, Programme of Action of the International Conference on Population and Development, 1994, Ch. VII, Art. 7.2.; UN, Beijing Declaration and Platform for Action, 1995, Annex II, Ch. IV, Art. 94.

4 UN, Beijing Declaration and Platform for Action, 1995, Annex II, Ch. IV, Art. 95.

5 CEDAW/C/DEU/CO/7–8, Nr. 37 a), 38 a); CEDAW/C/DEU/QPR/9, Nr. 16 a); CESCR, General Comment No. 22, 2016, E/C.12/GC/22, Nr. 25, 28, 39, Nr. 40–49. Siehe auch CRPD and CEDAW, Joint statement, Guaranteeing sexual and reproductive health and rights for all women, in particular women with disabilities, 29.8.2018.

## 2. Reproduktive Autonomie und Selbstbestimmung

Im deutschsprachigen rechtswissenschaftlichen Diskurs wird unter dem Begriff der *reproduktiven Autonomie bzw. Selbstbestimmung* zunehmend auf die menschenrechtliche Dimension reproduktiver Rechte Bezug genommen.<sup>6</sup> Die überwiegende deutsche Verfassungsrechtsliteratur erörtert unter dem Terminus des Rechts auf reproduktive Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) oder unter den Begriffen der „Fortpflanzungsfreiheit“<sup>7</sup> bzw. „Familiengründungsfreiheit“<sup>8</sup> (Art. 6 Abs. 1 GG) dagegen vornehmlich die Regulierung derzeit einfachgesetzlich verbotener *reproduktionsmedizinischer Verfahren*.<sup>9</sup> Der feministische Diskurs um reproduktive Autonomie wiederum ist seinerseits von konträren Standpunkten durchzogen: Einig war und ist man sich über die zentrale Bedeutung von Selbstbestimmungsanliegen mit Blick auf den Zugang zu Verhütungsmitteln und den Zugang zu einem sicheren Schwangerschaftsabbruch. Jedoch herrscht bis in die Gegenwart fachdisziplinübergreifend Uneinigkeit darüber, ob die Möglichkeiten der Reproduktionsmedizin als Instrument zur Emanzipation gelten (können) oder umgekehrt, ob reproduktionsmedizinische Verfahren stets als Bedrohung von

- 6 Andrea Büchler, *Reproduktive Autonomie und Selbstbestimmung*, Basel 2017, 5, 11 f., 39, *passim*; Friederike Wapler, *Reproduktive Autonomie: rechtliche und rechtsethische Überlegungen*, in: Baer/Sacksofsky (Hrsg.), *Autonomie im Recht – Geschlechtertheoretisch vermessen*, Baden-Baden 2018, 185 (186 ff.); Ute Sacksofsky, *Über ein Recht auf Fortpflanzung*, Merkur 2020, 32 (35 ff.); Klein/Wapler (Fn. 1), 20–26; Susanne Baer, *Demografischer Wandel und Generationengerechtigkeit*, VVDStRL 68 (2009), 290 (319–322, insb. 320, 353); Maria Wersig, *Reproduktion zwischen „Lebensschutz“, Selbstbestimmung und Technologie*, in: Foljanty/Lembke (Hrsg.), *Feministische Rechtswissenschaft*, Baden-Baden 2012, 186 (186, 200).
- 7 Dagmar Coester-Waltjen, *Reproduktive Autonomie aus rechtlicher Sicht*, in: Wiesemann/Simon (Hrsg.), *Patientenautonomie*, Münster 2013, 222 (222); Ralf Müller-Terpitz, in: Spickhoff (Hrsg.), *Medizinrecht*, 3. Auflage 2018, Art. 6 GG Rn. 1 f. („Recht auf Fortpflanzung“); Friedhelm Hufen, *Staatsrecht II*, München 2021, 154 f., 273 f. („Recht auf Fortpflanzung, d.h. das Recht, „eine Familie zu werden““); monographisch etwa Mathias Reinke, *Fortpflanzungsfreiheit und das Verbot der Fremdeizellspende*, Berlin 2008, 134 ff.
- 8 Frauke Brosius-Gersdorf, in: Dreier (Hrsg.), GG I, 2013, Art. 6 Rn. 115; Dagmar Coester-Waltjen, in: v. Münch/Kunig (Hrsg.), GG, 2012, Art. 6 Rn. 32; Friedhelm Hufen, *Präimplantationsdiagnostik aus verfassungsrechtlicher Sicht*, MedR 2001, 440 (442); Gerhard Robbers, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG I, 2018, Art. 6 Rn. 92.
- 9 Konstituierend Thilo Ramm, *Die Fortpflanzung – ein Freiheitsrecht?*, JZ 1989, 861 (870 ff.); für die Kommentarliteratur: Lorenz/Krönke in: Bonner Kommentar, GG, 213. EL September 2021, Art. 2 Abs. 1 Rn. 312 f.; Kunig/Kämmerer in: v. Münch/Kunig, GG, 7. Auflage 2021, Art. 2 Rn. 63; Bettina Heiderhoff, in: v. Münch/Kunig (Hrsg.), GG, 2021, Art. 6 Rn. 228; siehe auch Werner Heun, *Restriktionen assistierter Reproduktion aus verfassungsrechtlicher Sicht*, in: Bockenheimer-Lucius/Thorn/Wendehorst (Hrsg.), *Umwege zum eigenen Kind*, 2008, 49–61 (51); Gassner/Kersten/Krüger et al., *Fortpflanzungsmedizin*, 2013, 31 f.; Coester-Waltjen (Fn. 7), 229 ff., *passim*; Dethloff in: Baer/Sacksofsky (Hrsg.), *Autonomie im Recht*, 2018, 229–238 (229 ff.); Kersten, NVwZ 2018, 1248–1254 (1249); Wapler (Fn. 6), 190; Angelika Siehr, *Regulierungsauftrag für den Staat im Bereich der Fortpflanzungsmedizin?*, VVDStRL 78 (2019), 393–440 (369); Christian Hillgruber, *Gibt es ein Recht auf ein Kind?*, JZ 2020, 12–20 (13 f.); monographisch grundlegend Anabel Hieb, *Die gespaltene Mutterschaft im Spiegel des deutschen Verfassungsrechts*, Berlin 2005, 15 ff., 33 ff.; weiter etwa Patricia Jofer, *Regulierung der Reproduktionsmedizin*, Baden-Baden 2014, 161 ff.; Carina Dorneck, *Das Recht der Reproduktionsmedizin de lege lata und de lege ferenda*, Baden-Baden 2018, 69 f.; Maren Klein, *Zur verfassungsrechtlichen Rechtfertigung des Verbots der Eizellspende mit dem Argument des Schutzes des Kindeswohls*, Berlin 2019, 68 ff.; vgl. auch Nationale Akademie der Wissenschaften Leopoldina, *Stellungnahme: Fortpflanzungsmedizin in Deutschland*, 2019, 33–36.

Selbstbestimmung und als Instrumentalisierung des weiblichen Körpers angesehen werden sollten.<sup>10</sup> Unter dem Begriff der reproduktiven Autonomie bzw. Selbstbestimmung werden folglich unterschiedliche Inhalte verhandelt und konträre Assoziationen verbunden.<sup>11</sup>

### 3. Reproduktive Gerechtigkeit

Unter dem Begriff der *reproduktiven Gerechtigkeit* sammeln sich analytische Konzeptionen und aktivistische Forderungen, um auf strukturell verankerte Ungleichheitsverhältnisse im reproduktiven Kontext aufmerksam zu machen.<sup>12</sup> Der Ansatz geht zurück auf eine in den Vereinigten Staaten von Schwarzen Feministinnen im Jahr 1994 eingeführte Debatte um dortige reproduktive Gerechtigkeit (*reproductive justice*).<sup>13</sup> Eingeführt als Kritik an einem vermeintlich universalistischen, bürgerlichen und weißen feministischen Diskurs, der sich im reproduktiven Kontext auf das Recht auf Schwangerschaftsabbruch als Ausdruck eines Selbstbestimmungsrechts im Sinne einer Wahl- und Entscheidungsfreiheit für oder gegen Kinder fokussiert (*Pro Choice*),<sup>14</sup> werden mit dem Begriff der reproduktiven Gerechtigkeit reproduktive Rechte mit Forderungen nach sozialer Gerechtigkeit verbunden.<sup>15</sup> Der Diskurs um reproduktive Gerechtigkeit richtet sich damit primär gegen ein individualistisches Verständnis von Autonomie im reproduktiven Kontext, stellt sich jedoch nicht gegen das Konzept von reproduktiver Selbstbestimmung in einem engeren Sinne, sondern ergänzt es um eine wichtige *intersektionale Perspektive*.<sup>16</sup>

10 Claudia Wiesemann, Von der Verantwortung, ein Kind zu bekommen, München 2006, 15 ff., *passim*. Siehe für eine Darstellung der Konfliktlinien Wersig (Fn. 6), 192 ff.; für den angloamerikanischen Diskurs Erin Nelson, Law, Policy and Reproductive Autonomy, London 2013, 21 ff; siehe ebenso die unterschiedlichen Positionen in den Beiträgen in Kitchen Politics (Hrsg.), Sie nennen es Leben, wir nennen es Arbeit, Münster 2016. Siehe für derzeit unterschiedliche Verständnisse im deutschen Diskurs einerseits etwa Büchler (Fn. 6), 29, *passim*; Andrea Büchler/Barbara Bleisch, Kinder wollen, München 2020, 37–45, *passim*; Wapler (Fn. 6), 185–213; Coester-Waltjen (Fn. 7), 224, 231; etwas anders und die „überindividuelle“ Dimension reproduktiver Angelegenheiten betonend: Beier/Wiesemann in: Wiesemann/Simon (Hrsg.), Patientenautonomie, 2013, 205–221. Sich abgrenzend etwa Sacksofsky (Fn. 6), 33 ff.; Sibylla Flüge, Leihmutterschaft ist kein Menschenrecht, in: Baer/Sacksofsky (Fn. 6), 239–249, *passim*; siehe auch die zahlreichen Beiträge im Sammelband Kitchen Politics (Hrsg.), Mehr als Selbstbestimmung! Kämpfe für reproduktive Gerechtigkeit, Münster 2021.

11 Vgl. einerseits etwa Büchler (Fn. 6), 29, *passim*; Wapler (Fn. 6), 185–213; Coester-Waltjen (Fn. 7), 224, 231; andererseits etwa Sacksofsky (Fn. 6), 33 ff.; Flüge (Fn. 10), 239–249, *passim*.

12 Siehe zu den politischen, theoretischen und historischen Hintergründen des Konzepts Loretta Ross/Rickie Solinger, Reproductive Justice, Berkeley 2017, sowie die Beiträge im Sammelband von Kitchen Politics (Fn. 10).

13 Grundlegend zum Entstehungskontext Ross/Solinger (Fn. 12), 9 ff.; Loretta Ross, Reproductive Justice. Ein Rahmen für eine anti-essentialistische und intersektionale Politik, in: Kitchen Politics (Fn. 10), 17–60.

14 Siehe für tiefergehende Ausführungen Ross (Fn. 13), 17 (19, 42 f., 45 ff.).

15 Ross (Fn. 13), 17 (18).

16 Ross (Fn. 13), 17 (19, 21 f., 26 ff.).

## II. Reproduktive Freiheiten unter dem Grundgesetz

Die bisherigen Konzepte und Debatten öffnen die Augen dafür, reproduktive Freiheiten auch im Verfassungsrecht als *gleiche reproduktive Freiheiten* zu denken, die sozialer *Vielfalt* Rechnung tragen und an der *Lebenswirklichkeit* der Menschen orientiert sind.<sup>17</sup> Sowohl der Begriff der Reproduktion als auch der Plural bei „Freiheiten“ verdeutlichen die engen Bezüge von Gesundheit, Selbstbestimmung und Diskriminierungsverboten in reproduktiven Belangen.<sup>18</sup> Mit dem Begriff können zudem die Erkenntnisse einzelner Arbeiten zu reproduktiver Autonomie,<sup>19</sup> das im internationalen Recht etablierte Konzept reproduktiver Gesundheit und Rechte und vereinzelt auch Aspekte des hybriden und offenen Ansatzes reproduktiver Gerechtigkeit gebündelt werden. Trotz mancher Divergenzen, die es weiterhin zu debattieren gilt, scheint nämlich gemeinsames Anliegen dieser Arbeiten und Konzepte zu sein, Ermöglichungsbedingungen reproduktiver Entscheidungsfreiheiten auszuloten und dabei in der Regel auf *menschenrechtliche* Gewährleistungen hinzuweisen. Anknüpfend an diese Vorarbeiten erstreckt sich der Begriff auf die Inanspruchnahme von Verhütungsmitteln, auf Eingriffe in die Reproduktionsfähigkeit (Sterilisation oder Kastration), auf die grundsätzliche Freiheit, eine Schwangerschaft zu beenden, auf eine diskriminierungsfreie Inanspruchnahme reproduktionsmedizinischer Verfahren mit der Möglichkeit, freiwillig handelnde Dritte hinzuzuziehen, auf ein Recht auf Wissen und Nichtwissen genetischer Informationen über den Embryo sowie auf selbstbestimmte Entscheidungen bei medizinischen Interventionen während Schwangerschaft und Geburt.<sup>20</sup>

### 1. Individualrechtliche Konzeption reproduktiver Freiheiten

Bei reproduktiven Freiheiten handelt es sich – im Einklang mit der Konzeption des Grundgesetzes, das die Grundrechte der Individuen ins Zentrum des Verfassungstextes stellt (Art. 1 bis 19 GG) und damit den Freiheitsraum des Einzelnen vor staatlichen Eingriffen schützt – um *individualrechtliche* Freiheiten. Nach dieser Lesart ist nicht ein *Kollektiv*, etwa die Gesellschaft als Bezugsgröße oder die Ehe als *Paargemeinschaft*, sondern

17 Siehe für einen ähnlichen Begriffsvorschlag reproduktiver Freiheit bisher nur Katja Sander, Bio-Politik durch Rechtsprechung: Zur Konstruktion der ‚Normfamilie‘ in steuerrechtlichen Entscheidungen zur medizinisch assistierten Reproduktion, KJ 2006, 303 (310), jedoch ohne weitere Ausführungen; statt vieler vorsichtig in diese Richtung wohl Susanne Baer/Nora Markard, in: von Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), GG, 2018, Art. 3 Abs. 3 Rn. 351: „Reproduktive Freiheiten als gleichberechtigte Entscheidung über Fortpflanzung“.

18 Ebenso Büchler (Fn. 6), 12, 16, 19; Baer (Fn. 6 ), 319 f., 321 f. Für die angloamerikanische Debatte ebenso Nelson (Fn. 10 ), 51 f., *passim*; sowie Ruth Bader Ginsburg, Gonzales v. Carhart, 550 U.S. 124 (2007), dissenting, 4: „Thus, legal challenges to undue restrictions on abortion procedures do not seek to vindicate some generalized *notion of privacy*; rather, they center on a woman’s *autonomy* to determine her life’s course, and thus to enjoy *equal citizenship* stature. [...] In keeping with this comprehension of the *right to reproductive choice*, the Court has consistently required that laws regulating abortion, at any stage of pregnancy and in all cases, safeguard a woman’s *health*.“ (Hervorhebungen d. Verf.).

19 Büchler (Fn. 6); Büchler/Bleisch (Fn. 10); Coester-Waltjen (Fn. 7), 222–236; Anne Röthel, Autonomie als Bezugspunkt für eine Kritik der rechtlichen Regulierung des Zugangs zu reproduktiven Verfahren, in: Baer/Sacksofsky (Fn. 6), 215–228; Wapler (Fn. 6), 185–213.

20 So bereits Büchler (Fn. 6), 7, 28 f., 138 f.

das *Individuum* der entscheidende Bezugspunkt einer Rechtfertigung politischer Entscheidungen auf dem Gebiet der Fortpflanzung.<sup>21</sup> Dem liegt die Einsicht zugrunde, dass die Entscheidung, ob, mit wem und auf welche Weise Menschen Kinder zeugen wollen oder nicht, zu den höchstpersönlichen Aspekten des Lebens gehört, diese Entscheidung einen integralen Bestandteil der eigenen Lebensplanung ausmacht und Individuen in diesem Bereich Raum für eigene Erwägungen und Entscheidungen zugestanden werden sollte.<sup>22</sup>

Bei der Komplexität des vielschichtigen und breiten Lebensbereichs wäre es reduktionistisch, von nur *einem* Grundrecht auszugehen, das alle reproduktiven Belange des Individuums erfasst. Vielmehr beruht die Gewährleistung reproduktiver Freiheiten auf fünf Säulen, die sich grob wie folgt auffächern: Zentrale Bedeutung im Kontext von Zeugung, Schwangerschaft und Geburt kommt dem Recht auf reproduktive Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 GG) zu.<sup>23</sup> Das Recht auf reproduktive Selbstbestimmung gewährleistet damit zum einen die Befugnis, darüber zu bestimmen, ob, mit wem, wann und auf welche Weise eine Person sich fortpflanzen möchte oder nicht, zum anderen die Befugnis, selbstbestimmte Entscheidungen im Kontext von Schwangerschaft und Geburt zu treffen.<sup>24</sup> In medizinischen Kontexten ist daneben das Recht auf körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 Satz 1 Alt. 2 GG) zu berücksichtigen.<sup>25</sup> Einschränkungen, die sich auf die Zeugung als solche beziehen, besonders mithilfe reproduktionsmedizinischer Verfahren, sind im Lichte der Familiengründungsfreiheit (Art. 6 Abs. 1 Alt. 2 GG) zu betrachten.<sup>26</sup> Die Familiengründungsfreiheit umfasst folglich nicht den Bereich der

21 Bereits Ramm (Fn. 9), 861 (863 ff.); Martin Koppernock, Das Grundrecht auf bioethische Selbstbestimmung, Baden-Baden 1997, 95 f.; aus jüngerer Zeit etwa Wapler (Fn. 6), 190, 192 f.; Büchler (Fn. 6), 29, *passim*; Baer (Fn. 6), 321; Jens Kersten, Regulierungsauftrag für den Staat im Bereich der Fortpflanzungsmedizin, NVwZ 2018, 1248 (1249, 1251 f.).

22 Vgl. Büchler (Fn. 6), 6; Wapler (Fn. 6), 190, 192. Das entspricht der sozialwissenschaftlichen Forschung, wonach Familienplanung ein „integraler Bestandteil von Lebensplanung“ darstelle und „Aspekte wie Partnerschaft, Sexualität, Verhütung, Kinderwunsch, gewollte und ungewollte Schwangerschaft und Geburt“ umfasst: BZgA (Hrsg.), *frauen leben 3. Familienplanung im Lebenslauf von Frauen*, 2016, 12, *passim*.

23 Bereits Hieb (Fn. 9), 22; Büchler (Fn. 6), 7, 28 f., 138 f., *passim*; Wapler (Fn. 6) 187, 190 ff., *passim*; *dies.*, Reproduktive Autonomie und ihre Grenzen – Leihmutterschaft aus verfassungsrechtlicher Perspektive, in: Schramm/Wermke (Hrsg.), *Leihmutterschaft und Familie*, 2018, 107–147 (111 f.); Dana Valentiner, Das Grundrecht auf sexuelle Selbstbestimmung, Baden-Baden 2021, 402 f. Siehe auch Bleisch/Büchler (Fn. 10), 37–46. Im angloamerikanischen Raum vertreten dieses Verständnis etwa Emily Jackson, *Regulation Reproduction, Law, Technology and Autonomy*, Oxford 2001, 1, *passim*; grundlegend mit umfassender Theoretisierung Nelson (Fn. 10).

24 Vgl. Büchler (Fn. 6), 7, 28 f., 138 f., *passim*; Wapler (Fn. 6), 187, 190, 192; Wapler, *Leihmutterschaft* (Fn. 23), 111 f.; Valentiner (Fn. 23), 402 f.; ähnlich Koppernock (Fn. 21), 1997, 85 ff., 95 ff., insb. 96 ff., 100 ff., 125 ff., 131 ff.

25 Statt vieler explizit Hufen (Fn. 8), 444; Wapler (Fn. 6), 191; siehe auch Büchler (Fn. 6), 19, 79 f., 136, 137 f. In der angloamerikanischen Debatte wird dieser Aspekt unter dem Begriff der „bodily integrity“ diskutiert: Nelson (Fn. 10), 56 ff., 62 ff. Vgl. auch EGMR, *Boso/Italien*, U. v. 5.9.2002, Nr. 50490/99, 5 f.: „The Court considers that any interpretation of a potential father’s rights under Article 8 of the Convention when the mother intends to have an abortion should above all take into account her rights, as she is the person primarily concerned by the pregnancy and its continuation or termination.“

26 Heun (Fn. 9), 51 f.; Hillgruber (Fn. 9), 13; Brosius-Gersdorf (Fn. 8), Art. 6 Rn. 117 f.; Wapler, *Leihmutterschaft* (Fn. 23), 113 f.



Schwangerschaft und Geburt.<sup>27</sup> Der Schutz- und Fürsorgeauftrag des Art. 6 Abs. 4 GG als bindender Auftrag an den Gesetzgeber erstreckt sich – entgegen dem Wortlaut – nach einhelliger Auslegung in Rechtsprechung und Literatur auf den vorgelagerten Bereich der Schwangerschaft und Geburt.<sup>28</sup> Die Norm enthält damit einen staatlichen Auftrag, die reproduktive Gesundheitsversorgung sicherzustellen.<sup>29</sup> Zudem sind bei der Regulierung des gesamten Lebensbereichs der Reproduktion das Diskriminierungsverbot (Art. 3 Abs. 3 GG) und das Gleichberechtigungsgebot (Art. 3 Abs. 2 GG) zu beachten (II. 2). Das Verhältnis der einzelnen Grundrechtsnormen zueinander wird erst bei einer vertieften Erörterung der einzelnen Gewährleistungsbereiche deutlich und ist zudem bei der konkreten einfachgesetzlichen Regulierung, etwa bei der Regulierung des Schwangerschaftsabbruchs, spezifisch zu diskutieren.<sup>30</sup> Der Staat ist damit jedenfalls verpflichtet, diese einzelnen Grundrechte, welche die reproduktiven Freiheiten von Individuen gewährleisten, zu achten, und muss sich rechtfertigen, wenn er in reproduktive Rechte von Individuen eingreift.<sup>31</sup>

## 2. Gleichheitsrechtliche Adressierung des Lebensbereichs

Reproduktive Entscheidungsfreiheiten stehen unter dem Einfluss von sozialen Determinanten.<sup>32</sup> *Ungleiche* Erwartungen an Menschen mit Blick auf deren Entscheidungsfreiheiten *für* oder *gegen* Kinder tangieren damit die Anerkennung und Ausübung *gleicher* reproduktiver *Freiheiten* und sind auch im Lichte des Diskriminierungsverbots (Art. 3 Abs. 3 GG) und des Gleichberechtigungsgebots (Art. 3 Abs. 2 GG) zu betrachten. Das Gleichberechtigungsgebot verpflichtet, durch staatliche Maßnahmen geschlechtsspezifische Stereotype und Rollenerwartungen an Menschen zu überwinden.<sup>33</sup> Sozialwissenschaftlich erforscht ist etwa, dass Frauen nicht nur ein engeres biologisches Fertilitätsfenster als Männer haben, sondern zugleich „soziokulturell stärker und im Lebenslauf länger (als Männer in Bezug auf Vaterschaft) mit der Erwartung und Norm konfrontiert“ sind, „eine Frau habe irgendwann Mutter zu sein, sonst fehle ihr etwas Substanzielles“. <sup>34</sup>

27 Anders Heiderhoff (Fn. 9), Rn. 228: Nach ihrer Auffassung stellen staatliche Geburtenkontrolle, Zwangssterilisationen oder Schwangerschaftsabbruch ohne Einwilligung einen Verstoß gegen das Recht auf Fortpflanzung (Art. 6 Abs. 1 GG) dar; die Inanspruchnahme von reproduktionsmedizinischen Verfahren unterfalle dagegen nur dem Recht auf reproduktive Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG).

28 Bereits BVerfG, B. v. 25.1.1972 – 1 BvL 3/70 –, juris Rn. 15; Brosius-Gersdorf (Fn. 8), Art. 6 Rn. 215; v. Coelln in: Sachs, GG, 9. Auflage 2021, Art. 6 Rn. 90; Tobias Aubel, Der verfassungsrechtliche Mutterschutz, Münster 2003, 110 ff., 115.

29 Siehe nur Romy Klimke, „Du sollst mit Schmerzen Kinder gebären“ – Obstetrische Gewalt in deutschen Kreißsälen, KJ 2020, 513 (523).

30 Dazu Laura Klein, Reproduktive Freiheiten, Kap. 6 (i.E.).

31 Büchler (Fn. 6), 29; Wapler (Fn. 6), 193; Jackson (Fn. 23 ), 318.

32 Vgl. Büchler (Fn. 6 ), 9.

33 Bereits BVerfG, U. v. 28.1.1992 – 1 BvR 1025/82 –, BVerfGE 85, 191–214, juris Rn. 53; BVerfG, U. v. 7.7.1992 – 1 BvL 51/86 –, BVerfGE 87, 1–48, juris Rn. 139; 92, 91, – juris Rn. 76; 114, 357, – juris Rn. 42; Baer/Markard (Fn. 17), Art. 3 Rn. 354, 443. Siehe auch Büchler (Fn. 6), 8, die darauf hinweist, dass gesellschaftliche Normalitätsvorstellungen im Kontext der Reproduktion von einiger Bedeutung sind.

34 BMFSFJ (Hrsg.), Kinderlose Frauen und Männer, 2014, 161.

Das Gleichberechtigungsgesetz verpflichtet den Gesetzgeber insbesondere dazu, tradierte Geschlechterrollen im Kontext der Reproduktion nicht zu *verfestigen*.<sup>35</sup>

Das *Diskriminierungsverbot* (Art. 3 Abs. 3 GG) verpflichtet den Gesetzgeber explizit zur Sicherung von Freiheiten solcher Personen, die zu den dort geschützten strukturell diskriminierungsgefährdeten Gruppen zählen.<sup>36</sup> Folgt man etwa der Empfehlung des CEDAW-Ausschusses, sind Verletzungen der reproduktiven Gesundheit und Rechte von Frauen als Formen geschlechtsspezifischer Gewalt und damit als Diskriminierung aufgrund des Geschlechts einzuordnen.<sup>37</sup> Demnach stellen etwa Zwangssterilisationen, die Kriminalisierung des Schwangerschaftsabbruchs sowie die Verweigerung oder Verzögerung eines sicheren Schwangerschaftsabbruchs Formen geschlechtsspezifischer Gewalt dar.<sup>38</sup> Als Verstoß gegen Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG ist für die Zukunft auch strukturelle Gewalt unter der Geburt als Form der geschlechtsspezifischen Gewalt gegen (gebärende) Frauen zu diskutieren.<sup>39</sup> Weil eine Identität von Menschen stets aus mehr als (nur) einer Kategorie besteht, Personen also „mehrfach sozial situiert“<sup>40</sup> sind, kann diese Mehrfachpositionierung zu unterschiedlichen Diskriminierungserfahrungen in reproduktiven Kontexten und damit auch im Recht führen.<sup>41</sup>

### 3. Reproduktion als komplexe und vielfältige Erfahrungswelt des Individuums

Mit einem an der Lebenswirklichkeit orientierten Verständnis von reproduktiven Freiheiten kann es gelingen, Reproduktion als komplexe und vielfältige Erfahrungswelt des Individuums ernst zu nehmen. Gegenwärtig ist der verfassungsrechtliche Normalitätsbegriff aufgrund wirkmächtiger Hintergrundannahmen mit Blick auf die Anerkennung von reproduktiven Freiheiten deutlich enger als es die Forschung anderer Disziplinen nahelegt.<sup>42</sup> Dabei wird häufig übersehen, dass Personen unabhängig von ihrer sexuellen Orientierung, ihrer Geschlechtsidentität, ihres Alters, einer Behinderung oder einer Partnerschaft Kinderwünsche realisieren wollen oder auch gerade keine Kinderwünsche haben. Die Sozialforschung belegt, dass wir bei den Fragen rund um die menschliche Fortpflanzung den sozialen Einflüssen unseres Umfelds ausgesetzt sind, weshalb unsere Wahrnehmungen, Einstellungen und Handlungsweisen zu Kinderwunsch oder Kinderlosigkeit in verschiedenen Altersstufen, Lebensphasen und Milieus unterschiedlich sind

35 BVerfG, U. v. 28.1.1992 – 1 BvR 1025/82 –, juris Rn. 53 m. w. N.; Baer/Markard (Fn. 17), Art. 3 Rn. 370 f.; vgl. Baer (Fn. 6), 321.

36 Vgl. BVerfG, B. v. 10.10.2017 – 1 BvR 2019/16 –, juris Rn. 59; siehe weiterführend Anna Katharina Mangold, Demokratische Inklusion durch Recht, Tübingen 2021.

37 CEDAW, General Comment No. 35, 2017, Nr. 18.

38 CEDAW, General Comment No. 35, 2017, Nr. 18. Siehe weiterführend zum Schwangerschaftsabbruch den Beitrag von Valentina Chiofalo in diesem Heft (18).

39 Überraschend schnell ablehnend Klimke (Fn. 29), 522. Aus menschenrechtlicher Perspektive Eva Maria Bredler, „Geburtshilfliche Gewalt“ in der Menschenrechtsdogmatik, STREIT 2022, 102.

40 Baer/Markard (Fn. 17), Art. 3 Rn. 442.

41 Vgl. Baer/Markard (Fn. 17), Art. 3 Rn. 443; Sigrid Boysen, in: v. Münch/Kunig (Hrsg.), GG, 2021, Art. 3 Rn. 154. Diesem Verständnis von Diskriminierung liegt das Phänomen der Intersektionalität zugrunde, grundlegend Kimberlé Crenshaw, Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics, U Chi Legal F 1989, 139–167. Zum Diskriminierungsverständnis im Recht siehe etwa Mangold (Fn. 36), 5 ff., 185 ff., insb. 190 ff.

42 Klein (Fn. 30), Kap. 3, VI., Kap. 4, X (i.E.).



und entscheidend von gesellschaftlichen Erwartungen und Rollenbildern geprägt werden.<sup>43</sup> Bei einer großen Anzahl von Menschen mögen reproduktive Wünsche und Entscheidungen reibungslos realisierbar sein, andere versuchen (mitunter erfolglos) mithilfe reproduktionsmedizinischer Verfahren schwanger zu werden, wiederum andere werden ungewollt schwanger und in allen Altersgruppen, Lebensphasen und Milieus gehört auch gewollte und ungewollte Kinderlosigkeit zur weit verbreiteten Normalität.<sup>44</sup> Diese sehr unterschiedlichen Bedingungen, unter denen sich Menschen in unserer Gesellschaft für oder gegen Kinder entscheiden oder auch nicht entscheiden können, erfordern es, auch im Verfassungsrechtsdiskurs vielfältige Erfahrungswelten und damit Erkenntnisse weiterer Wissenschaftsdisziplinen zu berücksichtigen, um sie rechtlich adäquat erfassen zu können.

### III. Fazit

Eine Konzeptualisierung reproduktiver Freiheiten öffnet den Blick dafür, dass die gegenwärtigen Regelungsformen in diesem Lebensbereich die Grundrechte der Individuen noch nicht ausreichend berücksichtigen. Denn in Deutschland ist zum einen weiterhin noch das (Neben-)Strafrecht der Regelungsort bei der Beschränkung reproduktiver Freiheiten, wie die Vorschriften der §§ 1 ff. ESchG, §§ 218 ff. StGB oder § 173 Abs. 2 Satz 2 StGB zeigen, zum anderen fehlt es bei der Ermöglichung reproduktiver Freiheiten zum Teil an einer parlamentarischen Regulierung, etwa mit Blick auf die untergesetzlichen Vorschriften zur Regulierung des Zugangs zur Samenspende im ärztlichen Berufsrecht. Mit einer umfassend verstandenen freiheits- und gleichheitsrechtlichen Ausgangsperspektive kann es für die Zukunft besser gelingen, Verbindungslinien zwischen einzelnen reproduktiven Entscheidungsfreiheiten bei Zeugung, Schwangerschaft und Geburt zu ziehen. Auf diese Weise können unterschiedliche Subjektperspektiven und Erfahrungswelten ins Zentrum von Gesetzgebung und Recht gestellt werden.

Laura Klein, Wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Rechtsphilosophie und Öffentliches Recht (Prof. Dr. Friederike Wapler), Universität Mainz, laura.klein@uni-mainz.de

43 Siehe näher BMFSFJ (Fn. 34), insb. 157 ff., siehe auch 10 ff., 53 ff., 82 ff., *passim*. Siehe auch BMFSFJ (Hrsg.), Ungewollte Kinderlosigkeit 2020, 2020, insb. 73 ff., 84 ff., 97 ff., *passim*.

44 BMFSFJ (Fn. 34), 10: Im Jahr 2014 waren nach dieser Studie 75 Prozent aller kinderlosen Frauen und Männer im Alter zwischen 20 und 50 Jahren *gewollt* kinderlos und wollten momentan kein Kind, 25 Prozent waren demnach ungewollt kinderlos, d.h. sie wollten (teilweise schon seit vielen Jahren) ein eigenes Kind, konnten sich diesen Wunsch aber bislang noch nicht erfüllen (z. B. weil ein passender Partner fehlte oder aufgrund von Fertilitätsproblemen). Siehe auch BMFSFJ (Fn. 43), 37 ff., wonach der Anteil ungewollt kinderloser Frauen und Männer im Alter zwischen 20 und 50 Jahren zwischen 2013 und 2020 erheblich gestiegen ist, von 25 auf 32 Prozent. 67,7 Prozent der Frauen und 67,9 Prozent der Männer wollen demnach derzeit kein Kind, hingegen haben aktuell 32,3 Prozent der Frauen und 32,1 Prozent der Männer einen bisher ungefüllten Kinderwunsch. Bei Frauen ist der Anteil ungewollter Kinderlosigkeit im Vergleich der früheren Studie um sechs Prozentpunkte, bei Männern um acht Prozentpunkte gestiegen.