

Helen Dahlkamp

# Das Recht auf Zugang zur Elternschaft

Eine rechtsdogmatische und -philosophische Begründung  
auf supranationaler und nationaler Ebene



**Nomos**

Beiträge zum  
ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht

Herausgegeben von  
der Max-Planck-Gesellschaft  
zur Förderung der Wissenschaften e.V.,  
vertreten durch Prof. Dr. Armin von Bogdandy  
und Prof. Dr. Anne Peters

Band 326

Helen Dahlkamp

# Das Recht auf Zugang zur Elternschaft

Eine rechtsdogmatische und -philosophische Begründung  
auf supranationaler und nationaler Ebene



**Nomos**

Die Open-Access-Veröffentlichung dieses Titels wurde durch die Dachinitiative „Hochschule.digital Niedersachsen“ des Landes Niedersachsen ermöglicht.

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

Zugl.: Münster, Univ., Diss., 2023

1. Auflage 2023

© Helen Dahlkamp

**D6**

Publiziert von

Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG  
Walzseestraße 3-5 | 76530 Baden-Baden  
[www.nomos.de](http://www.nomos.de)

Gesamtherstellung:

Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG  
Walzseestraße 3-5 | 76530 Baden-Baden

ISBN (Print): 978-3-7560-1219-0

ISBN (ePDF): 978-3-7489-1749-6

DOI: <https://doi.org/10.5771/9783748917496>



Onlineversion  
Nomos eLibrary



Dieses Werk ist lizenziert unter einer Creative Commons Namensnennung 4.0 International Lizenz.

## Vorwort

Es ist mit großer Freude und Stolz, dass ich das Vorwort zu meiner Dissertation verfasse.

Die Frage nach einem „Recht auf Zugang zur Elternschaft“ steht in einer Zeit des gesellschaftlichen Umbruchs. Die traditionellen Vorstellungen von Familie und Elternschaft haben sich gewandelt. Aus der Rechtswissenschaft ist bekannt, dass es ein europäisches Menschenrecht und deutsches Grundrecht auf reproduktive Autonomie gibt, das auch das Recht beinhaltet, sich reproduktionsmedizinischen Techniken zu bedienen. Allerdings gibt es gute Gründe für die sich mehrende Kritik, dass ein solches Recht konzeptuell zu kurz greift, und als „Recht auf Zugang zur Elternschaft“ reformuliert werden muss.

Diese Arbeit stellt einen interdisziplinären Ansatz dar, der unter Berücksichtigung von rechtsdogmatischen, rechtssoziologischen und rechtsvergleichenden Aspekten untersucht, ob ein „Recht auf Zugang zur Elternschaft“ aus menschenrechtlicher und verfassungsrechtlicher Perspektive begründet ist und macht hierfür auch Argumente fruchtbar, die in den teils differenzierteren rechts- und moralphilosophischen Diskussionen entwickelt wurden und rechtlich anschlussfähig sind.

Es ist meine Überzeugung, dass das „Recht auf Zugang zur Elternschaft“ ein essentieller Bestandteil einer inklusiven Gesellschaft ist. Der deutsche Gesetzgeber wird den daraus erwachsenden Auftrag für mehr Neutralität gegenüber der Pluralität an verschiedenen Lebensentwürfen und Familienformen sowohl im Fortpflanzungsmedizinrecht als auch im Familienrecht umzusetzen haben. Hierzu hoffe ich, mit dieser Arbeit einen Beitrag zu leisten.

Ich möchte mich an dieser Stelle bei meinem Betreuer und meinen Förderern, bei meiner Familie, meinen Freunden und Kollegen bedanken, die mich während meiner Promotion unterstützt haben.

Mein besonderer Dank gilt meinem Betreuer und Erstgutachter, Professor Dr. Thomas Gutman M.A., der mich vom ersten bis zum letzten Tag für dieses Projekt begeistert hat und mir sowohl in fachlicher als auch persönlicher Hinsicht jede erdenkliche Unterstützung und hervorragende Rahmenbedingungen geboten hat, um dieser Arbeit zum Erfolg zu verhelfen. Seine Anregungen und unsere Diskussionen haben maßgeblich dazu

## *Vorwort*

beigetragen, meine Ideen zu formen und weiterzuentwickeln. Meine Zeit als Wissenschaftliche Mitarbeiterin an seinem Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Rechtsphilosophie und Medizinrecht gehört zu den prägendsten Abschnitten meiner juristischen Laufbahn. Für das mir entgegengebrachte Vertrauen und die tatkräftige Unterstützung möchte ich mich herzlich bedanken.

Danken möchte ich auch meiner Zweitgutachterin, Professor Dr. Nora Markard M.A., für die schnelle und sorgfältige Korrektur meiner Arbeit sowie für die fachlich wertvollen Hinweise und Denkanstöße, die mir noch manch neuen Blickwinkel eröffnet haben.

Bedanken möchte ich mich außerdem bei Professor Dr. Bettina Heiderhoff, die neben Professor Gutmann und Professor Markard meine Disputation geführt hat, und mir so ein spannendes und in jeder Hinsicht produktives Forschungsgespräch ermöglicht hat.

Mein Dank gilt zudem Professor Dr. Anne Peters LL.M. und Professor Dr. Armin von Bogdandy M.A., die eine Aufnahme meiner Dissertation in die Schriftenreihe des Max-Planck-Instituts für ausländisches Recht und Völkerrecht ermöglicht haben.

Bedanken möchte ich mich auch für die großzügige Förderung durch das Niedersachsen-Konsortium des Niedersächsischen Ministeriums für Wissenschaft und Kultur, das die Kosten für die Publikation meiner Dissertation vollständig übernommen hat.

Ein großer Dank gilt schließlich meiner Familie und meinen Freunden, die mich auf meinem Weg durch das Studium und die Promotion unerschütterlich begleitet und moralisch unterstützt haben. Ganz besonders danken möchte ich meinen Eltern, Jürgen und Silvia Dahlkamp, die mir die wahre Bedeutung von „Elternschaft“ viel nähergebracht haben, als ich überhaupt – auch nicht auf 700 Seiten – zum Ausdruck bringen könnte. Meinem Vater danke ich für das gewissenhafte und aufopferungsvolle Redigieren dieser Arbeit.

Mein abschließender Dank geht an meinen Verlobten, Dr. Jens Julian Storp – für einfach alles.

1. Juli 2023

*Helen Dahlkamp*

# Inhaltsverzeichnis

Einleitung	29
A) Einführung	29
B) Gegenstand der Untersuchung	32
C) Gang der Untersuchung	34
Erster Hauptteil: Das Recht auf Zugang zur Elternschaft auf supranationaler und nationaler Ebene	37
A) Einführung in das Völkerrecht	37
I) Die Rechtsquellen des Völkerrechts	37
1) Das Völkervertragsrecht	38
2) Das Völkergewohnheitsrecht	39
3) Die allgemeinen Rechtsgrundsätze des Völkerrechts	41
4) Das zwingende Völkergewohnheitsrecht, ius cogens	42
5) Die Verpflichtungen erga omnes und erga omnes partes	42
6) Die Rangordnung der Völkerrechtsquellen	43
7) Die Rechtsnatur des Völkerrechts als Koordinationsrechtsordnung	44
II) Die Rang- und Geltungswirkung völkerrechtlicher Normen im Staatsrecht	46
1) Die Geltung des Völkerrechts im Staatsrecht: Monismus und Dualismus	46
2) Die Geltung des Völkerrechts in Deutschland	47
a) Geltung des Völkervertragsrechts	48
b) Geltung des Gewohnheitsrechts und der Allgemeinen Rechtsgrundsätze	49
3) Der Rang des Völkerrechts in Deutschland	49
III) Die Rang- und Geltungswirkung der EMRK im deutschen Recht und der Einfluss der Entscheidungen des EGMR auf die deutsche Gerichtsbarkeit	50
1) Die EMRK als Vertragswerk des Europarates	50
2) Der EGMR als Auslegungsorgan der EMRK	51

3) Der Rang und die Geltung der EMRK im deutschen Recht	53
4) Der Einfluss der Entscheidungen des EGMR auf die deutschen Gerichte	55
IV) Ergebnis zu der Einführung in das Völkerrecht	59
B) Das Recht auf Zugang zur Elternschaft als Menschenrecht und aus rechtsphilosophischer Perspektive: eine rechtsdogmatische Analyse des Art. 8 EMRK	60
I) Die Methodik der Konventionsauslegung	60
II) Die grammatische Auslegung und der Grundsatz der authentischen Konventionsauslegung	61
1) Der Begriff „Achtung des Privatlebens“	63
2) Ergebnis zur grammatischen Auslegung und zum Grundsatz der authentischen Konventionsauslegung	64
III) Die teleologische Auslegung und der Grundsatz der effektiven Konventionsauslegung	65
1) Anwendungsbereich: Schutzzweckkonforme Erfassung des Zugangsrechts durch Art. 8 I EMRK	66
a) Das Recht auf Zugang zur Elternschaft als Fall des Rechts auf Achtung des Privatlebens	67
aa) Evans vs. Vereinigtes Königreich	68
bb) Dickson vs. Vereinigtes Königreich	70
cc) A, B und C vs. Irland	71
dd) S.H. u.a. vs. Österreich	72
ee) Paradiso u. Campanelli vs. Italien	73
b) Exkurs: Das Recht auf Achtung des Privatlebens als Grundsatznorm personaler Autonomie	79
aa) Der Inhalt des Würdebegriffs im menschenrechtlichen Kontext	79
bb) Das Verhältnis der Menschenwürde zu den Menschenrechten	83
cc) Die Bedeutung der Menschenwürde für die teleologische Auslegung des Art. 8 EMRK	89
c) Das Recht auf Zugang zur Elternschaft als Fall des Rechts auf Achtung des Familienlebens	96
d) Ergebnis zur schutzzweckkonformen Erfassung des Zugangsrechts durch Art. 8 I EMRK	98

2) Das Zugangsrecht in seiner Funktion als Abwehrrecht und Gewährleistungspflicht	98
3) Rechtfertigung: Schutzzweckkonforme Bewertung von Eingriffen in das Zugangsrecht nach Art. 8 II	
EMRK	100
a) Die Vereinbarkeit von Eingriffen in Art. 8 I	
EMRK	100
aa) Gesetzlich vorgesehen	100
bb) Zur Verfolgung eines legitimen Ziels	101
cc) Zur Zielerreichung in einer demokratischen Gesellschaft notwendig	101
b) Die Vereinbarkeit von Eingriffen in das Recht auf Zugang zur Elternschaft	104
aa) Evans vs. Vereinigtes Königreich	104
bb) Dickson vs. Vereinigtes Königreich	105
cc) A, B und C vs. Irland	106
dd) S.H. u.a. vs. Österreich	107
ee) Paradiso u. Campanelli vs. Italien	108
c) Ergebnis zur schutzzweckkonformen Bewertung von Eingriffen in das Zugangsrecht nach Art. 8 II	
EMRK	111
4) Ergebnis zur teleologischen Auslegung und dem Grundsatz der effektiven Konventionsauslegung	111
IV) Die systematische Auslegung und der Grundsatz der autonomen Konventionsauslegung	112
1) Die systematische Vereinbarkeit des Zugangsrechts mit dem Geist der Konvention	116
a) Die Grundprinzipien der westlichen Verfassungstradition	117
aa) Die Ausgangsvermutung zugunsten der Freiheit eines jeden Menschen	117
bb) Das Recht auf gleiche Achtung individueller Freiheit	125
cc) Das staatliche Neutralitätsgebot in Bezug auf die Pluralität an Lebensentwürfen – das „Natürlichkeitsparadigma“	
	133

b) Die Qualität des Zugangsrechts gemessen an den Grundprinzipien der westlichen Verfassungstradition	138
aa) Das Zugangsrecht gemessen an der Freiheitsvermutung	140
bb) Das Zugangsrecht gemessen an dem gleichen Achtungsanspruch	141
(1) Das Recht auf gleichen Zugang zur Elternschaft nach Art. 8 i.V.m. Art. 14 EMRK	143
(a) Das Ungleichbehandlungsverbot im Zugang zur Elternschaft wegen der sexuellen Orientierung und geschlechtlichen Identität	145
(aa) Das Ungleichbehandlungsverbot im Zugang zur Elternschaft wegen der sexuellen Orientierung	145
(bb) Ergebnis zum Ungleichbehandlungsverbot im Zugang zur Elternschaft wegen der sexuellen Orientierung	151
(cc) Das Ungleichbehandlungsverbot im Zugang zur Elternschaft wegen der geschlechtlichen Identität	154
(dd) Ergebnis zum Ungleichbehandlungsverbot im Zugang zur Elternschaft wegen der geschlechtlichen Identität	158
(b) Das Ungleichbehandlungsverbot wegen des Ehestandes	159
(c) Das Ungleichbehandlungsverbot wegen des Beziehungsstatus	164
(2) Gesamtergebnis zum Recht auf gleichen Zugang zur Elternschaft nach Art. 8 i.V.m. Art. 14 EMRK	170

cc) Das Zugangsrecht gemessen an dem staatlichen Neutralitätsgebot in Bezug auf die Pluralität an Lebensentwürfen	171
(1) Normative Begründungsansätze für den Zugang zur und den Zuspruch der Elternstellung	173
(a) Der genetische Ansatz	174
(b) Der biologische Ansatz	178
(c) Der voluntaristische Ansatz	184
(d) Der kausale Ansatz	189
(2) Pluralismus als konventionskonformes Modell für den Zugang zur und den Zuspruch der Elternstellung	194
dd) Ergebnis zur Qualität des Zugangsrechts gemessen an den Grundprinzipien der westlichen Verfassungstradition	196
c) Gesamtergebnis zu der systematischen Vereinbarkeit des Zugangsrechts mit dem Geist der Konvention	197
2) Die systematische Vereinbarkeit des Zugangsrechts mit anderen völkerrechtlichen Grundsätzen und Verträgen	197
a) Die Vereinbarkeit mit der Charta der Vereinten Nationen	198
b) Die Vereinbarkeit mit den Menschenrechtskonventionen der Vereinten Nationen	198
aa) Die Grundprinzipien der westlichen Verfassungstradition als universelle Menschenrechtsgrundsätze	199
bb) Das Zugangsrecht in den UN-Menschenrechtskonventionen	201
(1) Das Recht auf ein Höchstmaß an körperlicher und geistiger Gesundheit und das Recht auf Teilhabe an den Errungenschaften des technischen Fortschritts	203

(2) Das Recht auf Vermählung und Familiengründung	208
(3) Das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens	209
cc) Ergebnis zum Zugangsrecht in den UN-Menschenrechtskonventionen	210
c) Die Vereinbarkeit mit Resolutionen und Erklärungen der UNO und deren Unterorganisationen	210
d) Die Vereinbarkeit mit sonstigen Europarats-Konventionen, regionalen Menschenrechtsabkommen und der Europäischen Grundrechtecharta	211
e) Gesamtergebnis zur systematischen Vereinbarkeit des Zugangsrechts mit anderen völkerrechtlichen Grundsätzen und Verträgen	214
3) Die systematische Vereinbarkeit des Zugangsrechts mit der Rechtslage und -entwicklung in den Mitgliedsstaaten	215
4) Ergebnis zur systematischen Auslegung und zum Grundsatz der autonomen Konventionsauslegung	215
V) Die historische Auslegung und der Grundsatz der objektiven Konventionsauslegung	215
1) Die rechtshistorischen Schwächen der EMRK	217
2) Die historisch gewachsenen methodischen Schwächen bei der Auslegung des Art. 8 EMRK	221
a) Auslegung des Art. 8 EMRK im Lichte vergangener Umstände	222
b) Keine Konsequenzen für Staaten, die ihr Fortpflanzungsmedizinrecht nicht regelmäßig anpassen	224
c) Übermäßig hohe Anforderungen an einen europäischen Konsens	225
d) Übermäßig weiter Ermessensspielraum und wenig sachgerechte Interessenabwägung im Einzelfall	228

e)	Verweis auf die Möglichkeit, in einem Mitgliedsstaat verbotene Maßnahmen in einem anderen wahrzunehmen	231
f)	Zwischenergebnis zu den historisch gewachsenen methodischen Schwächen	231
3)	Ergebnis zur historischen Auslegung und dem Grundsatz der objektiven Konventionsauslegung	231
VI)	Die evolutiv-dynamische Konventionsauslegung und der Grundsatz der lebendigen Konventionsauslegung	232
1)	“Evolving principles” zur Korrektur der historisch gewachsenen methodischen Schwächen	238
a)	Pflicht zur Auslegung des Art. 8 EMRK am Puls der Zeit	239
b)	Pflicht zur regelmäßigen Evaluation des nationalen Fortpflanzungsmedizinrechts	239
c)	Trend zum Stellen realistischer Anforderungen an einen europäischen Konsens und zur Einschränkung des staatlichen Ermessens	244
aa)	Perspektivwechsel: Vom Konsens über die fortpflanzungsmedizinischen Verfahren im Einzelnen zum Konsens über die Bedeutung von Elternschaft als Kernaspekt persönlicher Identität im Allgemeinen	245
bb)	Die Rechtslage und Rechtsentwicklung in den Konventionsstaaten	246
(1)	Der Zugang zu Techniken der medizinisch assistierten Fortpflanzung (ART)	247
(a)	Zugangsbeschränkung wegen des Alters	247
(b)	Zugangsbeschränkung wegen der sexuellen Orientierung	248
(2)	Der Zugang zu ART unter Verwendung einer Samenspende	249
(3)	Der Zugang zu ART unter Verwendung einer Eizellspende	250
(4)	Der Zugang zu ART unter Verwendung einer Eizell- und Samenspende	251

(5) Der Zugang zu ART unter Verwendung einer Embryonenspende	252
(6) Der Zugang zu ART unter Anwendung einer Präimplantationsdiagnostik	252
(7) Der Zugang zu ART unter Inanspruchnahme einer Leihmutter	253
(8) Die Kostenübernahme der ART-Behandlung durch die Solidargemeinschaft	254
(9) Das Anforderungsprofil für Keimzellspender/-innen	254
(a) Anforderungen an Samenspender	255
(b) Anforderungen an Eizellspenderinnen	255
(10) Die Anonymitätsfrage für Keimzell- und Embryospender/-innen	257
cc) Die Rechtslage und Rechtsentwicklung in den Konventionsstaaten als Bestätigung des Perspektivwechsels	258
d) Trend zur Ermessensreduzierung bei Ungleichbehandlungen im Zugang zur Elternschaft	262
aa) Pflicht zum Abbau von Ungleichbehandlungen wegen sexueller Orientierung und geschlechtlicher Identität	263
bb) Trend zum Abbau von Ungleichbehandlungen wegen des Ehestandes	265
cc) Trend zum Abbau von Ungleichbehandlungen wegen des Beziehungsstatus	266
dd) Trend zum Abbau von Ungleichbehandlungen wegen der Art der intendierten Eltern-Kind-Beziehung	268
ee) Ergebnis zum Trend zur Ermessensreduzierung bei Ungleichbehandlungen im Zugang zur Elternschaft	272

e)	Trend zur sachgerechten Interessenabwägung im Einzelfall	274
f)	Trend zur Rückbesinnung des EGMR auf seine Harmonisierungsfunktion	276
2)	Ergebnis zu den “Evolving Principles” zur Korrektur der historisch gewachsenen methodischen Schwächen	280
3)	Ergebnis zur evolutiv-dynamischen Auslegung und zum Grundsatz der lebendigen Konventionsauslegung	281
VII)	Ergebnis zum Recht auf Zugang zur Elternschaft als Menschenrecht und aus rechtsphilosophischer Perspektive	282
C)	Das Recht auf Zugang zur Elternschaft als deutsches Grundrecht	283
I)	Dynamische Verfassungsinterpretation als Reaktion auf eine gewandelte Gesellschaftsrealität	285
II)	Die grundrechtliche Verankerung des Rechts auf Zugang zur Elternschaft	291
1)	Das Zugangsrecht als Teil des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts, Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG	292
a)	Sachlicher Schutzbereich	292
b)	Personaler Schutzbereich	296
2)	Das Zugangsrecht als Teil des Elterng rundrechts, Art. 6 II S. 1 GG	297
a)	Sachlicher Schutzbereich	297
b)	Personaler Schutzbereich	306
aa)	Die leiblichen Eltern als verfassungsrechtliche Eltern <i>eo ipso</i>	309
bb)	Die rechtlichen Eltern als verfassungsrechtliche Eltern kraft einfach-rechtlicher Zuweisung	310
cc)	Das normative Dürfen zur einfach-rechtlichen Konstituierung einer Grundrechtsträgerschaft sozialer Eltern	312

dd) Die normative Pflicht zur Einbeziehung von Initiativeltern in den Kreis der verfassungsrechtlichen Eltern bei konventionskonformer Auslegung des Art. 6 II S. 1 GG	315
c) Ergebnis zum Zugangsrecht als Teil des Elterngrundrechts, Art. 6 II S. 1 GG	316
3) Das Zugangsrecht als Ausdruck des Familiengrundrechts und Rechts auf freie Entfaltung der Persönlichkeit, Art. 6 I GG i.V.m. Art. 2 I GG	317
a) Sachlicher Schutzbereich	317
b) Personaler Schutzbereich	320
aa) Grundsatz: Keine Pflicht zur rechtlichen Stabilisierung sozialer Elternbeziehungen	320
bb) Grundsatzdurchbrechung zum Funktionserhalt der Familie als Verantwortungsgemeinschaft	322
4) Das Zugangsrecht als Teil des Rechts auf Leben und körperliche Unversehrtheit, Art. 2 II S. 1 GG	325
5) Das Zugangsrecht als Ausdruck des Rechtsstaatsprinzips, Art. 8 EMRK i.V.m. Art. 20 III GG	326
6) Ergebnis zur grundrechtlichen Verankerung des Rechts auf Zugang zur Elternschaft	326
III) Das Recht auf gleichen Zugang zur Elternschaft	327
1) Ungleichbehandlungen im Zugang zur Elternschaft	328
2) Rechtfertigung der Ungleichbehandlungen im Zugang zur Elternschaft	332
a) Benachteiligungsverbot wegen der Familienform, Art. 3 I i.V.m. Art. 6 I GG	333
b) Benachteiligungsverbot wegen der sexuellen Orientierung und geschlechtlichen Identität, Art. 3 I, III GG	336
c) Benachteiligungsverbot wegen des Geschlechts, Art. 3 I, II, III S. 1 GG	340
3) Ergebnis zum Recht auf gleichen Zugang zur Elternschaft	346

IV) Das Zugangsrecht als Abwehrrecht, Leistungsrecht und normgeprägtes Grundrecht	347
1) Das Recht auf Zugang zur Elternschaft als Abwehrrecht	347
2) Das Recht auf Zugang zur Elternschaft als Leistungsrecht	348
a) Finanzierung der Kinderwunschbehandlung durch die gesetzliche Krankenversicherung	349
aa) Leistungsbeschränkung auf verheiratete Paare, § 27 a I Nr. 3 SGB V	350
bb) Leistungsbeschränkung auf heterosexuelle Paare, § 27 a I Nr. 1, 4 SGB V	359
cc) Leistungsbeschränkung auf 50 Prozent der Behandlungskosten, § 27 a III SGB V	365
dd) Leistungsbeschränkung auf maximal drei Zyklen und feste Altersgrenzen, § 27 a I Nr. 2, III SGB V	367
b) Ergebnis zur Finanzierung der Kinderwunschbehandlung durch die gesetzliche Krankenversicherung	372
c) Institutionelle Absicherung der freien Entscheidung von Kinderwunschpatienten und Hilfe leistender Dritter	373
3) Das Recht auf Zugang zur Elternschaft als normgeprägtes Grundrecht	375
a) Die verfassungsrechtlichen Grundsätze zum Ausgleich der konkurrierenden Ausübungs- und Verzichtsinteressen an einer Persönlichkeitsentwicklung durch Elternschaft nach reproduktionsmedizinischer Zeugung	375
aa) Keine Pflicht zum Vorrang der leiblichen vor anderen Elternverbindungen	377
bb) Keine Pflicht zum Ausgleich zugunsten von maximal zwei Eltern	389
b) Empfehlungen für einen eingriffsneutralen Ausgleich der konkurrierenden Ausübungs- und Verzichtsinteressen an einer Persönlichkeitsentwicklung durch Elternschaft	402

## Inhaltsverzeichnis

4) Ergebnis zum Zugangsrecht als Abwehrrecht, Leistungsrecht und normgeprägtes Grundrecht	405
V) Eingriffe in das Recht auf Zugang zur Elternschaft durch gesetzesmedizinische Beschränkungen im Bereich der Fortpflanzungsmedizin	405
VI) Die kollidierenden Rechte der Eltern, der Kinder, des Embryos und der Gesellschaft zur Evaluation einer verfassungsrechtlichen Rechtfertigung von Eingriffen in das Recht auf Zugang zur Elternschaft	406
1) Das Recht der Eltern auf Zugang zur Elternschaft	406
2) Das Kindeswohl als Rechtfertigung für reproduktionsmedizinische Eingriffe in das Zugangsrecht der Eltern	408
a) Das Kindeswohl als Argument zur Vermeidung gespaltener Mutterschaft	408
b) Das Problem der Nichtidentität	410
3) Die Rechte des Embryos als Rechtfertigung für reproduktionsmedizinische Eingriffe in das Zugangsrecht der Eltern	420
a) Die Menschenwürde des Embryos, Art. 1 I GG	420
b) Das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit des Embryos, Art. 2 II S. 1 GG	425
c) Das Allgemeine Persönlichkeitsrecht des Embryos, Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG	426
d) Zwischenergebnis zu den Rechten des Embryos als Rechtfertigung für reproduktionsmedizinische Eingriffe in das Zugangsrecht der Eltern	427
4) Die Rechte Dritter und Belange der Gesellschaft als Rechtfertigung für reproduktionsmedizinische Eingriffe in das Zugangsrecht der Eltern	427
a) Schutz vor einer Selbstentwürdigung durch die Anwendung reproduktionsmedizinischer Verfahren	427
b) Schutz vor Kollektivbelastungen durch sozial-dysfunktionale Kinder suboptimaler Eltern in spe	430
c) Schutz vor Wertungswidersprüchen	432
d) Schutz vor Dammbruchgefahren	433

e)	Schutz von Hilfeleistenden Dritten vor einer kommerziell erzwungenen Mitwirkung am reproduktionsmedizinischen Verfahren	438
aa)	Schutz der Leihmütter	445
	(1) Kein Ausschluss der freien Entscheidung durch Vergütungsangebot oder sozioökonomisches Setting	446
	(2) Eingriff des kommerziellen Leihmutterverbots in das Selbstbestimmungsrecht der Leihmütter	449
	(3) Mögliche Gemeinwohlbelange zur Eingriffsrechtfertigung	450
	(a) Würderechtsverletzung durch Instrumentalisierung der Leihmutter	450
	(b) Degradierung der Zeugungs- und Gebärfähigkeit zur Handelsware	452
	(c) Mit einer Kommerzialisierung assoziierte Natürlichkeitsargumente	455
	(d) Mit einer Kommerzialisierung assoziierte Dammbruchgefahren	455
	(e) Teilweise Rechtfertigung durch das Allgemeininteresse an einer Eindämmung der Ausnutzungs- und Zementierungsgefahr sozialer und ökonomischer Machtgefälle bei der Familienplanung	458
	(4) Zwischenergebnis zum Schutz der Leihmütter	461
bb)	Schutz der Keimzell- und Embryospender/-in	461
f)	Ergebnis zum Schutz Hilfeleistender Dritter vor einer kommerziell erzwungenen Mitwirkung am reproduktionsmedizinischen Verfahren	462

5) Ergebnis zu den kollidierenden Rechten der Eltern, der Kinder, des Embryos und der Gesellschaft zur Evaluation einer verfassungsrechtlichen Rechtfertigung von Eingriffen in das Recht auf Zugang zur Elternschaft	463
VII) Ergebnis zum Recht auf Zugang zur Elternschaft als deutsches Grundrecht	463
A) Reformüberlegungen zur konventions- und verfassungsrechtskonformen Ausgestaltung des Fortpflanzungsmedizinrechts nach Maßgabe des Rechts auf Zugang zur Elternschaft	465
I) Die Samenspende	465
1) Medizinische Grundlagen	466
2) Problemanalyse des Rechtsrahmens de lege lata	467
3) Empfehlungen vor dem Hintergrund des Zugangsrechts	469
4) "Best Practice" Beispiele für eine Umsetzung des Zugangsrechts	476
II) Das Verbot der Spende unbefruchteter Eizellen	478
1) Medizinische Grundlagen	479
2) Problemanalyse des Rechtsrahmens de lege lata	480
3) Empfehlungen vor dem Hintergrund des Zugangsrechts	482
4) "Best Practice" Beispiele für eine Umsetzung des Zugangsrechts	487
III) Das Verbot der Spende von auf Vorrat erzeugten Embryonen	489
1) Medizinische Grundlagen	490
2) Problemanalyse des Rechtsrahmens de lege lata	491
3) Empfehlungen vor dem Hintergrund des Zugangsrechts	499
4) "Best Practice" Beispiele für eine Umsetzung des Zugangsrechts	502
IV) Die Dreierregel und der Elective-Single-Embryo-Transfer	504
1) Medizinische Grundlagen	504
2) Problemanalyse des Rechtsrahmens de lege lata	505
3) Empfehlungen vor dem Hintergrund des Zugangsrechts	511

4) "Best Practice" Beispiele einer Umsetzung des Zugangsrechts	513
V) Die Präimplantationsdiagnostik im Rechtsvergleich zwischen Deutschland und der Schweiz	514
1) Medizinische Grundlagen	516
a) Anwendungsfelder	516
b) Die Entwicklung des Embryos	518
c) Die verschiedenen Verfahren: frühe und späte PID	518
d) Die Pränataldiagnostik	519
2) Gesetzgebungsverfahren: Die Regelung der PID in Deutschland und der Schweiz	519
a) Die gesetzliche Regelung in Deutschland	519
aa) Die Rechtslage vor Erlass des § 3a ESchG	520
bb) Die Rechtslage nach Erlass des § 3a ESchG	521
b) Die gesetzliche Regelung in der Schweiz	522
aa) Die Rechtslage vor Erlass des Art. 119 II BVneu, Art. 5a FMedG	522
(1) Verfassungsrechtliches Verbot der frühen PID (Art. 119 II a BVAlt)	523
(2) Verfassungsrechtliches Verbot der frühen und späten PID (Art. 119 II c S. 3 BVAlt)	524
(3) Verfassungsrechtliche Einschränkung (Art. 119 II c S. 3 BVAlt)	524
(4) Verfassungsrechtliche Einschränkung (Art. 119 II c S. 1 BVAlt)	525
bb) Ergebnis: Die Rechtslage vor Erlass des Art. 119 II BVneu, Art. 5a FMedG	526
cc) Die Rechtslage nach Erlass des Art. 119 II BVneu, Art. 5a FMedG	526
(1) Vorentwurf 2009	526
(2) Vorentwurf 2011	527
(3) Vorentwurf 2014	527
dd) Ergebnis: Die Rechtslage nach Erlass des Art. 119 II BVneu, Art. 5a FMedG	528
c) Bewertung: Die gesetzliche Regelung der PID in Deutschland und der Schweiz	528

3) Indikationen in Deutschland und der Schweiz	529
a) Indikationen in Deutschland	529
aa) Rechtfertigung nach § 3a II S. 1 ESchG	529
(1) Tatbestandsmerkmal: Hohes Risiko einer Erbkrankheit	529
(2) Tatbestandsmerkmal: Schwerwiegend	530
bb) Rechtfertigung nach § 3a II S. 2 ESchG	533
cc) Die Auslegung der Tatbestandsmerkmale: Die Rolle der Ethikkommission	534
b) Indikationen in der Schweiz	535
aa) Rechtfertigung nach Art. 5a II FMedGneu	536
(1) Hohe Gefahr einer Erbkrankheit (Art. 5a II a FMedGneu)	536
(2) Schwere Krankheit (Art. 5a II a FMedGneu)	536
(3) Ausbruch vor dem 50. Lebensjahr (Art. 5a II b FMedGneu)	537
(4) Kriterium der Nichttherapierbarkeit (Art. 5a II c FMedGneu)	537
bb) Rechtfertigung nach Art. 5a III FMedGneu	538
cc) Die Auslegung der Tatbestandsmerkmale	540
c) Bewertung: Die Indikationen in Deutschland und der Schweiz	540
aa) Die unklare Indikationsstellung	540
bb) Die Belastung der Mutter als Zulässigkeitskriterium für eine PID	541
cc) Die Altersgrenze	541
4) Rahmenbedingungen in Deutschland und der Schweiz	542
a) Rahmenbedingungen in Deutschland	542
b) Rahmenbedingungen in der Schweiz	542
aa) Die Dreierregel (Art. 119 II c S. 3alt i.V.m. Art. 17 I FMedGalt)	542
bb) Der Elective-Single-Embryo-Transfer	542
cc) Die Kryokonservierung	543
dd) Forschung an überzähligen Embryonen	544
c) Bewertung: Rahmenbedingungen in Deutschland und der Schweiz	544

5)	Der Umgang mit Zufallsbefunden in Deutschland und der Schweiz	545
a)	Der Umgang mit Zufallsbefunden in Deutschland	545
b)	Der Umgang mit Zufallsbefunden in der Schweiz	547
c)	Bewertung: Der Umgang mit Zufallsbefunden in Deutschland und der Schweiz	550
6)	Das Verhältnis der Regelungen von Präimplantationsdiagnostik (PID) und Pränataldiagnostik (PND) in Deutschland und der Schweiz	551
a)	Das Verhältnis der Regelungen von PID und PND in Deutschland	551
aa)	Weniger Informationspreisgabe bei der PID im Vergleich zur PND	551
bb)	Strenge Kontrolle über das Verfahren der PID im Vergleich zur PND	552
b)	Das Verhältnis der Regelungen von PID und PND in der Schweiz	552
aa)	Weniger Informationspreisgabe bei der PID im Vergleich zur PND	552
bb)	Keine strengere Kontrolle über das Verfahren der PID im Vergleich zur PND	553
c)	Bewertung: Das Verhältnis der Regelungen von PID und PND in Deutschland und der Schweiz	554
7)	Frühe und späte PID in Deutschland und der Schweiz	555
a)	Die frühe und späte PID in Deutschland	555
aa)	Der Zellbegriff des § 3a ESchG: Die zu prüfenden Auslegungsmöglichkeiten	555
bb)	Der § 3a ESchG als lex-specialis: Verstoß der strengen Auslegung gegen Art. 103 II GG	556
cc)	Ausschluss der differenzierenden Auslegung durch das Bundesverwaltungsgericht mit Entscheidung vom 2.12.2020	558
(1)	Grammatische Auslegung	559
(2)	Historische Auslegung und Wille des Gesetzgebers	560

(3) Systematische Auslegung	562
(4) Zwischenergebnis: Einfachgesetzliche Auslegung des § 3a ESchG	564
(5) Teleologische Auslegung	565
(6) Teleologische Reduktion zur Vermeidung von Wertungswidersprüchen	566
(a) Argumente für einen Wertungswiderspruch	566
(b) Argumente gegen einen Wertungswiderspruch	567
(c) Argumente für eine vermittelnde Auslegung	567
(7) Bewertung: Teleologische Reduktion des § 3a ESchG	568
dd) Ergebnis: Die frühe und späte PID in Deutschland	571
b) Die frühe und späte PID in der Schweiz	571
aa) Frühe und späte PID auf verfassungsrechtlicher Ebene	571
(1) Nach der Novelle: Verbot der frühen PID durch Art. 119 II a BV	571
(2) Bewertung: Kein Verbot der frühen PID durch Art. 119 II a BV	573
(3) Differenzierung zwischen früher und später PID in Art. 119 II c BV	574
(4) Bewertung: Differenzierung zwischen früher und später PID in Art. 119 II c BV	575
bb) Frühe und späte PID auf einfachgesetzlicher Ebene	575
cc) Ergebnis: Die frühe und späte PID auf verfassungsrechtlicher und einfachgesetzlicher Ebene	577
c) Bewertung: Frühe und späte PID in Deutschland und der Schweiz	577

8) Grundrechtseingriffe in Deutschland und der Schweiz	577
a) Grundrechtseingriffe in Deutschland	578
aa) Die Rechte der Eltern	579
(1) Das Allgemeine Persönlichkeitsrecht (Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG)	579
(2) Der Schutz von Ehe und Familie (Art. 6 I GG)	580
(3) Das Recht der Mutter auf körperliche Unversehrtheit (Art 2 II S. 1 GG)	580
(4) Die Menschenwürde der Mutter (Art. 1 I GG)	581
(5) Das Recht auf Zugang zur Elternschaft	582
bb) Die Rechte des Embryos	583
b) Grundrechtseingriffe in der Schweiz	583
aa) Die Rechte der Eltern	583
(1) Recht auf persönliche Freiheit sowie körperliche und geistige Unversehrtheit (Art. 10 II BV)	584
(2) Schutz der Privatsphäre und Recht auf Ehe und Familie (Art. 13 I, Art. 14 BV)	585
bb) Zwischenergebnis: Die Rechte der Eltern	585
cc) Die Rechte des Embryos	586
(1) <i>Die Menschenwürde (Art. 7 BV)</i>	586
(2) Das Recht auf Leben und persönliche Freiheit (Art. 10 I BV)	588
(3) Das Recht auf persönliche Freiheit sowie körperliche und geistige Unversehrtheit (Art. 10 II BV)	588
(4) Das Diskriminierungsverbot (Art. 8 II BV)	589
dd) Zwischenergebnis: Die Rechte des Embryos	589
c) Güterabwägung zwischen den Selbstbestimmungsrechten der Eltern und den Schutzinteressen des Embryos in Deutschland	590
aa) Argumente für die Autonomierechte der Eltern	591

## Inhaltsverzeichnis

bb) Argumente zum Schutz des Embryos und gesellschaftliche Belange	594
d) Güterabwägung zwischen den Selbstbestimmungsrechten der Eltern und den Schutzinteressen des Embryos in Deutschland	595
e) Bewertung zur Güterabwägung in der Schweiz	595
f) Bewertung zu Grundrechtseingriffen in Deutschland und der Schweiz	596
9) Fazit zur Präimplantationsdiagnostik im Rechtsvergleich zwischen Deutschland und der Schweiz	597
a) Zu den Indikationen	597
aa) Zum Umgang mit spätmanifestierenden Krankheiten	597
bb) Zu den prognostizierten Belastungen der Eltern	598
cc) Zu den unbestimmten Rechtsbegriffen	598
b) Zu den Rahmenbedingungen	599
c) Zum Umgang mit Zufallsbefunden	599
d) Zum Verhältnis der Regelungen von PID und PND	600
e) Frühe und späte PID in Deutschland und der Schweiz	600
f) Grundrechtseingriffe in Deutschland und der Schweiz	601
10) Empfehlungen vor dem Hintergrund des Zugangsrechts	601
VI) Das Verbot der Leihmutterschaft	603
1) Medizinische Grundlagen	603
2) Problemanalyse des Rechtsrahmens de lege lata	605
3) Empfehlungen vor dem Hintergrund des Zugangsrechts	606
4) "Best Practice" Beispiele einer Umsetzung des Zugangsrechts	616
VII) Die finanziellen Rahmenbedingungen der Kinderwunschbehandlung	622
a) Problemanalyse des Rechtsrahmens de lege lata	623

b)	Empfehlungen vor dem Hintergrund des Zugangsrechts	624
c)	“Best Practice” Beispiele einer Umsetzung des Zugangsrechts	626
B)	Ergebnis zur konventions- und verfassungsrechtskonformen Ausgestaltung des Fortpflanzungsmedizinrechts nach Maßgabe des Rechts auf Zugang zur Elternschaft	630
Dritter Hauptteil: Die notwendigen Folgeänderungen im deutschen Familienrecht		631
A)	Der Diskussionsteilentwurf des Justizministeriums (BMJV) für ein neues Abstammungsrecht in Abgleich mit dem Recht auf Zugang zur Elternschaft	631
I)	Gleichstellung hetero- und homosexueller Paare in ihren abstammungsrechtlichen Möglichkeiten, Eltern zu werden	633
II)	Funktionale Elternzuordnung nach dem Primat der intentionalen und sozialen Elternschaft	647
1)	Bei Hinzutreten eines Samen- oder Embryospenders	648
2)	Bei Hinzutreten einer Eizellspenderin	648
3)	Bei Hinzutreten einer Leihmutter	649
III)	Modifizierung des § 1591 BGB („mater semper certa est“)	651
1)	Korrektur zur Sicherstellung einer kindeswohlgerechten Elternzuordnung bei medizinisch assistierter Zeugung	651
2)	Korrektur zur Gleichstellung hetero- und homosexueller Paare in ihren abstammungsrechtlichen Möglichkeiten, Eltern zu werden	654
3)	Korrektur zur Angleichung der Instrumente von Mann und Frau zur Modifikation der Elternzuordnung im reproduktionsmedizinischen Kontext	654
IV)	Die konsensuelle Begründung originärer Mehrelternschaft: Auflösung des Zwei-Eltern-Dogmas	657
B)	Ergebnis zu den notwendigen Folgeänderungen im deutschen Familienrecht	658

*Inhaltsverzeichnis*

Zusammenfassung der Ergebnisse der Untersuchung	661
Schlussbetrachtung	669
Literaturverzeichnis	671