Erster Hauptteil: Das Recht auf Zugang zur Elternschaft auf supranationaler und nationaler Ebene

Der erste Hauptteil untersucht auf supranationaler und nationaler Ebene, ob ein Zugangsrecht auf Persönlichkeitsentwicklung durch Elternschaft aus menschenrechtlicher, verfassungsrechtlicher und rechtsphilosophischer Perspektive begründet ist. Es beginnt mit einer Einführung in das Völkerrecht (A). Sodann folgt eine rechtsdogmatische Herleitung des Zugangsrechts als Menschenrecht aus Art. 8 der Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten und seine Begründung aus rechtsphilosophischer (B) und verfassungsrechtlicher Perspektive (C).

A) Einführung in das Völkerrecht

Auf supranationaler Ebene könnte sich ein Zugangsrecht auf Persönlichkeitsentwicklung durch Elternschaft aus der Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK) ergeben. Dabei handelt es sich nicht um eine originäre Norm des deutschen Gesetzes- oder Verfassungsrechts, sondern einen multilateralen, völkerrechtlichen Vertrag. Um die Bedeutung und Tragweite eines aus der EMRK abgeleiteten Rechts für die deutsche Rechtsordnung sowie den Einfluss der Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) auf die nationale Gerichtsbarkeit bewerten zu können (III), ist es erforderlich, sich zunächst einen Überblick zu verschaffen über die Rechtsquellen des Völkerrechts (I) und ihre innerstaatliche Rang- und Geltungswirkung im Allgemeinen sowie in Deutschland im Besonderen (II).

I) Die Rechtsquellen des Völkerrechts

Art. 38 I a-c des Statuts des Internationalen Gerichtshofs (IGH) vom 26. Juni 1945 normiert die Rechtsquellen des Völkerrechts. Dazu gehören internationale Übereinkünfte allgemeiner oder besonderer Natur, in denen von den streitenden Staaten ausdrücklich anerkannte Regeln festgelegt sind (a). Desweiteren das internationale Gewohnheitsrecht als Ausdruck

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

einer allgemeinen, als Recht anerkannten Übung (b) und die von den Kulturvölkern anerkannten allgemeinen Rechtsgrundsätze (c). Nicht zu den echten Rechtsquellen gehören die Rechtserkenntnisquellen. Sie sind lediglich Hilfsmittel zur Feststellung von Völkerrecht. Hierzu wendet der IGH „vorbehaltlich des Artikels 59 richterliche Entscheidungen und die Lehrmeinung der fähigsten Völkerrechtler der verschiedenen Nationen" (d) an. Allerdings ist zweifelhaft, ob die Kategorisierung von Gerichtsentscheidungen als bloßes Hilfsmittel deren Einfluss auf die völkerrechtliche Praxis noch gebührend wiedergibt, da ihre Bedeutung in der Praxis ganz erheblich ist. Da man aber überwiegend an der drei Rechtsquellen-Lehre festhält, sind sie Ausgangspunkt auch dieser Einführung:

1) Das Völkervertragsrecht

Als Völkervertragsrecht *(international conventions)* bezeichnet man jede bi- oder multilaterale Übereinkunft von Staaten oder sonstigen von der Staatengemeinschaft als Völkerrechtssubjekt anerkannten Institutionen, die sich durch kongruente Willenserklärungen rechtsverbindlich auf die Einhaltung bestimmter Rechte und Pflichten auf dem Gebiet des Völkerrechts, ihre Beziehungen mit- und den Verkehr untereinander einigen[8]. Bilaterale Verträge bestehen zwischen zwei, multilaterale Verträge zwischen mehreren Völkerrechtssubjekten. Als Konvention bezeichnet man Verträge, die „allgemeine Rechtsregeln für den gegenseitigen Verkehr in multilateralen Verträgen" aufstellen und deshalb, begrenzt auf die Konventionspartner, gesetzgebende Funktion haben. Treten ihr eine Mehrzahl der Völkerrechtssubjekte bei, kann sie „Grundlage der Staatenpraxis und damit des Völkergewohnheitsrechts" werden[9]. Völkerrechtliche Verträge können rechtsgeschäftlicher Art *(contractual treaty)* sein oder rechtssetzenden Charakter haben *(law-making treaty)*[10]. Sie gelten als wichtigstes „Instrument für die Entwicklung der internationalen Rechtsordnung"[11]. Originäre Völkerrechtsfähigkeit besitzen neben den souveränen Staaten historische Völkerrechtssubjekte wie

8 *Vitzthum/Proelß*, Völkerrecht, 2016, S. 43, Rn. 115; *Hobe*, Einführung in das Völkerrecht, 2020, S. 141; *von Arnauld*, Völkerrecht, 2019, S. 80, Rn. 189.

9 *Hobe*, Einführung in das Völkerrecht, 2020, S. 144.

10 *Herdegen*, Völkerrecht, 2020, S. 128, Rn. 6-7; *Hobe,* Einführung in das Völkerrecht, 2020, S. 143;
von Arnauld, Völkerrecht, 2019, S. 82, Rn. 195.

11 *Ipsen*, Völkerrecht, 2018, S. 455, Rn. 4.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

das Internationale Komitee vom Roten Kreuz, der Heilige Stuhl und der Malteserorden[12]. Derivativ völkerrechtsfähig sind internationale Organisationen wie die Vereinten Nationen (UN), ihre Suborganisationen, die Welthandelsorganisation (WTO), die Europäische Union (EU) oder der Europäische Rat, die ihre Völkerrechtsfähigkeit aus der Völkerrechtsfähigkeit ihrer Gründungstaaten ableiten[13]. Die wesentlichen Grundsätze für den Abschluss völkerrechtlicher Verträge und ihrer Rechtswirkungen ergaben sich ursprünglich allein aus dem Völkergewohnheitsrecht[14]. Heute kodifiziert außerdem das Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge, kurz die Wiener Vertragsrechtskonvention (WVK) vom 23. Mai 1969, die Regeln des Völkervertragsrechts[15]. Die Bindungswirkung völkerrechtlicher Verträge ergibt sich aus dem gewohnheitsrechtlich anerkannten Grundsatz *pacta sunt servanda* (Art. 26 WVK)[16] und ist auf „das vertragliche Regelungsgefüge und die Vertragspartner begrenzt" *(opt-in-system)*[17]. Von den rechtsverbindlichen, einklagbaren Vertragspflichten *(hard law)* sind Absichtserklärungen, Beschlüsse und Empfehlungen zu unterscheiden, die als „politische Verpflichtungen" *(soft law)* empfehlenden Charakter haben[18]. Dazu gehören die Resolutionen der Generalversammlung der Vereinten Nationen, *inter-alia* die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte vom 10. Dezember 1948[19].

2) Das Völkergewohnheitsrecht

Zur Entstehung von Völkergewohnheitsrecht *(international custom)* bedarf es objektiv einer universell anerkannten und beständigen Übung *(consuetudo)*, subjektiv der gemeinsamen und gefestigten Überzeugung der Völkerrechtssubjekte, dass diese Übung als Recht anzuerkennen und verbindlich

12 Vgl. ebd. S. 98-99, Rn. 1-3; *von Arnauld*, Völkerrecht, 2019, S. 23, Rn. 60-63.
13 Vgl. ebd. S. 77, Rn. 9; *Vitzthum/Proelß*, Völkerrecht, 2016, S. 142, Rn. 9, 12; *von Arnauld*, Völkerrecht, 2019, S. 24, Rn. 64.
14 *Herdegen*, Völkerrecht, 2020, S. 127, Rn. 4.
15 *von Arnauld*, Völkerrecht, 2019, S. 83, Rn. 196.
16 *Hobe*, Einführung in das Völkerrecht, 2020, S. 147.
17 *Herdegen*, Völkerrecht, 2020, S. 157, Rn. 11.
18 *Hobe*, Einführung in das Völkerrecht, 2020, S. 145.
19 *Walter*, Zur Tradition der Grund- und Menschenrechte, in: Siep/Gutmann/Jakl/Städtler, Von der religiösen zur säkularen Begründung staatlicher Normen, 2012, S. 269-293 (271).

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

zu befolgen ist *(opinio-iuris)*[20]. Letzteres setzt voraus, dass die Staaten gerade deshalb der Übung entsprechend handeln, weil sie sich durch Völkerrecht dazu verpflichtet sehen[21]. Ein Handeln „aus Gründen der Höflichkeit, der Bequemlichkeit oder des Herkommens"[22] genügt nicht[23]. Da sich nur schwer nachverfolgen lässt, ob ein Staat mit Verpflichtungsbewusstsein handelt, schließt der IGH vom äußeren Erklärungstatbestand, der Praxis, auf den inneren Erklärungstatbestand, die Überzeugung[24]. Eine allgemeine Übung entsteht, wenn ein Großteil der Staaten den Rechtserzeugungsprozess durch eine dauerhafte und einheitliche Staatspraxis unterstützt („Quasi-Universalität")[25]. Gewohnheitsrecht kann nicht nur universell, sondern auch regional entstehen, wie etwa „unter den Vertragsstaaten der Europäischen Menschenrechtskonvention [...] für bestimmte menschenrechtliche Standards"[26]. Im Gegensatz zu Völkervertragsrecht bindet Völkergewohnheitsrecht nicht nur die kontrahierenden Parteien, sondern die gesamte Staatengemeinschaft, es sei denn ein Staat hat der Entstehung einer Rechtspraxis ausdrücklich widersprochen – *qui tacet consentire videtur*[27]. Dennoch bleiben die Staaten hier wie dort „Träger und Herren des Rechtser-

20 *Herdegen*, Völkerrecht, 2020, S. 151, Rn. 1; *von* Arnauld, Völkerrecht, 2019, S. 107, Rn. 250;
Hobe, Einführung in das Völkerrecht, 2020, S. 167.

21 ICJ, 20th Feb. 1969, North Sea Continental Shelf Cases: Germany v. Denmark v. Netherlands, https://www.icj-cij.org/files/case-related/70/070-19860627-JUD-01-00-EN.pdf (7.8.2020), Rn. 77: "Not only must the acts concerned amount to a settled practice, but they must also be […] evidence of a belief that this practice is rendered obligatory by the existence of a rule of law requiring it."

22 *Herdegen*, Völkerrecht, 2018, S. 152, Rn. 5; *von Arnauld*, Völkerrecht, 2019, S. 109, Rn. 256;
Stein/von Buttlar/Kotzur, Völkerrecht, 2017, S. 41, Rn. 129.

23 ICJ, 20th Feb. 1969, North Sea Continental Shelf Cases: Germany v. Denmark v. Netherlands, https://www.icj-cij.org/files/case-related/51/051-19690220-JUD-01-00-EN.pdf (19.4.2020), Rn. 77: "The States concerned must [...] feel that they are conforming to what amounts to a legal obligation. The frequency, or even habitual character of the acts is not in itself enough."

24 ICJ Reports, 27th Jun. 1986, Nicaragua v. United States of America, https://www.icj-cij.org/files/case-related/70/070-19860627-JUD-01-00-EN.pdf (7.8.2020), Rn. 184: "The Court must satisfy itself that the existence of the rule in the opinio juris of States is confirmed by Practice.";
von Arnauld, Völkerrecht, 2019, S. 110, Rn. 259.

25 *Herdegen*, Völkerrecht, 2020, S. 153, Rn. 3; *Ipsen*, Völkerrecht, 2018, S. 549, Rn. 28;
Stein/von Buttlar/Kotzur, Völkerrecht, 2007, S. 41, Rn. 128.

26 *Herdegen*, Völkerrecht, 2020, S. 153, Rn. 2.

27 *Ipsen*, Völkerrecht, 2018, S. 549, Rn. 28.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

zeugungsprozesses", denn durch ihren Widerspruch *(persistent objector)* können sie sich auch einer gewohnheitsrechtlichen Bindung jederzeit entziehen *(opt-out-system)*[28]. Damit ist das Konsensprinzip Grundlage sowohl für die Rechtsverbindlichkeit völkerrechtlicher Verträge als auch für die Entstehung von Völkergewohnheitsrecht, denn beides gründet auf der freiwilligen Entscheidung souveräner Staaten, sich zur Aufrechterhaltung gemeinsamer Überzeugungen oder wirtschaftlicher Interessen selbstgesetzten Regeln zu unterwerfen[29].

3) Die allgemeinen Rechtsgrundsätze des Völkerrechts

Stellt man einen „Vergleich der großen Privatrechtsordnungen"[30] an, so lassen sich einige Prinzipien von so grundlegendem Charakter entnehmen, dass sie Niederschlag in nahezu jeder Rechtsordnung gefunden haben. Da sie national Allgemeingültigkeit beanspruchen, kann ihnen auch auf supranationaler Ebene eine gewisse Geltung nicht abgesprochen werden[31]. Im Gegensatz zu Völkergewohnheitsrecht, das „auf völkerrechtlicher Ebene unmittelbar entsteht [...], handelt es sich [...] um Regelungen des innerstaatlichen Rechts, die so grundsätzlich sind, dass sie sich auf die Ebene des Völkerrechts übertragen lassen"[32]. Solche "general principles of law recognized by civilized nations" ergänzen das Völkervertrags- und Gewohnheitsrecht[33]. Anerkannt sind etwa die „Haftung für Rechtsverletzungen mit der Pflicht zum Ausgleich" und die „Erstattung ungerechtfertigter Bereicherung", außerdem „die Rechtsinstitute der Verwirkung, der Geschäftsführung ohne Auftrag und das Prinzip der Billigkeit (equity)". Daneben sind Ausprägungen des Gebots von Treu und Glauben wie der Grundsatz *venire contra factum proprium* erfasst, aber auch rechtsstaatliche Grundsätze wie das „Gebot des rechtlichen Gehörs" und die „Bindungswirkung rechtskräfti-

28 *Herdegen*, Völkerrecht, 2020, S. 152, Rn. 1; *von Arnauld*, Völkerrecht, 2019, S. 109, Rn. 257;
Hobe, Einführung in das Völkerrecht, 2020, S. 168.
29 *Hobe,* Einführung in das Völkerrecht, 2020, S. 140.
30 *Herdegen*, Völkerrecht, 2020, S. 166, Rn. 2.
31 *Walter*, Zur Tradition der Grund- und Menschenrechte, in: Siep/Gutmann/Jakl/Städtler, Von der religiösen zur säkularen Begründung staatlicher Normen, 2012, S. 269-293 (273).
32 Vgl. ebd. S. 273; vgl. zu den Voraussetzungen auch: *Ipsen*, Völkerrecht, 2018, S. 561, Rn. 1.
33 *Herdegen*, Völkerrecht, 2020, S. 165, Rn. 1.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ger gerichtlicher Entscheidungen (res iudicata)"[34] sowie „Auslegungs- oder Kollisionsregeln"[35].

4) Das zwingende Völkergewohnheitsrecht, ius cogens

Als zwingendes Völkergewohnheitsrecht, *ius cogens*, bezeichnet man völkerrechtliche Grundsätze von so wesentlicher Bedeutung für die Staatengemeinschaft, dass sie sich durch Völkervertragsrecht weder aufheben noch ändern lassen[36]. Art. 52 S. 2 WVK definiert zwingendes Völkergewohnheitsrecht als eine „Norm, die von der internationalen Staatengemeinschaft in ihrer Gesamtheit angenommen und anerkannt wird als eine Norm, von der nicht abgewichen werden darf und die nur durch eine spätere Norm des allgemeinen Völkerrechts derselben Rechtsnatur geändert werden kann". Art. 53 S. 1 WVK konkretisiert: „Ein Vertrag ist nichtig, wenn er zum Zeitpunkt seines Abschlusses im Widerspruch zu einer zwingenden Norm des allgemeinen Völkerrechts steht." Und Art. 64 WVK legt fest: „Entsteht eine neue zwingende Norm des allgemeinen Völkerrechts, so wird jeder zu dieser Norm in Widerspruch stehende Vertrag nichtig." Obwohl nicht abschließend geklärt ist, was zum *ius cogens* gehört, fallen darunter „jedenfalls das Gewalt- und Interventionsverbot, [...] das Apartheits- und Sklavereiverbot und die Achtung der grundlegendsten Menschenrechte"[37]. Da *ius-cogens*-Normen die Staaten ohne ihr Einverständnis binden, bilden sie die einzige Ausnahme vom Konsensprinzip und stehen wegen ihres unabänderlichen Charakters im Rang über dem Völkervertrags- und Gewohnheitsrecht. Sie haben Rechtswirkung *erga omnes*[38].

5) Die Verpflichtungen erga omnes und erga omnes partes

Grundsätzlich können Völkerrechtssubjekte Pflichtverletzungen auf dem Gebiet des Völkerrechts nur geltend machen, wenn sie selbst betroffen

34 Vgl. ebd. S. 162, Rn. 2-4.
35 *von Ungern-Sternberg*, Völkerrechtsquellen im Wandel, Jura 2011 (33), S. 39-43 (40).
36 *Hobe*, Einführung in das Völkerrecht, 2020, S. 173; *von Arnauld*, Völkerrecht, 2019, S. 124, Rn. 288;
Ipsen, Völkerrecht, 2018, S. 515, Rn. 36; *Stein/von Buttler/Kotzur*, Völkerrecht, 2017, S. 47, Rn. 147.
37 *Hobe*, Einführung in das Völkerrecht, 2020, S. 174.
38 Vgl. ebd. S. 175.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

sind. Im Barcelona-Traction-Fall hat der IGH jedoch festgestellt, dass bestimmte völkerrechtliche Grundsätze einen Staat zur Einhaltung gegenüber der gesamten Staatengemeinschaft verpflichten[39]. Verletzt ein Staat eine Pflicht *erga omnes*, kann jedes Mitglied der Staatengemeinschaft die Wiederherstellung des völkerrechtskonformen Zustands verlangen, unabhängig von seiner individuellen Betroffenheit[40]. Daneben gibt es Verpflichtungen *erga omnes partes*. Diese verpflichten nicht zur Einhaltung gegenüber der gesamten Staatengemeinschaft, wohl aber gegenüber einer Staatengruppe, die sich zumeist durch multilateralen Vertrag auf den Schutz gemeinsamer Interessen wie der Einhaltung bestimmter Menschenrechtsstandards verständigt hat[41]. Deshalb können bei einer Verletzung der durch die EMRK garantierten Rechte alle Mitgliedsstaaten die Wiederherstellung des konventionskonformen Zustands fordern, ohne betroffen zu sein (Art. 34 EMRK)[42]. Gleiches gilt für die Amerikanische Menschenrechtskonvention (AMRK) oder die Afrikanische Charta der Rechte der Menschen und Völker (Banjul Charta)[43].

6) Die Rangordnung der Völkerrechtsquellen

Anders als Staatsrecht kennt Völkerrecht keinen hierarchischen Stufenbau. Vielmehr stehen die Völkerrechtsquellen mit Ausnahme von *ius-cogens* gleichberechtigt nebeneinander. Ihr Verhältnis wird daher allein durch „die Grundsätze *lex posterior derogat legi priori* [...] und *lex specialis derogat legi generali*" bestimmt[44]. Die Einordnung einer Gewährleistung als Völkervertrags- oder Gewohnheitsrecht ist gleichwohl wichtig für ihre jeweilige

39 Vgl. ebd. S. 175; *Herdegen*, Völkerrecht, 2020, S. 315, Rn. 1, 4; ICJ, 5th Feb. 1970, Barcelona Traction, Light and Power Company Limited: Belgium v. Spain, https://www.icj-cij.org/files/case-related/50/050-19700205-JUD-01-00-BI.pdf (19.4.2020), Rn. 33: "[...] an essential distinction should be drawn between the obligations of a State towards the international community as a whole, and those arising vis-á-vis another State in the field of diplomatic protection. By their very nature the former are the concern of all States. In view of the importance of the rights involved, all States can be held to have a legal interest in their protection; they are obligations erga omnes."

40 *Herdegen,* Völkerrecht, 2020, S. 316, Rn. 4.

41 Vgl. ebd. S. 316, Rn. 4.

42 *Karpenstein/Johann*, in: Karpenstein/Mayer, EMRK, Art. 33, Rn. 1.

43 *ILC*, Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, 2001, Art. 48 (8).

44 *von Ungern-Sternberg*, Völkerrechtsquellen im Wandel, Jura 2011 (33), S. 39-43 (43).

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Rang- und Geltungswirkung im Staatsrecht. Schon immer „haben völkerrechtliche Verträge die Entwicklung des Gewohnheitsrechts gewissermaßen wie ein Katalysator gefördert oder gewohnheitsrechtlichen Regeln schärfere Konturen gegeben“[45]. Denn: „Der Abschluss von Verträgen [...] lässt sich oft auch als Ausdruck einer bestimmten Rechtsüberzeugung deuten.“[46] Unter bestimmten Voraussetzungen kann Völkervertragsrecht zu Völkergewohnheitsrecht werden. Dafür „muss es sich um Regelungen mit einem grundlegenden normbildenden Charakter handeln, die sich aus einem Vertrag mit umfassender und repräsentativer Beteiligung ergeben und eine nahezu (!) einheitliche Staatenpraxis zur Folge haben“[47]. Umgekehrt können Völkerrechtssubjekte „einen Vertrag (gerade deswegen) schließen, weil sie nicht von der gewohnheitsrechtlichen Geltung der vertraglichen Rechte und Pflichten überzeugt sind“[48]. Entsprechend schwierig dürfte es sein zu differenzieren, inwieweit die EMRK ausschließlich Völkervertragsrecht ist, inwieweit sie bestehendes Gewohnheitsrecht kodifiziert hat oder die in ihr normierten Grundrechte regionales Gewohnheitsrecht geworden sind. Herrschender Auffassung ist es dagegen, dass das “soft law“ der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte (AEMR) völkergewohnheitsrechtlichen Status erlangt hat[49].

7) Die Rechtsnatur des Völkerrechts als Koordinationsrechtsordnung

Das Staatsrecht ist eine Subordinationsrechtsordnung und damit von der Unterwerfung seiner Rechtssubjekte, der Bürger, unter den Beschluss eines zumeist demokratisch legitimierten Gesetzgebungs- und Repräsentationsorgans geprägt. Im Gegensatz dazu ist Völkerrecht eine Koordinationsrechtsordnung. Sie bindet ihre Rechtssubjekte, die Staaten, nur, wenn und soweit sie sich binden wollen und den Willen dazu entweder ausdrück-

45 *Herdegen*, Völkerrecht, 2020, S. 153, Rn. 1.
46 Vgl. ebd. S. 161, Rn. 11.
47 *von Arnauld*, Völkerrecht, 2019, S. 111, Rn. 260.
48 *Herdegen*, Völkerrecht, 2020, S. 161, Rn. 11.
49 *Walter*, Zur Tradition der Grund- und Menschenrechte, in: Siep/Gutmann/Jakl/Städtler, Von der religiösen zur säkularen Begründung staatlicher Normen, 2012, S. 269-293 (272).

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

lich durch Vertrag oder konkludent durch Gewohnheit kundtun[50]. Damit ist Völkerrecht selbst gesetztes, selbst ausgeführtes und selbst erwirktes Recht. Ein zentrales Legislativ-, Exekutiv- oder Judikativorgan gibt es nicht: „Geltungsgrund des Völkerrechts ist nicht der hoheitliche Befehl oder die institutionell garantierte Regelung einer überlegenen Zwangsorganisation […], sondern der Recht schaffende Konsens der Staaten, aufbauend auf dem Grundprinzip der souveränen Gleichheit aller in der Völkerrechtsgemeinschaft verbundenen Staaten."[51] Grund und Grenze seiner Durchsetzbarkeit sind daher allein die Prinzipien der Retaliation, Reziprozität und Reputation. Retaliation meint „direkte Sanktionsmechanismen"[52], zumeist durch den Einsatz von Finanz- oder Wirtschaftssanktionen; Reziprozität die Motivation der Staaten, sich völkerrechtskonform zu verhalten, weil sie nur dann darauf vertrauen können, dass dies auch andere Staaten tun[53]. Bei nicht-reziproken Verträgen wie Menschenrechtsabkommen versagt dieser Grundsatz jedoch, denn „ein Staat kann nicht die eigenen Menschenrechtsverpflichtungen suspendieren, weil ein anderer Staat Menschenrechte erheblich verletzt"[54]. In diesem Fall begünstigt die Furcht vor einem Reputationsverlust völkerrechtskonformes Handeln – *"system of blaming and shaming"*. Völkerrechtskonformes Handeln führt zu einer positiven, völkerrechtswidriges Handeln zu einer negativen Resonanz in der Staatengemeinschaft: „Wird die Reputation eines Staates als verlässlicher Partner aufgrund von Völkerrechtsverletzungen in Mitleidenschaft gezogen, so kann dies andere Staaten dazu bewegen, zukünftige Kooperationen mit diesem Staat nicht mehr einzugehen."[55]

50 *Hobe*, Einführung in das Völkerrecht, 2020, S. 140; zu der Frage „Ist Völkerrecht Recht?" *Guzman*, How International Law Works: A Rational Choice Theory, 2008, Kap. 2; *Koskenniemi*, The Politics of International Law, EJIL 1990, S. 4-32; *Goodman/Jinks*, Incomplete Internalization and Compliance with Human Rights Law, EJIP 2008, S. 725-748; *Hart*, The Concept of Law, 1994, Kap. 5.

51 *bpb*, Völkerrecht, 2015, https://www.bpb.de/nachschlagen/lexika/recht-a-z/23189/voelkerrecht (19.4.2020).

52 *van Aaken*, Die vielen Wege zur Effektuierung des Völkerrechts, RW 2013 (3), S. 227-261 (240).

53 Vgl. ebd. S. 242: „Bereits die Drohung auf einen Rechtsbruch mit einem ‚Rechtsbruch' zu antworten, kann den ersten Rechtsbruch verhindern, vorausgesetzt, der Schatten der Zukunft ist groß genug."

54 Vgl. ebd. S. 242.

55 Vgl. ebd. S. 242.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

II) Die Rang- und Geltungswirkung völkerrechtlicher Normen im Staatsrecht

Wie sich Völker- und Staatsrecht zueinander verhalten, bestimmt das Staatsrecht[56].

1) Die Geltung des Völkerrechts im Staatsrecht: Monismus und Dualismus

Die Frage nach der Geltungswirkung völkerrechtlicher Normen im Staatsrecht ist geprägt durch zwei gegenläufige verfassungsrechtliche Modelle: den Monismus und den Dualismus[57]. Der Monismus betrachtet Völkerrecht und Staatsrecht als Rechtsordnung einer Art, da sie einem gemeinsamen Geltungsgrund erwachsen[58]. Der Monismus mit Primat des Staatenrechts sieht im „Völkerrecht nichts anderes als ein äußeres Staatsrecht"[59]. Der Monismus mit dem Primat des Völkerrechts hingegen sieht im „Völkerrecht die ursprüngliche Rechtsordnung, aus der sich das innerstaatliche Recht ableitet"[60]. Danach beansprucht das Völkerrecht unmittelbare Wirkung auch im nationalen Recht, bindet also den Staat, dessen Organe und Bürger, ohne dass ein Transformationsakt durch das nationale Gesetzgebungsorgan nötig wäre. Nach dem radikalen Monismus ist jede dem Völkerrecht entgegenstehende Regelung nichtig („Völkerrecht bricht Landesrecht"), nach dem gemäßigten Monismus nur auszusetzen und durch völkerrechtskonformes Recht zu ersetzen[61].

Der Dualismus hingegen begreift Völkerrecht und Staatsrecht als Rechtsordnungen *sui generis*, „die auf verschiedenen Ebenen stehen, so dass es unmöglich ist, ein theoretisches Über- und Unterordnungsverhältnis zu konstruieren". Danach „bestehen Rechte und Pflichten auf beiden Rechtsebenen, und es ist Aufgabe der juristischen Theorie und Praxis, Pflichtenkollisionen zu vermeiden bzw. die daraus entstehenden Konflikte zu

56 *Stein/von Buttlar/Kotzur*, Völkerrecht, 2007, S. 56, Rn. 174; *von Arnauld*, Völkerrecht, 2019, S. 218, Rn. 501; weitergehend zum Verhältnis von Völker- und Staatsrecht vgl. *Kumm*, Democratic Constitutionalism Encounters International Law, in: Choudhry, The Migration of Constitutional Ideas, 2007, S. 256-293.

57 *Hobe*, Einführung in das Völkerrecht, 2020, S. 193.

58 *Stein/von Buttlar/Kotzur*, Völkerrecht, 2017, S. 56, Rn. 176.

59 Vgl. ebd. S. 56, Rn. 176 – Die Lehre vom Monismus mit Primat des Landesrechts ist überholt.

60 *Hobe*, Einführung in das Völkerrecht, 2020, S. 193-194.

61 *Stein/von Buttlar/Kotzur*, Völkerrecht, 2007, S. 57, Rn. 177.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

lösen“[62]. Um national Geltung zu erlangen, muss danach Völkerrecht in Staatsrecht umgeschrieben werden. Während Vertreter des radikalen Dualismus schon Berührungspunkte zwischen den Rechtsordnungen abstreiten und eine Kollisionsregelung deshalb für entbehrlich halten, erkennen Vertreter des gemäßigten Dualismus, dass sich Völkerrecht und Staatsrecht beeinflussen. Danach bleibt eine völkerrechtswidrige Norm im Staatsrecht zwar wirksam, führt aber zu einer völkerrechtlichen Haftung im Außenverhältnis[63]. Uneins sind sich Anhänger des Dualismus, wie sich die Umwandlung von Völkerrecht in nationales Recht vollzieht. Vertreter der Transformationslehre gehen davon aus, dass „die völkerrechtlichen Normen zum Zwecke des innerstaatlichen Vollzugs in das Recht des betreffenden Staates umgewandelt werden müssen und sich dabei wesensmäßig verändern“[64]. Im Kern gehe es also „nicht um einen bloßen Akt der Verschiebung einer Rechtsnorm von der völkerrechtlichen auf die innerstaatliche Ebene, sondern um eine echte Verwandlung“[65]. Danach liegt der Geltungsgrund völkerrechtlicher Normen allein im Völkerrecht, der des Umsetzungsaktes allein im Staatsrecht. Anders die Vollzugslehre, die annimmt, dass „sich das nationale Recht durch den Übernahmeakt dem Vollzug der völkerrechtlichen Norm selbst [öffnet], ohne an deren völkerrechtlichen Charakter und Geltungsgrund etwas zu ändern“. Demnach vollzieht sich die Umsetzung in Staatsrecht also nicht durch Transkription, sondern durch Rechtsanwendungsbefehl[66]. Da die völkerrechtliche Norm somit inhaltlich unverändert auf das Staatsrecht einwirkt, entspricht die Vollzugslehre eher dem gemäßigten Dualismus.

2) Die Geltung des Völkerrechts in Deutschland

Die deutsche Verfassung folgt einem gemäßigten Dualismus. Hierzu führt das BVerfG aus: „[...] Dem Grundgesetz liegt deutlich die klassische Vorstellung zu Grunde, dass es sich bei dem Verhältnis des Völkerrechts zum nationalen Recht um ein Verhältnis zweier unterschiedlicher Rechtskreise

62 *Hobe*, Einführung in das Völkerrecht, 2020, S. 194.
63 *Stein/von Buttlar/Kotzur*, Völkerrecht, 2007, S. 58, Rn. 180-184.
64 *Hobe*, Einführung in das Völkerrecht, 2020, S. 195.
65 Vgl. ebd. S. 195.
66 *EPRS*, Ratifikation völkerrechtlicher Verträge: Eine rechtsvergleichende Perspektive – Deutschland, 2018, https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2018/620232/EPRS_STU(2018)620232_DE.pdf (12.1.2022), S. 7.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

handelt, und dass die Natur dieses Verhältnisses aus der Sicht des nationalen Rechts nur durch das nationale Recht selbst bestimmt werden kann; dies zeigen die Existenz und der Wortlaut von Art. 25 und Art. 59 II GG."[67]

a) Geltung des Völkervertragsrechts

Völkervertragsrecht gilt in Deutschland „nur dann, wenn es in die nationale Rechtsordnung formgerecht und in Übereinstimmung mit materiellem Verfassungsrecht inkorporiert worden ist"[68]. Die Verbandskompetenz liegt beim Bund[69]. Abweichend von Art. 30 GG weist Art. 32 I GG dem Bund die Pflege der Beziehungen zu auswärtigen Staaten zu. Nach Art. 73 I Nr. 1 GG hat der Bund die ausschließliche Gesetzgebungskompetenz für auswärtige Angelegenheiten, also alle „Gesetzgebungsmaterien, die Deutschland als Völkerrechtssubjekt oder unmittelbar die Beziehungen zu anderen Staaten betreffen"[70]. Allerdings haben die Länder nach Art. 32 II GG das Recht, vor Abschluss eines Vertrages angehört zu werden, der die besonderen Verhältnisse ihres Hoheitsgebiets berührt. Nach Art. 32 III GG können sie unter Umständen selbst Verträge mit auswertigen Staaten schließen. Die Organkompetenz für den Abschluss völkerrechtlicher Verträge liegt beim Bundespräsidenten. Dieser vertritt den Bund nach Art. 59 I GG völkerrechtlich und schließt im Namen des Bundes die Verträge mit auswärtigen Staaten. Je nach Art des Vertrages ist er nach Art. 59 II GG auf die Zustimmung der für die Bundesgesetzgebung zuständigen Körperschaften angewiesen. Zu unterscheiden ist zwischen zustimmungsbedürftigen Staatsverträgen nach Art. 59 II S. 1 GG und nicht zustimmungsbedürftigen Verwaltungsabkommen nach Art. 59 II S. 2 GG. Staatsverträge sind Verträge, die politische Beziehungen des Bundes regeln (Art. 59 II S. 1 Var. 1) oder sich auf Gegenstände der Bundesgesetzgebung beziehen (Art. 59 II S. 1 Var. 2). Ersteres betrifft Verträge, „die eine besondere Bedeutung für die internationale Stellung Deutschlands haben", etwa die EMRK, der Nordatlantikvertrag, die Charta der Vereinten Nationen, der Zwei-plus-Vier-Vertrag und der

67 Urt. v. 14.10.2004 – 2 BvR 1481/04, NJW 2004, S. 3407-3412 (3408).

68 Vgl. ebd. S. 3408.

69 *Schmahl*, Das Verhältnis der deutschen Rechtsordnung zu Regeln des Völkerrechts, JuS 2013, S. 961-966 (961).

70 *EPRS*, Ratifikation völkerrechtlicher Verträge: Eine rechtsvergleichende Perspektive – Deutschland, 2018, https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2018/620232/EPRS_STU(2018)620232_DE.pdf (12.1.2022), S. 4.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV)[71]. Die zweite Variante meint Verträge, durch die „Verpflichtungen begründet werden, die nur mit einem Gesetzgebungsakt erfüllt werden können"[72]. Zur Umsetzung von Staatsverträgen bedarf es eines Parlamentsgesetzes, das zugleich Zustimmungs- und Transformationsakt ist und den völkerrechtlichen Vertrag in nationales Recht inkorporiert (Doppelfunktion)[73]. Das BVerfG lässt offen, „ob dieses Vertragsgesetz den Vertrag im Sinne der Transformationslehre in einen nationalen Rechtsakt umwandelt oder ihn entsprechend der Vollzugslehre als solchen in die staatliche Rechtsordnung inkorporiert"[74]. Jedenfalls erfolgt die Zustimmung zur Bindungswirkung durch Ratifikation im gestuften Verfahren[75].

b) Geltung des Gewohnheitsrechts und der Allgemeinen Rechtsgrundsätze

Das Völkergewohnheitsrecht und die allgemeinen Rechtsgrundsätze des Völkerrechts gehören zu den allgemeinen Regeln des Völkerrechts nach Art. 25 S. 1 GG und sind Bestandteil des Bundesrechts[76]. Nach Art. 25 S. 2 Hs. 2 GG erzeugen sie Rechte und Pflichten unmittelbar für die Bewohner des Bundesgebietes. Deshalb binden sie, anders als Völkervertragsrecht, die staatlichen Instanzen unmittelbar ohne Transformationsakt.

3) Der Rang des Völkerrechts in Deutschland

Völkervertragsrecht hat in Deutschland aufgrund der Transformationswirkung des Zustimmungsgesetzes den Rang eines formellen Bundesgesetzes[77]. Anders das Völkergewohnheitsrecht und die allgemeinen Rechtsgrundsätze des Völkerrechts. Sie stehen zwischen formellem Bundes- und Verfassungsrecht, haben also „Übergesetzesrang"[78]. Das ergibt sich aus der dynami-

71 *von Arnauld*, Völkerrecht, 2019, S. 223, Rn. 510.
72 *Herdegen*, Völkerrecht, 2020, S. 188, Rn. 19.
73 Vgl. ebd. S. 130, Rn. 11; *von Arnauld*, Völkerrecht, 2019, S. 223, Rn. 510.
74 *EPRS*, Ratifikation völkerrechtlicher Verträge: Eine rechtsvergleichende Perspektive – Deutschland, 2018, https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2018/620232/EPRS_STU(2018)620232_DE.pdf (12.1.2022), S. 8.
75 Vgl. *Herdegen*, Völkerrecht, 2020, S. 129-130, Rn. 8-11.
76 Vgl. ebd. S. 225, Rn. 516; *Herdegen*, Völkerrecht, 2020, S. 185, Rn. 12.
77 *Herdegen*, Völkerrecht, 2020, S. 188, Rn. 19.
78 *Stein/von Buttlar/Kotzur*, Völkerrecht, 2017, S. 64, Rn. 201-203.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

schen Verweisung des Art. 25 S. 2 GG, wonach die allgemeinen Regeln des Völkerrechts den Gesetzen vorgehen.

III) Die Rang- und Geltungswirkung der EMRK im deutschen Recht und der Einfluss der Entscheidungen des EGMR auf die deutsche Gerichtsbarkeit

Für den Verlauf dieser Arbeit wird vor allem entscheidend sein, wie sich die EMRK und die Entscheidungen des EGMR zur deutschen Rechtsordnung verhalten.

1) Die EMRK als Vertragswerk des Europarates

Die EMRK ist das bedeutendste Vertragswerk des Europarates *(Council of Europe, CoE)*, einer am 5. Mai 1949 durch den Zehnmächtepakt in London gegründeten Internationalen Organisation mit Sitz in Straßburg, Frankreich[79]. Die Bundesrepublik Deutschland ist ihr am 13. Juli 1950 zunächst als assoziiertes Mitglied in beratender Funktion und am 2. Mai 1951 als vollberechtigter Vertragsstaat beigetreten[80]. Seitdem ist sie nicht mehr nur in der parlamentarischen Versammlung, sondern auch im Ministerkomitee vertreten[81]. Heute zählt der Europarat 47 Mitgliedsstaaten, darunter sämtliche europäische Staaten mit Ausnahme von Weißrussland (Belarus), dem Kosovo und Vatikanstadt. Damit handelt es sich um den ersten und größten Zusammenschluss europäischer Staaten der Nachkriegszeit[82] und das

79 *Mayer*, in: Karpenstein/Mayer, EMRK, Einleitung, Rn. 5; zur Entstehungsgeschichte und zum Stand des EMRK-Menschenrechtsschutzes vgl. *Meyer-Ladewig/Nettesheim*, in: Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer, EMRK, 4. Aufl. 2017, Einleitung, Rn. 1-13; *Europarat*, https://www.coe.int/de/web/portal/47-members-states (19.4.2020); Gründungsstaaten: Belgien, Dänemark, Frankreich, Irland, Italien, Luxemburg, Niederlande, Norwegen, Schweden, Großbritannien.

80 *Auswärtiges Amt*, Der Europarat - Förderer von Demokratie und Menschenrechten, 2019, https://www.auswaertiges-amt.de/de/aussenpolitik/internationale-organisationen/europarat/er-text/205322 (12.1.2022).

81 Für einen Überblick über die Institutionen des Europarats und ihre jeweiligen Funktionen vgl. *Europarat*, Verwaltung – Übersicht, https://www.coe.int/de/web/portal/organisation (19.4.2020).

82 *Auswärtiges Amt*, Der Europarat - Förderer von Demokratie und Menschenrechten, 2019, https://www.auswaertiges-amt.de/de/aussenpolitik/internationale-organisationen/europarat/er-text/205322 (12.1.2022).

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

„am weitesten entwickelte überstaatliche Menschenrechtsschutzsystem der Welt“[83]. Oder wie es *Konrad Adenauer* in seiner Rede vor der Beratenden Versammlung am 10. Dezember 1951 nannte, „das europäische Gewissen“[84]. Ziel des Europarates ist nach Art. 1 a) seiner Satzung, „einen engen Zusammenschluss unter seinen Mitgliedern zu verwirklichen, um die Ideale und Grundsätze, die ihr gemeinsames Erbe sind, zu schützen und zu fördern und um ihren wirtschaftlichen und sozialen Fortschritt zu begünstigen“. Die Umsetzung dieser Interessen strebt der Europarat nach Art. 1 b) „durch die Prüfung von Fragen gemeinsamen Interesses, [...] den Abschluss von Abkommen und [...] gemeinsames Handeln auf den Gebieten der Wirtschaft, des sozialen Lebens, der Kultur, der Wissenschaft, der Rechtspflege und der Verwaltung [an] sowie durch Schutz und Weiterentwicklung der Menschenrechte und Grundfreiheiten“. Voraussetzungen für eine Aufnahme in den Europarat sind nach Art. 3: Die Wahrung der Rechtsstaatlichkeit, der Schutz der Grund- und Menschenrechte und die tatkräftige Mitwirkung bei der Verwirklichung seiner Ziele als „Hüter von Menschenrechten, Demokratie und Rechtsstaatlichkeit“[85]. Die EMRK wurde am 4. November 1950 in Rom unterzeichnet und ist am 3. September 1953 allgemein in Kraft getreten[86]. Deutschland hat sie am 5. Dezember 1952 ratifiziert und mit Bekanntmachung des Gesetzes vom 7. August 1952 über die Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten am 3. September 1953 in Kraft gesetzt[87]. Die Ratifikation der Konvention ist Bedingung für eine Mitgliedschaft im Europarat und daher geltendes Recht in allen 47 Mitgliedsstaaten[88].

2) Der EGMR als Auslegungsorgan der EMRK

Über die Einhaltung der EMRK wacht der EGMR. Dieser wurde 1959 „als seltene[r] Fall einer obligatorischen internationalen Gerichtsbarkeit“[89]

83 *Mayer*, in: Karpenstein/Mayer, EMRK, Einleitung, Rn. 1.
84 *Auswärtiges Amt*, Der Europarat - Förderer von Demokratie und Menschenrechten, 2019, https://www.auswaertiges-amt.de/de/aussenpolitik/internationale-organisationen/europarat/er-text/205322 (12.1.2022).
85 *Europarat*, 60 Jahre kulturelle Demokratie, 2009, https://rm.coe.int/168008d8a3 (19.4.2020).
86 *Mayer*, in: Karpenstein/Mayer, EMRK, Einleitung, Rn. 6.
87 Vgl. ebd. Rn. 7.
88 Vgl. ebd. Rn. 1.
89 Vgl. ebd. Rn. 23.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

in Straßburg gegründet und gilt „in einem Rechtsraum [...] mit über 800 Millionen Menschen" als „die bedeutendste Einrichtung des Menschenrechtsschutzes in Europa"[90]. Grundsätzlich wirft die Rechtsnatur des Völkerrechts die „Frage auf, inwiefern sich aus den Verträgen zwischen Staaten überhaupt subjektive Rechtspositionen des einzelnen Individuums ergeben können"[91]. Denn tatsächlich liegt es „in der Logik der völkerrechtlichen Vertragsbeziehungen [...], die Rechtsbeziehungen ausschließlich als eine zwischenstaatliche Angelegenheit [...] anzusehen"[92]. So hielt es ursprünglich auch die EMRK, indem sie zwar die Möglichkeit zur Beschwerde zwischen den Vertragsstaaten (Staatenbeschwerde) als obligatorisch festschrieb, die Beschwerde natürlicher oder juristischer Personen gegen die Vertragsstaaten (Individualbeschwerde) aber nur fakultativ vorsah. Das Individuum konnte Rechtsschutz nur erlangen, wenn die Staaten dem Individualschutzverfahren zugestimmt hatten. Selbst dann konnte sich ein Konventionsbürger nicht unmittelbar an den EGMR wenden, sondern musste zunächst das Verfahren vor der Europäischen Kommission für Menschenrechte (EKMR) durchlaufen. Denn den Gerichtshof durfte nur die EKMR oder der Staat anrufen, gegen den sich die Beschwerde richtete. Erst das 9. Zusatzprotokoll vom 6. November 1990 eröffnete Beschwerdeführern den Direktzugang zum EGMR. Damit stand fest, „dass es sich bei den in der Konvention garantierten Rechten um individuelle Rechtspositionen handelt, die auch vom Individuum selbst ohne die Hinzuziehung einer völkerrechtlich besonders dazu legitimierten Stelle durchgesetzt werden können"[93]. Mit Erlass des 11. Zusatzprotokolls vom 1. November 1998 wurde die EKMR aufgelöst und der EGMR als ständiger Gerichtshof etabliert. Da er heute über Staaten- wie Individualbeschwerden entscheidet (vgl. Art. 34 und 35 EMRK)[94], gewährleistet er einen für internationale Gerichtsbarkeiten außergewöhn-

90 WD 2 – 038/07, S. 3.

91 *Walter*, Zur Tradition der Grund- und Menschenrechte, in: Siep/Gutmann/Jakl/Städtler, Von der religiösen zur säkularen Begründung staatlicher Normen, 2012, S. 269-293 (278).

92 Vgl. ebd. S. 278.

93 Vgl. ebd. S. 278.

94 Vgl. zur Organisation des Gerichtshofs und zum Ablauf des Verfahrens *Meyer-Ladewig/von Raumer*, in: Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer, EMRK, 4. Aufl. 2017, Einleitung, Rn. 40-59.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

lich hohen Schutzumfang[95] und ist Zeugnis für „die Anerkennung einer zumindest teilweisen Völkerrechtssubjektivität des Individuums“[96].

3) Der Rang und die Geltung der EMRK im deutschen Recht

Zum Rang und zur Geltung der EMRK im deutschen Recht und dem Einfluss der Entscheidungen des EGMR auf die deutsche Gerichtsbarkeit hat sich das BVerfG im Fall *Görgülü* geäußert[97]. Danach steht die EMRK „im Range eines (formellen) Bundesgesetzes“ und ist „wie anderes Gesetzesrecht des Bundes im Rahmen methodisch vertretbarer Auslegung zu beachten und anzuwenden“[98]. Zwar kommt ihren Garantien „aufgrund dieses Rangs in der Normenhierarchie kein unmittelbarer verfassungsrechtlicher Prüfungsmaßstab (vgl. Art. 93 I Nr. 4a GG, § 90 I BVerfGG)“ zu[99]. Ein Beschwerdeführer kann deshalb „vor dem BVerfG nicht unmittelbar die Verletzung eines in der Europäischen Menschenrechtskonvention enthaltenen Menschenrechts mit einer Verfassungsbeschwerde“ rügen[100]. Und anders als das Recht der Europäischen Union, bei dem sich das Grundgesetz – in den Grenzen des Art. 23 I GG – „für den aus der Gemeinschaftsquelle herrührenden innerstaatlich unmittelbar wirkenden Normanwendungsbefehl öffnet“, beansprucht die EMRK auch keinen Anwendungsvorrang[101]. Das BVerfG stellt klar: „Das Grundgesetz will eine weitgehende Völkerrechtsfreundlichkeit, grenzüberschreitende Zusammenarbeit und politische Integration in eine sich allmählich entwickelnde internationale Gemeinschaft demokratischer Rechtsstaaten. Es will jedoch keine jeder verfassungsrechtlichen Begrenzung und Kontrolle entzogene Unterwerfung unter nichtdeutsche Hoheitsakte“[102]. Obwohl das Grundgesetz also „nicht auf die in dem letzten Wort der deutschen Verfassung liegende Souveränität“ verzich-

95 *Mayer*, in: Karpenstein/Mayer, Einleitung, Rn. 31.
96 *Walter*, Zur Tradition der Grund- und Menschenrechte, in: Siep/Gutmann/Jakl/Städtler, Von der religiösen zur säkularen Begründung staatlicher Normen, 2012, S. 269-293 (279).
97 Urt. v. 14.10.2004 – 2 BvR 1481/04, NJW 2004, S. 3407-3412; vgl. *Meyer-Ladewig/Nettesheim*, in: Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer, EMRK, 4. Aufl. 2017, Einleitung, Rn. 17-20.
98 Vgl. ebd. S. 3408.
99 Vgl. ebd. S. 3408.
100 Vgl. ebd. S. 3408.
101 Vgl. ebd. S. 3408.
102 Vgl. ebd. S. 3408.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

te, seien aber die Konvention „und die Rechtsprechung des *EGMR* (...) auf der Ebene des Verfassungsrechts als Auslegungshilfen für die Bestimmung von Inhalt und Reichweite von Grundrechten und rechtsstaatlichen Grundsätzen des Grundgesetzes" heranzuziehen, „sofern dies nicht zu einer […] Einschränkung oder Minderung des Grundrechteschutzes nach dem Grundgesetz führt"[103].

Diesen besonderen Stellenwert der EMRK gebiete der Grundsatz „der Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes", wonach das Grundgesetz „die Betätigung staatlicher Souveränität durch Völkervertragsrecht und internationale Zusammenarbeit sowie die Einbeziehung der allgemeinen Regeln des Völkerrechts fördert und deshalb nach Möglichkeit so auszulegen ist, dass ein Konflikt mit völkerrechtlichen Verpflichtungen der Bundesrepublik Deutschland nicht entsteht"[104]. Auch habe die Verfassung „die deutsche öffentliche Gewalt programmatisch auf die internationale Zusammenarbeit (Art. 24 GG) und auf die europäische Integration (Art. 23 GG)" ausgerichtet[105]:

„Das Grundgesetz hat den allgemeinen Regeln des Völkerrechts Vorrang vor dem einfachen Gesetzesrecht eingeräumt (Art. 25 S. 2 GG) und das Völkervertragsrecht durch Art. 59 II GG in das System der Gewaltenteilung eingeordnet. Es hat zudem die Möglichkeit der Einfügung in Systeme gegenseitiger kollektiver Sicherheit eröffnet (Art. 24 II GG), den Auftrag zur friedlichen Beilegung zwischenstaatlicher Streitigkeiten im Wege der Schiedsgerichtsbarkeit erteilt (Art. 24 III GG) und die Friedensstörung, […], für verfassungswidrig erklärt (Art. 26 GG). Mit diesem Normenkomplex zielt die deutsche Verfassung, auch ausweislich ihrer Präambel, darauf, die Bundesrepublik Deutschland als friedliches und gleichberechtigtes Glied in eine dem Frieden dienende Völkerrechtsordnung der Staatengemeinschaft einzufügen."[106]

Im Ergebnis verpflichte die deutsche Verfassung deshalb, sollte der EGMR deutsches Recht für konventionswidrig erklären, die nationalen Gerichte zu einer völkerrechtskonformen Auslegung oder den deutschen Gesetzgeber zum Erlass einer völkerrechtskonformen Norm[107]. Als Unionsmitglied ergibt sich diese Pflicht für Deutschland außerdem aus Art. 52 III

103 Vgl. ebd. S. 3408.
104 Vgl. ebd. S. 3408.
105 Vgl. ebd. S. 3408.
106 Vgl. ebd. S. 3408.
107 Vgl. ebd. S. 3410.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

der Europäischen Grundrechtecharta, der die „EMRK-Garantien als Mindeststandard unionaler Grundrechtsinhalte“ festlegt, sowie aus Art. 6 III EUV, der „eine Orientierung der Union an den europäischen Menschenrechtsgewährleistungen“ vorschreibt[108].

4) Der Einfluss der Entscheidungen des EGMR auf die deutschen Gerichte

Nach dem BVerfG richtet sich die „Rechtswirkung der Entscheidungen“ des EGMR als „eines völkervertraglich ins Leben gerufenen internationalen Gerichts [...] nach dem Inhalt des inkorporierten völkerrechtlichen Vertrags

108 *Schaefer*, Die Europäische Menschenrechtskonvention als Faktor der europäischen Integration, EuR 2017, S. 80-105 (80); *Meyer-Ladewig/Nettesheim*, in: Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer, EMRK, 4. Aufl. 2017, Einleitung, Rn. 21 f.; Art. 1, Rn. 13-14.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

und den entsprechenden Geltungsanordnungen des Grundgesetzes“[109]. „Unmittelbare Geltung“ komme ihnen deshalb nur zu, wenn „das Konventionsrecht [...] und mit ihm der Bundesgesetzgeber auf der Grundlage des Art. 59 II GG eine [solche] […] angeordnet haben“[110]. Tatsächlich messe das Konventionsrecht den Entscheidungen des Gerichtshofs erhebliche Bedeutung bei, da „sich in ihnen der aktuelle Entwicklungsstand der Konvention und ihrer Protokolle“ zeige[111]. Allerdings werde die materielle Rechtskraft seiner Urteile beschränkt „durch die personellen, sachlichen und zeitlichen Grenzen des Streitgegenstands“[112]. Denn Art. 46 I EMRK ordne „nur eine Bindung der beteiligten Vertragspartei an das endgültige Urteil in Bezug

109 Urt. v. 14.10.2004 – 2 BvR 1481/04, NJW 2004, S. 3407-3412 (3409); die innerstaatliche Bindungswirkung der EGMR-Rechtsprechung kommt auch prominent im Urteil des BVerfG zur Sicherungsverfahrung zum Ausdruck: Urt. v. 4.5.2011 – 2 BvR 2365/09, BVerfGE 128, 326, NJW 2011, S. 1931-1946, Rn. 87-94; *Sauer*, Die neue Schlagkraft der gemeineuropäischen Grundrechtsjudikatur. Zur Bindung deutscher Gerichte an die Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, ZaöRV 2005, S. 35-68; *Lochen*, Berücksichtigung der Rechtsprechung des EGMR durch nationale Gerichte, JA 2005, S. 576-678; *Haug*, Die Pflicht deutscher Gerichte zur Berücksichtigung der Rechtsprechung des EGMR, NJW 2018, S. 2674-2677; *Nussberger*, The European Court of Human Rights, 2020, S. 14 ff.; *Blömacher*, Die Menschenwürde als Prinzip des deutschen und europäischen Rechts. Kohärenz der Konzepte?, 2016, S. 187-189; *Walter*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, 95. EL Juli 2021, Art. 93, Rn. 171-178; *Petersen*, Determining the Domestic Effect of International Law through the Prism of Legitimacy, ZaöRV 2012 (72), S. 223-259 (253 ff.) und *Krisch*, The Open Architecture of European Human Rights Law, Mod. L. Rev. 2008 (71), S. 183-216 zeichnen ein pluralistisches Verhältnis zwischen dem EGMR und dem BVerfG. Sie gehen also nicht von einem Hierarchieverhältnis aus, sondern von einer Gleichordnung und Koexistenz der Rechtsordnungen. Danach berücksichtigen die nationalen und supranationalen Gerichte ihre Rechtsprechung gegenseitig. In der Tendenz kommt es somit zu einer „Internationalisierung des Verfassungsrechts“ und zu einer „Konstitutionalisierung des Völkerrechts“, *Bryde*, Konstitutionalisierung des Völkerrechts und Internationalisierung des Verfassungsrechts, Der Staat 2003, S. 61-75; *Scheek*, The European Court as a Constitutional Actor of the European Union, in: The European Court of Human Rights between Law and Politics, 2011, S. 164-180; *Thomassen*, The vital relationship between the European Court of Human Rights and national courts, in: Flogaitis/Zwart/Fraser, The European Court of Human Rights and its discontents, 2013, S. 96-103; *Kerr*, The need for dialogue between national courts and the European Court of Human Rights, in: Flogaitis/Zwart/Fraser, The European Court of Human Rights and its discontents, 2013, S. 104-115.

110 Urt. v. 14.10.2004 – 2 BvR 1481/04, NJW 2004, S. 3407-3412 (3409).

111 Vgl. ebd. S. 3409.

112 Vgl. ebd. S. 3409.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

auf einen bestimmten Streitgegenstand (res iudicata)“ an[113]. Unbeteiligten Staaten diene das Urteil lediglich dazu, „ihre nationale Rechtsordnung zu überprüfen und sich bei einer möglicherweise erforderlichen Änderung an der [...] Rechtsprechung des *Gerichtshofs* zu orientieren“[114]. Die Rechtswirkung der Urteile sei zudem auf die Feststellung begrenzt, „dass die betroffene Vertragspartei – bezogen auf den konkreten Streitgegenstand – die Konvention gewahrt oder sich zu ihr in Widerspruch gesetzt hat“[115]. Die Macht „eine[r] kassatorische[n] Entscheidung, die die angegriffene Maßnahme der Vertragspartei aufheben würde“, komme ihnen dagegen nicht zu[116]. Denn „anders als das Recht einer supranationalen Organisation“ verhalte sich die EMRK „indifferent zur innerstaatlichen Rechtsordnung“ und greife nicht unmittelbar in nationales Recht ein[117]. Selbst wenn in „einem Urteil des *Gerichtshofs*, [...] festgestellt wird, dass die Entscheidung eines deutschen Gerichts unter Verletzung der Europäischen Menschenrechtskonvention zu Stande gekommen sei“, verpflichte „weder die Europäische Menschenrechtskonvention noch das Grundgesetz dazu, dem Urteil „eine die Rechtskraft dieser Entscheidung beseitigende Wirkung beizumessen“[118]. Nichtsdestotrotz müssten sich die nationalen Gerichte „mit der Entscheidung erkennbar auseinandersetzen und gegebenenfalls nachvollziehbar begründen, warum sie der völkerrechtlichen Rechtsauffassung gleichwohl nicht folgen“[119].

Das BVerfG verweist erklärend auf Art. 52 EMRK, wonach die Vertragsstaaten die wirksame Anwendung der Bestimmungen der Konvention zu gewährleisten haben. Das setze „in einem durch den Grundsatz der Gewaltenteilung beherrschten demokratischen Rechtsstaat“ voraus, dass „alle Träger hoheitlicher Gewalt an die Gewährleistungen der Konvention gebunden werden“[120]. Über das Zustimmungsgesetz stehe „die Europäische Menschenrechtskonvention – in der Auslegung durch den *EGMR* – im Range eines förmlichen Bundesgesetzes“[121]. Daher seien die deutschen Gerichte über Art. 20 III GG verpflichtet, die „Gewährleistungen der Europäischen

113 Vgl. ebd. S. 3409.
114 Vgl. ebd. S. 3409.
115 Vgl. ebd. S. 3409.
116 Vgl. ebd. S. 3409.
117 Vgl. ebd. S. 3409.
118 Vgl. ebd. S. 3410.
119 Vgl. ebd. S. 3410.
120 Vgl. ebd. S. 3409-3410.
121 Vgl. ebd. S. 3410.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Menschenrechtskonvention und (die) Entscheidungen des Gerichtshofs im Rahmen methodisch vertretbarer Gesetzesauslegung" zu beachten[122]. Konkret bedeute das, „die Konventionsbestimmung in der Auslegung des *Gerichtshofs* zur Kenntnis zu nehmen und auf den Fall anzuwenden, soweit die Anwendung nicht gegen höherrangiges Recht, insbesondere gegen Verfassungsrecht verstößt"[123]. Das BVerfG konkretisiert:

„Das Grundgesetz weist mit Art. 1 II GG dem Kernbestand an internationalen Menschenrechten einen besonderen Schutz zu. Dieser ist in Verbindung mit Art. 59 II GG die Grundlage für die verfassungsrechtliche Pflicht, auch bei der Anwendung der deutschen Grundrechte die Europäische Menschenrechtskonvention in ihrer konkreten Ausgestaltung als Auslegungshilfe heranzuziehen. Solange im Rahmen geltender methodischer Standards Auslegungs- und Abwägungsspielräume eröffnet sind, trifft deutsche Gerichte die Pflicht, der konventionsgemäßen Auslegung den Vorrang zu geben. Etwas anderes gilt nur dann, wenn die Beachtung der Entscheidung des Gerichtshofs etwa wegen einer geänderten Tatsachenbasis gegen eindeutig entgegenstehendes Gesetzesrecht oder deutsche Verfassungsbestimmungen [...] auch gegen Grundrechte Dritter verstößt."[124]

Wie weit die Pflicht zur Berücksichtigung reicht, hänge „von dem Zuständigkeitsbereich der staatlichen Organe ab und von dem Spielraum, den vorrangig anwendbares Recht lässt"[125].

Auch eine weitere Frage lasse sich nicht pauschal beantworten: Ob die deutschen Gerichte verpflichtet sind, die Urteile des Gerichtshofs selbst dann zu berücksichtigen, wenn diese einen Fall betreffen, den die nationalen Gerichte bereits rechtskräftig entschieden haben[126]. Das BVerfG hält dies jedenfalls für erforderlich, „wenn eine erneute Befassung des Gerichts aufgrund neuen Antrags oder veränderter Umstände vorgesehen oder das Gericht in einer anderen Konstellation mit der Sache noch befasst ist"[127]. Dem BVerfG stehe es seinerseits frei, „abweichend von dem herkömmlichen Maßstab, die Anwendung und Auslegung völkerrechtlicher Verträge durch die Fachgerichte zu überprüfen". Zwar sei das BVerfG gemäß Art. 93 I Nr. 4 a GG darauf beschränkt, die angefochtenen Urteile auf spezifische

122 Vgl. ebd. S. 3410.
123 Vgl. ebd. S. 3411.
124 Vgl. ebd. S. 3411.
125 Vgl. ebd. S. 3408.
126 Vgl. ebd. S. 3408.
127 Vgl. ebd. S. 3410.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Verfassungsverletzungen hin zu untersuchen. Deshalb könne das BVerfG „die fachgerichtliche Auslegung und Anwendung völkerrechtlicher Abkommen" grundsätzlich ausschließlich danach beurteilen, „ob sie willkürlich sind oder auf einer grundsätzlich unrichtigen Anschauung von der Bedeutung eines Grundrechts beruhen oder mit anderen verfassungsrechtlichen Vorschriften unvereinbar sind"[128]. Allerdings stehe das BVerfG „mittelbar im Dienst der Durchsetzung des Völkerrechts". Seine Aufgabe sei es, „Verletzungen des Völkerrechts, die in der fehlerhaften Anwendung oder Nichtbeachtung völkerrechtlicher Verpflichtungen durch deutsche Gerichte liegen und eine völkerrechtliche Verantwortlichkeit Deutschlands begründen können, […] zu verhindern und zu beseitigen"[129]. Um dem zu begegnen, sei eine erweiterte fachgerichtliche Kontrolle geboten. Das gelte gerade „für die völkerrechtlichen Verpflichtungen aus der Europäischen Menschenrechtskonvention", da diese „eine gemeineuropäische Grundrechtsentwicklung" vorantreibe[130]. Ein Beschwerdeführer, der Defizite bei der Beachtung der EMRK oder der Rechtsprechung des EGMR geltend macht, kann daher vor dem BVerfG „die Missachtung dieser Berücksichtigungspflicht als Verstoß gegen das in seinem Schutzbereich berührte Grundrecht in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip rügen"[131].

IV) Ergebnis zu der Einführung in das Völkerrecht

Danach steht fest, dass die Gewährleistungen der EMRK und die Rechtsprechung des EGMR die deutsche Verfassungsinterpretation erheblich beeinflussen, ja den Inhalt und die Reichweite deutscher Grundrechte und rechtsstaatlicher Prinzipien mit definieren, die öffentliche Gewalt binden und zu einer konventionsgemäßen Auslegung verpflichten. Es erschiene daher geradezu fahrlässig, den deutschen Grundrechteschutzstandard losgelöst vom Völkerrecht bestimmen zu wollen.

128 Vgl. ebd. S. 3411.
129 Vgl. ebd. S. 3411.
130 Vgl. ebd. S. 3411.
131 Vgl. ebd. S. 3408.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

B) Das Recht auf Zugang zur Elternschaft als Menschenrecht und aus rechtsphilosophischer Perspektive: eine rechtsdogmatische Analyse des Art. 8 EMRK

Da ein supranationales Zugangsrecht auf Persönlichkeitsentwicklung durch Elternschaft richtungsweisend auch für seine Akzeptanz auf nationaler Ebene wäre, widmet sich der zweite Teil zunächst seiner Herleitung als Menschenrecht und seiner Begründung aus rechtsphilosophischer Perspektive (B), bevor der dritte Teil den Bogen zum deutschen Verfassungsrecht schlägt (C). Im Fokus der Untersuchung steht Art. 8 EMKR. Dieser ist in den vergangenen Jahren, angeleitet durch die Rechtsprechung des EGMR, zum Gegenstand ständiger Rechtsfortbildung avanciert und hat die Entwicklung forciert, einen gemeineuropäischen Konsens in den Bereichen des Privat- und Familienlebens zu etablieren.

I) Die Methodik der Konventionsauslegung

Das primäre Auslegungsorgan der EMRK ist der EGMR. Ihm steht es deshalb zu, den aktuellen Gewährleistungsgehalt der Konventionsrechte im Wandel der Zeit zu bestimmen. Der Gerichtshof legt seinen Entscheidungen die Auslegungsgrundsätze der Art. 31 ff. WVK zu Grunde. Zwar ist die EMRK bereits am 3. September 1953 und damit vor Rechtswirksamkeit der WVK am 23. Mai 1969 in Kraft getreten. Da die Auslegungsgrundsätze der WVK aber damals bereits bestehendes Völkergewohnheitsrecht kodifiziert haben, sind sie auch auf die Konvention anwendbar. Daher sind sie Maßstab für die rechtsdogmatische Analyse des Art. 8 EMRK zu der Frage, ob dieser ein Zugangsrecht auf Persönlichkeitsentwicklung durch Elternschaft begründet. Dabei handelt es sich im Kern um den üblichen Auslegungskanon von Wortlaut, Telos, Systematik und Historie, den der EGMR mit leichten Abweichungen und ergänzt durch die evolutiv-dynamische Konventionsauslegung der Exegese zu Grunde legt. Allgemeine Merkmale und Besonderheiten der Auslegungsmethoden im Einzelnen sind dem jeweiligen Kapitel zur grammatischen (II), teleologischen (III), systematischen (IV), historischen (V) und evolutiv-dynamischen (VI) Auslegung des Art. 8 EMRK vorangestellt[132]. Einer rechtsphilosophischen Begründung

132 Vgl. im Überblick *Meyer-Ladewig/Nettesheim*, in: Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer, EMRK, 4. Aufl. 2017, Einleitung, Rn. 23-39.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

widmet sich einerseits die teleologische Auslegung mit einem Exkurs zu Sinn und Zweck der Menschenrechte als Grundsatznormen personaler Autonomie im Allgemeinen und dem Recht auf Achtung des Privatlebens aus Art. 8 EMRK im Besonderen. Andererseits die systematische Auslegung mit einer Besinnung auf die Prinzipien, die als Grundpfeiler rechtsstaatlicher Verfassungstradition den Geist der Konvention ausmachen. In dieser Funktion fordern sie eine Einbeziehung des Zugangsrechts in den Menschenrechtskatalog ein. Mit Blick auf die Frage aus „welchen Gründen man Personen mittels des Fortpflanzungsmedizinrechts versagen kann, Eltern zu werden", wird dabei das Problem zu erörtern sein, „welche guten Gründe wir überhaupt dafür haben, jemandem die Stellung ‚Mutter' bzw. ‚Vater'" anzutragen.[133]

II) Die grammatische Auslegung und der Grundsatz der authentischen Konventionsauslegung

Nach Art. 31 I WVK ist ein völkerrechtlicher Vertrag nach Treu und Glauben auszulegen, und zwar in Übereinstimmung mit der gewöhnlichen, seinen Bestimmungen in ihrem Zusammenhang zukommenden Bedeutung und im Lichte seines Zieles und Zweckes. Für die Konventionsauslegung kommt es also in erster Linie auf den Wortlaut ihrer Gewährleistungen an. Die Details der Wortlautinterpretation regelt Art. 33 WVK. Danach sind die als authentisch festgelegten Sprachen in gleicher Weise maßgebend, sofern nicht der Vertrag vorsieht oder die Vertragsparteien vereinbaren, dass bei Abweichungen ein bestimmter Vertragstext vorgehen soll. Die EMRK ist ausschließlich in englischer und französischer Sprache verbindlich[134]. Zwar hat man sich mit Veröffentlichung des Ratifikationsgesetzes auf eine deutsche Fassung geeinigt (BGBl 1952 II, 685). Diese dient den deutschen Staatsorganen jedoch lediglich als Hilfsmittel; auch über Art. 33 II WVK kommt ihr nicht der Charakter einer authentischen Sprachfassung zu[135]. Nach Art. 33 III WVK wird vermutet, dass den Ausdrücken des Vertrages in Französisch und Englisch dieselbe Bedeutung zukommt. Sollte

133 *Gutmann*, Rechtsphilosophische Reflexionen, in: Arnold/Bernat/Kopetzki, Das Recht der Fortpflanzungsmedizin 2015, 2016, S. 45-61 (53).

134 *Mayer*, in: Karpenstein/Mayer, EMRK, Einleitung, Rn. 56; *Grabenwarter/Pabel,* Europäische Menschenrechtskonvention, 2021, § 5, Rn. 2.

135 *Mayer*, in: Karpenstein/Mayer, EMRK, Einleitung, Rn. 57.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ein Vergleich der Sprachfassungen dennoch zu unterschiedlichen Interpretationen führen, bestimmt Art. 33 IV WVK, dass solche Divergenzen durch Auslegung nach Art. 31 WVK (Allgemeine Auslegungsregel) und 32 WVK (Ergänzende Auslegungsmittel, insbesondere die vorbereitenden Arbeiten und Umstände des Vertragsschlusses) zu beseitigen sind. Dabei kommt einem Ausdruck nach Art. 31 IV WVK eine besondere Bedeutung zu, wenn feststeht, dass die Vertragsparteien dies beabsichtigt haben. Lässt sich der Widerspruch nicht auflösen, so ist die Bedeutung zugrunde zu legen, die unter Berücksichtigung von Ziel und Zweck des Vertrags die Wortlaute am besten miteinander in Einklang bringt. Die Stellung des Art. 31 IV WVK am Ende des Auslegungskatalogs macht allerdings deutlich, dass der Interpret nach Art. 31 I WVK vorrangig gehalten ist, „mithilfe aller authentischen Vertragsfassungen in einer harmonisierenden Interpretation zur Auflösung von Divergenzen zu gelangen“[136]. Der erneute Verweis auf das Telos in Art. 33 IV WVK, das bereits im Rahmen des Art. 31 I WVK die unterschiedlichen Auslegungsergebnisse nicht beseitigen konnte, mutet zirkelschlussartig an. Er wird aber so verstanden, „dass unter Ausschöpfung aller Anhaltspunkte auch dann zu einer am Vertragsgegenstand und am Vertragszweck orientierten Auslegung zu gelangen ist, wenn eine harmonisierende Auslegung nicht möglich ist und sich der Interpret im äußersten Fall gegen einen oder mehrere authentische Texte entscheiden muss“[137]. Bereits an dieser Stelle wird die besondere Bedeutung der teleologischen Auslegung für das Konventionsverständnis deutlich. Entscheidend ist schließlich, dass alle „Begrifflichkeiten der Konvention unabhängig vom jeweiligen nationalen Verständnis autonom“ auszulegen sind. Das erklärt sich zum einen aus der Rechtsnatur der EMRK als “law-making treaty”, zum anderen aus der Tatsache, dass der Gewährleistungsgehalt der Konvention andernfalls zur Disposition der Vertragsstaaten stünde[138]. Erläuternd *Nussberger*: “If the Court were to follow the understanding of Convention terms [...] in national law in its interpretation of the Convention articles, it would […] apply […] multiple standards, a different standard for each Member State. That is why [...] the Court has developed its own legal vocabulary, a vocabulary that it constantly refines. Autonomous interpretation is the backbone of the Court's work”[139]. Zwar bleibt das nationale Verständnis Ausgangspunkt

136 *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention, 2021, § 5, Rn. 4.
137 Vgl. ebd. § 5, Rn. 4.
138 *Mayer*, in: Karpenstein/Mayer, EMRK, Einleitung, Rn. 48.
139 *Nussberger*, The European Court of Human Rights, 2020, S. 104.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

für die Bedeutung eines Begriffs, doch überprüft und korrigiert der EGRM dieses Verständnis nach eigenen Kriterien[140].

1) Der Begriff „Achtung des Privatlebens"

Im Deutschen ist das „Privatleben" ein „im privaten Bereich, außerhalb der Öffentlichkeit oder der beruflichen Arbeit geführtes Leben"[141]. Das Englische definiert "private life" als "a person's domestic or personal life, as distinct from that relating to his or her employment, official position, public image, etc"[142]. Ähnlich das Dictionnaire de l' Académie française: "Qui est simple particulier, qui n'a aucune charge publique"[143]. All diesen Definitionen ist gemein, dass sie „Privatleben" nicht abschließend definieren. Auch der Gerichtshof hat in seiner autonomen Interpretation bestätigt, dass der Begriff weit und umfassend auszulegen ist[144]. Ebenso mehrdeutig zu verstehen sei der Begriff „Achtung": „Angesichts der Unterschiede in der Praxis und bei den tatsächlichen Gegebenheiten in den Vertragsstaaten unterscheiden sich [...] die Anforderungen, die sich jenem Begriff entnehmen lassen, von Fall zu Fall erheblich, und der den Behörden zustehende Beurteilungsspielraum kann hier größer sein als in anderen Konventionsbereichen."[145]

Aus der Zusammenschau beider Begriffe ergebe sich, dass das Recht auf Achtung des Privatlebens „einer abschließenden Definition nicht zugänglich"[146] ist, sondern als Rahmenrecht durch einzelne Fallgruppen konkretisiert wird[147]. Damit lässt der Wortlaut einen großen Spielraum für eine

140 Vgl. ebd. S. 104; ECHR No. 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72, 5370/72, 8th Jun. 1976 (Engel et al./The Netherlands), http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57479 (6.2.2021), Z. 81.

141 *Duden*, Stichwort „Privatleben", 2020.

142 *Oxford English Dictionary*, "private life", 2020.

143 *Dictionnaire de l'académie française*, 2020.

144 EGMR Nr. 6339/05, Urt. v. 10.4.2007 (Evans/Vereinigtes Königreich), NJW 2008, S. 2013-2017 (2014), Z. 71; mutatis mutandis: EGMR Nr. 2346/02, Urt. v. 29.4.2002 (Pretty/Vereinigtes Königreich), NJW 2002, S. 2851-2856 (2853), Z. 61.

145 EGMR Nr. 28957/95, Urt. v. 11.7.2002 (Christine Goodwin/Vereinigtes Königreich), NJW-RR 2004, S. 289-295 (293), Z. 72; mutatis mutandis: EGMR Nr. 25579/05, Urt. v. 16.12.2010 (A, B und C/Irland), NJW 2011, S. 2107-2112 (2111), Z. 248.

146 EGMR Nr. 2346/02, Urt. v. 29.4.2002 (Pretty/Vereinigtes Königreich), NJW 2002, S. 2851-2856 (2853), Z. 61.

147 *Pätzold*, in: Karpenstein/Mayer, EMRK, Art. 8, Rn. 5; *Meyer-Ladewig/Nettesheim*, in: Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer, EMRK, 4. Aufl. 2017, Art. 8, Rn. 7-8.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

nach teleologischen und evolutiv-dynamischen Gesichtspunkten gebotene Konkretisierung der durch Art. 8 EMRK garantierten Gewährleistungen (vgl. B, III und IV). Denn das gesellschaftliche Bewusstsein dafür, was zum Privatleben gehört und deshalb durch selbstbestimmtes Handeln und autonome Entscheidungsmacht geprägt sein sollte, ist ständig im Umbruch begriffen. Eben deshalb ist Art. 8 EMRK als Generalklausel formuliert. Seine Unbestimmtheit verbürgt seine Effektivität auch und gerade im Wandel der Zeit. Das gilt insbesondere für die Rechtfertigungsvoraussetzungen des Art. 8 II EMRK, denn, „[b]ei der Auslegung der Begriffe ‚Moral' und ‚öffentliche Ordnung' sind die Ergebnisse einer Wortlautinterpretation von vorneherein weniger vorherbestimmt"[148]. Freilich verläuft hier, wie *Grabenwarter/Pabel* anmerken, die Grenze zur dynamischen Auslegung (vgl. B, V): Denn „in diesen Fällen wird durch die Auslegung nicht das Verständnis von Begriffen weiterentwickelt. […]. Die Erweiterung liegt [...] in den tatsächlichen, vom Rechtsanwendungsorgan zu subsumierenden Bedingungen"[149].

2) Ergebnis zur grammatischen Auslegung und zum Grundsatz der authentischen Konventionsauslegung

Grundsätzlich steht der Wortlaut des Art. 8 EMRK einem in der Ausgangsfrage postulierten Recht auf Zugang zur Elternschaft nicht entgegen. Im Gegenteil soll neben der teleologischen gerade auch die Wortlautinterpretation dem Umstand Rechnung tragen, dass die EMRK als "living instrument" auszulegen und bei ihrer Interpretation deshalb „gewandelte wirtschaftliche und soziale Verhältnisse sowie Veränderungen in Bezug auf ethische Vorstellungen zu berücksichtigen [sind]"[150]. Dazu kann auch ein innerhalb der Wortlautgrenze angepasstes Verständnis der Rechtssprache an die gesellschaftliche Einstellung zu und gelebte Realität von Elternschaft als wesentlicher Bestandteil persönlicher Identität gehören.

148 *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention, 2021, § 5, Rn. 16.
149 Vgl. ebd. § 5, Rn. 16.
150 *Mayer*, in: Karpenstein/Mayer, EMRK, Einleitung, Rn. 47.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

III) Die teleologische Auslegung und der Grundsatz der effektiven Konventionsauslegung

Nach Art. 31 WVK ist ein völkerrechtlicher Vertrag stets im Lichte seines Zieles und Zweckes auszulegen. Wie ausgeführt, gilt das Telos als das gewichtigste Mittel der Konventionsauslegung[151], da es dem Charakter der EMRK als "living instrument" Rechnung trägt. Ihre Aufgabe ist es, die Menschenrechte vor allem im steten Wandel gesellschaftlicher Normen zu garantieren. Denn ebenso wie ökonomische und soziale Verhältnisse, ethische und moralische Vorstellungen, ist auch das Verständnis von Sinn und Zweck, Reichweite und Gewährleistungsgehalt der Konventionsrechte variabel[152]. Eine progressive Auslegung des Telos gebietet auch der Grundsatz der Effektivität, wonach es „von entscheidender Bedeutung [ist], die Konvention so auszulegen und anzunehmen, dass ihre Rechte praktisch und effektiv sind und nicht theoretisch und illusorisch"[153]. Der Gerichtshof sieht sich deshalb in Erweiterung zur teleologischen Auslegung zu einer evolutiv-dynamischen Interpretation der Konventionsrechte berufen (dazu VI)[154]. Da der Gerichtshof in seinen Urteilen den „aktuelle[n] Entwicklungsstand der Konvention und ihrer Protokolle"[155] wiedergibt, setzt seine Spruchpraxis den Referenzrahmen für eine sachgerechte, gegenwartsnahe teleologische Auslegung[156]. Dabei muss der Schutzzweck der Norm stets darauf abgeklopft werden, ob sich der Sinn und Zweck eines Konventionsrechts im Verlauf der Zeit durch evolutiv-dynamische Rechtsfortbildung bestätigt, reduziert, erweitert oder verlagert hat. Ob ein Recht auf Persönlichkeitsentwicklung durch Elternschaft mit dem Telos des Art. 8 EMRK vereinbar, vor diesem Hintergrund vielleicht sogar geboten erscheint, soll eine Untersuchung einschlägiger Urteile des EGMR zum Thema Elternschaft und Reproduktion zeigen. Die folgende Analyse orientiert sich in ihrer Struktur am Urteilsaufbau des Gerichtshofs. Zunächst wird unter-

151 Vgl. ebd. Rn. 49; *Schubert*, in: Franzen/Gallner/Oetker, Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht, EMRK, Art. 1, Rn. 9; *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention, 2021, § 5, Rn. 14 ff.

152 *Schubert*, in: Franzen/Gallner/Oetker, Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht, EMRK, Art. 1, Rn. 14.

153 EGMR Nr. 28957/95, Urt. v. 11.7.2002 (Christine Goodwin/Vereinigtes Königreich), NJW-RR 2004, S. 289-295 (291), Z. 74; *Nussberger*, The European Court of Human Rights, 2020, S. 74.

154 *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention, 2021, § 5, Rn. 14.

155 Urt. v. 14.10.2004 – 2 BvR 1481/04, NJW 2004, S. 3407-3412 (3409).

156 *Cremer*, in: Dörr/Grote/Marauhn, EMRK/GG, Kap. 4, Rn. 5-6.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

sucht, ob sich der Anwendungsbereich des Art. 8 I EMRK seinem Sinn und Zweck nach auf ein Zugangsrecht auf Elternschaft erstreckt (1). Darauf aufbauend wird untersucht, ob Art. 8 EMRK in dieser Funktion als reines Abwehrrecht lediglich negativ vor staatlichen Eingriffen schützt oder auch positive Handlungspflichten begründet (2). Sodann wird ermittelt, ob der Gerichtshof dem möglicherweise für ein Zugangsrecht auf Anwendungsebene sprechenden Telos auch auf Rechtfertigungsebene Rechnung trägt; er also eine schutzzweckkonforme Bewertung von Eingriffen in das Zugangsrecht nach Art. 8 II EMRK vornimmt (3). Abschließend wird Stellung bezogen zu der Frage, ob die teleologische Auslegung und der Grundsatz der effektiven Konventionsauslegung für eine Einbeziehung des Rechts auf Persönlichkeitsentwicklung durch Elternschaft in den Menschenrechtskatalog sprechen und falls ja, inwieweit der EGMR diesem Recht in seiner Spruchpraxis bereits Geltung verschafft (4).

1) Anwendungsbereich: Schutzzweckkonforme Erfassung des Zugangsrechts durch Art. 8 I EMRK

Zunächst ist zu prüfen, ob der Gerichtshof den Anwendungsbereich des Art. 8 I EMRK seinem Sinn und Zweck nach auch für ein Recht auf Zugang zur Elternschaft eröffnet sieht. Dabei ist zwischen dem Recht auf Achtung des Privatlebens und dem Recht auf Achtung des Familienlebens zu unterscheiden. Beide ergeben sich aus Art. 8 EMRK, und obwohl sie unterschiedliche Rechtsgüter schützen, könnte ein Zugangsrecht dem Telos beider Gewährleistungen entsprechen. Zunächst wird das Zugangsrecht anhand konkreter Fallbeispiele als Ausprägung des Rechts auf Achtung des Privatlebens und in Abgrenzung zum Recht auf Achtung des Familienlebens beleuchtet (a). Es folgt ein rechtsphilosophischer Exkurs zur telelogischen Ausrichtung der Menschenrechte als Grundsatznormen personaler Autonomie im Allgemeinen und des Rechts auf Achtung des Privatlebens im Besonderen (b). Darauf aufbauend wird das Zugangsrecht als Fallgruppe des Rechts auf Achtung des Privatlebens etabliert (c). Es folgt eine Evaluation des Zugangsrechts als Fallgruppe des Rechts auf Achtung des Familienlebens (d) und schließlich ein Zwischenergebnis, ob eine Einbeziehung des Zugangsrechts in den Gewährleistungsgehalt des Art. 8 Abs. I EMRK insgesamt geboten ist (e).

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

a) Das Recht auf Zugang zur Elternschaft als Fall des Rechts auf Achtung des Privatlebens

Der Schutz des Privatlebens sichert jedem Einzelnen einen autonomen Bereich privater Lebensgestaltung zu, in dem er „die ‚Entwicklung und Erfüllung' seiner Persönlichkeit anstreben" und seine Individualität wahren kann[157]. Als Rahmenrecht wird es durch Fallgruppen konkretisiert, die sich drei Kategorien zuordnen lassen: dem „Selbstbestimmungsrecht über den eigenen Körper", dem „Schutz der Privatsphäre" oder der „freie[n] Gestaltung der persönlichen Lebensführung" bzw. der „Identitätsbildung"[158]. Das Selbstbestimmungsrecht über den eigenen Körper betrifft den Schutz der physischen und psychischen Integrität, der körperlichen Unversehrtheit und sexuellen Identität, aber auch das Recht, über das eigene Geschlecht inklusive der Vornahme einer Geschlechtsumwandlung selbst zu entscheiden[159]. Der Schutz der Privatsphäre gewährleistet die freie Entfaltung der Persönlichkeit unter den modernen Bedingungen der Datenverarbeitung vor einer unbegrenzten Erhebung, Speicherung, Verwendung und Weitergabe persönlicher Daten sowie die Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme[160]. Hierzu gehört auch das Recht auf informationelle Selbstbestimmung, also die Befugnis des Einzelnen, selbst zu entscheiden, wann, wo und innerhalb welcher Grenzen persönliche Lebenssachverhalte offenbart werden[161]. Geschützt ist die Kommunikation sowohl im privaten als auch geschäftlichen Bereich. Wichtiger Teilaspekt ist das Recht auf „Selbstdarstellung", also die freie Entscheidung des Einzelnen, „in welcher Art und Weise er sich in der Öffentlichkeit darstellen und wahrgenommen werden will"[162]. Dazu gehört das Recht am eigenen Bild, am eigenen Wort und der eigenen Schrift. Geschützt sind außerdem das Recht auf Achtung des eigenen Namens und auf Kenntnis der eigenen Abstammung als Kernaspekte persönlicher Identität, ebenso die Privatheit der Sexualsphäre und Wahrung der persönlichen Ehre[163]. Ein Zugangsrecht auf Persönlich-

157 *Grabenwarter*, Europäische Menschenrechtskonvention, 2005, § 27, Rn. 6.
158 Vgl. ebd. S. 179; *Meyer-Ladewig/Nettesheim*, in: Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer, EMRK Handkommentar, 4. Aufl. 2017, Art. 8, Rn. 21 ff.
159 Vgl. ebd. S. 179; *Pätzhold*, in: Karpenstein/Mayer, Art. 8, Rn. 6-13.
160 *Grabenwarter*, Europäische Menschenrechtskonvention, 2005, § 22, Rn. 9 ff., Rn. 10; *Pätzhold*, in: Karpenstein/Mayer, Art. 8, Rn. 28-33.
161 *Pätzhold*, in: Karpenstein/Mayer, Art. 8, Rn. 24.
162 *Grabenwarter*, Europäische Menschenrechtskonvention, 2005, § 22, Rn. 11.
163 Vgl. ebd. S. 180-181; *Pätzhold*, in: Karpenstein/Mayer, Art. 8, Rn. 11, 24-27, 34-35.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

keitsentwicklung durch Elternschaft ließe sich am ehesten als Ausprägung des Rechts auf freie Gestaltung der Lebensführung fassen. Gemeint ist das Recht, sein „Leben nach den eigenen Vorstellungen ohne staatliche Einwirkung auf den individuellen Entscheidungsprozess einzurichten und zu führen“[164]. Das gilt zwar zunächst nur für „wesentliche Ausdrucksmöglichkeiten der menschlichen Persönlichkeit“[165]. Diese Einschränkung entfällt jedoch für den Schutz der sozialen Identität, also „das Recht auf Entwicklung der Persönlichkeit und darauf Beziehungen [...] zur Außenwelt herzustellen und zu entwickeln“[166]. Denn der EGMR „hat es als wesentlichen Bestandteil der Persönlichkeitsentwicklung angesehen, dass der Einzelne die Möglichkeit hat, Beziehungen zu anderen Menschen aufzunehmen“ und schützt daher „das Knüpfen, aber auch die Ablehnung zwischenmenschlicher Beziehungen [...] umfassend“[167]. Damit erfasst Art. 8 EMRK „persönliche, wirtschaftliche, berufliche und gesellschaftliche Beziehungen“[168] gleichermaßen. Nicht zuletzt dient Art. 8 EMRK dem „Schutz des besonderen Lebensstils von Minderheiten“[169]. Dass sich der Gewährleistungsgehalt des Rechts auf Achtung des Privatlebens auch auf ein Zugangsrecht erstreckt, seine Persönlichkeit durch Elternschaft zu entwickeln, belegen zahlreiche Urteile des EGMR: EGMR 6339/05 (aa), EGMR 44362/04 (bb), EGMR 25579/05 (cc), EGMR 57813/00 (dd), EGMR 25358/12 (ee).

aa) Evans vs. Vereinigtes Königreich

In *Evans vs. Vereinigtes Königreich*[170] musste sich die Beschwerdeführerin aufgrund eines Ovarialkarzinoms beide Eierstöcke entfernen lassen. Die auf In-vitro-Fertilisation (IVF) spezialisierte Klinik in England klärte die Beschwerdeführerin und ihren Lebensgefährten (J) darüber auf, dass man

164 *Grabenwarter*, Europäische Menschenrechtskonvention, 2005, § 22, Rn. 12; *Pätzhold*, in: Karpenstein/Mayer, Art. 8, Rn. 14

165 Vgl. ebd. S. 181.

166 EGMR Nr. 2346/02, Urt. v. 29.4.2002 (Pretty/Vereinigtes Königreich), NJW 2002, S. 2851-2856 (2853), Z. 61.

167 *Grabenwarter*, Europäische Menschenrechtskonvention, 2005, § 22, Rn. 13.

168 *Pätzhold*, in: Karpenstein/Mayer, Art. 8, Rn. 14; zu familiären Beziehungen vgl. *Meyer-Ladewig/Nettesheim*, in: Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer, EMRK, 4. Aufl. 2017, Art. 8, Rn. 28.

169 *Grabenwarter*, Europäische Menschenrechtskonvention, 2005, § 22, Rn. 12; *Pätzhold*, in: Karpenstein/Mayer, Art. 8, Rn. 16.

170 EGMR Nr. 6339/05, Urt. v. 10.4.2007 (Evans/Vereinigtes Königreich), NJW 2008, S. 2013-2017.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

zuvor einige Eizellen für eine künstliche Befruchtung entnehmen könne. Dafür müssten nach dem Gesetz über Human-Fertilisation und Embryologie von 1990 beide ihr Einverständnis erklären, könnten diese Erklärung aber bis zur Implantation widerrufen. J erklärte, er sei mit der Verwendung seines Spermas zur Befruchtung der Eizellen der Beschwerdeführerin einverstanden, außerdem mit der Verwendung der Embryonen für die IVF-Behandlung sowie einer Kryokonservierung für die Dauer von zehn Jahren. Auch die Beschwerdeführerin erklärte sich einverstanden. Nachdem man sechs Embryonen erzeugt und eingefroren hatte, führte die Klinik die Ovariektomie durch. Wenig später trennte sich das Paar. J widerrief sein Einverständnis und forderte die Klinik auf, die Embryonen zu vernichten. Nach Bestreiten aller staatlichen Instanzen reichte die Beschwerdeführerin schließlich Beschwerde beim EGMR ein. Als Begründung trug sie vor, das britische Recht, das es ihrem ehemaligen Partner erlaube, sein Einverständnis zur Implantation der gemeinsamen Embryonen zu widerrufen, verletze sie unter anderem in ihrem Recht aus Art. 8 EMRK.

Der Gerichtshof erklärte Art. 8 EMRK für anwendbar. Geschützt seien „Aspekte der körperlichen und sozialen Identität einer Person einschließlich des Rechts auf persönliche Autonomie und Entwicklung der Persönlichkeit sowie das Recht darauf, Beziehungen zu anderen Personen und zur Außenwelt herzustellen“[171]. Mit Verweis auf *Pretty vs. Vereinigtes Königreich* bekräftigte der EGMR zudem, dass „Art. 8 EMRK ein Recht auf Selbstbestimmung beinhaltet“, ja „die Vorstellung von der Autonomie einer Person ein wichtiger Grundsatz ist, der der Auslegung der Garantien von Art. 8 EMRK zu Grunde liegt“[172]. Dazu gehöre das „Recht auf Achtung der Entscheidung für oder gegen eine Mutter- oder Vaterschaft“[173] (“The right to respect for both the decisions to become and not to become a parent”)[174]. Und zwar nicht nur in seiner Ausprägung als Entscheidung für eine „sozial, juristisch oder auch physisch[e]“ Elternschaft, etwa durch Adoption oder Gameten-Spende, sondern gerade auch in seiner Ausprägung als Entschei-

171 Vgl. ebd. S. 2014, Z. 71.

172 Vgl. ebd. S. 2014, Z. 71 m. Verw. a. EGMR Nr. 2346/02, Urt. v. 29.4.2002 (Pretty/Vereinigtes Königreich), NJW 2002, S. 2851-2856 (2853), Z. 61.

173 EGMR Nr. 6339/05, Urt. v. 10.4.2007 (Evans/Vereinigtes Königreich), NJW 2008, S. 2013-2017 (2014), Z. 71.

174 ECHR No. 6339/05, 10th Apr. 2007 (Evans/The United Kingdom), http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-80046 (22.9.2020), PDF S. 22-23, Z. 71.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

dung für eine genetische Elternschaft[175] ("The applicant's complaint is […], that the consent provisions of the 1990 Act prevent her [...] from ever having a child to whom she is genetically related. […] this more limited issue, concerning the right to respect for the decision to become a parent in the genetic sense, also falls within the scope of Article 8")[176].

bb) Dickson vs. Vereinigtes Königreich

Im Fall *Dickson vs. Vereinigtes Königreich*[177] war den Beschwerdeführern, einem zu lebenslanger Freiheitsstrafe verurteilten Häftling und seiner vor ihm aus dem Gefängnis entlassenen Frau, eine In-vitro-Fertilisation (IVF) verweigert worden. Angesichts der frühestens zu erwartenden Entlassung des Beschwerdeführers und dem Alter der Beschwerdeführerin, erschien ein gemeinsames Kind nur noch durch extrakorporale Befruchtung möglich. Nach Ablehnung ihres Antrags auf Genehmigung einer IVF-Behandlung durch die Staatsinstanzen machten die Beschwerdeführer beim Gerichtshof unter anderem eine Verletzung ihrer Rechte aus Art. 8 EMRK geltend.

Der Gerichtshof erklärte Art. 8 EMRK für anwendbar, „da die Weigerung, den Bf. eine künstliche Befruchtung zu ermöglichen, ihr Privatleben betrifft, welches das Recht auf Achtung ihrer Entscheidung, Eltern eines von ihnen abstammenden Kindes zu werden, einschließt"[178] ("the refusal of artificial insemination facilities concerned their private and family lives, which notions incorporate the right to respect for their decision to become genetic parents")[179]. Einer Geltendmachung dieses Rechts stehe auch nicht entgegen, dass der erste Beschwerdeführer „keine Aussicht [darauf hat], [...] je am Leben [s]eines so gezeugten Kindes ‚teil[zu]nehmen'"[180]. Den

175 EGMR Nr. 6339/05, Urt. v. 10.4.2007 (Evans/Vereinigtes Königreich), NJW 2008, S. 2013-2017 (2012), Z. 72.

176 ECHR No. 6339/05, 10th Apr. 2007 (Evans/The United Kingdom), http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-80046 (22.9.2020), PDF S. 22-23, Z. 72.

177 EGMR Nr. 44362/04, Urt. v. 4.12.2007 (Dickson/Vereinigtes Königreich), NJW 2009, S. 971-976.

178 Vgl. ebd. S. 973, Z. 66.

179 ECHR Nr. 44362/04, 4th Dec. 2007 (Dickson/The United Kingdom), http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-83788 (31.3.2020), PDF S. 20, Z. 66.

180 EGMR No. 44362/04, Urt. v. 4.12.2007 (Dickson/Vereinigtes Königreich), NJW 2009, S. 971-976 (973), Z. 65.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Einwand der Regierung, „das Fehlen eines Elternteils über lange Zeit hätte negative Auswirkungen auf jedes Kind, das so in die Welt gesetzt werde, und folglich auf die Gesellschaft insgesamt", wies der EGMR zurück[181]. Zwar habe „der Staat eine positive Verpflichtung, den wirksamen Schutz von Kindern sicherzustellen". Das dürfe jedoch nicht dazu führen, „dass Partner, die [...] ein Kind in die Welt setzen möchten, daran gehindert werden, zumal die Bf. zu 2 in Freiheit war und sich [...] um ein gemeinsames Kind hätte kümmern können"[182].

cc) A, B und C vs. Irland

In *A, B u. C vs. Irland*[183] hatten zwei Beschwerdeführerinnen irischer Staatsbürgerschaft Beschwerde beim Gerichtshof mit der Begründung eingelegt, das Abtreibungsverbot aus Gründen der Gesundheit und des Wohlbefindens verletze sie in ihrem Recht aus Art. 8 EMRK. Eine dritte Beschwerdeführerin litauischer Staatsbürgerschaft rügte, dass es in Irland praktisch unmöglich sei, das verfassungsmäßig garantierte Recht auf Abtreibung im Falle einer Lebensgefahr für die Frau wahrzunehmen.

Der EGMR erklärte Art. 8 EMRK für anwendbar. Zur Begründung verwies er erneut auf *Pretty vs. Vereinigtes Königreich*, wonach das Recht auf Achtung des Privatlebens die „persönliche Autonomie" und selbstbestimmte „Entwicklung der Persönlichkeit" schützt[184]. Außerdem auf *Christine Goodwin vs. Vereinigtes Königreich*[185]. Danach „macht die Achtung der Würde und der Freiheit des Menschen das Wesen der Konvention aus". Der Gerichtshof konkretisiert: „In Art. 8 EMRK insbesondere, wo die Vorstellung von der Autonomie einer Person ein wichtiger Grundsatz ist, der der Auslegung seiner Einzelgarantien zu Grunde liegt, wird der persönliche Lebensbereich jedes Menschen geschützt, einschließlich des Rechts, seine Identität als Individuum im Einzelnen auszumachen und festzulegen."[186] Zu den „wesentliche[n] Ausdrucksmöglichkeit[en] der menschlichen Per-

181 Vgl. ebd. S. 974, Z. 76.
182 Vgl. ebd. S. 973, Z. 76.
183 EGMR Nr. 25579/05, Urt. v. 16.12.2010 (A, B und C/Irland), NJW 2011, S. 2107-2112.
184 Vgl. ebd. S. 2108, Z. 212.
185 Vgl. ebd. S. 2109, Z. 234.
186 EGMR Nr. 28957/95 (Christine Goodwin/Vereinigtes Königreich), NJW-RR 2004, S. 289-295 (293), Z. 90.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

sönlichkeit“[187] gehört auch, so der Gerichtshof in *A, B u. C vs. Irland*, die „Entscheidung, ein Kind zu haben oder nicht oder natürliche Eltern zu werden“[188] (“the notion of ‘private life’ […] is a broad concept which encompasses, inter alia, the right to personal autonomy and personal development [...]. It concerns subjects such as gender identification, sexual orientation and sexual life [...], a person’s physical and psychological integrity [...] as well as decisions both to have and not to have a child or to become genetic parents”)[189].

dd) S.H. u.a. vs. Österreich

In *S.H. u.a. vs. Österreich*[190] reichten zwei Paare Beschwerde ein. Beim ersten Paar litt die Ehefrau unter eileiterbedingter Sterilität. Ihr Ehemann war unfruchtbar. Zur Fortpflanzung hätte man der Beschwerdeführerin Eizellen entnehmen, sie in-vitro mit Spendersamen befruchten und implantieren müssen. Beim zweiten Paar litt die Ehefrau an einer Gonadendysgenesie. Zur Fortpflanzung hätte man Spender-Eizellen mit den Samenzellen ihres Mannes befruchten und ihr einsetzen müssen. Beide Fortpflanzungsmethoden waren zum Zeitpunkt, als die Beschwerde erhoben wurde, verboten. Nach § 3 ÖstFMedG$_{alt}$ war die Verwendung von Spendersamen nur in-vivo zulässig, die Verwendung von Spender-Eizellen ganz verboten.

Der Gerichtshof erklärte Art. 8 EMRK für anwendbar. Das Recht auf Achtung des Privatlebens umfasse „das Recht des Einzelnen, Beziehungen zu anderen Menschen aufzunehmen und zu entwickeln“, das „Recht auf persönliche Entwicklung“ und das „Recht auf Selbstbestimmung“ (“the right to ‘personal development’ […] or the right to self determination as such”)[191]. Auch das „Recht des Paares, ein Kind zu empfangen und dazu

187 EGMR Nr. 25579/05, Urt. v. 16.12.2010 (A, B und C/Irland), NJW 2011, S. 2107-2112, Z. 234 m. Verw. a. EGMR Nr. 7525/76, Urt. v. 22.10.1981 (Dudgeon/Vereinigtes Königreich), NJW 1984, S. 541-544 (543).

188 EGMR Nr. 25579/05, Urt. v. 16.12.2010 (A, B und C/Irland), NJW 2011, S. 2107-2112 (2108), Z. 212.

189 ECHR No. 25579/05, 16th Dec. 2010 (A, B, C/Ireland), http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-102332 (29.1.2020), PDF S. 59, Z. 212.

190 EGMR Nr. 57813/00, Urt. v. 3.11.2011 (S.H. u.a./Österreich), NJW 2012, S. 207-213; vgl. *Rütsche/Wildhaber*, Kammerbesprechung zu S.H. u.a. vs. Österreich, AJP 2010, S. 803-808.

191 ECHR No. 57813/00, 3th Nov. 2011 (S.H. et al./Austria), http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-107325 (29.1.2020), PDF S. 17, Z. 80.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

die medizinisch unterstützte Fortpflanzung zu nutzen", sei erfasst[192] ("as such a choice is an expression of private and family life")[193]. Ebenso das „Recht auf Achtung der Entscheidung, Eltern zu werden oder nicht"[194]. Zur Begründung verwies der Gerichtshof auf *Pretty vs. Vereinigtes Königreich*, *Evans vs. Vereinigtes Königreich*, *Dickson vs. Vereinigtes Königreich* und *A, B und C vs. Irland*. Überdies machte es durch seine Aufschlüsselung nach dem „Recht auf Achtung der Entscheidung, Eltern zu werden" einerseits ("the right to respect for the decisions both to have and not to have a child") und dem Recht auf „Achtung [...] [der] Entscheidung [...], Eltern eines [...] [von einem selbst] abstammenden Kindes zu werden" andererseits ("the right to respect for their decision to become genetic parents") erneut auf den Schutzauftrag des Art. 8 I EMRK für soziale und genetische Eltern-Kind-Beziehungen aufmerksam[195].

ee) Paradiso u. Campanelli vs. Italien

In *Paradiso u. Campanelli vs. Italien*[196] hatte ein Ehepaar italienischer Abstammung eine russische Leihmutter beauftragt. Das Kind kam im Februar 2011 in Moskau zur Welt. Im April reiste die Ehefrau (erste Beschwerdeführerin) mit dem Kind nach Italien. Noch im Mai desselben Jahres erging ein Hinweis des italienischen Konsulats in Moskau an das Jugendgericht Campobasso, wonach die Geburtsunterlagen falsche Angaben enthielten. Zudem zeigte ein DNA-Test, dass der Ehemann (zweiter Beschwerdeführer) nicht der leibliche Vater des Kindes war. Daraufhin gab das Jugendamt das Kind im Oktober 2011 zur Adoption frei. Das Kind wurde den Bf. weggenommen und in einem Heim untergebracht. Seit 2013 lebt es bei Pflegeeltern.

Der Gerichtshof betonte einmal mehr, dass „Privatleben" weit zu verstehen sei: "The Court reiterates that the notion of 'private life' within the

192 EGMR Nr. 57813/00, Urt. v. 3.11.2011 (S.H. u.a./Österreich), NJW 2012, S. 207-213 (208), Z. 82.
193 ECHR No. 57813/00, 3th Nov. 2011 (S.H. et al./Austria), http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-107325 (31.3.2020), PDF S. 17, Z. 82.
194 EGMR Nr. 57813/00, Urt. v. 3.11.2011 (S.H. u.a./Österreich), NJW 2012, S. 207-213 (209), Z. 80.
195 Vgl. ebd. S. 208-209, Z. 80-81.
196 EGMR 25358/12, Urt. v. 24.1.2017 (Paradiso u. Campanelli/Italien), NJW 2017, S. 941-946.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

meaning of Article 8 of the Convention is a broad concept which does not lend itself to exhaustive definition. It covers the physical and psychological integrity of a person [...] and, to a certain degree, the right to establish and develop relationships with other human beings [...]. […]. The concept of private life also encompasses the right to 'personal development' or the right to self-determination (see *Pretty v. the United Kingdom* […]), and the right to respect for the decisions both to have and not to have a child (see *Evans v. the United Kingdom* […], and *A, B and C v. Ireland* [...])"[197].

Mit Blick auf den vorliegenden Fall stellte die Große Kammer darüber hinaus fest, und dabei tritt der Standpunkt des EGMR für ein Recht auf Zugang zur Elternschaft besonders deutlich zu Tage, dass das Recht auf Achtung des Privatlebens den Wunsch der Eltern schützt, „Kinder zu haben und zu diesen eine Beziehung aufzubauen"[198]. Die individuelle Entwicklung eines Menschen durch die Beziehung zum eigenen Kind[199] sei wesentlicher Bestandteil seiner Identität und zentraler Aspekt der Persönlichkeit. Das gleiche gelte für die Möglichkeit, „ein Kind zu lieben und aufzuziehen"[200]. Das Recht auf Achtung des Privatlebens vermittele den Grundrechtsträgern sowohl ein Recht auf „Achtung ihrer Entscheidung, Eltern zu werden", als auch ein Recht „auf [...] persönliche Entwicklung durch die Elternrolle, die sie gegenüber dem Kind einnehmen [...]"[201] ("the right to respect for the applicants' decision to become parents [...], and the applicants' personal development through the role of parents that they wished to assume vis-à-vis the child")[202]. Dieses Recht sei nicht erst berührt „[w]enn [...] biologische oder rechtliche Beziehungen Bindungen zwischen Erwachsenen und einem Kind [begründen]". Genügen würden vielmehr bereits die „emotionale[n] Bindungen zwischen einem Erwachsenen und einem Kind außerhalb einer klassischen Verwandtschaft"[203]: "The Court considers that there is no

197 ECHR No. 25358/12, 24th Jan. 2017 (Paradiso a. Campanelli/Italy), http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-170359 (31.3.2020), PDF S. 39, Z. 159.

198 *Sanders*, Was ist eine Familie? – Der EGMR und die Mehrelternschaft, NJW 2017, S. 925-927 (925).

199 EGMR Nr. 25358/12, Urt. v. 24.1.2017 (Paradiso u. Campanelli/Italien), NJW 2017, S. 941-946 (945), Z. 198: "right to personal development through their relationship with the child".

200 Vgl. ebd. S. 944, Z. 163.

201 Vgl. ebd. S. 944, Z. 163.

202 ECHR No. 25358/12, 24th Jan. 2017 (Paradiso a. Campanelli/Italy), http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-170359 (31.3.2020), PDF S. 40, Z. 163.

203 EGMR Nr. 25358/12, Urt. v. 24.1.2017 (Paradiso u. Campanelli/Italien), NJW 2017, S. 941-946 (944), Z. 161.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

valid reason to understand the concept of 'private life' as excluding the emotional bonds created and developed between an adult and a child in situations other than the classic situations of kinship. This type of bond also pertains to individuals' life and social identity. In certain cases involving a relationship between adults and a child where there are no biological or legal ties the facts may nonetheless fall within the scope of 'private life'"[204]. Damit erkennt der Gerichtshof im Grunde neben der leiblichen auch die Schutzwürdigkeit einer „nur" sozialen Elternschaft an, da auch „solche Bindungen [...] [gleichsam] zum Leben und zur sozialen Identität einer Person [gehören]"[205]. Um dies zu veranschaulichen, verweist er auf *X vs. Switzerland* (EGMR Nr. 8257/78). Dort hatte ein Paar die befreundete Beschwerdeführerin damit betraut, ihr Kind als das eigene großzuziehen. Jahre später wollte es ihr die Fürsorge wieder entziehen, um selbst die Elternverantwortung zu tragen. Der Gerichthof erklärte Art. 8 EMRK zugunsten der Beschwerdeführerin für anwendbar, da sie trotz fehlender genetischer Verbindung tiefe emotionale Bande zu dem Kind aufgebaut habe.

In *Paradiso u. Campanelli vs. Italien* sieht der Gerichtshof nun den Anwendungsbereich des Rechts auf Achtung des Privatlebens auch zugunsten der Wunscheltern für eröffnet an: "In the present case, the Court notes that the applicants had a genuine intention to become parents, initially by attempts to conceive via *in vitro* fertilisation, then by applying for and obtaining formal approval to adopt, and, lastly, by turning to ova donation and the use of a surrogate mother. A major part of their lives was focused on realizing their plan to become parents, in order to love and bring up a child"[206]. Zwar gebe die Konvention „kein Recht, Eltern zu werden", gleichwohl dürfe „die emotionale Härte für Personen, deren Wunsch, Eltern zu werden, nicht erfüllt wurde oder nicht erfüllt werden konnte", nicht unterschätzt werden[207]. Der Gerichtshof spricht von einem "parental project", das für sich genommen zwar nicht ausreiche, um eine de-facto Familie zu begründen (dazu sogleich), wohl aber die Beschwerdeführerin

204 ECHR No. 25358/12, 24th Jan. 2017 (Paradiso a. Campanelli/Italy), http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-170359 (31.3.2020), PDF S. 39, Z. 161.
205 EGMR Nr. 25358/12, Urt. v. 24.1.2017 (Paradiso u. Campanelli/Italien), NJW 2017, S. 941-946 (944), Z. 161.
206 ECHR No. 25358/12, 24th Jan. 2017 (Paradiso a. Campanelli/Italy), http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-170359 (31.3.2020), PDF S. 40, Z. 163.
207 EGMR 25358/12, Urt. v. 24.1.2017 (Paradiso u. Campanelli/Italien), NJW 2017, S. 941-946 (946), Z. 215.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

in ihrem Recht auf Achtung des Privatlebens betreffe[208]. Denn geschützt sei die selbstbestimmte Entscheidung des Einzelnen auf eine Persönlichkeitsentwicklung durch die Beziehung zum gewünschten Kind. Zugleich stellt der Gerichtshof auf den erheblichen Leidensdruck ab, den unfreiwillig kinderlose Paare zu erdulden haben. Berücksichtigt man den Umstand, dass das Recht auf Achtung des Privatlebens das physische *und* psychische Wohlergehen schützt, erscheint eine Einbeziehung der Wunschelternschaft in den Anwendungsbereich des Rechts auf Achtung des Privatlebens auch deshalb zwecknotwendig.

In *Paradiso u. Campanelli vs. Italien* hatte sich der Gerichtshof zunächst der Frage gewidmet, ob der Sachverhalt in den Anwendungsbereich des Rechts auf Achtung des Familienlebens fällt. Darauf wird noch einzugehen sein (vgl. B, III, 1, c). Da sich aber aus der Argumentation des Gerichtshofs zum Recht auf Achtung des Familienlebens Rückschlüsse darauf ziehen lassen, wie er ein Zugangsrecht als Variante des Rechts auf Achtung des Privatlebens bewertet, sei an dieser Stelle im Vorgriff dargelegt, was der Gerichtshof unter „Familie" versteht: "The notion of 'family' in Article 8 concerns marriage-based relationships"[209]; außerdem jede Beziehung „zwischen einem oder zwei Erwachsenen mit einem Kind, das mit ihnen [...] leiblich verwandt oder durch eine rechtlich anerkannte Beziehung verbunden ist"[210]. Erfasst sei überdies die de-facto Familie ("other *de facto* 'family ties' where the parties are living together outside marriage or where other factors demonstrated that the relationship had sufficient constancy")[211]. Das setze „eine echte persönliche Bindung" zwischen den Beteiligten voraus[212]: "The Court accepts, in certain situations, the existence of *de facto* family life between an adult or adults and a child in the absence of biological ties or a recognised legal tie, provided that there are genuine personal ties"[213]. Ob eine Eltern-Kind-Beziehung als de-facto Familie in den Schutzbereich

208 ECHR No. 25358/12, 24th Jan. 2017 (Paradiso a. Campanelli/Italy), http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-170359 (31.3.2020), PDF S. 38, Z. 157.
209 ECHR No. 25358/12, 24th Jan. 2017 (Paradiso a. Campanelli/Italy), http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-170359 (31.3.2020), PDF S. 35, Z. 140.
210 EGMR Nr. 25358/12, Urt. v. 24.1.2017 (Paradiso u. Campanelli/Italien), NJW 2017, S. 941-946 (943), Z. 148.
211 ECHR No. 25358/12, 24th Jan. 2017 (Paradiso a. Campanelli/Italy), http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-170359 (31.3.2020), PDF S. 35, Z. 140.
212 EGMR Nr. 25358/12, Urt. v. 24.1.2017 (Paradiso u. Campanelli/Italien), NJW 2017, S. 941-946 (943), Z. 148.
213 ECHR No. 25358/12, 24th Jan. 2017 (Paradiso a. Campanelli/Italy), http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-170359 (31.3.2020), PDF S. 36, Z. 148.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

des Rechts auf Achtung des Familienlebens fällt, sei abhängig von der „Qualität der Bindung, [...] [der] Rolle der Bf. gegenüber dem Kind und [...] [der] Dauer ihres Zusammenlebens“[214] (“The existence or non-existence of ‘family life’ is essentially a question of fact”)[215]. Angewandt auf *Paradiso u. Campanelli vs. Italien* kommt der Gerichtshof zu dem Schluss: “Having regard to […] the absence of any biological tie between the child and the intended parents, the short duration of the relationship with the child and the uncertainty of the ties from a legal perspective, and in spite of the existence of a parental project and the quality of the emotional bonds, the Court considers that the conditions enabling it to conclude that there existed a *de facto* family have not been met”.[216] Diese Begründung führt zu einem Zirkelschluss. Denn, indem der Gerichtshof die Qualität der persönlichen Bindung nicht unwesentlich danach bemisst, ob die Elternschaft biologisch/genetisch begründet ist, bzw. ob die Zeugung rechtlich legitimiert war, und dahinter sowohl den lang gehegten Wunsch zur Elternschaft, der zur Existenz des Kindes überhaupt erst geführt hat, das “parental project”, als auch die unmittelbar nach der Geburt initiierte und immerhin für sechs Monate bereits unter Beweis gestellte Bereitschaft zur dauerhaften Übernahme der emotionalen Fürsorge und sozialen Elternverantwortung zurücktreten lässt, stellt er an das Vorliegen einer de-facto Familie nicht viel andere Anforderungen wie an das Vorliegen einer durch Abstammung begründeten Familie. Dass der EGMR der „Bemühung der Wunscheltern um das Kind“ für den Schutz des Familienlebens keine tragende Relevanz zuspricht und sich vielmehr der Frage entzieht, ob nicht aus der durch die Einleitung reproduktionsmedizinischer Maßnahmen erwachsenden „Verantwortung für die Entstehung des Kindes auch gewisse Rechte an dem Kind folgen können“[217], zeigt, dass es ihm bei dieser Gewährleistung

214 EGMR Nr. 25358/12, Urt. v. 24.1.2017 (Paradiso u. Campanelli/Italien), NJW 2017, S. 941-946 (943), Z. 151.

215 ECHR No. 25358/12, 24th Jan. 2017 (Paradiso a. Campanelli/Italy), http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-170359 (31.3.2020), PDF S. 35, Z. 140.

216 Vgl. ebd. S. 38, Z. 157.

217 *Sanders*, Was ist eine Familie? – Der EGMR und die Mehrelternschaft, NJW 2017, S. 925-927 (926).

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

nach wie vor schwer fällt, traditionelle Denkmuster zu verlassen[218]. Der EGMR mag also zwar beteuern, für die Einordnung als Familienleben käme es „allein auf die soziale, tatsächliche Beziehung zwischen Eltern und Kind"[219] an. In *Paradiso und Campanelli vs. Italien* jedoch folgt er dem nicht. Seiner dortigen Argumentation nach schützt das Recht auf Achtung des Familienlebens nicht ausschließlich, aber doch primär die leibliche oder rechtlich „legitimierte" Eltern-Kind-Beziehung (zur gefährlichen Abgrenzung zwischen legitimer und illegitimer Familie, die an die einstige Benachteiligung von unehelichen gegenüber ehelichen Kindern erinnert vgl. B, VI, 1, d, dd) und damit indirekt die ohne fortpflanzungsmedizinische Methoden begründete Familie, wie sie am häufigsten bei heterosexuellen Paaren vorkommt.

Im Umkehrschluss lassen sich Erkenntnisse für ein Zugangsrecht als Ausprägung des Rechts auf Achtung des Privatlebens gewinnen: Denn wenn der Gerichtshof anführt, dass darunter auch solche Bande fallen, die „ohne biologische oder rechtliche Beziehungen [...] zwischen Erwachsenen und einem Kind bestehen", lässt sich diese Aussage gerade in Abgrenzung zum Recht auf Achtung des Familienlebens werten. Danach stellt das Recht auf Achtung des Privatlebens als Erweiterung des Rechts auf Achtung des Familienlebens weniger auf „natürliche" Gegebenheiten ab als vielmehr auf die selbstbestimmte Entscheidung, eine Verantwortungs- und Fürsorgebeziehung einzugehen, eine soziale Wirklichkeit also selbst zu schaffen, losgelöst von determinierenden Faktoren wie Abstammung, Ehestand und sexueller Orientierung. Damit liegt dem Recht auf Achtung des Privatlebens tendenziell eine autonome, auf die ernsthafte Entscheidung einer Person zur Übernahme der Elternverantwortung abstellende Konzeption zugrun-

218 Kritisch auch *Sanders*, Was ist eine Familie? – Der EGMR und die Mehrelternschaft, NJW 2017, S. 925-927 (926): „Dies gibt Anlass, sich mit der Stellung der Wunscheltern auseinanderzusetzen. Zwar tragen diese das Kind nicht selbst aus und teilen kein genetisches Material mit ihm, doch wäre das Kind ohne ihr Tun nicht entstanden. Insofern kommt ihnen eine ähnliche Verantwortung für die Entstehung des Kindes zu wie dem Mann und der Frau, die ein Kind im gemeinsamen Geschlechtsverkehr zeugen, auch wenn diese gleichzeitig noch die genetischen Eltern des Kindes sind."

219 Vgl. ebd. S. 926; m.w.N. *Meyer-Ladewig/Nettesheim*, in: Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer, EMRK, 4. Aufl. 2017, Art. 8, Rn. 54: „Der EMRK liegt das Konzept einer durch soziale Verbindungen begründeten Familie zugrunde; biologische oder rechtliche Beziehungen sind allein nicht maßgeblich. […]. Es spielt keine Rolle, ob die Eltern verheiratet sind oder nicht; […]. Die Beziehungen von Verlobten und von nichtehelichen Partnern werden geschützt."

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

de. Dagegen fußt das Recht auf Achtung des Familienlebens eher auf einer heteronomen, an „biologische[n] oder sozial konstruierte[n] Vorstellungen von ‚Natürlichkeit'"[220] festhaltenden, Auffassung von der Schutzwürdigkeit einer Eltern-Kind-Beziehung.

b) Exkurs: Das Recht auf Achtung des Privatlebens als Grundsatznorm personaler Autonomie

Die aufgeführten Entscheidungen sind Zeugnis einer veränderten Auslegungspraxis des Gerichtshofs. Er begreift die Menschenwürde zunehmend als normative Grundlage für den Gehalt und die Weiterentwicklung von Menschenrechten und das Recht auf Achtung des Privatlebens als zentrales Triebwerk dieses Prinzips. Während das Privatleben in radikaler Eigendynamik ständig neue Ausprägungen hervorbringt, bemüht sich der Gerichtshof, den gleichen Achtungsanspruch vor der Würde des Einzelnen auch angesichts der wachsenden Pluralität individueller Lebensentwürfe einzulösen. In anderen Worten: Der Gerichtshof beginnt, Art. 8 EMRK als Grundsatznorm personaler Autonomie auszulegen. Zur Prüfung dieser These wird im Folgenden zunächst zu Inhalt und Funktion des Würdebegriffs im menschenrechtlichen Kontext Stellung bezogen (aa). Sodann wird das Verhältnis der Menschenwürde zu den Menschenrechten im Allgemeinen untersucht (bb). Es folgt eine Bilanz, ob und in welchem Umfang der EGMR der Menschenwürde Orientierungswirkung für die Auslegung des Rechts auf Achtung des Privatlebens im Besonderen zuspricht, bzw. ob demnach eine Erfassung des in der jüngsten Spruchpraxis des EGMR bereits angelegten Rechts auf Zugang zur Elternschaft durch Art. 8 EMRK teleologisch begründet erscheint (cc).

aa) Der Inhalt des Würdebegriffs im menschenrechtlichen Kontext

Zwar lässt sich Menschenwürde, wie *Pollmann* schreibt, je nach Kontext sehr „unterschiedliche[n] inhaltliche[n] Ausdeutungen" zuführen. Und richtig ist sicherlich auch, dass „selbst wenn es [...] einen globalen Konsens über die Dringlichkeit und den Wert der Menschenwürde geben sollte", die

220 *Gutmann*, Rechtsphilosophische Reflexionen, in: Arnold/Bernat/Kopetzki, Das Recht der Fortpflanzungsmedizin 2015, 2016, S. 45-61 (54).

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Menschheit noch weit davon entfernt ist, den „Streit über den richtigen Gebrauch des Würdebegriffs" zu entscheiden[221]. Vielmehr beweist, wie *Lohmann* schreibt „die seit gut 60 Jahren andauernde Interpretationsgeschichte [...], wie sehr der Würdebegriff, [...] immer wieder neu nach begrifflicher Klärung" verlange[222]. Gleichwohl scheint man sich auf Ebene des menschenrechtlich relevanten Völkerrechts einer inhaltlichen Kernaussage des Würdebegriffs anzunähern.

So muss nach *Lohmann* der menschenrechtliche Würdebegriff zunächst die Voraussetzungen erfüllen, „die auch den Menschenrechten ganz allgemein zugeschrieben werden". Danach kommen Menschenrechte genau wie die durch sie in Bezug genommene Würde „allen Menschen (Universalität) in der gleichen Weise (Egalität) zu, ohne dass diese dafür besondere [...] Bedingungen zu erbringen haben (Kategorizität), außer dass sie Menschen sind, und sie kommen jedem einzelnen Menschen als Individuum zu (Individualität)"[223]. Bezugspunkt der Menschenrechte sei daher eine allgemeine, dem Einzelnen unabhängig von „konkreten kulturellen oder sozialen Leistungen" kraft seines Menschseins zustehende Würde. Eine Würde also, die an Fähigkeiten anknüpft, die das Menschsein derart prägen, „dass nur auf ihrer Basis und bei ihrer vorrangigen Beachtung menschliches Leben überhaupt für den Einzelnen einen Wert haben kann"[224]. Konkret meine das die „Fähigkeiten des Menschen zu freier, überlegter Selbstbestimmung" und „die damit gegebenen Möglichkeiten gleicher Selbstachtung und Selbstwertschätzung"[225]. Kerngehalt der Würdegarantie im Menschenrecht sei demnach mit *Pollmann* „die gleiche Ermöglichung der Ausübung freier, überlegter Selbstbestimmung aller einzelnen Menschen, und zwar unabhängig davon, wie weit im Einzelnen diese Selbstbestimmung abgebildet ist"[226]. Kurz: „Ein menschenwürdiges Leben ist ein in freier Selbstbestimmung geführtes Leben"[227]. Auch *Düwell* deutet den Würdebegriff im

221 Vgl. ebd. S. 33.
222 *Lohmann*, Die rechtsverbürgende Kraft der Menschenrechte, ZfMR 2010, S. 46-63 (49).
223 Vgl. ebd. S. 49.
224 Vgl. ebd. S. 50.
225 Vgl. ebd. S. 51.
226 Vgl ebd. S. 52; vgl. *Pollmann*, Würde nach Maß, Dtsch. Z. Philos. 2005 (53/4), S. 611-619.
227 *Lohmann*, Die rechtsverbürgende Kraft der Menschenrechte, ZfMR 2010, S. 46-63 (52).

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Menschenrecht als die „Befähigung zu autonomer Lebensgestaltung“[228]. Nach seinem Konzept, das er mit *Beyleveld* und *Bronwsword* als “Human Dignity as Empowerment” bezeichnet, ist es Inbegriff der Menschenwürde, „den Wert eines selbstbestimmten Lebens zum Ausdruck zu bringen“. Da sich dieser „moralische Schutz“ aber „nur auf etwas beziehen [könne], das Gegenstand menschlichen Handelns ist“ und es unmöglich sei, „durch eigenes Handeln […] das selbstbestimmte Leben eines Anderen [zu] *bewirken*“, richte sich der Schutz nicht auf „das selbstbestimmte Leben als solches“, sondern auf die „Güter, die erforderlich sind, um zu einem selbstbestimmten Leben zu befähigen“.[229] Angetrieben durch diesen Würdebegriff sollen die Menschenrechte diejenigen Güter schützen, die gemessen an den jeweiligen Umständen im Verlauf der Zeit „zu den Bedingungen selbstbestimmten und gelingenden Lebens zählen“. Dies führe zu einer „Verpflichtung, Menschen positiv bei der Ermöglichung selbstbestimmten Lebens zu unterstützen“ und habe zur Folge, „dass Verletzungen der Menschenrechte immer auch die Menschenwürde betreffen“[230]. Damit sieht sich *Düwell* auf einer Linie mit *Kants* Selbstzweckformel, wonach der Mensch „Zweck an sich selbst“ ist[231]. Als Element seiner Menschenwürde müsse das vernunftbegabte Wesen in der Lage sein, rationale Entscheidungen zum Kernbereich seiner Persönlichkeit selbstbestimmt zu treffen[232]. Vor diesem Hintergrund ließen sich die Menschenrechte „als Ausformulierungen dessen verstehen, was notwendig ist, den Menschen entsprechend [als Zweck an sich selbst] zu behandeln“[233]. Nur „weil es einen unbedingten Wert hat, ein selbstbestimmtes Leben zu führen“, sei „auch die andere Formulierung des Kategorischen Imperativs berechtigt, nach der wir unsere ‚Maximen‘ unter dem Gesichtspunkt ihrer ‚Tauglichkeit‘ als ‚allgemeine Gesetze‘ prüfen sollen“[234]. Damit folgt *Düwell Lohmann*, wenn dieser die „Fähigkeiten zur Selbstbestimmung“ als „notwendige Voraussetzungen für

228 *Düwell*, Menschenwürde als Grundlage der Menschenrechte, ZfMR 2010 (1), S. 64-79 (73).
229 Vgl. ebd. S. 75-76.
230 Vgl. ebd. S. 76.
231 *Kant*, Die Autonomie des Willens als oberstes Prinzip der Sittlichkeit, in: Ders., Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, 1785, S. 63.
232 *Düwell*, Menschenwürde als Grundlage der Menschenrechte, ZfMR 2010 (1), S. 64-79 (77).
233 Vgl. ebd. S. 77.
234 Vgl. ebd. S. 77.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

eine universelle Achtungsmoral" bezeichnet[235]. Demnach ist nur ein selbstbestimmter Mensch imstande, einerseits die seinen Handlungen zugrunde liegenden Prinzipien rational zu prüfen und andererseits seinen moralischen Kompass und sein Verhalten dieser Erkenntnis nach auszurichten. Oder wie *Nussbaum* schreibt, „seine Prinzipien daraufhin [zu] testen, ob sie als universelle Naturgesetze gedacht werden können"[236]. Dazu sei der Mensch nach *Kant* „wiederum [...] verpflichtet, weil die Universalisierung jene Maxime ist, an der ein wahrhaft rational handelndes Wesen sein Handeln ausrichten würde". Dieser Anspruch könne aber „nur dann normativ verpflichtend sein, wenn es an sich selbst wertvoll ist, ein rationales Wesen zu sein"[237].

Einen etwas anderen Ansatz verfolgt *Nussbaum*. Sie lehnt in Abgrenzung zum stoischen Würdekonzept, das „den kantischen Gedanken ein[schließt] (und vielleicht dessen Grundlage)" ist[238], die Vorstellung ab, dass die Fähigkeiten zu rationalem Denken und praktischer Vernunft „alles sind, was jemand benötigt, um vollständig zu sein"[239]. Vielmehr sei der Mensch „mit Fähigkeiten zu zahlreichen Formen der Aktivität und des Strebens ausgestattet"[240]. Doch diese Fähigkeiten seien in ihrer Entwicklung von äußeren Gegebenheiten abhängig, „um sie in tatsächliche Betätigungsmöglichkeiten zu verwandeln"[241]. Den Bezugspunkt der Menschenwürde sieht *Nussbaum* daher in der Garantie von Minimalbedingungen zur Entfaltung dieses Potenzials, ergo in den „Möglichkeiten zur Entwicklung und Ausübung der bedeutenden menschlichen Fähigkeiten"[242], darunter „Empfindungsfähigkeit, alltägliches (nicht moralisches) Überlegen, Gefühle und die Fähigkeit zu Liebe und Sorge"[243]. Ebenso die Fähigkeit des „intentionalen Handelns

235 *Lohmann*, Die rechtsverbürgende Kraft der Menschenrechte, ZfMR 2010 (1), S. 46-63 (51).
236 *Nussbaum*, Menschenwürde und politische Ansprüche, ZfMR 2010 (1), S. 80-97 (82).
237 *Düwell*, Menschenwürde als Grundlage der Menschenrechte, ZfMR 2010 (1), S. 64-79 (77).
238 *Nussbaum*, Menschenwürde und politische Ansprüche, ZfMR 2010 (1), S. 80-97(81).
239 Vgl. ebd. S. 87.
240 Vgl. ebd. S. 87.
241 Vgl. ebd. S. 86.
242 Vgl. ebd. S. 88; zu den „Grundfähigkeiten", deren Entfaltung jedem Menschen zu einem bestimmten Grad möglich sein muss, um ein minimal lebenswertes Leben zu garantieren vgl. *Nussbaum*, Die Grenzen der Gerechtigkeit, 2014; *Nussbaum*, Woman and Human Development, 2000.
243 Vgl. ebd. S. 83.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

und Entscheidens“[244]. Positiv verlange die Achtung der Würde, „günstige Bedingungen für Entwicklungs- und Entscheidungsmöglichkeiten zu schaffen“, um dem Einzelnen zu erlauben, „sich auf eine der Würde dieser Fähigkeiten angemessene Weise zu entwickeln“[245]. Negativ gehe für den Staat die Pflicht einher, seinen Bürgern kein allgemeines Würdekonzept zu oktroyieren, sondern die Entscheidung des Einzelnen zu Kernaspekten seiner persönlichen Identität zu respektieren. Im Ergebnis also bleibt festzuhalten: Inhalt und Funktion der Menschenwürde im Menschenrecht ist eine – wie auch immer breit gefächerte – Bef*ähigung* zu autonomer Lebensgestaltung.

bb) Das Verhältnis der Menschenwürde zu den Menschenrechten

Ob und inwieweit dieses Würdekonzept Einfluss nimmt auf das Konventionsverständnis im Allgemeinen und das Recht auf Achtung des Privatlebens im Besonderen, bemisst sich nach dem Verhältnis, in dem Menschenwürde und Menschenrechten zueinander stehen[246]:

Ein Großteil des Völkerrechts versteht die Menschenwürde als „normative Basis“ oder „Ableitungsgrund, aus dem sich die Menschenrechte geradezu zwangsläufig ergeben“[247]. Es spricht deshalb „gleich zu Beginn und wie selbstverständlich von einer dem Menschen *qua* Menschsein ‚innewohnenden Würde‘ […], aus deren Besitz sich unmittelbar entsprechende Menschenrechte ableiten lassen sollen“[248]. So auch die EMRK, die in ihrer Präambel auf die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte verweist, wo-

244 Vgl. ebd. S. 88.

245 Vgl. ebd. S. 88.

246 Für eine Übersicht zu den im Folgenden dargestellten Gedankenmodellen zum Verhältnis von Menschenwürde und Menschenrechten vgl. *Habermas*, Das Konzept der Menschenwürde und die realistische Utopie der Menschenrechte, DZPhil 2010 (58/3), S. 343-357; *McCrudden*, Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights, in: European Journal of International Law 2008 (19) S. 655-672 (680 ff.); *Pollmann,* Menschenwürde nach der Barbarei, ZfMR 2010, S. 26-45 (37-40); *Düwell*, Menschenwürde als Grundlage der Menschenrechte, ZfMR 2010, S. 64-79 (71 f.).

247 *Pollmann,* Menschenwürde nach der Barbarei, ZfMR 2010, S. 26-45 (37); so im Ergebnis etwa: *Baranzke*, Menschenwürde zwischen Pflicht und Recht, ZfMR 2010, S. 10-25; *Gewirth*, Human Dignity as the Basis of Rights, in: Meyer/Parent, The Constitution of Rights, 1992, S. 10-28; *Düwell*, Menschenwürde als Grundlage der Menschenrechte, ZfMR 2010, S. 64-79 (76) m. Verw. a. *Beyleveld/Brownsword*, Human Dignity in Bioethics and Biolaw, 2001.

248 *Pollmann*, Menschenwürde nach der Barbarei, ZfMR 2010, S. 26-45 (26).

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

nach „die Anerkennung der angeborenen Würde und der gleichen und unveräußerlichen Rechte aller Mitglieder der Gemeinschaft der Menschen die Grundlage von Freiheit, Gerechtigkeit und Frieden in der Welt bildet". Das legt nahe, dass die Vertragsstaaten der EMRK die Menschenwürde als normative Grundlage der Menschenrechte verstanden wissen wollen, auf der sich „konkrete Konzeptionen einzelner Menschenrechte aufbauen lassen"[249].

Teilweise wird die Menschenwürde aber auch „nicht als ein immer schon vorhandenes Fundament der Menschenrechte", sondern selbst als Einzelrecht gewertet, wenn auch als das Menschenrecht schlechthin. Danach schützt „das Recht auf Würde besonders fundamentale menschliche Interessen […], die von anderen Menschenrechten nicht schon erfasst sind"[250], oder es fungiert „als ein rechtssystematisch grundlegendes ‚Recht auf Rechte', […], das den jeweils subjektiven Rechtsstatus des Menschen allererst in Kraft setzt"[251].

Wieder andere sehen in der Menschenwürde „weder Fundament noch Einzelrecht, sondern die Gesamtheit bzw. ‚Summe' der einzelnen Menschenrechte"[252]. Danach fehlt dem Würdebegriff als Leerformel „jede orientierende Funktion im Hinblick auf die Menschenrechte"[253]. Denn betrachte man Menschenrechte als funktionales Äquivalent der Würdegarantie, so das Argument, füge die Menschenwürde „der Idee grundlegender Menschenrechte nichts Wesentliches hinzu"[254]. Daher könnten die Menschenrechte „auch *ohne* die Idee der Würde konzipiert und deklariert werden"[255].

Pollmann schließlich beschreibt die Menschenwürde als „Potenzial", „zu dessen Realisierung es notwendig des Schutzes durch Menschenrechte bedarf"[256]. Danach ist Menschenwürde kein statischer Zustand, kein dem Menschen von Beginn an eigenes Gut, „aus dem sich die Menschenrech-

249 Vgl. ebd. S. 26-45 (37-38); *Meyer-Ladewig*, Menschenwürde und Europäische Menschenrechtskonvention, NJW 2004, S. 981-984 (981 f., 982 f.)

250 *Pollmann*, Menschenwürde nach der Barbarei, ZfMR 2010, S. 26-45 (38) m. Verw. a. *Kretzmer/Klein*, The Concept of Human Dignity in Human Rights Discourse, 2002.

251 Vgl. ebd. S. 38 m. Verw. a. *Enders*, Menschenwürde als das Recht der Rechte, in: Seelmann/Kurt, Menschenwürde als Rechtsbegriff, 2005, S. 49-61.

252 Vgl. ebd. S. 38.

253 *Düwell*, Menschenwürde als Grundlage der Menschenrechte, ZfMR 2010, S. 64-79 (71).

254 *Pollmann*, Menschenwürde nach der Barbarei, ZfMR 2010, S. 26-45 (39).

255 Vgl. ebd. S. 39.

256 Vgl. ebd. S. 40.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

te geradezu zwangsläufig ergeben“[257], sondern ein „noch nicht erreichtes Ziel“[258], das erst „durch die Menschenrechte [...] realisiert werden muss“[259]. So im Ergebnis auch *Lohmann*: „Die Menschenrechte konkretisieren so – in einem letztlich offenen Prozess – was unter dem Schutz der Menschenwürde zu verstehen ist, und bestimmen auf diese Weise deren je konkreten Inhalt[260]

Ähnlich *McCrudden*, der der Menschenwürde im Völkerrecht über einen Mindestkerngehalt hinaus[261] keine ausdifferenzierte inhaltliche Bedeutung zuspricht. Vielmehr fasse jede Gesellschaft darunter etwas anderes, wobei die Verwendung des Begriffs bislang weder in der nationalen noch supranationalen Judikatur zu kohärenten Auslegungen, geschweige denn zu einem detaillierten universellen Verständnis geführt habe (“No one jurisdiction has a coherent judicially interpreted conception of dignity across the range of rights, and no coherent conception of dignity emerges transnationally”[262]) Das mache aber gleichzeitig die Attraktivität des Begriffs aus. So habe „Menschenwürde“ als ausfüllungsbedürftiger und interpretationsoffener Begriff bei der Ausarbeitung der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte zwar nicht so sehr dazu gedient, einen bestimmten Inhalt zu transportieren, dafür aber die Funktion erfüllt, alle Staaten mit ihren verschiedenen Vorstellungen davon, *warum* dieses oder jenes Gut geschützt gehört, mit ins Boot zu holen[263]. Zur Erklärung bedient sich *McCrudden* den Worten *Shultziners*: “Thus the different parties that take part in a constitutive act can conceive human dignity as representing their particular

257 Vgl. ebd. S. 40.
258 Vgl. ebd. S. 40.
259 Vgl. ebd. S. 41.
260 *Lohmann*, Die rechtsverbürgende Kraft der Menschenrechte, ZfMR 2010 (1), S. 46-63 (60), vgl. ebd. S. 51: „Mit ‚Menschenwürde‘ wird [...] eine Norm bezeichnet, wie Menschen insgesamt leben sollen; es handelt sich um einen Prozessbegriff, und nicht um die Eigenschaft eines Zustandes“.
261 Vgl. *McCrudden*, Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights, Eur. J. Int. Law 2008 (19/4) S. 655-672 (679 f.): Dazu gehöre einerseits, dass jeder Mensch einen Wert hat, der ihm allein aufgrund seines Menschseins zusteht, andererseits, dass er in diesem Wert von anderen zu achten und zu respektieren ist und schließlich, dass der Staat um des Menschen willen existiert und nicht umgekehrt.
262 *McCrudden*, Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights, Eur. J. Int. Law 2008 (19/4) S. 655-672 (724);
263 Vgl. ebd. S. 678: “Everyone could agree that huma dignity was central, but not why or how.”; so im Überblick auch *Dicke*, The Founding Function of Human Dignity in the Universal Declaration of Human Rights, in: Kretzmer/Klein, The Concept of Human Dignity in Human Rights Discourse, 2002, S. 111-120 (180).

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

set of values and worldview. In other words, human dignity is used as a linguistic-symbol that can represent different outlooks, thereby justifying a concrete political agreement on a seemingly shared ground"[264]. Insgesamt hält *McCrudden* es für zu ambitioniert, „den Nutzen der Menschenwürde in der Menschenrechtsprechung danach zu beurteilen, ob sie ein substanzielles Konzept der Menschenwürde schafft oder verkörpert"[265]. Allerdings erfülle die Menschenwürde in der Judikatur supranationaler Gerichte eine wichtige institutionelle Funktion ("Institutional Uses of Dignity")[266] . Das zeige eine Auswertung an Themenfeldern, zu denen sich die Gerichte des Würdearguments regelmäßig bedienen[267]. Danach sei der wahre Nutzen des Würdebegriffs im Menschenrecht nicht so sehr in einer kohärenten inhaltlichen Ausdeutung zu suchen, sondern vielmehr in seiner Expressionskraft für institutionelle Zwecke. Einerseits würden Richter ihn verwenden, um den Ausgang ihrer Verhältnismäßigkeitsprüfung ("proportionality analysis") zu rechtfertigen und zu begründen, warum eine Abwägung zugunsten des einen statt des anderen Rechts ausfällt: "One important institutional function for dignity is to provide a language in which courts can indicate the weighting given to particular rights and other values in this context."[268] Andererseits diene der Würdebegriff zur „Domestizierung und Kontextualisierung von Menschenrechten" auf nationaler Ebene. Denn die Verwendung des Würdebegriffs ermögliche es jeder Gerichtsbarkeit, einen Blick auf die Menschenrechte aus der Linse lokaler Gegebenheiten und Besonderheiten zu werfen, und unter dem Anschein der Anwendung eines universellen Grundsatzes in die eigene Interpretation der Menschenrechte zu integrieren; im Ergebnis also eine individuelle, den nationalen Spezifi-

264 Vgl. ebd. S. 678; *Shultziner*, Human Dignity – Functions and Meanings, Global Jurist Topics 2004 (3/3), S. 1-21 (5); *Shultziner*, Human Dignity in Judicial Decisions, Cardozo Journal of International & Comparative Law 2017 (25), S. 435-481.

265 *McCrudden*, Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights, Eur. J. Int. Law 2008 (19/4) S. 655-672 (712); *Walter*, Menschenwürde im nationalen Recht, Europarecht und Völkerrecht, in: Bahr/Heinig, Menschenwürde in der säkularen Verfassungsordnung, 2006, S. 127-148 (147): „Hieraus erhellt als wichtige Konsequenz, daß das Völkerrecht mit unterschiedlichen Würdebegriffen und unterschiedlichen Vorstellungen von zulässigen Beschränkungen der Würde zurecht kommen muß."

266 Vgl. ebd. S. 713 ff.

267 Vgl. ebd. S. 686-694.

268 Vgl. ebd. S. 716; vgl. für Beispiele S. 716-719.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ka entsprechende Menschenrechtspraxis zu entwickeln[269]. Und schließlich diene der Würdebegriff als Quelle für die Entstehung neuer und die Erweiterung bestehender Rechte[270] Damit identifiziert *McCrudden* im Ergebnis drei institutionelle Funktionen der Menschenwürde: "Rather than providing substantive meaning, a significant use is institutional: providing a language in which judges can appear to justify how they deal with issues such as the weight of rights, the domestication and contextualization of rights, and the generation of new or more extensive rights"[271]. Auch *McCrudden* beschreibt Menschenwürde daher eher als Potenzial, denn als originär festgeschriebene Größe, das aus seiner Sicht kaum spezifischen Inhalt transportiert, dafür aber praktische Aufgaben erfüllt.

Habermas bestreitet, dass sich der Sinn und Zweck der Menschenwürde im menschenrechtlichen Diskurs darin erschöpft, einen gemeinsamen Nenner „zwischen Parteien verschiedener kultureller Herkunft" zu erreichen. Denn ihre „gelegentliche Kompromissfunktion" erkläre nicht „deren spätes Auftreten *als* Rechtskonzept"[272]. Vielmehr sei davon auszugehen, „dass veränderte historische Umstände nur etwas thematisiert und zu Bewusstsein gebracht haben, was den Menschenrechten implizit von Anbeginn eingeschrieben war – nämlich jene normative Substanz der gleichen Menschenwürde eines jeden, den die Menschenrechte gewissermaßen ausbuchstabieren"[273]. Auch *Habermas* schlägt daher ein Konzept von Menschenwürde als ein in Entwicklung begriffenes Potenzial vor, das als Reaktion auf die dynamische Gesellschaftsrealität immer neue Ausprägungen hervorbringt, denen die Menschenrechte Ausdruck verleihen – „Menschenwürde hat eine Entdeckungsfunktion". Konkret: „Im Lichte historischer Herausforderungen werden jeweils *andere* Bedeutungsaspekte der Menschenwürde aktualisiert; diese aus verschiedenen Anlässen spezifizierten Züge der Menschenwürde können dann ebenso zu einer *weitergehenden* Ausschöpfung des normativen Gehalts verbürgter Grundrechte wie zur

269 Vgl. ebd. S. 719 f.: "Its role, in practice, is to enable local context to be incorporated under the appearance of using a universal principle. Dignity, in the judicial context, not only permits the incorporation of local contingencies in the interpretation of human rights norms; it requires it. Dignity allows each jurisdiction to develop its own practice of human rights." (S. 720).

270 Vgl. ebd. S. 721 f.

271 Vgl. ebd. S. 724.

272 *Habermas*, Das Konzept der Menschenwürde und die realistische Utopie der Menschenrechte, DZPhil 2010 (58/3), S. 343-357 (345).

273 Vgl. ebd. S. 345.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Entdeckung und Konstruktion *neuer* Grundrechte führen."[274] Dabei bildet die Menschenwürde laut *Habermas* „das begriffliche Scharnier, welches die Moral der gleichen Achtung für jeden mit dem positiven Recht und der demokratischen Rechtsetzung so zusammenfügt, dass aus deren Zusammenspiel […] eine auf Menschenrechte begründete politische Ordnung hervorgehen konnte" [275]. Die Menschenwürde übersetze also das moralische Versprechen der Menschenrechtsidee in konkrete Menschen*rechte*, so dass im Ergebnis die „Menschenrechte […] genau den Teil einer aufgeklärten Moral [umschreiben], der ins Medium des zwingenden Rechts übersetzt und in der robusten Gestalt effektiven Grundrechten politische Wirklichkeit werden *kann*" [276]. *Habermas* spricht deshalb auch von der „Menschenwürde" als dem „wesentlichen moralischen Antrieb" der Menschenrechte[277] und bezeichnet die Menschenrechte als eine „*realistische* Utopie", da „sie nicht länger die sozialutopisch ausgemalten Bilder eines kollektiven Glücks vorgaukeln, sondern das ideale Ziel einer gerechten Gesellschaft in den Institutionen der Verfassungsstaaten selber verankern"[278].

Auch *Walter* spricht der Menschenwürde im Völker- und Europarecht nicht nur eine „‚Fundierungsfunktion' für andere Grund- und Menschenrechte zu", sondern darüber hinaus eine „interpretationsleitende und -verstärkende Funktion" und schließlich eine „Identifikationsfunktion" für die jeweilige, sich gemeinsamen Werten verschreibende, Gemeinschaft an Völkerrechtssubjekten[279]. Bemerkenswert sei, dass in fast allen Fällen des EGMR, in denen dieser auf den Würdebegriff zurückgreift (vgl. die Beispiele im nächsten Abschnitt), diese Bezugnahme strenggenommen nicht not-

274 Vgl. ebd. S. 346.
275 Vgl. ebd. S. 347
276 Vgl. ebd. S. 348; Für näheres zur „‚Rolle der ‚Menschenwürde' beim Perspektivwechsel von moralischen Pflichten zu juristischen Rechten" vgl. S. 349 ff.
277 Vgl. ebd. S. 355.
278 Vgl. ebd. S. 354; auch wenn Ideal und Wirklichkeit in der völkerrechtlichen Realität nach wie vor häufig auseinanderfallen wie *Habermas* einschränkend hinzufügt: „Wenn die Menschenrechtspolitik gar zum Feigenblatt und Vehikel der Durchsetzung von Großmachtinteressen wird; wenn die Supermacht die UN-Charta beiseite schiebt, um sich ein Interventionsrecht anzumaßen; wenn sie unter Verletzung des humanitären Völkerrechts eine Invasion durchführt und im Namen universaler Werte rechtfertigt, dann bestätigt sich der Verdacht, dass das Programm der Menschenrechte in seinem imperialistischen Missbrauch *besteht*." (S. 355).
279 *Walter*, Menschenwürde im nationalen Recht, Europarecht und Völkerrecht, in: Bahr/Heinig, Menschenwürde in der säkularen Verfassungsordnung, 2006, S. 127-148 (139).

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

wendig gewesen wäre. *Walter* geht deshalb parallel zu *McCrudden* davon aus, „daß es jeweils entweder darum ging, die Akzeptanz einer vielleicht im verurteilten Staat umstrittenen Entscheidung zu erhöhen, oder darum, den besonderen Schweregrad einer bestimmten Verletzung der EMRK zu unterstreichen“[280]. Dabei mache der EGMR „auf einen ‚Menschenwürdekern‘ aufmerksam, der sich in anderen Grundrechten findet“, installiere die Menschenwürde „aber nicht als eigenes Grundrecht“.[281] Insgesamt rücke über den sogenannten “margin of appreciation” (vgl. B, III, 3, a, cc) sowohl im Recht der Europäischen Union als auch dem Recht der Mitgliedsstaaten des Europarates neben der früher im Vordergrund stehenden Fundierungsfunktion der Menschenwürde vermehrt ihre Identifikationsfunktion in den Vordergrund[282]. Das nichtsdestotrotz weiterhin bestehende Problem „fundamental divergierende[r] Würdekonzeptionen“ lasse sich am ehesten „durch die Anwendung konkret formulierter Ausprägungen der Menschenwürde in anderen Menschenrechten reduzieren“[283]. Auch *Walter* geht also im Ergebnis davon aus, dass sich die Menschenwürde im Europa- und Völkerrecht am ehesten als ein Potenzial beschreiben lässt, das durch die Menschenrechte eine konkrete Ausgestaltung erfährt.

Ähnlich schließlich *Blömacher*, die davon ausgeht, dass der EGMR „über die einzelnen, aus der Menschenwürde hergeleiteten Konventionsnormen die Menschenwürde als Grundwert der Konvention [schützt]“[284].

cc) Die Bedeutung der Menschenwürde für die teleologische Auslegung des Art. 8 EMRK

Letztlich kann dahinstehen, ob der EGMR die Menschenwürde als Grundlage der Menschenrechte, ein den anderen Menschenrechten vorgeordnetes Menschenrecht oder ein in Realisierung begriffenes Potenzial begreift. Fest steht jedenfalls, dass er ihr einen besonderen Stellenwert für den Gehalt und die Weiterentwicklung der Konventionsrechte im Allgemeinen und des

280 Vgl. ebd. S. 141.
281 Vgl. ebd. S. 141.
282 Vgl. ebd. S. 143-145; dazu im folgenden Abschnitt.
283 Vgl. ebd. S. 147.
284 *Blömacher*, Die Menschenwürde als Prinzip des deutschen und europäischen Rechts. Kohärenz der Konzepte?, 2016, S. 187.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Rechts auf Achtung des Privatlebens im Besonderen zuspricht[285]. Daneben stehen Art. 3 EMRK und Art. 4 EMRK „in einem engen sachlichen Zusammenhang mit dem Menschenwürdeschutz“[286]. Zudem finden sich, obwohl die EMRK die Menschenwürde nicht erwähnt, in der Rechtsprechung des EGMR und der früheren Europäischen Kommission für Menschenrechte (EKMR) deutliche Bezugspunkte zur Menschenwürde[287]. Dasselbe gilt für

285 Zur Konzeption des Würdebegriffs in der Rechtsprechung des EGMR vgl. *McCrudden*, Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights, Eur. J. Int. Law 2008 (19/4), S. 655-672 (683): “The Court now regards human dignity as underpinning all of the rights protected by the Convention.”; *Walter*, Menschenwürde im nationalen Recht, Europarecht und Völkerrecht, in: Bahr/Heinig, Menschenwürde in der säkularen Verfassungsordnung, 2006, S. 127-148 (133 ff.); *Wallau*, Die Menschenwürde in der Grundrechtsordnung der Europäischen Union, 2010, S. 103 ff.; *Blömacher*, Die Menschenwürde als Prinzip des deutschen und europäischen Rechts. Kohärenz der Konzepte?, 2016, S. 191 ff., 204 ff.

286 *Wallau*, Die Menschenwürde in der Grundrechtsordnung der Europäischen Union, 2010, S. 60.; für eine sorgfältige Analyse der Rechtsprechung des EGMR zu Art. 3 EMRK vgl. *Blömacher*, Die Menschenwürde als Prinzip des deutschen und europäischen Rechts. Kohärenz der Konzepte?, 2016, S. 192 ff.

287 Für eine Zusammenstellung der wesentlichen Urteile, die auf die menschliche Würde Bezug nehmen vgl. *Frowein*, Human Dignity in International Law, in: Kretzmer/Klein, The Concept of Human Dignity in Human Rights Discourse, 2002, S. 121-132 (124 ff.); *Wallau*, Die Menschenwürde in der Grundrechtsordnung der Europäischen Union, 2010, S. 60, 103 ff.; vgl. in Ergänzung zu den im Folgenden herausgegriffenen Fällen: ECHR No. 5856/72, 25th Apr. 1978 (Tyrer/The United Kingdom), http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57587 (16.3.2022), PDF S. 13: “Although the applicant did not suffer any civil or long lasting effects, his punishment – whereby he was treated as an object in the power of the authorities – constituted an assault on precisely that which is one of the named purposes of Article 3 to protect, namely a person’s dignity and physical integrity.”; Diese Passage ähnelt, so *Walter*, Menschenwürde im nationalen Recht, Europarecht und Völkerrecht, in: Bahr/Heinig, Menschenwürde in der säkularen Verfassungsordnung, 2006, S. 127-148 (134), der auf *Düring* (BVerfGE 27, 1 (6)) zurückgehenden Objektformel des BVerfG; ECHR No. 53924/00, 8th Jul. 2004 (Vo vs. France), https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-61887 (16.3.2022), PDF S. 38, Rn. 84: “The potentiality of that being [the embryo and/or foetus] and its capacity to become a person […] require protection in the name of human dignity, without making it a ‘person’ with the ‘right to life’ for the purposes of Article 2.”; Mit *Walter* (S. 134) ist an dieser Aussage im Vergleich zum deutschen Würdekonzept hervorzuheben, dass der EGMR von einem „Potenzial“ spricht (zur umstrittenen Frage des embryonalen Würdeschutzes vgl. C, VI, 3) und außerdem offenbar davon ausgeht, dass es möglich ist, Würdeschutz zu gewähren, Lebensschutz aber gleichzeitig zu versagen. Damit reicht aus Sicht des EGMR anders als aus Sicht des BVerfG der Würdeschutz nicht weiter als der Lebensschutz (zu dieser Frage vgl. C, VI, 3, b); dazu auch *Wallau*, Die Menschenwürde in der Grundrechtsordnung der Europäischen Union, 2010, S. 114-115.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

die Zusatzprotokolle zur EMRK und die sonstigen Konventionen des Europarates[288].

Für das Recht auf Achtung des Privatlebens wird der Menschenwürdebezug deutlich in *Pretty vs. Vereinigtes Königreich*: „Das Wesentliche der Konvention ist die Achtung der Menschenwürde und der menschlichen Freiheit. Der *Gerichtshof* [ist] der Auffassung, dass es bei Art. 8 EMRK ist, wo der Begriff der Lebensqualität Bedeutung gewinnt" und den „für wesentlich gehaltenen Vorstellungen von eigener und persönlicher Freiheit" Ausdruck verliehen wird[289]. In die gleiche Richtung geht die Begründung in *Goodwin vs. Vereinigtes Königreich*: „[D]ie Achtung der Würde und der Freiheit des Menschen [macht] das Wesen der Konvention aus. In Art. 8 EMRK insbesondere, wo die Vorstellung von der Autonomie einer Person ein wichtiger Grundsatz ist, der der Auslegung seiner Einzelgarantien zu Grunde liegt, wird der persönliche Lebensbereich jedes Menschen geschützt, einschließlich des Rechts, seine Identität als Individuum im Einzelnen auszumachen und festzulegen"[290]. Und schließlich in *Evans vs. Vereinigtes Königreich*: „Der Entscheidung des Gesetzgebers, Vorschriften ohne Ausnahme zu erlassen, damit jeder Spender von Gameten für eine IVF-Behandlung von vornherein weiß, dass seine Gameten ohne sein fortbestehendes Einverständnis nicht verwendet werden können, liegt die Achtung der Würde und des freien Willens des Menschen [...] zu Grunde [...]"[291].

Nach *Wallau* ist die Menschenwürde mittlerweile „objektiv-rechtliche Grundlage und durchgehendes Motiv", bzw. „ungeschriebener Rechts-

288 Vgl. u.a. Präambel zum Zusatzprotokoll Nr. 13 EMRK über die vollständige Abschaffung der Todesstrafe; Art. 26 der Europäischen Sozialcharta (ESC); Präambel und Art. 1 des Übereinkommens zum Schutz der Menschenrechte und der Menschenwürde im Hinblick auf die Anwendung von Biologie und Medizin: Übereinkommen über Menschenrechte und Biomedizin (Bioethik-Konvention); sowie die dazu ergangenen Zusatzprotokolle zum Verbot des Klonens von menschlichen Lebewesen, über die Transplantation menschlicher Organe und Gewebe und über Biomedizinische Forschung.

289 EGMR Nr. 2346/02, Urt. v. 29.4.2002 (Pretty vs. Vereinigtes Königreich), NJW 2002, S. 2851-2856 (2854), Z. 65.

290 EGMR Nr. 28957/95, Urt. v. 4.6.2004 (Christine Goodwin/Vereinigtes Königreich), NJW-RR 2004, S. 289-295 (293), Z. 90.

291 EGMR Nr. 6339/05, Urt. v. 10.4.2007 (Evans/Vereinigtes Königreich), NJW 2008, S. 2013-2017 (2016), Z. 89.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

grundsatz" der EMRK[292]. Zwar habe der EGMR dem Würdeschutz zu Beginn nur Wirkung „als Interpretationshilfe oder teleologischer Wertungsgrundsatz" zugesprochen, um einen Verstoß gegen Art. 3 EMRK zu konstatieren. So sei in *Tyrer vs. Vereinigtes Königreich* die Menschenwürde nur aufgegriffen worden, „um den besonderen Verstoß gegen Art. 3 EMRK zu betonen", ohne für die Feststellung eines solchen notwendig gewesen zu sein[293]. Auch in *S.W. und C.R. vs. Vereinigtes Königreich* habe die Menschenwürde lediglich „als Wertungsgrundsatz bzw. teleologische Argumentationsstütze" gedient[294]. In *Pretty vs. Vereinigtes Königreich* dagegen werde deutlich, dass der EGMR „den Schutz der Menschenwürde nicht mehr nur als Ziel oder Schutzzweck und damit als interpretatorischen Auslegungsgrundsatz, sondern auch als das ‚Wesentliche' der Konvention erachtet"[295]. Dem Schutz der Menschenwürde werde „mithin in der EMRK ein eigener objektiv-rechtlicher Gehalt beigemessen, so dass dogmatische Ansätze erkennbar sind, jeder Konventionsgarantie einen Menschenwürdegehalt zugrunde zu legen"[296]. Insgesamt wirke die Menschenwürde daher „für den EGMR nicht mehr nur als Schutzzweck des Art. 3 EMRK, sondern interpretationsbegleitend bei der Auslegung einer Konventionsgarantie und kann sogar die

292 *Wallau*, Die Menschenwürde in der Grundrechtsordnung der Europäischen Union, 2010, S. 103.

293 Vgl. ebd. S. 104-105.

294 Vgl. ebd. S. 107; ECHR No. 20166/92 und 20190/92, 22nd Nov. 1995 (S.W. und C.R. vs. The United Kingdom), https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57965 (17.3.2022), PDF S. 16, Z. 44: "What is more, the abandonment of the unacceptable idea of a husband being immune against prosecution for rape of his wife was in conformity not only with a civilized concept of marriage but also, and above all, with the fundamental objectives of the Convention, the very essence of which is respect for human dignity and human freedom."

295 Vgl. ebd. S. 109.

296 Vgl. ebd. S. 109; so auch: *Meyer-Ladewig/Nettesheim*, in: Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer, EMRK, 4. Aufl. 2017, Art. 8, Rn. 8, wonach Art. 8 „einen besonderen Bezug zum Schutz der Menschenwürde " hat und nach dem EGMR „das Gebot ihrer Achtung allen Konventionsgarantien zu Grunde [liegt]".

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Ausweitung des Anwendungsbereichs einer Konventionsgarantie rechtfertigen“[297].

Letzteres findet seine Grundlage auch darin, dass die Menschenwürde als gemeineuropäischer Wert in der Verfassungstradition der Mitgliedsstaaten verankert ist, dem über das Konsensprinzip und den dadurch gegebenenfalls verringerten “margin of appreciation” (vgl. B, III, 3, a, cc) Bedeutung für die Auslegung der EMRK zukommt[298]. Das kann über den Grundsatz der evolutiv-dynamischen Auslegung dazu führen, dass neue Ausprägungen dessen, was eine Mehrheit an Mitgliedsstaaten mittlerweile als menschenwürdenah einstuft, Eingang in den Gewährleistungskatalog der EMRK finden[299]. In *Christine Goodwin vs. Vereinigtes Königreich* etwa ist der EGMR in dieser Weise vorgegangen, um über den „objektiv-recht-

297 Vgl. ebd. S. 118, zustimmend *Blömacher* (Die Menschenwürde als Prinzip des deutschen und europäischen Rechts. Kohärenz der Konzepte?, 2016, S. 201: „Die Menschenwürde ist nach der Rechtsprechung des EGMR […] Grundlage (‘*very essence*’) der Konvention und prägt als solche die Auslegung und Anwendung. Die Achtung des Einzelnen als Individuum und der Schutz seiner seelischen wie körperlichen Integrität, bilden dabei die zentralen Aspekte des Schutzumfangs. Der dadurch geschaffene Schutz kommt im Umfang dem Schutz des Art. 1 Abs. 1 GG im deutschen Recht sehr nah.“

298 *McCrudden*, Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights, Eur. J. Int. Law 2008 (19/4) S. 655-672 (683): “Human dignity has also been incorporated judicially as a general principle of European Community law, deriving from the constitutional traditions common to Member States.”

299 So auch *Walter*, Menschenwürde im nationalen Recht, Europarecht und Völkerrecht, in: Bahr/Heinig, Menschenwürde in der säkularen Verfassungsordnung, 2006, S. 127-148 (145): „Gerade an der Rechtsprechung zu Transsexuellen und ihrem Persönlichkeitsrecht läßt sich zeigen, daß eine Annäherung der nationalen Maßstäbe ein ‚Nachziehen‘ bei der Kontrolldichte zur Folge haben kann. Die ‚margin of appreciation‘ erfüllt so in einer rechtskulturell unterschiedlich geprägten ‚Grundrechtsgemeinschaft‘ die Funktion, einerseits nationale Besonderheiten zuzulassen, andererseits aber bei einer Annäherung der nationalen Praxis dem Annäherungsprozeß ab einem bestimmten Maß der Gemeinsamkeit durch eine dann einsetzende verbindliche Vorgabe zusätzlichen Schwung zu verleihen.“;
Zurecht weist allerdings *Blömacher* (Die Menschenwürde als Prinzip des deutschen und europäischen Rechts. Kohärenz der Konzepte?, 2016) darauf hin, dass sich ein gemeinsames Verständnis von Menschenwürde in den Mitgliedsstaaten bislang nicht etablieren konnte (S. 191). Der Gerichtshof arbeitet jedoch zusätzlich an der Definition eines autonomen Begriffsverständnisses, vgl. dazu *Pache*, Vorgaben des Menschenwürdeschutzes in Europa, in: Hilgendorf, Menschenwürde und Demütigung, 2013, S. 23-36 (29); *Pösl*, Das Verbot der Folter in Art. 3 EMRK, 2015, S. 359.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

lichen Menschenwürdegehalt einer Konventionsgarantie […] ihren Schutzbereich auszuweiten“[300].

Geht man mit *McCrudden* davon aus, dass die Verwendung des Begriffs der Menschenwürde in der Praxis des EGMR als Signalwort fungiert, um neue Rechte zu schaffen und bestehende zu erweitern, sowie dazu, einzelnen Rechten in der Interessenabwägung besonderes Gewicht zu verleihen, spricht auch aus dieser Warte, da der EGMR den Würdebegriff gerade bei Art. 8 EMRK und häufig im Zusammenhang mit dem Recht auf Zugang zur Elternschaft verwendet, vieles für einen sich abzeichnenden Wandel, hin zu einer persönlichkeitsrechtsfreundlichen Rechtsprechung für unfreiwillig kinderlose Paare, und zwar sowohl auf Anwendungsebene als auch auf Rechtfertigungsebene des Art. 8 EMRK (vgl. B, III, 3 und VI, 1, c)

Schließlich lässt sich, obwohl der EGMR mit seiner Verwendung des Würdebegriffs über die Bandbreite der Gewährleistungen hinweg keine kohärente Bedeutung transportiert[301] und nicht selten rein institutionelle Zwecke verfolgt, doch jedenfalls seinem Würdegebrauch im Anwendungsbereich des Art. 8 EMRK auch eine konkrete inhaltliche Aussage entnehmen[302].

Auffällig ist insofern „die inhaltliche Verschränkung“ zwischen der Würde des Menschen und seiner Freiheit und Gleichheit[303]. In diesem Kontext geht es dem Gerichtshof also offenbar darum, dem Einzelnen die Mittel an

300 *Wallau*, Die Menschenwürde in der Grundrechtsordnung der Europäischen Union, 2010, S. 110.

301 So im Ergebnis auch *Walter*, Menschenwürde im nationalen Recht, Europarecht und Völkerrecht, in: Bahr/Heinig, Menschenwürde in der säkularen Verfassungsordnung, 2006, S. 127-148 (143): „Wo die Menschenwürde bisher in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte herangezogen wurde, hat dieser sich darauf beschränkt, eine bestimmte Interpretation anderer Bestimmungen zu verstärken. Er hat aber davon abgesehen, ein eigenes ‚Menschenbild der EMRK‘ zu entwickeln.“; Zustimmend *Wallau*, Die Menschenwürde in der Grundrechtsordnung der Europäischen Union, 2010, S. 119: „[…] zur Zeit wird der Menschenwürdeschutz in der EMRK noch defizitär gewährleistet, als er nicht explizit in der EMRK festgeschrieben, sondern nur im Wege der Spruchpraxis unsystematisch jeder Konventionsgarantie zugrundegelegt wird. Das stellt aber noch keinen umfassenden und einheitlichen Menschenwürdeschutz sicher. Denn wie der EGMR letztlich über den Schutz der Menschenwürde entscheidet, ist bei jeder zugrunde gelegten Konventionsgarantie unterschiedlich.“.

302 Für einen Überblick über sonstige „inhaltliche Ausprägungen der Menschenwürdenorm“ im Völker- und Europarecht vgl. *Schwarzburg*, Die Menschenwürde im Recht der Europäischen Union, 2011, § 2.

303 *Wallau*, Die Menschenwürde in der Grundrechtsordnung der Europäischen Union, 2010, S. 109, 119.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

die Hand zu geben, seine individuellen Fähigkeiten nach eigenem Belieben auszubilden und sein Leben autonom zu gestalten. Das meint über den bloßen Erhalt der Fähigkeit zu rationalem Denken und Entscheiden hinaus, den Einzelnen in *allen* zentralen Eigenschaften funktionsfähig zu halten, die ihm eine Realisierung seiner persönlichen Vorstellung von einem gelungenen Leben ermöglichen.

Damit zieht der EGMR eine Parallele zu relationalen Autonomiekonzepten wie sie etwa *Jennifer Nedelsky* darlegen. Anders als die Theorie des liberalen Individualismus suggeriere, die als Idealbild einen abstrakt logischen Denker voraussetze, der unbeeinflusst von sozialen Beziehungen und verzerrenden Emotionen agiere, sei Autonomie tatsächlich eine Fähigkeit, die erst durch Beziehungen zu anderen ermöglicht werde. Denn die Werte, die Menschen als zentral für die Ausbildung des eigenen Ichs empfinden, würden erst durch Beziehungen etwa zu Eltern, Lehrern oder Arbeitgebern entstehen oder beeinträchtigt. Dem liege die Überlegung zugrunde, dass Voraussetzung für autonomes Handeln bestimmte emotionale Einstellungen zu sich selbst sind wie Selbstachtung und Selbstvertrauen. Diese Zustände würden durch konstruktive Beziehungen entweder autonomiefördernd entwickelt und aufgebaut, oder durch destruktive Beziehungen autonomiehemmend beeinträchtigt. Laut *Nedelsky* sollte „das politische Projekt daher nicht nur sein, das Individuum vor dem Staat zu schützen und den Staat herauszuhalten, sondern das Recht zu nutzen, um Rahmenbedingungen für Beziehungen zu konstruieren, die die Autonomie fördern."[304]

Ein ähnliches Würde- und Autonomieverständnis belegen die Entscheidungen zu *Evans vs. Vereinigtes Königreich*, *Dickson vs. Vereinigtes Königreich*, *A, B und C vs. Österreich*, *S.H. u.a. vs. Österreich* und *Paradiso u. Campanelli vs. Italien*. Danach bewertet der Gerichtshof offenbar das Bedürfnis, sich um ein Kind zu kümmern, es zu lieben und aufzuziehen, also wechselseitige Gefühle der Zuneigung und Bande der Zugehörigkeit durch die Übernahme sozialer Verantwortung und emotionaler Fürsorge zu begründen, als menschenwürdenahe Ausprägung persönlicher Identität. Er fordert vom Staat, die höchstpersönliche Entscheidung zur Ausübung und Entwicklung dieser grundlegenden menschlichen Fähigkeiten zu respektieren. Ein Versagen der notfalls mithilfe der Fortpflanzungsmedizin realisierbaren Möglichkeit zur Persönlichkeitsentwicklung durch Elternschaft ver-

304 *Nedelsky*, Law's Relations, 2012, Abstract, S. 2-18, S. 19 ff.; Für einen Überblick über feministische Autonomiekonzepte vgl. *Stoljar*, Feminists Perspectives on Autonomy, Stanford Encyclopedia of Philosophy, 2018.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

stößt demnach gegen den gleichen Achtungsanspruch vor der Würde des Einzelnen.

c) Das Recht auf Zugang zur Elternschaft als Fall des Rechts auf Achtung des Familienlebens

Auch das Recht auf Achtung des Familienlebens könnte nach seinem Schutzzweck ein Recht auf Zugang zur Elternschaft gewähren. Ob dem so ist, lässt sich an *Paradiso u. Campanelli vs. Italien* nachvollziehen. Im Gegensatz zum Recht auf Achtung des Privatlebens erklärte der Gerichtshof den Anwendungsbereich des Rechts auf Achtung des Familienlebens für nicht eröffnet. Zum einen verneinte er das Vorliegen einer de-facto Familie zwischen den Beschwerdeführern und dem Kind (dazu bereits: III, 1, a, ee). Zum anderen erklärte er, dass das Recht auf Achtung des Familienlebens nicht den Wunsch schützt, eine Familie zu gründen, sondern eine solche gerade voraussetzt – ("The right to respect for 'family life' does not safeguard the mere desire to found a family; it presupposes the existence of a family [...], or at the very last the potential relationship between, for example, a child born out of wedlock and his or her natural father, or the relationship that arises from a genuine marriage, even if family life has not yet been fully established [...], or the relationship between a father and his legitimate child even if it proves, years later, to have had no biological basis [...], or the relationship that arises from a lawful and genuine adoption [...]")[305]. Zwar könne der Wunsch nach Elternschaft ("parental project") Indizwirkung für die Qualität der Eltern-Kind-Beziehung *nach* der Geburt haben und dann gegebenenfalls die Annahme einer de-facto Familie rechtfertigen[306]. *Vor* der Geburt hingegen spiele der Wunsch nach Elternschaft, selbst wenn er in der Einleitung reproduktionsmedizinischer Maßnahmen mündet, für den Anwendungsbereich des Rechts auf Achtung des Familienlebens, gleich ob eine genetische oder nicht-genetische Elternschaft intendiert ist, keine Rolle. Da das Recht auf Achtung des Familienlebens also nicht die Familiengründung schützt, fällt weder das Interesse, Kinder zu bekommen, noch das Interesse auf persönliche Entwicklung

305 Vgl. ebd. S. 35, Z. 141.
306 ECHR No. 25358/12, 24th Jan. 2017 (Paradiso a. Campanelli/Italy), http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-170359 (31.3.2020), PDF S. 37, Z. 151.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

durch die Beziehung zu diesen künftigen Kindern in den Schutzbereich[307]. Sicher lässt sich hören, dass das Recht auf Achtung des Familienlebens ein Zugangsrecht auf Elternschaft gleichwohl teilweise gewährt, soweit es nämlich die persönliche Entwicklung *vis-à-vis* dem geborenen Kind betrifft. Darauf soll es aber nicht weiter ankommen. Denn jedenfalls ist ein aus dem Recht auf Achtung des Privatlebens abgeleitetes Zugangsrecht deutlich breiter aufgestellt. Zum einen schützt es neben der Elternschaft im Sein auch die Elternschaft im Werden. Zum anderen favorisiert es keine durch Abstammung, Ehe oder Adoption begründete Beziehung[308].

307 *Meyer-Ladewig/Nettesheim*, in: Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer, EMRK, 4. Aufl. 2007, Art. 8, Rn. 54.

308 Aus ähnlichen Gründen kritisch zur Verhaftung der Reproduktionsfreiheit im deutschen Recht im Familiengrundrecht (Art. 6 I GG) und stattdessen für eine Verhaftung im Schutzbereich des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts (Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG): *Wapler*, Reproduktive Autonomie: rechtliche und rechtsethische Überlegungen, in: Baer/Sacksofsky, Autonomie im Recht – Geschlechtertheoretisch vermessen, 2018, S. 185-214 (190). Eine Verortung in Art. 6 I GG sei nicht zuletzt problematisch, „weil in Rechtsprechung und Schrifttum zu Art. 6 Abs. 1 GG nach wie vor die Vorstellung verbreitet ist, wonach reproduktive Aktivitäten sich vorzugsweise innerhalb einer Ehe abspielen sollten". Zurecht kritisiert *Wapler*, dass sich das Recht auf Fortpflanzung „dadurch von vornherein in einem Kontext der Ungleichbehandlung verschiedener Varianten der Elternschaft [bewegt]". Außerdem prononciere „die Verknüpfung mit dem Familiengrundrecht die – zweifellos vorhandene – kollektive Dimension von Fortpflanzung, d.h. die Absicherung einer gemeinsamen Entscheidung des Paares, Eltern zu werden oder nicht." Anders, so *Wapler*, im Kontext des Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG, wo der Begriff „auf die Bedeutung reproduktiver Rechte für den einzelnen Menschen und seine Lebensgestaltung" hinweise. Im Vordergrund stehe „dann nicht der Schutz einer avisierten sozialen Gemeinschaft und ihrer kollektiven reproduktiven Entfaltung, sondern die Freiheit des Individuums, den Umgang mit seiner Fruchtbarkeit nicht nur in ihren sozialen, sondern gerade auch ihren individuellen körperlichen, geistigen und seelischen Dimensionen zu gestalten". Der gleiche Gedanke verfängt für das Zugangsrecht auf Persönlichkeitsentwicklung durch Elternschaft; und zwar sowohl auf Konventionsebene als auch im deutschen Verfassungsrecht. Auch hier sollte „die individuelle Selbstbestimmung als vorrangig gegenüber kollektiven Interessen verstanden werden". Denn mehr noch als beim Recht auf reproduktive Autonomie geht es beim Zugangsrecht vorrangig „um geistige und psychische Aspekte, insbesondere Fragen der Lebensplanung und der Gestaltung naher sozialer Beziehungen". Es geht um die Frage, was macht Elternsein mit dem Menschen? Diese Frage lässt sich wie *Wapler* für das Recht auf reproduktive Autonomie formuliert „weder mit einer Kategorisierung als familienbezogen, noch als körperlich oder sexuell erfass[en], sondern erfordert eine eigenständige Definition und Konzeption, die sich auf den gesamten Lebensbereich […] bezieht" (S. 192).

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

d) Ergebnis zur schutzzweckkonformen Erfassung des Zugangsrechts durch Art. 8 I EMRK

Als Grundsatznorm personaler Autonomie begründet das Recht auf Achtung des Privatlebens ein Recht auf Zugang zu jeder Form von Elternschaft, gleich ob genetisch, biologisch, intentional oder sozial. Dieses Recht ist zum einen Ausdruck des Rechts auf Achtung der Entscheidung für oder gegen eine Elternschaft, zum anderen Ausdruck des Rechts auf persönliche Entwicklung durch die Beziehung zum Kind als wesentlichen Bestandteils der eigenen Identitätsbildung und -entfaltung.

2) Das Zugangsrecht in seiner Funktion als Abwehrrecht und Gewährleistungspflicht

Ob Art. 8 EMRK in dieser Ausprägung auch positive Gewährleistungspflichten ("positive obligations") begründet oder nur als reines Abwehrrecht negativ vor staatlichen Eingriffen schützt ("negative obligations"), lässt sich nicht pauschal beantworten[309]. Der Gerichtshof hält es meist für entbehrlich, zwischen der Pflicht zum Unterlassen von Eingriffen in die „Freiheitsphäre des Einzelnen" und der Pflicht zur Vornahme von Maßnahmen zur Sicherung derselben zu differenzieren[310]. Die Frage, ob ein „Staat eine negative Pflicht verletzt hat, oder [...] einer positiven Verpflichtung nicht nachgekommen ist", wirke sich nicht aus, da „die anwendbaren Grundsätze" für die Rechtfertigung nach Art. 8 II EMRK dieselben seien[311]. Hier wie dort gelte es, einen gerechten Interessenausgleich zwischen den widerstreitenden privaten und öffentlichen Interessen herzustellen und bei der Abwägung den staatlichen Ermessensspielraum zu berücksichtigen. Allgemein lasse sich jedoch sagen, dass Art. 8 EMRK primär abwehrrechtlich wirkt, ohne darauf beschränkt zu sein[312]. Möglich seien deshalb auch pro-

309 Zu den positiven und negativen Pflichten eines Staates im Anwendungsbereich des Art. 8 EMRK vgl. *Meyer-Ladewig/Nettesheim*, in: Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer, EMRK, 4. Aufl. 2017, Art. 8, Rn. 2-6.

310 EGMR Nr. 28957/95 (Christine Goodwin/Vereinigtes Königreich), NJW-RR 2004, S. 289-295 (293), Z. 72; *Grabenwarter*, Europäische Menschenrechtskonvention, 2005, § 19.

311 EGMR Nr. 57813/00, Urteil v. 3.11.2011 (S.H. u.a./Österreich), NJW 2012, S. 207-213 (209), Z. 85-87.

312 EGMR Nr. 6339/05, Urt. v. 10.4.2007 (Evans/Vereinigtes Königreich), NJW 2008, S. 2013-2017 (2015), Z. 75.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

zedurale Pflichten wie die, „ein wirksames und zugängliches Verfahren zum Schutz des Privatlebens zu schaffen, mit einem rechtlichen Rahmen, der einen gerichtlichen Rechtsschutz und einen Vollzugsmechanismus zum Schutz individueller Rechte vorsieht“[313] oder die „Gewährleistung von Teilhaberechten [...], Untersuchungspflichten, [...] und Schutzpflichten“[314]. Klar ist jedenfalls: Wie beim Recht auf reproduktive Autonomie geht es auch beim Recht auf Zugang zur Elternschaft nicht um das „Recht auf ein gesundes Kind“ oder das Recht, überhaupt ein Kind zu bekommen. Beides kann es schon deshalb nicht geben, „weil keine korrespondierenden Pflichten zu einem solchen Recht bestehen“. Es geht allein darum, „nicht durch gesetzliche Verbote an der Wahrnehmung des Selbstbestimmungsrechts in Fragen der eigenen Fortpflanzung [bzw. in Fragen der eigenen Persönlichkeitsentwicklung durch die Übernahme der Elternverantwortung und Beziehung zum Kind] gehindert zu werden“. [315] Denn keiner, auch nicht der Staat, hat die Pflicht, jemanden zu Eltern zu machen. Deshalb ist Art. 8 EMRK in seiner Funktion als Recht auf Zugang zur Elternschaft in erster Linie ein Abwehrrecht.

Denkbar, dem EGMR allerdings bislang nicht zur Entscheidung vorgelegt, wäre aber auch, dass das Zugangsrecht positive Gewährleistungspflichten begründet, wenn es um die Kostendeckung der Kinderwunschbehandlung durch die gesetzliche Krankenversicherung geht. Denn erst ein Ausgleich sozialer Ungleichheiten beim Zugang zur Reproduktionsmedizin garantiert für eine egalitäre, die gleiche Achtung vor der Würde des Einzelnen wahrende Ausübung des Rechts auf Persönlichkeitsentwicklung durch Elternschaft. Denkbar wäre außerdem, dass das Zugangsrecht die Staaten zur Schaffung bestimmter familienrechtlicher Institutionen und Handlungsformen verpflichtet, um der durch es angeleiteten gesetzesmedizinischen Liberalisierung im Bereich der Fortpflanzungsmedizin (vgl. Zweiter Hauptteil) einen adäquaten abstammungsrechtlichen Rahmen zu setzen (vgl. Dritter Hauptteil).

313 EGMR Nr. 25579/05, Urt. v. 16.12.2010 (A, B und C/Irland), NJW 2011, S. 2107-2112 (2111), Z. 245.

314 *Grabenwarter*, Europäische Menschenrechtskonvention, 2005, § 19, Rn. 2.

315 *Gutmann*, Rechtsphilosophische Reflexionen, in: Arnold/Bernat/Kopetzki, Das Recht der Fortpflanzungsmedizin 2015, 2016, S. 45-61 (46).

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

3) Rechtfertigung: Schutzzweckkonforme Bewertung von Eingriffen in das Zugangsrecht nach Art. 8 II EMRK

Ob und inwieweit der Gerichtshof dem Telos des Rechts auf Achtung des Privatlebens als Ausdruck der Menschenwürde und Grundsatznorm personaler Autonomie im Konventionsrecht auch auf Rechtfertigungsebene Rechnung trägt, ist Gegenstand der folgenden Untersuchung. Erläutert werden zunächst die Rechtfertigungsvoraussetzungen für Eingriffe in Art. 8 I EMRK im Allgemeinen (a), sodann von Eingriffen in das Recht auf Zugang zur Persönlichkeitsentwicklung durch Elternschaft im Besonderen (b).

a) Die Vereinbarkeit von Eingriffen in Art. 8 I EMRK

Nach Art. 8 Abs. II EMRK sind Eingriffe in die Ausübung der Rechte aus Art. 8 I EMRK nur statthaft, wenn und soweit der Eingriff gesetzlich vorgesehen ist, ein berechtigtes Ziel verfolgt und in einer demokratischen Gesellschaft notwendig ist, um dieses Ziel zu erreichen.

aa) Gesetzlich vorgesehen

„Gesetzlich vorgesehen" verlangt nach Aussage des EGMR nicht nur, „dass die Maßnahme eine Grundlage im staatlichen Recht hat, sondern [bezieht] sich auch auf die Qualität des Gesetzes und [verlangt], dass das Gesetz dem Betroffenen zugänglich und in seinen Wirkungen vorhersehbar ist"[316]. Zugänglich und hinreichend bestimmt ist das Gesetz, wenn es dem Bürger erlaubt, „die einschlägigen Rechtsnormen zu ermitteln und ihren Inhalt zu erfahren", so dass er sein Verhalten danach ausrichten kann[317]. Dem genügt bereits ein „*Gesetz im materiellen Sinn*", es reichen auch „untergesetzliche Normen mit Außenwirkung, nicht aber rein verwaltungsinterne" Vorschrif-

316 EGMR Nr. 25358/12, Urt. v. 24.1.2017 (Paradiso u. Campanelli/Italien), NJW 2017, S. 941-946 (944), Z. 169.

317 *Grabenwarter*, Europäische Menschenrechtskonvention, 2005, § 17, Rn. 11.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ten. Untergesetzliche Normen müssen „wenigstens auf ein vom Parlament verabschiedetes Gesetz rückführbar sein“[318].

bb) Zur Verfolgung eines legitimen Ziels

Nach Art. 8 II EMRK muss der Eingriff in einer demokratischen Gesellschaft notwendig sein für die nationale oder öffentliche Sicherheit, für das wirtschaftliche Wohl des Landes, zur Aufrechterhaltung der Ordnung, zur Verhütung von Straftaten, zum Schutz der Gesundheit oder der Moral oder zum Schutz der Rechte und Freiheiten anderer.

cc) Zur Zielerreichung in einer demokratischen Gesellschaft notwendig

Die Voraussetzung, dass eine Maßnahme zur Zielerreichung in einer demokratischen Gesellschaft notwendig sein muss[319], begreift der EGMR als Auftrag für eine Verhältnismäßigkeitsprüfung zwischen dem Schutz der Allgemeininteressen einer Gesellschaft auf der einen Seite und dem Achtungsgebot vor den Menschenrechten des Einzelnen auf der anderen Seite (“a just balance between the protection of the general interest of the Community and the respect due to fundamental human rights while attaching particular importance to the latter”)[320]. Denn das Merkmal „demokratische Gesellschaft“ sei ein Verweis „auf den Standard europäischer parlamentarischer Demokratien“[321] und damit auf das Verhältnismäßigkeitsprinzip als dessen unmittelbarem Ausdruck[322]. Gleichzeitig zeige der Begriff „Notwendigkeit“ „nicht die gleiche Flexibilität wie die Ausdrücke ‚nützlich‘, ‚vernünf-

318 Vgl. ebd. S. 108; weitergehend zu den Anforderungen der gesetzlichen Grundlage: *Meyer-Ladewig/Nettesheim*, in: Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer, EMRK, 4. Aufl. 2017, Art. 8, Rn. 102-108.

319 Vgl. zu diesem Merkmal: *Meyer-Ladewig/Nettesheim*, in: Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer, EMRK, 4. Aufl. 2017, Art. 8, Rn. 110-113.

320 ECHR No. 1474/62, 1677/62, 1691/62, 1769/63, 1994/63, 2126/64, 23rd Jul. 1968 (Case relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium/Belgium), http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57525 (7.11.2021), PDF S. 28, Z. 5.

321 *Grabenwarter*, Europäische Menschenrechtskonvention, 2005, § 17, Rn. 19.

322 Zum “proportionality test” vgl. *Nussberger*, The European Court of Human Rights, 2020, S. 96 ff.; *Nussberger*, Das Verhältnismäßigkeitsprinzip als Strukturprinzip richterlichen Entscheidens in Europa, NVwZ-Beilage 2013, S. 36-44.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

tig' oder ‚wünschenswert'", sondern setze vielmehr „das Vorliegen eines ‚dringenden sozialen Bedürfnisses' für den fraglichen Eingriff" voraus[323]. Zusammengenommen sei ein Eingriff in den Gewährleistungsgehalt des Art. 8 EMRK daher nur gerechtfertigt, wenn die Maßnahme noch in einem angemessenen Verhältnis zur Bedeutung und Dringlichkeit des gesetzgeberischen Ziels steht[324]. Deshalb prüft der EGMR erstens, ob „die zur Rechtfertigung vorgetragenen Gründe im Licht aller Umstände des Falls stichhaltig und ausreichend für Art. 8 II EMRK sind"[325]. Und zweitens „ob die staatlichen Stellen einen gerechten Interessenausgleich zwischen den widerstreitenden öffentlichen und privaten Interessen hergestellt haben". Beides hänge von der Reichweite des Ermessensspielraums ab ("margin of appreciation"), der den Staaten zustehe[326]. Da nämlich „die Vorstellungen von den Anforderungen der Moral [...] von Zeit zu Zeit und von Ort zu Ort [...] wechseln"[327], sei es „zunächst Aufgabe der staatlichen Behörden und Gerichte [...] zu beurteilen, wo der gerechte Ausgleich in einem bestimmten Fall liegt, bevor dann der *Gerichtshof* abschließend darüber entscheidet"[328]. Das gebiete das Prinzip der Subsidiarität[329], wonach die staatlichen Stellen „besser als der internationale Richter nicht nur über den ‚genauen Umfang der moralischen Anforderungen' in ihrem Land urteilen [können], sondern auch über die Notwendigkeit einer Einschränkung, die ihr Rechnung tra-

323 EGMR Nr. 7525/76, Urt. v. 22.10.1981 (Dudgeon/Vereinigtes Königreich), NJW 1984, S. 541-544 (542); mutatis mutandis: EGMR Nr. 25358/12, Urt. v. 24.1.2017 (Paradiso u. Campanelli/Italien), NJW 2017, S. 941-946 (944), Z. 179-184.

324 EGMR Nr. 7525/76, Urt. v. 22.10.1981 (Dudgeon/Vereinigtes Königreich), NJW 1984, S. 541-544 (542).

325 EGMR Nr. 57813/00, Urt. v. 3.11.2011 (S.H. u.a./Österreich), NJW 2012, S. 207-213 (210), Z. 91.

326 EGMR Nr. 25579/05, Urt. v. 16.12.2010 (A, B und C/Irland), NJW 2011, S. 2107-2112 (2109), Z. 229-231; mutatis mutandis: EGMR Nr. 25358/12, Urt. v. 24.1.2017 (Paradiso u. Campanelli/Italien), NJW 2017, S. 941-946 (944), Z. 179-184; zur "margin-of-appreciation"-Doktrin vgl. *Nussberger*, The European Court of Human Rights, 2020, S. 88 ff.

327 EGMR Nr. 7525/76, Urt. v. 22.10.1981 (Dudgeon/Vereinigtes Königreich), NJW 1984, S. 541-544 (542).

328 EGMR Nr. 6339/05, Urt. v. 10.4.2007 (Evans/Vereinigtes Königreich), NJW 2008, S. 2013-2017 (2015), Z. 77; mutatis mutandis: EGMR Nr. 57813/00, Urt. v. 3.11.2011 (S.H. u.a./Österreich), NJW 2012, S. 207-213 (210), Z. 97; EGMR Nr. 25358/12, Urt. v. 24.1.2017 (Paradiso u. Campanelli/Italien), NJW 2017, S. 941-946 (944), Z. 179-184.

329 Zum Subsidiaritätsprinzip *Nussberger*, The European Court of Human Rights, 2020, S. 95 ff.; Das 15. Zusatzprotokoll zur EMRK vom 24.6.2013 (in Kraft getreten am 1. August 2021) verweist in einem Zusatz zur Präambel ausdrücklich auf den "margin of appreciation" und das "principle of subsidiarity".

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

gen soll“[330]. Erläuternd *Nussberger*: “The margin of appreciation [...] can be said to embody the Court’s philosophy in a nutshell. Its intention is not to harmonize legal systems, but to allow diversity in so far as it is compatible with effective human rights protection”[331]. Gerade „wenn der Fall schwierige Fragen der Gesellschaftspolitik“ betrifft, hält der EGMR die staatlichen Instanzen für geeigneter, um zu entscheiden, „was das öffentliche Interesse verlangt“. In der Regel respektiert er dann „die Entscheidung des Gesetzgebers, es sei denn, ihr fehlt ‚offensichtlich eine vernünftige Begründung‘“[332]. Einen weiten Ermessensspielraum gewährt der EGMR auch, wenn es „keinen Konsens unter den Mitgliedstaaten des Europarats [gibt], sei es über das Gewicht der betroffenen Interessen, sei es darüber, wie sie am besten zu schützen sind, insbesondere wenn der Fall schwierige Fragen von Moral und Ethik aufwirft“[333]. Aber auch, „wenn [die Staaten] einen Ausgleich zwischen widerstreitenden privaten und öffentlichen Interessen oder zwischen Rechten der Konvention herzustellen ha[ben]“, geht der EGMR von einem weiten Ermessen aus[334]. Gering schätzt er das Ermessen hingegen ein, wenn der Fall einen „wesentlichen Aspekt der Existenz oder Identität einer Person“ betrifft oder die Rechtslage in den Mitgliedsstaaten Konsens signalisiert.

330 EGMR Nr. 57813/00, Urt. v. 3.11.2011 (S.H. u.a./Österreich), NJW 2012, S. 207-213 (210), Z. 94; mutatis mutandis: EGMR Nr. 25579/05, Urt. v. 16.12.2010 (A, B und C/Irland), NJW 2011, S. 2107-2112 (2109), Z. 232; EGMR Nr. 7525/76, Urt. v. 22.10.1981 (Dudgeon/Vereinigtes Königreich), NJW 1984, S. 541-54 (542); EGMR Nr. 57813/00, Urt. v. 3.11.2011 (S.H. u.a./Österreich), NJW 2012, S. 207-213 (210), Z. 94.

331 *Nussberger*, The European Court of Human Rights, 2020, S. 94.

332 EGMR Nr. 6339/05, Urt. v. 10.4.2007 (Evans/Vereinigtes Königreich), NJW 2008, S. 2013-2017 (2015), Z. 78.

333 Vgl. ebd. S. 2015, Z. 77; mutatis mutandis: EGMR Nr. 25579/05, Urt. v. 16.12.2010 (A, B und C/Irland), NJW 2011, S. 2107-2112 (2109), Z. 232; EGMR Nr. 57813/00, Urt. v. 3.11.2011 (S.H. u.a./Österreich), NJW 2012, S. 207-213 (210), Z. 94.

334 Vgl. ebd. S. 2015, Z. 77; mutatis mutandis: EGMR Nr. 44362/04, Urt. v. 4.12.2007 (Dickson/Vereinigtes Königreich), NJW 2009, S. 971-976 (975), Z. 78; EGMR Nr. 57813/00, Urt. v. 3.11.2011 (S.H. u.a./Österreich), NJW 2012, S. 207-213 (210), Z. 94; EGMR Nr. 25358/12, Urt. v. 24.1.2017 (Paradiso u. Campanelli/Italien), NJW 2017, S. 941-946 (944), Z. 179-184.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

b) Die Vereinbarkeit von Eingriffen in das Recht auf Zugang zur Elternschaft

Eben diesen Ermessensspielraum nutzt der Gerichtshof, um das im Anwendungsbereich soeben noch umfangreich etablierte Recht auf Zugang zur Elternschaft auf Rechtfertigungsebene gleich wieder zu entwerten.

aa) Evans vs. Vereinigtes Königreich

In *Evans vs. Vereinigtes Königreich*[335] entschied der Gerichtshof, dass das Recht der Beschwerdeführerin auf Achtung ihrer Entscheidung, Mutter eines genetisch mit ihr verwandten Kindes zu werden, nicht schwerer wiegt, als das Recht ihres Ex-Partners auf Widerruf seines Einverständnisses zur IVF: "Since the use of IVF treatment gives rise to sensitive moral and ethical issues against a background of fast-moving medical and scientific developments, and since the questions raised […] touch on areas where there is no clear common ground amongst the member States, the Court considers that the margin of appreciation […] must be a wide one"[336]. Der Fall werfe „schwierige Fragen der Moral und der Ethik auf", für die es „keine einheitliche europäische Lösung gibt". Darunter das Problem „wann bei einer IVF-Behandlung das Einverständnis der Spender der Gameten unwiderruflich wird"[337] und ob das Recht der Beschwerdeführerin aus Art. 8 EMRK wegen „ihre[r] größere[n] physische[n] und emotionale[n] Belastung während der IVF-Behandlung sowie ihrer später eingetretene[n] Unfruchtbarkeit" dem Recht ihres Ex-Partners (J) vorgeht[338]. Denn „die Auswirkungen für *J*, der gezwungen würde, Vater eines Kindes der Bf. zu werden, und die Auswirkungen für die Bf., der die Möglichkeit genommen wird, Mutter eines mit ihr genetisch verwandten Kindes zu werden", ließen sich kaum aneinander messen[339]. Das staatliche Ermessen sei deshalb ein weites und erstrecke sich sowohl auf Ob als auch Wie der Maßnahme:

335 EGMR Nr. 6339/05, Urt. v. 10.4.2007 (Evans/Vereinigtes Königreich), NJW 2008, S. 2013-2017.
336 ECHR No. 6339/05, 10th Apr. 2007 (Evans vs. The United Kingdom), http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-80046 (25.9.2020), PDF S. 25, Z. 81.
337 EGMR Nr. 6339/05, Urt. v. 10.4.2007 (Evans/Vereinigtes Königreich), NJW 2008, S. 2013-2017 (2015), Z. 78-79.
338 Vgl. ebd. S. 2015, Z. 80.
339 Vgl. ebd. S. 2015, Z. 80

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

"the [...] margin must in principle extend both to the State's decision whether or not to enact legislation governing the use of IVF treatment and, having intervened, to the detailed rules it lays down in order to achieve a balance between the competing public and private interests"[340]. Zwar habe der Gerichtshof „großes Verständnis für die Bf., die sich ein mit ihr genetisch verwandtes Kind über alles wünscht", gleichwohl sei das britische Recht, wonach ihr die Möglichkeit auf Persönlichkeitsentwicklung durch Elternschaft versagt bleibt, im Ergebnis nicht zu beanstanden[341]. Denn entscheidend sei nicht, ob man „diese Situation anders [hätte] regeln können, sondern, „ob das Parlament mit dem Ausgleich, den es geschaffen hat, seinen [...] Ermessensspielraum überschritten hat"[342]. Dem sei nicht so.

bb) Dickson vs. Vereinigtes Königreich

In *Dickson vs. Vereinigtes Königreich* beschied der Gerichtshof zugunsten der Beschwerdeführer. Bei der Entscheidung, Eltern „eines genetisch mit ihnen verwandten Kindes zu werden", handele es „um einen besonders wichtigen Aspekt der Existenz oder Identität einer Person"[343], so dass das staatliche Ermessen begrenzt sei. Zwar respektiere grundsätzlich der Gerichtshof die Einschätzung des Gesetzgebers, wenn und soweit ein Fall „schwierige Fragen der Gesellschaftspolitik aufwirft". Das gelte allerdings nur so lange, wie dieser Einschätzung „nicht offensichtlich eine vernünftige Begründung fehlt"[344]. Davon sei auszugehen, wenn „weder der Gesetzgeber noch die Gerichte versuch[en] [...], die widerstreitenden Interessen gegeneinander abzuwägen oder die Verhältnismäßigkeit der fraglichen Einschränkung [...] zu beurteilen"[345]. Als Präzedenzfall verwies der Gerichtshof auf *Hirst vs. Vereinigtes Königreich*, wo er aus eben diesem Grund eine Verletzung von Art. 3 des ersten Zusatzprotokolls zur Konvention angenommen

340 ECHR No. 6339/05, 10th Apr. 2007 (Evans vs. The United Kingdom), http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-80046 (25.9.2020), PDF S. 25, Z. 82.
341 EGMR Nr. 6339/05, Urt. v. 10.4.2007 (Evans/Vereinigtes Königreich), NJW 2008, S. 2013-2017 (2017), Z. 90.
342 Vgl. ebd. S. 2017, Z. 91.
343 EGMR Nr. 44362/04, Urt. v. 4.12.2007 (Dickson/Vereinigtes Königreich), NJW 2009, S. 971-976 (970).
344 Vgl. ebd. S. 975, Z. 78.
345 Vgl. ebd. S. 975, Z. 79.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

hatte[346]. Das ihm damals zur Prüfung vorgelegte britische Gesetz, das ein kategorisches Wahlverbot für Häftlinge aussprach, sei „ein ‚grobes Mittel' [gewesen], das einer großen Gruppe von Häftlingen unterschiedslos ihre Konventionsrechte [...] [genommen] und alle verurteilten Häftlinge [...] ohne Berücksichtigung ihrer persönlichen Umstände einer umfassenden automatischen Einschränkung [...] [unterworfen habe]"[347]. Damals hatte der Gerichtshof befunden: „Eine derartige allgemeine, automatische und unterschiedslose Einschränkung eines entscheidend wichtigen Rechts der Konvention liegt außerhalb jedes zulässigen Ermessensspielraums, wie weit dieser auch sein mag"[348]. Dasselbe gelte nunmehr in *Dickson vs. Vereinigtes Königreich* für das Recht der *Bf.* auf Zugang zur Persönlichkeitsentwicklung durch Elternschaft: „Dass eine solche Abwägung in einem Bereich von erheblicher Bedeutung für die Bf. nicht stattgefunden hat, muss [...] als jeden hinnehmbaren Ermessensspielraum übersteigend angesehen werden"[349].

cc) A, B und C vs. Irland

In *A, B u. C vs. Irland*[350] maß der Gerichtshof dem Recht auf Achtung der Entscheidung gegen die Mutterschaft ein geringeres Gewicht bei als den „moralischen Vorstellungen der irischen Bevölkerung über die Natur des Lebens und folglich die Notwendigkeit, das Leben des Ungeborenen zu schützen"[351]. Wegen der „besondere[n] Sensibilität der durch die Abtreibung aufgeworfenen moralischen und ethischen Fragen" stehe „Irland grundsätzlich ein weiter Ermessensspielraum bei der Beurteilung zu [...], ob ein gerechter Interessenausgleich hergestellt worden ist zwischen dem

346 ECHR No. 74025/01, 6th Oct. 2005 (Hirst/Vereinigtes Königreich), http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-70442 (25.9.2020), PDF S. 1-22 (18), Z. 84-85.

347 EGMR Nr. 44362/04, Urt. v. 4.12.2007 (Dickson/Vereinigtes Königreich), NJW 2009, S. 971-976 (975), Z. 79; mutatis mutandis: ECHR No. 74025/01, 6th Oct. 2005 (Hirst/Vereinigtes Königreich), http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-70442 (25.9.2020), PDF S. 1-22 (17), Z. 82.

348 EGMR Nr. 44362/04, Urt. v. 4.12.2007 (Dickson/Vereinigtes Königreich), NJW 2009, S. 971-976 (975), Z. 79; ECHR No. 74025/01, 6th Oct. 2005 (Hirst/Vereinigtes Königreich), http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-70442 (25.9.2020), PDF S. 1-22 (17), Z. 82.

349 EGMR Nr. 44362/04, Urt. v. 4.12.2007 (Dickson/Vereinigtes Königreich), NJW 2009, S. 971-976 (975-976), Z. 85.

350 EGMR Nr. 25579/05, Urt. v. 16.12.2010 (A, B und C/Irland), NJW 2011, S. 2107-2112.

351 Vgl. ebd. S. 2109, Z. 230.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

Schutz des öffentlichen Interesses, insbesondere dem Recht des Ungeborenen auf Leben [...] einerseits, und den entgegenstehenden Rechten der Bf. [...] nach Art. 8 EMRK auf Achtung ihres Privatlebens andererseits“[352]. Dass es inzwischen mehrheitlich einen Konsens gebe, die Abtreibung unter weniger strengen Voraussetzungen zu erlauben, schränke den Ermessensspielraum nicht ein. Im Kern gehe es nämlich um die wesentlich unterschiedlich beurteilte Frage, wann das Leben beginnt. Wenn den Staaten beim Schutz des Fötus ein weiter Ermessensspielraum zustehe, müsse dies auch für die Abtreibung gelten, denn die Rechte des Embryos seien untrennbar mit denen der Mutter verknüpft[353]. Da das irische Recht Frauen erlaube, für eine Abtreibung ins Ausland zu reisen und außerdem vorsehe, ihnen „Zugang zu allgemeinen Informationen [rund um die Abtreibung] und [anschließender] medizinischer Behandlung“ im Inland zu gewähren, überschreite das Verbot der Abtreibung aus Gründen der Gesundheit und des Wohlbefindens nicht den weiten Ermessensspielraum, der Irland in dieser Frage zustehe[354]. Die erste und zweite Beschwerdeführerin sei daher nicht in ihren Rechten aus Art. 8 EMRK verletzt. Wohl aber habe für die dritte Beschwerdeführerin „das Fehlen eines wirksamen und zugänglichen Verfahrens, in denen das Recht auf Abtreibung [bei Lebensgefahr für die Frau] begründet werden kann, [...] zu einem [...] Widerspruch zwischen dem theoretisch gegebenen Recht auf Abtreibung [...] einerseits und seiner praktischen Anwendung andererseits geführt“[355]. Im Ergebnis verstoße das irische Recht deshalb ausschließlich in Bezug auf das Fehlen von Durchführungsvorschriften gegen Art. 8 EMRK. Im Übrigen aber bewege sich der irische Gesetzgeber mit seiner Absage an das Recht der Frauen auf Achtung ihrer Entscheidung für oder gegen eine Elternschaft im Rahmen seiner Einschätzungsprärogative.

dd) S.H. u.a. vs. Österreich

Auch in *S.H. u.a. vs. Österreich*[356] erteilte der Gerichtshof dem Recht der Beschwerdeführer auf Zugang zur Elternschaft eine Absage. Ihrem Vortrag

352 Vgl. ebd. S. 2109, Z. 230.
353 Vgl. ebd. S. 2110, Z. 237.
354 Vgl. ebd. S. 2110, Z. 241.
355 Vgl. ebd. S. 2110, Z. 264.
356 EGMR Nr. 57813/00, Urt. v. 3.11.2011 (S.H. u.a./Österreich), NJW 2012, S. 207-213.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

wonach „das Recht eine Familie zu gründen, und das Recht auf Fortpflanzung [...] so bedeutsam [seien], dass die Konventionsstaaten bei deren gesetzlichen Regelung keinen Ermessensspielraum hätten", folgte der Gerichtshof nicht[357]. Damals wie heute betreffe die künstliche Befruchtung vor dem „Hintergrund einer schnell voranschreitenden Entwicklung der Wissenschaft und Medizin [...] schwierige Fragen der Moral und Ethik", so dass den Staaten ein weiter Ermessensspielraum zustehe[358]. Zwar bleibe „der Gesetzgeber mit den von ihm gewählten Lösungen unter der Kontrolle des Gerichtshofs". Dieser habe „die Gründe des Gesetzgebers für die von ihm getroffene Wahl sorgfältig [zu] prüfen und sich dann [zu] vergewissern, dass zwischen den Interessen des Staates und denen der Personen, die durch die Regelung stark betroffen sind, ein fairer Ausgleich hergestellt wurde"[359]. Allerdings sei es bei Verfahren der assistierten Reproduktion „besonders schwierig, eine zuverlässige Grundlage für die Beurteilung der Notwendigkeit und Zweckmäßigkeit von gesetzlichen Vorschriften zu erkennen, deren Folgen möglicherweise erst nach Jahren erkennbar werden"[360]. Deshalb habe Österreich das Recht der Beschwerdeführer auf Achtung ihrer Entscheidung zur persönlichen Entwicklung durch Elternschaft weder durch das Verbot der extrakorporalen Befruchtung noch durch das der Eizellspende verletzt.

ee) Paradiso u. Campanelli vs. Italien

Gleiches in *Paradiso u. Campanelli vs. Italien*[361]. Der Fall betreffe „ethisch sensible Fragen – Adoption, Unterbringung eines Kindes, künstliche Befruchtung und Leihmutterschaft – bei denen die Staaten einen weiten Ermessensspielraum haben"[362]. Auch bestehe kein Grund für die Annahme, dass das staatliche Ermessen beschränkt sein könnte. Da die Beschwerdeführer nämlich mit dem Kind nicht genetisch verwandt seien, berühre der Fall nicht „die Entscheidung der *Bf.*, leibliche Eltern zu werden, [...],

357 Vgl. ebd. S. 210, Z. 93.
358 Vgl. ebd. S. 210, Z. 97.
359 Vgl. ebd. S. 210, Z. 97.
360 Vgl. ebd. S. 211, Z. 103.
361 EGMR Nr. 25358/12, Urt. v. 24.1.2017 (Paradiso u. Campanelli/Italien), NJW 2017, S. 941-946.
362 Vgl. ebd. S. 945, Z. 194.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ein Bereich, in dem der Ermessensspielraum begrenzt ist“[363]. An dieser Stelle favorisiert der Gerichtshof, wie zuvor beim Recht auf Achtung des Familienlebens, die genetische vor der nicht-genetischen Elternschaft. Zwar falle beides in den Anwendungsbereich des Rechts auf Achtung des Privatlebens, das staatliche Ermessen sei aber nur bei einer genetischen Eltern-Kind-Beziehung begrenzt. Nur dann handele es sich – wie in *Dickson vs. Vereinigtes Königreich* festgestellt – „um einen besonders wichtigen Aspekt der Existenz oder Identität einer Person“[364].

Diese Argumentation ist in mehrfacher Hinsicht problematisch: Zum einen ist es diskriminierend, über den “margin of appreciation” zwischen genetischer und nicht-genetischer Elternschaft zu differenzieren. Denn wer ein Recht auf persönliche Entwicklung durch die Beziehung zum Kind als besonders menschenwürde-nahen Kernaspekt der eigenen Identitätsbildung- und Entfaltung anerkennt, kann nicht überzeugend begründen, warum diese Persönlichkeitsentwicklung zwar leibliche Eltern zu erwarten haben, nicht aber auch Adoptiveltern oder wie im Fall der Beschwerdeführer in *Paradiso u. Campanelli vs. Italien* Wunscheltern, die oftmals noch länger und intensiver auf die Verwirklichung ihres Kinderwunsches hingearbeitet haben als leibliche Eltern. Alles spricht dafür, dass ihnen die Möglichkeit zur Übernahme der sozialen Verantwortung und emotionalen Fürsorge für ein Kind besonders am Herzen liegt und sie diese Erfahrung deshalb als nicht minder persönlichkeitsprägend erleben wie leibliche Eltern, so dass der Ermessensspielraum hier wie dort reduziert gehört. Zum anderen erscheint es paradox, zunächst den Anwendungsbereich des Rechts auf Achtung des Privatlebens – in bewusster Abgrenzung zum Recht auf Achtung des Familienlebens – für ein Recht auf Zugang zu jeder Form von Elternschaft zu öffnen (vgl. B, III, 1, a, ee), auf Rechtfertigungsebene die nicht-genetische Elternschaft aber sogleich wieder herabzustufen. Zur Erinnerung: Im Anwendungsbereich hatte der Gerichtshof noch argumentiert, dass ein Recht auf persönliche Entwicklung durch die Beziehung zum Kind nicht nur bestehe, „[w]enn [...] biologische oder rechtliche Beziehungen Bindungen zwischen Erwachsenen und einem Kind [begründen]“. Vielmehr genüge bereits „die emotionale Bindung zwischen einem Erwachsenen und einem Kind außerhalb einer klassischen Verwandtschaft, da solche Bindungen [gleichsam] zum Leben und zur sozialen Identität einer Person

363 Vgl. ebd. S. 945, Z. 195 m. Verw. a. Dickson vs. Vereinigtes Königreich.
364 EGMR Nr. 44362/04, Urt. v. 4.12.2007 (Dickson/Vereinigtes Königreich), NJW 2009, S. 971-976 (974), Z. 78.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

gehören“[365]. Diametral dazu argumentiert er auf Rechtfertigungsebene: Der Gerichtshof unterschätze nicht „die emotionale Härte für Personen, deren Wunsch, Eltern zu werden, nicht erfüllt wurde oder nicht erfüllt werden konnte“[366]. Gleichwohl sei der staatliche Ermessensspielraum – auch angesichts der fehlenden genetischen Verbindung – weit auszulegen und überwiege das öffentliche Interesse das private Interesse der Beschwerdeführer, „ihr Privatleben durch Fortsetzung ihrer Beziehung zu dem Kind weiter zu entwickeln“[367]: “the Italian courts attached little weight to the applicants' interest in continuing to develop their relationship with a child whose parents they wished to be. [...] However, this has to be seen against the background of the illegality of the applicants' conduct and the fact that their relationship with the child was precarious from the very moment that they decided to take up residence with him in Italy. The relationship became even more tenuous once it had turned out [...] that there was no biological link between the second applicant and the child”[368]. Indem der Gerichtshof über den “margin of appreciation” zwischen genetischer und nicht-genetischer Elternschaft differenziert, verhält er sich gleich zweifach systembrüchig. Zum einen, weil er die auf Anwendungsebene etablierte Ergänzungsfunktion des Rechts auf Achtung des Privatlebens zum Recht auf Achtung des Familienlebens missachtet. Zum anderen: Selbst wenn man seiner Argumentation folgen wollte, wonach das staatliche Ermessen nur begrenzt ist, wenn es um die Entscheidung für oder gegen eine Persönlichkeitsentwicklung durch leibliche Elternschaft geht, leuchtet es nicht ein, warum das Ermessen dann nicht auch in *Evans vs. Vereinigtes Königreich*, *A, B und C vs. Irland* und *S.H. u.a. vs. Österreich* beschränkt ist – alles Fälle, in denen eine ganz oder teilweise genetische Beziehung zum Kind bestand oder intendiert war.

365 EGMR Nr. 25358/12, Urt. v. 24.1.2017 (Paradiso u. Campanelli/Italien), NJW 2017, S. 941-946 (944), Z. 161.
366 Vgl. ebd. S. 946, Z. 215.
367 Vgl. ebd. S. 946, Z. 215.
368 ECHR No. 25358/12, 24th Jan. 2017 (Paradiso a. Campanelli/Italy), http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-170359 (31.3.2020), PDF S. 49, Z. 211.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

c) Ergebnis zur schutzzweckkonformen Bewertung von Eingriffen in das Zugangsrecht nach Art. 8 II EMRK

Wegen der starken Eingriffsermächtigung des Art. 8 II EMRK bleibt das Recht auf Zugang zur Persönlichkeitsentwicklung durch Elternschaft bislang weitestgehend wirkungslos.

4) Ergebnis zur teleologischen Auslegung und dem Grundsatz der effektiven Konventionsauslegung

Die teleologische Auslegung des Art. 8 EMRK hat ergeben, dass das Recht auf Achtung des Privatlebens als Primärforum zur Umsetzung des Achtungsanspruchs vor der Würde des Einzelnen im Konventionsrecht schützt, was zum Kernbereich privater Lebensgestaltung und Persönlichkeitsentwicklung gehört und deshalb zur „Achtung der Würde und der Freiheit des Menschen“[369] durch selbstbestimmtes Handeln und eigenverantwortliche Entscheidungsmacht geprägt sein muss. Dazu gehört nunmehr auch, das hat der Gerichtshof in ständiger Rechtsprechung entschieden, ein Recht auf Zugang zur Persönlichkeitsentwicklung durch jede Form von Elternschaft. Dieses Recht ist zum einen Ausdruck des Rechts auf Achtung der Entscheidung für oder gegen eine Elternschaft, zum anderen Ausdruck des Rechts auf persönliche Entwicklung durch die Beziehung zum Kind als wesentlichen Bestandteils der eigenen Identitätsbildung und -entfaltung. Die rechtsphilosophische Einordnung des Art. 8 EMRK als Grundsatznorm personaler Autonomie untermauert die Anerkennung eines solchen Rechts, das die Vorstellung von Elternschaft als eines besonders menschenwürdenahen Kernaspekts persönlicher Identität in den Vordergrund rückt und deshalb kaum Eingriffen, etwa in Form von gesetzlichen Verboten im Bereich der Fortpflanzungsmedizin, zugänglich ist. In Ergänzung zum Recht auf Achtung des Familienlebens versteht sich das Recht auf Achtung des Privatlebens als Sammelbecken gerade auch solcher Zeugungs- und Familienformen, die sich jenseits biologischer oder sozial konstruierter Natürlichkeitsvorstellungen bewegen. Deshalb schützt es die Entscheidung, eine elterliche Verantwortungs- und Fürsorgebeziehung einzugehen, nicht nur losgelöst von determinierenden Faktoren wie der Abstammung, sondern auch des Ehestandes, Beziehungsstatus und der sexuellen Orientierung

369 EGMR Nr. 28957/95 (Christine Goodwin/Vereinigtes Königreich), NJW-RR 2004, S. 289-295 (293), Z. 90.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

(vgl. im Folgenden: B, IV, 1, b, bb und cc). Diesem Telos des Art. 8 EMRK entspricht der EGMR bereits auf Anwendungsebene, bislang aber noch nicht auf Rechtfertigungsebene, so dass das Zugangsrecht in seiner Grundfeste zwar angelegt ist, *de facto* aber eine bloße Leerformel bleibt.

IV) Die systematische Auslegung und der Grundsatz der autonomen Konventionsauslegung

Nach Art. 31 I WVK ist ein völkerrechtlicher Vertrag in Übereinstimmung mit den seinen Bestimmungen in ihrem Zusammenhang zukommenden Bedeutung auszulegen. Dabei kommt es primär auf die Systematik der Konvention selbst und ihrer Zusatzprotokolle an, „um die interne Kohärenz und Konsistenz der Interpretation sicherzustellen“[370]. Denn die Konvention soll, so der Gerichtshof, „immer als Ganzes gelesen werden“[371]. Neben dem Vertragswortlaut samt Präambel und Anlagen schließt der Zusammenhang gemäß Art. 31 II a WVK jede sich auf den Vertrag beziehende Übereinkunft ein, die zwischen allen Vertragsparteien anlässlich des Vertragsabschlusses getroffen wurde; außerdem nach Art. 31 II b WVK jede Urkunde, die von einer oder mehreren Vertragsparteien anlässlich des Vertragsabschlusses abgefasst und von den anderen Vertragsparteien als eine sich auf den Vertrag beziehende Urkunde angenommen wurde.

Das betrifft laut dem ersten Erwägungsgrund der Präambel zur EMRK vor allem die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte (AEMR) vom 10. Dezember 1948. Danach nämlich ist die Konvention „als regionale rechtsverbindliche Umsetzung des in der AEMR liegenden unverbindlichen Schutzauftrages konzipiert“[372]. Weiter heißt es: „Die [...] Mitglieder des Europarates – in der Erwägung, dass diese Erklärung bezweckt, die universelle und wirksame Anerkennung und Einhaltung der in ihr [der AEMR] aufgeführten Rechte zu gewährleisten (Zweiter Erwägungsgrund); [und]; entschlossen, als Regierungen europäischer Staaten, die vom gleichen Geist beseelt sind und ein gemeinsames Erbe an politischen Überlieferungen, Idealen, Achtung der Freiheit und Rechtsstaatlichkeit besitzen, die ersten

370 *Schubert*, in: Franzen/Gallner/Oetker, Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht, EMRK, Art. 1, Rn. 10.

371 EGMR Nr. 14038/88, Urt. v. 7.7.1989 (Soering/Vereinigtes Königreich), NJW 1990, S. 2183-2189 (2186), Z. 103.

372 *Mayer*, in: Karpenstein/Mayer, EMRK, Präambel.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Schritte auf dem Weg zu einer kollektiven Garantie bestimmter in der Allgemeinen Erklärung aufgeführter Rechte zu unternehmen (Fünfter Erwägungsgrund) – haben Folgendes vereinbart: [...]"[373]. Die EMRK ist folglich stets im Kontext mit der AEMR auszulegen.

In gleicher Weise wie der Zusammenhang sind nach Art. 31 III WVK jede spätere Übereinkunft zwischen den Vertragsparteien über die Auslegung des Vertrages oder die Anwendung seiner Bestimmungen (Art. 31 III a WVK) zu berücksichtigen sowie jeder in den Beziehungen zwischen den Vertragsparteien anwendbare einschlägige Völkerrechtssatz (Art. 31 III c WVK). Ersteres bezieht sich vor allem auf „die Empfehlungen und Beschlüsse des Ministerkomitees und der Parlamentarischen Versammlung sowie anderer Organe des Europarates"[374]. Letzteres erfasst völkerrechtliche Verträge, „die die Vertragsstaaten im Hinblick auf die EMRK geschlossen haben, wie auch alle anderen [Abkommen], die nach dem Inkrafttreten der Konvention geschlossen wurden, um die Bedeutung einer Norm und ihren Garantiegehalt aufzuklären"[375]. Ebenso erfasst sind das Völkergewohnheitsrecht und die Allgemeinen Rechtsgrundsätze des Völkerrechts.

Insgesamt ist die EMRK „als Teil eines umfassenden Menschenrechtsschutzsystems"[376] einheitlich, das heißt „im Einklang mit anderen völkerrechtlichen Grundsätzen und Verträgen" auszulegen[377]. So ordnet es auch Art. 1 c der Satzung des Europarates an, wonach die Beteiligung der Mitglieder an den Arbeiten des Europarats ihre Mitwirkung am Werk der Vereinigten Nationen und der anderen Organisationen oder internationalen Vereinigungen, denen sie angehören, nicht beeinträchtigen darf[378]. Deshalb berücksichtigt der EGMR in seiner Interpretation der EMRK neben den sonstigen Konventionen des Europarates auch den Gründungsvertrag der Vereinten Nationen (UN-Charta) sowie die Beschlüsse, Resolutionen und Konventionen der Vereinten Nationen (UN) und deren Sonderorganisationen wie zum Beispiel der Weltgesundheitsorganisation (WHO), des Kinderhilfswerks der Vereinten Nationen (UNICEF) und der Organisation der Vereinten Nationen für Bildung, Wissenschaft und Kultur

373 *Mayer*, in: Karpenstein/Mayer, EMRK, Präambel, Rn. 1.
374 *Mayer*, in: Karpenstein/Mayer, EMRK, Art. 1, Rn. 10;
Grabenwarter, Europäische Menschenrechtskonvention, 2005, S. 37, Rn. 8.
375 *Mayer*, in: Karpenstein/Mayer, EMRK, Art. 1, Rn. 11.
376 *Mayer*, in: Karpenstein/Mayer, EMRK, Einleitung, Rn. 52.
377 *Mayer*, in: Karpenstein/Mayer, EMRK, Einleitung, Rn. 51.
378 *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention, 2021, § 5, Rn. 8.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

(UNESCO)[379]. Wichtige Bezugspunkte für die Konventionsauslegung sind neben der AEMR insbesondere das Übereinkommen über die Rechte des Kindes vom 20. November 1989 (UN-Kinderrechtskonvention), das Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau vom 18. Dezember 1979 (UN-Frauenkonvention), der Internationale Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte vom 16. Dezember 1966 (UN-Sozialpakt) sowie der Internationale Pakt über bürgerliche und politische Rechte vom 16. Dezember 1966 (UN-Zivilpakt). Systematische Bezüge finden sich außerdem zum Recht der Europäischen Union (EU) und der Europäischen Grundrechtecharta (GrCh), aber auch zu einer Vielzahl an sonstigen Verträgen, die „Sachverhalte aus dem Schutzbereich eines in der EMRK gewährleisteten Rechts regeln"[380], etwa zu der Amerikanischen Menschenrechtskonvention (AMRK) oder der Charta der Rechte der Menschen und Völker in Afrika (Banjul-Charta)[381].

Dabei können völkerrechtliche Verträge im Regelungsumfeld der EMRK selbst dann Orientierungsfunktion für deren systematische Auslegung entfalten, „wenn der beklagte Vertragsstaat den fraglichen völkerrechtlichen Vertrag nicht ratifiziert hat"[382]. Auch solche Verträge können „im Rahmen einer systematischen oder evolutiv-dynamischen Auslegung in Bedacht genommen werden und damit zu einer Erhöhung des Grundrechtestandards nach der EMRK führen"[383]. Maßgeblich ist dann die Interpretation der Ausschüsse, die im Rahmen der „jeweiligen völkerrechtlichen Organisation zur Durchsetzung des Vertrages berufen sind"[384]. Der EGMR misst ihnen „aufgrund der Expertise ihrer Mitglieder eine besondere tatsächliche Anerkennung" bei[385]. Dabei ist freilich zu beachten, dass „soweit der Gerichtshof deren Menschenrechtsverständnis in die Konvention hineinliest, [...] er [...] dem von den Ausschüssen interpretierten völkerrechtlichen Vertrag [...] vermittels der EMRK eine normative Wirkung [verleiht], die ihm so

379 *Schubert*, in: Franzen/Gallner/Oetker, Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht, EMRK, Art. 1, Rn. 11.
380 *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention, 2021, § 5, Rn. 8.
381 Vgl. ebd. § 5, Rn. 8.
382 *Mayer*, in: Karpenstein/Mayer, EMRK, Einleitung, Rn. 51.
383 *Schubert*, in: Franzen/Gallner/Oetker, Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht, EMRK, Art. 1, Rn. 11; vgl. EGMR Nr. 6833/74, Urt. v. 13.6.1979 (Marckx/Belgien), NJW 1979, S. 2449-2454 (2451), Z. 41.
384 Vgl. ebd. Art. 1, Rn. 13.
385 Vgl. ebd. Art. 1, Rn. 13.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ursprünglich nicht zukam“[386]. Deshalb ist, soweit man sich auf sonstiges Völkervertragsrecht und seine Auslegung durch die jeweiligen Auslegungsorgane bezieht, Zurückhaltung geboten[387].

Ausgesprochen relevant für die systematische Konventionsauslegung ist schließlich Art. 31 III b WVK. Danach ist jede spätere Übung bei der Anwendung des Vertrages zu berücksichtigen, aus der die Übereinstimmung der Vertragsparteien über seine Auslegung hervorgeht. Kennzeichnend ist hierfür vor allem „die Rechtslage und Rechtsentwicklung in [den] Mitgliedsstaaten, die [...] Gegenstand der Kontrolle durch den EGMR sind“[388]. Der Gerichtshof spricht von einer „autonomen Interpretation“ als einem „Interpretationsvorgang, der die Systematik des Vertrages, seine Zielsetzung und [...] die Gemeinsamkeiten und Unterschiede der [...] nationalen Rechtsordnungen berücksichtigt“[389]. An dieser Stelle überschneiden sich systematische und evolutiv-dynamischen Auslegung. Denn um festzustellen, ob die Rechtslage und Rechtsentwicklung in den Konventionsstaaten zu einem Thema Gleichklang signalisieren und daher eine echte „Fortentwicklung des von der Konvention gewährten Schutzes“[390] (vgl. B, VI) angezeigt erscheinen lassen, wirft der Gerichtshof nicht nur einen rechtsvergleichenden Blick auf die Privatrechtsordnungen. Er nimmt „in Wechselwirkung mit den einschlägigen internationalen Verträgen“[391] auch das sonstige Völkerrecht in Form der soeben benannten Quellen in Bedacht“[392]. Vereinzelt berücksichtigt der EGMR außerdem die Rechtslage in außereuropäischen Ländern. Denn: “In any case, it strengthens the argumentation to present what happens in Europe as part of changes occurring also on a universal level”[393].

386 Vgl. ebd. Art. 1, Rn. 13.
387 Vgl. ebd. Art. 1, Rn. 13.
388 *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention, 2021, § 5, Rn. 9.
389 Vgl. ebd. § 5, Rn. 9; *Nussberger*, The European Court of Human Rights, 2020, S. 81.
390 EGMR Nr. 25579/05, Urt. v. 16.12.2010 (A, B und C/Irland), NJW 2011, S. 2107-2112 (2109), Z. 234; mutatis mutandis: EGMR Nr. 6833/74, Urt. v. 13.6.1979 (Marckx/Belgien), NJW 1979, S. 2449-2454 (2451), Z. 41; EGMR Nr. 7525/76, Urt. v. 22.10.1981 (Dudgeon/Vereinigtes Königreich), NJW 1984, S. 541-544 (543); EGMR Nr. 24038/88, Urt. v. 7.7.1989 (Soering/Vereinigtes Königreich), NJW 1990, S. 2183-2189 (2186), Z. 102; EGMR Nr. 28957/95, Urt. v. 11.7.2002 (Christine Goodwin/Vereinigtes Königreich), NJW-RR 2004, S. 289-295 (291), Z. 74 f.
391 EGMR Nr. 6833/74, Urt. v. 13.6.1979 (Marckx/Belgien), NJW 1979, S. 2449-2454 (2451), Z. 41.
392 *Nussberger*, The European Court of Human Rights, 2020, S. 81.
393 Vgl. ebd. S. 86.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

1) Die systematische Vereinbarkeit des Zugangsrechts mit dem Geist der Konvention

Die durch Art. 8 EMRK gewährten Rechte dürfen nicht isoliert betrachtet werden. Sie sind im Lichte des gesamten Vertragswerks und im Einklang mit den wesentlichen, der Konvention zugrunde liegenden Prinzipien auszulegen. Denn wie der Gerichtshof betont, muss „jede Interpretation der dort garantieren Rechte und Freiheiten übereinstimmen mit dem allgemeinen Geist der Konvention, einem Instrument zur Aufrechterhaltung und Förderung der Ideale und Werte für eine demokratische Gesellschaft". Gemeint sind die „grundlegendsten Werte der demokratischen Gesellschaften [...], die sich im Europarat zusammengeschlossen haben"[394]. Werte, die sich laut Präambel zur EMRK aus ihrem „gemeinsamen Erbe an geistigen Gütern, politischen Überlieferungen, Achtung der Freiheit und Vorherrschaft des Gesetzes" ergeben. Es ist dieser der Konvention übergeordnete Telos, in den sich das Recht auf Zugang zur Elternschaft systematisch einfügen muss. Er lässt sich am ehesten auf jene Maxime herunterbrechen, die seit jeher alles menschenrechtlich relevante Völkerrecht geprägt hat, nämlich der Anspruch auf gleiche Achtung vor der Würde des Einzelnen. Oder genauer: die Ausgangsvermutung zugunsten der Freiheit eines jeden Menschen. In erster Ableitung ist ihr ein Anspruch auf gleiche Achtung inhärent. Ob sich ein Zugangsrecht in die Systematik der Konvention einfügt, hängt daher nicht zuletzt davon ab, inwieweit diese Grundsätze einen derartigen Ausbau des Menschenrechtsschutzes einfordern. Im Folgenden wird unter Rückgriff auf staatstheoretische Überlegungen dargelegt, warum es diese Prinzipien sind, die als Grundpfeiler westlicher Verfassungstradition den „Geist der Konvention" ausmachen (a). Sodann wird erläutert, warum und unter welchen Voraussetzungen sie für eine systematische Einbettung des Rechts auf Zugang zur Elternschaft in den Menschenrechtkatalog der EMRK streiten und – unter Rückgriff auf rechtsphilosophische Argumente – wer daraus deshalb theoretisch Anspruch auf Zugang zu welcher Form von Elternschaft hat (b).

394 EGMR Nr. 14038/88, Urt. v. 7.7.1989 (Soering/Vereinigtes Königreich), NJW 1990, S. 2183-2189 (2186), Z. 87-88.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

a) Die Grundprinzipien der westlichen Verfassungstradition

Ziel des folgenden Abschnitts ist es, in schlaglichtartiger Manier Ursprung und Bedeutung des Werte-Kanons in einen grobmaschigen, begründungstheoretischen Kontext zu betten, um sich sodann *en détail* der kontextuellen Begründung des Rechts auf Zugang zur Elternschaft zu widmen.

aa) Die Ausgangsvermutung zugunsten der Freiheit eines jeden Menschen

Auf rechtsphilosophischer Ebene wurde bereits festgestellt, dass übergeordneter Schutzzweck der Menschenrechte derivativ zur Menschenwürde die Befähigung zu selbstbestimmtem Handeln und autonomer Entscheidungsmacht in allen Kernaspekten persönlicher Identität ist. Dass die EMRK von einer „Ausgangsvermutung zugunsten der Freiheit jedermanns" ausgeht[395], die Ausdruck ist eines „zumindest den westlichen Gesellschaften gemeinsamen Verständnis von menschlicher Würde – in der Überzeugung, dass Menschen das Recht und die Verantwortung haben, die grundlegenden Fragen über die Bedeutung und den Sinn ihres Lebens für sich selbst zu beantworten"[396] – zeigt bereits die Präambel zur Satzung des Europarates. Danach bilden die Freiheit der Einzelperson, die politische Freiheit und die Herrschaft des Rechts die Grundlage jeder wahren Demokratie. Zu diesem Schluss kommt auch *Dworkin* in seiner Auslegung des ersten Zusatzartikels der Verfassung der Vereinigten Staaten: „Ein Staat, [...], darf den Menschen nicht vorschreiben, was sie als letzten Sinn und Zweck des menschlichen Lebens betrachten, wie sie den Wert dieses Lebens einschätzen und wodurch dieser Wert in verschiedenen Umständen respektiert oder entehrt wird"[397]. Diese Erkenntnis habe sich eingraviert, „nicht nur in der Struktur der US-Verfassung, sondern in der politischen Kultur des Westens insgesamt". Kennzeichnend sei „der Glaube an die individuelle Würde des Menschen – daran, daß Menschen das Recht – und die ethische Pflicht – haben, sich den fundamentalsten Fragen über den Sinn und Wert ihres eigenen Lebens selbstständig zu stellen, allein ihrem Gewissen

395 *Gutmann*, Rechtsphilosophische Reflexionen, in: Arnold/Bernat/Kopetzki, Das Recht der Fortpflanzungsmedizin 2015, 2016, S. 45-61 (47); Für das Fortpflanzungsmedizinrecht formulieren diesen Gedanken *Gassner et al.*, AME-FMedG 2013, S. 32.

396 Vgl. ebd. S. 46.

397 *Dworkin*, Die Grenzen des Lebens, 1994, S. 228.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

und ihren Überzeugungen verpflichtet“[398]. Zustimmend *Gutmann*: „Das Prinzip, dass eine Ausgangsvermutung zugunsten der Freiheit jedermanns besteht, gehört zum Genom des liberalen Verfassungsstaats“[399]. Auch *Bernat* macht „eine weitreichende, prinzipiell unbegrenzte Freiheitsvermutung zugunsten des einzelnen“ aus, „für deren Widerlegung der Staat die Begründungslast trägt“[400]. *Dreier* führt aus, dass „den freiheitlichen Verfassungsstaat neben demokratischen und rechtsstaatlichen Prinzipien vor allem anderen die Gewährleistung bestimmter Freiheits- und Gleichheitsrechte“ kennzeichnen. Daneben gründe er „auf den Gedanken der Selbstherrschaft – also darauf, dass nicht eherne, unverfügbare Traditionen oder die letztlich unkontrollierbaren Entscheidungen charismatischer Führer den Legitimationsgrund politischer Herrschaft bilden, sondern der Wille der Bürger dieses Gemeinwesens selbst“. Die Kombination beider Aspekte – also „die individuelle Selbstbestimmung kraft bürgerlicher Freiheitsrechte“ einerseits und die darauf gründende „kollektive Selbstbestimmung des politischen Verbandes“ andererseits – bezeichnet *Dreier* als zentrale Attribute des liberalen Verfassungsstaates[401]. Mit zahlreichen Autoren lässt sich das Konzept „Selbstbestimmung als Verfassungsessenz“ auf „die Sozialphilosophie des rationalen Naturrechts und der Aufklärung“ zurückführen, und hier vor allem auf die staatstheoretischen Überlegungen ihrer prominenten Vertreter *Hobbes*, *Locke* und *Kant*[402]. Das ist plausibel, gehen sie mit ihrer Vorstel-

398 Vgl. ebd. S. 230.

399 *Gutmann*, Mutterschaft zwischen Natur und Selbstbestimmung, in: Röthel/Heiderhoff, Regelungsaufgabe Mutterstellung, 2016, S. 63-85 (69).

400 *Bernat*, Das Recht der Fortpflanzungsmedizin im Spiegel der sich wandelnden Sozialmoral, in:
Arnold/Bernat/Kopetzki, Das Recht der Fortpflanzungsmedizin 2015, 2016, S. 9-44 (24).

401 *Dreier*, Verfassungsstaat als riskante Ordnung, RW 2010, S. 11-38 (13-14).

402 Vgl. ebd. S. 16; *Gutmann*, Normenbegründung als Lernprozess, in: Siep/Ders./Jakl/Städtler, Von der religiösen zur säkularen Begründung staatlicher Normen, 2012, S. 295-313 (302-303): „Die Idee der Menschenrechte ist nicht voraussetzungslos, sondern im Rahmen normativer Diskurse historisch entstanden. Sie setzt rechtstheoretisch den Übergang von Konzepten, deren Grundbegriff der der Pflicht ist, zu Vorstellungen voraus, die das Verhältnis des Einzelnen zur Rechtsordnung von einem Begriff des subjektiven Rechts aus konstruieren und den Status als Rechtsperson Träger solcher Rechte zu sein von wechselseitigen Anerkennungsverhältnissen fundieren. Man wird diesen Übergang trotz aller Vorarbeiten – zumal bei Thomas Hobbes und in der wieder christlich gerahmten Naturrechtstheorie John Lockes [...] – nicht vor Kants initialer Setzung eines angeborenen Freiheitsrechts als fundamentales, absolutes individuelles Recht verorten können.“;

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

lung von einem vorstaatlichen Naturzustand und Sozialvertrag doch mehr oder weniger alle davon aus, dass „Legitimationsgrund der politischen Ordnung [...] der einzelne und freie Mensch [ist], der sich im Wege des Kontaktes mit anderen Menschen zusammenschließt und eine politische Herrschaftsorganisation hervorbringt“[403]. Erläuternd *Dreier*: „Sein Wille schafft den Staat, sein Wille rechtfertigt ihn. Die Vereinbarungsidee macht den Menschen zum autonomen Gestalter seiner Sozialwelt“[404]. Eine Reflexion zu den staatstheoretischen Grundlagen der Freiheitsvermutung offeriert *König* in seiner evolutiven Darstellung der politischen Philosophien von *Hobbes* über *Locke* zu *Kant*[405]:

Danach hat *Hobbes* mit seiner Vorstellung eines vorstaatlichen Naturzustandes, der destruktiv, allein durch den Selbsterhaltungstrieb isolierter Individuen bestimmt ist, den Grundstein gesetzt für den „neuzeitlichen Individualismus“[406]. Da das egoistische Streben des Einzelnen nach einem erfüllten Leben negative Attribute wie „Konkurrenz, Mißtrauen, Neid, Ruhmsucht und v. a. Streben nach Macht“[407] mit sich bringe, zeichne „sich der Naturzustand als beständiger Konflikt aller gegen alle“ aus[408]. *Hobbes* geht sodann von einem natürlichen Recht zur Freiheit eines jeden aus, „seine eigene Macht [...] zur Erhaltung [...] seines eigenen Lebens einzusetzen und folglich alles zu tun, was er nach eigenem Urteil und

vgl. auch: *Gutmann*, Religion und Normative Moderne, in: Willems/Pollack/Basu/Ders./Spohn, Moderne und Religion, 2013, S. 447-488 (450); *Brandt*, Thomas Hobbes und John Locke: Staatssouveränität und unveräußerliche Grundrechte, in: Siep/Gutmann/Jakl/Städtler, Von der religiösen zur säkularen Begründung staatlicher Normen, 2012, S. 94-104 (94); *Siep*, Thomas Hobbes und John Locke: Staatssouveränität und unveräußerliche Grundrechte, in: Ders./Gutmann/Jakl/Städtler, Von der religiösen zur säkularen Begründung staatlicher Normen, 2012, S. 105-118.

403 *Dreier*, Verfassungsstaat als riskante Ordnung, 2010, RW (1), S. 11-38 (16).

404 Vgl. ebd. S. 16.

405 *König*, Zur Begründung der Menschenrechte: Hobbes – Locke – Kant, 1994; vgl. auch: *Maluschke*, Philosophische Grundlagen des demokratischen Verfassungsstaates, 1982; *Kersting*, Politik und Recht, 2000; *Hofmann*, Menschenrechtliche Autonomieansprüche, JZ 1992, S. 165-173.

406 *König*, Zur Begründung der Menschenrechte: Hobbes – Locke – Kant, 1994, S. 89; *Strauss*, The Political Philosophy of Hobbes. Its Basis and its Genesis, 1963; *Brandt*, Thomas Hobbes und John Locke: Staatssouveränität und unveräußerliche Grundrechte, in: Siep/Gutmann/Jakl/Städtler, Von der religiösen zur säkularen Begründung staatlicher Normen, 2012, S. 94-104 (98).

407 *König*, Zur Begründung der Menschenrechte: Hobbes – Locke – Kant, 1994, S. 91.

408 Vgl. ebd. S. 90; *Höffe*, Naturzustand in: Ders., Thomas Hobbes: De cive, 2018, S. 1-33; *Maluschke*, Philosophische Grundlagen des demokratischen Verfassungsstaates, 1982, S. 26-29.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

eigener Vernunft als das zu diesem Zweck geeignetste Mittel ansieht“[409]. Erweitert werde dieses Recht durch eine Anzahl daraus abgeleiteter Verhaltensnormen, die, formuliert als hypothetische Imperative, „den Frieden als Mittel zur Selbsterhaltung der in einer Menge lebenden Menschen“[410] wahren sollen[411]. Sie vereinen sich zu dem Grundsatz, dass man einem anderen nicht zufügen sollte, was man nicht zugefügt bekommen will[412]. Danach sind Gesellschaft und Staatlichkeit also kein naturgegebener Zustand, sondern konstruiertes Mittel zum Zweck, der zerstörerischen Kraft aufeinandertreffender Individuen in ihrer rücksichtslosen Rechtsausübung mit dem Ziel der Selbsterhaltung zu begegnen[413]. Diesen zu beenden, begreift *Hobbes* als Legitimationsgrund staatlicher Ordnung: „Das Leben der Menschen im Naturzustand ist ‚einsam, armselig, ekelhaft, tierisch und kurz‘. Deshalb schließen sich alle in einem Vertrag zusammen, wo jeder sein natürliches Recht auf eine Person oder eine Versammlung überträgt, die [...] Rechtssicherheit herstellen kann, womit der Staat konstruiert ist“[414]. Den damit vollzogenen Perspektivwechsel beschreibt *König* so: „Das soziale Individuum wird zum absoluten Individuum, das weder zu seinem Mitmenschen noch zur Natur oder zu Gott, sondern nur zu sich selbst in einem Verhältnis steht“[415]. Zwar habe *Hobbes* der individuellen Freiheit im einmal etablierten Staat nur begrenzt Raum verschafft, nämlich ausschließlich zum Zwecke der Existenzerhaltung. Im Übrigen sei er davon ausgegangen, dass sich die Individuen bei Staatsgründung ihres natürlichen Verhaltenskode-

409 *Hobbes*, Leviathan (dt. Übersetzung v. Euchner), in: Fetscher (Hrsg.), 1984, Kap.14, S. 99.

410 Vgl. ebd. Kap. 15, S. 120.

411 *König*, Zur Begründung der Menschenrechte: Hobbes – Locke – Kant, 1994, S. 99.

412 *Hobbes*, Leviathan (dt. Übersetzung v. Euchner), in: Fetscher (Hrsg.), 1984, Kap. 15, S. 120-121.

413 *König*, Zur Begründung der Menschenrechte: Hobbes – Locke – Kant, 1994, S. 94; *Maluschke*, Philosophische Grundlagen des demokratischen Verfassungsstaates, 1982, S. 29: „Den Frieden zu suchen, kann nur bedeuten, auf ein Mittel der Beendigung des Naturzustandes zu sinnen. Dieses Mittel ist der Sozialvertrag. Er ist der Vollzug eines rationalen Kalküls der Vertragspartner, von denen jeder einzelne im Interesse seiner Selbsterhaltung sich verpflichtet – unter der Bedingung, daß alle dasselbe tun –, seinem unbändigen Machtstreben Schranken aufzuerlegen und auf sein natürliches Recht auf alles zu verzichten.“

414 *König*, Zur Begründung der Menschenrechte: Hobbes – Locke – Kant, 1994, S. 100; *Hobbes*, Leviathan (dt. Übersetzung v. Euchner), in: Fetscher (Hrsg.), 1984, Kap. 13, S. 96.

415 *König*, Zur Begründung der Menschenrechte: Hobbes – Locke – Kant, 1994, S. 95.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

xes entledigen[416]. Nicht geläufig sei ihm daher die „Menschenwürde und die Vorstellung [gewesen], daß es Äußerungen menschlichen Daseins und menschlicher Vernunft gibt, die wesensmäßig zur Selbstzweckhaftigkeit des Menschen gehören und zu schützen sind". Dennoch lässt sich im Ergebnis mit *König* festhalten, dass *Hobbes* Annahme, dass überirdische „Begründungen des von Natur Rechten [...] keine Legitimation mehr bieten, [und] eine Verankerung [...] nur noch im Individuum möglich [ist]"[417], den Weg bereitet hat für das heutige, der westlichen Verfassungstradition zugrunde liegende Freiheitsedikt.

Im Vergleich zu *Hobbes* macht *Locke* zugleich einen Schritt vor und zurück. Auch er zeichnet einen vorstaatlichen Naturzustand, der allerdings nicht „asozial und von ständigem Krieg gezeichnet ist", sondern „von einem göttlichen Naturgesetz" beherrscht wird, das allgemein bekannt ist und aus dem sich natürliche Rechte ergeben[418]. Da sich aber nicht jeder an das Naturgesetz halte, gewinne „der Naturzustand partiell die Eigenschaft eines Kriegszustandes; weshalb die Individuen sich zum Schutz ihrer natürlichen Rechte mittels eines Vertrages als bürgerliche Gesellschaft konstituieren"[419]. Der Unterschied zu *Hobbes* besteht darin, dass *Locke* einerseits – daher der Schritt zurück – „wieder von vorstaatlicher Normativität ausging"[420], andererseits aber auch davon, dass die vorstaatlichen natürlichen Rechte im Staatsgefüge erhalten bleiben – daher der Schritt nach vorne[421]. Außerdem dient der Staat nach *Locke* nicht bloß der Existenzerhaltung, sondern sichert neben dem Leben auch die Freiheit und das Eigentum als „angeboren und unübertragbar und [...] vorstaatlicher Maßstab für jede staatliche

416 Vgl. ebd. S. 115; *Brandt*, Thomas Hobbes und John Locke: Staatssouveränität und unveräußerliche Grundrechte, in: Siep/Gutmann/Jakl/Städtler, Von der religiösen zur säkularen Begründung staatlicher Normen, 2012, S. 94-104 (98): „Um die physischen Konflikte eines jeden zu befrieden, verzichten alle auf ihr subjektives Recht zugunsten einer Person, die ihr subjektives All-Recht behält und niemandem Unrecht tun kann, auch nicht im subjektiven Bewusstsein des Unterworfenen."

417 *König*, Zur Begründung der Menschenrechte: Hobbes – Locke – Kant, 1994, S. 115.

418 Vgl. ebd. S. 120-121.

419 Vgl. ebd. S. 120-121.

420 *König*, Zur Begründung der Menschenrechte: Hobbes – Locke – Kant, 1994, S. 163.

421 Vgl. ebd. S. 121.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Gewalt“[422]. Dabei differenziert *Locke* „zwischen natürlicher Freiheit, der Freiheit im Naturzustand, wo jedes Individuum, einzig mit der Einschränkung des natürlichen Gesetzes, sein eigener Herr ist, und der Freiheit in der Gesellschaft, wo die natürliche Freiheit jedoch insofern weiterwirkt, als die gesetzgebende Gewalt von der Zustimmung der Individuen abhängig ist“[423]. Im Ergebnis macht daher *Locke* durch seine „Betonung der individuellen Freiheit als unverlierbares Recht“ einen weiteren „Schritt zum liberalen Rechtsstaat“[424].

Doch erst *Kant* denkt die Ausgangsvermutung zugunsten der Freiheit jedermanns, die in erster Ableitung einen Anspruch auf gleiche Achtung in dieser Freiheit voraussetzt, als notwendige Bedingung legitimer Staatsherrschaft zu Ende[425]. Freiheit auf drei Ebenen, so resümiert *König* den *Kantischen* Freiheitsbegriff: „Freiheit als Autonomie, die auf transzendentaler Freiheit aufbaut, wird [...] zum Fundament einer gleichsam dritten Ebene des Kantischen Freiheitsbegriffs, der personalen Freiheit, die als rechtliche und politische Freiheit ihren Ausdruck findet“[426]. Höchste Stufe der *Kantischen* Freiheit ist danach die Autonomie, also „die Selbstgesetzgebung eines vernünftigen Wesens durch seine Vernunft“. Das setze zunächst innere Freiheit voraus. Einerseits also die Unabhängigkeit des Einzelnen von Bezügen zu Gott oder einer natürlichen Ordnung, andererseits seine „Freiheit von sinnlichen Antrieben“, wie sie charakteristisch sind für das vernunftgelöste

422 Vgl. ebd. S. 144, 161, 163; Deshalb bilde das Lockesche Wertetrias bereits die drei zentralen Menschenrechtskategorien ab: „die fundamentalen Menschenrechte, wie das Recht auf Leben oder auf körperliche Unversehrtheit; die Freiheitsrechte [...] und das Eigentumsrecht“ (S. 145); vgl. erläuternd *Maluschke*, Philosophische Grundlagen des demokratischen Verfassungsstaates, 1982, S. 58: „Was die Lockesche Konzeption [...] unterscheidet, das ist die Ausweitung des von Hobbes auf den Fall der Todesdrohung eingeschränkten Gehorsamsvorbehalts [...]: die Gehorsamsverpflichtung der Untertanen wird [...] schon dann hinfällig, wenn die Integrität der Individualsphäre, welche Leben, Freiheit und Besitztum inkludiert, und deren Schutz dem Souverän in dem Treuhandverhältnis zu den Bürgern aufgetragen ist, von Seiten der Staatsgewalt verletzt wird.“

423 *König*, Zur Begründung der Menschenrechte: Hobbes – Locke – Kant, 1994, S. 147.

424 Vgl. ebd. S. 163.

425 Vgl. *Gutmann/Quante*, Menschenwürde, Selbstbestimmung und Pluralismus: Zwischen sittlicher Vorgabe und deontologischer Konstruktion, ARSP 2017 (103/3), S. 322-336; *Gutmann*, Würde und Autonomie. Überlegungen zur Kantischen Tradition, in: Jahrbuch für Wissenschaft und Ethik, 2010, Bd. 15, S. 5-34.

426 Vgl. ebd. S. 229.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

Verhalten von Tieren[427]. Stattdessen bestimme nur die „reine Vernunft, soll heißen, [...] der kategorische Imperativ das Handeln des Menschen". Innere Freiheit definiere sich also als „die Unabhängigkeit von den sinnlichen Antrieben und Neigungen verbunden mit einer Abhängigkeit von einem selbstgegebenen Gesetz"[428]. Aus der inneren Freiheit erwachse sodann, da jedes Individuum „mit gleichem Recht als Repräsentant der Vernunft zu betrachten ist"[429] , die den Gegenstand des Rechts bildende äußere Freiheit, also die „Unabhängigkeit des Menschen von der nötigenden Willkür anderer"[430]. *Kant* schreibt: „Freiheit (Unabhängig von eines Anderen nöthigender Willkür), sofern sie mit jedes Anderen Freiheit nach einem allgemeinen Gesetz zusammen bestehen kann, ist dieses einzige, ursprüngliche, jedem Menschen Kraft seiner Menschheit zustehende Recht"[431]. Danach lässt sich Freiheit nicht ohne Gleichheit denken, da es wie *König* schreibt, „der genau gleiche Anspruch auf Freiheit [ist], der vom Standpunkt jedes [...] einzelnen Vernunftsubjekts mit dem Status eines ursprünglichen Rechts erhoben wird, da es die gleiche Vernunft ist, die hier als Anspruchssubjekt auftritt"[432]. Diese äußere Freiheit gehe wiederum in rechtlicher und politischer Freiheit auf. Den „rechtlichen Zustand" definiert *Kant* als „dasjenige Verhältnis der Menschen unter einander, welches die Bedingungen enthält, unter denen allein jeder seines Rechts *teilhaftig* werden kann"[433]. Danach habe Recht die Funktion, „die Freiheitsäußerungen jedes einzelnen auf die Bedingung einzuschränken, daß sie mit dem gleichen Freiheitsanspruch aller anderen übereinstimmen"[434]. Dafür brauche es „positive Gesetze [...], die notfalls eine solche Zusammenstimmung erzwingen können". Allerdings müsse sich das Recht selbst an der „Bedingung der Vernünftigkeit"

427 *Hruschka*, Freiheit und Rechtsstaat in Kants Rechtslehre, in: Kaufmann/Renzikowski, Freiheit als Rechtsbegriff, 2016, S. 19-42 (19) m. Verw. a. *Kant,* Die Metaphysik der Sitten, 1797, AA VI, S. 213, 35-214, 4.

428 Vgl. ebd. S. 20.

429 *König*, Zur Begründung der Menschenrechte: Hobbes – Locke – Kant, 1994, S. 230.

430 *Hruschka*, Freiheit und Rechtsstaat in Kants Rechtslehre, in: Kaufmann/Renzikowski, Freiheit als Rechtsbegriff, 2016, S. 20-31 (20); *Kant,* Die Metaphysik der Sitten, 1797, Einteilung der Rechtslehre, § B.

431 *Kant*, Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre, Allgemeine Einteilung der Rechte, § B.

432 *König*, Zur Begründung der Menschenrechte: Hobbes – Locke – Kant, 1994, S. 243.

433 *Kant*, Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre, 1797, Übergang von dem Mein und Dein in Naturzustande zu dem im rechtlichen Zustande überhaupt, § 41.

434 *König*, Zur Begründung der Menschenrechte: Hobbes – Locke – Kant, 1994, S. 238-239 m. Verw. a.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ausrichten; dürfe sich also „nur gegen solche Willküräußerungen richten, die eines anderen vernunftkongruente Freiheitsäußerung verhindern würden". Daraus folge „eine Vernunftpflicht zur Herstellung einer staatlichen Gemeinschaft" oder eher „ein ursprüngliches Recht, in einer Gemeinschaft zu leben, in der die Zusammenstimmung der Freiheitsansprüche aller einzelnen notfalls erzwungen werden kann". Der Staat rechtfertige sich aus eben dieser Idee, nämlich, dass ein Individuum die eigene Freiheit nur leben kann, wenn „die Respektierung dieses Freiheitsanspruchs auch erzwingbar ist"[435]. Damit sei *Kant* gelungen, was *Locke* gefehlt habe, nämlich „die Freiheit jedes einzelnen relativ zur Freiheit aller anderen" zu denken[436]. Zum Ausdruck kommt diese Vermutung zugunsten der gleichen Achtung individueller Freiheit auf Staatsebene vor allem durch die von „Grundrechten abgeschirmte und gestützte Seite individueller Selbstbestimmung"[437]. Dazu *Dreier*: „Grundrechte dienen der Ermöglichung einer Lebensform gemäß den eigenen Überzeugungen und Vorstellungen des Einzelnen, dessen Freiheit sich als ‚Selbstbestimmung über den eigenen Lebensentwurf und seinen Vollzug' umschreiben lässt"[438]. Wie umfassend dieser Schutz ist, zeigt die ablehnende Haltung des BVerfG gegenüber der einstigen Vorstellung des BVerwG, die grundrechtliche Freiheitsausübung stehe unter einem „Sozialverträglichkeitsvorbehalt"[439]. Vielmehr stehe es dem Grundrechtsträger frei, zu entscheiden „ob und wie er seinen Freiheitsraum ausfüllt", auch wenn das bedeutet, dass „er sein Handeln nicht an den Interessen des Staates" ausrichtet[440]. Der westlichen Verfassungstradition liegt daher ein Verständnis von „grundrechtlicher Freiheit als ‚Freiheit des Beliebens'"

Kant, Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre, Einleitung in die Rechtslehre, § B: „ob die Handlung Eines von beiden sich mit der Freiheit des Anderen nach einem allgemeinen Gesetze zusammen vereinigen lasse."; § C: „Also ist das allgemeine Rechtsgesetz: Handle äußerlich so, daß der freie Gebrauch deiner Willkür mit der Freiheit von jedermann nach einem allgemeinen Gesetze zusammen bestehen könne."

435 Vgl. ebd. S. 239; vgl. auch: *Maluschke*, Philosophische Grundlagen des demokratischen Verfassungsstaates, 1982, S. 107-127.

436 *König*, Zur Begründung der Menschenrechte: Hobbes – Locke – Kant, 1994, S. 241.

437 *Dreier*, Verfassungsstaat als riskante Ordnung, RW 2010, S. 11-38 (19); *Hofmann*, Menschenrechtliche Autonomieansprüche, JZ 1992, S. 165-173 (170); *Maurer*, Idee und Wirklichkeit der Menschenrechte, JZ 1999 (14), S. 689-697 (693).

438 *Dreier*, Verfassungsstaat als riskante Ordnung, RW 2010, S. 11-38 (20).

439 Vgl. ebd. S. 22; *Dreier*, in: Dreier Grundgesetz-Kommentar, Vorbemerkungen vor Art. 1, Rn. 119; vgl. BVerwGE 2, 85 (87); BVerwGE 4, 167 (171); BVerwGE 6, 13 (17).

440 BVerfGE 102, 370 (395); BVerfGE 28, 243 (260); BVerfGE 30, 173 (193).

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

zugrunde, die sich „nach der Vorstellungswelt, den Zielen und Zwecken des Grundrechtsträgers" richtet „ohne vorherige oder innere Limitation"[441]. Auch dem Geist der Konvention ist damit „eine weitreichende, prinzipiell unbegrenzte Freiheitsvermutung zugunsten des Einzelnen" inhärent[442].

bb) Das Recht auf gleiche Achtung individueller Freiheit

Das Bewusstsein, „dass Rechtspersonen – in den Worten Dworkins – ein individuelles 'right to equality of concern and respect' zukommt", ist laut *Gutmann* seit jeher zugleich Anstoß und Antrieb für die Weiterentwicklung von Grund- und Menschenrechten[443]. Die Geschichte der Menschenrechte ist demnach immer nur das Ergebnis einer ständigen Evolution des Rechts auf Nichtdiskriminierung, oder wie *Pollmann* schreibt „eine Geschichte der Ausdehnung"[444]. Dazu *Gutmann*: „Das [...] Verbot der freiheitsbeeinträchtigenden Ungleichbehandlung greift [...] im Hinblick auf die religiöse und weltanschauliche Überzeugung, auf die ethnische Herkunft, auf Behinderung und Alter und schließlich auch auf die sexuelle Orientierung (sowie […] im Hinblick auf jene diskriminierenden Formen von Exklusion und Ungleichheit, die von der sozialen Dynamik stets neu hervorgebracht bzw. von der Progression der Inklusionslogik neu ‚entdeckt' werden)"[445]. Rückblickend lasse sich die „historische Entwicklung der (schrittweisen und schleppenden) Verwirklichung des Prinzips egalitärer Grundrechte und Achtungsansprüche [...] als Fortschrittsgeschichte eines sich selbst korrigierenden Lernprozesses" begreifen. Danach sei „in der Logik der

441 *Dreier*, Verfassungsstaat als riskante Ordnung, RW 2010, S. 11-38 (22).

442 Vgl. ebd. S. 23.

443 *Gutmann*, Rechtsphilosophische Reflexionen, in: Arnold/Bernat/Kopetzki, Das Recht der Fortpflanzungsmedizin 2015, 2016, S. 45-61 (48); *Gutmann*, Mutterschaft zwischen Natur und Selbstbestimmung, in: Röthel/Heiderhoff, Regelungsaufgabe Mutterstellung, 2016, S. 63-85 (65); *Gutmann*, Normenbegründung als Lernprozess?, in: Siep/Ders./Jakl/Städtler, Von der religiösen zur säkularen Begründung staatlicher Normen, S. 285-313 (303); *Gutmann*, Religion und normative Moderne, in: Willems/Pollack/Basu/Ders./Spohn, Moderne und Religion, 2013, S. 447-488 (450); *Gutmann*, Rechtswissenschaft, in: Jaeger/Knöbl/Schneider, Handbuch Moderneforschung, 2015, S. 216-230; *Gutmann/Laukötter/Pollmann/Siep*, Genesis und Geltung, 2018.

444 *Menke/Pollmann*, Philosophie der Menschenrechte, 2007, S. 98 ff.

445 *Gutmann*, Rechtsphilosophische Reflexionen, in: Arnold/Bernat/Kopetzki, Das Recht der Fortpflanzungsmedizin 2015, 2016, S. 45-61 (48).

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Nichtdiskriminierung, dem Fundament der Menschenrechtsidee, ein normatives Prinzip zu sehen, das in der Lage war und ist, seine eigene Verwirklichung voranzutreiben".[446] Diesen „gerichteten Prozess"[447], in dessen Verlauf sich die „Logik der Nichtdiskriminierung gegen tradierte Normen und Praktiken durchsetzt", bezeichnet *Gutmann* als „Traditionskrise"[448]. Ihren Ausgang nähmen solche Krisen regelmäßig in der Forderung einer Personengruppe auf rechtliche Gleichstellung. Sie vollzögen sich fortan in zwei Stufen: Sobald die dem jeweiligen Gleichbehandlungsapell entgegenstehenden Gesetze derart unter Rechtfertigungszwang stünden, „dass sich ihre normativen Geltungsansprüche nicht mehr erfolgreich einlösen lassen", werde zu ihrer Verteidigung üblicherweise zuerst auf pseudo-wissenschaftliche Argumente zurückgegriffen. So habe man versucht, Frauen von akademischen Karrieren auszuschließen mit der Begründung, ihnen fehle der nötige Intellekt und die emotionale Stabilität, um zu studieren. Ähnlich abstrus habe man versucht, das Verbot von Homosexualität damit aufrechtzuerhalten, dass es erforderlich sei, um einer gesellschaftlichen Akzeptanz von Pädophilie vorzubeugen, oder sich dem "*LGBT-Parenting*" entgegengestellt, weil Lesben und Schwule angeblich schlechtere Eltern seien als heterosexuelle Paare. Immer dort, wo wissenschaftliche Fakten solchen Thesen den Boden entzögen, trete die Traditionskrise in ihre zweite und letzte Phase ein. Hier werde der Schutz „‚natürlicher' Lebensformen oder kultureller Identitäten" ins Feld geführt oder auf „Glaubensgewissheiten" verwiesen, die eine „Diskriminierung bestimmter, als intrinsisch defizitär begriffener Lebensformen (wie etwa der gelebten Homosexualität) einfordern". Solche Argumente sähen sich jedoch „schnell mit dem verfassungsrechtlichen Prinzip gleicher Freiheit" konfrontiert, so dass es im Endeffekt unmöglich sei „die Logik der Nichtdiskriminierung in konstitutionellen Rechtsstaaten aufzuhalten"[449].

446 *Gutmann*, Normenbegründung als Lernprozess?, in: Siep/Ders./Jakl/Städtler, Von der religiösen zur säkularen Begründung staatlicher Normen, 2012, S. 295-313 (307 f.).

447 *Gutmann*, Religion und normative Moderne, in: Willems/Pollack/Basu/Ders./Spohn, Moderne und Religion, 2013, S. 447-488 (454);

448 *Gutmann*, Traditionskrisen, in: Gärtner/Gutmann/Mesch/Meyer, Normative Krisen, 2019, S. 303-335; *Gutmann*, Mutterschaft zwischen Natur und Selbstbestimmung, in: Röthel/Heiderhoff, Regelungsaufgabe Mutterstellung, 2016, S. 63-85 (70).

449 Vgl. ebd. S. 70-72.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Ihren Ursprung sieht auch *Gutmann* in dem durch *Hobbes* eingeleiteten „Übergang von vorgegebener zu aufgegebener Normativität“[450]. Denn seitdem werden die „leitenden Prinzipien von Recht und Staat [...] nicht mehr auf die objektiven Urteile einer (bis dato primär theologisch angeleiteten) Vernunft überhaupt, sondern vielmehr vertragstheoretisch auf das Urteil und die Vernunft des jeweils handelnden Einzelnen (*'his own judgment and reason')* gestützt“[451]. Damit stehe zugleich fest, dass jeder Eingriff in das vorstaatliche Recht eines jeden auf Selbsterhaltung der *Raison d'Être* bedarf und nur „durch gute Gründe [zu rechtfertigen ist], die nicht mehr einfach solche der Tradition oder Religion sein können, sondern Bedingungen der Reziprozität und Allgemeinheit erfüllen müssen“[452]. Gleichwohl habe erst *Kants* Antwort auf die Frage *quid sit iuris*, wonach „eine jede Handlung [...] *recht* [ist], die oder nach deren Maxime die Freiheit der Willkür eines jeden mit jedermanns Freiheit nach einem allgemeinen Gesetze zusammen bestehen kann“[453], den Gleichheitssatz zum Legitimationsgrund staatlicher Ordnung erhoben. Denn: „Mit dem *Kantischen* Begriff des Rechts [...] werden positive Rechtsordnungen schließlich allein noch an dem Legitimitätskriterium des menschenrechtlichen Egalitarismus gemessen: der Frage nämlich, ob es ihnen gelingt, die individuellen Freiheitssphären der einander strikt als Gleiche begegnenden Rechtspersonen kompatibel zu halten“[454]. Die zweite Legitimitätskontrolle für ein Gesetz leite sich sodann aus *Kants* Forderung ab, „jeden Gesetzgeber zu verbinden, daß er seine Gesetze so gebe, als sie aus dem vereinigten Willen eines ganzen Volks haben entspringen können“[455]. Die Kontrollfrage lautet also, ob das Gesetz die Bestätigung der vernunftgeleiteten Rechtssubjekte findet[456]. Folgerichtig spricht auch *Forst* von einem „Recht auf Rechtfertigung“ und beschreibt Menschenrechte als

450 *König*, Zur Begründung der Menschenrechte: Hobbes – Locke – Kant, 1994, S. 85.

451 *Gutmann*, Normenbegründung als Lernprozess?, in: Siep/Ders./Jakl/Städtler, Von der religiösen zur säkularen Begründung staatlicher Normen, 2012, S. 295-313 (303).

452 Vgl. ebd. S. 304; *Gutmann*, Religion und normative Moderne, in: Willems/Pollack/Basu/Ders./Spohn, Moderne und Religion, 2013, S. 447-488 (451).

453 *Kant*, Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre, Allgemeines Prinzip des Rechts, § C.

454 *Gutmann*, Normenbegründung als Lernprozess?, in: Siep/Ders./Jakl/Städtler, Von der religiösen zur säkularen Begründung staatlicher Normen, S. 295-313 (304).

455 *Kant*, Über den Gemeinspruch, AA VIII, 297.

456 *Gutmann*, Normenbegründung als Lernprozess?, in: Siep/Ders./Jakl/Städtler, Von der religiösen zur säkularen Begründung staatlicher Normen, S. 295-313 (305); *Gutmann*, Religion und normative Moderne, in: Willems/Pollack/Basu/Ders./Spohn, Moderne und Religion, 2013, S. 447-488 (451-452).

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Statuten, „die niemand vernünftigerweise – also mit reziprok-allgemeinen Argumenten – zurückweisen kann“[457]. Ihm zufolge kommt „die Forderung nach *Menschenrechten* [...] dort auf, wo Menschen nach […] der *Rechtfertigung* für bestimmte Regeln, Gesetze und Institutionen [fragen], [...]. Sie mögen dafür keine […] philosophische Idee dessen haben, was es heißt, ein ‚Mensch‘ zu sein, doch glauben sie [...], dass es zumindest *einen* […] menschlich-moralischen Anspruch gibt, den keine Kultur oder Gesellschaft verneinen darf: den unbedingten Anspruch, als jemand geachtet zu werden, dem oder der man Gründe für Handlungen, Regeln oder Strukturen schuldet, denen er oder sie unterworfen ist“[458]. „Dieser *Modus* der Begründung“, dessen Augenmerk auf „der rechtlichen Institutionalisierung eines egalitären normativen Individualismus“ liegt, lässt sich mit *Gutmann et al.* als „Kern der normativen Dynamik der westlichen Moderne“ ausmachen[459]. Danach hat sich „das Recht auf gleiche Achtung, das sich in gleichen individuellen Freiheiten manifestiert“[460] sukzessive etabliert, „in den einzelnen konstitutionellen Freiheits- und Gleichheitsgarantien, im europäischen Antidiskriminierungsrecht und zugleich im Ausbau des völkerrechtlichen Menschenrechtsschutzes zu einem objektiven Rechtsregime“[461].

Legitimationsgrundlage für dieses Regime ist wie *Mangold* ausführt, nicht zuletzt auch die „Ermöglichungsfunktion“ von Antidiskriminierungsrecht, „nämlich die Chance auf gleichberechtigte Teilnahme am öffentlichen Diskurs auch jenen zu eröffnen, die aufgrund intentionaler oder struktureller Exklusion mit ihren Positionen und Argumenten bislang nicht gehört wurden[462]. Ihre Vorstellung von der Absicherung „gleicher kommunikativer Freiheit“ [463] als Voraussetzung „öffentlicher Deliberation in der Demokratie“[464] baue auf der von *Habermas* entwickelten „politischen Theorie der Deliberation“ auf und verstehe sich als Erweiterung zu den hier bereits in Bezug genommenen individualrechtlichen Begründungsansätzen

457 *Forst*, Das Recht auf Rechtfertigung, 2007, S. 306, 300.
458 Vgl. ebd. S. 299-300.
459 *Gutmann*, Religion und normative Moderne, in: Willems/Pollack/Basu/Ders./Spohn, Moderne und Religion, 2013, S. 447-488 (452, 449).
460 *Gutmann*, Rechtsphilosophische Reflexionen, in: Arnold/Bernat/Kopetzki, Das Recht der Fortpflanzungsmedizin 2015, 2016, S. 45-61 (49).
461 Vgl. ebd. S. 48; *Gutmann*, Religion und normative Moderne, in: Willems/Pollack/Basu/Ders./Spohn, Moderne und Religion, 2013, S. 447-488 (449-450).
462 *Mangold*, Demokratische Inklusion durch Recht, 2021, S. 417.
463 Vgl. ebd. S. 389.
464 Vgl. ebd. S. 417.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

für eine gleiche Achtungsmoral. Danach sind „demokratische Zustände in der Gesellschaft nicht nur etwas zu Erhoffendes, gleichwohl Unbeeinflussbares, sondern etwas stets auch Anzustrebendes“[465]: „Der moderne demokratische Staat lebt von kommunikativen Bedingungen, die er rechtlich sicherstellen muss“[466].

Wendet man sich nun der Frage zu, wie der Staat diese Achtungsmoral umzusetzen hat, so tun sich laut *Dworkin* zwei Möglichkeiten auf: Die erste verpflichte den Staat dazu, sich der Frage, was ein erfülltes und gelungenes Leben ausmacht, zu enthalten. Denn da ein jeder darunter etwas anderes verstehe, könne ein Staat seine Bürger nur als Gleiche behandeln, wenn er nicht das Konzept des Einen dem des Anderen vorzieht[467]. Der zweite Ansatz gehe konträr davon aus, dass ein Staat sich der Frage, was den intrinsischen Wert des Lebens ausmacht, gerade nicht enthalten darf, weil sich das Recht auf gleiche Achtung stets daran auszurichten habe, worin ein Idealmensch den Wert seines Lebens sieht[468]. Setzt man jedoch mit *Dworkin* voraus, dass sich legitime Staatsmacht durch die Fähigkeit auszeichnet, „das Schicksal aller von ihr regierten Menschen gleichermaßen zu berücksichtigen und zudem ihre persönliche Verantwortung für ihr eigenes Leben in vollem Maße zu achten“, kann allein der erste Ansatz als Legitimitätsgrund staatlicher Ordnung überzeugen[469]. Der zweite Ansatz nämlich erfülle zwar die erste Bedingung legitimer Staatsmacht, indem er „eine Gleichheit der Wohlfahrt, des Wohlergehens oder der Fähigkeiten“ anstrebt, verhalte sich aber konträr zu der zweiten, da er „ein bestimmtes Verständnis davon voraussetzt, was Wohlergehen heißt und welche Chancen oder Fähigkeiten wichtig sind“. Da es kein Allheilrezept für ein

465 Vgl. ebd. S. 427.

466 Vgl. ebd. S. 389.

467 *Dworkin*, A Matter of Principle, 1985, S. 191: “political decisions must be, […], independent of any particular conception of the good life, or of what gives value to life. Since the citizens of a society differ in their conceptions, the government does not treat them as equals if it prefers one conception to another, either because the officials believe that one is intrinsically superior, or because one is held by the more […] powerful group.”

468 Vgl. ebd. S. 191: “the content of equal treatment cannot be independent of some theory about the good […] of life, because treating a person as an equal means treating him the way the good or truly wise person would wish to be treated. […] treatment as an equal consists in treating each person as if they were desirous of leading the life that is in fact good, at least so far as this is possible.”

469 Vgl. ebd. S. 192; *Dworkin*, Bürgerrechte ernstgenommen, 1984, S. 439 ff.; *Dworkin*, Gerechtigkeit für Igel, 2012, S. 602 ff.; *Dworkin*, Was ist Gleichheit?, 2011, S. 159 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

glückliches Leben gibt und sich daher nicht verallgemeinern lässt, „welche Chancen auf Glück wir unbedingt benötigen und welche Fähigkeiten am wichtigsten sind“[470], kann mit *Dworkin* allein ein Gleichheitskonzept überzeugen, das auf staatlicher Neutralität aufbaut. Denn wie er sagt, sobald „eine Gemeinschaft die Gleichheit ihrer Mitglieder hinsichtlich eines dieser Güter zum Ziel hat, müßte sie damit allen ein kollektives Urteil darüber aufzwingen, […] was eine gelungene Lebensführung ausmacht“. Damit würde dem Einzelnen die „persönliche Verantwortung“ für sein Leben entzogen.[471] Für den Staat ergebe sich daraus die Pflicht, nicht Wohlergehens-Gleichheit, sondern Ressourcengleichheit herzustellen. Stellschraube seien also unmittelbar weder „das Glück der Menschen noch ihre Chancen oder Fähigkeiten glücklich zu werden“, sondern vielmehr die Bereitstellung und faire Verteilung derjenigen unpersönlichen Ressourcen, die verschiedene Lebensentwürfe überhaupt erst möglich machen. Nur so könne der Einzelne selbst entscheiden, welche Chancen er wahrnimmt und welche Fähigkeiten er ausbildet, um seinen höchstpersönlichen Entwurf von einem glücklichen Leben zu realisieren[472]. Zu den Folgen dieser Philosophie anschaulich *Dworkin* am Beispiel der freien Entscheidung für oder gegen einen Schwangerschaftsabbruch: „Toleranz ist ein Preis, den wir für unser Abenteuer Freiheit zahlen müssen. Wir sind durch unsere Liebe zu Freiheit und Menschenwürde verpflichtet, in Gemeinschaften zu leben, in denen keine Gruppe klug, erleuchtet oder groß genug ist, um religiöse Angelegenheiten für alle anderen mitzuentscheiden. Wenn wir uns ernsthaft dafür interessieren, wie andere leben, werden wir auch

470 *Dworkin*, Gerechtigkeit für Igel, 2012, S. 600.

471 Vgl. ebd. S. 600-601.

472 Vgl. ebd. S. 600-602; *Dworkin*, Was ist Gleichheit?, 2011, S. 87: „Die Information, die unter einem System von Wohlergehens-Gleichheit einer unabhängigen politischen Ebene überlassen wird, wird [...] bei Ressourcengleichheit auf die ursprüngliche Ebene der persönlichen Entscheidung gebracht.“; zur Veranschaulichung bedient sich *Dworkin* eines Gedankenspiels. Danach leben mehrere Menschen auf einer Insel mit begrenzten Ressourcen. Jeder verfügt über gleich viele Muscheln, mit denen er diese Ressourcen erwerben kann. Die materielle Ressourcengleichheit stellt die gleiche Berücksichtigung aller Inselbewohner sicher, ohne dem Einzelnen die eigenverantwortliche Entscheidung darüber zu nehmen, welche Ressourcen „er für am besten geeignet hält, ihm ein in seinen Augen möglichst gutes Leben zu ermöglichen“. Also wird „[d]ie Lebensplanung [...] [der Rechtssubjekte] durch die Entscheidung der jeweils anderen und dadurch, was ihnen für ihr wie auch immer gestaltetes Leben zur Verfügung steht, eingeschränkt, nicht aber durch ein kollektives Urteil darüber, was im Leben wichtig ist.“ (*Dworkin*, Gerechtigkeit für Igel, 2012, S. 603; *Ders.*, Was ist Gleichheit?, 2011, S. 85 ff.).

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

akzeptieren, daß kein Leben, das gegen die eigene Überzeugung geführt wird, gut ist, daß es anderen nicht hilft, sondern ihnen schadet, wenn man ihnen Werte aufzwingt, die sie nicht annehmen können, und denen sie sich nur aus Furcht oder Vorsicht beugen“[473]. Das gelte für alle Kernaspekte persönlicher Identität, insbesondere „die eigene Vorstellung von der Existenz, vom Sinn, vom Universum als Ganzem und vom Geheimnis des menschlichen Lebens“. Denn „[e]ine Gesellschaft, die sich der Freiheit verschrieben hat, überläßt solche Fragen dem Gewissen des einzelnen, da ‚derartige Überzeugungen nicht definieren können, was eine Person ausmacht, wenn sie unter staatlichen Zwang gebildet werden‘“[474]. Entsprechend bezeichnet auch *Huster* den „ethischen Pluralismus“ als „eine konstante und geradezu konstitutive Eigenschaft moderner Gesellschaften“: „Moderne und freiheitliche Gesellschaften zeichnen sich dadurch aus, daß ihre Mitglieder in zentralen Aspekten der Lebensorientierung und Lebensführung nicht übereinstimmen. Wie man leben sollte und warum man so lebt, wie man es tut – auf diese Fragen werden unterschiedliche Antworten gegeben“[475]. *Huster* macht im Grunde dieselben Voraussetzungen legitimer Staatsmacht aus wie *Dworkin*: Zum einen müsse „jedes Individuum die Möglichkeit besitzen, seine Lebensform selbst zu bestimmen“, zum anderen dürfe „unter den verschiedenen Lebensformen keine allgemein akzeptierte normative Rangfolge bestehen“. Denn sobald „in einer Gesellschaft eine Lebensform

473 *Dworkin*, Die Grenzen des Lebens. Abtreibung, Euthanasie und persönliche Freiheit, 1994, S. 231-232.

474 *Dworkin*, Die Grenzen des Lebens. Abtreibung, Euthanasie und persönliche Freiheit, 1994, S. 236; vgl. für diese Überlegungen außerdem *Rawls*, Politischer Liberalismus, 1993; *Rawls*, Die Idee des politischen Liberalismus, 1997; *Rawls*, Der Bereich des Politischen und der Gedanke eines übergreifenden Konsenses, in: Hinsch (Hrsg.), Die Idee des politischen Liberalismus. Aufsätze 1978-1989, 1997, S. 333-363; *Rawls*, Politischer Konsens in einer streitbaren Welt, in: Hinsch (Hrsg.), Zur Idee des politischen Liberalismus, John Rawls in der Diskussion, 2015, S. 9-38.

475 *Huster*, Die ethische Neutralität des Staates, 2002, S. 6; für aktuelle Beispiele zu den „Perspektiven auf und Einstellungen zu dem Grundsatz der staatlichen Neutralität in ethischen Hinsichten“ vgl. *Huster*, Die ethische Neutralität des Staates, neue Einleitung zur 2., unveränderten Auflage, 2017; m.w.N. zum „öffentlichen Vernunftgebrauch“ in der Biomedizin vgl. ebd. S. LX ff.; m.w.N. zum „Gebot der staatlichen Neutralität gegenüber unterschiedlichen Familienformen und -ausgestaltungen“ sowie zum „Verhältnis der Ehe zu anderen Formen des Zusammenlebens“ vgl. ebd. S. LVI f.; m.w.N. zum Umfang des staatlichen Neutralitätsgebotes bei der Bestimmung des Kindeswohls mit Fokus auf die Knabenbeschneidung vgl. ebd. S. XLVII f., S. 250 ff.; m.w.N. zu einem neuen Anwendungsfeld des staatlichen Neutralitätsgebots in Form der „Abwehr eines staatlichen Lebensführungs- und insbesondere Gesundheitspaternalismus“ vgl. ebd. S. LXIII ff.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

als die beste anerkannt ist, so daß alle anderen Arten der Lebensführung als [...] defizitär angesehen werden, fehlt es an der erforderlichen Pluralität der Maßstäbe des guten Lebens“[476]. Schließlich dürfe sich der Dissens nicht bloß auf Banalitäten beschränken, denn wahrer Pluralismus entstehe erst, „wenn Fragen wie die nach dem Sinn des Lebens, nach der Existenz Gottes, nach der richtigen Art des privaten Zusammenlebens oder der sexuellen Orientierung keine einhellige Antwort mehr finden und sich die Mitglieder in identitätsprägenden kulturellen Hinsichten unterscheiden“[477]. Diesem „ethischen Pluralismus“, so *Huster*, begegnen „[d]ie freiheitlichen Verfassungsstaaten der Gegenwart“ nicht länger, indem sie „eine ethische Homogenität des Gemeinwesens zu gewährleisten versuchen und daher abweichende Überzeugungen und Lebensformen nicht zulassen“, sondern – wie *Dworkin* sagen würde – mit Ressourcengleichheit. Tatsächlich gehöre „es geradezu zu den Entstehungsmythen kontinentaleuropäischer Staatlichkeit, daß sich der moderne Staat aus der Emanzipation der politischen Ordnung von religiös-weltanschaulichen Wahrheitsansprüchen […] entwickelt hat“, so dass „Fragen der Weltanschauung und der Lebensführung in die individuelle Freiheit entlassen wurden“[478]. Die Herausforderung für den Staat liege demnach nicht in der Suche nach zwanghaftem Konsens, sondern der Akzeptanz friedlichen Dissenses: „Das [...] Gebot der staatlichen Neutralität verlangt, daß der Staat auf eine Bewertung der Konzeptionen des Guten grundsätzlich verzichtet und sich darauf beschränkt, eine Ordnung für das friedliche und gerechte Zusammenleben der unterschiedlichen Überzeugungen und Lebensformen zu gewährleisten“[479]. Im Ergebnis also ist staatspaternalistischen Gleichheitsbestrebungen, den eigenen Bürgern „eine Entscheidung aufzuzwingen, die angeblich zu ihrem eigenen Besten ist, ihrer eigenen Vorstellung von diesem Besten aber nicht entspricht“[480], längst eine Absage erteilt. Grundprinzip westlicher Verfassungstradition ist

476 *Huster*, Die ethische Neutralität des Staates, 2002, S. 6.

477 Vgl. ebd. S. 6-7.

478 Vgl. ebd. S. 10; zur religiös-weltanschaulichen Neutralität des Strafrechts in Bezug zur philosophischen Theorie des politischen Liberalismus vgl. *Fateh-Moghadam*, Die religiös-weltanschauliche Neutralität des Strafrechts, 2019, S. 84 ff.; vgl. im Überblick: *Gutmann*, Religiöser Pluralismus und liberaler Verfassungsstaat, in: Gabriel/Spieß/Winkler, Modelle des religiösen Pluralismus, 2012, S. 291-315; vgl. *Böckenförde*, Die Entstehung des Staates als Vorgang der Säkularisation, in: Ders., Recht, Staat und Freiheit, 2013, S. 92-114; *Schlaich*, Neutralität als verfassungsrechtliches Prinzip, 1972, S. 26 ff.; 244 ff.

479 *Huster*, Die ethische Neutralität des Staates, 2002, S. 12.

480 *Dworkin*, Gerechtigkeit für Igel, 2012, S. 612.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

vielmehr „die egalitäre Logik subjektiver Rechte, die den Einzelnen ein Mittel an die Hand gibt, ihre je eigene Vorstellung eines gelingenden Lebens gegen die Zumutung tradierter Begriffe von Normalität, Natürlichkeit und die mit diesen verbundenen Exklusionsmechanismen durchzusetzen“[481].

cc) Das staatliche Neutralitätsgebot in Bezug auf die Pluralität an Lebensentwürfen – das „Natürlichkeitsparadigma“

Das mit dem Recht auf gleiche Achtung einhergehende staatliche Neutralitätsgebot in Bezug auf die Pluralität an Lebensentwürfen der Konventionsbürger, im Kontext eines Zugangsrechts auf Elternschaft konkret in Bezug auf die Pluralität an Familien- und Elternformen, die sich unter anderem durch die Anwendung reproduktionsmedizinischer Verfahren installieren lassen, fasst der EGMR als das Gebot von der Toleranz und offenen Geisteshaltung. So schreibt er etwa in *Dickson vs. Vereinigtes Königreich*, dass „im System der Konvention, wo Toleranz und offene Geisteshaltung anerkanntermaßen Merkmale der demokratischen Gesellschaft sind, kein Platz für einen automatisch eintretenden Verlust von Rechten [...] nur deshalb [ist], weil die Öffentlichkeit andernfalls schockiert wäre“[482].

Allerdings ist der Begriff „Toleranz“ unglücklich gewählt. Denn solange der EGMR nicht konkretisiert, welche Achtungsmoral er damit inhaltlich transportiert wissen will, schwingt in „Toleranz“ im Gegensatz zu „Neutralität“ neben der beiden Begriffen inhärenten „Akzeptanz-Komponente“ zu-

481 *Gutmann*, Mutterschaft zwischen Natur und Selbstbestimmung, in: Röthel/Heiderhoff, Regelungsaufgabe Mutterstellung, 2016, S. 63-85 (64-65).

482 EGMR Nr. 44362/04, Urt. v. 4.12.2007 (Dickson/Vereinigtes Königreich), NJW 2009, S. 971-976 (974), Z. 75.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

gleich eine „Ablehnungs-Komponente" mit[483]. Toleranz kommt anders als Neutralität nämlich nicht ohne eine implizite Wertung darüber aus, was gut und richtig ist und was man neben diesem Ideal lediglich bereit ist zu dulden[484]. Ein Staat kann sich demnach nicht gleichzeitig tolerant und neutral zu den Lebensentwürfen seiner Bürger verhalten[485]. So gesehen, ist der Begriff der „Toleranz" ein Kategorienfehler und mit dem Neutralitätskonzept

483 Vgl. dazu *Forst*, Toleranz im Konflikt, 2003, S. 34; zu den vier Modi der Toleranz nach *Forst* (Erlaubnis-Konzeption, Koexistenz-Konzeption, Respekt-Konzeption, Wertschätzungs-Konzeption) vgl. ebd. S. 42-48; für eine Analyse von *Forsts* Toleranzbegriff im Verhältnis zu seiner Konzeption einer Neutralität des Rechts in *Forst*, Kontexte der Gerechtigkeit, 2004, S. 55-131 vgl. *Fateh-Moghadam*, Die religiös-weltanschauliche Neutralität des Strafrechts, 2019, S. 99 ff.; für eine Begründung, warum der Toleranzbegriff, selbst wenn man ihn so weit dehnt wie *Forst* es in seiner Respekt-Konzeption der Toleranz tut, mit dem Neutralitätsprinzip im Widerspruch steht vgl. ebd. S. 102-107. Mit *Habermas* (Religiöse Toleranz, in: Ders., Zwischen Naturalismus und Religion, 2005, S. 258-278 (264)) lasse sich zwar annehmen, dass einer „Respekt-Konzeption der Toleranz, die von den Bürgern reziproke Achtung und gegenseitige Perspektivübernahme fordert, […] ein an den Staat gerichtetes Neutralitätsgebot [entspricht]" (*Fateh-Moghadam*, Die religiös-weltanschauliche Neutralität des Strafrechts, 2019, S. 106). Demnach lasse sich *Forsts* „widersprüchliche gleichzeitige Verwendung des Toleranz- und des Neutralitätsbegriffs zur Kennzeichnung moderner Demokratien" aufschlüsseln, indem man das Toleranzgebot allein an die Bürger adressiert interpretiert, die „einander als Gleiche und Freie achten und sich daher – in ihrer ideellen Eigenschaft als Mitgesetzgeber – grundlegende Rechte zusichern würden", das Neutralitätsgebot hingegen als allein an den Staat gerichtet versteht (*Fateh-Moghadam*, Die religiös-weltanschauliche Neutralität des Strafrechts, 2019, S. 106). Allerdings sei „die Vorstellung des Bürgers als Mitgesetzgeber nicht geeignet […], die Rechtsordnung als ein sich verselbstständigendes Produkt dieser Gesetzgebung zu erfassen". Denn mit dem Auftreten „einer gleiche Grundrechte garantierenden Verfassung, die auch den Gesetzgeber selbst bindet" scheide „eine Kennzeichnung des Rechts über den Rückgriff auf die Einstellungen individueller Akteure von vornherein" aus (vgl. ebd. S. 107).

484 *Fateh-Moghadam*, Die religiös-weltanschauliche Neutralität des Strafrechts, 2019, S. 98: „Die mit der Einnahme eines solchen weltanschaulichen Standpunkts notwendige Parteinahme für eine Konzeption des Guten verstößt indes gegen die mit dem Konzept der Neutralität notwendig verbundenen Forderungen der *Nicht-Identifikation* und der *Unparteilichkeit*"; so auch: *Gutmann*, Religiöser Pluralismus und liberaler Verfassungsstaat, in: Gabriel /Spieß/Winkler, Modelle des religiösen Pluralismus, 2012, S. 291-315 (298); *Huster*, Ethische Neutralität, 2002, S. 226 ff.

485 *Fateh-Moghadam*, Die religiös-weltanschauliche Neutralität des Strafrechts, 2019, S. 98: „Die Religionsverfassung eines Staates kann nur entweder neutral oder tolerant bezüglich Fragen der Religion und Weltanschauung sein. Dies folgt daraus, dass die mit Toleranz notwendig verbundene Ablehungskompontente voraussetzt, dass die Subjekte der Toleranz – hier: der Staat und das Recht – selbst einen Standpunkt […] beziehen, von dem aus sich eine ablehnende Haltung erst formulieren lässt."

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

wie es soeben als Grundprinzip westlicher Verfassungstradition identifiziert worden ist, unvereinbar. Das gilt jedenfalls dort, wo diese Begriffe, und darum scheint es dem EGMR bei seiner Verwendung des Terminus „Toleranz und offene Geisteshaltung" regelmäßig zu gehen[486], die Haltung „einer Verfassungsrechtsordnung zum Umgang mit Religionen und Weltanschauungen im Sinne eines Rechtsgrundsatzes kennzeichnen sollen, soweit sie mit anderen Worten den Kontext rechtlicher Rechtfertigung betreffen"[487]. Alles in allem erscheint es aber unwahrscheinlich, dass sich der EGMR mit dem diffizilen Verhältnis von „Toleranz" und „Neutralität" rechtsphilosophisch und begriffslogisch auseinandergesetzt, geschweige denn sie als Gegensatzpaar identifiziert hat. Denn seinen Entscheidungen fehlt jegliche Referenz zu diesem Problem, so dass vielmehr davon auszugehen ist, dass er mit dem Begriff „Toleranz" transportiert wissen wollte, was sich sauber nur unter den Begriff der „Neutralität" fassen lässt. Der Gerichtshof möchte die Staaten also nicht etwa auffordern, Partei für eine Konzeption des

---

486 ECHR No. 74025/01, 6th Oct. 2005 (Hirst/The United Kingdom), http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-70442 (6.11.2020), PDF S. 1-22 (13), Z. 70: "There is no question, therfore, that a prisoner forfeits his Convention rights merely because of his status as a person detained following conviction. Nor is there any place under the Convention system, where tolerance and broadmindedness are the acknowledged hallmarks of democratic society, for automatic disenfranchisement based purely on what might offend public opinion."; ECHR No. 56925/08, 29th Mar. 2016 (Bédat/Switzerland), http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-161898 (6.11.2020), PDF S. 1-30 (20), Z. 48: "Freedom of expression constitutes one of the essential foundations of a democratic society and one of the basic conditions for its progress and for each individual's self-fulfilment. Subject to paragraph 2 of Article 10, it is applicable not only to 'information' or 'ideas' that are favourably received or regarded as inoffensive or as a matter of indifference, but also to those that offend, shock or disturb. Such are the demands of pluralism, tolerance and broadmindedness without which there is no 'democratic society'."; ECHR 56925/08, 1st Jul. 2014 (A.B./Switzerland), http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-145457 (6.11.2020), PDF S. 1-24 (21), Z. 58; ECHR No. 25088/94, 29th Apr. 1999 (Chassagnou u.a./France), https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58288 (23.3.2022), PDF S. 1-61 (39), Z. 112: "The Court reiterates that in assessing the necessity of a given measure a number of principles must be observed. The term "necessary" does not have the flexibility of such expressions as "useful" or "desirable". In addition, pluralism, tolerance and broadmindedness are hallmarks of a "democratic society". Although individual interests must on occasion be subordinated to those of a group, democracy does not simply mean that the views of a majority must always prevail: a balance must be achieved which ensures the fair and proper treatment of minorities and avoids any abuse of a dominant position."

487 *Fateh-Moghadam*, Die religiös-weltanschauliche Neutralität des Strafrechts, 2019, S. 96, vgl. 97 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Guten zu ergreifen, sondern vielmehr dazu, ihren Bürgern einen „neutralen Rahmen" zu setzen, der es ihnen „so weit wie möglich garantiert, ihre Vorstellung vom guten Leben zu verwirklichen"[488].

Damit geht, wie bereits angerissen, vor allem ein Bedeutungsverlust von Natürlichkeitsargumenten einher, Argumenten also, die durch transzendentale Bezüge etwa zu Gott oder der Schöpfungsordnung zu begründen versuchen, warum etwas richtig oder falsch, rechtens oder unrecht, moralisch oder unmoralisch ist. Eindrücklich ist in diesem Kontext *Dworkins* Ausführung zu der Frage „Was ist heilig?"[489]. *Dworkin* geht davon aus, „daß ein normales, erfolgreiches menschliches Leben das Produkt zweier moralisch signifikanter Formen kreativer Investition in dieses Leben ist, der natürlichen und der menschlichen"[490]. Welche schwerer wiegt, darüber herrsche Streit: Die einen glaubten, „daß die Investition der Natur in ein menschliches Leben […] wichtig ist – daß das Geschenk des Lebens selbst unendlich bedeutender ist als alles, was der Mensch, um dessen Leben es geht, selbst tun könnte, so wichtig das auch sein mag"[491]. Die anderen seien hingegen davon überzeugt, „daß ein Menschenleben nicht nur durch göttliche oder natürliche Kräfte erschaffen wurde, sondern auch – auf andere, doch ebenso maßgebliche Weise – durch persönliche Wahl, Ausbildung, Bindungen und Entscheidungen". Danach könne es zum Beispiel „das Lebenswunder stärker frustrieren, wenn Pläne, Begabungen, Ausbildung und Erwartungen durch eine unvorhergesehene und unerwünschte Schwangerschaft zunichte werden, als wenn ein Fötus stirbt, bevor etwas Wesentliches dieser Art investiert wurde"[492]. Zwar bezieht *Dworkin* sein Frustrationsmodell auf das Für und Wider eines Schwangerschaftsabbruchs; sein Gedanke greift jedoch genauso für die Frage nach der Legitimität des Zugangs zur Elternschaft mittels assistierter Befruchtung. Mit der ersten Auffassung ließe sich kaum begründen, warum ein Mensch, dessen natürliche Fortpflanzungsfähigkeit eingeschränkt ist, sei es durch pathologische Abweichungen, die Wahl eines gleichgeschlechtlichen Partners oder die Entscheidung gegen einen Partner, gleichwohl mithilfe der

488 Vgl. ebd. S. 107.
489 *Dworkin*, Die Grenzen des Lebens. Abtreibung, Euthanasie und persönliche Freiheit, 1994, S. 111 ff.
490 Vgl. ebd. S. 131.
491 Vgl. ebd. S. 132.
492 Vgl. ebd. S. 135.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Reproduktionsmedizin Kinder bekommen sollte[493]. Also Zugang zu einer „unnatürlichen" Form der Elternschaft, die gegebenenfalls nicht auf einer genetischen oder biologischen Beziehung aufbaut, sondern sich allein über soziale und intentionale Bande definiert. Denn misst man den natürlichen Investitionen in ein Menschenleben mehr Gewicht bei als den menschlichen, so fiele der Frustrationsschaden ungleich größer aus, wenn man sich über die natürliche Fortpflanzungsfähigkeit einer Person hinwegsetzt als über ihre Entscheidung für ein Leben mit Kind. Gewichtet man hingegen die menschlichen Investitionen höher, so wäre der Frustrationsschaden ungleich größer, wenn eine Person unfreiwillig kinderlos bliebe, als wenn man sich über ihre natürliche Reproduktionsfähigkeit hinwegsetzt. Dasselbe gilt, wenn es um die (verfassungs-)rechtliche Absicherung nicht leiblicher Elternschaft geht. Eine Person, die weniger Wert auf die natürlichen als persönlichen Investitionen in ihr Leben legt, wird den Frustrationsschaden als ungleich größer einschätzen, wenn ihr trotz ihrer Entscheidung, die soziale Verantwortung und emotionale Fürsorge für ein Kind zu übernehmen, der Elternstatus mangels natürlicher Abstammung versagt bleibt. Wie erläutert, ist und darf es nicht Aufgabe des Staates oder der Gesellschaft sein, dem Einzelnen seine Gratwanderung zwischen natürlichen und menschlichen Investitionen vorzugeben. Inwieweit der Einzelne sich also etwa über naturgegebene Fortpflanzungshindernisse hinwegsetzt, weil er den Wert seines

493 *Seelmann* differenziert in Bezug auf die Bedeutung, die „dem Begriff ‚Natürlichkeit' in der Auseinandersetzung um den Zugang zur Fortpflanzungsmedizin zukommt", weiter danach, ob „aus dem Abwehrrecht auf Fortpflanzungsfreiheit ein Zugangsrecht zur Fortpflanzungsmedizin nur insoweit resultiert, wie es zur Herstellung des ‚natürlichen' Zustandes notwendig ist". Dann „würde sich der Zugang auf eine Überwindung pathologischer Abweichungen beschränken und ein Anspruch auf ‚Enhancement', also auf eine ‚Verbesserung' gemessen am bisher ‚vom Natur' Üblichen, würde entfallen". Oder, „ob die Fortpflanzungsmedizin auch dazu da [ist], ‚natürliche Fortpflanzungshindernisse zu überwinden', also z.B. auch gleichgeschlechtlichen Paaren oder Frauen jenseits der Menopause zu einem eigenen Kind zu verhelfen" sowie alleinstehenden Frauen (S. 23 ff.). Ob ein solches „Enhancement", also die künstliche Zeugung eines Kindes als Mittel zur Elternschaft, rechtsethisch vertretbar sei, entscheide sich allein über das Kindeswohl. Also darüber, ob das Großziehen von Kindern durch gleichgeschlechtliche Eltern oder alleinstehende Personen kindeswohlgerecht ist. (S. 26) – (Gutachten für das BAG: Zugang zur Fortpflanzungsmedizin für alle?, https://www.bag.admin.ch/bag/de/home/medizin-und-forschung/fortpflanzungsmedizin/stellungnahmen-gutachten.html (21.3.2022). Unabhängig davon, welches Gewicht man dem Kindeswohl im Kontext der Fortpflanzungsfreiheit zusprechen möchte (vgl. C, II, 2, a), spricht die Sozialempirie jedenfalls für ein sogenanntes „Enhancement" für gleichgeschlechtliche Paare und alleinstehende Frauen (vgl. B, IV, 1, b, bb, (1), (a) und (c); C, IV, 3, a, aa).

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Lebens mehr durch die Gesamtschau seiner persönlichen Entscheidungen (wie der für ein Leben mit Kind) bestimmt sieht als durch natürliche Gegebenheiten, muss ihm selbst überlassen sein. Denn wie *Dworkin* feststellt, hängt im Grunde jede Lebensentscheidung von der Vorstellung ab, „wie und warum unser *eigenes* Leben wertvoll ist"[494]. Das zeige sich besonders im Handeln religiöser Menschen, doch auch in der „quasireligiösen" Überzeugung Nichtgläubiger „darüber, ob, warum und wann menschliches Leben einen intrinsischen Wert darstellt"[495]. In diesem Sinne sind also auch Entscheidungen für assistierte Zeugungsmodalitäten und atypische Formen der Elternschaft „fundamental; die ethischen Überzeugungen, von denen sie abhängen, sind religiös [im] [...] weiteren Sinn und berühren den Sinn und Wert menschlichen Lebens überhaupt"[496]. Nach alledem steht außer Frage, dass die Ausgangsvermutung zugunsten der Freiheit jedermanns, die in dem Recht auf gleiche Achtung aufgeht, zu den Kernaspekten westlicher Verfassungstradition gehört; ergo zum Fundament der EMRK.

b) Die Qualität des Zugangsrechts gemessen an den Grundprinzipien der westlichen Verfassungstradition

Der folgende Abschnitt widmet sich unter Rückgriff auf rechtsphilosophische Überlegungen den systemischen Argumenten, die aus den Grundprinzipien der rechtsstaatlichen Verfassungstradition dafür oder dagegen sprechen, das Zugangsrecht auf Persönlichkeitsentwicklung durch Elternschaft in den Menschenrechtskatalog der EMRK einzubeziehen. Dabei geht es auch um die Bedingungen, die sich daraus für seine Qualität als Freiheits- und Gleichheitsrecht ergeben. Vorweggenommen sei, dass dieselben normativen Gründe, die für einen Ausbau des Grund- und Menschenrechtsschutzes im Bereich der Fortpflanzungsmedizin sprechen, auch für ein Recht auf Zugang zur Elternschaft streiten und umgekehrt. Denn vor der Frage, „mit welchen Gründen man Personen mittels des Fortpflanzungsmedizinrechts versagen kann, Eltern zu werden", steht zwangsläufig die Frage, „welche *guten* Gründe wir überhaupt dafür haben, jemandem die Stellung ‚Mutter' bzw ‚Vater' und die damit verbundenen Rechte und Pflichten zuzu-

494 *Dworkin*, Die Grenzen des Lebens. Abtreibung, Euthanasie und persönliche Freiheit, 1994, S. 215.
495 Vgl. ebd. S. 216.
496 Vgl. ebd. S. 219; vgl. *Huster*, Die ethische Neutralität des Staates, S. 488.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

schreiben“[497]. Betrachtet man also das Recht der Fortpflanzungsmedizin aus rechtsphilosophischer Perspektive, so zeigt sich laut *Gutmann*, „aus welchem normativen Reservoir sich die Gründe speisen, die eine Weiterentwicklung des geltenden Rechts […] einfordern und antreiben“. Maßgeblich sei vor allem „die zunehmende Klarheit über den freiheitsrechtlichen Schutz individueller Fortpflanzungsentscheidungen [...], der Abbau noch bestehender Formen (insbesondere kategorialer) Diskriminierung von Bürgerinnen und Bürgern [...] sowie der Verlust der normativen Überzeugungskraft von Argumenten, die auf spezifische Vorstellungen von ‚Natur‘ oder ‚Natürlichkeit‘ Bezug nehmen [...]“[498]. Eben diese Erwägungen streiten genauso für ein Recht auf Zugang zur Elternschaft. Entscheidend sind: Die zunehmende Klarheit über den freiheitsrechtlichen Schutz der individuellen Entscheidung für oder gegen ein Leben mit Kind und der damit verbundenen Möglichkeit auf Persönlichkeitsentwicklung durch die Beziehung zum Kind als Kernaspekt persönlicher Identität (aa). Das Recht auf gleiche Achtung, das fortwährend zu einem Benachteiligungsverbot atypischer Elternformen floriert (bb). Und schließlich die mehr denn je verloren gegangene Schlagkraft von Argumenten *ex natura* als normative Grundlage für die Elternstellung (cc). Zwar kann mit *Gutmann* „am Ende [nur] das Recht und seine Reflexionsform, die Rechtswissenschaft, selbst über die Anschlussfähigkeit außerrechtlicher Theorieangebote entscheiden“[499]. Doch wie auch *Fateh-Moghadam* betont, schafft „der technische Fortschritt Fragen nach der inhaltlichen Richtigkeit und Zweckmäßigkeit des geltenden Rechts, die eine rechtsphilosophische Reflexion erfordern“[500]. Folgt man dieser Empfehlung, so zeigt sich, dass die gerade skizzierten und nunmehr näher auszuführenden rechtsphilosophischen Argumente auch gute menschenrechtliche Argumente sind, die für ein Konventionsrecht auf Zugang zur Persönlichkeitsentwicklung durch Elternschaft streiten. Denn letztlich sind sie nicht weniger als exakte Ausformulierungen gerade der Grundprinzipien rechtsstaatlicher Verfassungstradition, die den Geist der Konvention begründen; womit freilich das Kernergebnis der folgenden Untersuchung zu den Voraussetzungen einer systematischen Gebotenheit

497 *Gutmann*, Rechtsphilosophische Reflexionen, in: Arnold/Bernat/Kopetzki, Das Recht der Fortpflanzungsmedizin 2015, 2016, S. 45-61 (53).

498 Vgl. ebd. S. 45.

499 *Gutmann*, Mutterschaft zwischen ‚Natur' und Selbstbestimmung, in: Röthel/Heiderhoff, Regelungsaufgabe Mutterstellung, 2016, S. 63-85 (65).

500 *Fateh-Moghadam*, Selbstbestimmung im biotechnischen Zeitalter, BJM 2018 (4), S. 205-232 (206).

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

des Zugangsrechts vor der Freiheitsvermutung (aa), dem Gleichheitsgebot (bb) und dem Neutralitätsprinzip oder um bei den Worten des EGMR zu bleiben, dem Gebot der „offenen Geisteshaltung" (cc) vorweggenommen ist.

aa) Das Zugangsrecht gemessen an der Freiheitsvermutung

Ausgehend von der Freiheit jedermanns, sieht *Dworkin* das Recht auf reproduktive Autonomie „in jeder genuin demokratischen Kultur enthalten"[501]. Sie setzt auch den normativen Referenzrahmen für ein Recht auf Zugang zur Persönlichkeitsentwicklung durch Elternschaft. Die teleologische Auslegung zum Anwendungsbereich des Art. 8 EMRK hat gezeigt, dass der EGMR der Freiheitsvermutung vermehrt auch im Bereich Fortpflanzung und Elternschaft Bestätigung verschafft. Sowohl supranational als auch national (vgl. C) wird das Recht auf reproduktive Autonomie dahin gehend erweitert, dass es neben der selbstbestimmten Entscheidung zum Ob und Wie der eigenen Fortpflanzung und damit der Weitergabe des eigenen genetischen Erbes vordringlich um die soziale Möglichkeit geht, das eigene Wesen durch die Beziehung zum Kind als Kernaspekt persönlicher Identität zu formen und zu entwickeln. Der Paradigmenwechsel wird deutlich – juridisch und moralisch tritt das Verständnis von Fortpflanzung und Elternschaft als natürlich-biologischer Prozess in den Hintergrund, das Verständnis von Fortpflanzung und Elternschaft als Inbegriff personaler Autonomie in den Vordergrund. Denn Fortpflanzung ist eben nicht gleich Elternschaft, oder wie *Robertson* festhält: "In any case, reproduction in the genetic or gestational sense is to be distinguished by child rearing. Although reproduction is highly valued in part because it usually leads to child rearing, one can produce offspring without rearing them and rear children without reproduction"[502]. Trotzdem gehört sowohl die Entscheidung für das eine als auch das andere zu den Kernaspekten persönlicher Identität[503] – ("reproduction and the parenting that usually accompanies it […] is a central part of […] (most peoples) life plan, and the most satisfying and meaningful experience they have. It also has primary importance as an

501 *Dworkin*, Die Grenzen des Lebens. Abtreibung, Euthanasie und persönliche Freiheit, 1994, S. 231.

502 *Robertson*, Children of Choice, 1996, S. 22.

503 *Badura*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, 95. EL 2021, Art. 6, Rn. 29 f..

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

expression of a couple's love or unity"[504]). Dabei ist zu beachten, dass neben dem anthropologisch tief verankerten Interesse der meisten Menschen daran, Kinder zu zeugen, ein anthropologisch nicht minder tief verankertes, allerdings auch ohne biologische oder genetische Beziehung zum Kind bestehendes Interesse daran besteht, sich um ein Kind zu sorgen und es großzuziehen. Auch vor diesem Hintergrund fällt das Recht auf Zugang zur Elternschaft als unmittelbarer Ausdruck der Freiheitsvermutung in den Systemzusammenhang der EMRK. Das bedeutet aber nicht, darauf sei in aller Deutlichkeit hingewiesen, dass der Mensch Kinder haben muss, um sich als Mensch zu verwirklichen. Es bedeutet lediglich, dass ihm die Möglichkeit überlassen sein sollte, diese Form der Selbstverwirklichung als eine von vielen zu wählen. Ein Mensch mag sich auch selbstverwirklichen durch seine Entscheidung, keine Kinder zu bekommen.

bb) Das Zugangsrecht gemessen an dem gleichen Achtungsanspruch

Damit sich ein Zugangsrecht auf Persönlichkeitsentwicklung durch Elternschaft auch unter dem gleichen Achtungsanspruch in das System der Konvention einfügt, muss es ungeachtet von Ehestand, sexueller Orientierung und Beziehungsstatus der Konventionsbürger *jedem* zustehen: Vermählten genauso wie unvermählten Paaren, heterosexuellen genauso wie homo- oder transsexuellen Paaren sowie auch alleinstehenden Personen. Denn unter einem System materieller Ressourcengleichheit lassen sich, wie *Gutmann* schreibt, „die verbliebenen familien- und/oder reproduktionsrechtlichen Benachteiligungen alternativer Lebens- und Zeugungsformen langfristig nicht aufrechterhalten"[505]. Vielmehr haben, „wo mit Blick auf die Frage der ‚Mutterstellung' [oder Elternstellung] (bzw. des Zugangs zu ihr) Bürgerinnen oder Lebensformen benachteiligt werden, [...] solche Arrangements zunehmend mit [...] verfassungsrechtlicher Kritik zu rechnen"[506]. Tatsächlich befindet sich aktuell das europäische Verständnis von Fortpflanzung und Elternschaft inmitten einer jener „Traditionskrisen", in deren Verlauf sich „die normative Logik der Nichtdiskriminierung" früher oder

504 *Robertson*, Children of Choice, 1996, S. 24.
505 Vgl. ebd. S. 48.
506 *Gutmann*, Mutterschaft zwischen Natur und Selbstbestimmung, in: Röthel/Heiderhoff, Regelungsaufgabe Mutterstellung, 2016, S. 63-85 (67).

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

später Bahn bricht[507] (vgl. B, IV, 1, a, bb). Als ihr Ergebnis kann nur stehen, was der Oberste Gerichtshof der Vereinigten Staaten bereits 1972 festgestellt hat: "If the right of privacy means anything, it is the right of the individual, married or single [heterosexual, homosexual or transsexual], to be free from unwarranted governmental intrusion into matters so fundamentally affecting a person as the decision whether to bear or beget a child"[508]. Denn wie *Gutmann* zurecht hervorhebt, ist die Legitimationsgrundlage äußerst schwach, „einer Person die Realisierung des Wunsches nach einem eigenen Kind zu untersagen, nur weil die konkrete Konstellation des Zeugens und Austragens dieses Kindes nicht mit biologischen oder sozial konstruierten Vorstellungen von ‚Natürlichkeit' übereinstimmt"[509]. *Cohen* und *Jackson* drücken es drastisch, aber korrekt aus: "For fertile, heterosexual couples, interference with their ability to conceive a child would represent a wholly extraordinary invasion of their privacy and bodily autonomy. If someone needs medical assistance in order to conceive, placing restrictions on their reproductive choices is easier, but that does not necessarily mean that state interference is warranted or justifiable"[510]. Ob und inwieweit der EGMR das Recht auf *gleichen* Zugang zur Elternschaft bereits umsetzt, gilt es nun zu untersuchen. Da die EMRK den gleichen Achtungsanspruch in Art. 14 EMRK abbildet, wird im Folgenden anhand der Rechtsprechung des EGMR zu Art. 14 i.V.m. Art. 8 EMRK reflektiert, welche Vorgaben sich daraus für das Recht auf Zugang zur Elternschaft jeweils in Abhängigkeit zur sexuellen Orientierung (a), dem Ehestand (b) und Beziehungsstatus (c) ergeben (1). Anschließend wird zusammengefasst, wo den EGMR noch

507 Vgl. ebd. S. 70; *Gutmann*, Traditionskrisen, in: Gärtner/Gutmann/Mesch/Meyer, Normative Krisen, 2019, S. 303-335.

508 Eisenstadt vs. Baird, 405 U.S. 438, 453 (1972); vgl. auch: Planned Parenthood of Southeastern Pa. vs. Casey, 505 U.S. 833, 851 (1992): "These matters, involving the most intimate and personal choices a person may make in a lifetime, choices central to personal dignity and autonomy, are central to the liberty protected by the Fourteenth Amendment. At the heart of liberty is the right to define one's own concept of existence, of meaning, of the universe, and of the mystery of human life. Beliefs about these matters could not define the attributes of personhood were they formed under compulsion of the State."

509 *Gutmann*, Rechtsphilosophische Reflexionen, in: Arnold/Bernat/Kopetzki, Das Recht der Fortpflanzungsmedizin 2015, 2016, S. 45-61 (54).

510 *Cohen/Jackson*, Introduction to the Right(s) to Procreate and Assisted Reproductive Technologies, in: The Oxford Handbook of Comparative Health Law, 2018, https://www.oxfordhandbooks.com/view/10.1093/oxfordhb/9780190846756.001.0001/oxfordhb-9780190846756-e-49 (18.1.2022), PDF S. 4.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Nachbesserungspflichten treffen, um das Zugangsrecht ganz in den Konnex der Werte zu stellen, die die Konvention ausmachen (2).

(1) Das Recht auf gleichen Zugang zur Elternschaft nach Art. 8 i.V.m. Art. 14 EMRK

Das Recht auf Nichtdiskriminierung aus Art. 14 EMRK ergänzt akzessorisch „alle in der Konvention anerkannten Rechte und Freiheiten". Deshalb ist Art. 14 EMRK „stets in Verbindung mit einem anderen Konventionsrecht anzuwenden", sobald ein Sachverhalt den Regelungsbereich einer Garantie berührt[511]. Nicht erforderlich ist, dass der Sachverhalt in den Schutzbereich des Freiheitsrechts fällt, ein Eingriff vorliegt oder gar eine Konventionsverletzung[512]. Vielmehr ist es möglich, dass ein Freiheitsrecht zwar nicht allein, wohl aber in Verbindung mit Art. 14 EMRK betroffen ist oder sowohl allein als auch in Verbindung Art. 14 EMRK[513]. Der Gerichtshof hat den Stellenwert, den das Gleichheitsgebot gegenüber den Freiheitsrechten einnimmt, nicht abschließend geklärt und gestaltet den Prüfungsaufbau unterschiedlich. Teilweise prüft er, nachdem er bereits eine Freiheitsrechtsverletzung bejaht hat, zusätzlich Art. 14 EMRK i.V.m. dieser Freiheitsrechtsverletzung, wenn die Ungleichbehandlung den Sachverhalt im Kern bestimmt[514] ("Where a substantive Article of the Convention has been invoked both on its own and together with Article 14 […], it is not generally necessary for the Court also to examine the case under Article 14 […], though the position is otherwise if a clear inequality of treatment in the enjoyment of the right in question is a fundamental aspect of the case")[515]. In der Regel gelangt der EGMR jedoch zu dem Schluss, dass eine zusätzliche Prüfung von Art. 14 ERMK unterbleiben kann, da aus gleichheitsrechtlicher Perspektive keine über den freiheitsrechtlichen Aspekt hinausgehenden Erkenntnisse zu erwarten sind[516]. Umgekehrt gibt es aber auch Fälle, in

511 *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention, 2021, § 26, Rn. 4. *Sauer*, in: Karpenstein/Mayer, EMRK, Art. 14, Rn. 14.
512 *Sauer*, in: Karpenstein/Mayer, EMRK, Art. 14, Rn. 16, 18.
513 *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention, 2021, § 26, Rn. 2, 5.
514 *Sauer*, in: Karpenstein/Mayer, EMRK, Art. 14, Rn. 19.
515 ECHR No. 7525/76, 22nd Oct. 1981 (Dudgeon/The United Kingdom), http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57473 (16.10.2020), PDF S. 1-12 (21), Z. 67.
516 *Sauer*, in: Karpenstein/Mayer, EMRK, Art. 14, Rn. 19; vgl. ECHR No. 28957/95, 11th Jul. 2002 (Christine Goodwin/The United Kingdom), http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-60596 (16.10.2020), PDF S.1-35 (31), Z. 108.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

denen der Gerichtshof Art.14 EMRK i.V.m. einem Freiheitsrecht prüft, ohne zuvor separat auf das Freiheitsrecht eigegangen zu sein[517]. Fest steht aber, dass sich Art. 14 EMRK auch auf solche Gewährleistungen erstreckt, die ein Vertragsstaat im Regelungsbereich eines Konventionsrechts gewährt, obwohl er hierzu durch die EMRK nicht verpflichtet ist[518]. Soweit anwendbar, ist Art. 14 EMRK jedenfalls verletzt, wenn eine ungerechtfertigte Ungleichbehandlung von wesentlich Gleichem vorliegt. Die Prüfung erfolgt – ähnlich der zu Art. 3 GG – in drei Schritten: Für eine Verletzung des Art. 14 EMRK bedarf es zunächst eines vergleichbaren Sachverhalts, sodann einer Ungleichbehandlung des wesentlich Gleichen und schließlich darf die Ungleichbehandlung nicht gerechtfertigt sein. Anknüpfungspunkt für verbotene Differenzierungsmerkmale sind die in Art. 14 EMRK demonstrativ aufgezählten persönlichen Eigenschaften, die eine Diskriminierung insbesondere wegen des Geschlechts, der Rasse, Hautfarbe, Sprache, Religion, politischen oder sonstigen Anschauung, nationalen oder sozialen Herkunft, Zugehörigkeit zu einer nationalen Minderheit, Geburt, des Vermögens oder eines sonstigen Status verbieten. Eine Ungleichbehandlung in Bezug auf eines dieser Merkmale ist gerechtfertigt, wenn der Staat mit seiner Differenzierung einen legitimen Zweck verfolgt ("objective and reasonable justification") und die Maßnahme in einem noch angemessenen Verhältnis zur Bedeutung und Dringlichkeit des gesetzgeberischen Ziels steht ("reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be realized")[519]. Bei der Bestimmung des Zwecks gewährt der Gerichtshof den Staaten einen weiten Ermessensspielraum[520]. Geht es hingegen um die Verhältnismäßigkeitsprüfung, „variiert [das Ermessen] nach den Differenzierungsgründen, aber auch nach den Umständen und dem Hintergrund des Einzelfalls"[521]. Dabei steigt die Kontrolldichte, je mehr „sich die Bekämpfung bestimmter Differenzierungskriterien zu einem gemeinsamen Ziel der europäischen Staaten entwickelt"[522]. Besonders streng bewertet der Gerichtshof Ungleichbehandlungen wegen des Geschlechts

517 *Sauer*, in: Karpenstein/Mayer, EMRK, Art. 14, Rn. 19.
518 *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention, 2021, § 26, Rn. 6; *Sauer*, in: Karpenstein/Mayer, EMRK, Art. 14, Rn. 17.
519 EGMR No. 36515/97, 26th Feb. 2002 (Fretté/France), http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-60168 (28.9.2020), PDF S. 1-25 (15), Z. 34.
520 *Sauer*, in: Karpenstein/Mayer, Art. 14, EMRK, Rn. 34.
521 *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention, 2021, § 26, Rn. 16.
522 *Sauer*, in: Karpenstein/Mayer, Art. 14, EMRK, Rn. 42.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

und der sexuellen Orientierung[523] – ("The Court has repeatedly held that, just like differences based on sex, differences based on sexual orientation require particularly serious reasons by way of justification or, as is sometimes said, particularly convincing and weighty reasons [...]. Where a difference in treatment is based on sex or sexual orientation, the State's margin of appreciation is narrow [...]. Differences based solely on considerations of sexual orientation are unacceptable under the Convention")[524]. Danach muss also Art. 8 i.V.m. Art. 14 EMRK wenigstens ein Ungleichbehandlungsverbot beim Zugang zur Elternschaft wegen der sexuellen Orientierung normieren (a). Vergegenwärtigt man sich außerdem die wachsende Zahl an faktischen Paarbeziehungen und alleinerziehenden Eltern in den Konventionsstaaten, liegt die Annahme nahe, dass Art. 8 i.V.m. Art. 14 EMRK jetzt oder in naher Zukunft ein Ungleichbehandlungsverbot im Zugang zur Elternschaft auch wegen des Ehestandes (b) und Beziehungsstatus (c) festlegen könnte.

(a) Das Ungleichbehandlungsverbot im Zugang zur Elternschaft wegen der sexuellen Orientierung und geschlechtlichen Identität

Dass das Recht auf Achtung des Privatlebens aus Art. 8 EMRK ein Zugangsrecht auf Persönlichkeitsentwicklung durch Elternschaft gewährt und dieses verschieden- genauso wie gleichgeschlechtlichen Paaren und transsexuellen Personen zusteht, gilt verstärkt in Verbindung mit Art. 14 EMRK. Das belegt die Rechtsprechung des EGMR zum Recht auf Adoption durch schwule und lesbische Personen (aa) sowie in Fällen zur rechtlichen und gesellschaftlichen Gleichstellung Transsexueller (bb).

(aa) Das Ungleichbehandlungsverbot im Zugang zur Elternschaft wegen der sexuellen Orientierung

Dass die EMRK ein Ungleichbehandlungsverbot im Zugang zur Elternschaft wegen der sexuellen Orientierung statuiert, belegen die Entscheidungen des EGMR zum Recht schwuler und lesbischer Personen in ihrem

523 *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention, 2021, § 26, Rn. 31.
524 EGMR No. 19010/07, 19th Feb. 2013 (X et al./Austria), http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-116735 (28.9.2020), PDF S. 1-47 (30-31), Z. 99.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Recht auf Adoption. Zwar gewährt Art. 8 EMRK an und für sich kein Recht auf Adoption. Der Gerichtshof resümiert aber, dass die Staaten, wenn und soweit sie bestimmten Personen eine Adoption über den Schutzumfang der EMRK hinaus erlauben, sie nach Art. 14 EMRK auch die Gleichheit in dieser Freiheit zu gewährleisten haben. Dabei unterscheidet der EGMR zwischen der Einzeladoption, Sukzessiv- oder Stiefkindadoption und der gemeinsamen Adoption[525]: "Firstly, a person may wish to adopt on his or her own (individual adoption). Secondly, one partner in a same-sex couple may wish to adopt the other partner's child, with the aim of giving both of them legally recognised parental status (second-parent adoption). Finally, a same-sex couple may wish to adopt a child (joint adoption)"[526]. Der EGMR war bislang mit je zwei Fällen zur ersten ((aaa), (bbb)) und zweiten Konstellation ((ccc) (ddd)) befasst.

(aaa) Fretté vs. Frankreich

In *Fretté vs. Frankreich*[527] entschloss sich ein alleinstehender homosexueller Mann zur Adoption eines Kindes. Seinen ersten Antrag wiesen die Behörden mit der Begründung zurück, er biete dem Kind kein mütterliches Vorbild – ("the applicant had 'no stable maternal role model' to offer and had 'difficulties in envisaging the practical consequences of the upheaval occasioned by the arrival of a child'")[528]. Auch sein zweiter Antrag blieb erfolglos – ("the applicant's 'choice of lifestyle' did not appear to be such as to provide sufficient guarantees that he would offer a child a suitable home from a family, child-rearing and psychological perspective")[529]. Schließlich wandte sich der Beschwerdeführer an den EGMR zur Feststellung eines Verstoßes seiner Rechte aus Art. 8 EMRK i.V.m. Art. 14 EMRK.

Der Gerichtshof bejahte zwar einen vergleichbaren Sachverhalt zwischen dem Beschwerdeführer und einem alleinstehenden, heterosexuellen Mann und sah auch eine an das Merkmal der sexuellen Orientierung anknüpfende Ungleichbehandlung des Beschwerdeführers in seinem Zugang zur

525 Bei einer Sukzessivadoption adoptiert der oder die Partner-/in das adoptierte Kind seines oder seiner Lebensgefährt-/in. Bei einer Stiefkindadoption adoptiert der oder die Partner-/in das leibliche Kind seines oder seiner Lebensgefährten/in.

526 EGMR No. 19010/07, 19th Feb. 2013 (X et. al./Austria), http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-116735 (28.9.2020), PDF S. 1-47 (31), Z. 100.

527 EGMR No. 36515/97, 26th Feb 2002 (Fretté/France), http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-60168 (28.9.2020), PDF S. 1-25.

528 Vgl. ebd. S. 3, Z. 10.

529 Vgl. ebd. S. 4, Z. 11.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Elternschaft durch Adoption als gegeben an. Jedoch habe Frankreich mit dem Schutz der zur Adoption stehenden Kinder ein legitimes Ziel verfolgt – ("the decisions to reject the applicant's application for authorisation pursued a legitimate aim, namely to protect the health and rights of children who could be involved in an adoption procedure")[530]. Da den Staaten zur Frage der Adoption durch Homosexuelle ein weiter Ermessensspielraum zustehe, sei die Ungleichbehandlung gerechtfertigt – ("Since the delicate issues raised in the case, […], touch on areas where there is little common ground amongst the member States of the Council of Europe and, […], the law appears to be in a transitional stage, a wide margin of appreciation must be left to the authorities of each State")[531]. Der EGMR verneinte deshalb eine Ungleichbehandlung nach Art. 8 EMRK i.V.m. Art. 14 EMRK.

(bbb) E.B. vs. Frankreich

In *E.B. vs. France*[532] bewarb sich eine lesbische Frau um die Adoption eines Kindes. Zwar lebte sie in einer gefestigten Partnerschaft mit einer anderen Frau, wollte das Kind aber allein adoptieren. Die Behörden wiesen ihren Antrag zurück, einerseits wegen der passiven Einstellung ihrer Lebensgefährtin zu dem Kind, andererseits, weil sie wegen ihres Lebensstils außerstande sei, dem Kind ein Familienleben zu offerieren – ("unmarried and cohabiting with a female partner, we have not been able to assess her ability to provide a child with a family image revolving around a parental couple such as to afford safeguards for that child's stable and well-adjusted development")[533]. Vor allem würde es dem Kind in ihrer Obhut an einem väterlichen Vorbild fehlen – ("Let us not forget that children forge their identity with an image of both parents. Children need adults who will assume their parental function: if the parent is alone, what effects will that have on the child's development?")[534]. Zuletzt wandte sich die Beschwerdeführerin an den EGMR mit Antrag auf Feststellung eines Verstoßes ihrer Rechte aus Art. 8 EMRK i.V.m. Art. 14 EMRK.

Konträr zu *Fretté vs. Frankreich* kam der Gerichtshof diesmal zu dem Schluss, dass die Maßnahme unverhältnismäßig gewesen sei und revidierte damit seine Position zum Recht Homosexueller auf gleichen Zugang zur

530 Vgl. ebd. S. 18, Z. 38.
531 Vgl. ebd. S. 19, Z. 41.
532 ECHR No. 43546/02, 22nd Jan. 2008 (E.B./France), http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-84571 (1.10.2020), PDF S. 1-29.
533 Vgl. ebd. S. 3-4, Z. 10.
534 Vgl. ebd. S. 4, Z. 11.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Elternschaft durch Adoption. Seitdem gilt: Wenn und soweit ein Mitgliedsstaat alleinstehenden heterosexuellen Personen die Adoption ermöglicht, muss er sie auch alleinstehenden homosexuellen und wohl auch transsexuellen Personen erlauben und umgekehrt.

(ccc) Gas et al. vs. Frankreich

In *Gas et al. vs. Frankreich*[535] wollte eine lesbische Frau, die zweite Beschwerdeführerin, das Kind ihrer Lebensgefährtin, der ersten Beschwerdeführerin, adoptieren. Die Beschwerdeführer lebten seit 1989 in einer festen Beziehung und seit April 2002 in eingetragener Lebenspartnerschaft. Im September 2000 brachte die erste Beschwerdeführerin ihre Tochter durch anonyme Samenspende zur Welt. Die zweite Beschwerdeführerin beantragte deren Adoption im März 2006. Die französischen Behörden wiesen ihren Antrag mit der Begründung zurück, dass die zweite Beschwerdeführerin nicht Mutter des Kindes werden könne, ohne dass die erste Beschwerdeführerin ihren Elternstatus verliere. Nach Art. 356 Civil code$_{a.F.}$ nämlich war eine Stiefkind-Adoption mit geteilter Elternschaft nur dem mit der biologischen Mutter verheirateten Partner oder dem leiblichen Vater möglich. Da es gleichgeschlechtlichen Paaren nach Art. 144 Civil code$_{a.F.}$ verboten war zu heiraten, schloss Art. 356 Civil code$_{a.F.}$ eine Stiefkind-Adoption durch Partner des gleichen Geschlechts aus. Die *Bf.* wandten sich deshalb an den EGMR mit dem Antrag, einen Verstoß ihrer Rechte aus Art. 8 EMRK i.V.m. Art. 14 EMRK festzustellen.

Der Gerichtshof verneinte einen vergleichbaren Sachverhalt zwischen den unvermählten, gleichgeschlechtlichen Beschwerdeführern und einem vermählten Paar verschiedenen Geschlechts – ("marriage confers a special status on those who enter into it. The exercise of the right to marry is protected by Article 12 of the Convention and gives rise to social, personal and legal consequences [...]. Accordingly, the Court considers that, for the purposes of second-parent adoption, the applicants' legal situation cannot be said to be comparable to that of a married couple")[536]. Auch seien die Vertragsstaaten nicht verpflichtet, gleichgeschlechtlichen Paaren das Recht zur Vermählung einzuräumen – ("Article 12 of the Convention does not impose an obligation on the governments of the Contracting States to grant same-sex couples access to marriage [...] Nor can a right to same-sex

535 ECHR No. 25951/07, 15th Mar. 2012 (Gas u.a./France), http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-109572 (14.10.2020), PDF S. 1-20.

536 Vgl. ebd. S. 19, Z. 68.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

marriage be derived from Article 14 taken in conjunction with Article 8 [...]. The Court has further held that, where a State chooses to provide same-sex couples with an alternative means of recognition, it enjoys a certain margin of appreciation as regards the exact status conferred")[537]. Sodann verneinte der Gerichtshof auch einen vergleichbaren Sachverhalt zwischen den *Bf.* und einem unvermählten, heterosexuellen Paar, denn nach französischem Recht habe letzteres ebenso wenig Anspruch auf eine geteilte Elternschaft mittels Stiefkind-Adoption wie die Beschwerdeführer als unvermähltes, homosexuelles Paar[538]. Auch das Argument, Partnern verschiedenen Geschlechts sei es anders als Partnern gleichen Geschlechts möglich zu heiraten und sich so das Recht auf Stiefkind-Adoption zu erschließen, wies der Gerichtshof zurück. Eine indirekte Ungleichbehandlung scheide schon deshalb aus, weil die Konvention kein Recht auf Ehe für alle garantiere[539].

Daraus folgt: Dass ein Mitgliedsstaat vermählten Paaren verschiedenen Geschlechts die Stiefkind-Adoption erlaubt, bedeutet nicht, dass er sie auch unvermählten Paaren verschiedenen oder gleichen Geschlechts erlauben muss. Es gilt jedoch: Wenn und soweit ein Vertragsstaat vermählten Paaren verschiedenen Geschlechts die Stiefkind-Adoption erlaubt, muss er sie auch vermählten Paaren gleichen Geschlechts erlauben und umgekehrt. Allerdings ist ein Konventionsstaat nicht dazu verpflichtet, Personen gleichen Geschlechts die Möglichkeit zu geben, sich zu vermählen.

(ddd) X et al. vs. Österreich

Auch in *X et al. vs. Österreich*[540] ging es um eine Stiefkind-Adoption. Die erste Beschwerdeführerin lebte mit der dritten Beschwerdeführerin in einer festen Beziehung. Der zweite Beschwerdeführer war der leibliche Sohn der ersten Beschwerdeführerin. Die erste und dritte Beschwerdeführerin lebten seit dem fünften Lebensjahr des zweiten Beschwerdeführers im selben Haushalt und nahmen die Elternverantwortung gemeinsam wahr. Im Februar 2005 schloss die dritte Beschwerdeführerin mit dem zweiten Beschwerdeführer, vertreten durch die erste Beschwerdeführerin, eine Adoptionsvereinbarung. Da den Beschwerdeführern bekannt war, dass § 182

537 Vgl. ebd. S. 18-19, Z. 66.
538 Vgl. ebd. S. 19, Z. 69.
539 Vgl. ebd. S. 19, Z. 70-71.
540 ECHR No. 19010/07, 19th Feb. 2013 (X et al./Austria), http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-116735 (16.10.2020), PDF S. 1-49.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

§ 2 $ABG_{a.F.}$ zwar die Stiefkind-Adoption für vermählte und unvermählte Paare verschiedenen Geschlechts erlaubte, nicht aber durch „den (eingetragenen) Partner des biologischen Vaters oder die (eingetragene) Partnerin der biologischen Mutter“[541], beantragten sie beim österreichischen Verfassungsgerichtshof (ÖstVfGH), das Gesetz für verfassungswidrig zu erklären und schließlich beim EGMR, einen Verstoß ihrer Rechte aus Art. 8 EMRK i.V.m. Art. 14 EMRK festzustellen.

Der Gerichtshof erklärte den Regelungsbereich des Art. 8 EMRK für eröffnet und Art. 14 EMRK für anwendbar: “the relationship of a cohabiting same-sex couple living in a stable de facto relationship falls within the notion of ‘family life’ just as the relationship of a different-sex couple in the same situation would”[542]. Zwar lehnte der Gerichtshof wie zuvor in *Gas et al. vs. Frankreich* einen vergleichbaren Sachverhalt zwischen den *Bf.* und einem vermählten heterosexuellen Paar ab, bejahte ihn diesmal jedoch zu einem unvermählten Paar verschiedenen Geschlechts[543]. Anders als Frankreich nämlich erlaube Österreich die Stiefkind-Adoption auch unvermählten heterosexuellen Paaren. In dieser Vergleichsgruppe bestehe daher eine Ungleichbehandlung wegen der sexuellen Orientierung, da die Stiefkind-Adoption zwar unvermählten Paaren verschiedenen Geschlechts, nicht aber auch unvermählten Paaren gleichen Geschlechts möglich sei, ohne dass der biologische Elternteil seine Elternstellung verliert[544]. Zwar sei das von Österreich mit 182 § 2 $ABG_{a.F.}$ verfolgte Ziel, einem Kind Vater und Mutter zu geben, legitim – (“the provisions in issue aimed to protect the ‘traditional family’. Austrian law was based on the principle that, in accordance with biological reality, a minor child should have two persons of opposite sex as parents”)[545]. Doch sei die zur Verfolgung dieses Ziels ergriffene Maßnahme angesichts des eingeschränkten Ermessensspielraums unverhältnismäßig – (“In cases in which the margin of appreciation is narrow, as is the position where there is a difference in treatment based on sex or sexual orientation, the principle of proportionality does not merely require the measure chosen to be suitable in principle for achievement of

541 *Bernat*, Das Recht der Fortpflanzungsmedizin im Spiegel der sich wandelnden Sozialmoral, in: Arnold/Bernat/Kopetzki, Das Recht der Fortpflanzungsmedizin 2015, 2016, S. 9-44 (36).

542 ECHR No. 19010/07, 19th Feb. 2013 (X et al./Austria), https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-116735 (16.10.2020), PDF S. 30, Z. 95.

543 Vgl. ebd. S. 34, Z. 110-112.

544 Vgl. ebd. S. 34-39.

545 Vgl. ebd. S. 40, Z. 137.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

the aim sought. It must also be shown that it was necessary, in order to achieve that aim, to exclude certain categories of people, in this instance persons living in a homosexual relationship, from the scope of application of the provision at issue")[546]. Zur Begründung verwies der Gerichtshof auf die gewandelte Sozialmoral und gesellschaftliche Einstellung zum Familienbegriff – ("given that the Convention is a living instrument, to be interpreted in present-day conditions, the State, in its choice of means designed to protect the family [...], must necessarily take into account developments in society and changes in the perception of social, civil-status and relational issues, including the fact that there is not just one way or one choice when it comes to leading one's family or private life")[547]. Der EGMR gelangte deshalb zu dem Schluss, dass das Verbot der Stiefkind-Adoption für gleichgeschlechtliche Paare zum Schutz traditioneller Familienwerte unverhältnismäßig und damit gleichheitswidrig ist – ("All the above considerations – the existence of de facto family life between the applicants, the importance of having the possibility of obtaining legal recognition thereof, the lack of evidence adduced by the Government in order to show that it would be detrimental to the child to be brought up by a same-sex couple or to have two mothers and two fathers for legal purposes, and especially their admission that same-sex couples may be as suited for second-parent adoption as different-sex couples – cast considerable doubt on the proportionality of the absolute prohibition on second-parent adoption in same-sex couple")[548]. Daraus folgt: Wenn und soweit ein Mitgliedsstaat unvermählten Paaren verschiedenen Geschlechts die Stiefkind-Adoption erlaubt, muss er sie auch unvermählten Paaren gleichen Geschlechts erlauben und umgekehrt.

(bb) Ergebnis zum Ungleichbehandlungsverbot im Zugang zur Elternschaft wegen der sexuellen Orientierung

Aus der Spruchpraxis des EGMR zum Recht von Schwulen und Lesben auf gleiche Achtung ihrer Entscheidung auf ein Leben mit Kind durch Adoption lassen sich argumentationslogisch Rückschlüsse für ihr Zugangsrecht auf Persönlichkeitsentwicklung durch Elternschaft mittels Verfahren der assistierten Fortpflanzungsmedizin ableiten. Denn in beiden Fällen beruht

546 Vgl. ebd. S. 40, Z. 140.
547 Vgl. ebd. S. 40, Z. 139.
548 Vgl. ebd. S. 42, Z. 146.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

die Elternschaft nicht notwendig auf einer leiblichen, sondern sozialen und intentionalen Beziehung zum Kind, so dass wegen der Vergleichbarkeit der intendierten Eltern-Kind-Beziehung anzunehmen ist, dass:

- soweit ein Vertragsstaat alleinstehenden heterosexuellen Personen den Zugang zu fortpflanzungsmedizinischen Verfahren öffnet, er diesen auch alleinstehenden homosexuellen Personen gewähren muss.
- soweit ein Vertragsstaat unvermählten Paaren verschiedenen Geschlechts den Zugang zu fortpflanzungsmedizinischen Verfahren öffnet, er diesen auch unvermählten Paaren gleichen Geschlechts gewähren muss.
- soweit ein Vertragsstaat vermählten Paaren verschiedenen Geschlechts den Zugang zu fortpflanzungsmedizinischen Verfahren öffnet, er ihn zwar nicht auch unvermählten Paaren verschiedenen oder gleichen Geschlechts gewähren muss, wohl aber vermählten Paaren gleichen Geschlechts, wenn er vermählten Paaren verschiedenen Geschlechts zusteht und umgekehrt.

Zu berücksichtigen bleibt: Art. 8 EMRK gewährt zwar kein Recht auf Adoption, wohl aber ein Recht auf reproduktive Autonomie und in diesem Zuge, wie gezeigt, auf Persönlichkeitsentwicklung durch Elternschaft. Deshalb verhält sich ein Konventionsstaat nicht erst gleichheitswidrig, wenn er einer der vorbenannten Personengruppen den Zugang zur Fortpflanzungsmedizin im Gegensatz zur jeweils anderen verweigert. Vielmehr dürften die Konventionsstaaten, nach der teleologischen Auslegung zum Anwendungsbereich des Rechts auf Achtung des Privatlebens als Grundsatznorm personaler Autonomie, bereits über Art. 8 EMRK verpflichtet sein, weder alleinstehenden noch in einer Ehe oder gefestigten Partnerschaft lebenden Personen die Möglichkeit auf Persönlichkeitsentwicklung durch Elternschaft mithilfe der Fortpflanzungsmedizin wegen ihrer sexuellen Orientierung zu verweigern. Dazu einleuchtend *Wapler*: „Aus geschlechtertheoretischer Sicht muss man schon die Ausgangsannahme kritisieren, ein gleichgeschlechtliches Paar, sei im Hinblick auf Erziehung etwas kategorial anderes als ein verschiedengeschlechtliches. Die dahinter stehende Annahme, es gebe essentiell männliche und weibliche Arten von Elternschaft und ein Kind benötige genau beides, übersieht die Vielfalt geschlechtlicher Identitäten und Lebensweisen.[549]“ Auch ist die Behauptung, gleichgeschlechtliche

549 *Wapler*, Reproduktive Autonomie: rechtliche und rechtsethische Überlegungen, in: Baer/Sacksofsky, Autonomie im Recht – Geschlechtertheoretisch vermessen, 2018, S. 185-214 (212).

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

Paare seien schlechtere Eltern als verschiedengeschlechtliche Paare, mittlerweile empirisch widerlegt[550].

550 Vgl. BVerfGE 133, 59 (90), wonach „Bedenken, die sich gegen das Aufwachsen von Kindern in gleichgeschlechtlichen Elterngemeinschaften im Allgemeinen richten, [...] in der ganz überwiegenden Zahl der sachverständigen Stellungnahmen zurückgewiesen [wurden]"; *American Psychological Association*, Lesbian & Gay Parenting, 2005, http://www.apa.org/pi/lgbt/resources/parenting-full.pdf (25.3.2021); *American Psychological Association, California Psychological Association, American Psychiatric Association, American Association for Marriage and Family Therapy*, Amici Curiae Gutachten zu Perry et al. vs. Arnold Schwarzenegger, http://www.apa.org/about/offices/ogc/amicus/perry.pdf (25.3.2021); ausführlich *Hartmann*, von der Mutterschaft zur Elternschaft, 2020, S. 181 ff. unter Auswertung der Ergebnisse u.a. der Studien zur „Qualität der Eltern-Kind-Beziehung" durch *Brewaeys/Ponjaert/Van Hall/Golombok* (Donor insemination: child development and family functioning in lesbian mother families, Hum. Reprod.1997 (12/6), S. 1349-1359)„der Studie zum „Umgang der Kinder mit der eigenen Familienkonstellation" durch *Vanfraussen/Ponjaert-Kristoffersen/Brewaeys* (What does it mean for youngest to grow up in a lesbian family created by means of donor insemination?, J. Reprod. Infant Psychol. 2002 (20/4), S. 237-252), der Studie zur „Lebenssituation von Kindern lesbischer Eltern" durch *Golombok/Perry/Burston/Murray/Mooney-Somers/Stevens/Golding* (Children with Lesbian Parents: A Community Study, Dev. Psychol. 2003 (39/1), S. 20-33), der Studie zur Perspektive des Kindes auf seine lesbische Familie" durch *Tasker/Granville* (Children's Views of Family Relationships in Lesbian-Led Families, Journal of GLBT Family Studies 2011 (7/1-2), S. 182-199) sowie der US National Longitudinal Lesbian Family Study durch *Gartell/Bos* (Psychological adjustment of 17-year-old adolescents, Pediatrics 2010 (126/1), S. 28-36); vgl. außerdem: *Gutmann*, Traditionskrisen, in: Gärtner/Gutmann/Mesch/Meyer, Normative Krisen, 2019, S. 303-335 (321); *Cole*, Engines of Liberty, S. 15-93; *Seelmann*, Zugang zur Fortpflanzungsmedizin für alle?, https://www.bag.admin.ch/bag/de/home/medizin-und-forschung/fortpflanzungsmedizin/stellungnahmen-gutachten.html (21.3.2022), S. 12 ff.; *Bergold/Rupp*, Zusammenfassung, in: Rupp, Die Lebenssituation von Kindern in gleichgeschlechtlichen Partnerschaften, 2009, S. 281-311; *Ball*, Same-Sex Marriage and Children, 2014; für eine weitere Auswahl an Studien: *Brewaeys/Van Hall*, Lesbian motherhood: the impact on child development and family functioning, J. Psychosom. Obstet. Gynaecol. 1997 (18/1), S. 1-16; *Baetens/Brewaeys*, Lesbian couples requesting donor insemination: an update of the knowledge with regard to lesbian mother families, Hum. Reprod. Update 2001 (7/5), S. 512-519; *Müller-Götzmann*, Artifizielle Reproduktion und gleichgeschlechtliche Elternschaft, 2009, S. 61 ff., 74; *MacCallum/Golombok*, Children raised in fatherless families from infancy: a follow-up of children of lesbian and single heterosexual mothers at early adolescence, J. Child Psychol. Psychiatry 2004 (45/8), S. 1407-1419; *Bos/van Balen/van Den Boom*, Experience of parenthood, couple relationship, social support, and child-rearing goals in planned lesbian mother families, J. Child Psychol. Psychiatry 2004 (45/4), S. 755-764; *Bos/van Balen/van den Boom*, Lesbian families and family functioning: an overview, Patient Educ. Couns. 2005 (59/3), S. 263-275; *Brewaeys/Dufour/Kentenich*, Sind Bedenken hinsichtlich der Kinderwunschbehandlung lesbischer und alleinstehender Frauen berechtigt? J.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

(cc) Das Ungleichbehandlungsverbot im Zugang zur Elternschaft wegen der geschlechtlichen Identität

In evolutiv-dynamischer Weise hat der EGMR in den vergangenen Jahren die rechtliche und gesellschaftliche Gleichstellung Transsexueller in allen Lebensbereichen vorangetrieben. Diese Entwicklung lässt sich nachzeichnen mit *Rees vs. Vereinigtes Königreich*, *X et al. vs. Vereinigtes Königreich*, *Sheffield et al. vs. Vereinigtes Königreich* und *Christine Goodwin vs. Vereinigtes Königreich*. Danach erscheint es nur folgerichtig, dass die EMRK auch ein Ungleichbehandlungsverbot im Zugang zur Elternschaft wegen der geschlechtlichen Identität konstatiert.

(aaa) Rees vs. Vereinigtes Königreich

In *Rees vs. Vereinigtes Königreich* beanstandete eine transsexuelle Person die Weigerung der britischen Behörden, ihr trotz Geschlechtsumwandlung und Namensänderung die Anrede „Mr." im Geburtenregister zu gewähren. Der EGMR verneinte, unter Verweis auf den unter den Vertragsstaaten herrschenden Dissens zur rechtlichen Gleichstellung Transsexueller und ihrer deshalb weiten Einschätzungsprärogative in dieser Frage, eine Verletzung des Art. 8 EMRK – ("[I]t must for the time being be left to the respondent State to determine to what extent it can meet the remaining demands of transsexuals"). Schon damals mahnte der EGMR aber: "the Court is conscious of the seriousness of the problems affecting these persons and the distress they suffer. […]. The need for appropriate legal measures should therefore be kept under review having regard particularly to scientific and social developments"[551].

(bbb) X et al. vs. Vereinigtes Königreich

In *X et al. vs. Vereinigtes Königreich*[552] wollte sich der transsexuelle Beschwerdeführer X als Vater des mit anonymer Samenspende durch seine Lebensgefährtin Y zur Welt gebrachten Kindes Z eintragen lassen. Mit ihrer

---

Reproduktionsmed. Endokrinol. 2005 (2/1), S. 35-40; *Golombok/Badger*, Children raised in mother-headed families from infancy: a follow-up of children of lesbian and single heterosexual mothers, at early adulthood, Hum. Reprod. 2010 (25/1), S. 150-157; *Farr*, Does parental sexual orientation matter?, Dev. Psychol. 2017 (53/2), S. 252-264; *Gartrell/Bos/Koh*, National Longitudinal Lesbian Family Study, NEJM 2018 (379/3), S. 297-299.

551 ECHR No. 9532/81, 17th Oct. 1986 (Rees/United Kingdom), http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57564 (19.1.2022), PDF S. 1-15 (14), Z. 47.

552 ECHR No. 21830/93, 22nd Apr. 1997 (X, Y, Z/The United Kingdom),

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

künstlichen Befruchtung hatte er sich in Übereinstimmung mit dem "Human Fertility and Embryology Act" als künftiger Vater des Kindes einverstanden erklärt. Nach der Geburt erhielt Z zwar den Nachnamen des X, doch weigerten sich die britischen Behörden, X als Vater im Geburtenregister einzutragen. Dafür fehle es an einer genetischen Verbindung. Auch bestehe zwischen X und Z kein Familienleben, da Z mit dem Kind weder blutsverwandt noch durch eine Ehe mit der Geburtsmutter oder infolge einer Adoption verbunden sei. Außerdem seien X und Y wie ein lesbisches Paar zu behandeln, da eine vollständige Geschlechtsumwandlung medizinisch unmöglich sei.

Der EGMR wies diese Argumente zurück und erklärte das Recht der Beschwerdeführer auf Achtung ihres Familienlebens unter dem Aspekt der de-facto-Familie für anwendbar[553]. Der Fall unterscheide sich von *Rees vs. Vereinigtes Königreich*, da es primär nicht um die rechtliche Anerkennung Transsexueller in ihrer neuen geschlechtlichen Identität gehe, sondern um ihre Möglichkeit, Eltern zu werden. Betroffen sei deshalb nicht das Recht auf Achtung des Privatlebens, sondern das Recht auf Achtung des Familienlebens[554]. Allerdings gebe es keinen klaren Konsens zu der Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen Transsexuelle Eltern werden dürfen – ("The Court observes that there is no common European standard with regard to the granting of parental rights to transsexuals")[555]. Deshalb komme den Staaten ein weiter Ermessensspielraum zu – ("Since [...] the law appears to be in a transitional stage, the respondent State must be afforded a wide margin of appreciation")[556]. Im Ergebnis sei deshalb eine Verletzung des Art. 8 EMRK zu verneinen – ("given that transsexuality rises complex scientific legal, moral and social issues, in respect of which there is no generally shared approach among the Contracting States, the Court is of the opinion that Article 8 [...] cannot, in this context, be taken to imply an obligation for the respondent State formally to recognise as the father of a child a person who is not the biological father")[557]. Eine Prüfung des Art. 8 i.V.m. Art. 14 EMRK erübrige sich, da daraus keine neuen Erkenntnisse zu erwarten seien – ("the complaint under Article 14 […] is tantamount to a

http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58032 (19.1.2022), PDF S. 1-16.

553 Vgl. ebd. S. 9, Z. 36-37.

554 Vgl. ebd. S. 11, Z. 42.

555 Vgl. ebd. S. 11, Z. 44.

556 Vgl. ebd. S. 12, Z. 44.

557 Vgl. ebd. S. 14, Z. 52.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

restatement of the complaint under Article 8 [...] and raises no separate issue")[558].

(ccc) Sheffield et Horsham vs. Vereinigtes Königreich

In *Sheffield et Horsham vs. Vereinigtes Königreich*[559] ging es um zwei transsexuelle Beschwerdeführer. Die erste Beschwerdeführerin (S) lebte zunächst entsprechend des ihr bei Geburt zugeordneten Geschlechts als Mann, bevor sie sich im Alter von 40 Jahren einer Geschlechtsumwandlung unterzog. Zuvor war sie verheiratet gewesen und hatte eine Tochter zur Welt gebracht. Nach der Geschlechtsumwandlung beantragte die Ex-Frau der S, ihr das Umgangsrecht mit der gemeinsamen Tochter zu entziehen. Das Gericht gab dem Antrag mit der Begründung statt, es könne nicht im Interesse des Kindes liegen, Kontakt zu einer Transsexuellen zu pflegen. S bekam ihre Tochter die nächsten zwölf Jahre nicht zu sehen. Zudem weigerten sich die britischen Behörden, in Dokumenten wie dem Geburtszertifikat oder dem Sozialversicherungsausweis die neue geschlechtliche Identität der S einzutragen. Daneben gab S an, Opfer diverser Diskriminierungen im Berufs- und Privatleben, etwa bei Versicherungsabschlüssen und in Gerichtsverfahren, geworden zu sein[560].

Die zweite Beschwerdeführerin (H) lebte zunächst entsprechend des ihr bei Geburt zugeordneten Geschlechts als Mann, bevor sie mit 21 Jahren die Feststellung traf, dass sie sich im falschen Körper befand. Aus Furcht, als Transsexuelle entlarvt zu werden, verließ sie Großbritannien und lebte fortan als Frau in den Niederlanden. Dort unterzog sie sich mit 46 Jahren einer Geschlechtsumwandlung. Die britischen Behörden weigerten sich, ihr neues Geschlecht im Geburtszertifikat zu vermerken. Außerdem informierten sie H darüber, dass, sollte sie zurück nach England ziehen, ihre Ehe, gleich wo geschlossen, in Großbritannien nicht wirksam wäre[561]. Beide Beschwerdeführerinnen beantragten Feststellung einer Verletzung ihrer Rechte aus Art. 8 EMRK i.V.m. Art. 14 EMRK.

Wie schon zuvor verwies der EGMR auf die staatliche Einschätzungsprärogative: "Contracting States enjoy a margin of appreciation in assessing whether and to what extent differences in otherwise similar situations justi-

558 Vgl. ebd. S. 15, Z. 56.
559 ECHR No. 22985/93, 30th Jul 1998 (Sheffield et al./United Kingdom), http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58212 (19.1.2022), PDF S. 1-22.
560 Vgl. ebd. S. 4-5, Z. 12-20.
561 Vgl. ebd. S. 6, Z. 21-25.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

fy a different treatment in law"[562]. Deshalb sei die gerügte Ungleichbehandlung wegen der geschlechtlichen Identität gerechtfertigt: "The Court notes that it has already concluded that the responded State has not overstepped its margin of appreciation in not according legal recognition to an transsexual's post-operative gender"[563]. Überhaupt komme es nur selten vor, dass Transsexuelle postoperativ aufgefordert würden, ihr Ausgangsgeschlecht offenzulegen ("the situations in which the applicants may be required to disclose their preoperative gender do not occur with a degree of frequency which could be said to impinge to a disproportionate extent on their right to respect for their private life")[564].

(ddd) Christine Goodwin vs. Vereinigtes Königreich

In *Christine Goodwin vs. Vereinigtes Königreich*[565] lebte die Beschwerdeführerin seit ihrer Geburt im Jahr 1937 zunächst als Mann. Sie heiratete und wurde vierfacher Vater. Mitte der sechziger Jahre wurde ihr Transsexualismus diagnostiziert. Fortan kleidete sie sich im Beruf als Mann, im Privaten als Frau. Nach einer fünfjährigen Therapie unterzog sie sich im Jahr 1990 schließlich einer Geschlechtsumwandlung. Da sie sich im Alltag weiterhin diskriminiert fühlte, besonders im Hinblick auf Sozialversicherung, Altersvorsorge und Eheschließung, beantragte sie nach erfolglosem Durchlaufen der Staatsinstanzen beim EGMR die Feststellung einer Verletzung ihrer Rechte aus Art. 8 i.V.m. Art. 14 EMRK.

In Abkehr von seiner ehemaligen Spruchpraxis verwies der Gerichtshof auf die Funktion der Konvention als lebendiges Instrument, das es im Einklang mit dem jeweils vorherrschenden gesellschaftlichen Klima effektiv auszulegen gelte. Wiederholt habe der EGMR „seit 1986 [...] deutlich gemacht, dass er sich der ernsten Probleme bewusst ist, auf die Transsexuelle stoßen, und unterstrichen, dass es wichtig sei, die Notwendigkeit angemessener rechtlicher Maßnahmen im Blick zu behalten"[566]. Nach alledem stehe fest: „Die psychische Belastung und die Entfremdung, die sich ergeben können, wenn die Stellung von postoperativen Transsexuellen in der Gesellschaft und ihre Stellung im Rechtsleben, in dem die Änderungen

562 Vgl. ebd. S. 20, Z. 75.
563 Vgl. ebd. S. 20, Z. 76.
564 Vgl. ebd. S. 20, Z. 76.
565 EGMR Nr. 28957/95, Urt. v. 11.7.2002 (Christine Goodwin/Vereinigtes Königreich), NJW-RR 2004, S. 289-295.
566 Vgl. ebd. S. 291, Z. 74.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

der Geschlechtsumwandlung nicht anerkannt ist, auseinanderfallen, lassen sich nicht als eine unbedeutende, rein formale Unannehmlichkeit ansehen. Es entsteht hier vielmehr zwischen der gesellschaftlichen Wirklichkeit und dem Recht ein Konflikt, der Transsexuelle in eine anormale Lage versetzt und dadurch bei ihnen Gefühle der Verletzbarkeit, der Erniedrigung und der Angst auslösen kann"[567]. Diese Situation sei so nicht länger tragbar: „Im 21. Jahrhundert lässt sich das Recht der Transsexuellen auf persönliche Entwicklung sowie volle physische und moralische Sicherheit, wie sie anderen Menschen in der Gesellschaft zusteht, nicht als eine strittige Frage ansehen, bei der es noch Zeit braucht, um die damit verbundenen Probleme besser zu verstehen. Mit einem Wort, die unbefriedigende Lage, in der postoperative Transsexuelle in einem Grenzbereich als weder dem einen noch dem anderen Geschlecht ganz zugehörig leben, ist nicht länger erträglich"[568]. Reformbedarf bestehe „nicht nur für die Geburtenregistrierung, sondern auch für den Zugang zu Registern, das Familienrecht, die Abstammung, die Erbfolgeregelung, die Strafjustiz, das Arbeitsleben, die Sozialversicherung und die Versicherung ganz allgemein"[569]. Denn, so der EGMR weiter, in einer freiheitlichen Verfassungsordnung wird „man von der Gesellschaft erwarten können, dass sie gewisse Unannehmlichkeiten hinnimmt, um dem Einzelnen zu ermöglichen, in Würde und Achtung zu leben, in Übereinstimmung mit der sexuellen Identität, die er selbst gegen einen hohen Preis gewählt hat"[570]. Im Ergebnis erkannte der EGMR deshalb auf eine Verletzung der Beschwerdeführerin in ihrem Recht auf Achtung des Privatlebens und stellte im Hinblick auf Art. 14 EMRK fest, dass „sich hier keine Fragen [stellen], die sich nicht schon in Zusammenhang mit Art. 8 EMRK gestellt hätten"[571].

(dd) Ergebnis zum Ungleichbehandlungsverbot im Zugang zur Elternschaft wegen der geschlechtlichen Identität

Obwohl sich dem Gerichtshof seit *X et al. vs. Vereinigtes Königreich* keine Gelegenheit mehr geboten hat, explizit zum Recht Transsexueller auf Zugang zur Elternschaft Stellung zu beziehen, hat er in *Christine Goodwin vs.*

567 Vgl. ebd. S. 291, Z. 77.
568 Vgl. ebd. S. 293, Z. 90.
569 Vgl. ebd. S. 293, Z. 91.
570 Vgl. ebd. S. 293, Z. 91.
571 Vgl. ebd. S. 294, Z. 107.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Vereinigtes Königreich deutlich gemacht, dass es zu den integralen Bestandteilen eines Lebens in Würde und Achtung gehört, in Übereinstimmung mit der selbstgewählten sexuellen Identität zu leben. Dazu muss auch die Möglichkeit gehören, Elternschaft in dieser Identität wahrzunehmen. Deshalb ist im Ergebnis davon auszugehen, dass die EMRK ein Ungleichbehandlungsverbot im Zugang zur Elternschaft wegen der geschlechtlichen Identität normiert, das dem Ungleichbehandlungsverbot wegen der sexuellen Orientierung in nichts nachsteht.

(b) Das Ungleichbehandlungsverbot wegen des Ehestandes

Zwar lässt sich der aufgeführten Rechtsprechung entnehmen, dass der Gerichtshof durch Art. 8 EMRK i.V.m. Art. 14 EMRK kein vom Ehestand gänzlich losgelöstes Zugangsrecht auf Persönlichkeitsentwicklung durch Elternschaft begründet sieht. Denn der EGMR hat wiederholt festgehalten, dass soweit ein Vertragsstaat vermählten Paaren ein Recht auf Adoption gewährt, er dies nicht auch unvermählten Paaren einräumen muss. Eine systematische Analyse des Zugangsrechts aus rechtsphilosophischer Perspektive allerdings, die das Recht auf gleiche Achtung als Grundprinzip westlicher Verfassungstradition ernst nimmt, stützt – auch angesichts der wachsenden Zahl an Konventionsbürgern, die sich bewusst gegen eine Ehe und für eine faktische Partnerschaft entscheiden – die Annahme, dass der Wunsch nach einem Leben mit Kind hier wie dort die gleiche Achtung verdient. Denn zieht man das Zugangsrecht durch den Filter des „Rechts auf Rechtfertigung" (vgl. B, IV, 1, a, bb), so zeigt sich, dass es keine guten Gründe dafür gibt, an einer Ungleichbehandlung unvermählter Paare in diesem so menschenwürdenahen Kernaspekt personaler Identität festzuhalten. Oder wie *Huster* schreibt: „Wenn die Wahl und Ausgestaltung der Formen des privaten Zusammenlebens von religiös-weltanschaulichen und ethischen Überzeugungen abhängen, die unter den Bürgern auf begründete Weise umstritten sind, so wäre in einem durch die Prinzipien von Freiheit und Gleichheit geprägten Gemeinwesen zu erwarten, daß das Verfassungsrecht [...] entsprechende Rechtsformen garantiert und die gleiche Freiheit ihrer Inanspruchnahme durch die Bürger schützt, sich im übrigen aber einer wertenden Stellungnahme zur Vorzugswürdigkeit der verschiedenen Lebensformen enthält"[572]. Zustimmend *Young*, die mehr staatliche

572 *Huster*, Die ethische Neutralität des Staates, 2002, S. 489.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Akzeptanz vor der Pluralität verschiedener Lebensentwürfe und Familienformen fordert, weil keine bestimmte Familienform per se besser geeignet ist, familiäre Werte zu vermitteln als eine andere[573]. Allerdings läuft der EGMR Gefahr, diesen Grundsatz zu missachten, wenn er dem Ehestand für das Elternwerden, sei es durch Adoption oder Reproduktionsmedizin, eine zu hohe Bedeutung beimisst, also „eine bestimmte Lebensform privilegiert und [...] [damit] auf dem ethisch umstrittenen Gebiet der Gestaltung des privaten Zusammenlebens dezidiert Partei ergreift"[574]. Gute Gründe, die eine Andersbehandlung von vermählten und unvermählten Paaren in ihrem Recht auf Zugang zur Elternschaft rechtfertigen, sind nicht in Sicht.

Kindeswohlargumente jedenfalls bieten keine normative Referenz, wenn es um die Frage der Elternstellung und des Zugangs zu ihr geht, denn eine solche Argumentationslinie würde zwangsläufig die durch *Gheaus* so provokant wie berechtigt formulierte Frage aufwerfen: "If parenthood and parenthood-related rights are justified by appeal to children's interests, why not allocate babies, at birth, to those who would be the 'best' parents?"[575]. Auch *Jackson* weist darauf hin, dass andernfalls eugenisch motivierte Fragen auf den Plan treten könnten, wie der, ab welchem Einkommen, mit welcher beruflichen Qualifikation oder mit welchen sonstigen persönlichen Eigenschaften und Fähigkeiten jemand Kinder zeugen und Elternverantwortung übernehmen darf: "history teaches us that when the state makes judgments about eligibility for parenting, it often reflects invidious biases against disfavoured groups, as with the eugenics movement and its forced sterilizations a century ago and distinctions on the basis of sexual orientation more recently". Deshalb seien Einschränkungen im Zugang zur Elternschaft, selbst wenn sie einer breiten Mehrheit aus Kindeswohlperspektive sinnvoll erscheinen, problematisch ("Even restrictions which might be justified on child welfare grounds [...] are problematic. They typically embody normative prescriptions about the right and wrong way to bring up

573 *Young*, Mothers, Citizenship, and Independence, Ethics 1995 (105/3), S. 535-556 (536): "Liberals must affirm a plurality of family forms as valid ways of life. By virtue of its structure, no one family form is inherently better at realizing the values of family life."

574 Vgl. ebd. S. 489.

575 *Gheaus*, The Right to Parent One's Biological Baby, J. Political Philos. 2012 (20), S. 432-455 (433).

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

children that are rooted more in tradition than science")[576]. *Markard* weist im Zuge der Diskussion um die Öffnung der Ehe für gleichgeschlechtliche Paare darauf hin, dass „die Überhöhung der Ehe zur Verdeutlichung der Schwere der Exklusion von ihr signalisiert […], dass, wer nicht heiratet, nicht die Reife hat, nach den transzendenten Zielen dieser einzigartigen Union zu streben; unverheiratetes Zusammenleben erscheint geradezu als egoistisch, Singles gar zu einem ‚Leben in Einsamkeit' verdammt"[577]. Gleichzeitig suggeriere die Unterstreichung „der Bedeutung der Ehe für Kinder […], dass unverheiratete oder alleinerziehende Eltern ihren Kindern ein sicheres Heim verwehren und sie einem Stigma aussetzen". Dieses so projizierte Bild, vermittele den Eindruck, dass es „moralisch unhaltbar, geradezu unverantwortlich [sei], nicht zu heiraten" und führe zu einer „indirekte[n] Stigmatisierung unverheirateter Einzelpersonen, Paare und Familien"[578].

Davon abgesehen gilt es mittlerweile als empirisch widerlegt, dass verheiratete Eltern *per se* bessere Eltern sind als unverheiratete Eltern[579]. Diese Annahme ist genauso unbegründet, wie die Behauptung, dass homosexuelle Personen schlechtere Eltern seien als heterosexuelle Paareoder dass alleinstehende Personen keinen Zugang zur Elternschaft mittels Reproduktionsmedizin erhalten sollten, weil Kinder mit nur einem Elternteil schlechter aufgestellt seien als Kinder mit zwei Elternteilen (vgl. dazu den folgenden Abschnitt). Genauso skeptisch sollte man das Theorem hinterfragen, dass die leibliche Abstammung als Kriterium für die Elternzuordnung

576 *Jackson*, The Right to Procreate an Assisted Reproductive Technologies in Europe, The Oxford Handbook of Comparative Health Law, 2018 https://www.oxfordhandbooks.com/view/10.1093/oxfordhb/9780190846756.001.0001/oxfordhb-9780190846756-e-34 (18.1.2022), PDF S. 1-17 (2).

577 Vgl. *Markard*, Unausweichliche Gleichheit. *Obergefell* und die Öffnung der Ehe für gleichgeschlechtliche Paare, in: Baer/Lepsius/Schönberger/Waldhoff/Walter, Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart, 2016, S. 769-792 (771 f.).

578 Vgl. ebd. S. 772.

579 Vgl. nur BVerfGE 133, 59 (89-90) zur Sukzessiv-Adoption durch die Partner-/innen einer eingetragenen Lebenspartnerschaft, wonach unter Verweis auf die sachverständigen Stellungnahmen „davon auszugehen [ist], dass die behüteten Verhältnisse einer eingetragenen Lebenspartnerschaft das Aufwachsen von Kindern ebenso fördern können wie die einer Ehe"; BT-Drucks. 19/27200, Neunter Familienbericht, 2021, S. 64, wonach sich „das familiäre Zusammenleben von unverheirateten und verheirateten Paaren mit ihrem Kind oder Kindern […] nicht wesentliche [unterscheidet]". Danach treffe den Staat wohl eine Pflicht, „Regelungen für nichteheliche Lebensgemeinschaften mit Kindern zu treffen, die den vergleichbaren Besonderheiten einer gemeinsam gelebten Elternschaft Rechnung tragen".

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

wertiger sei als die tatsächliche Bereitschaft zur Übernahme der sozialen Fürsorge und emotionalen Verantwortung für das Kind (vgl. B, IV, 1, b, cc und C, IV, 3, a, aa). Vielmehr sind all diese Beispiele Zeugnis dafür, dass wie *Gutmann* schreibt, „die Eigenlogik des Wissenschaftssystems scheinbar ‚empirischen' Rationalen für rechtliche Diskriminierungspraktiken [...] nur sehr kurze Halbwertszeiten gewährt", und dass sobald dieses „empirische Störfeuer verbraucht" ist, nur noch der Rückzug auf Argumente bleibt, die eine Ungleichbehandlung apodiktisch mit *in der Natur der Sache* liegend zu begründen versuchen[580].

Doch auch Natürlichkeitsargumente rechtfertigen keine Ungleichbehandlung lediger Paare in ihrem Zugang zur Elternschaft, denn mit *Gutmann* ist festzuhalten: „Natürlichkeitsargumente [...] [sind] bei der Fortpflanzung allenfalls dann normativ von Bedeutung, wenn sie *unverzichtbare* Bestandteile sozialer Institutionen und Lebensformen sind. Auf die Natürlichkeit der Fortpflanzung *als solche* oder die Institution heterosexueller Ehe als Basis für Elternschaft trifft dies nicht zu"[581]. Deshalb proklamiert auch *Young*: "A liberal society that claims to respect the autonomy of all its citizens equally should affirm the freedom of all citizens to bear and rear children, whether they are married or not"[582]. Und *Jackson* gibt zu Bedenken: "While in many policy areas the government can prefer one political philosophy over another, there is much less room for that kind of authority when it comes to something as integral to a satisfying life as reproductive freedom [and parenting]"[583].

Schließlich spricht alles dafür, dass Elternschaft für unverheiratete Paare genauso persönlichkeitsprägend ist wie für verheiratete Paare. Deshalb lässt sich vielleicht in einigen Bereichen wie der Besteuerung eine Förderung verheirateter Paare gegenüber ledigen Paaren durch gewisse Vorzüge rechtfertigen, jedoch nicht beim Zugang zur Elternschaft, einem so wesentlichen

580 *Gutmann*, Mutterschaft zwischen Natur und Selbstbestimmung, in: Röthel/Heiderhoff, Regelungsaufgabe Mutterstellung, 2016, S. 63-85 (71-72).

581 *Gutmann*, Rechtsphilosophische Reflexionen, in: Arnold/Bernat/Kopetzki, Das Recht der Fortpflanzungsmedizin 2015, 2016, S. 45-61 (53).

582 *Young*, Mothers, Citizenship, and Independence, Ethics 1995 (105/3), S. 535-556 (554), wonach selbst wenn es wahr wäre, dass es Kindern verheirateter Eltern per se besser ergeht als Kindern unverheirateter Eltern, eine Schlechterstellung unverheirateter Paare in ihrem Zugang zur Elternschaft nicht gerechtfertigt ist.

583 *Jackson*, The Right to Procreate and Assisted Reproductive Technologies in Europe, in: Orentlicher/Herve, The Oxford Handbook of Comparative Health Law, 2018, https://www.oxfordhandbooks.com/view/10.1093/oxfordhb/9780190846756.001.0001/oxfordhb-9780190846756-e-34 (18.1.2022), PDF S. 1-17 (1).

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

Teilaspekt persönlicher Identität[584]. Andernfalls würde man im Übrigen auch Paare, die sich bewusst gegen eine Ehe entscheiden, zwingen zu heiraten, nur um die Ehe kurz nach der Geburt des Kindes wieder aufzulösen. Vielmehr sollte daher im Hinblick auf den Ehestand der Zugang zur Elternschaft, sei es durch Adoption oder die Verfahren der medizinisch assistierten Reproduktion, den gleichen Bedingungen unterliegen wie der Zugang zur Elternschaft im Wege natürlicher Fortpflanzung, nämlich keinen. Unvermählten Paaren im Gegensatz zu vermählten Paaren das Recht auf Adoption oder reproduktionsmedizinische Maßnahmen vorzuenthalten und damit ihr Selbstbestimmungsrecht auf Wahrnehmung der persönlichkeitsprägenden Erfahrung Elternschaft einzuschränken, erscheint demnach in etwa so antiquiert wie die Idee, den Geschlechtsverkehr nur im heiligen Bund der Ehe zu akzeptieren[585].

584 Vgl. aber richtiggehend BT-Drucks. 19/27200, Neunter Familienbericht, 2021, S. 64, wonach „auch hinsichtlich der wirtschaftlichen Folgen einer aufgrund der Elternschaft reduzierten Erwerbstätigkeit […] gefragt werden [muss], ob es noch zeitgemäß ist, die Ehe und nicht vielmehr die gemeinsam gelebte Elternschaft als Anknüpfungspunkt für Regelungen vorzusehen".

585 Anders *Seelmann*, der zu Bedenken gibt, dass „ein gewichtiger Unterschied zwischen natürlicher Zeugung und Behandlung durch die Fortpflanzungsmedizin […] darin [liegt], dass im Fall der natürlichen Zeugung die Intimsphäre geschützt und einer staatlichen Regelung deshalb unzugänglich ist, während bei der Fortpflanzungsmedizin ein Arzt oder eine Ärztin eingeschaltet werden muss und so die Materie für den Gesetzgeber zugänglich und, was damit zusammen hängt, auch ohne Eingriff in die Intimsphäre kontrollierbar wird" (*Seelmann*, Gutachten für das BAG: Zugang zur Fortpflanzungsmedizin für alle?, https://www.bag.admin.ch/bag/de/home/medizin-und-forschung/fortpflanzungsmedizin/stellungnahmen-gutachten.html (21.3.2022), 2018, S. 10). Diese Überlegung kann indes schon deshalb nicht überzeugen, weil sie in der Praxis dazu führen würde, dass sich gleichgeschlechtliche Paare und alleinstehende Frauen mehr als ohnehin schon (vgl. erster Hauptteil, C, III, 2, b; zweiter Hauptteil, A, I, 2) dazu genötigt sehen, auf eine private Samenspende auszuweichen, um unter den Schutz der Intimsphäre zu fallen und so ihr Recht auf Persönlichkeitsentwicklung durch Elternschaft realisieren zu können. Da eine private Samenspende mit diversen Risiken einhergeht, insbesondere das Recht des daraus gezeugten Kindes auf Kenntnis der eigenen Abstammung zu unterlaufen droht, kann dieser rechtspolitische Anreiz nicht gewollt sein. Vielmehr ist davon auszugehen, dass die Entscheidung homosexueller Paare und alleinstehender Personen ein Kind zu zeugen von den Betroffenen als nicht weniger intim wahrgenommen wird, nur weil sie sich zu deren Realisierung der Hilfe Dritter bedienen müssen.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

(c) Das Ungleichbehandlungsverbot wegen des Beziehungsstatus

Aus den gleichen Gründen scheidet eine Ungleichbehandlung alleinstehender Personen in ihrem Zugang zur Elternschaft gegenüber Personen aus, die in einer Ehe, festen Partnerschaft oder eingetragenen Lebensgemeinschaft leben. Dagegen lässt sich nicht anführen, wie *Galston* es tut, dass die elterlichen Interessen hinter dem Gemeinwohlinteresse an einer stabilen Zwei-Personen-Elternschaft zurückzustehen hätten, und zwar, weil diese Form der Elternschaft am besten geeignet sei, Kinder zu guten, proaktiven, gesetzestreuen Bürger heranzuziehen und der Staat deshalb berechtigt sei, Gesetze zur Behinderung von Scheidung und Single-Elternschaft zu erlassen[586]. Empirisch gesehen, so bereits *Young*[587], gibt es keinen Grund anzunehmen, dass aus Kindern mit nur einem Elternteil schlechtere Bürger würden als aus Kindern mit zwei Elternteilen[588]. Das gilt neusten Erkenntnissen zufolge insbesondere nicht für Kinder von Frauen, die sich

586 *Galston*, Liberal Purposes, 1991, S. 285.

587 *Young*, Mothers, Citizenship, and Independence, Ethics 1995, S. 535-556 (535): "I agree […] that law and public policy […] ought to encourage in its citizens the virtues consistent with the social good. I find disturbing, however, […] that the liberal state ought to privilege the 'intact-two-parent' family."; Vgl. ebd. S. 553: "There is no doubt that some families better instantiate [...] [family values] than others. […] however, Galston is wrong to assert that a particular kind of family best embodies these values for children – the intact two-parent, by implication heterosexual family. These family values can and often are realized in a plurality of family forms: gay and lesbian families, single-parent families, blended families, nuclear families, extended families."

588 So habe *Coontz* (The Way We Never Were, 1992, S. 224) herausgestellt, dass alleinerziehende Eltern zwar weniger Zeit in die Hausaufgabenkontrolle investieren, das Kind dafür aber weniger unter Druck setzen, einem gesellschaftlichen Ideal zu entsprechen. Ähnlich *Merritt/Steiner* (And Baby Makes Two: Motherhood without Marriage, 1984, S.160), wonach Kinder alleinerziehender Eltern zwar im Nachteil seien, sollten sie mit dem einzigen mit ihnen lebenden Elternteil in Konflikt geraten, im Umkehrfall aber von einer tieferen emotionalen Verbundenheit profitieren als Kinder mit zwei Elternteilen. *McLanahan* (The Consequences of Single Parenthood for Subsequent Generations, 1988, S.16-24) schließlich führen an, dass Kinder mit nur einem Elternteil sozial nicht schlechter gestellt seien als Kinder mit zwei Elternteilen und mehreren Geschwistern. Da alleinerziehende Eltern in der Regel weniger Kinder hätten als Eltern, die den Erziehungsauftrag gemeinsam wahrnehmen, ergebe sich für die Kinder beider Lebensformen kaum ein Unterschied.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

bewusst für eine Alleinelternschaft entscheiden[589] im Gegensatz zu Frauen, die durch Scheidung oder Partnerschaftsauflösung dazu gezwungen werden[590]. Auch soziökonomische Risiken alleinerziehender Frauen, die in dieser letzten Gruppe ohnehin geringer ausfallen, können eine Ungleichbe-

589 *Murray/Golombok*, Going it Alone: Solo Mothers and their Infants Conceived by Donor Insemination, American Journal of Orthopsychiatry 2005 (75/2), S. 242-253 (Kinder im Alter von 6-12 Monaten); *Murray/Golombok*, Solo mothers and their donor insemination infants: follow-up at age 2 years, Hum. Reprod. 2005 (20/6), S. 1655-1660; *Chan/Raboy/Patterson*, Psychological adjustment among children conceived via donor insemination by lesbian and heterosexual mothers, Child Development 1998 (69/2), S. 443-457 (mit Kindern von durchschnittlich 7 Jahren); *Golombok/Zadeh/Imrie et al.,* Single mothers by choice: Mother-child relationships and children's psychological adjustment, J. Fam. Psychol. 2016 (30/4), S. 409-418; *Golombok/Zadeh/Freeman et al*., Single mothers by choice: Parenting and child adjustment in middle childhood, J. Fam. Psychol. 2021 (35/2), S. 192-202: "The findings suggest that the presence of two parents – or of a male parent – is not essential for children to flourish, and add to the growing body of evidence that family structure is less influential in children's adjustment than the quality of family relationships."; *Jadva/Badger et al.,* 'Mom by choice, single by life's circumstance…' Findings from a large scale survey of the experiences of single mothers by choice, Hum. Fertil. 2009 (12/4), S. 175-184; *Volgsten/Schmidt*, Motherhood through medically assisted reproduction – characteristics and motivations of Swedish single mothers by choice, Hum. Fertil. 2021 (24/3), S. 219-225; vgl. *Hartmann*, Von der Mutterschaft zur Elternschaft, 2020, S. 181, wonach wenngleich „die Forschung zu der kindlichen Entwicklung mit lediglich einem Elternteil – abseits von Trennung, Scheidung oder Tod – noch am Anfang steht", doch bereits ersichtlich sei, „dass das Aufwachsen in Ein-Eltern-Familien nicht *per se* eine Entwicklungsrichtung des Kindes vorgibt".

590 Zu den Auswirkungen des Fehlens einer elterlichen Partnerschaft auf die kindliche Entwicklung infolge von Trennung, Scheidung oder Tod vgl. *Hartmann*, Von der Mutterschaft zur Elternschaft, 2020, S. 178 ff.. *Hartmann* hält es für nur schwer feststellbar, ob die einer Ein-Elternschaft zugeschriebenen „negative[n] Auswirkungen auf die kindliche Entwicklung auf die Trennungserfahrung zurückzuführen sind oder tatsächlich auf das Aufwachsen mit nur einem Elternteil"; Auch ließen sich die sozioökonomische Risiken solcher Ein-Eltern-Familien reduzieren, wenn sie „auf ein unterstützendes soziales Umfeld zurückgreifen" können (m. Verw. a. *Fuhrer*, Lehrbuch Erziehungspsychologie, 2009, S. 164). In diesem Zusammenhang stellt Hartmann mit *Gräbe* und *Lüscher* heraus (vgl. *Gräbe/Lüscher*, Soziale Beziehungen alleinerziehender und verheirateter Mütter, Zentralblatt für Jugendrecht 1984 (71/11), S. 492-497), dass „alleinerziehende Mütter regelmäßig ein größeres soziales Netzwerk haben als verheiratete Mütter und sich diese Außenorientierung positiv auf die Kontakterfahrung des Kindes auswirkt" (*Hartmann*, S. 180).

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

handlung nicht rechtfertigen[591]. Zwar weist *Young* darauf hin, dass Kinder alleinerziehender Mütter ein höheres Risiko haben, finanzielle Nachteile zu erfahren als Kinder mit zwei Elternteilen. Das liege daran, dass die meisten Haushalte auf zwei Einkommen angewiesen sind, Frauen bei gleicher Qualifikation weniger verdienen als Männer in derselben Position, schlechter ausgebildet sind, öfter in Teilzeit oder überhaupt nicht arbeiten, weil sie die Kinderbetreuung lieber selbst übernehmen als sie in fremde Hände zu legen, oder sich etwas anderes wegen ihres geringen Einkommens gar nicht erst leisten können. Zwar sind viele dieser Faktoren mittlerweile weitgehend nicht mehr formal gesetzlich festgeschrieben und damit auf Dauer auch faktisch im Rückzug begriffen, so dass sie tendenziell immer weniger als Argumente für eine Ungleichbehandlung wegen des Beziehungsstatus überzeugen werden. Denn wie *Dethloff* ausführt, „stellt [...] die nun weithin verwirklichte Gleichberechtigung von Mann und Frau [...] eine grundlegende Gemeinsamkeit der Familienrechtsordnungen in Europa dar". Gleichwohl gilt nach wie vor, dass vor allem in den zentraleuropäischen Ländern „wie der Schweiz, Österreich, den Niederlanden oder Deutschland, deutlich mehr als in anderen – erhebliche Unterschiede in tatsächlicher Hinsicht fort[bestehen], angefangen von den beruflichen Chancen und der Entlohnung über den Umfang der Erwerbstätigkeit bis hin zur innerfamiliären Arbeitsteilung und dem Ausbau der Kinderbetreuung".[592] Zurecht auf die „weiterhin strukturelle und nicht zuletzt rechtlich verfestigte Diskriminierung und auch sonstige tatsächliche Nachteile insbesondere zulasten von Frauen" hinweisend auch *Baer/Markard*[593], wonach Deutschland in Sachen geschlechtsspezifischer Gleichberechtigung „im internationalen Vergleich" zwar „dogmatisch als differenziert, gesellschaftlich, wirtschaftlich politisch und kulturell aber als rückständig [gilt]"[594]:

„So treffen Nachteile in der Erwerbsarbeit und Alterssicherung für prekär oder in Teilzeit Beschäftigte ebenso wie die anhaltende Unvereinbarkeit

591 Vgl. die Stellungnahme des französischen Comité Consultatif National d'Ethique pour les sciences de la vie et de la santé (ccne), Avis No. 126: sur les demandes sociétales de recours à l'assistance médical à la procréation (AMP), 15 juin 2017, wonach der Zugang zur Fortpflanzungsmedizin auch Alleinstehenden zustehen soll, allerdings unter der Prämisse, dass mehr interdisziplinäre Forschung zu solchen Mutter-Kind-Beziehungen angestellt wird, S. 28.

592 *Dethloff*, Familienrecht in Europa, NJW 2018, S. 23-28 (24)

593 *Baer/Markard*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, 7. Aufl. 2018, Art. 3, Rn. 383 ff., 362, 369, 377.

594 Vgl. ebd. Rn. 386.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

von Beruf und Familie mehrheitlich Frauen. Weder die Verteilung von Einkommen und Vermögen noch von Führungspositionen und Einfluss entsprechen auch nur annähernd dem Qualifikationsniveau und den Interessenbekundungen; Frauen fallen gerade in stark vorgezeichneten beruflichen Laufbahnen immer noch aus einer ‚leaky pipeline', erhalten nur im ‚Drehtür-Prinzip' Zugang, wenn andere Frauen ausscheiden, und stoßen beim Aufstieg ständig an die Wände eines ‚Labyrinths' und zuletzt an ‚gläserne Decken'."[595]

Auch *Burkart* weist unter Bezug auf *Peuckert* und *Rüling* darauf hin, dass Mütter nach wie vor mehr Zeit mit ihren Kindern verbringen als Väter, die Hauptverdiener sind oder spätestens mit Familiengründung werden: „Viele egalitäre Paare unterliegen einer Traditionalisierung, wenn es zur Familiengründung kommt, d.h. die Frauen reduzieren dann ihre Erwerbstätigkeit oder geben sie ganz auf, während die Männer den entsprechenden Einkom-

595 Vgl. ebd. Rn. 384; für eine verfassungsrechtliche Perspektive auf das anhaltende Problem der Gender-Pay-Gap in Deutschland und zur Bedeutung des Diskriminierungsverbots in Art. 3 III GG und des Gleichstellungsgebots in Art. 3 II GG für die Entgeltgleichheit vgl. *Markard*, Das Gebot der Entgeltgleichheit: Verfassungsrechtliche Perspektiven, JZ 2019 (74/11), S. 534-542, wonach es „auch bei gleicher formaler Qualifikation und ansonsten gleichen Merkmalen von Männern und Frauen bei einem statistisch messbaren Entgeltunterschied von 6% [bleibt], der deutlich auf Diskriminierung hinweist". Die „‚unbereinigte' ‚Gender Pay Gap'", die sich aus der realen „Differenz im durchschnittlichen Bruttostundenverdienst zwischen Frauen und Männern" ergebe, ohne dass man die lohnrelevantesten Kriterien wie das Ausbildungsniveau, die Berufserfahrung, das Dienstalter, die Berufsgruppe oder den Beschäftigungsumfang herausrechnet, liege sogar bei 21%. Ursache sei, dass „Frauen nach wie vor häufiger und länger ihre Erwerbstätigkeit [unterbrechen], um unbezahlte familiäre Sorgearbeit zu leisten; ihre geringere Berufserfahrung oder ihr niedrigeres Dienstalter schlägt sich dann in ihrem Stundenlohn nieder". Solche „Sorgeverpflichtungen" hätten „auch Auswirkungen auf den Aufstieg in Führungspositionen". Außerdem arbeiten Frauen *Markard* zufolge „häufiger in kleineren Betrieben, die tendenziell geringere Löhne zahlen, und häufiger in Teilzeit, die zudem oft immer noch schlechter entlohnt wird als Vollzeitarbeit". Schließlich würden sie sich häufiger für Berufe entscheiden, „die geringere Einkommens- und Entwicklungsperspektiven haben", sodass *summa summarum* „die zu Beginn der Karriere geringe Lohnlücke […] im Laufe der Erwerbsbiographien weiter an[steigt]".

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

mensverlust der Familie durch Mehrarbeit kompensieren."[596] Zustimmend *Walper et al.*, die hinzufügen, dass „auch heute noch das größere Engagement von Vollzeit erwerbstätigen Müttern in der Versorgung der Kinder und der Familienarbeit vielfach als fair gesehen [wird]"[597].

Nichtsdestotrotz rechtfertigen „[w]eder die Wünschbarkeit einer Bindung des Kindes an zwei Elternteile (und Unterhaltsschuldner) noch die erhöhten soziökonomischen Risiken alleinerziehender Eltern [...] einen generellen Ausschluss alleinstehender Personen von fortpflanzungsmedizinischen Maßnahmen"[598]. Zum einen sollten wie gesagt „Theorien, die Gründe für die Zuschreibung der Mutter- bzw. Elternstellung prüfen, (...) an den berechtigten Interessen (möglicher) Eltern an dieser Stellung und nicht an den Rechten der Kinder ansetzen"[599]. Zum anderen sind mit *Young* die soziökonomischen Nachteile alleinstehender Frauen kein Grund für eine Be-

596 *Burkart*, Gesellschaftlicher Wandel und die Legitimität der Vaterschaft, in: Röthel/Heiderhoff, Regelungsaufgabe Vaterstellung, 2014, S. 73-88 (77); *Peuckert*, Familienformen im sozialen Wandel, 2008; *Rüling*, Jenseits der Traditionalisierungsfallen, 2007; so auch: *Walper et al.*, Mutterschaft aus Sicht der Familien-, Kinder- und Jugendforschung, in: Röthel/Heiderhoff, Regelungsaufgabe Mutterstellung, S. 31-62 (35) m. Verw. a. *Blohm/Walter*, Einstellungen zur Rolle der Frau und der des Mannes, in: Destatis, Datenreport 2016. Sozialbericht für die Bundesrepublik Deutschland, S. 426-431 und: *Dechant/Rost/Schulz*, Die Veränderung der Hausarbeitsteilung in Paarbeziehungen, ZfF 2014 (26), S. 144-168; vgl. außerdem *Markard*, Das Gebot der Entgeltgleichheit: Verfassungsrechtliche Perspektiven, JZ 2019 (74/11), S. 534-542 (535), die darauf hinweist, dass Anforderungen, die typischerweise in klassischen Frauenarbeitsplätzen abgefragt werden wie zum Beispiel „Arbeit unter hoher Sinnesbelastung oder bei großer Monotonie, Konfrontation mit besonderem menschlichen Leid, gutes Kurzzeitgedächtnis oder Geschicklichkeit", bei den „tariflichen Bewertungskriterien" außen vor bleiben, „während die für Männerarbeitsplätze typische Muskelkraft […] erfasst wird". Umgekehrt würden „die körperlichen Anstrengungen in typischen Frauenberufen, etwa in der Pflege, bei der Bewertung übergangen". Dahinter verbergen sich, so *Markard*, „strukturelle Faktoren hinter individuellen Entscheidungen – sei es die Devaluation feminisierter Berufe oder die Entscheidung, dass die schlechter verdienende Mutter statt des Vaters beim Kind bleibt, beim Widereinstieg dann oft unter ihren Qualifikationen arbeiten muss und möglicherweise Führungspositionen ablehnt, die zu wenig zeitliche Flexibilität bieten".

597 *Walper et al.*, Mutterschaft aus Sicht der Familien-, Kinder- und Jugendforschung, in: Röthel/Heiderhoff, Regelungsaufgabe Mutterstellung, 2016, S. 31-62 (35).

598 *Gutmann*, Rechtsphilosophische Reflexionen, in: Arnold/Bernat/Kopetzki (Hrsg.), Das Recht der Fortpflanzungsmedizin 2015, 2016, S. 45-61 (59); *Gassner et al.*, AME-FMedG, 2013, S. 48: „Jeder hat das Recht, ein Verfahren der medizinisch unterstützten Fortpflanzung in Anspruch zu nehmen" (§ 3).

599 *Gutmann*, Mutterschaft zwischen Natur und Selbstbestimmung, in: Röthel/Heiderhoff, Regelungsaufgabe Mutterstellung, 2016, S. 63-85 (76).

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

schränkung ihres Selbstbestimmungsrechts auf Persönlichkeitsentwicklung durch Elternschaft, sondern vielmehr Anlass für den Staat, den Ursachen dieser Nachteile mit gesetzlichen Maßnahmen entgegenzuwirken, um sie als Hürden gleicher Freiheitsausübung auszuschließen.

Dazu legt *Young* dem Begriff „Unabhängigkeit" zwei Deutungen zugrunde: Einerseits „Autonomie" ("within the bounds of justice, to be able to make choices about one's life and to act on those choices without having to obey others"); andererseits „Selbstständigkeit" ("not needing help or support from anyone in meeting one's needs and carrying out one's life plans")[600]. Problematisch sei nun, dass „Selbstständigkeit", vor allem begriffen als eine den Lebensunterhalt sichernde Arbeit, allzu oft zur Voraussetzung für „Autonomie" gemacht werde. So würden alleinstehende Frauen, die soziökonomisch von einem Partner abhängen, gehemmt in ihrer Entscheidung, ein Kind allein großzuziehen. Aufgabe des liberalen Verfassungsstaates sei es daher, die Ursachen solcher Autonomiebeschränkungen auszuräumen: "Injustices in the economic system and workplace structures prevent many [...] single-parent families, from giving their children [...] the resources they need to develop their capacities. In light of such [...] inequalities, the primary way that public policy should promote family values is by facilitating material and social supports to enable all families to be as excellent as possible"[601]. Auch *Young* betont daher die Notwendigkeit eines unter Ressourcengleichheit operierenden Staatskonzepts: "Public policy should promote and encourage the ends and purposes of families. Contrary to what Galston argues, however, public policy should not *prefer* particular means of realizing these ends"[602]. Und weiter: "the state can properly [...] punish particular actions or inactions within families, especially violence and serious wilful neglect, but this is quite different from punishing or favouring families based on their composition alone. Such preference is simply discrimination, inconsistent with liberal pluralist principles of giving citizens equal respect whatever their culture or way of life"[603]. Mit *Young* ist es daher im Ergebnis keineswegs gerechtfertigt, alleinstehenden Personen den Zugang zur Elternschaft zu verschließen oder zu erschweren, indem man sie von der Möglichkeit zur Adoption oder Verfahren der

600 *Young*, Mothers, Citizenship, and Independence: A Critique of Pure Family Values, Ethics 1995, S. 535-556 (548-549)
601 Vgl. ebd. S. 553.
602 Vgl. ebd. S. 553.
603 Vgl. ebd. S. 553.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

medizinisch assistierten Reproduktion ausschließt. Vielmehr muss Art. 8 EMRK gemessen an den Grundprinzipien westlicher Verfassungstradition, auch alleinstehenden Personen den Zugang zu einem Leben mit Kind gewähren. So im Ergebnis auch *Wapler:* „Hinter der Skepsis gegenüber gleichgeschlechtlicher Elternschaft und intendierten Ein-Eltern-Familien verbergen sich stereotype Vorstellungen von Mutterschaft, Vaterschaft und Familie, die in einer pluralistischen Gesellschaft einem diskriminierungsfreien Blick weichen sollten.[604]"

(2) Gesamtergebnis zum Recht auf gleichen Zugang zur Elternschaft nach Art. 8 i.V.m. Art. 14 EMRK

Der EGMR hat im Anwendungsbereich des Rechts auf Achtung des Privatlebens aus Art. 8 EMRK das Recht auf Zugang zur Elternschaft etabliert. Damit sich dieses Recht im Hinblick auf die der Konvention zugrunde liegenden Werte, insbesondere das Recht auf gleiche Achtung, in das System der EMRK einfügt, muss es ungeachtet der sexuellen Orientierung und geschlechtlichen Identität, des Ehestandes und Beziehungsstatus der Konventionsbürger *jedem* zustehen: heterosexuellen genauso wie homo- und transsexuellen Personen, vermählten genauso wie unvermählten Paaren, partnerschaftlich verbundenen genauso wie alleinstehenden Personen. Im Bereich der sexuellen Orientierung und geschlechtlichen Identität hat der EGMR diese Position bereits durch wichtige Grundsatzentscheidungen abgesichert[605]. Doch auch für unvermählte Paare und alleinstehende Personen zeichnet sich langsam, aber sicher eine verstärkte Umsetzung des egalitären Achtungsanspruchs vor der höchstpersönlichen Entscheidung des Einzelnen für ein Leben mit Kind ab (zur evolutiv-dynamischen Konventionsauslegung vgl. B, VI).

604 *Wapler*, Reproduktive Autonomie: rechtliche und rechtsethische Überlegungen, in: Baer/Sacksofsky, Autonomie im Recht – Geschlechtertheoretisch vermessen, 2018, S. 185-214 (212 f.).

605 Vgl. im Überblick: *Tobler*, Equality and Non-Discrimination under the ECHR and EU Law. A Comparison Focusing on Discrimination against LGBTI Persons, ZaöRV 2014, S. 521-561.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

cc) Das Zugangsrecht gemessen an dem staatlichen Neutralitätsgebot in Bezug auf die Pluralität an Lebensentwürfen

Im Kontext zum Recht auf Zugang zur Elternschaft hat das Neutralitätsprinzip, oder in den Worten des EGMR, das Gebot der „offenen Geisteshaltung" zur Folge, dass es, wie *Gutmann* schreibt, tatsächlich „keine Gründe dafür gibt, einer Person die Realisierung des Wunsches nach einem eigenen Kind zu untersagen, nur weil die konkrete Konstellation des Zeugens und Austragens dieses Kindes nicht mit biologischen oder sozial konstruierten Vorstellungen von ‚Natürlichkeit' übereinstimmt"[606]. Denn welchen Raum ein jeder den natürlichen und menschlichen Investitionen in seinem Streben nach dem privaten Glück einräumt, muss ihm wie gesagt selbst überlassen bleiben (vgl. B, IV, 1, a, cc). Da Natürlichkeitsargumente somit zwangsläufig in Konflikt stehen zur normativen Logik der Nichtdiskriminierung, ist es kaum verwunderlich, dass die einem christlichen Naturrecht inhärente Vorstellung zusehends an Überzeugungskraft verliert, wonach „die Ordnung der Natur [...] zugleich die rechte Ordnung der Dinge" vorgibt und deshalb „das Unnatürliche schnell zum Unrecht [wird]"[607]. So stellt auch *Fateh-Moghadam* fest: „Religion in bioethischen Diskursen ist cum grano salis rechtsstaatlich bedenklich. Dies gilt jedenfalls dann, wenn partikulare religiöse Vorstellungen des Guten zur Begründung und Durchsetzung von allgemeinverbindlichen freiheitsbeschränkenden Rechtsnormen herangezogen werden sollen."[608] Zustimmend *Gutmann*, der darauf verweist, dass Überzeugungen wie die, „es gäbe eine ‚Würde der mit der menschlichen Gattung verbundenen natürlichen Reproduktion' [...], nicht erst an erkenntnistheoretischen Grenzen [scheitern], sondern schon an dem Umstand, dass das ‚Natürlichkeitsargument' [...] am wenigsten im Bereich der Medizin zu suchen hat"[609]. Denn in kaum einer anderen Wissenschaft gehe es mehr darum, „Naturnotwendigkeiten" wie „Krankheit, Behinderung, Unfruchtbarkeit, Verletzung, Schmerz, Siechtum

606 *Gutmann*, Rechtsphilosophische Reflexionen, in: Arnold/Bernat/Kopetzki, Das Recht der Fortpflanzungsmedizin 2015, 2016, S. 45-61 (54).
607 Vgl. ebd. S. 50.
608 *Fateh-Moghadam*, Bioethische Diskurse zwischen Recht, Ethik und Religion, in: Voigt, Religion in bioethischen Diskursen, 2010, S. 31-64 (32).
609 *Gutmann*, Mutterschaft zwischen Natur und Selbstbestimmung, in: Röthel/Heiderhoff, Regelungsaufgabe Mutterstellung, 2016, S. 63-85 (72).

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

und Tod" oder eben unfreiwillige Kinderlosigkeit abzuwenden[610]. Gerade die Subjektivität des Rechts zeige dem Natürlichkeitsargument seine Grenzen auf. Das veranschauliche etwa das „Recht der Transsexualität, in dem die Anerkennung der selbstempfundenen geschlechtlichen Identität der Betroffenen und ihres Rechts auf Selbstbestimmung in dieser Identität die Grenzen des bloß biologisch zugewiesenen Geschlechts sprengt"[611]. Genauso argumentiert auch der EGMR in *Christine Goodwin vs. Vereinigtes Königreich*. Mit *Büchler* ist als „argumentative Schwäche des Natürlichkeitsgedankens" zudem festzuhalten, dass „[d]ie Kategorie der ‚Natürlichkeit' […] nicht akkurat konturierbar, sondern stets auch von kulturellen und entwicklungsgeschichtlichen Veränderungen abhängig [ist]". Es lasse sich daher „von einem universellen Standpunkt aus schlicht kein taugliches Mass bestimmen, um ‚natürliche' von ‚unnatürlichen' Verhaltensweisen zu unterschieden"[612]. Nicht zuletzt, so *Büchler* überzeugend, „begegnet das Natürlichkeitsargument im Kontext der Legitimierung eines gesetzlichen Verbots rechtstheoretischen Bedenken":

„Das ‚Natürliche' ist für sich genommen nicht schutzwürdig und kann es so lange nicht sein, als das natürlich Vorgefundene nicht auch das normativ Bestimmende ist. Von dem, was natürlicherweise vorkommt, soll und kann indessen nicht auf das moralisch wünschbare und erst recht nicht auf das normativ zu bestimmende geschlossen werden. Die Berufung des Gesetzgebers auf die in der Lebenswirklichkeit anzutreffenden und zu beobachtenden Vorgänge zur Legitimierung von Zugangsbeschränkungen in

610 *Gutmann*, Natur und Selbstbestimmung, in: Hoesch/Laukötter, Natur und Erfahrung. Bausteine zu einer praktischen Philosophie der Gegenwart, 2017, S. 99-115 (101); *Kuhn*, Recht auf Kinder?, 2008, S. 231.

611 Vgl. ebd. S. 51; *Gutmann*, Mutterschaft zwischen Natur und Selbstbestimmung, in: Röthel/Heiderhoff, Regelungsaufgabe Mutterstellung, 2016, S. 73-74 m. Verw. a. BVerfGE 128, 109, wonach die Zeugungsunfähigkeit im Ursprungsgeschlecht (Umwandlung, Entfernung, Verstümmelung der Geschlechtsorgane) nicht zur Voraussetzung für die rechtliche Anerkennung der selbstgewählten geschlechtlichen Identität Transsexueller gemacht werden darf. Das führe dazu, „dass bei Mann-zu-Frau-Transsexuellen mit homosexueller Orientierung [...] nicht auszuschließen ist, dass sie alsdann als Frauen im Rechtssinn, aber biologisch als Männer, Kinder zeugen.

612 *Büchler*, Gutachten im Auftrag des schweizerischen Bundesamtes für Gesundheit: Die Eizellspende in der Schweiz de lege lata und de lege ferenda, https://www.bag.admin.ch/bag/de/home/medizin-und-forschung/fortpflanzungsmedizin/stellungnahmen-gutachten.html (29.3.2022), 2014, S. 17.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

der Fortpflanzungsmedizin entspricht aus dieser Sicht einem unzulässigen Schluss vom Sein auf das Sollen."[613]

Daher ist es nur konsequent, das Natürlichkeitsargument auf Konventionsebene als genauso gering zu schätzen, „wenn es mit dem Anspruch auf Anerkennung selbstgewählter Formen partnerschaftlicher Beziehungen [...] oder mit dem Recht auf ‚nicht natürliche' Formen von Elternschaft konfrontiert wird"[614]. Das führt sodann zu der Frage, welche guten Gründe wir stattdessen dafür haben, einer Person elterliche Rechte und Pflichten zuzuschreiben bzw. sie von dieser Position mittels gesetzesmedizinischer Verbote in der Fortpflanzungsmedizin von vornherein auszuschließen. Auch das ist in erster Linie eine rechtsphilosophische Frage, und daher sind die Argumente, die nunmehr zu ihrer Aufklärung vorgebracht werden, keineswegs zu verwechseln mit rechtlichen Gewissheiten oder gar Verbindlichkeiten. Nichtsdestotrotz gehört das staatliche Neutralitätsgebot, gemessen an den Partikularvorstellungen seiner Bürger von einem gelungenen Leben, längst nicht mehr nur zum außerrechtlichen Theorienangebot, sondern ist rechtlich anerkanntes Fundament der EMRK (vgl. B, IV, 1, a). Deshalb sind jedenfalls solche rechtsphilosophischen Argumente, die eine mit dem gleichen Achtungsanspruch kongruente Konzeption für die Zuschreibung der Elternverantwortung propagieren, gewissermaßen ebenfalls rechtlich fundiert.

(1) Normative Begründungsansätze für den Zugang zur und den Zuspruch der Elternstellung

Einen guten Überblick geben *Brake/Millum*. Danach lässt sich für den Zugang zur und den Zuspruch der Elternstellung zwischen einem genetischen, biologischen, intentionalen und kausalen Begründungsmodell unterscheiden. Monisten gehen davon aus, dass nur einer dieser Ansätze Elternverant-

613 Vgl. ebd. S. 17 f.

614 *Gutmann*, Rechtsphilosophische Reflexionen, in: Arnold/Bernat/Kopetzki, Das Recht der Fortpflanzungsmedizin, 2016, S. 45-61 (51); vgl. auch: *Voithofer/Thöni*, Let's Go Sperm Shopping, Juridikum 2011 (2), S. 244-260 (257): „Wir bezweifeln, dass das Recht ein geeignetes Instrument ist, um Lebensformen, die vom traditionellen Familienmodell abweichen, zu unterbinden. Vielmehr gehen wir davon aus, dass eine solche Intention nicht mehr zeitgemäß ist und die Verwirklichung zumindest einer der Funktionen des Rechts, nämlich selbstbestimmte Vielfalt zu ermöglichen, verhindert."

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

wortung zu begründen vermag, dafür also erforderlich und ausreichend ist. Pluralisten hingegen stellen sich auf den Standpunkt, dass mehrere dieser Ansätze Elternschaft generieren können[615]. Sie teilen sich wiederum in zwei Lager: Zu unterscheiden ist zwischen "necessity views", wonach für den Elternstatus einer oder mehrere dieser Ansätze erforderlich, aber nicht ausreichend sind, und "sufficiency views", wonach mehrere oder alle diese Ansätze jeweils ausreichend sind, kein einzelner aber erforderlich ist[616]. Zu untersuchen ist zunächst, ob einer oder mehrere dieser Ansätze erforderlich sind, um Elternschaft zu begründen. Denn sind sie es nicht, scheidet sowohl der streng monistische Ansatz als auch der pluralistische "necessity view" aus.

(a) Der genetische Ansatz

Der genetische Ansatz schreibt die Elternrolle den Personen zu, deren genetisches Material zur Zeugung des Kindes verwendet worden ist. Da ihnen nämlich das Erbgut gehöre, aus dem das Kind geschaffen sei, hätten sie einen „*prima facie*" Anspruch auf die Zuschreibung der Elternverantwortung für das Kind[617]. *Kolers/Bayne* unterscheiden zwischen "Strong Geneticists", welche die genetische Verbindung für erforderlich und ausreichend, "Necessity Geneticists", welche sie für erforderlich, aber nicht für ausreichend und "Sufficiency Geneticists", welche sie für ausreichend, aber nicht für erforderlich erachten[618]. Die erste Variante verteidigt *Hall* mit dem *Lockeschen* Konzept vom Eigentum an sich selbst ("self-ownership"), wobei er gleichzeitig dessen Arbeitswerttheorie als mögliche Grundlage für den biologischen Ansatz ablehnt. Denn es sei nicht das Bemühen um das Kind, das leiblichen Eltern einen Anspruch auf die Elternschaft vermit-

615 *Brake/Millum*, Parenthood and Procreation, SEP 2012, https://plato.stanford.edu/entries/parenthood/#toc (20.1.2021), Kapitel 4; vgl. für diesen Standpunkt: *Gutmann*, Mutterschaft zwischen Natur und Selbstbestimmung, in: Röthel/Heiderhoff, Regelungsaufgabe Mutterstellung, 2016, S. 63-85 (77 ff.).

616 Vgl. für diese Differenzierung *Bayne/Kolers*, Toward a Pluralistic Account of Parenthood, Bioethics 2003 (17/3), S. 221-242.

617 *Brake/Millum*, Parenthood and Procreation, SEP 2012, https://plato.stanford.edu/entries/parenthood/#toc (20.1.2021), Kapitel 4.

618 *Kolers/Bayne*, "Are you My Mommy?", J. Appl. Phils. 2001 (18/3), S. 273-285 (274); *Dies*. lehnen "Strong Geneticism" und "Necessity Geneticism" ab, halten "Sufficiency Geneticism" aber für akzeptabel, da dieser Ansatz kompatibel ist mit einem "much more pluralistic account of the nature of parenthood".

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

tele, sondern allein die Tatsache, dass das Kind einen genetischen Teil ihrer selbst verkörpere[619]. Der Versuch, Elternschaft eigentumsrechtlich zu begründen, kann indes nicht überzeugen und hätte *Franklin-Hall* zufolge selbst *Lockes* Zustimmung nicht gefunden[620]. Zum einen erscheint dieser Ansatz mit *Gutmann* schwerlich „der persönlichkeitsrechtlich geprägten deutschen Familienrechtstradition" angemessen[621], zum anderen betont er, so *Brake/Millum*, zulasten der elterlichen Pflichten, die gegenüber dem Kind und der Gesellschaft bestehen, einseitig die elterlichen Rechte, indem er Elternschaft als umfassendes Sachherrschafts- und Exklusivitätsverhältnis über das Kind darstellt[622]. Kritisch auch *Kolers/Bayne*, die es für verfehlt halten, Elternrechte und -pflichten mit Eigentumsrechten und -pflichten gleichzusetzen. Denn während jeder Sacheigentümer das Recht habe, mit seinem Eigentum nach Belieben zu verfahren, inklusive das Recht, seine Sachen zu veräußern, zu vernachlässigen oder zu zerstören, dürfen genetischen Eltern dergleichen nicht mit ihrem Kind tun[623]. Zurecht weist *Archard* darauf hin, dass ein Kind mitnichten den Eltern gehört, sondern ausschließlich sich selbst[624]. *Kolers/Bayne* stellen in Frage, wie das Eigen-

619 *Hall*, The Origin of Parental Rights, Public Affairs Quarterly 1999 (13/1), S. 73-82 (76): "It is not the actions or labors of the natural parents that warrant their entitlement to their children, but something more fundamental. [...]. The fact that the child represents a genetic part of its parents is what fuels this intuition. […]. Thus it is ultimately a belief in the notion of self-ownership or self-integrity that fuels our presumption in favor of a natural parent's entitlement to her child."; Kritisch: *Brake/Millum*, Parenthood and Procreation, SEP 2012, https://plato.stanford.edu/entries/parenthood/#toc (20.1.2021), Kapitel 4.1.

620 *Franklin-Hall*, The Natural Law Foundations of Locke's Account of Parental Authority, Can. J. Philos. 2012 (42/3), S. 255-279 (270): "because property rights presuppose the equal moral status of other human beings, there can be no question of one person belonging to another as property – even if one has somehow 'made' the other".

621 *Gutmann*, Mutterschaft zwischen Natur und Selbstbestimmung, in: Röthel/Heiderhoff, Regelungsaufgabe Mutterstellung, 2016, S. 63-85 (77).

622 Vgl. ebd. S. 77; *Brake/Millum*, Parenthood and Procreation, SEP 2012, https://plato.stanford.edu/entries/parenthood/#toc (20.1.2021), Kapitel 4.1.

623 *Kolers/Bayne*, "Are you My Mommy?", J. Appl. Philos. 2001 (18/3), S. 273-285 (278): "Parental rights and responsibilities are not best conceived as proprietary rights and responsibilities. […]. If I have private property in a walkie-talkie it is perfectly within my right to destroy it or leave it in the cellar to collect dust, but nothing of the sort is the case regarding my children."; Ähnlich: *Millum*, How Do We Acquire Parental Rights? Soc. Theory and Pract. 2010 (36/1), S. 112-132 (116).

624 *Archard*, Parental Rights and the Interests of the Child, J. Appl. Philos. 1990 (7/2), S. 183-194 (186): "Viewing any human being as the property of another is deeply, and rightly, repugnant to present Western culture."

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

tum an den Gameten zum Eigentumsrecht am Kind werden soll. Denn schließlich sei die Entität, auf die sich das Eigentum erstrecke, sprich das Spermium oder die Eizelle, nicht dieselbe, wie diejenige, für die man den Elternstatus anstrebe, nämlich das Kind[625]. Mit *Silver* weisen sie außerdem darauf hin, dass ein Kind für seine Entwicklung nicht ausschließlich auf das Erbgut, sondern mindestens genauso auf das biologische Material der es austragenden Frau, also das Eigentum der Mutter, angewiesen ist[626]. Auch das Argument, der genetische Beitrag wirke sich identitätsprägender auf das Kind aus als der körperliche ("value argument"), überzeugt nicht. Zurecht geben nämlich *Kolers/Bayne* zu bedenken, dass die Identität einer Person nicht schon durch ihre genetische Konstitution determiniert ist, sondern erst in Wechselwirkung mit ihrer Umwelt Gestalt annimmt[627]. Abzulehnen ist außerdem das Argument, dass den genetischen Eltern der Vorrang gebühre, da ein Kind zwar von jeder beliebigen Frau ausgetragen werden kann, aber nur zwei bestimmte Personen ihr Erbgut beisteuern können, ohne dass das Kind ein anderes würde und daher nur sie einen „essenziellen" Beitrag erbringen ("essentialist argument")[628]. Doch das impliziert die kaum nachvollziehbare Annahme, dass es für das Gesamteigentum an einer Entität erforderlich und ausreichend ist, ihre zentralen Bestandteile zu liefern[629]. Zustimmend äußern sich *Brake/Millum*: "Of course, the child's genetic make-up structures that matter, but to argue for the priority of the genetic over the gestational contribution is to argue for the priority of form over matter, and it is not obvious that this can be done"[630]. So auch *Kolers/Bayne*, die kritisieren, dass der genetische Ansatz nicht zu

625 *Kolers/Bayne*, "Are you My Mommy?", J. Appl. Philos. 2001 (18/3), S. 273-285 (276): "It follows from self-ownership that one has property in one's gametes. But the thing over which one has this property right (sperm/egg) is not the same thing as that over which one seeks parental status (a child)."

626 *Silver*, Confused Meanings of Life, Genes and Parents, Stud. Hist. Phil. Biol. & Biomed. Sci. 2001 (32/4), S. 647-661; *Kolers/Bayne*, "Are you My Mommy?", J. Appl. Philos. 2001 (18/3), S. 273-285 (277): "Children's features and often their chances in life depend in part on the gestational mother's exposure to environmental toxins, habits, diet, and luck, to name only a few. [...]. Material constitution is no less important than genetic constitution."

627 Vgl. ebd. S. 277, 280.

628 Vgl. ebd. S. 280.

629 Vgl. ebd. S. 280: "at least for complex collective productions such as people and houses, supplying irreplaceable parts is not necessary for being a co-creator."

630 *Brake/Millum*, Parenthood and Procreation, SEP 2012, https://plato.stanford.edu/entries/parenthood/#toc (20.1.2021), Kapitel 4.1.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

erklären vermag, warum die Elternverantwortung mit zunehmendem Alter des Kindes abnimmt, obwohl die genetische Konstitution dieselbe bleibt[631]. Darin liege ein weiterer Unterschied zum Eigentum. Denn während die elterlichen Rechte und Pflichten mit der Zeit abnähmen, wohlgemerkt anders als die Elterneigenschaft als solche, blieben Eigentumsrechte konstant, solange sich nichts am Grad des Eigentums verändere[632]. Wenig überzeugend ist schließlich das Argument, nur der monistisch-genetische Ansatz sei in der Lage, Müttern und Vätern die gleiche Elternstellung zu gewähren ("parity argument"). Danach kann nicht auch die biologische Verbindung genügen, weil ansonsten die genetische *und* biologische Mutter mehr Anspruch auf die Elternstellung hätte als der nur genetisch mit dem Kind verwandte Vater[633]. Dagegen tragen *Kolers/Bayne* überzeugend vor, „dass selbst wenn die Elternschaft sowohl von der genetischen als auch von der biologischen Beziehung abhängt, daraus nicht folgt, dass die Trägerschaft beider Beziehungen zu einem Kind einen höheren Grad an Elternschaft mit sich bringt als die Trägerschaft nur der einen oder anderen." Denn: "Parenthood may be the sort of property that doesn't come in degrees even though it can be acquired via different routes"[634]. Da der genetische Ansatz sowohl in seiner Form als "Strong Geneticism" als auch "Necessity Genetecism" die Möglichkeit verkennt, Elternschaft durch Adoption zu begründen, und außerdem den Empfängern einer Gameten- oder Embryospende den Elternstatus ganz oder teilweise versagt, kurz gesagt, durch und durch natürlichkeitsbasiert argumentiert, erscheint er kaum plausibel und ist mit dem der Konvention zugrunde liegenden Achtungsanspruch unver-

631 *Kolers/Bayne*, "Are you My Mommy?", J. Appl. Philos. 2001 (18/3), S. 273-285 (277): "Genetic derivation does not decline over time the way material constitution does, so the genetic derivation argument cannot explain the decline of legitimate parental control as the child ages."; *Archard*, Parental Rights and the Interests of the Child, J. Appl. Philos. 1990 (7/2), S. 183-194 (186).

632 *Kolers/Bayne*, "Are you My Mommy?", J. Appl. Philos. 2001 (18/3), S. 273-285 (278): "Parental *rights* and *responsibilities* wane over time, even though parent*hood* does not; but property rights seem to stay constant as long as the degree […] of ownership does."; *Bigelow et al.*, Parental Autonomy, J. Appl. Philos. 1988 (5/2), S. 183-196 (193).

633 *Kolers/Bayne*, "Are you My Mommy?", J. Appl. Philos. 2001 (18/3), S. 273-285 (280-281).

634 Vgl. ebd. S. 281: "Being a […] [parent] is something one either is or is not, it isn't something that one can be to a greater or lesser extent"; vgl. auch *Austin*, The Failure of Biological Accounts of Parenthood, J. Value Inq. 2004 (38/4), S. 499-510 (503).

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

einbar. So auch *Gutmann*: „Die überwiegend starke Abwertung der ‚nur' natürlichen Komponente der genetischen Abkunft in der philosophischen Diskussion kann [...] nicht verwundern. Sie ist unmittelbarer Ausdruck der Entwicklung, dass Argumente, die auf spezifische Vorstellungen von ‚Natur' oder ‚Natürlichkeit' Bezug nehmen, ihre normative Überzeugungskraft einbüßen"[635]. Im Ergebnis also kann die genetische Verbindung zwar ausreichend sein, um Elternschaft zu begründen, ist aber nicht erforderlich.

(b) Der biologische Ansatz

Der biologische Ansatz stellt nach *Brake/Millum* auf die Leistung ab, die eine Person im Hinblick auf das Kind erbringt ("Labor-based account")[636]. Danach gebührt die Elternstellung der Geburtsmutter wegen ihrer genuinen Beziehung zum Kind[637] ("affective argument")[638]. Andere sehen den Grund für den „Zugriff auf die Rechte und Pflichten vermittelnde Mut-

635 *Gutmann*, Mutterschaft zwischen Natur und Selbstbestimmung, in: Röthel/Heiderhoff, Regelungsaufgabe Mutterstellung, 2016, S. 63-85 (77).

636 Erläuternd: *Brake/Millum*, Parenthood and Procreation, SEP 2012, https://plato.stanford.edu/entries/parenthood/#toc (20.1.2021), Kapitel 4.2; so argumentierend: *Europarat*, Human artificial procreation, 1989, S. 29: "Maternity should be determined by the fact of giving birth, rather than genetics (origin of the ova), firstly, because of the relationship between the child and the woman giving birth to him and, secondly, because of the necessity of giving the child a clear legal situation at birth."; *Warnock,* Question of Life, 1985, S. 37: "legislation should provide that when a child is born to a woman following donation of another's egg the woman giving birth should, for all purposes, be regarded in law as the mother of the child, and that the egg donor should have no rights or obligations in respect of the child.";
vgl. aber: *Bayne/Kolers*, Toward a Pluralistic Account of Parenthood, Bioethics 2003 (17/3), S. 221-242 (224), wonach der Warnock Report zwischen "sufficiency and monistic gestationalism" steht, weil daraus nicht hervorgeht, ob Gameten-Spender schon keinen Elternstatus erlangen oder ihn zunächst erlangen und dann auf die Empfänger der Gameten-Spende übertragen.

637 *Gheaus*, The Right to Parent One's Biological Baby, J. Political Philos. 2012 (20/4), S. 432-455 (436, 446, 449); *Narayan*, Rethinking Parental Claims in the Light of Surrogacy and Custody, in: Dies./Bartkowiak, Having and Raising Children, 1999, S. 65-86 (81); *Rothman*, Recreating Motherhood, 1990, S. 97 ff.: "A baby enters the world already in a relationship, a physical, social, and emotional relationship with the woman in whose body it was nurtured." (S. 91).

638 *Bayne/Kolers*, Toward a Pluralistic Account of Parenthood Bioethics, Bioethics 2003 (17/3), S. 221-242 (232).

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

terstellung“[639] in der zu entlohnenden Arbeit, die eine Frau aufwendet, indem sie das Kind austrägt und zur Welt bringt[640] (“sweet equity argument”)[641]. So oder so gelangen Vertreter des “sufficiency gestationalism” oder “monistic gestationalism” zu dem Ergebnis, dass die biologische Verbindung für den Zuspruch des Elternstatus erforderlich ist. Dass also, wenn genetische und biologische Mutter auseinanderfallen, die Elternschaft letzterer zusteht. Im Fall der Eizellspende also nicht der Spenderin, sondern der Empfängerin; im Fall der Leihmutterschaft nicht der Wunschmutter, sondern der Leihmutter[642]. *Millum* dagegen erstreckt in seiner “investment theory” den Elternstatus neben der biologischen Mutter auf jede weitere Person, die einen elterlichen Beitrag zur Entwicklung des Kindes erbringt oder erbracht hat. Danach entstehen die elterlichen Rechte und Pflichten durch die Ausübung der elterlichen Tätigkeit – (“parental rights are generated by the performance of parental work”)[643]. So könne auch jemand

639 *Gutmann*, Mutterschaft zwischen Natur und Selbstbestimmung, in: Röthel/Heiderhoff, Regelungsaufgabe Mutterstellung, 2016, S. 63-85 (77).

640 *Feldman*, Multiple biological mothers: the case for gestation, J. Soc. Philos. 1992 (23), S. 98-104; *Gheaus*, The Right to Parent One’s Biological Baby, J. Political Philos. 2012 (20/4), S. 432-455 (447): “The costs of pregnancy are varied: physical, emotional, social and financial. They consist in the actual pain of childbearing and childbirth, in pregnant women’s reduced autonomy, in the health risks women take in order to carry their babies, in the worries about the mother’s and the baby’s health, and in the daunting risk of miscarriage.”; *Narayan*, Rethinking Parental Claims in the Light of Surrogacy and Custody, in: Dies./Bartkowiak, Having and Raising Children, 1999, S. 65-86 (81): “A gestational mother undergoes considerable discomfort, effort, and risk in the course of pregnancy and childbirth, and gestation is an intimate process during which a woman could quite understandably develop a deep attachment to the child she carries and gives birth to.”

641 *Bayne/Kolers*, Toward a Pluralistic Account of Parenthood Bioethics, Bioethics 2003 (17/3), S. 221-242 (231).

642 *Brake/Millum*, Parenthood and Procreation, SEP 2012, https://plato.stanford.edu/entries/parenthood/#toc (24.1.2022), Kapitel 4.2.

643 *Millum*, How Do We Acquire Parental Rights?, Soc. Theory and Pract. 2010 (36/1), S. 112-132 (112); Für *Millum’s* Zuordnung im Fall einer Leihmutterschaft vgl. ebd. S. 122-123: “*the reward should be proportional to work*”; vgl. ebd. S. 114: “According to the investment theory, the people with the strongest claim to parent are those who have put in the most parental work. This would normally be the gestational mother […]. However, in the case of contracted surrogacy, it looks as if the gestational mother is working on behalf of the contracting parents. […] her work does not generate parental rights for herself, but, if anyone, for them. […] it is they, not she, who have the strongest claim to parent the child in the event of conflict. [...] this requires that the surrogacy contract must be valid. If it is not, then the surrogate's work presumably makes her the child's moral parent.”

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Vater werden, indem er das Kind nach der Geburt sozial, emotional oder finanziell umsorgt. Doch müsse die Geburtsmutter dem zustimmen. Denn, da ihre Arbeit im Verlauf der Schwangerschaft und der Geburt in der Regel deutlich überwiege, habe sie die Macht, zu entscheiden, welche weiteren Personen die elterliche Arbeit nach der Geburt aufnehmen und dadurch zu einem moralischen Elternteil werden dürfen[644]. Dabei schließe, da es in der Regel nur einen minimalen Arbeitsaufwand erfordere, sein genetisches Material bereitzustellen, der Investitionsgrundsatz den genetischen Ansatz aus. Danach können allein genetische Beziehungen kein Elternrecht begründen oder jedenfalls nur eines von so geringem Gewicht, dass es durch die meisten anderen Betreuungsbeiträge leicht aufgewogen wird[645]. Dafür spreche, dass sich nur schwerlich von einer genetischen auf eine moralische Verantwortung schließen lasse – ("it is hard to see what justificatory connection there might be between stretches of DNA and moral standing")[646]. Mit *Annas, Archard* und *Gutmann* ist dem biologischen Ansatz zugute zu halten, „dass die austragende Frau gut identifizierbar ist und dass ihre schon zum Zeitpunkt der Geburt tatsächlich erbrachte Zuwendung für das Kind zugleich indiziert, dass das Wohl dieses Kindes bei [...] [ihr] gut aufgehoben ist"[647] ("identifiability argument")[648]. Doch ebenso berechtigt erscheint der Einwand *Bayne/Kolers,* dass sich der biologische Ansatz schwer tut zu begründen, wie ein Mann Vater werden kann oder, so *Gutmann*, wie er Vater werden kann, bevor er die Chance dazu hatte, sich eine Schlüssel-

644 Vgl. ebd. S. 123: "over the course of pregnancy and childbirth, the work of the gestational mother will normally substantially outweigh this other work. […]. Amongst other things, this implies that she has the power to decide which other people will be permitted to invest parental work, and therefore […] will become a moral parent."

645 Vgl. ebd. S. 124: "in most cases the amount of work done in supplying the genetic material needed for a child is minimal. The investment principle therefore implies that genetic relationships do not confer parental rights (or do so to an extent easily outweighed by most other caregiving actions."

646 Vgl. ebd. S. 127.

647 *Gutmann*, Mutterschaft zwischen Natur und Selbstbestimmung, in: Röthel/Heiderhoff, Regelungsaufgabe Mutterstellung, 2016, S. 63-85 (78); so auch: *Archard*, Children: Rights and Childhood, 2015, S. 160 ff.; so schon: *Annas*, Redefining Parenthood and Protecting Embryos, Hastings Cent. Rep. 1984 (14/5), S. 50-52 (51); und auch: *Rothenberg*, Gestational Surrogacy and the Health Care Provider, in: Beller/Weir, The Beginning of Human Life, 1994, S. 101-113 (103).

648 *Bayne/Kolers*, Toward a Pluralistic Account of Parenthood, Bioethics 2003, S. 221-242 (228).

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

funktion im Leben des Kindes zu erarbeiten[649]. Allzu harsch *Rothman*, die annimmt, dass „wenn Männer Kinder haben wollen, sie entweder die Technologien entwickeln müssen, die es ihnen ermöglichen, schwanger zu werden [...] oder nur durch ihre Beziehungen zu Frauen Kinder bekommen können"[650]. Moderater wie gesagt *Millum*, wonach „Männer durch ihre Betreuungsleistungen während der Schwangerschaft Elternrechte erlangen können, die ihnen später einen gewissen Anspruch auf eine Fortsetzung der Elternschaft geben."[651] Doch zurecht kritisch merken *Brake/Millum* an, dass der biologischen Mutter danach trotzdem noch ein Vetorecht verbleibt[652]. *Austin* rügt deshalb einen Bruch mit dem Paritätsprinzip, denn „Mutter zu sein, mache eine Person nicht mehr zu einem Elternteil als Vater zu sein und umgekehrt."[653]. Verfechter des monistisch-biologischen Ansatzes halten dem entgegen, dass für eine Vaterschaft weder die genetische noch intentionale noch kausale Beziehung zu einem Kind ausreiche und deshalb Gleiches für die Mutterschaft gelten müsse; dem Paritätsprinzip also dadurch entsprochen werde, dass die biologische Mutter schlichtweg den einzigen Anspruch auf Elternschaft hat[654]. Doch wie *Bayne/Kolers* zurecht anmerken, sollte ein tauglicher Elternansatz „sowohl das Paritätsprinzip respektieren als auch das Vaterschaftsproblem lösen."[655] Nun ließe sich zwar mit *Millum* argumentieren, dass ein Mann indirekt durch seine Beziehung mit

649 Vgl. ebd. S. 231; *Gutmann*, Mutterschaft zwischen Natur und Selbstbestimmung, in: Röthel/Heiderhoff, Regelungsaufgabe Mutterstellung, 2016, S. 63-85 (78).

650 *Rothman*, Recreating Motherhood, 1989, S. 257: "If men want to have children, they will have to either develop the technology that enables them to become pregnant [...] or have children through their relationships with women."

651 *Millum,* How Do We Acquire Parental Rights?, Soc. Theory and Pract., 2010 (36/1), S. 112-132 (131-132): „men may acquire parental rights through their caregiving actions during pregnancy, which would then give them some claim to continue parenting later."

652 *Brake/Millum*, Parenthood and Procreation, SEP 2012, https://plato.stanford.edu/entries/parenthood/#toc (20.1.2021), Kapitel 4.2.: "Broader labor-based accounts that count the work of other caregivers can explain fatherhood, but they still seem to give the gestational mother veto power over other potential parents."

653 *Kolers/Bayne*, "Are you My Mommy?", Jour. App. Philos. 2001 (18/3), S. 273-285 (280); vgl. auch: *Austin*, The Failure of Biological Accounts of Parenthood, J. Value Inq. 2004 (38), S. 499-510 (503): "being a mother doesn't make a person more of a parent than being a father, or vice versa."

654 Vgl. ebd. S. 226; so: *Rothman*, Recreating Motherhood, 1989, S. 257; *Feldman*, Multiple biological mothers: the case for gestation, J. Soc. Philos. 1992 (23), S. 98-104.

655 *Bayne/Kolers*, Toward a Pluralistic Account of Parenthood, Bioethics 2003 (17/3), S. 221-242 (226): "The best account of parenthood should both respect the parity principle and solve the paternity problem."

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

der Mutter Elternstatus erlangen kann. Doch leuchtet diese Position schon aus praktischen Erwägungen nicht ein, weil danach der genetische Vater nicht nur keine Rechte, sondern auch keine Pflichten gegenüber dem Kind hat[656]. Auch sonst ist kein gewichtiger Grund ersichtlich, der nahelegt, dass die biologische Abstammung für die Wahrnehmung der Elternverantwortung unerlässlich ist. Ein solcher ergibt sich jedenfalls nicht aus dem "identifiability argument", denn wie *Bayne/Kolers* richtig schlussfolgern, wäre es verfehlt, einen „monistischen Gestationalismus zu befürworten, wenn man sicherstellen wollte, dass Kinder mit einem Netzwerk von Menschen auf die Welt kommen, die ein Interesse an ihrem Wohlergehen haben und dafür Verantwortung tragen."[657] Auch das Argument, es sei erforderlich, dass die biologische Mutter Elternstatus erlangt, weil sich der Fötus physisch in ihrem Leib befindet und physiologisch in ihren Organismus integriert ist ("incorporation argument"), liefert keinen validen Ansatzpunkt[658]. Denn mit *Bayne/Kolers* bleibt unklar, warum es für die Elternverantwortung notwendig sein sollte, dass ein Kind Bestandteil des Körpers derjenigen Person gewesen ist, die sie ausübt: "[A] foetus is *materially* derived from its gestational mother but it is *genetically* derived from its genetic 'parents'. And of course, the environment provided by the social 'parent[s]' [...] has [...] powerful effects on the growing child's physical and emotional development. [...] It seems arbitrary to regard any one kind of contribution [...] as necessary for parenthood, when clearly each is necessary."[659] Schwachstellen hat, so *Austin*, auch das "sweet equity argument", denn eine rein leistungsorientierte Elternzuordnung, „die auf die Arbeit während der Schwangerschaft und Geburt als Begründung für das Elternrecht abstellt" klinge beinahe wie eine eigentumsrechtliche Elternzuordnung, die abzulehnen sei, „weil es moralisch unzulässig ist, Säuglinge und Kinder als

656 Vgl. ebd. S. 226.
657 Vgl. ebd. S. 228: "One wouldn't want to endorse *monistic* gestationalism if one wanted to ensure that children enter the world with a network of people who have an interest in, and responsibilities for, their welfare."
658 Vgl. ebd. S. 229.
659 Vgl. ebd. S. 230.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

Eigentum zu betrachten“[660]. Auch das Argument der emotionalen Bindung (“affective argument”), das auf die originäre und einzigartige Beziehung der Mutter zu ihrem Kind während der Schwangerschaft abstellt, mache eine biologische Elternzuordnung nicht erforderlich, da es zahlreiche andere Möglichkeiten gebe, elterliche Sorge zu erbringen[661]. *Austin* kommt deshalb zu dem Schluss: „Die Biologie ist kein wesentlicher Bestandteil der Elternschaft und ihres Wertes für uns. […] die wichtigsten Komponenten der Elternschaft sind ihre sozialen, moralischen und beziehungsbezogenen Aspekte.“[662] Schließlich lässt sich erwägen, ob nicht die gesellschaftliche Erwartung an die Rolle, die die Geburtsmutter gegenüber dem Kind einzunehmen hat, ihren Elternstatus begründet – (“Social institutions, formal rules, and informal norms, can have powerful effects on people’s conception of their roles and themselves”)[663]. Doch stellt man in der Regel dieselbe Erwartung an Adoptiveltern oder genetische Väter, ohne dass hierfür eine biologische Verbindung erforderlich wäre[664]. Nach alledem steht fest, dass die biologische Beziehung zum Kind zwar nicht erforderlich ist, aber ausreichend sein kann, um Elternschaft zu begründen. Der biologische Ansatz als “sufficiency gestationalism” oder “monistic gestationalism” ist, soweit er Männern wegen ihrer von Natur aus fehlenden Gebärfähigkeit den Elternstatus versagt, Ausdruck des Natürlichkeitsparadigmas per se und daher mit der Konvention unvereinbar.

---

660 *Austin*, The Failure of Biological Accounts of Parenthood, J. Value Inq. 2004 (38/4), S. 499-510 (506): “appealing to the effort and labor put forth during a pregnancy and birth as the grounds for parental rights begins to sound very similar to proprietarian views of parenthood, which should be rejected because conceiving of infants and children as property is morally impermissible.”; so auch: *Bayne/Kolers*, Toward a Pluralistic Account of Parenthood, Bioethics 2003 (17/3), S. 221-242 (231), die allerdings einräumen, dass das “sweet equity argument” auch ohne eigentumsrechtlichen Bezug auskommt, weil „jemand der viel Zeit und Mühe in Wohltätigkeitsarbeit investiert, zwar Anerkennung für seine Arbeit verdient, aber dadurch keine Eigentumsrechte erwirbt“.

661 Vgl. ebd. S. 506.

662 Vgl. ebd. S. 507: “biology is not an essential component of parenthood and its value for us. [...] the most important components of parenthood are its social, moral, and relational aspects.”

663 *Bayne/Kolers*, Toward a Pluralistic Account of Parenthood, Bioethics 2003 (17/3), S. 221-242 (234).

664 Vgl. ebd. S. 235: “The social norms surrounding pregnant women in particular and parenthood in general do not regard gestation as the sole ground for parenthood.”

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

(c) Der voluntaristische Ansatz

Der intentionale oder voluntaristische Ansatz stellt auf den Willen einer Person ab, die Elternverantwortung für ein Kind zu übernehmen[665] – versteht Elternschaft also „nicht mehr als ‚natürliches', sondern rein soziales und moralisches Verhältnis"[666]. Danach steht der Elternstatus nicht etwa der Leihmutter, sondern den Wunscheltern zu, da das Kind erst durch

665 *Brake/Millum*, Parenthood and Procreation, SEP 2012, https://plato.stanford.edu/entries/parenthood/#toc (24.1.2022), Kapitel 4.3.

666 Vgl. erläuternd: *Gutmann*, Mutterschaft zwischen Natur und Selbstbestimmung, in: Röthel/Heiderhoff, Regelungsaufgabe Mutterstellung, 2016, S. 63-85 (78); vgl. für diesen Ansatz *Brake*, A Voluntarist Account of Parental Role Obligations, in: Archard/Benatar, Procreation and Parenthood, 2010, S. 151-178 (hält den Willen zur Elternschaft für erforderlich, aber nicht für ausreichend, um Elternschaft zu begründen: "First, obligations cannot be undertaken if they conflict with already extant parental rights [...] and second, parents must be reasonably likely to meet a minimum standard of child welfare." (vgl. ebd. S. 172)); *O'Neill*, Begetting, Bearing and Rearing, in: Dies./Ruddick, Having Children. Philosophical and legal reflections on parenthood, 1979, S. 25-38 (hält den Willen zur Elternschaft für ausreichend, aber nicht für erforderlich, um Elternschaft zu begründen); *Hill*, What Does it Mean to be a "Parent"?, NYU Law Review 1991, S. 353-420 (wobei *Brake*, A Voluntarist Account of Parental Role Obligations, in: Archard/Benetar, Procreation and Parenthood, 2010, S. 155 und *Fuscaldo*, Genetic Ties: Are the Morally Binding?, Bioethics 2006 (20/2), S. 69 *Hills* Beitrag als Argumentation für den kausalen, denn intentionalen Ansatz werten); *Parker*, Surrogate Motherhood: The Interaction of Litigation, Legislation, and Psychiatry, Int. J. Law Psychiatry 1982 (5), S. 341-354 (350): "the legal parents should be that competent […] couple who voluntarily gave informed consent to a given procedure with the intent of assuming the parental responsibility of the child so born. […]. This would include situations involving sperm donors, oocyte donors, and 'womb donors' who actually give birth to the baby."; *Shultz*, Reproductive Technology and Intent-based Parenthood: An Opportunity for Gender Neutrality, Wis. L. Rev. 1990, S. 297-398; *Stumpf,* Redefining Mother: A Legal Matrix for New Reproductive Technologies, Yale L.J. 1986 (96), S. 187-208 (187 ff.); *Austin*, The Failure of Biological Accounts of Parenthood, J. Value Inq. 2004 (38/4), S. 499-510 (507) – *Austin* hält die biologische Verbindung zum Kind weder für erforderlich noch für ausreichend, um Elternschaft zu begründen: "It could be argued that it is gestation plus emotional bonding, or gestation plus voluntary consent that is sufficient for parenthood. However, in such hybid accounts, the gestational component is superfluous. It is the other elements present in these accounts that ground parenthood."; *Silver*, Confused Heritage and the Absurdity of Genetic Ownership, Harv. J. Law Technol. 1998 (11/3), S. 593-618 (611): "We propose, that, in determining legal parenthood, a court should look to the intent of the parties when they consented to the reproductive procedures that resulted in the birth of a child."

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

ihren Willen zur Entstehung kommt[667]. In *Hills* Worten: "[for they] carefully and intentionally orchestrated the procreational act, bringing together all the necessary components with the intention of creating a unique individual whom they intend to raise as their own"[668]. Auch *Millum* räumt ein, dass „Menschen bei der Verwirklichung ihrer Absicht, ein Kind zu bekommen, Elternarbeit leisten" und dass die absichtliche Schaffung und Entwicklung eines Kindes den Wunscheltern deshalb einen Anspruch auf Elternschaft vermitteln kann[669]. *Brake* geht davon aus, dass jedwede soziale Rolle erst durch die freiwillige Annahme derselben Ausübung erfährt ("one comes to occupy a social role through voluntary acceptance")[670]. Dasselbe gelte für den ausdrücklich oder konkludent zum Ausdruck gebrachten Willen, Elternverantwortung zu übernehmen. Sobald sich jemand gegen eine Abtreibung entscheide oder für die Einleitung reproduktionsmedizinischer Maßnahmen, habe dieser die Elternrolle stillschweigend akzeptiert. Die Publizität dieser Akte beuge zugleich der Kritik vor, der voluntaristische Ansatz erlaube es Wunscheltern, ein Kind zunächst mit nach Hause zu nehmen, aber später die Elternverantwortung von sich zu weisen.[671] Ähnlich *O'Neill*: „Eine übliche Art, elterliche Rechte und Pflichten zu übernehmen, besteht darin, sich für die Zeugung eines Kindes zu entscheiden, (und daher in Einklang mit der sozialen Norm) die weitaus längere und anspruchsvollere Aufgabe anzugehen, ein Kind großzuziehen oder für seine Erzie-

667 *Brake/Millum*, Parenthood and Procreation, SEP 2012, https://plato.stanford.edu/entries/parenthood/#toc (24.1.2022), Kapitel 4.3.

668 *Hill*, What Does it Mean to be a "Parent", NYU Law Review 1991 (66/2), S. 353-420 (359).

669 *Millum*, How Do We Acquire Parental Rights?, Soc. Theory and Pract. 2010 (36/1), S. 112-132 (129): "it will often be the case that in carrying out the intention to have a child people will do parental work, and much of the morally deserving work of parenting will be intentionally directed at the creation and development of a child. The investment theory therefore shows why the work done by intending parents may give them a claim."

670 *Brake*, A Voluntarist Account of Parental Role Obligations, in: Archard/Benatar, Procreation and Parenthood, 2010, S. 151-178 (171); *Brake*, Fatherhood and Child Support, J. Appl. Philos. 2005 (22/1), S. 55-73 (58).

671 *Brake*, A Voluntarist Account of Parental Role Obligations, in: Archard/Benatar, Procreation and Parenthood, 2010, S. 151-178 (171): "[O]nce someone has chosen not to abort, undergone pre-natal medical care, […], the role of parent has been tacitly accepted. [...] The publicity of these conventions forestalls the objection that voluntarism would allow someone to take a child home but later deny that she had accepted the role as parent."

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

hung zu sorgen."[672] *Stumpf* weist darauf hin, dass obwohl der Rückgriff auf biologische Begründungsmuster im Familienrecht verständlich erscheine, andere Rechtsgebiete zeigten, wie wichtig das voluntative Element ist. Im Vertragsrecht etwa bilde erst der durch die Abgabe eines Versprechens und das anschließende Vertrauen auf dessen Einhaltung manifestierte Wille die Grundlage für durchsetzbare Verträge. [673] Für die Elternschaft bedeute das: "An intent to create and care for a child, acted upon through artificial procreation, is a positive intent, that should be protected by law. [And] […] should invoke the legal presumption that the child belongs to the intenders."[674] Ähnlich äußern sich *Bayne/Kolers*. Der voluntaristische Ansatz sei als einziger imstande zu erklären, wie elterliche Rechte und Pflichten entstehen. Denn es sei zweifelhaft, wie ein rein biologisches Faktum wie die Abstammung oder das Austragen eines Kindes Rechte und Pflichten generieren können soll. Im Gegensatz dazu leuchte es ein, dass Rechte und Pflichten aus der Verwirklichung manifestierter Absichten folgen[675]. *Thompson* und *Brake* merken an, dass sich Inhalt und Umfang elterlicher Rechte und Pflichten zwar im Verlauf der Zeit und von Gesellschaft zu Gesellschaft verändern, sich aber jedenfalls heutzutage regelmäßig nicht, wie der kausale Ansatz impliziere, in der Leistung einer reinen „Zeugungsentschädigung" an das Kind erschöpfe[676]. *Richards* argumentiert, dass

672 *O'Neill*, Begetting, Bearing and Rearing, in: Dies./Ruddick, Having Children: Philosophical and Legal Reflections on Parenthood, 1979, S. 25-38 (26): "[A] standard way of acquiring parental obligations is to undertake them, and a standard way of undertaking parental obligations is to decide to procreate. [Thus] „to undertake the far longer and more demanding task of bringing up a child or arranging for its upbringing […]."

673 *Stumpf*, Redefining Mother, Yale L.J. 1986 (96), S. 187-208 (195): "Although the emergence of biologically based doctrines in family law may be explicable, other legal disciplines reveal the importance of acknowledging the mental components […]. [...]. In contract law, intent manifested by a promise and subsequent reliance provides the basis for enforceable agreements. Typically the mental element is the pivotal element in determining legal outcomes."

674 Vgl. ebd. S. 196.

675 *Bayne/Kolers*, Toward a Pluralistic Account of Parenthood, Bioethics 2003 (17/3), S. 221-242 (237): "How could a purely biological relationship such as derivation or gestation generate rights and responsibilities? By contrast, it is much more comprehensible how rights and responsibilities could arise out of the effective achievement of manifest intentions."

676 *Brake*, A Voluntarist Account of Parental Role Obligations, in: Archard/Benatar, Procreation an Parenthood, 2010, S. 151-178 (160 ff.): "Legally, for example, parents are responsible for a much longer period than mere survival requires, they are responsible for ensuring that their children receive education and various vaccina-

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

Wunscheltern ein Recht darauf hätten, fortzusetzen, was sie begonnen haben ("right to continue what we have underway")[677]. Für den voluntaristischen Ansatz spricht nach *Austin*, *Fuscaldo* und *Gutmann*, dass er für die Elternstellung eine genetische Abstammung weder voraussetzt noch genügen lässt und deshalb Adoptiv- und Pflegeeltern restlos Anerkennung verschafft[678]. Diese Flexibilität lobt auch *Brake*. Weil der voluntaristische Ansatz Elternschaft von Fortpflanzung trenne, sei er in der Lage diversen Elternkonstruktionen Rechnung zu tragen[679]: "The voluntarist account my appear counter-intuitive because it diverges from procreation as the criterion of moral parenthood. But this is a benefit; the account takes willing care-givers, not biological parents, as its paradigm."[680]

All das erklärt, warum die Bereitschaft zur Übernahme der sozialen Verantwortung und emotionalen Fürsorge für ein Kind ausreicht, um Elternschaft zu begründen. Fraglich bleibt aber, ob der Wille hierzu auch erforderlich ist. Dem halten *Brake/Millum* überzeugend entgegen, dass der voluntaristische Ansatz Gefahr läuft, Personen, die unabsichtlich ein Kind

---

tions, and they are prohibited from requiring their children to contribute financially to the domestic economy before a certain age. Socially, not only are parents expected to provide eighteen years of support, warmth, and affection, they are expected to enrich children's lives and seek to enable them to flourish. These expectations are all to the best, but they entail that parental obligations exceed procreative costs." (S. 161); *Thompson*, Making Parents, 2005.

677 *Richards*, The Ethics of Parenthood, Oxford Scholarship Online 2010, https://oxford.universitypressscholarship.com/view/10.1093/acprof:oso/9780199731749.001.0001/acprof-9780199731749 (21.1.2022), S. 8: "[…] to create a child is to begin to act as the child's parents, and we have a general right to continue anything we begin as long as we violated no rights in beginning it and violate non in continuing."; S. 27 ff.; zur Anwendung dieses Grundsatzes bei einer Leihmutterschaft oder Keimzellspende S. 36: "[…] suppose that a woman arranges to have her fertilized egg carried to term by someone else, or agrees to have this arrangement made on her behalf, with the understanding that the child is to be hers after birth. Then it is she who has begun a project of parenthood, one in which she gives the second woman a role, and it is she who has a right to continue as the child's parent."

678 *Austin*, The Failure of Biological Accounts of Parenthood, J. Value Inq. 2004 (38/4), S. 499-510 (507); *Fuscaldo*, Genetic Ties: Are they Morally Binding?, Bioethics 2006 (20/2), S. 64-76 (66); *Gutmann*, Mutterschaft zwischen Natur und Selbstbestimmung, in: Röthel/Heiderhoff, Regelungsaufgabe Mutterstellung, 2016, S. 63-85 (79).

679 *Brake*, A Voluntarist Account of Parental Role Obligations, in: Archard/Benatar, Procreation and Parenthood, 2010, S. 151-178 (176).

680 Vgl. ebd. S. 177: "This could involve rethinking the nature of parenthood – understanding parents not as procreators, but as a network of interested adults and family friends who coordinate care for a child."

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

gezeugt haben, aus der elterlichen Verantwortung zu entlassen[681]. Auch der umgekehrte Fall führe zu Plausibilitätsdefiziten: Denn es sei eher unwahrscheinlich, dass ein Paar, das ein Kind zeugt und deshalb ursprünglich nach der Geburt zur Adoption freigeben wollte, sich dann aber kurz danach doch dazu entscheidet, das Kind selbst großzuziehen, für die kurze Zeit zwischen Entbindung und Meinungsänderung nicht mehr dessen Eltern sein soll als jeder andere[682]. Auch *Bayne/Kolers* geben zu bedenken, dass viele Menschen ungewollt schwanger werden. Das mache sie aber nicht weniger zu Eltern des so gezeugten Kindes, als wenn die Schwangerschaft geplant gewesen wäre. Das Bestehen einer präkonzeptionellen Absicht sich fortzupflanzen, sei deshalb nicht erforderlich, um Elternschaft zu begründen[683]. Zustimmend *Gutmann*: „Sie [voluntaristische Ansätze] bringen die Zuschreibung der [...] Elternstellung [...] zwar in [...] Übereinstimmung mit den Grundprinzipien einer autonomieorientierten Moral; gleichzeitig bedürfen sie gerade deshalb [...] der Ergänzung durch Ansätze, die Elternschaft auch im Fall der nicht intentionalen Zeugung eines Kindes, also kraft bestimmter Formen nur kausaler Verursachung, zuschreiben"[684]. So lässt sich mit *Austin* und *Fuscaldo* annehmen, dass wer ein Kind im einvernehmlichen Geschlechtsverkehr zeugt, stets die moralische Verantwortung für dieses Kind trägt, weil er seine Existenz verursacht hat[685]. *Brake* sieht unfreiwillige Eltern nicht nur in einer moralischen Verantwortung, sondern

681 *Brake/Millum*, Parenthood and Procreation, SEP 2012, https://plato.stanford.edu/entries/parenthood/#toc (24.1.2022), Kapitel 4.3; *Millum*, How Do We Acquire Parental Rights?, Soc. Theory and Pract. 2010 (36/1), S. 112-132 (129).

682 *Brake/Millum*, Parenthood and Procreation, SEP 2012, https://plato.stanford.edu/entries/parenthood/#toc (24.1.2022), Kapitel 4.3.

683 *Bayne/Kolers*, Toward a Pluralistic Account of Parenthood, Bioethics 2003 (17/3), S. 221-242 (238): "[M]any people become pregnant unintentionally and this does not make them any less the parent of the ensuing child than if they had planned the pregnancy. Thus, preconception intentions to procreate are not necessary for parenthood."

684 *Gutmann*, Mutterschaft zwischen Natur und Selbstbestimmung, in: Röthel/Heiderhoff, Regelungsaufgabe Mutterstellung, 2016, S. 63-85 (79).

685 Vgl. *Brake/Millum*, Parenthood and Procreation, SEP 2012, https://plato.stanford.edu/entries/parenthood/#toc (24.1.2022), Kapitel 4.3; *Austin*, Conceptions of Parenthood, 2007; *Fuscaldo,* Genetic Ties: Are they Morally Binding?, Bioethics 2006 (20/2), S. 64-76 (64).

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

auch der rechtlichen Pflicht, sich um ihr Kind zu kümmern[686]. Im Ergebnis lässt sich festhalten: Dem voluntaristischen Ansatz gelingt es zwar, außerhalb des Natürlichkeitsparadigmas eine normative Begründung für Elternschaft zu finden, die nicht mehr über eine körperliche Verbindung und daher natürlichkeitsbasiert argumentiert. Er kann jedoch in praktischer Hinsicht wegen der aufgezeigten Probleme nur bedingt überzeugen. Auch der Wille zur Elternschaft ist daher zwar mitunter ausreichend, aber nicht erforderlich, um Elternschaft zu begründen.

(d) Der kausale Ansatz

Der kausale Ansatz stellt auf den Ursachenzusammenhang, also den Beitrag ab, den eine Person zur Entstehung des Kindes erbracht hat[687]. Mit *Brake/Millum* positiv hervorzuheben ist, dass das Kausalitätsmodell die anderen Ansätze gleichsam einschließt, da sowohl genetische als auch biologische und soziale Beziehungen zur Existenz oder Entwicklung eines Kindes beitragen[688]. Berechtigt ist allerdings der Einwand, dass unklar bleibt, welche Kausalität zu Grunde zu legen ist und dass jedenfalls die Äquivalenztheorie, wonach jede Handlung, die im Entferntesten zur Existenz des Kindes beigetragen hat, Elternschaft begründet, zu ausufernd ist[689]. Dieses Problem sieht auch *Fuscaldo* und gibt zu bedenken, dass „wenn jeder, der irgendwie dazu beiträgt, ein Kind in die Welt zu setzen, ein moralischer

686 *Brake*, A Voluntarist Account of Parental Role Obligations, in: Archard/Benatar, Procreation and Parenthood, 2010, S. 151-178 (175): "The voluntarist account does not entail that reckless procreators have no obligations. It can hold unintentional procreators to duties of virtue, the duty of easy rescue, legal obligations, and even procreative costs."

687 *Brake/Millum*, Parenthood and Procreation, SEP 2012, https://plato.stanford.edu/entries/parenthood/#toc (24.1.2022), Kapitel 4.4.; so etwa: *Archard*, The Obligations and Responsibilities of Parenthood, in: Ders./Benatar, Procreation and Parenthood, 2010, S. 103-127; *Fuscaldo*, Genetic Ties: Are they Morally Binding?, Bioethics 2006 (20/2), S. 64-7; *Blustein*, Procreation and Parental Responsibility, J. Soc. Philos. 1997 (28/2), S. 79-86; *Nelson*, Parental Obligations and the Ethics of Surrogacy, Public Aff. Q. 1991 (5/1), S. 49-61; *Bigelow et al.,* Parental Autonomy, J. Appl. Philos. 1988 (5/2), S. 183-196 (189, 191).

688 *Brake/Millum*, Parenthood and Procreation, SEP 2012, https://plato.stanford.edu/entries/parenthood/#toc (24.1.2022), Kapitel 4.4.: "Genetic, gestational, and caregiving relationships contribute to the child's existence or development […]. Causalism offers to explain its competitors."

689 Vgl. ebd. Kapitel 4.4.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Elternteil würde, man das Konzept der Elternschaft als eine ‚besondere Rolle' mit einzigartigen Rechten und Pflicht ablehnen müsste"[690]. Eine Eingrenzung nehmen Vertreter des kausalen Ansatzes einerseits über die Frage vor, ob eine Person die Folgen ihres Kausalbeitrages beabsichtigt hat, andererseits über die Bedeutung und Tragweite, die der jeweilige Beitrag in der Kette an Kausalbeiträgen einnimmt. So sieht *Nelson* eine Person für jede Konsequenz ihres freiwilligen Handelns in der Verantwortung, gleich ob sie deren Folgen beabsichtigt oder nicht [691]. Deshalb entstehe Elternverantwortung zum Beispiel auch dann, wenn ein Kind infolge einer Verhütungspanne geboren wird. *Munson* und *Hill* halten dagegen, dass man lediglich für die intendierten Folgen seines Handelns haftet; Elternverantwortung also nur entsteht, wenn man das Kind in Existenz bringen wollte. Zurecht weist aber *Fuscaldo* auf die damit verbundene Gefahr hin, dass ein Kind danach keine Eltern haben könnte[692]. Sie und *Austin* befürworten deshalb eine Haftung allein für die rational vorhersehbaren Folgen freiwilliger Handlungen.[693]

Nach *Munson* gebührt die Elternschaft außerdem nur den Personen, die den Kausalverlauf initiiert haben ("initial cause"), also nicht dem Keimzellspender oder dem Personal der Kinderwunschklinik, sondern den Wunscheltern ("causal agent")[694]. *Hill* konstituiert dagegen eine Elternschaft der Wunscheltern über eine "but-for" Kausalität, weil das Kind ohne ihren Einsatz nicht geboren worden wäre[695]. Eine Herleitung, die *Brake/Millum* als zu ausufernd und *Fuscaldo* und *Bayne/Kolers* als inkonsequent ablehnen, denn es sei unklar, warum *Hill* den Wunscheltern bei

690 *Fuscaldo*, Genetic Ties: Are they Morally Binding?, Bioethics 2006 (20/2), S. 64-76 (67): "If everyone who causes a child to exist is a moral parent then the very concept of parenthood as a 'special role' with unique rights and duties must be rejected."

691 *Nelson*, Parental Obligations and the Ethics of Surrogacy: A Causal Perspective, Public Aff. Q. 1991 (5/1), S. 49-61 (51).

692 *Fuscaldo*, Genetic Ties: Are they Morally Binding?, Bioethics 2006 (20/2), S. 64-76 (70): "if parental status is defined by preconception intent there is the possibility that a child would have no parents."

693 Vgl. ebd. S. 64-76 (64, 70, 71): "[P]arental responsibilities are generated whenever the birth of a child is a reasonably foreseeable consequence of voluntary actions."; *Austin*, Conceptions of Parenthood: Ethics and The family, 2007, S. 42-43;

694 *Munson*, Artificial Insemination and Donor Responsibility, in: Ders., Intervention and Reflection, 1988.

695 *Hill*, What Does it Mean to be a "Parent"?, NYU Law Review 1991 (66/2), S. 353-420 (414): "the child would not have been born but for the efforts of the intended parents".

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

konkurrierenden Ansprüchen zwischen ihnen und den biologischen Eltern den Vorrang einräume, wo doch letztere ebenfalls in einer "but-for" Kausalität zum Kind stünden[696]. Auch *Austin* nimmt eine Eingrenzung über die Bedeutung der jeweiligen Handlung in der Summe aller Kausalbeiträge vor. Danach könne die moralische Verpflichtung in Bezug auf die rational vorhersehbaren Folgen freiwilligen Handelns jemanden nur treffen, wenn er die unmittelbare und primäre Ursache dieser Folgen gesetzt hat[697]. Jedoch ist *Brake* zuzustimmen, dass sich damit die nicht minder problematische Frage nach unmittelbarer und mittelbarer, primärer und sekundärer Verantwortlichkeit stellt sowie die Frage nach dem objektiv Vorhersehbaren[698]. *Blustein* gibt zu bedenken, dass eine Untersuchung der unmittelbaren Ursache eines Ereignisses nicht ohne das Aufstellen normativer Standards, rechtlicher oder moralischer Art, auskommt[699]. Auch *Bayne/Kolers* warnen vor Praktikabilitätsdefiziten. Das Kriterium der Hauptverursachung sei nicht stichhaltig, weil man ansonsten auch Personen, die Großeltern werden wollen und als „treibende Kraft" die Schwangerschaft ihrer Tochter oder Schwiegertochter in die Wege leiten, als Eltern des in der Folge gezeugten Kindes bezeichnen müsste[700].

---

696 *Fuscaldo*, Genetic Ties: Are they Morally Binding?, Bioethics 2006 (20/2), S. 64-76 (69): "[I]t remains unclear why Hill gives intended parents the 'trump' in the case of competing claims between intended and biological parents. […] the biological parents also stand in a 'but-for' relationship with this child."; *Brake/Millum*, Parenthood and Procreation, SEP 2012, https://plato.stanford.edu/entries/parenthood/#toc (24.1.2022), Kapitel 4.4; *Bayne/Kolers*, Toward a Pluralistic Account of Parenthood, Bioethics 2003 (17/3), S. 221-242 (237).

697 *Austin*, Conceptions of Parenthood: Ethics and The Family, 2007, S. 42-43, 44.

698 *Brake*, A Voluntarist Account of Parental Role Obligations, in: Archard/Benatar, Procreation and Parenthood, 2010, S. 151-178 (158): "The difficulty for the causal theorist then devolves to defining 'primary and proximate cause' so as to rule out lab technicians, and specifying the 'reasonably foreseeable': if birth control promises a less than one per cent chance of pregnancy […] is pregnancy reasonably foreseeable?".

699 *Blustein*, Procreation and Parental Responsibility, J. Soc. Philos. 1997 (28/2), S. 79-86 (82): "An inquiry into the proximate cause of an event [...] is one that takes into account normative standards (legal or moral [...]). [...] we do not consider a person to be the proximate cause of event [...] if [...] her bringing about [...] is the result of deception, coercion, or violence on the part of others."

700 *Bayne/Kolers*, Toward a Pluralistic Account of Parenthood, Bioethics 2003 (17/3), S. 221-242 (237): "The 'prime mover' argument is not to the point, for persons who were eager to be grandparents might act as 'prime movers' in orchestrating their daughter's or daughter's in law's pregnancy."

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Doch selbst wenn man eine zufriedenstellende Antwort auf die Frage finden würde, welche Kausalität der Elternverantwortung zugrunde zu legen ist, bleibt das Problem, dass sich nur schwer von einer kausalen auf eine moralische Verantwortung schließen lässt. Zurecht nämlich kritisiert *Brake*, dass soweit der kausale Ansatz die elterlichen Pflichten „als kompensatorische Pflichten versteht, die aus der moralischen Verantwortung erwachsen, ein Kind in Existenz gebracht zu haben", er das tatsächliche Ausmaß elterlicher Verantwortung nicht zu erklären vermag. Insofern propagiere der kausale Ansatz ein „verkümmertes Konzept von Elternschaft".[701] Tatsächlich erscheint der Gedanke, ein Paar, das die Entstehung eines Kindes verursacht hat, habe dieses in eine Notlage gebracht und schulde ihm deshalb eine Entschädigung ("procreative costs") verfehlt[702]. Denn mit *Brake/Millum* und *Prusak* lässt sich die Frage, „ob Eltern ihren Kindern, aufgrund der kausalen Verantwortung für ihre Existenz lediglich ‚Schadensausgleich' für ihre Bedürftigkeit bis zum Erwachsenenalter schulden, oder ob diese ‚Zeugungskosten' nicht vielmehr eine umfassendere elterliche Verantwortung beinhalten, wie etwa die Pflicht, das Kind zu lieben und ‚mit seiner Situation zufrieden zu stellen'", nur zugunsten des letzteren beantworten[703]. Auch *Fuscaldo* räumt ein, dass es bei den elterlichen Pflichten um eine moralische Verantwortung und nicht um eine kausale Verantwortung geht, „weil wir nicht für jede Folge, zu der wir kausal beitragen, moralisch verant-

701 *Brake*, A Voluntarist Account of Parental Role Obligations, in: Archard/Benatar, Procreation and Parenthood, 2010, S. 151-171 (151): "If the causal account understands parental obligations as compensatory obligations issuing from moral responsibility for a child's existence, it cannot […] account for the extent of contemporary parental obligations. In this way, the causal account yields an impoverished conception of parenting."

702 Vgl. ebd. S. 159 ff.; so etwa: *Nelson*, Parental Obligations and the Ethics of Surrogacy: A Causal Perspective, Public Aff. Q. 1991 (5/1), S. 49-61 (50-51, 55); *Austin*, The Obligations and Responsibilities of Parenthood, in: Archard/Benatar, Procreation and Parenthood: The Ethics of Bearing and Rearing Children, 2010, S. 103-127 (110); *Blustein*, Procreation and Parental Responsibility, J. Soc. Philos. 1997 (28/2), S. 79-86 (79).

703 *Brake/Millum*, Parenthood and Procreation, SEP 2012, https://plato.stanford.edu/entries/parenthood/#toc (24.1.2022) Kapitel 4.4: "The question is whether, as a result of causal responsibility for their existence, parents merely owe children repair of their needy condition, by fostering survival to adulthood, or whether such 'procreative costs' include a richer set of parental responsibilities, such as a duty to love and to make the child 'content with his condition'."; *Prusak*, Abortion and the Grounds of Parental Obligations, Soc. Theory and Pract. 2011 (37/2), S. 311-332 (331).

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

wortlich sind“ [704]. Sie begegnet diesem Problem, indem sie anführt, dass nicht jeder, sondern nur jeder freiwillige und in seinen Folgen objektiv vorhersehbare Kausalbeitrag moralische Elternverantwortung begründet, die sich außerdem, und das ist entscheidend, auf eine andere Person übertragen lasse. Ähnlich *Archard:* Zwar begründe nach dem kausalen Modell die Verursachung eines Kindes die Verpflichtung, dafür Sorge zu tragen, dass jemand als Elternteil für dieses Kind handelt. Die Elternverantwortung müsse aber nicht notwendig von demjenigen übernommen werden, dem die Existenz des Kindes kausal zugerechnet wird.[705]

Doch damit lassen sich *Fuscaldo* und *Archard* eher dem pluralistischen Ansatz mit einem Primat der intentionalen und sozialen Elternschaft zuordnen als dem kausalen Modell. Denn da beim Einsatz von Reproduktionsmedizin meist sowohl der genetische als auch der biologische und intentionale Beitrag zur Erzeugung eines Kindes freiwillig und in seinen Folgen vorhersehbar erbracht wird, ist nach *Fuscaldo* jedes Modell für sich ausreichend, um Elternschaft zu begründen, aber eben nicht erforderlich, weil die Elternverantwortung übertragbar ist. Danach genügt also unabhängig von einer genetischen und biologischen Beziehung die ernsthafte Entscheidung einer Person, dauerhaft die soziale und emotionale Fürsorge für das Kind zu übernehmen. Anders wäre es, wenn man davon ausgeht, dass jeder Ursachenbeitrag zunächst nur kausale Verantwortung begründet und eine moralische Elternverantwortung erst durch die Entscheidung des Betroffenen erwächst, diese anzunehmen. Doch auch diese Position ähnelt mehr dem intentionalen denn kausalen Modell. Denn ohne den Willensakt mag sie nicht zu begründen, wie dieses oder jenes Kausalverhalten zu welchen Moralpflichten führt. Sie birgt außerdem die Gefahr der Beliebigkeit der Elternzuordnung. So wie der intentionale Ansatz nicht ohne kausale Ergänzung auskommt, ist der kausale Ansatz auf intentionale Ergänzung angewiesen. Das zeigt das Beispiel der Adoption. Adoptiveltern nehmen

704 *Fuscaldo*, Genetic Ties: Are they Morally Binding?, Bioethics 2006 (20/2), S. 64-76 (64): “[P]arental obligations are about moral responsibility and not causal responsibility because we are not morally accountable for every consequence to which we causally contribute.”

705 *Archard*, The Obligations and Responsibilities of Parenthood, in: Ders./Benatar, Procreation and Parenthood, 2010, S. 103-127 (118): “The causal account holds that causing a child to exist is a necessary condition of the obligation to ensure that someone acts as a parent to that child. The responsibilities of caring for a child, acting as its parent, [however] need not be discharged by whosoever caused the child to exist.”

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

keinen Anteil am Entstehungsprozess des Kindes, doch steht ihre Elternschaft außer Frage[706].

(2) Pluralismus als konventionskonformes Modell für den Zugang zur und den Zuspruch der Elternstellung

Damit steht zugleich fest: Nimmt man das der Konvention zugrunde liegende Recht auf gleiche Achtung ernst, überzeugt kein Ansatz mit Ausschließlichkeitsanspruch. Und auch keine Kausalbeziehung – weder genetisch noch biologisch oder intentional und sozial – ist allein oder in Kombination mit anderen zwingend erforderlich, um Elternschaft zu begründen. Die verschiedenen Ansätze kommen vielmehr plural für den Zugang zur Elternschaft und die Zuschreibung der elterlichen Rechte und Pflichten in Betracht. Sie sind also jeweils zwar ausreichend, aber nicht erforderlich, um Elternschaft zu begründen[707]. So im Ergebnis auch *Bayne/Kolers*: "genetic, gestational, custodial, and [...] intended parents, are all parents, and for that reason should be regarded as having *prima facie* responsibilities and rights as parents"[708]. Mit *Gutmann* lässt sich die Diskussion so zusammenfassen, dass „sich [einerseits] genetische Begründungsansätze, die Elternschaft primär als ein ‚natürliches', nämlich biologisches und nicht als ein soziales Verhältnis begreifen, intensiver Kritik gegenüber [sehen]", und es andererseits „eine gut begründete Aufwertung intentionaler bzw voluntaristischer Ansätze [gibt], die primär auf die *Entscheidung* abstellen, ein Kind haben, versorgen und aufziehen zu wollen"[709]. Zustimmend *Austin*: "The most important goods of parenthood are found in the relational and formational

706 So auch: *Blustein*, Procreation and Parental Responsibility, J. Soc. Philos. 1997 (28/2), S. 79-86 (85).

707 So auch: *Bayne/Kolers*, Toward a Pluralistic Account of Parenthood, Bioethics 2003 (17/3), S. 221-242, *Gutmann*, Mutterschaft zwischen Natur und Selbstbestimmung, in: Röthel/Heiderhoff, Regelungsaufgabe Mutterstellung, 2016, S. 63-85 (80); sich für den pluralistischen Ansatz aussprechend außerdem: *Murray/Kaebnick*, Genetic Ties and Genetic Mix-Ups, J. Med. Ethics 2003 (29), S. 68-69; *Fuscaldo*, What Makes A Parent?, J. Med. Ethics 2003 (29/2), S. 66-67; *Bartlett*, Rethinking Parenthood as an Exclusive Status, Va. Law Rev. 1984 (70/5), S. 879-963; *Charo*, Biological Determinism in Legal Decision Making, Tex. J. Women Law 1994 (3/2), S. 265-306.

708 *Bayne/Kolers*, Toward a Pluralistic Account of Parenthood, Bioethics 2003 (17/3), S. 221-242 (240).

709 *Gutmann*, Rechtsphilosophische Reflexionen, in: Arnold/Bernat/Kopetzki, Das Recht der Fortpflanzungsmedizin 2015, 2016, S. 45-61 (53).

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

aspects of parenting, and these aspects need not depend on genetic or biological connections. [...]. This is not to say that the physical creation of a child has no value, but that its value is secondary to that of helping to create the individual that the child becomes."[710] Ähnlich *Bayne/Kolers*: "[W]e end by sketching a pluralist picture of the nature of parenthood, rooted in causation, on which gestation, direct genetic derivation, extended custody, and even, sometimes, intentions, may be individually sufficient for parenthood."[711] Dafür spricht auch, dass, wie *Gutmann* festhält, „die Basiskategorien dessen, was der *soziale* Sinn der Elternschaft ist – die Sorge und die Übernahme von Verantwortung für ein Kind sowie der Aufbau einer tiefen wechselseitigen Bindung – auch dort, wo die Elternschaft nicht biologisch fundiert ist, selbst anthropologisch verankert und insoweit auch ‚natürlich' sind"[712]. Da die Konventionsstaaten Neutralität zu wahren haben, wenn es um die höchstpersönliche Entscheidung geht, welchen Wert der Einzelne den natürlichen und menschlichen Investitionen in seinem Streben nach dem privaten Glück einräumt, lässt sich mit Recht sagen, dass die „Gründe für die Zuschreibung einer Elternstellung am Ende nur plural gedacht werden können und dass hierbei grundsätzlich jede realisierte Entscheidung einer Person dafür, dauerhafte Verantwortung für ein Kind übernehmen zu wollen, auch ohne biologische Verwandtschaftsbeziehung einen hinreichenden Grund dafür darstellt, die Elternstellung dieser Person anzuerkennen"[713]. Das damit vermeintlich einhergehende Problem, „dass mehr als zwei Personen als Eltern eines Kindes" in Frage kommen[714], ist nur ein Scheinproblem. Denn mit *Fuscaldo* gibt es keinen vernünftigen Grund, warum die Elternverantwortung nicht übertragbar sein sollte. Das pluralistische Modell beugt zugleich einer Ungleichbehandlung wegen der Art der intendierten Elternschaft vor. Denn wie *Millum* richtig sagt, liefern zwar nur zwei Personen die Gene eines Kindes. Allerdings können viele Personen an seiner Erziehung Teil haben und somit elterliche Anteile erwerben, so dass ein Kind in der Tat eine beliebige Anzahl moralischer Eltern haben

710 *Austin*, Conceptions of Parenthood: Ethics and The Family, 2007, S. 57.
711 *Bayne/Kolers*, Toward a Pluralistic Account of Parenthood, Bioethics 2003 (17/3), S. 221-242 (221).
712 *Gutmann*, Rechtsphilosophische Reflexionen, in: Arnold/Bernat/Kopetzki, Das Recht der Fortpflanzungsmedizin 2015, 2016, S. 45-61 (52).
713 Vgl. ebd. S.54; *Gutmann*, Mutterschaft zwischen Natur und Selbstbestimmung, in: Röthel/Heiderhoff, Regelungsaufgabe Mutterstellung, 2016, S. 63-85 (79).
714 Vgl. ebd. S. 80.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

könne[715]. Damit steht fest: Wenn und soweit „soziale Elternschaft garantiert ist", spricht aus rechtsphilosophischer Perspektive alles für „eine Abwertung der normativen Bedeutung nur genetischer Elternschaft"[716]. Im Ergebnis also ist der pluralistische Ansatz das einzige Modell, das vor den Grundwerten der Konvention besteht, weil er davon absieht, dem Einzelnen nur eine, nämlich die leibliche Verbindung als Basis für Elternschaft zu oktroyieren. Dabei gilt es in Erinnerung zu rufen: „Elternschaft ist in der modernen europäischen Verwandtschaftskonzeption zwar tief in biologischen Strukturen verwurzelt und wird durch den natürlichen Reproduktionsprozess definiert. Dennoch war Elternschaft noch nie ein einfaches Abbild biologischer Realitäten"[717].

dd) Ergebnis zur Qualität des Zugangsrechts gemessen an den Grundprinzipien der westlichen Verfassungstradition

Als exakte Ausformulierungen der Grundprinzipien, die die Konvention in ihrem Geist prägen, untermauern die rechtsphilosophischen Entwicklungen die Notwendigkeit der Anerkennung eines *pluralistischen* und *gleichen* Rechts auf Zugang zur Elternschaft mit „*funktionale[m] Primat der sozialen und intentionalen Elternschaft*"[718]. Dafür sprechen das steigende Bewusstsein für den freiheitsrechtlichen Schutz der autonomen Entscheidung, ein Leben mit Kind zu führen. Außerdem der Abbau von Ungleichbehandlun-

715 *Millum*, How Do We Acquire Parental Rights?, Soc. Theory and Pract., 2010 (36/1), S. 112-132 (122): "In societies where the biological parents do the majority of the parenting work, this will normally mean that their parental stake greatly outweighs that of other caregivers. If, instead, members of the extended family play a substantial role in raising children, these other family members may acquire parental rights. And where childrearing is communal, all the participating members of the community will be parents. Thus the investment theory of parenthood avoids the trap of arbitrarily preferring any particular parental set-up: if a way of raising children leads them healthily through their development, then this counts as a legitimate mode of parenting."

716 *Gutmann*, Mutterschaft zwischen Natur und Selbstbestimmung, in: Röthel/Heiderhoff, Regelungsaufgabe Mutterstellung, 2016, S. 63-85 (82).

717 *Büchler*, Gutachten im Auftrag des schweizerischen Bundesamtes für Gesundheit: Die Eizellspende in der Schweiz de lege lata und de lege ferenda, https://www.bag.admin.ch/bag/de/home/medizin-und-forschung/fortpflanzungsmedizin/stellungnahmen-gutachten.html (29.3.2022), 2014, S. 17.

718 *Gutmann*, Mutterschaft zwischen Natur und Selbstbestimmung, in: Röthel/Heiderhoff, Regelungsaufgabe Mutterstellung, 2016, S. 63-85 (80).

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

gen im Zugang zur Elternschaft und die verloren gegangene Schlagkraft von Argumenten *ex natura* für den Zuspruch der Elternstellung, die rein biologisch und genetische Begründungsansätze ausschließen und eine Aufwertung der „tatsächliche[n] Übernahme der sozialen Elternfunktion gerade (auch) nach der Geburt“[719] einfordern.

c) Gesamtergebnis zu der systematischen Vereinbarkeit des Zugangsrechts mit dem Geist der Konvention

Insgesamt streiten die Grundprinzipien der westlichen Verfassungstradition, die Freiheitsvermutung, das Recht auf gleiche Achtung und das daraus deduzierte Neutralitätsgebot des Staates gegenüber den persönlichen Lebensentwürfen seiner Rechtssubjekte für eine Einbeziehung des Rechts auf Zugang zur Elternschaft in den Menschenrechtskatalog der EMRK. Damit stützt und erweitert die systematische Auslegung des Art. 8 EMRK (i.V.m. Art. 14 EMRK) das Ergebnis der grammatischen und teleologischen Exegese. Denn kontextuell ist das durch den EGMR in ständiger Rechtsprechung im Anwendungsbereich des Art. 8 EMRK etablierte Zugangsrecht nur begründet, wenn es in diesen Grundwerten aufgeht. Das bedeutet, dass es ungeachtet der sexuellen Orientierung, des Ehestandes und Beziehungsstatus der Konventionsbürger jedem zusteht und außerdem die möglichen Gründe für den Zugang zur Elternschaft und die Zuschreibung der Elternverantwortung plural denkt, insbesondere also die intentionale und soziale Elternschaft berücksichtigt. Dafür wird der Gesetzgeber als normative Grundlage für die Elternstellung, unabhängig von einer genetischen oder biologischen Beziehung, jede ernsthafte Entscheidung einer Person genügen lassen müssen, dauerhaft die soziale Verantwortung und emotionale Fürsorge für ein Kind zu übernehmen. Dem wohnt die Möglichkeit inne, dass sich mehr als zwei Personen als Eltern eines Kindes eignen.

2) Die systematische Vereinbarkeit des Zugangsrechts mit anderen völkerrechtlichen Grundsätzen und Verträgen

Ein Blick auf andere, der Konvention nahestehende völkerrechtliche Grundsätze und Verträge untermauert, wie notwendig die Anerkennung eines *pluralistischen* und *gleichen* Zugangsrechts auf Persönlichkeitsentwick-

719 Vgl. ebd. S. 80.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

lung durch Elternschaft mit dem *Primat der intentionalen und sozialen Elternschaft* ist.

a) Die Vereinbarkeit mit der Charta der Vereinten Nationen

So heißt es etwa in der Präambel zur UN-Charta, dem Gründungsvertrag der UNO: „Wir, die Völker der Vereinten Nationen – fest entschlossen [...] unseren Glauben an [...] Würde und Wert der menschlichen Persönlichkeit [...], erneut zu bekräftigen […].“ Sieht man mit dieser Arbeit den Schutzzweck der Menschenrechte im Verhältnis zur Menschenwürde darin, den Menschen zu selbstbestimmtem Handeln und autonomer Entscheidungsmacht in allen Fragen persönlicher Identität zu befähigen, und folgt man ihr außerdem in der Annahme, dass Elternschaft für die meisten Menschen ein integraler Bestandteil ihrer privaten Vorstellung von einem erfüllten Leben ist und deshalb einen besonderes menschenwürdenahen Kernaspekt persönlicher Identität betrifft, so lässt sich das Zugangsrecht unmittelbar unter „Würde und Wert der menschlichen Persönlichkeit“ subsumieren.

b) Die Vereinbarkeit mit den Menschenrechtskonventionen der Vereinten Nationen

Zwar prägen die dargelegten Maximen primär die westliche Verfassungslandschaft, doch finden sie Anklang auch in der Internationalen Menschenrechtscharta. Diese setzt sich zusammen aus der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte von 1948 (AEMR), dem Internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte von 1966 (UN-Zivilpakt), dem Internationalen Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte von 1966 (UN-Sozialpakt) sowie den Fakultativprotokollen zum Zivil- und Sozialpakt. Der UN-Zivilpakt und der UN-Sozialpakt gießen das *soft-law* der AEMR in rechtsverbindliche Form. Wichtige Anhaltspunkte enthalten außerdem das Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau von 1980 (UN-Frauenkonvention), das Übereinkommen über die Rechte des Kindes von 1989 (UN-KRK) und das Übereinkommen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen von 2008 (UN-BRK). Daneben fixieren einige der in diesen Konventionen niedergelegten Rechte ganz konkret ein pluralistisches und gleiches Recht auf Zugang zur

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Persönlichkeitsentwicklung durch Elternschaft, auch und gerade unter Anwendung fortpflanzungsmedizinischer Methoden. *Summa summarum* sind das: Das Recht auf Gleichbehandlung ("right to non-discrimination and equal treatment"), das Recht auf Familiengründung ("right to marry and found a family"), das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens ("right to privacy and family life") sowie das Recht auf ein Höchstmaß an körperlicher und geistiger Gesundheit ("right to the highest attainable standard of health") in Verbindung mit dem Recht auf Teilhabe an den Errungenschaften des technischen Fortschritts ("right to enjoy the benefits of scientific progress and its applications")[720].

aa) Die Grundprinzipien der westlichen Verfassungstradition als universelle Menschenrechtsgrundsätze

Die Freiheitsvermutung, das Recht auf gleiche Achtung und der Grundsatz der offenen Geisteshaltung bzw. die staatliche Neutralitätspflicht auch auf globaler Ebene sprechen als systematische Argumente für eine Eingliederung des Zugangsrechts in den universellen Menschenrechtskanon. Dies wird auch belegt durch die Tatsache, dass sich die EMRK als rechtsverbindliche Ausformulierung der in der AEMR niedergelegten Rechte versteht. So heißt es dann auch in der Präambel zur AEMR: „Da die Anerkennung der angeborenen Würde und der gleichen und unveräußerlichen Rechte aller Mitglieder der Gemeinschaft der Menschen die Grundlage von Freiheit, Gerechtigkeit und Frieden in der Welt bildet [...]." Und Art. 1 AEMR verlautbart: „Alle Menschen sind frei und gleich an Würde und Rechten geboren. Sie sind mit Vernunft und Gewissen begabt und sollen einander im Geiste der Brüderlichkeit begegnen." Danach besteht eine Ausgangsvermu-

720 *UNFPA/DIHR/OHCHR*, Reproductive Rights are Human Rights, A Handbook for National Human Rights Institutions, 2014, https://www.ohchr.org/documents/publications/nhrihandbook.pdf (4.12.2020), S. 89-115; vgl. im Überblick *Wapler*, Reproduktive Autonomie: rechtliche und rechtsethische Überlegungen, in: Baer/Sacksofsky, Autonomie im Recht – Geschlechtertheoretisch vermessen, 2018, S. 185-214 (186 ff.): Danach „[stammt] [d]ie Idee, alle grund- und menschenrechtlichen Gewährleistungen, die mit der menschlichen Fortpflanzung zusammenhängen, in dem Ausdruck „reproduktive Rechte" zusammenzufassen […], aus dem internationalen Recht". *Wapler* zeichnet den Prozess ihrer Anerkennung im Völkerrecht nach und identifiziert „ein ganzes Bündel an Gewährleistungen, die letzten Endes alle dazu dienen, die freie Entscheidung des Individuums für oder gegen ein Kind abzusichern".

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

tung zugunsten der Freiheit jedermanns („unveräußerlichen Rechte", „Freiheit", „frei"), die als erste Ableitung Gleichheit in dieser Freiheit voraussetzt („angeborenen Würde", „gleichen [...] Rechte", „Gerechtigkeit", „gleich an Würde und Rechten"). Hinzu kommt gegenseitige Achtung gegenüber der identitätsprägenden Freiheitsausübung anderer, die mit einer staatlichen Neutralitätspflicht zu allen Kernaspekten persönlicher Identität einhergeht („Anerkennung der [...]", „im Geiste der Brüderlichkeit"). Das *Kantische* Freiheitsideal kommt zudem deutlich in Art. 29 AEMR zum Ausdruck. Danach hat jeder Pflichten gegenüber der Gemeinschaft, in der allein die freie und volle Entfaltung seiner Persönlichkeit möglich ist (Abs. 1). Zudem ist jeder bei der Ausübung seiner Rechte und Freiheiten nur den Beschränkungen unterworfen, die das Gesetz ausschließlich zu dem Zweck vorsieht, die Anerkennung und Achtung der Rechte und Freiheiten anderer zu sichern (Abs. 2). Noch deutlicher bringt es die Präambel zum UN-Zivilpakt zum Ausdruck: „In der Erkenntnis, dass nach der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte das Ideal vom freien Menschen, der bürgerliche und politische Freiheiten genießt und frei von Furch und Not lebt, nur verwirklicht werden kann, wenn Verhältnisse geschaffen werden, in denen jeder seine bürgerlichen und politischen Rechte ebenso wie seine wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte genießen kann [...]." Fast wortgleich die Präambel zum UN-Sozialpakt: „In der Erkenntnis, dass nach der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte das Ideal vom freien Menschen, der frei von Furcht und Not lebt, nur verwirklicht werden kann, wenn Verhältnisse geschaffen werden, in denen jeder seine […] bürgerlichen und politischen Rechte genießen kann [...]." Die UN-BRK nennt als ersten Grundsatz „die Achtung der dem Menschen innewohnenden Würde, seiner individuellen Autonomie, einschließlich der Freiheit, eigene Entscheidungen zu treffen, sowie seiner Unabhängigkeit". Die Resolution zum "World Summit Outcome" 2005 schließlich bekräftigt: "We reaffirm that our common fundamental values, including freedom, equality, solidarity, tolerance, [...], are essential to international relations."[721] Nach alledem sind Freiheit, Gleichheit und Respekt grundlegend, nicht nur für die systematische Auslegung der EMRK, sondern auch der UNO-Menschenrechtskonventionen.

721 *UNGA*, Resolution A/RES/60/1, WSO 2005, Präambel.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

bb) Das Zugangsrecht in den UN-Menschenrechtskonventionen

Im Jahr 2014 hat der "United Nations Population Funds" (UNFPA) in Zusammenarbeit mit dem "Danish Institute for Human Rights" (DIHR) und dem "Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights" (OHCHR) ein Handbuch für nationale Menschenrechtsinstitutionen herausgegeben. Sein Titel lautet: "Reproductive Rights are Human Rights"[722]. Darin verweist er auf § 7.2 des "International Conference on Population and Development (ICPD) Programme of Action" von 1994 (United Nations General Assembly (UNGA)-Resolution A/RES/49/128), der in Anlehnung an den WHO-Gesundheitsbegriff[723] festlegt: "Reproductive health is a state of complete physical, mental and social well-being and not merely the absence of disease or infirmity, in all matters relating to the

722 *UNFPA/DIHR/OHCHR*, Reproductive Rights are Human Rights, A Handbook for National Human Rights Institutions, 2014, https://www.ohchr.org/documents/publications/nhrihandbook.pdf (4.12.2020): Danach sollen sich nationale Menschenrechtsinstitutionen "Reproductive Rights" mithilfe des "Human Rights-Based Approach to development" (HRBA) erschließen. Dabei handelt es sich um eine Reihe grundlegender Menschenrechte, die Orientierung bieten sollen für nationale Menschenrechtsinitiativen. Dazu gehören: "Universality, inalienability and indivisibility of human rights", "Interdependence and inter-relatedness", "Equality and non-discrimination", "Participation and inclusion" und "Accountability and rule of law". Da diese Attribute im Wesentlichen auf die Umsetzung der Freiheitsvermutung, des Rechts auf gleiche Achtung und der Gebote von Toleranz und Staatsferne gegenüber höchstpersönlicher Freiheitsauübung zielen, stützt der HRBA-Ansatz die hier dargelegte systematische Argumentation.

723 Nach der WHO ist Gesundheit "a state of complete physical, mental and social well-being and not merely the absence of disease or infirmity". Dieser Gesundheitsbegriff kommt wegen seiner Uferlosigkeit zwar eher einer Messlatte für Glück denn für Gesundheit gleich und ist deshalb alles in allem impraktikabel, um die normativen Begriffe „Krankheit" und „Gesundheit" sinnvoll auszufüllen. Überzeugender erscheint der Fähigkeiten-Ansatz *Nussbaums*, wonach es darum geht, Menschen für das funktionsfähig zu halten, was sie selbst mit ihrem Leben machen wollen, inklusive der Möglichkeit, Beziehungen zu anderen Menschen aufzubauen, sich umeinander zu sorgen und Kinder großzuziehen (vgl. B, III, 1, b, aa). Oder der Ansatz *Rawls*, der an ein subjektives Wohlbefinden anknüpft, wonach man krank ist, weil man etwas nicht machen kann, was andere Menschen machen können. Auf die Frage, ob und inwieweit unfreiwillige Kinderlosigkeit danach und nach der Definition des Bundessozialgerichts in Deutschland als Krankheit zu werten ist und deshalb die Kinderwunschbehandlung durch die gesetzliche Krankenversicherung finanziert gehört, wird an anderer Stelle erörtert (vgl. C, II, 3, b). Auf global-menschenrechtlicher Ebene jedoch ist Leitsatz die Gesundheitsdefinition der WHO, sodass es für den Moment darauf ankommen soll.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

reproductive system and to its functions and processes."[724] Diese Definition enthält bereits die wesentlichen Merkmale eines Rechts auf Zugang zur Persönlichkeitsentwicklung durch Elternschaft mittels Reproduktionsmedizin: Gewährleistet ist, so zusammenfassend UNFPA/DIHR/OHCHR, die freie Entscheidung über das Ob und Wie der eigenen Fortpflanzung sowie das Recht auf ein Höchstmaß an körperlicher und geistiger Gesundheit. Dazu gehöre auch der Zugang zur Kinderwunschbehandlung. Wörtlich heißt es: "The right to the highest standard of sexual and reproductive health contains the access to a comprehensive package of health services including voluntary family planning"[725]. Diese Rechte müssten jedem zustehen, so dass auch „Menschen mit Behinderungen, ethnische Minderheiten und andere gefährdete oder ausgegrenzte Gruppen einen Anspruch auf die gleichen sexuellen und reproduktiven Gesundheitsdienste haben wie andere Gruppen". Das schließe insbesondere lesbische, homosexuelle, bisexuelle und transsexuelle Personen ein, die vielerorts keinen Zugang zu eben diesen Diensten hätten; ein klarer Ausdruck von Diskriminierung[726]. Außerdem, so legt die Formulierung "the basic right of *all* couples and *individuals*" nahe, schließt § 7.3 sowohl unverheiratete als auch alleinstehende Personen ein. Im Folgenden sei auf die konkreten Menschenreche eingegangen, aus denen sich laut der Auslegung des "ICPD-Programme of Action" durch UNFPA/DIHR/OHCHR Reproduktionsrechte ergeben und die in diesem Kontext auch für ein Jedermanns-Recht auf Zugang zur Persönlichkeitsentwicklung durch Elternschaft und gegen gesetzesmedizinische Verbote im Bereich der Fortpflanzungsmedizin sprechen[727].

724 *ICPD*, Programme of Action 1994, S. 60, § 7.2.; § 7.3 konkretisiert: "[R]eproductive rights embrace certain human rights that are already recognized in national laws, international human rights documents and other consensus documents. These rights rest on the recognition of the basic right of all couples and individuals to decide freely and responsibly the number, spacing and timing of their children and to have the information and means to do so, and the right to attain the highest standard of sexual and reproductive health. It also includes their right to make decisions concerning reproduction free of discrimination, coercion and violence."

725 *UNFPA/DIHR/OHCHR*, Reproductive Rights are Human Rights, A Handbook for National Human Rights Institutions, 2014, https://www.ohchr.org/documents/publications/nhrihandbook.pdf (4.12.2020), S. 23.

726 Vgl. ebd. S. 23: "In many places, lesbian, gay, bisexual and transgender (LGBT) persons are not provided access to sexual and reproductive health services; this is clearly a manifestation of discrimination."

727 Vgl. ebd. S. 89-115.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

(1) Das Recht auf ein Höchstmaß an körperlicher und geistiger Gesundheit und das Recht auf Teilhabe an den Errungenschaften des technischen Fortschritts

Nach Art. 12 I UN-Sozialpakt erkennen die Vertragsstaaten das Recht eines jeden auf das für ihn erreichbare Höchstmaß an körperlicher und geistiger Gesundheit an. Für Kinder ist dieses Recht in Art. 24 UN-KRK verankert, für Behinderte in Art. 25 UN-BRK. Daneben verpflichtet Art. 12 UN-Frauenkonvention die Staaten, geeignete Maßnahmen zu treffen, um der Frau gleichberechtigt mit dem Mann Zugang zu den Gesundheitsdiensten, einschließlich derjenigen in Zusammenhang mit der Familienplanung, zu gewährleisten[728]. Fester Bestandteil des Rechts auf ein Höchstmaß an körperlicher und geistiger Gesundheit ist nach dem "Committee on Economic, Social and Cultural Rights" (CESCR) das Recht eines jeden auf reproduktive Gesundheit im Sinne des § 7.2 ICPD-Programme of Action[729]. Diesbezüglich, so das CESCR, gelten die üblichen 3AQ: "*availability*, […], *accessibility* […], *acceptability* […] and *quality*"[730]. Demnach bedeute reproduktive Gesundheit, dass „Frauen und Männer frei entscheiden können, sich fortzupflanzen, und dass sie das Recht haben […] auf Zugang zu sicheren, wirksamen, erschwinglichen und akzeptablen Methoden der Familienplanung ihrer Wahl"[731]. Außerdem erkennen die Vertragsstaaten in Art. 15 I Nr. 2 UN-Sozialpakt das Recht eines jeden an, an den Errungenschaften des wissenschaftlichen Fortschritts und seiner Anwendung teilzuhaben[732]. Darunter lässt sich, so das UNFPA/DIHR/OHCHR mit Blick auf § 7.3

728 Dem widerspricht Deutschland derzeit durch das Verbot der Eizellspende im Gegensatz zur Samenspende (vgl. dazu: C, III, 2, c).

729 *CESCR,* General Comment No. 22: On the Right to Reproductive and Sexual Health, 2016, § 1, § 6.

730 *UNFPA/DIHR/OHCHR*, Reproductive Rights are Human Rights, A Handbook for National Human Rights Institutions, 2014, https://www.ohchr.org/documents/publications/nhrihandbook.pdf (4.12.2020), S. 110; *CESCR*, General Comment No. 14: The Right to the Highest Attainable Standard of Health, 2000, § 12; *CESCR*, General Comment No. 22: On the Right to Reproductive and Sexual Health, 2016, § 12-§ 21.

731 *CESCR*, General Comment No. 14: The Right to the Highest Attainable Standard of Health, 2000, § 14, Fn. 12: "Reproductive health means that women and men have the freedom to decide if and when to reproduce and the right to be informed and to have access to safe, effective, affordable and acceptable methods of family planning of their choice."

732 Zum Gewährleistungsgehalt im Einzelnen: HRC, Report of the Special Rapporteur in the field of cultural rights, A/HRC/20/26, 2012, § 25.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ICPD-Programme of Action, auch ein *gleiches* Recht auf Zugang zur Elternschaft fassen. Die Rede ist von einem „Recht auf Unterstützung für Personen, die nicht ohne Hilfe Eltern werden können, sei es aus medizinischen Gründen oder weil sie alleinstehend oder in einer gleichgeschlechtlichen Beziehung leben“[733]. So interpretieren es auch die Richter *Tulkens et al.* in ihrem Votum zu *S.H. et al. vs. Austria*: “Today ‘society has to cope with new challenges brought to the forefront by (a) technological revolution (in the field of assisted reproduction) and its social implications’. In this respect, it seems to us important to recall Articles 12 § 1 and 15 § 1 (b) of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (1966) which recognises the right of everyone to enjoy the benefits of scientific progress and its applications, and the right of everyone to enjoy the highest standard of physical and mental health”[734]. Letztlich gehe es nicht um die Wahl zwischen verschiedenen Techniken, sondern viel grundsätzlicher um die Verweigerung des Zugangs zu einer verfügbaren Behandlung[735].

Und tatsächlich: Soweit die unfreiwillige Kinderlosigkeit ein mithilfe der Verfahren der medizinisch assistierten Reproduktion therapierbarer Zustand mit Krankheitswert ist, dessen Behandlung für die betroffenen Personen zu einer nicht unerheblichen Minderung ihres Leidens führt, wird man nicht umhinkönnen, als das Zugangsrecht auf Elternschaft von Art. 12 I i.V.m. Art. 15 I Nr. 2 UN-Sozialpakt erfasst zu sehen. Dass dem so ist, hat die WHO auf ihrer Tagung “Medial, Ethical and Social Aspects of Assisted Reproduction” im September 2001 bestätigt. Danach ist die unfreiwillige Kinderlosigkeit infolge von Unfruchtbarkeit ein globales Problem mit Krankheitswert, das weltweit mehr als 80 Millionen Menschen

733 *UNFPA/DIHR/OHCHR*, Reproductive Rights are Human Rights, A Handbook for National Human Rights Institutions, 2014, https://www.ohchr.org/documents/publications/nhrihandbook.pdf (4.12.2020), S. 115: “the right to assistance for persons who cannot become parents unassisted, whether for medical reasons or because they are single or live in same sex relationships”.

734 ECHR No. 57813/00, 3rd Nov. 2011 (S.H. et al./Austria), Joint Dissenting Opinion: Tulkens, Hirvelä, Lazarova Trajovska and Tsotsoria, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-107325 (14.8.2020), PDF S. 31-35 (33), Z. 9 m. Verw. a. *Fathalla*, Current Challenges in Assisted Reproduction, in: Vayena et al., Current Practices and Controversies in Assisted Reproduction, 2002, S. 3-12.

735 ECHR No. 57813/00, 3rd Nov. 2011 (S.H. et al./Austria), Joint Dissenting Opinion: Tulkens, Hirvelä, Lazarova Trajovska and Tsotsoria, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-107325 (14.8.2020), S. 31-35 (33), Z. 9: “Ultimately, what is at stake here is not a question of choice between different techniques but, more fundamentally, [...] denial of access to available treatment.”

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

betrifft. Allgemein leide eines von zehn Paaren an primärer oder sekundärer Unfruchtbarkeit. Dieser Zustand beeinflusse das Leben der Betroffenen zentral und sei eine ständige Quelle sozialen und psychologischen Leidens mit dem Potenzial, die Paarbeziehung stark zu belasten[736]. Auch wenn der gesellschaftliche Druck Kinder zu bekommen, von Land zu Land unterschiedlich ausfalle, so sei doch allen das verzweifelte Bedürfnis ihrer jeweils betroffenen Bürger gemein, ein gesundes Kind zu gebären.[737] Für Frauen sei der Leidensdruck besonders groß. Zwar werde Unfruchtbarkeit von den Betroffenen ungeachtet ihres Geschlechts als Stigma empfunden. Doch in vielen Kulturen werde die „Schuldfrage" gerade der Frau angelastet. Das gelte insbesondere für Gesellschaften, die Weiblichkeit über Mutterschaft definieren. Das Gefühl der Ausgrenzung und Demütigung, das durch den „Druck von Familie, Gleichaltrigen und Medien noch verstärkt wird", führe zu „psychologischen, ehelichen und sozialen Problemen"[738]. Nicht selten markiere der unerfüllte Kinderwunsch den Beginn eines lebenslangen Traumas, so dass die Betroffenen darauf angewiesen sind, in ihrem familiären und soziokulturellen Umfeld Bewältigungsmechanismen zu entwickeln[739]. Die WHO empfiehlt daher, Unfruchtbarkeit weltweit als ein öffentliches Gesundheitsproblem anzuerkennen.[740]

---

736 So auch: BT-Drucks. 19/27200, Neunter Familienbericht, 2021, S. 37-38, wonach „Befragungen zum Thema ‚Kinderwunsch' zeigen, […] dass Familie und Partnerschaft eine hohe Bedeutung für den eigenen Lebenslauf beigemessen wird (Albert et al., 2019; Ruckdeschel, 2007)". Dabei werde „die weitere Partnerschaftsbiografie maßgeblich [dadurch] beeinflusst, ob Kinderwünsche umgesetzt werden oder nicht (Berrington & Pattaro, 2014; Morgan & Rackin, 2010)".

737 *Vayena et al.*, Current Practices and Controversies in Assisted Reproduction: Report of a meeting on "Medical, Ethical and Social Aspects of Assisted Reproduction" held at WHO Headquarters in Geneva, Switzerland 17-21 September 2001, 2002, S.XV: "[I]t is a central issue in the lives of the individuals who suffer from it. It is a source of social and psychological suffering for both men and women and can place great pressures on the relationship within the couple. […]. Although peer and social pressures to have children vary from country to country, what remains common in all is the desperate need of infertile people to give birth to a healthy child."

738 Vgl. ebd. S. 384: "[I]nfertility is perceived universally by the infertile as a stigma. In many cultures infertility is usually blamed on the female partner. As a result, the burden of infertility is heavier for womn, especially in societies that define womanhood through motherhood. The feeling of stigmatization exacerbated by family, peer and media pressure leads to psychological, marital and social problems."

739 Vgl. ebd. S. 392: "Infertile men and women suffer the effects of their infertility throughout their lifespans and develop coping mechanisms in the context of their family and sociocultural environment."

740 Vgl. ebd. S. 383: "Infertility should be recognized as a public health issue worldwide."

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Diese Erkenntnis lässt sich im Grunde auf jede denkbare Ursache für unfreiwillige Kinderlosigkeit übertragen. Denn alles spricht dafür, dass der Leidensdruck von LGBT-Personen oder alleinstehenden Personen, die wegen ihrer sexuellen Orientierung oder mangels Partners auf die Fortpflanzungsmedizin angewiesen sind, nicht geringer ausfällt als für heterosexuelle, unfruchtbare Paare. Ihr Interesse an einer Identitätsbildung und -entfaltung durch die Beziehung zum eigenen Kind ist gleichermaßen zu achten und verursacht bei Missachtung nicht minder ernst zu nehmende psychische und soziale Probleme. Der WHO-Gesundheitsbegriff untermauert somit die Akzeptanz eines universellen Rechts auf gleichen Zugang zur Elternschaft aus Art. 12 I i.V.m. Art. 15 I Nr. 2 UN-Sozialpakt mit hohen Eingriffshürden für gesetzesmedizinische Verbote im Bereich der Fortpflanzungsmedizin.

Dieses Recht entfaltet sodann über Art. 2 II UN-Sozialpakt Wirkung für *jeden*. Zwar verbietet Art. 2 II UN-Sozialpakt nicht ausdrücklich eine Ungleichbehandlung wegen der sexuellen Orientierung, des Ehestandes und Beziehungsstatus, doch lassen sich diese Merkmale in das Diskriminierungsverbot wegen des sonstigen Status hineinlesen. Jedenfalls das CESCR fasst darunter sowohl die sexuelle Orientierung als auch die geschlechtliche Identität sowie auch den Ehe- und Familienstand[741]. Es präzisiert: „Die Konvention verbietet jede Form der Diskriminierung beim Zugang zur Gesundheitsversorgung und den zugrundeliegenden Gesundheitsfaktoren sowie zu den Mitteln und Ansprüchen für deren Beschaffung aufgrund […] der sexuellen Ausrichtung und des zivilen […] oder sonstigen Status, die die Absicht oder Wirkung hat, die gleichberechtigte Teilhabe oder Ausübung des Rechts auf Gesundheit aufzuheben oder zu beeinträchtigen".[742] Außerdem betont das Komitee, dass die „Nichtdiskriminierung im Zusammenhang mit dem Recht auf sexuelle oder reproduktive Gesundheit auch das Recht *aller* Personen erfasst, einschließlich lesbischer, schwuler, bisexueller, transgeschlechtlicher und intersexueller Personen, in ihrer sexuellen Orientierung, geschlechtlichen Identität und ihrem Intersex-Status unein-

741 *CESCR*, General Comment No. 20: Non-discrimination in economic, social and cultural rights, 2009, §§ 31, 32.

742 *CESCR*, General Comment No. 14: The Right to the Highest Attainable Standard of Health, 2000, § 18: "[t]he Covenant proscribes any discrimination in access to health care and underlying determinants of health, as well as to means and entitlements for their procurement, on the grounds of […] sexual orientation and civil [...] or other status, which has the intention or effect of nullifying or impairing the equal enjoyment or exercise of the right to health."

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

geschränkt geachtet zu werden".[743] Das Gebot der substanziellen Gleichstellung verpflichte die Staaten zudem, „die unterschiedlichen Bedürfnisse bestimmter Gruppen im Bereich der sexuellen und reproduktiven Gesundheit zu berücksichtigen sowie alle Hindernisse anzugehen, mit denen sie sich jeweils konfrontiert sehen"[744]. Danach muss *de facto* auch alleinstehenden Personen der Zugang zur Elternschaft mittels Fortpflanzungsmedizin offenstehen, weil sie schlicht keine andere Möglichkeit haben, sich fortzupflanzen. Dasselbe muss für lesbische Paare gelten, die einer Samenspende bedürfen und für homosexuelle Paare, die auf eine Eizellspende und Leihmutter angewiesen sind.

Für unfruchtbare Personen ließe sich in der Tat sogar eine Behinderung i.S.d. Art. 1 UN-BRK annehmen. Danach sind Menschen mit Behinderungen Personen, die langfristige körperliche, seelische, geistige Beeinträchtigungen oder eine Beeinträchtigung der Sinne haben, welche sie an der vollen, wirksamen und gleichberechtigten Teilhabe an der Gesellschaft hindern können. Die WHO hat unfreiwillige Kinderlosigkeit als potenziell lebenslangen Zustand seelischer Belastung mit Krankheitswert anerkannt. Anerkannt ist auch, dass das Zeugen, Austragen und Aufziehen von Kindern wesentliche Beiträge für den Fortbestand der Gesellschaft sind, die unfruchtbare Menschen oftmals nicht in dem von ihnen erwünschten Maß erbringen können. Daher erscheint es jedenfalls nicht ausgeschlossen, dass an Unfruchtbarkeit leidende Personen auch unter den Schutz der UN-BRK fallen. Insofern weist das CESCR darauf hin, dass „Menschen mit Behinderungen nicht die Möglichkeit verwehrt werden darf, ihre Sexualität auszuleben sexuelle Beziehungen zu führen und Elternschaft zu erfahren"[745].

Das "Committee on the Elimination on all Forms of Discrimination against Women" (CEDAW) schließlich ermahnt die Staaten, jede Form von

743 *CESCR*, General Comment No. 22: On the Right to Reproductive and Sexual Health, 2016, § 23; so auch: OHCHR, Born free and equal: Sexual Orientation and Gender Identity in International Human Rights Law, 2012, S. 47-51: "Non-discrimination, in the context of the right to sexual and reproductive health, also encompasses the right of *all* persons, including lesbian, gay, bisexual, transgender and intersex persons, to be fully respected for their sexual orientation, gender identity and intersex status."

744 Vgl. ebd. § 24: "Substantive equality requires that the distinct sexual and reproductive health needs of particular groups, as well as any barriers that particular groups may face, be addressed."

745 *CESCR*, General Comment No. 5: Persons with Disabilities, 1994, § 31: "'[P]ersons with disabilities must not be denied the opportunity to experience their sexuality, have sexual relationships and experience parenthood'."

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Diskriminierung gegenüber alleinstehenden Frauen in ihrem Zugang zur Elternschaft mittels Reproduktionsmedizin zu unterlassen: "States parties should not restrict women's access to health services [...] on the ground that women do not have the authorization of husbands, partners, parents or health authorities, because they are unmarried or because they are women."[746]

Schließlich ist zu berücksichtigen, dass die UN-Generalversammlung in einem UN Special Rapporteur von Art. 15 I Nr. 2 UN-Sozialpakt gerade den Zugang zu solchen Technologien erfasst sieht, die für ein Leben in Würde unerlässlich sind. Das gelte insbesondere für marginalisierte Bevölkerungsgruppen[747]. Folgt man dieser Arbeit in der Annahme, dass die persönliche Entwicklung durch die Beziehung zum eigenen Kind für die meisten Menschen einen wesentlichen Teilaspekt ihrer persönlichen Identität ausmacht, muss der Zugang zur Elternschaft mittels Reproduktionsmedizin für jeden unabhängig von natürlicher Zeugungsfähigkeit, sexueller Orientierung, Ehestand und Beziehungsstatus gewährleistet sein. Danach gehören fortpflanzungsmedizinische Methoden also zu den Technologien, die einen menschenwürdenahen Kernaspekt persönlicher Lebensführung absichern, nämlich die Entscheidung, ein Leben mit Kind zu führen. Nach alledem vermittelt Art. 12 I i.V.m. Art. 15 I Nr. 2 i.V.m. Art 2 II UN-Sozialpakt ein universelles Zugangsrecht auf Elternschaft mit hohen Eingriffshürden für Verbote im Bereich der Fortpflanzungsmedizin, das in persönlicher Hinsicht jedem zusteht.

(2) Das Recht auf Vermählung und Familiengründung

Für ein personenstandsunabhängiges Zugangsrecht auf Persönlichkeitsentwicklung durch Elternschaft spricht zudem Art. 10 I UN-Sozialpakt. Danach genießt die Familie als natürliche Kernzelle der Gesellschaft größtmöglichen Schutz und Beistand, insbesondere im Hinblick auf ihr Gründung. Auch Art. 23 Abs. I UN-Zivilpakt schützt die Familie und Familiengründung als „die natürliche und grundlegende Einheit der Ge-

746 *CEDAW*, General Comment No. 24: Article 12 of the Convention (women and health), 1999, § 14, § 2.

747 *HCR*, Report of the Special Rapporteur in the field of cultural rights, A/HRC/20/26, 2012, § 29: "One core principle is that innovations essential for a life with dignity should be accessible to everyone, in particular marginalized populations."

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

sellschaft“[748]. Entgegen einem ursprünglichen Entwurf der UN-Menschenrechtskommission, „wonach die Familie ‚auf die Ehe gegründet‘ sei“, schützt Art. 10 I UN-Sozialpakt auch die nichteheliche-Familie wie etwa die zwischen einer alleinstehenden Mutter und ihrem Kind. Das muss sodann auch für die Familiengründung angenommen werden. Denn es wäre widersinnig, unvermählte und alleinstehende Personen mit Kind zwar als Familie im Sein zu schützen, nicht aber als Familie im Werden. Entsprechend verkündet Art. 16 I AEMR: “Men and women of full age, without any limitation due to race, nationality or religion, have the right to marry and to found a family.” Danach haben Frauen und Männer nicht etwa nur dann das Recht auf Familiengründung, wenn sie verheiratet sind. Das eine setzt das andere nicht voraus. Genauso wenig begrenzt Art. 16 I AEMR das Recht zur Familiengründung auf heterosexuelle oder partnerschaftlich verbundene Paare. Der Wortlaut steht einem Recht auf Familiengründung durch alleinstehende Männer oder Frauen bzw. zwei Frauen oder zwei Männer ebenso wenig entgegen wie dem zwischen einem Mann und einer Frau. Schließlich garantiert Art. 16 I lit. d UN-Frauenrechtskonvention Männern und Frauen „in Angelegenheiten, die ihre Kinder betreffen, unabhängig vom Ehestand die gleichen Rechte und Pflichten als Eltern“. Zwar erfasst Art. 16 I lit. d UN-Frauenrechtskonvention nicht die Familiengründung, doch wird auch hier deutlich, dass jedenfalls der Ehestand für die Zuschreibung der Elternverantwortung und demnach den Zugang zur Elternschaft keine Rolle spielen darf.

(3) Das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens

Ähnlich wie Art. 8 EMRK garantiert Art. 17 UN-Zivilpakt ein Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens, das unter anderem „Zugang zu verfügbaren Technologien der reproduktiven Gesundheit“ gewährt[749]. Daneben garantieren Art. 1 UN-Zivilpakt und Art. 1 UN-Sozialpakt ein Recht auf Selbstbestimmung und freie soziale Entwicklung[750]. Diese Rechte gelten

748 *CHR*, General Comment No. 19: Protection of the family, the right to marriage and equality of the spouses (Art. 23), 1990, § 5.

749 *UNFPA/DIHR/OHCHR*, Reproductive Rights are Human Rights, A Handbook for National Human Rights Institutions, 2014, https://www.ohchr.org/documents/publications/nhrihandbook.pdf (4.12.2020), S. 89-115 (106): “access to available reproductive health care technology”.

750 *CHR*, General Comment No. 12: Article 1 (Right to self determination), 1984, § 1.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

nach Art. 1 II, Art. 3 und Art. 26 UN-Zivilpakt für *jeden*. Wenn also die UN-Menschenrechtskommission schreibt, dass „soweit die Vertragsstaaten Maßnahmen zur Familienplanung ergreifen, diese mit den Bestimmungen des Paktes vereinbar und insbesondere nicht diskriminierend oder verpflichtend sein dürfen“[751], dann meint es damit gerade auch deren Kompatibilität mit dem Recht auf Selbstbestimmung und freie soziale Entwicklung. Das spricht in Verbindung mit Art. 17 UN-Zivilpakt für ein Recht auf gleiche Achtung der persönlichen Entscheidung für Elternschaft und der damit verbundenen Möglichkeit auf Identitätsbildung- und Entwicklung durch die Beziehung zum eigenen Kind.

cc) Ergebnis zum Zugangsrecht in den UN-Menschenrechtskonventionen

Nach alledem ist ein gleiches Zugangsrecht auch kompatibel mit den wesentlichen, der EMRK nahestehenden völkerrechtlichen Grundsätzen und Verträgen. Dafür sprechen das Recht auf Gleichbehandlung, das Recht auf Familiengründung, das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens sowie das Recht auf ein Höchstmaß an körperlicher und geistiger Gesundheit in Verbindung mit einem Recht auf Teilhabe an den Errungenschaften des technischen Fortschritts.

c) Die Vereinbarkeit mit Resolutionen und Erklärungen der UNO und deren Unterorganisationen

Dieses Ergebnis wird durch verschiedene Erklärungen der UNO und deren Unterorganisationen gestützt. So durch den bereits erwähnten Bericht der WHO von 2002 und das Handbuch des UNFPA/DIHR/OHCHR von 2014. Daneben haben die Mitgliedsstaaten eine Reihe von Resolutionen zum Thema „Reproduktive Rechte sind Menschenrechte“ verabschiedet. Dazu gehört neben dem “International Conference on Population and Development (ICPD) Programme of Action” die “Bejing Declaration” von 1995 (A/RES/50/203). Darin bekräftigen die Teilnehmerstaaten der vierten Weltfrauenkonferenz: “[T]he right of all women to control all aspects of

751 *CHR*, General Comment No 19: Protection of the family, the right to marriage and equality of the spouses, 1990, § 5: “When State parties adopt family planning policies, they should be compatible with the provision of the Covenant and should, in particular, not be discriminatory or compulsory.”

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

their health, in particular their own fertility, is basic to their empowerment" (§ 17). Außerdem bekunden die Staaten ihre Entschlossenheit, „die sexuelle und reproduktive Gesundheit von Frauen zu verbessern" (§ 30) und „ihren gleichen Zugang zur Wissenschaft und Technologie sicherzustellen" (§ 35). Insgesamt untermauern diese Bekundungen zusammen mit Art. 12 I i.V.m. Art. 15 I Nr. 2 i.V.m. Art. 2 II UN-Sozialpakt die Notwendigkeit für ein Zugangsrecht auf Persönlichkeitsentwicklung durch Elternschaft mittels Verfahren der assistierten Fortpflanzungsmedizin für alle, auch unverheiratete und alleinstehende Frauen. Eine ähnliche Botschaft sendet die Resolution zum "World Summit Outcome" von 2005 (A/RES/60/1). Darin vereinbaren die Staaten ihr Bestreben nach einem „allgemeinen Zugang zu reproduktiver Gesundheit bis 2015 wie festgelegt auf der Internationalen Konferenz über Bevölkerung und Entwicklung" (§ 57 lit. g). Ähnliches verspricht die im Anschluss an den "United Nations Summit on the Millennium Development Goals" verabschiedete Resolution von 2010 (A/RES/65/1): "We emphasize the need for […] universal access to reproductive health by 2015, including integrating family planning, sexual health and health-care services in national strategies and programmes (§ 75 lit c)." Dasselbe fordert das Abschlussdokument der "Rio+20 United Nations Conference on Sustainable Development" von 2012 (UN Doc. A/CONF.216/16). Dort heißt es in § 146: "We will work actively to ensure […] working towards universal access to safe, effective, affordable and acceptable modern methods of family planning […]."

d) Die Vereinbarkeit mit sonstigen Europarats-Konventionen, regionalen Menschenrechtsabkommen und der Europäischen Grundrechtecharta

Dieses Ergebnis korreliert mit weiteren neben der EMRK relevanten Europarats-Konventionen. So etwa mit § 11 der Europäischen Sozialcharta (ESC) von 1996: "Everyone has the right to benefit from any measures enabling him to enjoy the highest possible standard of health attainable." Die Resolution "European strategy for the promotion of sexual and reproductive health and rights" von 2004 legt zudem für reproduktive Gesundheit die weite Definition der WHO zugrunde, nach der sich unfreiwillige Kinderlosigkeit sowohl wegen Unfruchtbarkeit als auch sexueller Orientierung und Partnerlosigkeit als Krankheit fassen lässt. Für ein Recht auf Zugang zur Elternschaft spricht außerdem § 8 ESC, der zunehmende Unfruchtbar-

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

keit als Hauptrisikofaktor für reproduktive Gesundheit ausmacht. Dass ein Zugangsrecht sodann auch unverheirateten und alleinstehenden Personen zustehen sollte, machen § 2 ESC ("Individuals and couples should be able to regulate their fertility") und § 3 ESC ("The objectives of the ICPD Programme of Action have shifted the focus to the needs of the individual") deutlich. Auch die Charta der Grundrechte der Europäischen Union (GRCh) steht dem nicht entgegen. Im Gegenteil: Nach Art. 52 III GRCh sind die GRCh-Gewährleistungen nicht als Einschränkung oder Verletzung der Menschenrechte und Grundfreiheiten auszulegen wie sie die EMRK vorsieht. Nach Art. 52 III GRCh kommt überdies den Rechten der GRCh, die den durch die EMRK garantierten Rechten entsprechen, die gleiche Bedeutung und Tragweite zu wie im Rahmen der EMRK. Ein Zugangsrecht könnte sich demnach aus Art. 7 GRCh ergeben, der entsprechend zu Art. 8 EMRK jeder Person das Recht auf Achtung ihres Privat- und Familienlebens, ihrer Wohnung sowie ihrer Kommunikation gewährt. Die Afrikanische Charta der Menschenrechte und der Rechte der Völker (Banjul-Charta) normiert in Art. 16: "Every individual shall have the right to enjoy the best attainable state of physical and mental health." Art. 20 Abs. 1 stellt außerdem klar: "[All peoples] shall have the unquestionable an inalienable right to self-determination. They shall freely [...] determine their [...] social development [...]." Auch das legt nahe, dass die „soziale Entwicklung" die Beziehung zum eigenen Kind als Kernaspekt persönlicher Identität erfasst. Ähnlich die Amerikanische Menschenrechtskonvention (AMRK), die in Art. 11 Abs. 2 AMRK deklariert: "No one may be the object of arbitrary or abusive interference with his private life, his family [...]." Dazu normiert Art. 10 des "Additional Protocol to the American Convention on Human Rights in the area of Economic, Social and Cultural Rights" (Protocol of San Salvador): "Everyone shall have the right to health, understood to mean the enjoyment of the highest level of physical, mental and social well-being." Damit korrelieren Art. 14 I lit. b Protocol of San Salvador ("The States Parties […] recognize the right of everyone to enjoy the benefits of scientific and technological progress") und Art. XIII der "American Declaration of the Rights and Duties of Man" (Bogota Declaration) ("Every person has the right to take part in [...] the benefits that result from [...] scientific progress"). Auch diese Vorschriften sprechen, den Krankheitswert unfreiwilliger Kinderlosigkeit vorausgesetzt, für ein Jedermanns-Recht auf Persönlichkeitsentwicklung durch Elternschaft mit hohen Eingriffshürden für reproduktionsmedizinische Verbote. Zu diesem Schluss

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

gelangte 2012 auch der Interamerikanische Gerichtshof für Menschenrechte, indem er einen Verstoß Costa Ricas gegen die AMRK feststellte, weil das costa-ricanische IVF-Verbot das Recht der Betroffenen auf Achtung ihres Privatlebens (Art. 11 II), auf persönliche Freiheit (Art. 7), auf Familiengründung (Art. 17 II) und auf Nichtdiskriminierung (Art. 1) verletze. Das Urteil veranschaulicht eindrucksvoll wie diese Rechte zusammengreifen. Danach verbiete Art. 11 II AMRK „jede willkürliche oder missbräuchliche Einmischung in das Privatleben des Einzelnen, wobei nach verschiedenen Persönlichkeitssphären differenziert wird, unter anderem das Privatleben im Familienkreis“[752]. Dieses Recht stehe in Sachzusammenhang mit Art. 7 AMRK. Danach habe „jede Person das Recht, ihr privates und soziales Leben nach eigenem Belieben zu gestalten. Mehrfach habe der Gerichtshof das Konzept von der Freiheit und das Recht jedes Individuums zu freier Selbstbestimmung unterstrichen, zwischen den Optionen und Umständen zu wählen, die ihrem Leben einen Sinn geben, entsprechend ihren eigenen Entscheidungen und Überzeugungen“[753]. In Kombination gewähren Art. 11 II und Art. 7 AMRK demnach ein Recht auf Zugang zur Persönlichkeitsentwicklung durch Elternschaft oder in den Worten des Gerichtshofs:

“The concept of private life encompasses aspects of physical and social identity, including the right to personal autonomy, personal development and the right to establish and develop relationships with other human beings and with the outside world. The effective exercise of the right to private life is decisive for the possibility of exercising personal autonomy on the future course of relevant events for a person’s quality of life. Private life includes the way in which individual views himself and how he decides to project this view towards others, and is an essential condition for the free development of the personality. Furthermore, the Court has indicated that motherhood is an essential part of the free development of a woman’s personality. Based on the foregoing, the Court considers that the decision

752 Inter-American Court of Human Rights, 28th Nov. 2012, (Artavia Murillo et al./ Costa Rica), https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_ing.pdf (21.12.2020), PDF S. 1-133 (42), Z. 142: “any arbitrary or abusive interference with the private life of the individual, indicating different spheres of this, such as the private life of the family”.

753 Vgl. ebd. S. 42, Z. 142: “[E]very person has the right to organize, […] his or her individual and social life according to his or her own choices and beliefs. […]. The Court has also underscored the concept of liberty and the possibility of all human beings to self-determination and to choose freely the options and circumstances that give meaning to their life, according to their own choices and beliefs.”

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

of whether or not to become a parent is part of the right to private life and includes, in this case, the decision of whether or not to become a mother or father in the genetic or biological sense."[754]

Eng mit Art. 11 II AMRK verbunden sei schließlich das Recht auf Familiengründung ("the family's right to protection entails, among other obligations, facilitating, in the broadest possible terms, the development and strength of the family unit")[755]. Ferner, so der Interamerikanische Gerichtshof, falle in den Dunstkreis des Rechts auf Achtung des Privatlebens das Recht auf „persönliche Autonomie, sexuelle und reproduktive Gesundheit, das Recht, die Vorteile des wissenschaftlichen und technischen Fortschritts zu nutzen, der Grundsatz der Nichtdiskriminierung"[756] sowie das Recht auf körperliche und geistige Unversehrtheit[757]. Der Interamerikanische Gerichtshof kommt deshalb zu dem Schluss:

"The right to have access to scientific progress in order to exercise reproductive autonomy and the possibility to found a family gives rise to the right to have access to the best health care services in assisted reproduction techniques, and, consequently, the prohibition of disproportionate and unnecessary restrictions, de iure or de facto, to exercise the reproductive decisions that correspond to each individual."[758]

Die Entscheidung zeigt beispielhaft, dass ein Jedermanns-Recht auf Zugang zur Persönlichkeitsentwicklung durch Elternschaft Bestätigung nicht nur in der EMRK, sondern auch in anderen regionalen Menschenrechtserklärungen erfährt.

e) Gesamtergebnis zur systematischen Vereinbarkeit des Zugangsrechts mit anderen völkerrechtlichen Grundsätzen und Verträgen

Damit steht das im Anwendungsbereich des Art 8 EMRK etablierte Zugangsrecht – als Ausdruck des Rechts auf Achtung der Entscheidung für oder gegen eine (genetische) Elternschaft und Ausdruck des Rechts auf persönliche Entwicklung durch die Beziehung zum Kind als Kernaspekt

754 Vgl. ebd. S. 42-43, Z. 143.
755 Vgl. ebd. S. 43, Z. 145.
756 Vgl. ebd. S. 40. Z. 136: "personal autonomy, sexual and reproductive health, the right to enjoy the benefits of scientific and technological progress and the principle of non-discrimination".
757 Vgl. ebd. S. 44, Z. 147.
758 Vgl. ebd. S. 46, Z. 150.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

persönlicher Identität – im Einklang auch mit anderen völkerrechtlichen Grundsätzen und Verträgen. Dies gilt insbesondere für die zentralen Menschenrechtskonventionen, Resolutionen und Erklärungen der UNO und deren Unterorganisationen sowie weiteren neben der EMRK relevanten Europarats-Konventionen, regionalen Menschenrechtskonventionen und der EU-GRCh.

3) Die systematische Vereinbarkeit des Zugangsrechts mit der Rechtslage und -entwicklung in den Mitgliedsstaaten

Wie zu Beginn der systematischen Auslegung erläutert, lässt sich die Frage, ob ein Zugangsrecht der Rechtslage und Rechtsentwicklung in den Konventionsstaaten entspricht, entweder im Rahmen der systematischen Interpretation unter dem Aspekt der autonomen Konventionsauslegung behandeln oder im Rahmen der evolutiv-dynamischen Exegese. Dieser Punkt wird daher zunächst zurückgestellt und unter VI behandelt.

4) Ergebnis zur systematischen Auslegung und zum Grundsatz der autonomen Konventionsauslegung

Die systematische Auslegung untermauert die Notwendigkeit, ein pluralistisches und gleiches Recht auf Zugang zur Persönlichkeitsentwicklung durch Elternschaft mit Primat der intentionalen und sozialen Elternschaft anzuerkennen. Dieses Recht steht unabhängig von der sexuellen Orientierung, dem Ehestand und Beziehungsstatus der Konventionsbürger jedem zu und ist als besonders menschenwürdenahe Garantie kaum Eingriffen in Form von gesetzesmedizinischen Verboten im Bereich der Fortpflanzungsmedizin zugänglich. Ein solches Recht steht in Einklang mit den Grundprinzipien der westlichen Verfassungstradition und internationalen Menschenrechtsdogmatik, ergo mit der EMRK als Ganzer.

V) Die historische Auslegung und der Grundsatz der objektiven Konventionsauslegung

Nach Art. 31 WVK ist bei der Konventionsauslegung vorrangig auf Wortlaut, Telos und Systematik abzustellen. Nur wenn diese Auslegungsgrundsätze die Bedeutung mehrdeutig oder dunkel lassen (Art. 32 lit. a WVK)

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

oder zu einem offensichtlich sinnwidrigen oder unvernünftigen Ergebnis führen (Art. 32 lit. b WVK), sind nach Art. 32 WVK ergänzend die vorbereitenden Arbeiten und Umstände des Vertragsschlusses heranzuziehen, um die Bedeutung des Vertrags zu bestimmen; ansonsten nur, um die sich aus den primären Auslegungsmethoden ergebende Interpretation zu bestätigen[759]. Damit gesteht Art. 32 WVK der historischen Auslegung lediglich subsidiäre Bedeutung zu[760]. Zwar haben die Vorarbeiten zur EMRK gewisse Indizwirkung, nachdem inzwischen als gesichert gilt, dass Vorarbeiten nach ihrer Veröffentlichung auch Staaten binden, „die einem multilateralen Vertrag nach seinem Inkrafttreten beitreten und an seiner Entstehung nicht beteiligt waren"[761]. Dazu gehören zum einen die Intentionen der Unterhändler, die „den Inhalt der Vorarbeiten und das Zustandekommen des Vertragstexts vielfach bestimmen", zum anderen die „auf den Vertragsabschluss gerichtete[n] innerstaatlichen Erklärungen", etwa die „parlamentarische[n] Materialien aus Anlass der Transformation eines Staatsvertrages in innerstaatliches Recht" oder etwaige Vorbehalte der Vertragsstaaten[762]. Sie alle sind aber nur bedingt aufschlussreich. Denn beim Abschluss eines völkerrechtlichen Vertrags sind „die Unterhändler, [...], regelmäßig von den zum Vertragsabschluss befugten Organen verschieden", die Gesetzgebungsarbeiten eines Mitgliedsstaates für die historische Interpretation des Vertrags als Ganzes nur beachtlich, wenn sie „den übrigen Vertragsstaaten übermittelt werden", und Vorbehalte nur relevant, „wenn sich [...] die in diesen zum Ausdruck gebrachten Absichten mit jenen der anderen Vertragsstaaten decken[763]. Die historische Auslegung der EMRK hat sich daher „stets auf die Entstehungsgeschichte des Vertragswerks, den Willen der Vertragsstaaten und den rechtlichen Zusammenhang zum Entstehungszeitpunkt in allen Vertragsstaaten zu beziehen"[764]. Gleichzeitig legt der Gerichtshof seiner Auslegung weniger einen historischen als vielmehr objektiven Maßstab zugrunde. Danach ist nicht der Wille der Vertragsparteien zum Zeitpunkt der Konventionsbegründung entscheidend, sondern die Rechtsnatur der EMRK als "living-instrument", die es nicht mit Blick auf die Vergangenheit,

759 *Grabenwarter*, Europäische Menschenrechtskonvention, 2021, § 5, Rn. 5-7.
760 *Mayer*, in: Karpenstein/Mayer, EMRK, Einleitung, Rn. 46; *Schubert* in: Franzen/Gallner/Oetker, Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht, EMRK, Art. 1, Rn. 7, 18.
761 *Grabenwarter*, Europäische Menschenrechtskonvention, 2021, § 5, Rn. 5.
762 Vgl. ebd. § 5, Rn. 6.
763 Vgl. ebd. § 5, Rn. 7.
764 Vgl. ebd. § 5, Rn. 7.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

sondern Gegenwart zu interpretieren gilt[765]. Als Gründe für die auf Rechtfertigungsebene gleichwohl restriktive Haltung des EGMR gegenüber dem nach grammatischer, teleologischer und systematischer Auslegung im Anwendungsbereich des Art. 8 EMRK zurecht konstatierten Recht auf Zugang zur Elternschaft, lassen sich zum einen die rechtshistorischen Schwächen der EMRK als ein am christlichen Naturrecht orientiertes Vertragswerk anführen (1), zum anderen die historisch gewachsenen methodischen Schwächen des EGMR bei seiner Auslegung des Art. 8 EMRK (2).

1) Die rechtshistorischen Schwächen der EMRK

Einen guten Überblick über die Geschichte der Menschenrechte bieten *Lynn Hunt*[766], *Samuel Moyn*[767] und *Iriye/Goedde/Hitchcock*[768]. Allen voran *Marco Duranti*[769] weist die Entstehung der EMRK als christlich-konservatives Projekt aus. Danach hätten „konservative Kräfte die Menschenrechte als europäische Werte im Dienst einer nostalgischen christlichen Vision der europäischen Rechtsordnung installiert, und nicht etwa im Dienst einer liberal kosmopolitischen“[770]. Dieses Projekt habe nach dem Ende des zweiten Weltkrieges und unter dem Eindruck des kalten Krieges zweierlei Funktionen erfüllt:

Zum einen habe das Vertragswerk den westlichen Staaten als Symbol für einen Rekurs auf die christliche Werteordnung gedient und damit als Bollwerk gegen den Kommunismus und die aufkommenden Unabhängigkeitsbewegungen in den europäischen Kolonien (“[…] romantic Europeanists framed their human rights initiatives in such a manner that colonial subjects and communists would not be entitled to equal protection as they were not considered to belong to the historical community of European peoples who honoured the ethical inheritance of the West”)[771]. Zum anderen hätten sich konservative Parteien das Vertragswerk zu Nutzen gemacht, um ihr Parteiprogramm innenpolitisch durchzusetzen. Die Etablierung

765 *Mayer*, in: Karpenstein/Mayer, EMRK, Einleitung, Rn. 47.
766 *Hunt*, Inventing Human Rights. A History, 2007.
767 *Moyn*, The Last Utopia: Human Rights in History, 2010.
768 *Iriye/Goedde/Hitchcock*, The Human Rights Revolution, 2012.
769 *Duranti*, The Conservative Human Rights Revolution, 2017.
770 Vgl. ebd. S. 3: “Conservatives enshrined human rights as European values in the service of a nostalgic Christian vision of the European legal order, not a liberal cosmopolitan one.”
771 Vgl. ebd. S. 9.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

einer europäischen Justiz hätten sie in erster Linie als Mittel erachtet, den Widerstand im eignen Land gegen eine Reihe heftig umstrittener konservativer politischer Ziele zu überwinden[772]. Ein ähnliches Bild zeichnet *Cohen*. Vor dem Hintergrund einer „Politik der europäischen Integration und der Diplomatie des Kalten Krieges", habe die EMRK das Ziel verfolgt, „die westeuropäischen liberalen Demokratien [...] gegen die Bedrohung durch kommunistische Parteien im eigenen Land sowie die sowjetische Hegemonie auf dem Kontinent zu stabilisieren". Ihr Hauptzweck sei es gewesen, „einen Konsens über die politische Bedeutung individueller Freiheit in Europa durch gemeinsame Menschenrechtsstandards festzuschreiben"[773].

Dabei sei die Idee von einem europäischen Gerichtshof nicht etwa von sozialistischen Kräften unterstützt worden, sondern habe Zuspruch gerade unter jenen Konservativen gefunden, die sich noch vor dem Zweiten Weltkrieg für die Staatssouveränität und Hoheitsmacht der nationalen Gerichte ausgesprochen hatten ("proposals for the creation of a European human rights court attracted the disproportionate support of conservatives and disproportional opposition of socialists")[774]. Die Motivation hinter den Bestrebungen erklärt *Duranti* so: "Conservative Europeanists invoked international human rights norms for different purposes. Nevertheless, they were united in their belief that a democracy in which tyranny of the majority held sway was little better than a dictatorship"[775]. Um die gefürchteten totalitaristischen Bestrebungen, die wie man argwöhnte, auch in einer Demokratie Wurzeln schlagen könnten, noch im Keim zu ersticken, habe man geglaubt, ihnen den sozialistischen Nährboden entziehen zu müssen ("Totalitarianism, they believed, was a contagion whose carriers were not limited to communists and fascists, for it could metastasize within democratic movements [...]. Socialism was alleged to be its breeding ground"). Da es den nationalen Gerichten nicht gelungen war, die Exekutive in die

772 Vgl. ebd. S. 3: "[...] they saw in the construction of a European judiciary a means of overcoming opposition at home to a number of hotly contested conservative policies."

773 *Cohen*, The Holocaust and the "Human Rights Revolution", in: Iriye/Goedde/Hitchcock, The Human Rights Revolution: An International History, 2012, S. 53-72 (63): "Rooted in the politics of European integration and Cold War diplomacy, the ECHR sought to stabilize Western European liberal democracies [...] against the threats of domestic communist parties and Soviet hegemony on the Continent. Its overall goal was to cement a consensus on the political importance of individual liberty in Europe through common standards of human rights."

774 *Duranti*, The Conservative Human Rights Revolution, 2017, S. 7.

775 Vgl. ebd. S. 5.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

Schranken von Recht und Gesetz zu weisen, habe man nach einer internationalen Lösung gesucht. Diese habe man in der Einrichtung eines Europäischen Gerichtshofs gefunden, dessen Aufgabe es sein sollte, das westliche Europa durch eine Rückbesinnung auf altbewährte Traditionen und christliche Wertvorstellungen gegen die sozialistischen Mächte abzuschirmen ("A return to tradition and older forms of community would form the bedrock of a free and united Europe").[776] So auch *Cohen*: "Sponsored by overtly anticommunist politicians to prevent the resurgence of dictatorship and foster consensus politics and economic integration in Western Europe, The European Convention was first and foremost 'antitotalitarian' in nature"[777]. Von dieser Überzeugung getragen, habe sich *Winston Churchill* als Protagonist der „konservativen Menschenrechtsrevolution" hervorgetan[778]. Es sei den Bestrebungen proeuropäischer Mitglieder der "Conservative Party" in Großbritannien zu verdanken, dass es zur Institutionalisierung des EGMR und zu der im Vertragstext verankerten Möglichkeit gekommen sei, Individualbeschwerde zu erheben, wenn auch nur von der Motivation getragen, dadurch den Wirtschaftsplan der regierenden "Labour Party" zu sabotieren[779]. Daneben habe die konservative Bewegung großen Einfluss auf den Gewährleistungsgehalt der EMRK genommen[780]. So kodifizierten die EMRK und ihr erstes Zusatzprotokoll ausschließlich die wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte der AEMR, gerade die Rechte also, die der konservativen Partei bei deren Gründung besonders am Herzen lagen. Dagegen habe keine der Konventionen „das Recht auf Arbeit, Gesundheitsfürsorge, soziale Sicherheit und kostenlose Pflichtschulbildung" in den Blick genommen. Alles Rechte, die von sozialistischen Kräften geschätzt wurden und ebenfalls in der AEMR verankert waren. Außerdem habe man in das erste Zusatzprotokoll, abgeschlossen wohlgemerkt zu Beginn von Churchills dritter Amtszeit und kurz nachdem die "Conservative Party" die parlamentarische Oberhand zurückgewonnen hatte, gegen den Protest der britischen "Labour-Party" und der sozialistischen Kräfte auf dem Kontinent, das Recht auf freie Wahlen eingefügt sowie das Recht der Eltern auf

776 Vgl. ebd. S. 5.
777 *Cohen*, The Holocaust and the "Human Rights Revolution", in: Iriye/Goedde/Hitchcock, The Human Rights Revolution: An International History, 2012, S. 53-72 (64).
778 *Duranti*, The Conservative Human Rights Revolution, 2017, S. 4.
779 Vgl. ebd. S. 5.
780 Vgl. ebd. S. 5.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Mitsprache bei der religiösen Ausbildung ihrer Kinder[781]. Spiegelbildlich zur positiven Haltung konservativer Kräfte erklärt sich nach *Duranti* die ablehnende Haltung sozialistischer Kräfte: "In domestic affairs, a European supreme court was widely regarded as a mechanism for realizing what socialists described as a discredited conservative agenda too unpopular to be enacted through democratic means."[782] *Duranti* hebt außerdem den Einfluss einer am christlichen Naturrecht angelehnten Menschenrechtsdogmatik hervor. Danach sollte „aus den Ruinen einer verloren gegangenen christlichen Zivilisation ein neuer Gerichtshof geschaffen werden, dessen rechtliche Autorität und moralische Überzeugungskraft derjenigen der mittelalterlichen Kirche entsprach". Dabei habe aus Sicht „einiger katholischer Konservativer die geistige Widervereinigung Europas die Unterordnung der parlamentarischen Demokratie unter eine sogenannte ‚supranationale Gerechtigkeit' gefordert, ein Begriff, der eine ältere Überzeugung wieder aufgriff, wonach transnationale christliche Normen die Ausübung souveräner Staatsmacht einschränken sollen".[783]

Dass die EMRK bis heute ein am christlichen Naturrecht orientiertes Vertragswerk abbildet, zeigt die restriktive Auslegung des Gerichtshofs in Fällen, die Fortpflanzung und Elternschaft betreffen. Insofern scheint der Gerichtshof nach wie vor einem christlichen Natürlichkeitsverständnis verhaftet zu sein. Einem Verständnis also, welches die Natur als „Schöpfungsordnung" und damit als „die rechte Ordnung der Dinge" betrachtet und welches im Umkehrschluss von der Grundannahme geleitet wird, alles „Un-

781 Vgl. ebd. S. 326: "The ECHR and its First Protocol, […], only codified the economic, social, and cultural rights provisions of the Universal Declaration that were most dear to conservatives, omitting those most cherished by socialists. Neither of these two Council of Europe treaties guaranteed the rights to employment, health care, social security, and free compulsory schooling, all of which were enshrined in the Universal Declaration. Yet, amid great protests from British Labour and continental socialists, the First Protocol – concluded at the outset of Churchill's third ministry, shortly after the Conservative Party reclaimed its parliamentary majority – protected property rights as well as the right to free elections and the right of parents to have a say in the religious character of their children's schooling."

782 Vgl. ebd. S. 7.

783 Vgl. ebd. S. 8: "A new court whose legal authority and moral suasion mirrored that of the medieval Church was to be constructed from the wreckage of a lost Christian civilization. For some Catholic conservatives, the spiritual reunification of Europe required the subordination of parliamentary democracy to what they called 'supranational justice', a term that rearticulated an older belief that transnational Christian norms should constrain the exercise of sovereign power."

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

natürliche“ sei zugleich „Unrecht“[784]. Auch *Gutmann* weist darauf hin, dass „sich die Vorstellungen, das die Natur etwas ‚will‘, im Bereich der Sexualität und der Familie“ am stärksten halten[785].

Nun könnten Kritiker auf die Idee kommen, der EMRK ihren Geltungsgrund abzusprechen, weil die Bedrohung durch den Kommunismus mit dem Ende des Kalten Krieges gebannt wurde (“the European Court of Human Rights outlived its usefulness as soon as the menace of communism receded from the region with the end of the Cold War”[786]). Diese Annahme ist jedoch weit gefehlt. In einer von Europäisierung geprägten Gesellschaft hat der EGMR mehr denn je die Aufgabe, die EMRK vor dem Hintergrund sich ständig wandelnder gesellschaftlicher Normen neu auszulegen. Zu diesem Schluss gelangt auch *Duranti*: “[...] the ECHR is a ‘living instrument’ that must be interpreted dynamically – that is, according to presentday conditions rather than the postwar context in which it was conceived”[787]. Das gilt besonders im Hinblick auf die Familienplanung mittels Reproduktionsmedizin, ein Bereich, in dem sich erhebliche Entwicklungen in Wissenschaft, gesellschaftlicher Einstellung und Rechtsprechung verzeichnen lassen.

2) Die historisch gewachsenen methodischen Schwächen bei der Auslegung des Art. 8 EMRK

Nachdem nun die rechtshistorischen Schwächen der EMRK dargelegt sind, gilt es deren Auswirkungen auf die methodische Herangehensweise des

---

784 *Gutmann*, Rechtsphilosophische Reflexionen, in: Arnold/Bernat/Kopetzki, Das Recht der Fortpflanzungsmedizin 2015, 2016, S. 45-61 (50).

785 Vgl. ebd. S. 50.

786 *Duranti*, The Conservative Human Rights Revolution, 2017, S. 4 m.w.N.; für eine Zusammenfassung der aktuellen Kontroversen zur Umsetzung der EMRK in den Mitgliedsstaaten und Legitimität des EGMR vgl. *Flogaitis/Zwart/Fraser* (Eds.), The European Court of Human Rights and its Discontents. Turning Criticism into Strength, 2013; für eine kritische Analyse zur Legitimation und Legitimität richterlichen Entscheidens auf menschenrechtlicher Ebene vgl. *Nußberger*, Wenn Selbstverständliches nicht mehr selbstverständlich ist: Zum Status quo des Menschenrechtsschutzes in Europa, JZ 2018 (18/10), S. 845-854 (852); für eine Aufsatzsammlung zum aktuellen Wirken des EGMR vgl. *Sweeney*, The European Court of Human Rights in the Post-Cold War Era, 2013; zur Entstehung und Entwicklung des EGMR im Überblick vgl. *Christoffersen/Rask Madsen*, The European Court of Human Rights between Law and Politics, 2011.

787 *Duranti*, The Conservative Human Rights Revolution, 2017, S. 3.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Gerichtshofs bei seiner Auslegung des Art 8 EMRK im Allgemeinen und im Hinblick auf ein Zugangsrecht im Besonderen zu untersuchen:

a) Auslegung des Art. 8 EMRK im Lichte vergangener Umstände

Problematisch ist, dass der EGMR die Frage, ob ein Eingriff in Art. 8 EMRK notwendig ist, nicht daran misst, ob er unter den heutigen Voraussetzungen der Konvention gerechtfertigt ist, sondern daran, ob das eingreifende Gesetz zu dem Zeitpunkt als es erlassen wurde konventionskonform gewesen ist.

So betont der Gerichtshof in *S.H. u.a. vs. Österreich*, dass sich die Reproduktionsmedizin seit der Entscheidung des ÖstVerfGH über die Verfassungsmäßigkeit von § 3 ÖstFMedG im Oktober 1999 „erheblich weiterentwickelt und mehrere Konventionsstaaten [...] darauf in ihrer Gesetzgebung reagiert [haben]". Auch bekräftigt er, dass diese „Entwicklung [...] Auswirkungen auf die Beurteilung des Sachverhalts durch den Gerichtshof haben [könnte]" und betont, dass ihn „nichts daran [hindert], bei seiner Beurteilung die inzwischen eingetretene Entwicklung zu berücksichtigen". Bei der Bewertung des Sachverhalts müsse die Entwicklung gleichwohl außer Betracht bleiben, denn es gelte „nicht zu entscheiden, ob das umstrittene Verbot der Gameten-Spende heute unter dem Gesichtspunkt der Konvention gerechtfertigt ist, sondern ob es gerechtfertigt war, als es der ÖstVerfGH überprüft hat"[788]. Da es damals keinen Konsens hinsichtlich der Zulässigkeit der Gameten-Spende gegeben habe, schlussfolgert der Gerichtshof, dass „der österreichische Gesetzgeber seinerzeit weder mit dem Verbot der Spende von Eizellen für eine künstliche Fortpflanzung noch mit dem der Samenspende für eine IVF [...] seinen Ermessensspielraum überschritten hat"[789]. Der Gerichtshof legt die Konvention also gerade nicht „im Licht der jetzigen Umstände" aus[790]. Das kritisieren auch die Richter *Tulkens et al.* in ihrem Minderheitsvotum[791]: "[W]e find it artificial for the Court to confine its examination to the situation as it existed when the Constitutional Court

788 EGMR Nr. 57813/00, Urt. v. 3.11.2011 (S.H. u.a./Österreich); NJW 2012, S. 207-213 (209), Z. 84.

789 Vgl. ebd. S. 212, Z. 115.

790 Vgl. ebd. S. 212, Z. 118.

791 ECHR No. 57813/00, 3rd Nov. 2011 (S.H. et al./Austria), Joint Dissenting Opinion: Tulkens, Hirvelä, Lazarova Trajovska, Tsotsoria, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-107325 (14.8.2020), PDF S. 31-35 (32), Z. 4.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

gave judgment in 1999 and in the context of the time, thus deliberately depriving a Grand Chamber judgment, delivered at the end of 2011, of any real substance. Admittedly, the judgment takes care to specify that 'the Court is not prevented from having regard to subsequent developments in making its assessment'[...], but that specification remains a dead letter in actual fact."[792] Und schließlich: "We find this approach, for which there is no decisive support in the Court's case law – in fact quite the contrary [...] – all the more problematical in that the main thrust of the Grand Chamber's reasoning is based on the European consensus regarding gamete donation (ova and sperm) which, as we well know, has evolved considerably."[793]

Auch in *Evans vs. Vereinigtes Königreich* prüft der Gerichtshof nicht, ob das Gesetz über Human-Fertilisation und Embryologie von 1990 nach heutigen Maßstäben konventionskonform ist, sondern ob es zum Zeitpunkt seines Erlasses konventionskonform gewesen ist. Damals sei es „das Ergebnis einer außerordentlich eingehenden Prüfung der sozialen, ethischen und rechtlichen Auswirkungen der Entwicklung auf den Gebieten der Human-Fertilisation und der Embryologie [gewesen] sowie ausgiebiger Überlegungen, Beratungen und Diskussionen"[794]. Die *Warnock-Kommission* habe „die möglichen Probleme durch den wissenschaftlichen Fortschritt bei Konservierung menschlicher Embryonen [...] bereits [...] in ihrem Bericht von 1984 angesprochen" und damit einen öffentlichen Diskurs in Gang gesetzt, unter anderem über die Frage, „was geschehen sollte, wenn sich ein Paar nicht über die Verwendung oder Vernichtung von Embryonen einigen könnte"[795]. Aus diesen Erwägungen schließt der Gerichtshof auf einen nach wie vor gerechten Interessenausgleich. Dabei lässt er die Möglichkeit außer Acht, dass die absolute Natur des Gesetzes, das selbst für Personen in der Lage der *Bf.* kompromisslos bleibt, angesichts des Stellenwerts von Elternschaft als Kernaspekt persönlicher Identität nicht länger die gesellschaftliche Zustimmung finden könnte. Dazu die Richter *Türmen et al.*: "In the instant case the majority's approach resulted not simply in the applicant's decision to have a genetically related child being thwarted but in the effective eradication of any possibility of her having a genetically related child, thus rendering any such decision now or at any later time

792 Vgl. ebd. S. 31, Z. 4.
793 Vgl. ebd. S. 32, Z. 5.
794 EGMR Nr. 6339/05, Urt. v. 10.4.2007 (Evans/Vereinigtes Königreich), NJW 2008, S.2013-2017 (2013), Z. 86.
795 Vgl. ebd. S. 2013, Z. 87.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

meaningless"[796]. Die absolute Natur des Gesetzes mache eine sachgerechte Interessenabwägung unmöglich: "[B]ecause of its absolute nature, the legislation precludes the balancing of competing interests in this particular case. [...]. Rendering empty or meaningless a decision of one of the two parties cannot be considered as balancing the interests. [...]. Incidentally, J. will still be able to take a decision to become a parent of his own child, whereas the applicant has had her last chance."[797] Daraus folge: "Where the effect of the legislation is such that, on the one hand, it provides a woman with the right to take a decision to have a genetically related child but, on the other hand, effectively deprives a woman from ever again being in this position, it inflicts […] such a disproportionate moral and physical burden on a woman that it can hardly be compatible with Article 8 and the very purposes of the Convention protecting human dignity and autonomy."[798] Bei objektiver Auslegung hätte die Beschwerdeführer deshalb mit ihrem Argument obsiegen müssen, wonach die absolute Natur des Gesetzes das Ziel der Reproduktionsmedizin unterläuft, nämlich die persönlichkeitsprägende Erfahrung Elternschaft auch jenen zu ermöglichen, die auf natürlichem Weg keine Kinder bekommen können – ("[...] part of the purpose of reproductive medicine was to provide a possible solution for those who would otherwise be infertile. That purpose was frustrated if there was no scope for exceptions in special circumstances")[799].

b) Keine Konsequenzen für Staaten, die ihr Fortpflanzungsmedizinrecht nicht regelmäßig anpassen

Widersprüchlich ist außerdem, dass der Gerichtshof den Staaten einerseits aufgibt, „diesen Bereich, in dem sich das Recht ununterbrochen weiter zu entwickeln scheint und bei dem es besonders dynamische Fortschritte in der Wissenschaft und auf dem Gebiet des Rechts gibt, ständig im Auge [zu] behalten"[800], andererseits aber keine Konsequenzen zieht, wenn sie es nicht

796 ECHR No. 6339/05, 10th Apr. 2007 (Evans/The United Kingdom), Joint Dissenting Opinion: Türmen, Tsatsa-Nikolovska, Spielmann, Ziemele, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-80046 (14.8.2020), PDF S. 30-34 (31), Z. 6.
797 Vgl. ebd. S. 31, Z. 7.
798 Vgl. ebd. S. 33, Z. 13.
799 Vgl. ebd. S. 33, Z. 2.
800 EGMR Nr. 57813/00, Urt. v. 3.11.2011 (S.H. u.a./Österreich), NJW 2012, S. 207-213 (213), Z. 118.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

tun. In *S.H. u.a. vs. Österreich* merkt der Gerichtshof zwar kritisch an, dass der ÖstVerfGH dem Gesetzgeber bereits im Jahr 1998 aufgetragen hatte, das Verbot der Gameten-Spende „unter Berücksichtigung der rapiden Entwicklung in Wissenschaft und der gesellschaftlichen Einstellung zur Frage der IVF" einer regelmäßigen Überprüfung zu unterziehen und dass in den vergangenen zehn Jahren nichts dergleichen geschehen sei. Gleichwohl verneint er eine Ermessensüberschreitung und beschränkt sich darauf, die Staaten erneut zu animieren, ihr Fortpflanzungsmedizinrecht regelmäßig neu zu bewerten[801]. Diesen Vorsatz straft der Gerichtshof jedoch selbst Lügen, wenn er seinen Urteilen nicht die aktuelle Sach- und Rechtslage zugrunde legt. Das bemängeln auch die Richter *Tulkens et al.*: "[...] the majority expressly notes, that the Austrian parliament has still not, to date, undertaken a thorough assessment of the rules governing artificial procreation taking into account the dynamic developments in science and society in this area, despite the fact that the Constitutional Court – back in 1999 – had said that the criteria were subject to developments which the legislature would have to take into account [...]. Ten years have passed, however, and this has still not been followed up in any way. Nevertheless, the Grand Chamber considers that the legislature has complied with the principle of proportionality […] and confines itself to stating that the area 'needs to be kept under review by the Contracting States'."[802]

c) Übermäßig hohe Anforderungen an einen europäischen Konsens

Problematisch ist auch die anscheinend willkürliche Einschätzung des Gerichtshofs in der Frage, ob sich bereits ein europäischer Konsens etabliert hat.

In *S.H. u.a. vs. Österreich* beruft sich der EGRM auf einen im Jahr 1998 verfassten Bericht des Europarats „Medizinisch unterstützte Fortpflanzung und Schutz des menschlichen Embryo – eine vergleichende Untersuchung zur Situation in 39 Staaten"[803] und gelangt durch einen Vergleich mit der

801 Vgl. ebd. S.212, Z. 117-118.

802 ECHR No. 57813/00, 3rd Nov. 2011 (S.H. et al./Austria), Joint Dissenting Opinion: Tulkens, Hirvelä, Lazarova Trajovska, Tsotsoria, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-107325 (14.8.2020), PDF S. 31-35 (32), Z. 6.

803 EGMR Nr. 57813/00, Urt. v. 3.11.2011 (S.H. u.a./Österreich), NJW 2012, S. 207-213 (210), Z. 95.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Gesetzeslage zum Zeitpunkt der Entscheidungsfindung im Jahr 2011 zunächst einleuchtend zu dem Schluss, dass es „heute eine klare Tendenz gibt, die Spende von Gameten für eine IVF gesetzlich zuzulassen, wodurch sich ein europäischer Konsens abzuzeichnen beginnt"[804]. Relativierend fügt er dann aber hinzu, dass sich diese Entwicklung „nicht auf gefestigte oder seit Langem vorhandene Grundsätze der Konventionsstaaten [stützt], sondern [...] ein Entwicklungsstadium eines besonders dynamischen Rechtsgebiets wieder[gibt] und [...] den staatlichen Ermessensspielraum nicht entscheidend ein[schränkt]"[805]. Diese Begründung ist dogmatisch höchst zweifelhaft, denn zum einen war sich ein Großteil der Mitgliedsstaaten schon 1998 darüber einig, die Gameten-Spende für eine IVF zuzulassen, zum anderen negiert der EGMR den spätestens 2011 dazu bestehenden Konsens, indem er durchblicken lässt, dass es zu dynamischen Rechtsfragen niemals einen den Ermessensspielraum einschränkenden Konsens geben kann. Die Richter *Tulkens et al.* bringen es auf den Punkt: "Even according to the comparative study on medically assisted procreation undertaken by the Council of Europe in thirty-nine countries in 1998, ovum donation was prohibited in only eight countries at the time and sperm donation in five countries." Sie kommen daher zu dem Schluss: "Despite the fact that the data at the relevant time mainly support the opposite approach, and without taking into consideration the developments that have taken place in the meantime, the Grand Chamber unhesitatingly affirms that there is not yet 'clear common ground among the member States' […], allowing it to reconcile social realities with its position of principle."[806] Und tatsächlich, indem der Gerichtshof aller gelebten Realität zum Trotz einen Konsens zwischen den Konventionsstaaten verneint, zwingt er Europa Werte auf, die es so schon lange nicht mehr vertritt. Dadurch entwickelt sich der EGMR nicht nur von einem Instrument des Fortschritts und des Gleichklangs zu einem der Restitution und der Zwietracht, sondern büßt auch an Legitimation ein, die ihm seine Mitgliedsstaaten übertragen haben: "[T]hese factors must now take precedence over the European consensus, which is a dangerous departure from the Court's case-law considering that one of the Court's

804 Vgl. ebd. S.210, Z. 96.
805 Vgl. ebd. S.210, Z. 96.
806 ECHR No. 57813/00, 3rd Nov. 2011, (S.H. et al./Austria), Joint Dissenting Opinion: Tulkens, Hirvelä, Lazarova Trajovska, Tsotsoria, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-107325 (14.8.2020), PDF S. 31-35 (33), Z. 8.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

tasks is precisely to contribute to harmonising across Europe the rights guaranteed by the Convention."[807]

In *A, B, und C vs. Irland* versteckt sich der Gerichtshof bei seiner Beurteilung der in Europa relativ homogen beurteilten Frage nach der Zulässigkeit einer Abtreibung (dem Recht der werdenden Mutter auf Achtung ihrer Entscheidung gegen eine Elternschaft) hinter der ungleich beurteilen Frage nach dem Beginn des Lebens. Zwar gebe es „tatsächlich einen Konsens unter der großen Mehrheit der Mitgliedsstaaten des Europarats, dass eine Abtreibung aus weiteren Gründen zugelassen werden sollte, als das im irischen Recht der Fall ist". Der Gerichtshof stellt fest: „Den Bf. zu 1 und 2 wäre eine Abtreibung auf Antrag [...] in etwa 30 Europastaaten erlaubt worden. [...]. Irland ist das einzige Land, das eine Abtreibung nur erlaubt, wenn eine Gefahr für das Leben [...] der werdenden Mutter besteht."[808] Da es aber „keinen Konsens über die wissenschaftliche und rechtliche Definition des Beginns des Lebens" gebe, stehe Irland gleichwohl ein weiter Ermessensspielraum zu. Der Gerichtshof argumentiert: „Weil die mit dem Fötus geltend gemachten Rechte und die der Mutter unlösbar verbunden sind [...], muss man, wenn dem Staat beim Schutz des Ungeborenen ein Ermessensspielraum gewährt wird, das notwendig auch bei der Herstellung des gerechten Ausgleichs zwischen den Rechten des Ungeborenen und den entgegenstehenden Rechten der Frau tun".[809] Da aber die meisten sensiblen Fragen weitere nicht minder sensible Fragen berühren oder aufwerfen, müsste danach der staatliche Ermessensspielraum stets weit und die Konvention stets repressiv ausgelegt werden. Dieselbe Kritik üben die Richter *Rozakis et al.*: "Let us make clear from the outset that the Court was not called upon in this case to answer the difficult question of 'when life begins'. […]. The issue before the Court was whether, regardless of when life begins [...] the right to life of the foetus can be balanced against the right to life of the mother, or her right to personal autonomy and development, and possibly found to weigh less than the latter rights or interests. And the answer seems to be clear: there is an undeniably strong consensus among European States [...] to the effect that, regardless of the answer to be given to the scientific, religious or philosophical question of the beginning of life, the right to life of the mother, and, in most countries'

807 Vgl. ebd. S. 34, Z. 10.
808 EGMR Nr. 25579/05, Urt. v. 16.12.2010 (A, B und C/Irland), NJW 2011, S. 2107-2112 (2109), Z. 235.
809 Vgl. ebd. S. 1220, Z. 237.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

legislation, her well-being and health, are considered more valuable than the right to life of the foetus."[810] Indem der Gerichtshof statt des eigentlichen Verfahrensgegenstands einen anderen in den Fokus rückt, hat er seine Harmonisierungsfunktion missachtet. So auch *Rozakis et al.*: "Indeed, one of the paramount functions of the case-law is to gradually create a harmonious application of human rights protection, cutting across the national boundaries of the Contracting States and allowing the individuals within their jurisdiction to enjoy [...] equal protection regardless of their place of residence."[811] Nur wenn Dissens herrsche, sei Zurückhaltung geboten: "[I]n those circumstances the Court refrains from playing its harmonising role, preferring not to become the first European body to 'legislate' on a matter still undecided at European level." Nicht aber, wenn zwar unmissverständlich Konsens bestehe, der Gerichtshof das aber nicht wahrhaben wolle und stattdessen in bewusster Abkehr von seiner Harmonisierungsfunktion die Rechtsauffassung eines einzelnen Staates über die aller anderen stellt: "Even assuming that these profound moral views are still embedded in the conscience of the majority of Irish people, to consider that this can override the European consensus, which tends in a completely different direction, is a real and dangerous new departure in the Court's case-law. A case-law which to date has not distinguished between moral and other beliefs when determining the margin of appreciation which can be afforded to States in situations where a European consensus is at hand."[812]

d) Übermäßig weiter Ermessensspielraum und wenig sachgerechte Interessenabwägung im Einzelfall

Ebenso fragwürdig erscheint der über allen Maßen weite Ermessensspielraum, den der Gerichtshof den Staaten in Fällen zuspricht, die das Recht auf Zugang zur Persönlichkeitsentwicklung durch Elternschaft betreffen.

In *S.H. u.a. vs. Österreich* urteilte der Gerichtshof wie gesagt entgegen gefestigter Rechtsprechung, dass den Staaten ein weiter Ermessensspielraum

810 ECHR No. 25579/05, 16th Dec. 2010, (A, B, C/Ireland), Joint Partly Dissenting Opinion: Rozakis, Tulkens, Fura, Hirvelä, Marlinverni, Poalelungi, https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-102332%20(14.8.2020),%20PDF%22]} (10.5.2021), PDF S. 84-87 (84), Z. 2.

811 Vgl. ebd. S. 85, Z. 5.

812 Vgl. ebd. S. 86, Z. 9.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

nicht nur für den Fall zusteht, dass sich noch kein Konsens etabliert hat; sondern auch für den Fall, dass es zwar einen Konsens gibt, dieser aber noch nicht lange besteht oder ein sich stetig wandelndes Rechtsgebiet betrifft. Die Kritik der Richter *Tulkens et al.* ist berechtigt: "The Court thus takes the unprecedented step of conferring a new dimension on the European consensus and applies a particularly low threshold to it, thus potentially extending the States' margin of appreciation beyond limits. […]. The […] somewhat lax approach to the objective indicia used to determine consensus are pushed to their limit here, engendering great legal uncertainty."[813] Tatsächlich scheint es so, als nutze der Gerichtshof den Ermessensspielraum, um sich in Fragen zu Fortpflanzung, Familie und Elternschaft, alles drei Grundpfeiler einer traditionell am christlichen Naturrecht orientierten Menschenrechtsdogmatik[814], einer Entscheidung zu entziehen. Dazu *Tulkens et al.*: "In a sensitive case like this one, the Court should not use the margin of appreciation as a 'pragmatic substitute for a thought-out approach to the problem of proper scope of review'. Ultimately, through the combined effect of the European consensus and the margin of appreciation, the Court has chosen a minimum – or even minimalist – approach that is hardly likely to enlighten the national courts."[815]

Den unreflektierten Rückzug des Gerichtshofs auf einen vermeintlich bestehenden Dissens in Sachen Fortpflanzungsmedizin und den Versuch, sich unter Berufung darauf einer sachgerechten Interessenabwägung zu entziehen, kritisieren auch *Türmen et al.* zu *Evans vs. Vereinigtes Königreich*: "[W]e see the instant case differently since its circumstances make us look beyond the mere question of consent in a contractual sense. The values involved and issues at stake as far the applicant's situation is concerned weigh heavily against the formal contractual approach taken in this case"[816]. Denn: "It is […] obvious that the case does not sit comfortably

813 ECHR No. 57813/00, 3rd Nov. 2011 (S.H. et al./Austria), Joint Dissenting Opinion: Tulkens, Hirvelä, Lazarova Trajovska, Tsotsoria, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-107325 (14.8.2020), PDF S. 31-35 (33), Z. 8.

814 *Gutmann*, Rechtsphilosophische Reflexionen, in: Arnold/Bernat/Kopetzki, Das Recht der Fortpflanzungsmedizin 2015, 2016, S. 45-61 (50).

815 ECHR No. 57813/00, 3rd Nov. 2011 (S.H. et al./Austria), Joint Dissenting Opinion: Tulkens, Hirvelä, Lazarova Trajovska, Tsotsoria, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-107325 (14.8.2020), PDF S. 31-35 (34), Z. 11.

816 ECHR No. 6339/05, 10th Apr. 2007 (Evans/The United Kingdom), Joint Dissenting Opinion: Türmen, Tsatsa-Nikolovska, Spielmann, Ziemele, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-80046 (14.8.2020), PDF S. 30-34 (32), Z. 10.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

with the formal scheme of law that has been applied to it."[817] Vielmehr kommen sie zu dem gleichen Ergebnis wie *Tulkens et al.* zu *S.H. u.a. vs. Österreich*: "[T]hat margin of appreciation should not prevent the Court from exercising its control, in particular in relation to the question whether a fair balance between all competing interests has been struck at the domestic level. The Court should not use the margin of appreciation principle as a merely pragmatic substitute for a thought-out approach to the problem of proper scope of review."[818]

Bedenken in diese Richtung äußert auch der Richter *Guerra* in seinem Votum zu *A, B und C vs. Irland*: "[...] I must express my concern with regard to the reasoning applied [...]. I believe it omits an aspect [...] that is highly relevant for the future application and interpretation of Article 8 of the Convention [...]"[819]. Mit dem Richter *Casadevall* kritisiert *Guerra*, dass der Gerichtshof keine sachgerechte Interessenabwägung im Einzelfall vorgenommen habe: "The judgment analyses *in abstracto* the regulations present in Irish law and how they seek to achieve a balance between opposing interests. [...]. But the issue raised by the applicants, which this Court should address, refers to specific violations of their rights and not to the general compatibility of Irish law on abortion matters with Article 8 of the Convention."[820] Zwar stimmen beide im Ergebnis dem Mehrheitsvotum zu, bekräftigen aber zugleich, dass die Entscheidung von Fall zu Fall unterschiedlich ausfallen kann: "Given the circumstances of the first and second applicants, [...], in my view these cases do fall within the Irish State's margin of appreciation [...]. But (and this is the point that is not adequately addressed in the present judgment) this conclusion should be understood as referring exclusively to the applicants [...]. Therefore, it cannot be excluded that in other cases, in which there are grave dangers to the health or the well-being of the woman wishing to have an abortion, the State's prohibition of abortion could be considered disproportionate and beyond its margin of appreciation."[821]

817 Vgl. ebd. S. 32, Z. 11.
818 Vgl. ebd. S. 32-33, Z. 12.
819 ECHR No. 25579/05, 16th Dec. 2010 (A, B, C/Ireland), Concurring Opinion: López Guerra, Casadevall, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-102332 (14.8.2020), PDF S. 79-80 (79), Z. 1.
820 Vgl. ebd. S. 79, Z. 4.
821 Vgl. ebd. S. 80, Z. 5.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

e) Verweis auf die Möglichkeit, in einem Mitgliedsstaat verbotene Maßnahmen in einem anderen wahrzunehmen

Bedenklich ist schließlich, dass der EGMR Beschwerden mit der Begründung abweist, der Beschwerdeführer könne das Verbot, gegen das sich die Beschwerde richtet, umgehen, indem er sich für die Maßnahme an einen anderen Mitgliedsstaat wendet, wo sie erlaubt ist. So etwa in *S.H. u.a. vs. Österreich*: „Festzuhalten ist, dass das österreichische Recht nicht verbietet, sich im Ausland gegen Unfruchtbarkeit mittels Techniken der assistierten Fortpflanzung behandeln zu lassen, die in Österreich verboten sind, [...]."[822] Auch in *A, B und C vs. Irland* rechtfertigt der EGMR seine Entscheidung damit, dass die „[...] 13. und 14. Ergänzung der irischen Verfassung [...] jedes rechtliche Hindernis für erwachsene Frauen beseitigt [haben], zum Zwecke einer Abtreibung ins Ausland zu reisen und darüber in Irland Informationen zu erhalten"[823]. Diese Rechtsprechung führt nicht zu einer Harmonisierung der durch die Konvention gewährten Rechte in den Mitgliedsstaaten, sondern bewirkt das genaue Gegenteil und steht damit im Widerspruch zu der Kernaufgabe des EGMR.

f) Zwischenergebnis zu den historisch gewachsenen methodischen Schwächen

Die methodischen Schwächen lassen sich als Folge der rechtshistorischen Schwächen verstehen und verhindern eine progressive Auslegung der Konvention, die dem Vorsatz der EMRK gerecht wird, die Menschenrechte auch im stetigen Wandel der gesellschaftlichen Normen zu garantieren.

3) Ergebnis zur historischen Auslegung und dem Grundsatz der objektiven Konventionsauslegung

Die historische Auslegung verhält sich ambivalent zu einem Zugangsrecht auf Persönlichkeitsentwicklung durch Elternschaft. Grundsätzlich spricht der Charakter der EMRK als ein am christlichen Naturrecht orientiertes

822 EGMR Nr. 57813/00, Urt. v. 3.11.2011 (S.H. u.a./Österreich), NJW 2012, S. 207-213, (213), Z. 114.

823 EGMR Nr. 25579/05, Urt. v. 16.12.2010 (A, B und C/Irland), NJW 2011, S. 2107-2112 (2110), Z. 239

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Vertragswerk gegen ein solches Recht, das in Abkehr von traditionellen Natürlichkeitsvorstellungen – Kinder als das Resultat der körperlichen Vereinigung zwischen Mann und Frau im Bund der Ehe – ein liberales Familien- und Elternbild zeichnet. Gleichwohl ambivalent verhält sich die historische Auslegung zu einem Recht auf Zugang zur Elternschaft aber deshalb, weil, wie *Gutmann* zutreffend feststellt, „die Basiskategorien dessen, was der *soziale* Sinn der Elternschaft ist – [...] die Übernahme von Verantwortung für ein Kind sowie der Aufbau einer tiefen wechselseitigen Beziehung – auch dort, wo die Elternschaft nicht biologisch fundiert ist, selbst anthropologisch verankert und insoweit auch ‚natürlich' sind"[824]. Außerdem wäre dem Grundsatz der christlichen Nächstenliebe schlecht gedient, würde man die Sorge um Wohl und Wehe für ein Kind nur dort erlauben, wo das Fürsorgeverhältnis seine Grundlage in einer genetischen oder biologischen Verbindung findet. Und obwohl der Gerichtshof durch seine methodische Herangehensweise zeigt, dass er dieser modernen Spielart des Natürlichkeitsbegriffs bislang noch wenig Beachtung schenkt, bleibt ihm doch nach dem Grundsatz der objektiven Konventionsauslegung kaum eine andere Wahl, als sie zu akzeptieren. Denn die Konvention ist wie gesagt gerade nicht im Lichte der Moral- und Wertvorstellungen ihrer Gründungsväter auszulegen, sondern hat die gesellschaftlichen Eindrücke und den Zeitgeist der Gegenwart in Betracht zu nehmen. Andernfalls verkäme sie zu einer Repressalie, oder wie *Nussberger* moniert: "[I]f the understanding of human rights in the 1950s were to be the yardstick for assessing potential Conventions violations decades later, the Convention mechanism would be dead letter"[825].

VI) Die evolutiv-dynamische Konventionsauslegung und der Grundsatz der lebendigen Konventionsauslegung

Wie der Gerichtshof in ständiger Rechtsprechung festgestellt hat, „[verlangen] Ziel und Zweck der Konvention als ein Instrument zum Schutz des Individuums [...], daß ihre Vorschriften als Schutzgarantien praktisch wirksam und effektiv gestaltet, verstanden und angewandt werden"[826]. Der

824 *Gutmann*, Mutterschaft zwischen Natur und Selbstbestimmung, in: Röthel/Heiderhoff, Regelungsaufgabe Mutterstellung 2016, S. 63-85 (75).
825 *Nussberger*, The European Court of Human Rights, 2020, S. 75.
826 EGMR Nr. 14038/88, Urt. v. 7.7.1989 (Soering/Vereinigtes Königreich),

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Gerichtshof sieht sich deshalb in Erweiterung zur grammatischen und systematischen Auslegung (nach dem Grundsatz der autonomen Konventionsauslegung), in Ergänzung zur teleologischen Auslegung (nach dem Grundsatz der effektiven Konventionsauslegung) und als Korrektiv zur historischen Auslegung (nach dem Grundsatz der objektiven Konventionsauslegung) zu einer evolutiv-dynamischen Interpretation berufen[827]. Dem liegt mit *Nussberger* folgender Gedanke zu Grunde: "To protect human rights based on the 1950s model would [...] be counter-productive as it would risk rendering the Convention not an impulse for, but 'a bar to reform or improvement' and reinforce rigid role models deliberately given up."[828] Die Befugnis zur Rechtsfortbildung entnimmt der EGMR einerseits der Präambel zur EMRK, wonach die Konvention eine gesamteuropäische Integration nicht nur durch die Sicherung, sondern gerade auch den Ausbau der Menschenrechte anstrebt[829]. Sie leitet sich außerdem aus Art. 19 EMRK ab, wonach der Gerichtshof dazu berufen ist, die Einhaltung der Konvention durch die Vertragsstaaten sicherzustellen, in Verbindung mit Art. 46 I EMRK, wonach die Mitgliedsstaaten dazu verpflichtet sind, das endgültige Urteil des Gerichtshofs zu befolgen[830]. Freilich ist eine evolutiv-dynamische Konventionsauslegung auch nicht unproblematisch. Zum einen steht ihr das Bedürfnis nach Rechtssicherheit entgegen. Zum anderen ist ungeklärt, ob eine progressive Auslegung noch vom Konsensprinzip gedeckt ist, also ob sich der Bindungswille der Vertragsstaaten auch auf eine unvorhergesehene Interpretation der Konventionsgewährleistungen

NJW 1990, S. 2183-2189 (2186), Z. 87.

827 EGMR Nr. 25579/05, Urt. v. 16.12.2010 (A, B und C/Irland), NJW 2011, S. 2107-2112 (2109), Z. 234; EGMR Nr. 17488/90, Urt. v. 11.7.2002 (Christine Goodwin/Vereinigtes Königreich), NJW-RR 2004, S. 289-295 (291), Z. 74-75; EGMR No. 46295/99, 28th May 2002 (Stafford/The United Kingdom), http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-60486 (28.12.2021), PDF S. 1-26 (68); EGMR Nr. 14038/88, Urt. v. 7.7.1989 (Soering/Vereinigtes Königreich), NJW 1990, S. 2183-2189 (2186), Z. 102; ECHR Nr. 9532/81, 17th Oct. 1986 (Rees/The United Kingdom),http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57564 (28.12.2021), PDF S. 1-15 (14), Z. 47; EGMR Nr. 7525/76, Urt. v. 22.10.1981 (Dudgeon/Vereinigtes Königreich), NJW 1984, S. 541-544 (543); EGMR Nr. 6833/74, Urt. v. 13.6.1979 (Marckx/Belgien), NJW 1979, S. 2449-2454 (2451), Z. 41; ECHR No. 5856/72, 25th Apr. 1978 (Tyrer/The United Kingdom), http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57587 (28.12.2021), PDF S. 1-18 (12) Z. 31.

828 *Nussberger*, The European Court of Human Rights, 2020, S. 77.

829 *Mayer*, in: Karpenstein/Mayer, EMRK, Art. 1, Rn. 9, 16; *Grabenwarter*, Europäische Menschenrechtskonvention, 2005, § 5, Rn. 12.

830 Vgl. ebd. § 5, Rn. 12.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

durch den EGMR erstreckt[831]. Außerdem ist fraglich, ob eine evolutive Auslegung den Menschenrechtsschutz nicht auch herabsetzen kann[832]. Vor allen Dingen aber stellt sich die Frage, wie sich der soziale Wandel feststellen lässt ("[of] how to assess the reality of changes")[833]. Diesem letzten Problem begegnet der EGMR, indem er, wie dargelegt, für die staatliche Einschätzungsprärogative auf die Rechtslage und Rechtsentwicklung in den Mitgliedsstaaten abstellt. Eine homogene Haltung führt zu einer Ermessensreduzierung, eine heterogene Haltung zur Beibehaltung des grundsätzlich weiten Ermessensspielraums: „Je einheitlicher [...] der Menschenrechtsschutz in den Rechtsordnungen der Vertragsstaaten beurteilt wird, umso mehr spricht das aus Sicht des EGMR für eine Auslegung der EMRK im Sinne des höheren Menschenrechtsstandards."[834] Dieser Umstand verleiht dem Konventionsverständnis eine gewisse Dynamik.

Das zeigt etwa die Entscheidung des EGMR zu *Marckx vs. Belgien*, wo es um die rechtliche Gleichstellung von ehelichen und nichtehelichen Kindern ging: „Es trifft zu, dass es zur Entstehungszeit der Konvention [...] in vielen europäischen Staaten für zulässig und normal angesehen wurde, [...] einen Unterschied zu machen zwischen der ‚nichtehelichen' und der ‚ehelichen' Familie. Der *Gerichtshof* erinnert jedoch daran, dass die Konvention im Licht der heutigen Verhältnisse auszulegen ist [...]. Im vorliegenden Fall kann der *Gerichtshof* nicht unbeeindruckt bleiben von einem Phänomen; daß sich nämlich das innerstaatliche Recht der weitaus meisten Staaten des Europarats fortentwickelt hat und in Wechselwirkung mit den einschlägigen internationalen Verträgen weiter fortentwickelt in Richtung auf die volle rechtliche Anerkennung des Satzes ‚mater semper certa est' [...]."[835]

---

831 Das lässt sich indes mit *Nussberger* nur bejahen, denn: "Such an approach would be per se incompatible with the existence of a Court being responsible for the authentic interpretation of a treaty. Its jurisprudence would necessarily have to be static; otherwise States would be free not to follow it. In such a scenario authentic treaty interpretation would be meaningless." (*Dies.*, The European Court of Human Rights, 2020, S. 83-84).

832 Dagegen überzeugend *Nussberger*: "'European consensus' is an element in orientating the interpretation of the Convention in light of its 'object and purpose' as stipulated in Article 31 of the VCLT. Object and purpose of the Convention is to improve human rights standards in Europe, not to reverse what has been achieved."; *Dies.*, The European Court of Human Rights, 2020, S. 88.

833 *Nussberger*, The European Court of Human Rights, 2020, S. 80.

834 *Mayer*, in: Karpenstein/Mayer, EMRK, Art. 1, Rn. 15.

835 EGMR Nr. 6833/74, Urt. v. 13.6.1979 (Marckx/Belgien), NJW 1979, S. 2449-2454 (2451), Z. 41.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Mit einer Fortbildung des durch die EMRK gewährleisteten Standards hat der EGMR schon in *Tyrer vs. Vereinigtes Königreich* argumentiert, wo er festhielt, dass die auf der Isle of Man über den Beschwerdeführer verhängte Prügelstrafe ihn in seinen Rechten aus Art. 3 EMRK verletzt: "The Court must […] recall that the Convention is a living instrument which, [...], must be interpreted in the light of present-day conditions. In the case now before it the Court cannot but be influenced by the developments and commonly accepted standards in the penal policy of the member States of the Council of Europe in this field."[836]

Ähnlich begründete der Gerichtshof seine Entscheidung in *Dudgeon vs.* Vereinigtes *Königreich*, wo er eine Verletzung des Beschwerdeführers in seinen Rechten aus Art. 8 EMRK durch die nordirischen Strafgesetze bejahte, weil diese ihm im gegenseitigen Einverständnis vorgenommene homosexuelle Handlungen mit Erwachsenen untersagten. Dazu führte er aus: „Das durch die angegriffenen Gesetze betroffene Recht der Konvention schützt eine wesentliche Ausdrucksmöglichkeit der menschlichen Persönlichkeit. Im Vergleich zu der Epoche, in der diese Gesetze erlassen wurden, besteht heute ein vertieftes Verständnis homosexuellen Verhaltens mit der Folge gesteigerter Toleranz insoweit, als man es in der Mehrheit der Mitgliedsstaaten des Europarates nicht mehr für notwendig oder angemessen ansieht, homosexuelle Praktiken für sich genommen mit strafrechtlichen Sanktionen zu bewehren; der Gerichtshof kann die bemerkenswerten Reformen des innerstaatlichen Rechts der Mitgliedsstaaten insoweit nicht übersehen [...]."[837]

In *Rees vs. Vereinigtes Königreich* (s.o.) mahnte der Gerichtshof: "The Convention has always to be interpreted and applied in the light of current circumstances [...]. The need for appropriate legal measures should therefore be kept under review having regard particularly to scientific and social developments."[838]

So auch in *Soering vs. Vereinigtes Königreich*, wo der Gerichtshof entschied, dass die Auslieferung des Beschwerdeführers durch Großbritannien an die Vereinigten Staaten ihn wegen der ihm dort drohenden Todesstrafe

836 ECHR No. 5856/72, 25th Apr. 1978 (Tyrer/The United Kingdom), http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57587 (25.1.2022), PDF S. 12, Z. 31;

837 EGMR Nr. 7525/76, Urt. v. 22.10.1981 (Dudgeon/Vereinigtes Königreich), NJW 1984, S. 541-544 (543).

838 EGMR Nr. 9532/81, 17th Oct. 1986 (Rees/The United Kingdom), http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57564 (28.12.2021), PDF S. 1-15 (14), Z. 47;

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

in seinen Rechten aus Art. 3 EMRK verletzt: „Jedenfalls ‚ist die Konvention ein lebendiges Übereinkommen, das [...] im Lichte der gegenwärtigen Bedingungen interpretiert werden muß'. Bei der Bewertung, ob eine Behandlung oder Bestrafung [...] unmenschlich oder erniedrigend ist, kann ‚die Ansicht des Gerichtshofs nur durch die Entwicklungen und die allgemein angenommenen Standards der Strafrechtspflege der Mitgliedstaaten [...] beurteilt werden' [...]."[839]

In *Stafford vs. Vereinigtes Königreich* mahnte der EGMR: "[T]he Court must […] have regard to the changing conditions in Contracting States and respond, […], to any emerging consensus as to the standards to be achieved [...]. It is of crucial importance that the Convention is interpreted and applied in a manner which renders its rights practical and effective, not theoretical and illusory. A failure by the Court to maintain a dynamic and evolutive approach would risk rendering it a bar to reform or improvement."[840]

Mit den gleichen Worten wie in *Stafford vs. Vereinigtes Königreich* führt er in *Christine Goodwin vs. Vereinigtes Königreich* aus: „Der *Gerichtshof* ist nicht verpflichtet, seinen früheren Entscheidungen zu folgen, es liegt jedoch im Interesse der Rechtssicherheit, der Vorhersehbarkeit und der Gleichheit vor dem Gesetz, dass er nicht ohne guten Grund von seinen früheren Entscheidungen abweicht [...]. Da die Konvention aber zunächst und vor allem ein System zum Schutz der Menschenrechte ist, muss der *Gerichtshof* sich verändernde Verhältnisse im betroffenen Vertragsstaat und in den Konventionsstaaten allgemein beachten und z.B. einen sich entwickelnden Konsens über das zu erreichende Rechtsschutzniveau berücksichtigen [...]."[841] Deshalb habe der Gerichtshof stets „die Gegebenheiten innerhalb und außerhalb des Vertragsstaats [zu untersuchen], um ‚im Lichte der heutigen gesellschaftlichen Verhältnisse' zu entscheiden, wie die Konvention heute angemessen auszulegen und anzuwenden ist"[842].

839 EGMR Nr. 14038/88, Urt. v. 7.7.1989 (Soering/Vereinigtes Königreich), NJW 1990, S. 2183-2189 (2186), Z. 102.

840 ECHR No. 46295/99, 28th May 2002 (Stafford/The United Kingdom), http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-60486 (28.12.2021), PDF S. 1-26 (68).

841 Vgl. ebd. S. 291, Z. 74.

842 EGMR Nr. 28957/95, Urt. v. 11.7.2002 (Christine Goodwin/Vereinigtes Königreich), NJW-RR 2004, S. 289-295 (291), Z. 74-75.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

Dworkin fordert im Übrigen eben das als Leitprinzip der Rechtsinterpretation[843]: "[…] though I think that the moral judgment required to apply the abstract moral principles of the Constitution is constricted by history and precedent, in virtue of the commands of legal integrity, it is plainly not preempted by that history"[844]. Im Ausgangspunkt habe sich der Interpret einer Norm zwar zu fragen, was ihr Verfasser damit zum Ausdruck bringen wollte ("constructive interpretation"). Lege man nun aber die Worte der Gründer der Verfasser in dem Kontext aus, in dem sie gesprochen wurden, liege nahe, dass sie „eine Verfassung aus abstrakten moralischen Prinzipien schaffen wollten, nicht aus verschlüsselten Hinweisen auf ihre eigene Meinung (oder die ihrer Zeitgenossen) über die beste Art und Weise, diese Prinzipien anzuwenden"[845]. Das stelle den Verfassungsinterpret vor eine Herausforderung. Denn überlegen zu müssen, wie die abstrakten Verfassungsbestimmungen zu verstehen und im konkreten Fall mit Leben zu füllen sind, mache es mühsamer zeitgenössische Verfassungsstreitigkeiten zu entscheiden, als wenn man einfach das konkrete, historische Verständnis der Verfassungsgeber als richtig zugrunde legen würde. Trotzdem sei es falsch, für die Verfassungsinterpretation, außer auf die semantische Intention ihrer Gründer auch auf deren politische Intention abzustellen. Denn, indem die Verfassung einen abstrakten Standard vorgebe, lasse sie die Frage, was diesen Standard erfüllt gerade offen, ohne die als Standard in Betracht kommenden Optionen am Maßstab einer bestimmten Person auszurichten und so von vornherein einzuschränken[846].

In *Rantsev vs. Zypern u. Russland* pauschalisiert der Gerichtshof: "The *increasingly* high standards required in the area of the protection of human rights and fundamental liberties correspondingly and inevitably require greater firmness in assessing breaches of the fundamental values of democratic societies."[847]

---

843 *Dworkin*, Originalism and Fidelity, in: Ders., Justice in Robes, 2006, S. 117-139 (120 ff.); *Dworkin*, Interpretive Concepts, in: Ders., Law's Empire, 1986, S. 45-86 (52) und viii; dazu u.a. *Habermas*, Faktizität und Geltung, 1994, S. 253, 256 ff.

844 Vgl. ebd. S. 123.

845 Vgl. ebd. S. 121-122: "They made a constitution out of abstract moral principles, not coded references to their own opinions (or those of their contemporaries) about the best way to apply those principles."

846 Vgl. ebd. S. 124.

847 ECHR No. 25965/04, 7th Jan. 2010 (Rantsev/Cyprus and Russia), http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-96549 (28.12.2021), PDF S. 1-87 (67), Z. 277.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

In *A, B und C vs. Irland* reflektiert der Gerichtshof: „Das Bestehen eines *Konsenses* spielt seit langem bei der Fortentwicklung des von der Konvention gewährten Schutzes eine Rolle. Beginnend mit [...] Tyrer/Vereinigtes Königreich [...] hat der Gerichtshof die Konvention als ‚lebendes Instrument' angesehen, das unter Berücksichtigung der heutigen Umstände ausgelegt werden muss. Dabei hat er auf einen Konsens hingewiesen, um eine dynamische Auslegung der Konvention zu rechtfertigen [...]". Stets zu überprüfen bleibe deshalb, ob der „weite Ermessensspielraum [nicht] durch das Bestehen eines Konsenses reduziert wird", der eine „Fortentwicklung des von der Konvention gewährten Schutzes" antreibt[848].

In Anbetracht dessen gilt es im Folgenden zu untersuchen, ob die Konvention ein solches Eigenleben auch für ein Zugangsrecht auf Elternschaft entwickelt. Festgestellt wurde bereits, dass der Gerichtshof den Anwendungsbereich des Rechts auf Achtung des Privatlebens, entsprechend seinem Telos als Grundsatznorm personaler Autonomie, auch für ein Zugangsrecht zur Elternschaft eröffnet sieht. Festgestellt wurde aber auch, dass er diesem Telos auf Rechtfertigungsebene bislang noch wenig Beachtung schenkt. Die evolutiv-dynamische Auslegung soll zeigen, ob sich eine Korrektur der historisch gewachsenen methodischen Schwächen anbahnt; ob der Gerichtshof also in Begriff ist, dem Schutzzweck des Art. 8 EMRK künftig auch auf Rechtfertigungsebene Rechnung zu tragen.

1) "Evolving principles" zur Korrektur der historisch gewachsenen methodischen Schwächen

Bislang bleibt das Zugangsrecht auf Persönlichkeitsentwicklung durch Elternschaft wegen der starken Eingriffsermächtigung des Art. 8 II EMRK und der Schwächen in Historie und Methodik zwar weitgehend wirkungslos, gewinnt aber durch ständige Rechtsfortbildung an Gewicht. Bereits jetzt enthalten die Entscheidungen zu Art. 8 EMRK Leitsätze, die erkennen lassen, dass der Gerichtshof seine Methodik und Auslegungspraxis überdenkt und in naher Zukunft zugunsten der Betroffenen liberalisieren könnte. Indizien für eine solche Rechtsfortbildung sind den Kammerurteilen und Entscheidungen der Großen Kammer zu entnehmen, aber auch Minderheitsvoten, Parteivorträgen und Stellungnahmen Dritter sowie ins-

848 EGMR Nr. 25579/05, Urt. v. 16.12.2010 (A, B und C/Irland), NJW 2011, S. 2107-2112 (2109), Z. 234.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

besondere der Rechtslage- und Rechtsentwicklung in den Mitgliedsstaaten[849].

a) Pflicht zur Auslegung des Art. 8 EMRK am Puls der Zeit

Dass der Gerichtshof zur Evaluation der Frage, ob ein Eingriff in einer demokratischen Gesellschaft notwendig ist, nicht darauf abstellen sollte, ob dieser zum Zeitpunkt seines Erlasses konventionskonform gewesen ist, sondern ob er unter den heutigen Voraussetzungen der Konvention gerechtfertigt erscheint, bestätigen die im Rahmen der objektiv-historischen Auslegung aufgezeigten Minderheitsvoten der Richter *Tulkens et al.* zu *S.H. u.a. vs. Österreich* und *Türmen et al.* zu *Evans vs. Vereinigtes Königreich*. Gleiches gilt für die damit eng verbundene Frage, ob ein europäischer Konsens besteht und ob der beklagte Staat im Rahmen des ihm zustehenden Ermessensspielraums zu einem gerechten Interessenausgleich im Einzelfall gefunden hat (*Tulkens et al.*, *Türmen et al.*, *Guerra* und *Casadevall* zu *A, B, C vs. Irland*). Der Gerichtshof selbst räumt ein, dass er, würde er seinen Urteilen die aktuelle Sach- und Rechtslage zugrunde legen, den Ermessensspielraum einschränken müsste: "[M]any developments in medical science have taken place to which a number of Contracting States have responded in their legislation. Such changes might therefore have repercussions on the Court's assessment of the facts."[850]

b) Pflicht zur regelmäßigen Evaluation des nationalen Fortpflanzungsmedizinrechts

Mehrfach hat der EGMR die Konventionsstaaten aufgefordert, ihr Fortpflanzungsmedizinrecht „unter Berücksichtigung der rapiden Entwicklung

849 *Hussain*, Dissenting and Separate Opinions at the World Court, 1984, S. 7: "[...] dissenting opinions
play their role in three ways: (a) the search for law, (b) the creation of law, (c) the indication of a law's
possible evolution under influence of jurisprudence."

850 ECHR No. 57813/00, 3rd Nov. 2011 (S.H. et al./Austria),
https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-107325%22]} (31.3.2020),
PDF S. 18.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

der Wissenschaft und der gesellschaftlichen Einstellung“[851] zu überprüfen. Liest man in *S.H. u.a. vs. Österreich* zwischen den Zeilen, kann dieses Urteil als nunmehr letzte Warnung des EGMR gewertet werden, dass, „wenngleich er im vorliegenden Fall [noch] keinen Verstoß gegen Art. 8 EMRK festgestellt hat“[852], er dies künftig mit der Begründung tun wird, dass die Staaten ihrer Prüfungspflicht nicht Genüge getan haben[853]. Sein Fingerzeig ist eindeutig: „Insoweit ist daran zu erinnern, dass der *Gerichtshof* die Konvention immer im Licht der jetzigen Umstände ausgelegt und angewendet hat. [...] die Konventionsstaaten [müssen] diesen Bereich, in dem sich das Recht ununterbrochen weiter zu entwickeln scheint und in dem es besonders dynamische Fortschritte in der Wissenschaft und auf dem Gebiet des Rechts gibt, ständig im Auge behalten [...]“[854]. Damit wählt der Gerichtshof dieselben Worte, mit denen er bereits in *Rees vs. Vereinigtes Königreich* eine Änderung seiner Rechtsprechung betreffend die rechtliche Gleichstellung Transsexueller angekündigt hatte. Worte, denen er in *Christine Goodwin vs. Vereinigtes Königreich* Taten folgen ließ (s.o.). Dass die identische Abschlussbemerkung in *S.H. u.a. vs. Österreich* kein Zufall ist, belegen der explizite Verweis auf *Rees vs. Vereinigtes Königreich* und *Christine Goodwin*

851 EGMR Nr. 57813/00, Urt. v. 3.11.2011 (S.H. u.a./Österreich), NJW 2012, S. 207-213 (212), Z. 117.

852 Vgl. ebd. S. 212, Z. 118.

853 So auch: *Rütsch/Wildhaber*, Kammerbesprechung zu S.H. et al. vs. Österreich, AJP 2010, S. 803-808 (803): „Er [der Gerichtshof] vertritt die Auffassung, dass auf moralischen Erwägungen oder sozialer Akzeptanz beruhende Bedenken für sich noch kein keine hinreichenden Gründe darstellen, eine bestimmte Methode der künstlichen Befruchtung wie die Eizellspende, ausnahmslos zu verbieten. Solchen Gründen möge besonderes Gewicht zukommen, wenn es darum geht, zu entscheiden, ob man die künstliche Befruchtung generell erlauben oder verbieten sollte […]. Wenn allerdings einmal die Entscheidung getroffen worden sei, die künstliche Befruchtung zu erlauben, dann müsse der entsprechende rechtliche Rahmen ungeachtet des weiten Beurteilungsspielraums […] in kohärenter Weise ausgestaltet werden, sodass es möglich sei, die verschiedenen betroffenen Interessen angemessen und im Einklang mit den aus der EMRK hergeleiteten Verpflichtungen zu berücksichtigen.“; vgl. für eine Entscheidungsbesprechung auch *Bernat*, S.H. et al. Gegen Österreich: Ein Schritt vorwärts, ein Schritt zurück, in: Rosenau, Ein zeitgemäßes Fortpflanzungsmedizingesetz für Deutschland, S. 203-233, wonach „Österreich zwar „in dieser Entscheidung […] ‚mit einem blauen Auge‘ davon [gekommen ist]“, der Gerichtshof aber möglicherweise anders entscheiden würde, wenn ihm „die im österreichischen Recht verankerten Verbote der Ei- und der Samenspende“ erneut vorgebracht würden (S. 232).

854 EGMR Nr. 57813/00, Urt. v. 3.11.2011 (S.H. u.a./Österreich), NJW 2012, S. 207-213 (213), Z. 118.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

vs. Vereinigtes Königreich. Auch der österreichische Gesetzgeber hat die Entscheidung des EGMR zu *S.H. u.a. vs. Österreich* vom 3. November 2011 so verstanden, dass die EMRK einen immer engeren Rahmen für Eingriffe in das Zugangsrecht auf Elternschaft steckt. Nicht zuletzt auch deshalb, weil der Gerichtshof nur wenig später am 19. Februar 2013 in *X et al. vs. Österreich* entschied, dass § 182 § 2 ABG – der zwar die Stiefkind-Adoption durch vermählte und unvermählte heterosexuelle Partner erlaubte, nicht aber „durch den [eingetragenen] Partner des biologischen Vaters oder die [eingetragene] Partnerin der biologischen Mutter“[855] – gegen Art. 14 i.V.m. Art. 8 EMRK verstößt (vgl. B, IV)[856]. Der österreichische Gesetzgeber reagierte mit dem Adoptionsrechts-Änderungsgesetz 2013 (BGB1 2013/179) und fasst seitdem unter „Eltern eines Kindes nicht nur Personen verschiedenen, sondern auch gleichen Geschlechts“[857]. Dass „[d]ie Rute, die die Große Kammer des EGMR den österreichischen Instanzen [in *S.H. u.a. vs. Österreich*] ins Fenster gestellt hatte, [...] in Verbindung mit [...] [*X et al vs. Österreich*] sehr bald seine Wirkung [zeigte]“[858], belegt die Entscheidung des Öst-VfGH vom 10. Dezember 2013. Darin erklärte das Gericht auf Antrag eines in eingetragener Lebenspartnerschaft lebenden lesbischen Paares jene Bestimmungen des ÖstFMedG, „die die Inanspruchnahme von IVF oder künstlicher Insemination nur in einer Ehe oder Lebensgemeinschaft von Personen *verschiedenen* Geschlechts gestatt[et]en“[859], wegen Verstoßes gegen Art. 14 EMRK i.V.m. Art. 8 EMRK für verfassungswidrig[860]. In der Erkenntnis des Öst-VfGH heißt es in Akkord mit der Entscheidung des EGMR in *X et al. vs. Österreich*: „Gleichgeschlechtliche Partnerschaften stehen gesellschaftlich gesehen nicht in einem Substitutionsverhältnis zu Ehen und verschiedengeschlechtlichen Lebensgemeinschaften, sondern treten zu diesen hinzu; sie vermögen diese daher auch nicht zu gefährden. Umso weniger ist in der Ermöglichung der Erfüllung eines Kinderwunsches,

855 *Bernat*, Das Recht der Fortpflanzungsmedizin im Spiegel der sich wandelnden Sozialmoral, in: Arnold/Bernat/Kopetzki, Das Recht der Fortpflanzungsmedizin 2015, 2016, S. 9-44 (36).

856 EGMR No. 19010/07, 19th Feb. 2013 (X et al./Austria), http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-116735 (28.9.2020), PDF S. 1-47 (5), Z. 16.

857 *Bernat*, Das Recht der Fortpflanzungsmedizin im Spiegel der sich wandelnden Sozialmoral, in: Arnold/Bernat/Kopetzki, Das Recht der Fortpflanzungsmedizin 2015, 2016, S. 9-44 (36).

858 Vgl. ebd. S. 35.

859 Vgl. ebd. S. 36.

860 Öst-VfGH, Urt. v. 10.12.2016, G16/2013.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

auch wenn dieser in einer gleichgeschlechtlichen Lebensgemeinschaft von Frauen nur mithilfe einer Samenspende Dritter erfüllbar ist, ein derartiges Gefährdungspotential zu erkennen."[861] Nachdem der EGMR also eine Ungleichbehandlung beim Zugang zur Elternschaft durch Stiefkind-Adoption zwischen unverheirateten verschiedengeschlechtlichen und unverheirateten gleichgeschlechtlichen Paaren für konventionswidrig erklärt hat, erklärte der Öst-VfGH eine solche Ungleichbehandlung auch beim Zugang zur Elternschaft durch Kinderwunschbehandlung für verfassungswidrig. Der österreichische Souverän nahm dies zum Anlass, das ÖstFMedG vom 1. Juli 1992 (BGBl 1992/275) grundlegend – auch über den Gleichstellungsaspekt hinaus – zu reformieren[862]. Dazu *Kopetzki*: „[I]m Gegensatz zur bisherigen Entwicklung, bei der die Gegner einer Reform ihre Verweigerungshaltung mit dem Totschlagargument des noch nicht bestehenden ‚breiten ethischen Konsenses' untermauern konnten, war durch die Aufhebung tragender Säulen des FMedG 1992 – insb des Subsidiaritätsprinzips – die umgekehrte Situation eingetreten: Die fortgesetzte Untätigkeit des Gesetzgebers und die Vertröstung auf die ungewisse Zukunft einer totalen bioethischen Harmonie hätte nun nicht mehr den Weiterbestand der restriktiven Stammfassung des FMedG geschützt, sondern die vom VerfGH erzwungene Liberalisierung prolongiert."[863] Ergebnis ist das Fortpflanzungsmedizinrechts-Änderungsgesetz (FMedRÄG), das am 24. Februar 2015 in Kraft getreten ist (BGBl I 2015/35) und viele der bis zum 31.12.2014 verbotenen Methoden wie „die Eizellspende, die Embryonenspende oder die In-vitro Fertilisation mit Samen eines Dritten", aber auch die IVF für lesbische Paare, die Präimplantationsdiagnostik und den Embryotransfer nach Doppelspende

861 Vgl. ebd.

862 *Bernat/Fritzer*, Das Recht der Fortpflanzungsmedizin 2015, MedR 2016 (34/4), S. 257-259 (257).

863 *Kopetzki*, Das Recht der Fortpflanzungsmedizin 2015: Aktueller Stand und verfassungsrechtliche Bewertung, in: Arnold/Bernat/Kopetzki, Das Recht der Fortpflanzungsmedizin 2015, 2016, S. 63-101 (63 f.).

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

zulässt[864]. Das Beispiel Österreich zeigt, dass die westliche Verfassungstradition kaum noch Raum lässt für Eingriffe in den Zugang zur Elternschaft durch gesetzesmedizinische Verbote oder Ungleichbehandlungen, weder im Bereich der Adoption noch Fortpflanzungsmedizin. Diesen Eindruck teilen verschiedene Experten in ihrer Rezeption des FMedRÄG[865]. So bezeichnet *Bernat* die Entwicklungen als Indiz für einen „Wandel der Sozialmoral" und Beleg dafür, dass „die in den Grundrechten verankerten Basiswertungen [...] offen [sind] für einen Wertungswandel, durch den sich die Gesellschaft immer wieder neu positioniert". Mit dem FMedRÄG 2015 sieht er für Österreich „die Phase der langsamen, aber beständigen Akzeptanz der Fortpflanzungsmedizin eingeleitet"[866]. *Gutmann* resümiert, dass die Entscheidungen des EGMR Orientierungsfunktion haben und betont, dass wenn das österreichische $FMedG_{alt}$ in den Augen des EGMR überarbeitungsbedürftig war, es das deutsche Embryonenschutzgesetz erst recht ist: „Als der österreichische Verfassungsgerichtshof nach sanftem Druck des EGMR einen Ausschluss lesbischer Lebensgemeinschaften von fortpflanzungsmedizinischen Maßnahmen wegen eines Verstoßes gegen Art. 14 i.V.m. Art. 8 EMRK für unwirksam erklärt hat, richtetet sich dieses Verdikt gegen eine Regelung, die immerhin die Form eines parlamentarischen Gesetzes hatte. Demgegenüber findet sich in der Bundesrepublik, vom Rechtssystem geduldet, noch heute eine effektive diskriminierende Beschränkung reproduktionsmedizinischer Maßnahmen auf heterosexuelle ‚Normalpaare' in demokratisch nicht legitimierten und verfassungsrechtlich zweifelhaften ‚berufsrechtlichen' Normen."[867] Mit diesen Entwicklungen vor Auge ist es mehr als wahrscheinlich, dass der Gerichtshof dieselben Konsequenzen

---

864 *Arnold/Bernat/Kopetzki*, Das Recht der Fortpflanzungsmedizin 2015, 2016, S. V; Verboten sind nach wie vor: „reproduktionsmedizinische Eingriffe, die eine alleinstehende Frau in Anspruch nehmen will, der heterologe Embryotransfer nach Embryonenspende, reproduktionsmedizinische Eingriffe in einer Ehe oder Lebensgemeinschaft von Personen verschiedenen Geschlechts ohne medizinische oder sozialmedizinische Indikation, das ‚social egg freezing' sowie die Leihmutterschaft" (*Bernat*, Das Recht der Fortpflanzungsmedizin im Spiegel der sich wandelnden Sozialmoral, in: Arnold/Bernat/Kopetzki, Das Recht der Fortpflanzungsmedizin 2015, 2016, S. 9-44 (39)).

865 Zusammenfassend: *Bernat/Fritzer*, Das Recht der Fortpflanzungsmedizin 2015, MedR 2016 (34/4), S. 257-259 (257).

866 *Bernat*, Das Recht der Fortpflanzungsmedizin im Spiegel der sich wandelnden Sozialmoral, in: Arnold/Bernat/Kopetzki, Das Recht der Fortpflanzungsmedizin 2015, 2016, S. 9-44 (43-44).

867 *Gutmann*, Rechtsphilosophische Reflexionen, in: Arnold/Bernat/Kopetzki, Das Recht der Fortpflanzungsmedizin 2015, 2016, S. 45-61 (58).

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

zieht wie der österreichische Gesetzgeber und eine Missachtung der Pflicht zur regelmäßigen Überprüfung und gegebenenfalls Korrektur des nationalen Fortpflanzungsmedizinrechts nicht länger nur mit einem Appell an den guten Willen der Staaten abtut, sondern mit einem Konventionsverstoß ahndet.

c) Trend zum Stellen realistischer Anforderungen an einen europäischen Konsens und zur Einschränkung des staatlichen Ermessens

Unter anderem die Richter *Tulkens et al.* haben in ihrem Votum zu *S.H. u.a. vs. Österreich* auf den Widerspruch hingewiesen, dass der Gerichtshof auf Anwendungsebene zwar ein Zugangsrecht auf Elternschaft anerkennt, diesem auf Rechtfertigungsebene aber keine Geltung verschafft, weil er die Hürden für einen Konsens zu hoch setzt und damit den Mitgliedsstaaten einen nahezu unbegrenzten Ermessensspielraum lässt[868]. Im Rahmen der systematischen Auslegung war die Frage nach der Vereinbarkeit eines Zugangsrechts mit der Rechtslage- und Entwicklung in den Mitgliedsstaaten zunächst ausgeklammert worden. Nun, da es darum geht, ob der Gerichtshof mit seiner Annahme richtig liegt, dass kein Konsens besteht oder ein etwaiger Konsens unbeachtlich ist, weil es ihn noch nicht lange gibt und er ein dynamisches Rechtsgebiet betrifft, gilt es diese Frage zu beantworten. Dabei ist sorgfältig zu differenzieren zwischen der Akzeptanz fortpflanzungsmedizinischer Methoden auf der einen und der Anerkennung von Elternschaft als Kernaspekt persönlicher Identität auf der anderen Seite. Dem liegt die Überlegung zugrunde, dass es dem EGMR künftig weniger um einen Konsens über das Ob und Wie der diversen fortpflanzungsmedizinischen Verfahren im Einzelnen gehen könnte als vielmehr um den Konsens über die Bedeutung von Elternschaft als wesentlichem Bestandteil persönlicher Identität im Allgemeinen (aa). Teilweise auch bereits ohne, jedenfalls aber mit diesem Perspektivwechsel vor Augen, indiziert ein Blick auf die Rechtslage und -entwicklung in den Mitgliedsstaaten eine Ermessensbeschränkung *ex-nunc* (bb).

868 ECHR No. 57813/00, 3rd Nov. 2011 (S.H. et al./Austria), Joint Dissenting Opinion: Tulkens, Hirvelä, Lazarova Trajovska, Tsotsoria, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-107325 (31.3.2020), PDF S. 31-35 (33).

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

aa) Perspektivwechsel: Vom Konsens über die fortpflanzungsmedizinischen Verfahren im Einzelnen zum Konsens über die Bedeutung von Elternschaft als Kernaspekt persönlicher Identität im Allgemeinen

Sicher könnte der Gerichtshof wie in *A, B und C vs. Irland* argumentieren, wo er für die Beurteilung des Konsenses nicht von der relativ homogen beurteilten Frage um das Recht auf Abtreibung ausging, sondern von der weit unterschiedlicher beurteilten Frage nach dem Beginn des Lebens. Entsprechend könnte er anführen, dass es für seine Beurteilung eines Konsenses in Fällen, die den Zugang zur Elternschaft durch Reproduktionsmedizin betreffen, im Kern nicht um die unter den Vertragsstaaten wahrscheinlich relativ homogen beurteilte Frage nach der Bedeutung von Elternschaft als Kernaspekt persönlicher Identität im Allgemeinen geht, sondern die vermeintlich ungleicher beurteilte Frage nach der Zulässigkeit des jeweils in Frage stehenden fortpflanzungsmedizinischen Verfahrens im Einzelnen. Das wäre indes verfehlt: Denn erstens wächst, mehr als der EGMR Glauben macht, der Konsens zum Ob und Wie der verschiedenen fortpflanzungsmedizinischen Verfahren stetig, hat sich zu einer Vielzahl an Methoden sogar schon mehrheitlich etabliert ("nearly consensus"[869]) oder nimmt stetig zu ("emerging consensus"[870]). Selbst, wenn der Gerichtshof keinen Perspektivwechsel vornimmt, gehört das staatliche Ermessen eher früher als später eingeschränkt. Zweitens ist es dogmatisch überzeugender, für den Konsens in allen den Zugang zur Elternschaft durch die medizinisch assistierte Reproduktion betreffenden Fällen auf die viel grundlegendere Frage abzustellen, ob Elternschaft als Kernaspekt persönlicher Identität geschützt gehört. Denn Ziel aller reproduktionsmedizinischen Verfahren ist es gerade, die Persönlichkeitsrechte derer zu schützen, die auf natürlichem Weg keine Kinder bekommen können und deshalb ohne assistierte Fortpflanzung auf die identitätsprägende Erfahrung Elternschaft verzichten müssten. Der Reproduktionsmedizin geht der Wunsch nach

869 *Nussberger*, The European Court of Human Rights, 2020, S.84: "[I]f there is a small minority of States not following the general trend, the Court would still claim that there is 'nearly a consent' or at least speak of 'a consensus amongst a substantial majority of the Contracting States of the Council of Europe'."

870 Vgl. ebd. S.84: "When gradually more and more States opt for a specific solution the Court would detect an 'emerging consensus'."; ECHR No. 28957/95, 11th Jul. 2002 (Christine Goodwin/United Kingdom), http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-60596 (5.2.2021), PDF S. 1-35 (24), Z. 84.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Elternschaft voraus, nicht umgekehrt. Deshalb ist es nur konsequent, nicht primär auf den Konsens zu den einzelnen Verfahren abzustellen. Gleichwohl kann bereits eine liberale Grundhaltung der Vertragsstaaten zu diesen Verfahren Indiz-Wirkung haben für ihre einvernehmliche Überzeugung, dass der Zugang zur Elternschaft geschützt gehört. Insofern spricht bereits ein noch in Entwicklung begriffener Konsens zu den fortpflanzungsmedizinischen Methoden im Einzelnen für die bereits etablierte Akzeptanz des der Reproduktionsmedizin zugrundeliegenden Ziels im Ganzen. Den Trend zu einer persönlichkeitsrechtsfreundlichen Gesetzgebung im Bereich der Fortpflanzungsmedizin vorausgesetzt (dazu gleich), gehört dazu das staatliche Ermessen bereits *ex-nunc* eingeschränkt. Zur Bestätigung oder Korrektur dieses Perspektivwechsels, wenigstens aber zur Widerlegung der Behauptung, dass es zu den einzelnen fortpflanzungsmedizinischen Verfahren noch keinen beachtlichen Konsens gebe, wird nun ein Blick auf die Rechtslage und Rechtsentwicklung in den Mitgliedsstaaten geworfen.

bb) Die Rechtslage und Rechtsentwicklung in den Konventionsstaaten

Ein Blick auf die Rechtslage- und Entwicklung in den Mitgliedsstaaten zeigt, dass der Trend beim Zugang zur Reproduktionsmedizin zu einer für die Eltern persönlichkeitsrechtsfreundlichen Gesetzgebung geht ("Europe moves towards complete statutory regulation of assisted reproduction"), wenngleich nach wie vor Diskrepanzen über die Details ihrer Umsetzung bestehen ("variations still exist in how the legislation is applied"). Doch selbst insofern zeichnet sich vermehrt Konsens ab: "there is some shift towards homogeneity in a growing number of jurisdictions such as the removal of donor anonymity in sperm and egg donation, or the treatment of single and lesbian women".[871] Zu diesem Ergebnis gelangt die aktuell weitreichendste Studie zum Thema "Survey on ART and IUI: legislation, regulation, funding and registries in European countries" des "European IVF-monitoring Consortium" (EIM) für die "European Society of Human Reproduction and Embryology" (ESHRE). Sie wurde am 6. Februar 2020 veröffentlicht und hat bis zum 31. Dezember 2018 die Rechtslage von 43

871 *ESHRE*, Europe moves towards complete statutory regulation of assisted reproduction, 6.2.2020, https://www.eshre.eu/Press-Room/Press-releases-2020/ART-in-Europe (31.8.2020).

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

der insgesamt 44 europäischen Staaten[872] ausgewertet, in denen künstliche Fortpflanzungsmedizintechniken (ART) und intrauterine Insemination (IUI) eingesetzt werden[873]. Danach ergibt sich folgendes Bild:

(1) Der Zugang zu Techniken der medizinisch assistierten Fortpflanzung (ART)

Elf Länder erlauben die Inanspruchnahme von ART und IUI nur im Fall medizinisch indizierter Unfruchtbarkeit. Weitere Einschränkungen in den Konventionsstaaten ergeben sich aus dem Alter, der sexuellen Orientierung und dem Ehestand der Antragsteller. Zu diesem letzten Punkt trifft die Studie allerdings keine Erhebungen.

(a) Zugangsbeschränkung wegen des Alters

In 34 Staaten ist der Zugang zu ART durch Altersgrenzen beschränkt[874]. In 21 dieser Staaten müssen sowohl weibliche als auch männliche Antragssteller mindestens 18 Jahre alt sein. Belgien, Kasachstan und Malta ziehen eine Untergrenze ausschließlich für weibliche Kandidaten. Dabei sind Malta mit einem Mindestalter von 25 Jahren und Kasachstan mit 19 Jahren die einzigen Länder, in denen die Antragstellerinnen älter sein müssen als 18 Jahre. In 18 Staaten gibt es für Frauen außerdem eine Altersobergrenze, die zwischen 45 Jahren in Belgien und Dänemark (45 bei Eizellentnahme und 47 bei Embryotransfer und Insemination) und 52 Jahren in Bulgarien rangiert. Österreich zieht keine Altersobergrenze, sondern stellt auf den Eintritt der Menopause ab ("natural cycle available"). Ebenso Spanien ("age of menopause") und Slowenien ("reproductive age"). In Frankreich haben bis vor kurzem die Ärzte entschieden, wann das reproduktive Alter und damit der Zugang zu ART endet ("'normal reproductive age', decided by the multidisciplinary staff of the centre"). Seit Erlass des Bioethik-Gesetzes vom 2.8.2021 steht die künstliche Befruchtung nunmehr allen An-

872 Mit Ausnahme von Aserbaidschan.

873 Die intrauterine Insemination ist ein Verfahren der in-vivo Fertilisation, bei der Samenzellen zum Zeitpunkt des Konzeptionsoptimums unmittelbar in den Uterus eingebracht werden.

874 Nicht so in Armenien, Bosnien und Herzegowina, Deutschland, Island, Irland, Moldawien, Polen, Serbien, Russland und der Türkei.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

tragstellerinnen bis zum Alter von 43 Jahren zur Verfügung. Außerdem erlaubt Frankreich das "social egg freezing", das es Frauen auf Kassenkosten erlaubt, ihre Eizellen bis zur späteren Nutzung einzufrieren[875]. Finnland normiert zwar keine fixe Obergrenze, legt in der Praxis aber eine Grenze von 40-45 Jahren an. Rumänien erlaubt Frauen den Zugang zu ART mit eigenen Eizellen bis zum 48., mit Spendereizellen bis zum 50. Lebensjahr. Eine Obergrenze für Männer empfehlen Finnland (60 Jahre), Schweden (56 Jahre) und die Schweiz (der Antragssteller sollte das 18. Lebensjahr seines Kindes erleben können). Portugal sieht für Männer eine verbindliche Obergrenze von 60 Jahren vor.[876]

(b) Zugangsbeschränkung wegen der sexuellen Orientierung

Bereits Ende 2018 gewährte die Mehrheit der Teilnehmerstaaten nicht mehr nur heterosexuellen Paaren den Zugang zu ART und IUI. Nur noch 11 Staaten beschränkten den Zugang auf unfruchtbare, heterosexuelle Paare (Albanien, Bosnien und Herzegowina, Tschechien, Frankreich, Italien, Litauen, Polen, Slowenien, Schweiz und Türkei)[877]. Dass sich dieser Trend nach Erlass des FMedRÄG 2015 in Österreich (s.o.) fortsetzt, belegt das kürzlich in Kraft getretene Bioethik-Gesetz in Frankreich vom 2.8.2021, wonach die künstliche Befruchtung fortan unabhängig von sexueller Orientierung, Ehestand und Beziehungsstatus jedem zur Verfügung steht. Damit reiht sich Frankreich neben Belgien, den Niederlanden, Großbritannien, Malta und Rumänien in die wachsende Zahl an Ländern ein, die eine

875 LOI n° 2021-1017 du 2 août 2021 relative á la bioéthique, 3.8.2021, https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000043884384?r=sZm1cSyhaX (18.8.2021); zur Gesetzesreform in Frankreich vgl. außerdem: *Agence de la biomédecine*, Le Rapport médicale et scientifique 2020, https://rams.agence-biomedecine.fr/ (1.4.2022); *Agence de la biomédecine*, Rapport sur l'application de la loi de bioéthique, 2018, https://www.agence-biomedecine.fr/IMG/pdf/rapportloi2018.pdf (1.4.2022); *Agence de la biomédecine*, Encadrement juridique international dans les différents domaines de la bioéthique Rapport sur l'application de la loi de bioéthique, 2018, https://www.agence-biomedecine.fr/IMG/pdf/encadrementjuridiqueinternational_actualisation2018.pdf (1.4.2022).

876 *ESHRE*, Survey on ART and IUI, 6.2.2020, https://www.eshre.eu/Data-collection-and-research/Consortia/EIM/Legislation-for-ART-and-IUI-treatments (24.9.2021), S. 3 i.V.m. Table II: Legal limits for ART access, S. 6.

877 *ESHRE*, Survey on ART and IUI, 6.2.2020, https://www.eshre.eu/Data-collection-and-research/Consortia/EIM/Legislation-for-ART-and-IUI-treatments (24.9.2021), S. 3.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Behandlung durch ART allen Personengruppen zur Verfügung stellen: Heterosexuellen genauso wie homosexuellen und lesbischen Paaren, vermählten wie unvermählten Paaren sowie auch alleinstehenden Frauen[878]. Zwar limitieren nach wie vor die meisten Länder den Zugang anhand des ein oder anderen Merkmals, insbesondere für homosexuelle Paare. Gleichwohl haben alleinstehende Frauen in inzwischen 30 Ländern und lesbische Paare in immerhin 18 Ländern Zugang zu ART.[879] Auch der Zugang für Transsexuelle verbessert sich stetig. Von 27 Staaten, die eine Geschlechtsumwandlung erlauben, ermöglichen 20 Staaten *a priori* eine Kryokonservierung der Gameten und des gonadalen Gewebes[880]. Zugang zu ART und IUI gewähren immerhin knapp die Hälfte der Teilnehmerstaaten. In 18 Staaten können dafür die vor der geschlechtsangleichenden Operation entnommenen Gameten oder das gonadale Gewebe verwendet werden.[881]

(2) Der Zugang zu ART unter Verwendung einer Samenspende

Der Zugang zu ART unter Verwendung einer Samenspende ist heterosexuellen Paaren in 41 Ländern erlaubt[882]. In 18 Ländern steht die Samenspende überdies lesbischen und in fünf Staaten auch homosexuellen Paaren zur Verfügung (in: Belgien, Niederlande, Großbritannien, Malta und Rumänien). Daraus folgt, dass dreizehn Staaten den Zugang zu ART unter Verwendung einer Samenspende zwar weiblichen, nicht aber auch männlichen

878 Zur Gesetzesreform in Frankreich vgl. *Agence de la biomédecine, Le Rapport médicale et scientifique 2020,* https://rams.agence-biomedecine.fr/ *(1.4.2022); Agence de la biomédecine*, Rapport sur l'application de la loi de bioéthique, 2018, https://www.agence-biomedecine.fr/IMG/pdf/rapportloi2018.pdf (1.4.2022); *Agence de la biomédecine*, Encadrement juridique international dans les différents domaines de la bioéthique Rapport sur l'application de la loi de bioéthique, 2018, https://www.agence-biomedecine.fr/IMG/pdf/encadrementjuridiqueinternational_actualisation2018.pdf (1.4.2022).

879 Vgl. ebd. S. 3.

880 Nicht so Griechenland, Ungarn, Slowenien und Türkei. Deutschland hat diesen Fall gesetzlich nicht geregelt. Dänemark und Polen haben keine Angaben gemacht.

881 *ESHRE*, Survey on ART and IUI, 6.2.2020, https://www.eshre.eu/Data-collection-and-research/Consortia/EIM/Legislation-for-ART-and-IUI-treatments (24.9.2021), S.9 i.V.m. Supplementary Table SV: Gender reassignment, ademic.oup.com/hropen/article/2020/1/hoz044/5715201 (24.9.2021).

882 Nicht so in Bosnien und Herzegowina und der Türkei. Zwar stehen in Kroatien und Montenegro keine inländischen Samenspenden zur Verfügung. In Kroatien ist es aber legal, die Samen aus dem europäischen Ausland zu importieren.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

gleichgeschlechtlichen Paaren gewähren (Österreich, Bulgarien, Dänemark, Estland, Finnland, Deutschland, Island, Irland, Lettland, Norwegen, Portugal, Spanien, Schweden). Alleistehende Frauen haben Zugang zu ART und IUI unter Verwendung einer Samenspende in 30 Ländern. Fünf Staaten (Belgien, Niederlande, Großbritannien, Malta, Rumänien) und seit Kurzem auch Frankreich geben allen Patientengruppen Zugang zu einer Samenspende: Heterosexuellen Paaren, gleichgeschlechtlichen Paaren, weiblich wie männlich, und auch alleinstehenden Frauen. In Deutschland ist lesbischen Paaren und alleinstehenden Frauen die medizinisch assistierte Reproduktion mittels Samenspende wegen der Haltung der Bundesärztekammer, und ihrem demokratisch nur unzureichend legitimierten Standesrecht, nur bedingt bis überhaupt nicht möglich (3.1.1. der (Muster)-Richtlinie der Bundesärztekammer zur Durchführung der assistierten Reproduktion[883]).[884]

(3) Der Zugang zu ART unter Verwendung einer Eizellspende

Der Zugang zu ART unter Verwendung einer Eizellspende ist heterosexuellen Paaren in 38 Ländern erlaubt. Allerdings hat seit Abschluss der ESHRE-Studie auch Norwegen mit Gesetzesänderung vom 26. Mai 2020 die Eizellspende legalisiert und darüber hinaus die assistierte Befruchtung für Frauen ohne Partner/-in[885]. Damit verbieten eine Eizellspende lediglich noch Deutschland (§ 1 I Nr. 1, 2 i.V.m. § 1 II ESchG), die Schweiz, Bosnien und

883 Zwar hat die Bundesärztekammer (BAK) die „(Muster-)RL zur Durchführung der assistierten Reproduktion von 2006", erlassen am 17.2.2006, inzwischen für hinfällig erklärt. Soweit aber einzelne Landesärztekammern deren Inhalte bereits in förmliches Recht übertragen haben, bleibt dieses bindend. Die ersatzweise erlassene „Richtlinie zur Entnahme und Übertragung von menschlichen Keimzellen im Rahmen der assistierten Reproduktion" vom 6.10.2017 lässt unkommentiert, wem eine Samenspende zustehen sollte. Zur aktuellen Haltung der BÄK zur Eizellspende, Embryospende und zum Elective-Single-Embryo-Transfer vgl. zweiter Hauptteil.

884 Vgl. zu diesem Abschnitt: *ESHRE*, Survey on ART and IUI, https://www.eshre.eu/Data-collection-and-research/Consortia/EIM/Legislation-for-ART-and-IUI-treatments (24.9.2021), S. 3 i.V.m. Table I: Legislation on ART in European countries – third-party donation, S. 4-5.

885 Deutsche Hebammen Zeitschrift, Eizellspende und assistierte Befruchtung erlaubt – auch für alleinstehende Frauen, 26.5.2020, https://www.dhz-online.de/news/detail/artikel/eizellspende-und-assistierte-befruchtung-erlaubt-auch-fuer-alleinstehende-frauen/ (5.8.2021).

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Herzegowina und die Türkei[886]. Vier Länder (Kroatien, Irland, Italien und Montenegro) verwerten ausschließlich importierte Eizellen. In 15 Staaten steht die Eizellspende lesbischen und in fünf davon auch homosexuellen Paaren zur Verfügung (in: Belgien, Niederlande, Großbritannien, Malta, Rumänien). Damit ermöglichen zehn Staaten die Eizellspende zwar weiblichen, nicht aber auch männlichen gleichgeschlechtlichen Paaren (Österreich, Bulgarien, Dänemark, Estland, Finnland, Island, Irland, Lettland, Portugal und Spanien). Alleinstehende Frauen können eine Eizellspende in 24 Ländern erhalten. Fünf Länder, dieselben, die eine Samenspende für alle erlauben (Belgien, die Niederlande, Großbritannien, Malta, Rumänien), stellen auch die Eizellspende jedem zur Verfügung: Heterosexuellen genauso wie homosexuellen und lesbischen Paaren, vermählten wie unvermählten Paaren sowie auch alleinstehenden Frauen. So handhabt es nunmehr auch Frankreich.[887]

(4) Der Zugang zu ART unter Verwendung einer Eizell- und Samenspende

Der Zugang zu ART unter Verwendung einer Doppelspende, das heißt einer simultanen Eizell- und Samenspende, ist heterosexuellen Paaren in 32 Ländern erlaubt. Nicht erlaubt ist die Kombination aus Eizell- und Samenspende in Ländern, die schon die einfache Eizellspende verbieten. Abgelehnt wird sie außerdem von Schweden, Kroatien, Montenegro, Armenien, und Slowenien. In 15 Ländern steht die Doppelspende lesbischen und in fünf Staaten auch homosexuellen Paaren zur Verfügung (in: Belgien, Niederlande, Großbritannien, Malta und Rumänien). Daraus folgt, dass zehn Staaten die Doppelspende zwar weiblichen, nicht aber auch männlichen gleichgeschlechtlichen Paaren gewähren (Österreich, Bulgarien, Dänemark, Estland, Finnland, Island, Irland, Lettland, Malta, Portugal, Spanien). Alleinstehende Frauen können eine Doppelspende in 24 Ländern beantragen. Fünf Länder, dieselben, die die einfache Keimzellspende für alle erlauben (Belgien, Malta, Rumänien, Niederlande und Großbritannien), ermöglichen auch die Doppelspende sowohl heterosexuellen als auch ho-

886 Dabei sind Bosnien und Herzegowina und die Türkei die einzigen Staaten, die sowohl die Eizell- als auch die Samenspende ablehnen.

887 Vgl. zu diesem Abschnitt: *ESHRE*, Survey on ART and IUI, https://www.eshre.eu/Data-collection-and-research/Consortia/EIM/Legislation-for-ART-and-IUI-treatments (24.9.2021), S. 3 i.V.m. Table I: Legislation on ART in European countries – in third party donation, S. 4-5.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

mosexuellen und lesbischen Paaren, vermählten wie unvermählten Paaren sowie auch alleinstehenden Frauen. In Deutschland ist die Doppelspende verboten (§ 1 II ESchG).[888]

(5) Der Zugang zu ART unter Verwendung einer Embryonenspende

Der Zugang zu ART unter Verwendung einer Embryospende ist heterosexuellen Paaren in 29 Ländern erlaubt[889]. Zehn dieser Länder stellen die Embryospende zudem lesbischen und vier (Belgien, Niederlande, Malta, Großbritannien) auch homosexuellen Paaren zur Verfügung. Damit ist die Embryospende, die aus Sicht der Wunscheltern teilweise auch als Embryoadoption bezeichnet wird, in sechs Staaten zwar weiblichen, nicht aber auch männlichen gleichgeschlechtlichen Paaren erlaubt (Estland, Finnland, Irland, Lettland, Portugal, Spanien). Alleinstehende Frauen können eine Embryospende in 17 Ländern erhalten. Vier Länder ermöglichen sie allen Personengruppen, also sowohl heterosexuellen Paaren als auch gleichgeschlechtlichen Paaren, weiblich wie männlich, und alleinstehenden Frauen (Belgien, Malta, Niederlande, Großbritannien). Für die Rechtslage in Deutschland, wo zwar die Spende von auf Vorrat erzeugten Embryonen verboten ist, nicht aber die Spende überzähliger Embryonen (§ 1 I Nr. 5 ESchG) (vgl. zweiter Hauptteil, A, III).[890]

(6) Der Zugang zu ART unter Anwendung einer Präimplantationsdiagnostik

Um monogene Erbkrankheiten ("preimplantation genetic testing for monogenic gene disorders", PGT-M) und strukturelle Chromosomenaberrationen ("preimplantation genetic testing for chromosome structural rear-

888 Vgl. zu diesem Abschnitt: *ESHRE*, Survey on ART and IUI, https://www.eshre.eu/Data-collection-and-research/Consortia/EIM/Legislation-for-ART-and-IUI-treatments (24.9.2021), S. 3 i.V.m. Table I: Legislation on ART in European countries – in third party donation, S. 4-5.

889 Nicht so in Österreich, Armenien, Belarus, Bosnien und Herzegowina, Bulgarien, Dänemark, Island, Italien, Kasachstan, Norwegen, Rumänien, Slowenien, Schweden, Schweiz und Türkei.

890 Vgl. zu diesem Abschnitt: *ESHRE*, Survey on ART and IUI, https://www.eshre.eu/Data-collection-and-research/Consortia/EIM/Legislation-for-ART-and-IUI-treatments (24.9.2021), S. 3 i.V.m. Table I: Legislation on ART in European countries – in third party donation, S. 4-5.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

rangements", PGT-SR) auszuschließen, ist die PID heterosexuellen Paaren in allen Teilnehmerstaaten bis auf Bosnien und Herzegowina und Malta erlaubt. Nicht erlaubt ist sie hingegen für eine Präferenz des Geschlechts, es sei denn, es geht um den Ausschluss geschlechtsspezifischer Erbkrankheiten. In 15 Staaten stehen PGT-M und PGT-SR zudem lesbischen Paaren zur Verfügung (Österreich, Belgien, Bulgarien, Dänemark, Estland, Finnland, Island, Irland, Lettland, Portugal, Rumänien, Spanien, Schweden, Niederlande, Großbritannien und Ukraine) und in vier Staaten auch homosexuellen Paaren (Belgien, Niederlande, Großbritannien und Rumänien). Alleinstehende Frauen können ein PGT-M und PGT-SR in 25 Ländern beantragen. Ein Aneuploidie-Screening ("preimplantation genetic testing for aneuploidies", PGT-A) erlauben 32 Staaten für heterosexuelle Paare (nicht so Bosnien und Herzegowina, Malta, Dänemark, Frankreich, Deutschland, Ungarn, Litauen, Norwegen, Slowenien, Schweden und Niederlande). In 12 Staaten steht dieses Verfahren außerdem lesbischen Paaren zur Verfügung (Österreich, Belgien, Bulgarien, Estland, Finnland, Island, Irland, Lettland, Portugal, Rumänien, Spanien und Großbritannien) und in drei Staaten auch homosexuellen Paaren (Belgien, Großbritannien, Rumänien). [891] Deutschland ist das einzige Land, das den Zugang zur PID vom Votum einer Ethikkommission abhängig macht beziehungsweise vom Votum verschiedener Ethikkommissionen in den einzelnen Bundesländern (§ 3a II ESchG)[892].

(7) Der Zugang zu ART unter Inanspruchnahme einer Leihmutter

Unter verschiedenen Rahmenbedingungen ermöglichen 15 Staaten heterosexuellen Paaren den Zugang zu ART unter Zuhilfenahme einer Leihmutter (Belgien, die Niederlande, Großbritannien, Griechenland, Zypern, Tschechien, Rumänien, Russland, Ukraine, Albanien, Armenien, Belarus, Georgien, Kasachstan, Mazedonien). In drei Staaten steht sie auch gleich-

891 Vgl. zu diesem Abschnitt: *ESHRE*, Survey on ART and IUI, https://www.eshre.eu/Data-collection-and-research/Consortia/EIM/Legislation-for-ART-and-IUI-treatments (24.9.2021), S. 3 i.V.m. Supplementary Table SI: Legislation on ART in European countries – special cases, https://academic.oup.com/hropen/article/2020/1/hoz044/5715201 (31.8.2020).

892 Zu den medizinischen Grundlagen einer PID, dem Rechtsrahmen in Deutschland und dem Rechtsrahmen in der Schweiz als "Best Practice" Beispiel vgl. zweiter Hauptteil, Kapitel V.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

geschlechtlichen Paaren zur Verfügung (Belgien, Niederlande, Großbritannien) und in sieben alleistehenden Frauen (Belgien, Niederlande, Großbritannien, Griechenland, Russland, Belarus, Mazedonien)[893]. In Deutschland ist die Leihmutterschaft verboten (§ 1 I Nr. 7 ESchG, § § 13c, 14b Adoptionsvermittlungsgesetz, § 134 BGB)[894].

(8) Die Kostenübernahme der ART-Behandlung durch die Solidargemeinschaft

Für die Frage, in welchem Umfang die europäischen Staaten eine Kostenübernahme der ART-Behandlung durch die Solidargemeinschaft vornehmen, sei auf die "Best Practice" Beispiele einer Umsetzung der finanziellen Rahmenbedingungen für eine Kinderwunschbehandlung im zweiten Hauptteil verwiesen. Insgesamt lässt sich ein wachsender Konsens in Richtung Kostendeckung durch die öffentlichen Sozialsysteme ausmachen. So haben in Frankreich seit Inkrafttreten des Bioethikgesetzes am 2.8.2020 alle Frauen unter 43 Jahren Anspruch auf künstliche Befruchtung als Kassenleistung[895].

(9) Das Anforderungsprofil für Keimzellspender/-innen

Mit Ausnahme von Georgien haben alle Länder, die eine Keimzellspende erlauben, ein Anforderungsprofil für Keimzellspender-/innen entwickelt. Zugangsbeschränkungen für Samenspender sind zumeist Alter und Zahl

893 *ESHRE*, Survey on ART and IUI, https://www.eshre.eu/Data-collection-and-research/Consortia/EIM/Legislation-for-ART-and-IUI-treatments (24.9.2021), S. 3 i.V.m. Supplementary Table SI: Legislation on ART in European countries – special cases, https://academic.oup.com/hropen/article/2020/1/hoz044/5715201 (31.8.2020); Zu den Rahmenbedingungen vgl. ebd. S. 9 i.V.m. Supplementary Table SIV: Surrogacy, https://academic.oup.com/hropen/article/2020/1/hoz044/5715201 (31.8.2020).

894 Zur Rechtslage in Deutschland und zu "Best Practice" Beispielen einer möglichen Umsetzung der Leihmutterschaft vgl. zweiter Hauptteil, Kapitel VI.

895 Zur Gesetzesreform in Frankreich vgl. *Agence de la biomédecine*, Le Rapport médicale et scientifique 2020, https://rams.agence-biomedecine.fr/ (1.4.2022); *Agence de la biomédecine*, Rapport sur l'application de la loi de bioéthique, 2018, https://www.agence-biomedecine.fr/IMG/pdf/rapportloi2018.pdf (1.4.2022); *Agence de la biomédecine*, Encadrement juridique international dans les différents domaines de la bioéthique Rapport sur l'application de la loi de bioéthique, 2018, https://www.agence-biomedecine.fr/IMG/pdf/encadrementjuridiqueinternational_actualisation2018.pdf (1.4.2022).

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

der bereits gezeugten Kinder. Für Eizellspenderinnen sind außerdem die Zahl an Spenden relevant und die Frage, ob und wie viele eigene Kinder die Spenderin hat.

(a) Anforderungen an Samenspender

In 16 von 41 Staaten, die eine Samenspende zulassen, müssen die Spender mindestens 18 Jahre alt sein. Die übrigen Staaten haben keine Altersuntergrenze. 21 Staaten sehen aber eine Obergrenze vor, die zwischen 35 Jahren in Ungarn, Kasachstan, Russland und der Slowakei und 55 Jahren in Slowenien rangiert. In den meisten Staaten liegt sie bei 40 Jahren. In 30 Ländern ist außerdem die Zahl der Kinder begrenzt, die von einem Spender abstammen dürfen. Fünf Staaten (Armenien, Tschechien, Irland, Rumänien und Niederlande) sprechen insofern lediglich eine Empfehlung aus, die zwischen maximal sieben Kindern in Armenien und Tschechien und 25 Kindern in den Niederlanden rangiert. Sieben Länder beschränken zwar nicht die Zahl der Kinder, die von einem Spender abstammen dürfen, wohl aber die Zahl der Familien, die eine Spende von derselben Person erhalten dürfen. Belgien erlaubt einem Samenspender Kinder in höchstens sechs, Dänemark in zwölf, Portugal in acht, Serbien in einer, Slowenien in zwei, Schweden in sechs und Großbritannien in zehn Familien. Finnland erlaubt eine Spende für maximal fünf Frauen. Wo es eine strikte Obergrenze für die durch einen Spender gezeugten Kinder gibt, rangiert diese zwischen einem Kind in Zypern und zehn Kindern in Frankreich, Griechenland, Italien, Kasachstan und Polen.[896]

(b) Anforderungen an Eizellspenderinnen

In 15 von 36 Ländern, die eine Eizellspende erlauben, müssen die Spenderinnen mindestens 18 Jahre alt sein. Italien sieht ein Mindestalter von 20 Jahren vor und Rumänien, dass die Spenderin mindestens 18 Jahre alt und verheiratet ist. Die übrigen Staaten haben keine Altersuntergrenze. In 25

896 Vgl. zu diesen Abschnitt: *ESHRE*, Survey on ART and IUI, https://www.eshre.eu/Data-collection-and-research/Consortia/EIM/Legislation-for-ART-and-IUI-treatments (24.9.2021), S. 3 i.V.m. Table III: Legal limits in third-party donation, where permitted, https://academic.oup.com/hropen/article/2020/1/hoz044/5715201 (31.8.2020), S. 7-8.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Ländern gibt es aber eine verbindliche Obergrenze, die zumeist bei 35 Jahren liegt und im Übrigen zwischen 34 Jahren in Serbien und Bulgarien (für anonyme Spender) und 38 Jahren in Frankreich rangiert. Finnland normiert kein verbindliches Höchstalter, zieht die Grenze aber regelmäßig bei 35 Jahren. Irland und Kroatien verwerten nur importierte Eizellen, ohne eine eigene Altersobergrenze für die Spenderinnen aus dem Ausland zu normieren. Malta und die Ukraine legen sich auf höchstens 36 Jahre fest. Bulgarien unterscheidet zwischen anonymen (max. 34 Jahre) und mit dem Empfänger verwandten Spenderinnen (max. 37 Jahre). Ähnlich Dänemark mit einer Altersobergrenze von 35 Jahren bei anonymer Eizellspende[897]. 25 Länder regulieren, wie viele Kinder eine Spenderin höchstens per Eizellspende zeugen darf. Rumänien und Tschechien empfehlen maximal fünf, Armenien sieben Kinder. Fünf Länder begrenzen nicht, wie viele Kinder von einer Frau durch Eizellspende abstammen dürfen, wohl aber wie vielen Familien sie spenden darf. Belgien und Schweden erlauben einer Frau durch Eizellspende gezeugte Kinder in maximal sechs, Serbien in einer, Slowenien in zwei und Großbritannien in zehn Familien. Finnland erlaubt eine Eizellspende für maximal fünf verschiedene Empfänger. Dort, wo es eine verbindliche Obergrenze für die durch Eizellspende gezeugten Kinder einer Frau gibt, rangiert diese zwischen einem Kind in Zypern und zehn Kindern in Frankreich, Griechenland, Italien, Kasachstan und Polen[898]. Neun Länder regulieren, wie viele Eizellen eine Spenderin spenden darf. Die Obergrenze bewegt sich zwischen einer (ausnahmsweise zwei) Spenden in Rumänien und 20 Spenden in Belarus. Die übrigen Länder erlauben einer Frau zwei bis acht Eizellspenden, die meisten Länder fünf bis sechs[899]. Vier Länder erlauben einer Frau die Eizellspende nur, wenn sie selbst Mutter ist (Belarus, Bulgarien, Ungarn, Ukraine). Rumänien und Schweden empfehlen, dass eine Eizellspenderin mindestens ein Kind haben sollte. In den übrigen 30 Ländern ist es irrelevant, ob und wie viele Kinder die Spenderin hat.[900]

897 Vgl. ebd. S. 3 i.V.m. S. 7-8.
898 Vgl. ebd. S. 3 i.V.m. S. 7-8.
899 Vgl. ebd. S. 3 i.V.m. S. 7-8.
900 Vgl. ebd. S. 3 i.V.m. S. 7-8.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

(10) Die Anonymitätsfrage für Keimzell- und Embryospender/-innen

18 Staaten schreiben bei einer Keimzellspende strikte Spenderanonymität vor. Das bedeutet, dass die Identität der Spender weder den Empfängern noch den sich aus der Gameten-Spende gezeugten Kindern preisgeben wird und den Betroffenen auch keine Wahl bleibt, sich für eine offene Spende zu entscheiden ("strict anonymity"). Fünf Länder machen davon eine Ausnahme, wenn das Kind mit schweren Gesundheitsschäden geboren wird. Estland, Polen und Russland informieren die Begünstigten und das durch die Keimzellspende gezeugte Kind über allgemeine Daten wie Größe, Gewicht, Alter und Ausbildung der Spender/-innen. Sechs Länder (Österreich, Kroatien, Finnland, Island, Malta, Portugal und Großbritannien) wahren die Anonymität zwar gegenüber den Wunscheltern, nicht aber gegenüber dem sich aus der Keimzellspende entwickelnden Kind, das ab einem bestimmten Alter Auskunft verlangen kann ("Anonymity for recipients but not for children"). Zwölf Staaten (Armenien, Belarus, Belgien, Bulgarien, Dänemark, Ungarn, Island, Kasachstan, Rumänien, Schweden, Schweiz und Ukraine) folgen einem Hybrid-Modell aus anonymer und offener Keimzellspende ("Mixed system"). So bleiben etwa in Bulgarien die Keimzellspender/-innen grundsätzlich anonym, es sei denn, sie sind mit dem Begünstigten verwandt. Zur Rechtslage in Deutschland vgl. zweiter Hauptteil, A, I, 2. In Ungarn ist eine Eizellspende, im Gegensatz zur Samenspende, überhaupt nur erlaubt, wenn die Spenderin mit dem Empfänger verwandt ist. Belgien deckt die Identität des Spenders nur auf, wenn eine entsprechende vertragliche Übereinkunft mit dem Begünstigten besteht. In Rumänien dürfen importierte Keimzellspenden anonym erfolgen, während im Inland gewonnene Spenden offengelegt werden müssen. Die Niederlande und Norwegen lehnen jede Art von Anonymität ab, verlangen also völlige Transparenz. Von den 28 Ländern, die neben der Keimzell- auch die Embryospende zulassen, halten 21 Länder die Identität der Spender/-innen geheim. Fünf Länder (Kroatien, Finnland, Malta, Portugal und Großbritannien) wahren die Anonymität der Spender gegenüber den Begünstigten,

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

nicht aber gegenüber dem Kind. Georgien, Rumänien und die Niederlande erlauben ausschließlich die nicht-anonyme Embryospende.[901]

cc) Die Rechtslage und Rechtsentwicklung in den Konventionsstaaten als Bestätigung des Perspektivwechsels

Die Studie zeigt, dass es in Europa zwar nach wie vor Unterschiede gibt, weniger was die Zulässigkeit der Reproduktionsmedizin als solche angeht als vielmehr die Feinheiten ihrer Umsetzung wie Zugangsbeschränkungen (Alter, sexuelle Orientierung, Ehestand und Beziehungsstatus der Antragssteller), Anwendungsvoraussetzungen (Anforderungsprofil für Gameten-Spender, Anonymitätsfrage) und Rahmenbedingungen (Kostenübernahme der ART-Behandlung durch die Solidargemeinschaft). Genauso eindrücklich demonstriert der Blick auf die Rechtslage und -entwicklung in den Mitgliedsstaaten aber auch, dass selbst diese Unterschiede schwinden. Der Flickenteppich Europa ist inzwischen auch im Hinblick auf die gesetzesmedizinischen Details in einem Harmonisierungsprozess begriffen, der jedenfalls in puncto grundsätzlicher Bedeutung von Elternschaft als Kernaspekt persönlicher Identität bereits seinen Abschluss gefunden hat[902]. So formuliert etwa das Schweizerische Bundesgericht bereits in einer Entscheidung von 1989: „Es ist indessen nicht zu verkennen, dass der Wunsch nach Kindern eine elementare Erscheinung der Persönlichkeitsentfaltung darstellt. […] Die Beschränkung des Zugangs zu den modernen Methoden künstlicher Befruchtung berührt die Beschwerdeführer daher in ihrem Verfassungsrecht auf persönliche Freiheit."[903] Oder in einer Entscheidung von 1993: „Der Umstand, dass die Berufung auf die persönliche Freiheit gleichzeitig die Inanspruchnahme von ärztlichen Dienstleistungen und die

901 Vgl. zu diesem Abschnitt: *ESHRE*, Survey on ART and IUI, https://www.eshre.eu/Data-collection-and-research/Consortia/EIM/Legislation-for-ART-and-IUI-treatments (24.9.2021), S. 9 i.V.m. Supplementary Table SII: Anonymity regimen in third-party donation, https://academic.oup.com/hropen/article/2020/1/hoz044/5715201 (31.8.2020).

902 Diese Einschätzung im Kontext des Art. 8 EMRK und mit Verweis auf die im Folgenden angeführten Textstellen des BGE teilend: *Seelmann*, Gutachten für das BAG: Zugang zur Fortpflanzungsmedizin für alle?, https://www.bag.admin.ch/bag/de/home/medizin-und-forschung/fortpflanzungsmedizin/stellungnahmen-gutachten.html (21.3.2022), 2018, S. 5-6.

903 BGE 115 la 234 (247).

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Mitwirkung von Dritten (nämlich Ärzten und evtl. Spendern) mit sich bringt, ändert nichts daran, dass die ungewollte Kinderlosigkeit von den Betroffenen als schwere Belastung und Beeinträchtigung in einer zentralen Sinngebung des Lebens erlebt wird."[904]

Selbst ohne ein radikales Umdenken seitens des EGMR von einem Konsens über die reproduktionsmedizinischen Verfahren im Einzelnen zu einem Konsens über die Bedeutung von Elternschaft als Kernaspekt persönlicher Identität im Allgemeinen dürfte es dem Gerichtshof daher künftig schwerfallen, für seine Beurteilung eines staatlichen Ermessens in Fällen, die den Zugang zur Elternschaft betreffen, auf das vermeintlich ungleich beurteilte Ob und Wie des jeweiligen Verfahrens abzustellen. Denn wie gezeigt, wächst der Konsens zu einer Vielzahl an reproduktionsmedizinischen Verfahren stetig, ist wie bei der künstlichen Befruchtung mittels Samen- und Eizellspende sogar schon fest etabliert. Selbst wenn der Gerichtshof keinen Perspektivwechsel vornimmt, gehört das staatliche Ermessen eher früher als später eingeschränkt[905]. Geht der Gerichtshof hingegen den dogmatisch überzeugenderen Weg, wonach für den Konsens auf die Frage abzustellen ist, ob Elternschaft als Kernaspekt persönlicher Identität geschützt gehört, erscheint eine Ermessensreduzierung erst recht angeraten, und zwar *ex-nunc*. Dazu wurde festgestellt, dass selbst ein in den Mitgliedsstaaten noch in Entwicklung begriffener Konsens zu den diversen fortpflanzungsmedizinischen Verfahren im Einzelnen bereits Indiz-Wirkung hat für ihre einvernehmliche Akzeptanz des der Reproduktionsmedizin zugrundeliegenden Ziels im Ganzen, nämlich die Persönlichkeitsrechte all derer zu schützen, die ohne sie auf die identitätsprägende Erfahrung Elternschaft verzichten müssten. Ähnlich argumentiert der Gerichtshof in *Christine Goodwin vs. Vereinigtes Königreich*:

„Im Fall Rees/Vereinigtes Königreich hat der Gerichtshof 1986 festgestellt, dass nur geringe Übereinstimmung zwischen den Staaten bestand – einige ließen eine Geschlechtsumwandlung zu, andere nicht – und sich das Recht ganz allgemein in einer Übergangsphase befand [...]. Im späteren Fall Sheffield und Horsham hat der Gerichtshof betont, dass es an einer gemeinsamen europäischen Vorstellung fehle, wie die möglichen Folgen einer rechtlichen Anerkennung der Geschlechtsumwandlung [...] zu regeln

904 BGE 119 Ia 460 (475 f.)

905 Anders: *Vöneky*, Das Recht der Biomedizin auf dem Prüfstand des EGMR – Grundrechtseingriffe und die Lehre vom weiten Beurteilungsspielraum des nationalen Gesetzgebers, MedR 2014 (32), S. 704-711.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

seien [...]. Dies scheint weiterhin so zu sein. Das Fehlen einer [...] gemeinsamen Haltung bei 43 Vertragsstaaten mit sehr verschiedenen Rechtssystemen und Rechtstraditionen ist aber nicht überraschend. Entsprechend dem Grundsatz der Subsidiarität ist es vorrangig Aufgabe der Vertragsstaaten, darüber zu entscheiden, welche Maßnahmen zur Durchsetzung der Rechte der Konvention in ihren Rechtsordnungen erforderlich sind. [...]. Dass ein gemeinsames europäisches Vorgehen bei der Lösung der rechtlichen und praktischen Probleme, die sich hier stellen, nicht nachgewiesen werden kann, ist daher weniger bedeutsam als die klare und unbestrittene internationale Entwicklung nicht nur hin zu einer wachsenden gesellschaftlichen Akzeptanz von Transsexuellen, sondern zu einer rechtlichen Anerkennung der neuen sexuellen Identität von postoperativen Transsexuellen."[906]

Für ein Zugangsrecht auf Elternschaft lässt sich entsprechend sagen: „Dass ein gemeinsames europäisches Vorgehen bei der Lösung der rechtlichen und praktischen Probleme", die sich im Hinblick auf die Reproduktionsmedizin stellen, „nicht nachgewiesen werden kann, ist [...] weniger bedeutsam als die klare und unbestrittene internationale Entwicklung [...] zu einer wachsenden gesellschaftlichen Akzeptanz" von Elternschafts als wesentlichem Bestandteil persönlicher Identität. Dass der Trend zu einer für die Eltern persönlichkeitsrechtsfreundlichen Gesetzgebung geht, kann mit Blick auf die Samenspende (erlaubt in 41 Staaten), die Eizellspende (erlaubt in 38 Staaten), die Doppelspende (erlaubt in 32 Staaten), die Embryospende (erlaubt in 29 Staaten), PGT-M, PGT-SR (erlaubt in 41 Staaten) und PGT-A (erlaubt in 32 Staaten) nicht länger bestritten werden. Dabei kommt es weniger auf die – gleichfalls schwindenden – Diskrepanzen an, die nach wie vor über die Details ihrer Umsetzung bestehen, als vielmehr den einstimmig beurteilten Grund für ihre Implementierung. Von einem allgemeinen Konsens spricht auch *Dethloff*: „Die wachsende Anerkennung der Selbstbestimmung des Individuums, die eng mit dem Abbau von Diskriminierungen – aufgrund des Geschlechts wie auch der sexuellen Orientierung – verknüpft ist, manifestiert sich europaweit [...]. So erachten die nationalen Rechtsordnungen [...] das Recht auf Gründung einer Familie als Ausdruck des Selbstbestimmungsrechts in einem elementaren Bereich der Persönlichkeitsentfaltung. Seine Verwirklichung durch medizinisch assistierte Reproduktion oder auch durch Adoption eines Kindes unterliegt

906 EGMR Urt. v. 11.7.2002 (Christine Goodwin/Vereinigtes Königreich), NJW-RR 2004, S. 289-295 (293), Z. 97.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

immer weniger Beschränkungen, wird allerdings bislang keineswegs diskriminierungsfrei gewährleistet."[907] Doch selbst in dieser Hinsicht zeichnet sich zunehmend Gleichklang ab. Besonders evident wird das an den herabgesetzten Zugangshürden für gleichgeschlechtliche Paare und alleinstehende Frauen (ART für lesbische Paare in 32 Staaten, für alleinstehende Frauen in 30 Staaten, für alle Personengruppen in 5 Staaten). Dass die Reproduktionsmedizin eine Liberalisierungswelle durchlebt und insbesondere die Bedeutung von sexueller Orientierung, Ehestand und Beziehungsstatus beim Zugang zur Elternschaft schwinden, belegen die unlängst reformierten Fortpflanzungsmedizingesetze in Österreich (24. Februar 2015), Schweden (1. Januar 2019), Norwegen (26. Mai 2020) und Frankreich[908] (2. August 2021). Auch in der Schweiz stellt man sich inzwischen die Frage, ob nicht „[d]er Übergang vom Akt der Fortpflanzung (oder vom Verzicht darauf) als Gegenstand des Freiheitsrechts im Sinne eines Abwehrrechts zu einem Recht auf Nutzung der fortpflanzungsmedizinischen Infrastruktur" dazu führen muss, dass *alle* Personen „in den Genuss des Zugangsrechts" kommen. Also nicht nur wie bisher Personen, die an „Unfruchtbarkeit und genetischen Risiken" leiden, sondern darüber hinaus auch „Alleinstehende, Frauen und Männer in gleichgeschlechtlichen Beziehungen oder Frauen in einem Alter jenseits der natürlichen Empfängnis- und Gebärfähigkeit"[909].

Damit bestätigt die Rechtslage und Rechtsentwicklung in den Mitgliedsstaaten den Perspektivwechsel, zeigt sie doch deutlich, dass jedenfalls Konsens über die fundamentale Bedeutung von Elternschaft besteht, außerdem über die Notwendigkeit, diese Erfahrung auch denen zu erschließen, die aufgrund medizinischer Indikation, sexueller Orientierung oder mangels Partner/-in auf natürlichem Weg keine Kinder bekommen können. Und es ist dieses gemeinsame Ziel, über dessen Legitimität unisono Konsens besteht, das für die Beurteilung des Ermessensspielraums maßgeblich sein

907 *Dethloff*, Familienrecht in Europa, NJW 2018, S. 23-28 (26).

908 Zur Gesetzesreform in Frankreich vgl. *Agence de la biomédecine*, Le Rapport médicale et scientifique 2020, https://rams.agence-biomedecine.fr/ (1.4.2022); *Agence de la biomédecine*, Rapport sur l'application de la loi de bioéthique, 2018, https://www.agence-biomedecine.fr/IMG/pdf/rapportloi2018.pdf (1.4.2022); *Agence de la biomédecine*, Encadrement juridique international dans les différents domaines de la bioéthique Rapport sur l'application de la loi de bioéthique, 2018, https://www.agence-biomedecine.fr/IMG/pdf/encadrementjuridiqueinternational_actualisation2018.pdf (1.4.2022).

909 *Seelmann*, Gutachten für das BAG: Zugang zur Fortpflanzungsmedizin für alle?, https://www.bag.admin.ch/bag/de/home/medizin-und-forschung/fortpflanzungsmedizin/stellungnahmen-gutachten.html (21.3.2022), 2018, S. 5-6.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

sollte. Das Zugangsrecht zur Persönlichkeitsentwicklung durch Elternschaft fordert deshalb nicht nur eine Anerkennung auf Anwendungsebene, sondern auch eine Durchsetzung auf Rechtfertigungsebene ein. In den aufgezeigten Fällen hätte sich der Gerichtshof demnach nicht die Frage stellen müssen, ob Konsens über die Zulässigkeit dieser oder jener reproduktionsmedizinischen Maßnahme besteht oder über die gesetzesmedizinischen Details ihrer Umsetzung, sondern ob Konsens über die grundlegende Bedeutung und Schutzbedürftigkeit von Elternschaft als Kernaspekt persönlicher Identität besteht. Sodann hätte der Gerichtshof im Rahmen der vor dieser veränderten Ausgangsfrage deutlich geringeren staatlichen Einschätzungsprärogative die sich anschließende Interessenabwägung nicht ohne Weiteres mit Verweis auf seine eingeschränkte Regelungsbefugnis übergehen können, sondern sich vielmehr mit den Umständen des Einzelfalls auseinandersetzen müssen. An der mit einem Perspektivwechsel gebotenen Ermessensreduzierung ändert schließlich auch die Tatsache nichts, dass den Staaten selbst für den Fall eines europäischen Konsenses bei ethisch und moralisch komplexen Fragen ein weiter Ermessensspielraum zusteht. Denn auch diesem Einwand begegnet der Perspektivwechsel: Anders als das Ob und Wie der reproduktionsmedizinischen Verfahren im Einzelnen, ist das Potenzial einer persönlichen Entwicklung durch die Beziehung zum Kind als solche weder ethisch noch moralisch bedenklich, sondern – und darüber lässt sich nicht streiten – wertvoll und schützenswert. Im Ergebnis also bestätigt die Rechtslage und -entwicklung in den Mitgliedsstaaten die Notwendigkeit zur Vornahme eines Perspektivwechsels bei der Beurteilung der Frage nach einem europäischen Konsens in Fällen, die den Zugang zur Elternschaft betreffen. Sie widerlegt aber jedenfalls die Behauptung des EGMR, dass es im Bereich der Reproduktionsmedizin nach wie vor keinen beachtlichen Konsens gebe und daher keine Ermessensreduzierung angezeigt sei.

d) Trend zur Ermessensreduzierung bei Ungleichbehandlungen im Zugang zur Elternschaft

Wie im Rahmen der systematischen Auslegung gezeigt, ist das Recht auf Zugang zur Elternschaft in seiner Ausprägung als Diskriminierungsverbot wegen der sexuellen Orientierung in der Spruchpraxis des EGMR bereits fest etabliert. Eine solche Tendenz lässt sich mit Blick auf rechtsphilosophische Begründungsansätze auch für ein Diskriminierungsverbot wegen des

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Ehestandes, Beziehungsstatus und der Art der intendierten Eltern-Kind-Beziehung verzeichnen.

aa) Pflicht zum Abbau von Ungleichbehandlungen wegen sexueller Orientierung und geschlechtlicher Identität

Die rechtsdogmatische Analyse des Art. 8 EMRK (i.V.m. Art. 14 EMRK) hat ergeben, dass das Recht auf Achtung des Privatlebens ein Recht auf Zugang zur Persönlichkeitsentwicklung durch Elternschaft gewährt. Dieses steht ungeachtet der sexuellen Orientierung und geschlechtlichen Identität jedem zu. Das gebieten Sinn und Zweck des Art. 8 EMRK als Grundsatznorm personaler Autonomie (vgl. B, III), die systematische Kompatibilität mit dem der EMRK zugrunde liegenden Recht auf gleiche Achtung und die zunehmend energische Haltung des EGMR zur gesellschaftlichen und rechtlichen Gleichstellung homosexueller, lesbischer und transsexueller Personen in allen Lebensbereichen (vgl. B, IV). Gestützt wird dieses Ergebnis nicht zuletzt durch die Rechtslage und -entwicklung in den Vertragsstaaten (vgl. B, VI). Dass der Gerichtshof bereits *de lege lata* ein Diskriminierungsverbot wegen der sexuellen Orientierung beim Zugang zur Elternschaft konstatiert, zeigt etwa die Gesetzesreform Österreichs als Reaktion auf *X et al. vs. Österreich* und *S.H. u.a. vs. Österreich*. Während es in § 2 I FMedG von 1992 noch hieß „Eine medizinisch unterstützte Fortpflanzung ist nur in einer Ehe oder eheähnlichen Lebensgemeinschaft zulässig", konstatiert nun § 2 I FMedRÄG „Eine medizinisch unterstützte Fortpflanzung ist nur in einer Ehe, in einer eingetragenen Partnerschaft oder in einer Lebensgemeinschaft zulässig". Dazu *Dethloff*: „Hinsichtlich der Existenz eines Rechtsrahmens für gleichgeschlechtliche Paare lässt sich [...] ein weitgehender europäischer Konsens feststellen; nicht zuletzt deshalb besteht in Bezug auf die Schaffung eines solchen Rechtsrahmens kaum mehr ein Beurteilungsspielraum und damit praktisch eine Pflicht dazu."[910] Zur Ausgestaltung dieses Rechtsrahmens haben die meisten europäischen Länder als Alternativen zur Ehe zunächst „neue Rechtsinstitute formalisierter Partnerschaften" speziell für gleichgeschlechtliche Paare geschaffen. Mit *Dethloff* ist aber festzustellen, dass „[...] derartige Rechtsinstitute [...] eher eine vom Aussterben bedrohte Übergangserscheinung darstellen, die in manch weltanschaulich-religiöser

910 *Dethloff*, Familienrecht in Europa, NJW 2018, S. 23-28 (25).

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Schlacht um das überkommene christlich-abendländische Verständnis von Ehe dem sozialen Wandel den Weg zur rechtlichen Regelung geebnet hat“[911]. Denn längst werden jedenfalls in West- und Zentraleuropa Rechtsinstitute wie die eingetragene Lebenspartnerschaft für gleichgeschlechtliche Paare in Deutschland abgelöst durch die „Ehe für alle“. Den Anfang machten 2001 die Niederlande. Seitdem haben 16 weitere europäische Staaten die Ehe für gleichgeschlechtliche Paare geöffnet[912], zuletzt Deutschland durch das „Gesetz zur Einführung des Rechts auf Eheschließung für Personen gleichen Geschlechts“ vom 20.7.2017[913], Malta mit Gesetz vom 12.7.2017, Österreich durch Entscheidung des Verfassungsgerichtshofs seit dem 1.1.2019 und die Schweiz durch Volksabstimmung am 26.9.2021. Obwohl einige ost- und südosteuropäische Staaten diese Entwicklung „mit zunehmender Religiosität und wachsendem Einfluss der Kirchen sowie mit Erstarken nationalistischer und zum Teil auch autoritärer Strömungen“ ablehnen und teilweise sogar ihre „bislang geschlechtsneutral formulierten Verfassungsnormen, die die Ehe unter Schutz stellen, geändert [haben]“, so dass sie nur noch die Ehe zwischen Frau und Mann erlauben[914], steht doch zu erwarten, dass über kurz oder lang auch hier die normative Zugkraft des gesamteuropäischen „Rechts auf gleiche Achtung, das sich in den gleichen individuellen Freiheiten manifestiert“, die Oberhand gewinnen wird[915]. Mit der sich jedenfalls in einem „Kern Europas“ auf dem Vormarsch befindenden „Ehe für alle“[916] sollte denknotwendig ein entsprechendes Zugangsrecht auf Elternschaft für alle einhergehen. Denn wie *Dethloff* anmerkt, „mag sich mit Blick auf diesen grundlegenden Wandel des Eheverständnisses in Kerneuropa die Frage stellen, ob künftig auch andere Strukturprinzipien der Ehe auf dem Prüfstand stehen, die bis dato zum Grundbestand

911 Vgl. ebd. S. 25; wortlautgleich: *Dethloff*, Familienrecht in Europa, in: Hilbig-Lugani/Huber, Moderne Familienformen, 2019, S. 37-57 (44).

912 *LSVD*, Die gleichgeschlechtliche Ehe in Europa und Weltweit, https://www.lsvd.de/de/ct/427-Die-gleichgeschlechtliche-Ehe-in-Europa-und-weltweit?gclid=EAIaIQobChMI9NTL8PO_9AIVkud3Ch0S_gVjEAAYAiAAEgJer_D_BwE (30.11.2021).

913 BGB I, I S.2787f, veröffentlicht am 28.7.2017, in Kraft getreten am 1.10.2017.

914 *Dethloff*, Familienrecht in Europa, NJW 2018, S. 23-28 (25); *Dethloff*, Familienrecht, 2018, § 3 Rn. 60; vgl. etwa Slowenien mit Referendum von 2015 gegen Einführung der gleichgeschlechtlichen Ehe, https://www.vfst.de/bergmann-aktuell/nachrichten/volksabstimmung-bringt-regelung-gleichgeschlechtlichen-ehen-fall-2016 (9.2.2021); auch „in Ungarn, der Slowakei und Kroatien wurden Definitionen der Ehe als Vereinigung (nur) von Mann und Frau kodifiziert“.

915 *Dethloff*, Familienrecht in Europa, NJW 2018, S. 23-28 (25).

916 Vgl. ebd. S. 25.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

europäischer Rechtstraditionen zählten“[917]. Einer solchen Traditionskrise würde dann sicherlich als eine der ersten auch die längst überholte Vorstellung zum Opfer fallen, Elternschaft gebühre nur heterosexuellen, im Bund der Ehe, jedenfalls aber eheähnlich verbundenen Paaren. Danach wird man bereits *de lege lata* kaum noch von einem “evolving principle” sprechen können, sondern vielmehr von einer europaweiten Rechtspflicht ausgehen dürfen, an das Merkmal der sexuellen Orientierung anknüpfende Ungleichbehandlungen beim Zugang zur Elternschaft aufzugeben, sei es bei Kinderwunschbehandlung oder Adoption. Diese Rechtspflicht steht in Deutschland im Rang eines formellen Bundesgesetzes (vgl. A, II, 3).

bb) Trend zum Abbau von Ungleichbehandlungen wegen des Ehestandes

Die teleologische Auslegung hat ergeben, dass das Recht auf Achtung des Privatlebens ein ehestandsunabhängiges Zugangsrecht auf Elternschaft gewährt. Die systematische Auslegung hingegen kommt zu dem Schluss, dass der EGMR dieses Ergebnis *de lege lata* nicht zur Gänze mitträgt, da er ausdrücklich festhält, dass soweit die Staaten vermählten Paaren ein Zugangsrecht durch Adoption gewähren, sie *nicht* verpflichtet sind, dieses auch unvermählten Paaren einzuräumen. Eine kontextuelle Analyse des Zugangsrechts aus rechtsphilosophischer Perspektive allerdings, die das der Konvention zugrunde liegende Recht auf gleiche Achtung ernst nimmt, zeigt, dass die Vertragsstaaten den Zugang zu einem für die eigene Vorstellung vom erfüllten Leben so wesentlichen Kernaspekt persönlicher Identität wie dem der Elternschaft eigentlich nicht vom Ehestand abhängig machen dürfen. Dass der Gerichtshof *de lege ferenda* eben dies verstärkt induzieren könnte, zeigt die Rechtslage und -entwicklung in den Mitgliedsstaaten zur Adoption. In den meisten Vertragsstaaten nämlich steht das Recht auf Adoption inzwischen sowohl vermählten als auch unvermählten Paaren zu. Dazu *Dethloff*: „[D]ie Freiheit zur Gründung einer Familie durch Adoption [unterliegt] immer weniger Restriktionen. So geht eine deutliche Tendenz dahin, die gemeinschaftliche Adoption eines Kindes nicht mehr allein Eheleuten vorzubehalten, sondern statusunabhängig auch faktisch zusammenlebenden Paaren zu eröffnen. Gleichgeschlechtliche Paare, für die eine registrierte Partnerschaft geschaffen oder denen schließlich

917 Vgl. ebd. S. 25.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

die Eheschließung erlaubt wurde, erhielten häufig in einem zweiten Schritt auch das Recht zur Adoption. Oftmals war diese Öffnung zunächst – wie in Deutschland – auf die Stiefkindadoption beschränkt, bevor in der Folge dann auch die gemeinschaftliche Annahme eines fremden Kindes ermöglicht wurde."[918] Gleiches sollte dementsprechend für den Zugang zur assistierten Reproduktion gelten. Eine an den Ehestand anknüpfende Ungleichbehandlung bei dem einen oder anderen kann schon deshalb nicht gerechtfertigt sein, weil es keine Elternschaft zweiter Klasse geben darf.

cc) Trend zum Abbau von Ungleichbehandlungen wegen des Beziehungsstatus

Wie Grammatik und Telos, spricht auch die systematische Auslegung unter der Prämisse eines auf Ressourcengleichheit operierenden Gleichheitsgebots für ein Zugangsrecht auf Elternschaft, das nicht nur partnerschaftlich gebundenen, sondern auch alleinstehenden Personen zusteht. Der Gerichtshof steht dem jedenfalls nicht ablehnend gegenüber. Insofern sei an seine Entscheidung in *Dickson vs. Vereinigtes Königreich* erinnert (vgl. B, III, 1, a, bb), wonach einem Zugangsrecht nicht entgegensteht, dass der *Bf* „keine Aussicht [darauf hat], [...] je am Leben [s]eines [...] Kindes ‚teil[zu]nehmen'"[919]. Den Einwand der Regierung, „das Fehlen eines Elternteils über lange Zeit hätte negative Auswirkungen auf jedes Kind, das so in die Welt gesetzt werde, und folglich auf die Gesellschaft insgesamt", wies

---

918 *Dethloff*, Familienrecht in Europa, NJW 2018, S. 23-28 (26); *Dethloff*, Die gemeinschaftliche Adoption durch eingetragene Lebensparnter_innen: Die Sukzessivadoption reicht nicht!, Gutachten für die Friedrich-Ebert-Stiftung, 2015, S. 29 ff.; In Deutschland können eingetragene Lebenspartner seit 2005 die leiblichen Kinder ihrer Partner adoptieren (Stiefkindadoption). Mit Urteil vom 19.2.2013 hat das BVerfG außerdem dem Verbot der Sukzessivadoption, also der Adoption eines adoptierten Kindes durch den Lebenspartner des es zunächst Annehmenden, einen Riegel vorgeschoben. Mit Gesetz vom 22.5.2014 hat der Bundestag dem Folge geleistet. Trotzdem war eingetragenen Lebenspartnern die gemeinschaftliche Adoption im Gegensatz zu Eheleuten nach wie vor versagt. Das hat sich mit Einführung der Ehe für alle im Oktober 2017 geändert. Danach können nunmehr auch gleichgeschlechtliche Paare als Ehepartner ein Kind gemeinschaftlich adoptieren; zur Entwicklung der Rechtslage von Regenbogenfamilien in Deutschland vgl. *Bergold/Buschner*, Regenbogenfamilien in Deutschland, 11.5.2018, https://www.bpb.de/gesellschaft/gender/homosexualitaet/269064/regenbogenfamilien (26.1.2022).

919 EGMR Nr. 44362/04, Urt. v. 4.12.2007 (Dickson/Vereinigtes Königreich), NJW 2009, S. 971-976 (973), Z. 65.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

der EGMR zurück[920]. Zwar habe „der Staat eine positive Verpflichtung, den wirksamen Schutz von Kindern sicherzustellen". Das dürfe jedoch nicht dazu führen, „dass Partner, die [...] ein Kind in die Welt setzen möchten, daran gehindert werden, zumal die Bf. zu 2 in Freiheit war und sich [...] um ein gemeinsames Kind hätte kümmern können"[921]. Damit suggeriert der Gerichtshof zugleich, dass das Zugangsrecht auch alleinstehenden Personen zustehen sollte. Denn für das Kindeswohl, sofern man für die Verteilung der Elternschaft darauf abstellen wollte, macht es kaum einen Unterschied, ob die Elternverantwortung in den Händen zweier Partner liegt, von denen sich Zeit seines Lebens nur einer um das Kind kümmert, oder bei einer von vornherein alleinstehenden Person, die bereit ist, die emotionale Fürsorge und soziale Verantwortung für das Kind ohne Partner zu tragen. Außerdem entspricht der Gerichtshof damit dem rechtsphilosophischen „Problem der Nichtidentität", wonach „man (jedenfalls im Bereich der Fortpflanzungsmedizin) grundsätzlich nicht sinnvoll davon sprechen kann, dass ein Kind durch eine Handlung oder die Anwendung einer fortpflanzungsmedizinischen Technik geschädigt wird, ohne die es gar nicht erst in Existenz käme" (dazu ausführlich: C, VI, 2, b)[922]. Dieser letzte Punkt überzeugt zugleich als Argument gegen Ungleichbehandlungen wegen des Beziehungsstatus, des Ehestandes und der sexuellen Orientierung sowie auch der Art der intendierten Eltern-Kind-Beziehung. Denn ein Kind, das alleinstehenden Personen, LGBT+-Personen oder einem unvermählten Paar durch ein Verfahren der assistierten Reproduktion geboren wird, wird weder durch dieses Verfahren geschädigt noch durch den Beziehungsstatus, die sexuelle Orientierung oder den Personenstand derjenigen, die davon Gebrauch machen, wenn es ohne dieses Verfahren oder die betreffende[n] Person[en] gar nicht erst in Existenz gekommen wäre. Doch selbst wenn man sich dem nicht anschließt, wird man anerkennen müssen, dass inzwischen jedenfalls genügend Beweise dafür vorliegen, dass es Kindern, die durch assistierte Reproduktion zur Welt kommen nicht besser oder

920 Vgl. ebd. S. 974, Z. 76.
921 Vgl. ebd. S. 973, Z. 76.
922 *Gutmann*, Rechtsphilosophische Reflexionen, in: Arnold/Bernat/Kopetzki, Das Recht der Fortpflanzungsmedizin 2015, 2016, S. 45-61 (57).

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

schlechter ergeht als Kindern, die durch natürliche Fortpflanzung gezeugt werden (dazu ausführlich: C, IV, 3, a, aa)[923].

dd) Trend zum Abbau von Ungleichbehandlungen wegen der Art der intendierten Eltern-Kind-Beziehung

Bislang hat die Analyse ergeben, dass das Recht auf Achtung des Privatlebens zwar aus teleologischer, systematischer und objektiv-historischer Perspektive ein pluralistisches Recht auf Zugang zu jeder Form von Elternschaft gewährt, sei sie genetisch, biologisch oder sozial und intentional begründet, der EGMR insgesamt aber gleichwohl die leibliche der nicht-leiblichen Elternschaft vorzieht. Dass diese Einstellung im Umbruch begriffen sein könnte, veranschaulicht das Kammerurteil in *S.H. u.a. vs. Österreich* zur angestrebten Elternschaft mittels Keimzellspende: "[T]he Chamber found that concerns based on moral considerations or on social acceptability were not in themselves sufficient reasons for a complete ban on a specific artificial procreation technique in general and that only in exceptional circumstances would such a complete ban be a proportionate measure."[924] Für ein Verbot als Begründung unzureichend sei jedenfalls der Bruch mit tradierten Elternschafts-Vorstellung per se: "In respect of the […] concerns indicated by the Government, such as the creation of unusual family relationships by splitting motherhood between a genetic mother and a biological mother, these problems could be overcome by enacting appropriate legislation."[925]

---

923 *Jackson*, The Right to Procreate and Assisted Reproductive Technologies in Europe, in: Orentlicher/Herve, The Oxford Handbook of Comparative Health Law, 2018, abrufbar unter: https://www.oxfordhandbooks.com/view/10.1093/oxfordhb/9780190846756.001.0001/oxfordhb-9780190846756-e-34 (18.1.2022), S. 2; *Golombok*, Modern Families, 2015.

924 ECHR No. 57813/00, 3rd Nov. 2011 (S.H. et al./Austria), http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-107325 (31.3.2020), PDF S. 10-11, Z. 53-54.

925 Vgl. ebd. S. 11, Z. 54; Außerdem bejahte die Kammer eine Verletzung der Antragsteller zu eins und
zwei: "With regard to the situation of the first and second applicant, who needed sperm donation for in vitro fertilisation in order to fulfil their wish for a child, the chamber observed, firstly, that this artificial procreation technique combined two techniques which, taken alone, were allowed under the Artificial Procreation Act, namely, in vitro fertilisation with ova and sperm of the couple itself on the one hand, and sperm donation for in vivo conception on the other hand."; vgl. ebd. S. 11, Z. 55.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Auf eine Ermessensreduzierung bei Ungleichbehandlungen im Zugang zur Elternschaft wegen der Art der intendierten Eltern-Kind-Beziehung dringen auch die Richter *Tulkens et al.* zu *S.H. u.a. vs. Österreich*: "[T]he margin 'will tend to be narrower where the right at stake is crucial to the individual's effective enjoyment of intimate or key rights' [...], which is clearly the case here."[926] In dieselbe Richtung argumentieren die Beschwerdeführer in *S.H. u.a. vs. Österreich*: "Because of the special importance of the right to found a family and the right to procreation, the Contracting States enjoyed no margin of appreciation at all in regulating these issues. The decisions to be taken by couples wishing to make use of artificial procreation concerned the most intimate sphere of their private life and therefore the legislature should show particular restraint in regulating these matters"[927]. Selbst die Regierung räumt ein: „[...] the private life aspect [...] also covered the desire of couples or life companions to have children as one of the essential forms of expression of their personality as human beings"[928].

Die sozial-intentionale Elternschaft der genetisch-biologischen gleichzustellen, fordern auch die Richter *Trajkovska et al.* zu *Paradiso u. Campanelli vs. Italien.* Anders als die Mehrheit bejahen sie eine Verletzung des Rechts auf Achtung des Familienlebens unter dem Aspekt der de-facto Familie. Legt man mit dieser Arbeit das Recht auf Achtung des Privatlebens als Portal zu einem erweiterten Recht auf Achtung des Familienlebens aus (vgl. B, III), lässt sich ihre Kritik erst recht als Appell für eine Gleichstellung im Bereich des Privatlebens werten. Die Richter betonen, dass auch wenn biologische Bindungen zwischen den Eltern und dem Kind ein wichtiges Indiz für das Vorhandensein eines Familienlebens sein können, das Fehlen solcher Bindungen nicht unbedingt bedeute, dass es kein Familienleben gibt.[929] Zwar habe die Mehrheit zurecht auf die Übernahme der tatsächlichen Elternverantwortung abgestellt und anhand einer Reihe anderer Fälle

926 ECHR No. 57813/00, 3rd Nov. 2011 (S.H. et al./Austria), Joint Dissenting Opinion: Tulkens, Hirvelä, Lazarova Trajovska, Tsotsoria, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-107325 (31.3.2020), PDF S. 31-35 (33), Z. 7.

927 ECHR No. 57813/00, 3rd Nov. 2011 (S.H. et al./Austria), http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-107325 (31.3.2020), PDF S. 12, Z. 57.

928 Vgl. ebd. S. 3, Z. 61.

929 ECHR No. 25358/12, 24th Jan. 2017 (Paradiso a. Campanelli/Italy), Joint Dissenting Opinion: Lazarova Trajkovska, Bianku, Laffranque, Lemmens, Grozev, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-170359 (14.9.2020), PDF S. 66-73 (66), Z. 3: "While biological ties between those who act as parents and a child may be a very important indication of the existence of family life, the absence of such ties does not necessarily mean that there is no family life."

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

illustriert, dass es auf das Vorhandensein persönlicher Bindungen ankommt und eben nicht auf das Vorhandensein einer biologischen oder anerkannten rechtlichen Bindung, dann aber verkannt, dass die Beschwerdeführer eben diese Voraussetzung erfüllen: "In short, there was a genuine parental project, based on high-quality emotional bonds [...]."[930] Das Argument, die Antragssteller hätten nicht ausreichend Zeit mit dem Kind verbracht, um eine persönliche Bindung aufzubauen, wiesen die Richter zurück. Entscheidend sei vielmehr, dass „das Zusammenleben vom Tag der Geburt des Kindes an begann, bis zur Herausnahme des Kindes aus dem Haushalt der Beschwerdeführer andauerte und auf ewig fortgesetzt worden wäre, wenn die Behörden nicht eingegriffen hätten, um es zu beenden".[931] Dem stehe auch nicht entgegen, dass die Beschwerdeführer die Intervention selbst zu verantworten hätten, weil die Leihmutterschaft und Verbringung des Kindes nach Italien gegen italienisches Recht verstoßen haben. Insofern sei zu befürchten, dass die Mehrheit zwischen einer „legitimen" und „illegitimen" Familie unterscheide, eine Unterscheidung, die der Gerichtshof schon vor vielen Jahren verworfen habe, statt dem fest etablierten Prinzip Rechnung zu tragen, dass das Vorhandensein oder Nichtvorhandensein eines Familienlebens eine Frage von faktischen Begebenheiten ist.[932] So wie eine Ungleichbehandlung zwischen rechtmäßigen Familien mit ehelichen Kindern und unrechtmäßigen Familien mit außerehelichen Kindern ausscheidet, ist eine Ungleichbehandlung zwischen rechtmäßiger, weil genetisch-biologisch und damit „natürlich" begründeter Elternschaft, und unrechtmäßiger, weil rein sozial-intentional und damit „unnatürlich" begründeter Elternschaft, abzulehnen. Denn ebenso wenig wie sich die Legitimität eines Kindes nach der Ehe seiner Eltern richtet, bemisst sich der Wert einer Elternschaft danach, wie es zur Konzeption des Kindes kommt und ob ein genetisches Verwandtschaftsverhältnis vorliegt. Das Zugangsrecht muss deshalb ungeachtet der natürlichen Reproduktionsfähigkeit und Art der angestrebten

930 Vgl. ebd. S. 67, Z. 4: "The majority [...] refer, quite rightly, to a number of other cases illustrating that it is the existence of personal ties that is important, not the existence of biological ties or of a recognized legal tie."

931 Vgl. ebd. S. 67, Z. 4: "For us it is important that the cohabitation started from the very day the child was born, lasted until the child was removed from the applicants, and would have continued indefinitely if the authorities had not intervened to bring it to an end."

932 Vgl. ebd. S. 67, Z. 4: "We fear that the majority thus make a distinction between a 'legitimate' and an 'illegitimate' family, a distinction that was rejected by the Court many years ago [...], and do not give full weight to the long-established principle that the existence or non–existence of 'family life' is essentially a question of *fact (ibid.)*."

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

Elternschaft jedem zustehen, der bereit ist, dauerhaft die soziale Verantwortung und emotionale Fürsorge für ein Kind zu übernehmen.

Die sozial-intentionale Elternschaft der genetisch-biologischen Elternschaft im Zugang gleichzustellen, halten *Trajkovska et al.* auch aus Kindeswohlgründen für geboten. Die Annahme des italienischen Berufungsgerichts, das Kind gelte als aufgegeben, weil die Beschwerdeführer weder natürliche noch rechtliche Eltern sind, sei ganz und gar fernliegend: "we cannot but express our surprise as to the finding that the child, who was cared for by a couple that fully assumed the role of parents, was declared to be in a state of 'abandonment'. If the only reason for such a finding was that the applicants were not, legally speaking, the parents, then we wonder whether the domestic courts' reasoning is not excessively formal, in a manner that is incompatible with the requirements stemming from Article 8 […]"[933].

Zweifelhaft sei deshalb bereits, ob der Eingriff gesetzlich vorgesehen war. Jedenfalls aber hätten die italienischen Gerichte keine sachgerechte Interessenabwägung im Einzelfall getroffen. Denn zu keinem Zeitpunkt hätten die Gerichte die Frage gestellt, ob es nicht im Interesse des Kindes gewesen wäre, bei den Personen zu bleiben, die die Rolle als seine Eltern übernommen hatten.[934] Im Ergebnis sei daher dem Kammerurteil beizupflichten, wonach das Recht auf Achtung des Familienlebens verletzt ist. Da der Wunsch zur Elternschaft zuverlässiger Indikator für die Übernahme der Elternverantwortung nach der Geburt ist, spricht auch das Kindeswohl für ein pluralistisches Zugangsrecht mit Primat der sozialen und intentionalen Elternschaft.

Für eine Ermessensreduzierung bei Ungleichbehandlungen wegen der Art der intendierten Elternschaft spricht nach *Trajkovska et al.* außerdem das in beiden Fällen gleich schützenswerte Interesse der Eltern an einer Persönlichkeitsentwicklung durch die Beziehung zum Kind. Dem habe die Mehrheit nicht gebührend Rechnung getragen: "With regard to the interests of the applicants, we believe that their interest in continuing to develop their relationship with a child whose parents they wished to be [...] has not been sufficiently taken into account". Die Gerichte hätten sich nicht mit den Auswirkungen befasst, die eine sofortige und endgültige Trennung der

933 Vgl. ebd. S. 70, Z. 8.

934 Vgl. ebd. S. 71, Z. 12: "At no point did the courts ask themselves whether it would have been in the child's interest to remain with the persons who had assumed the role of his parents."

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Beschwerdeführer von dem Kind auf diese haben würden. Dieses Versäumnis wiege schwer und könne auch nicht durch die Erwägung der Mehrheit gerechtfertigt werden, dass das Verhalten der Beschwerdeführer rechtswidrig und ihre Beziehung zu dem Kind deshalb prekär war. Die Tatsache allein, dass es die innerstaatlichen Gerichte nicht für notwendig erachtet hätten, die Auswirkungen der Wegnahme eines Kindes auf die Beschwerdeführer zu erörtern, welches das Ziel ihres lang gehegten Wunsches nach Elternschaft war, beweise, dass die Gerichte sich nicht ernsthaft bemüht hätten, einen gerechten Ausgleich herbeizuführen.[935] Insgesamt sprechen die aufgeführten Minderheitsvoten, Kammerurteile und Parteivorträge dafür, dass der EGMR künftig auch in solchen Fällen einen geringen Ermessensspielraum anlegen sollte, in denen es wie in *Paradiso u. Campanelli vs. Italien* nicht um den Zugang zur leiblichen, sondern sozial-intentionalen Elternschaft geht.

ee) Ergebnis zum Trend zur Ermessensreduzierung bei Ungleichbehandlungen im Zugang zur Elternschaft

Im Ergebnis spricht vieles dafür, dass der Gerichtshof künftig bei *jeder* Art von Ungleichbehandlung im Zugang zur Elternschaft eine geringe staatliche Einschätzungsprärogative anlegt. Diese Entwicklung verläuft parallel zu einem weiteren europäischen Trend, nämlich, sich in Gesetzgebung und Rechtsprechung auf das Kindeswohl zu fokussieren. Dazu *Dethloff*: „Kindern als autonomen Subjekten eigenständige Rechte zuzuerkennen, die ihnen unabhängig von ihrer Minderjährigkeit zustehen, stellt erst eine Entwicklung der jüngeren Zeit dar. Mit ihr verbunden ist, dass Eltern und Kind nicht länger als rechtliche Einheit betrachtet werden können, es vielmehr [...] einer Neudefinition der Positionen von Kind, Eltern und Staat unter Berücksichtigung der wachsenden Autonomie des Kindes bedarf“[936].

935 Vgl. ebd. S. 72, Z. 12: “[T]he courts did not address the impact which the immediate and irreversible separation from the child would have on the applicants […]. We find this a serious shortcoming, which cannot be justified by the majority’s consideration that the applicants’ conduct was illegal and their relationship with the child precarious […]. The mere fact that the domestic courts did not find it necessary to discuss the impact on the applicants of the removal of a child who was the specific subject of their parental project demonstrates, […], that they were not really seeking to strike a fair balance […].”

936 *Dethloff*, Familienrecht in Europa, NJW 2018, S. 23-28 (27).

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

Zwar ist wie gesagt Vorsicht geboten, wenn es darum geht, Kindeswohlargumente für den Zugang zur Elternschaft und die Zuordnung der Elternverantwortung ins Feld zu führen (dazu ausführlich: C, II, 2, a, VI, 2). Doch gehen Kindeswohlargumente, richtig angewendet, mit einem *pluralistischen* und *gleichen* Recht auf Zugang zur Elternschaft mit *Primat der sozialen und intentionalen* Elternschaft Hand in Hand. Denn das Kindeswohl kann „nicht völlig losgelöst von den jeweiligen gesellschaftlichen Verhältnissen bestimmt werden [...] und [ist] damit durchaus zeit- und kulturabhängig". Wenn man also nicht der dem flexiblen Bedeutungsgehalt dieses Begriffs geschuldeten Versuchung nachgibt, über das Kindeswohl „gewisse Vorverständnisse oder vorherrschende Positionen zu transportieren und zu perpetuieren", wird man erkennen, dass „es [...] gerade das Kindeswohl [ist], das die zunehmend eröffnete Möglichkeit der Adoption unabhängig von Status und auch sexueller Orientierung der Adoptierenden fordert. Aus der Perspektive der Kinder betrachtet geht es [nämlich] um ihr Recht, von den Personen adoptiert werden zu können, die Elternverantwortung für sie übernehmen"[937]. Dasselbe trifft zu auf mittels medizinisch assistierter Reproduktion gezeugte Kinder. Denn auch hier „lassen sich [...] gemeinsame Prinzipien ausmachen, die eine wachsende Orientierung am Kind und seinem Wohl erkennen lassen"[938]. Das zeigt, so *Dethloff*, „[der] [b]ei einer Samenspende in heterosexuellen Partnerschaften [...] praktisch europaweit [geltende] Grundsatz, dass rechtlicher Vater nicht der Spender, sondern der in die Fremdbefruchtung einwilligende Ehemann oder oft auch faktische Partner der Mutter ist". Ein Umstand, der „Ausdruck seines Willens zur Elternschaft und der Verantwortung für die Entstehung des Kindes [ist], [...] aber zugleich auf dem Gedanken [beruht], dass er in aller Regel auch die soziale Elternrolle übernehmen wird, deren rechtliche Absicherung dem Wohl des Kindes entspricht"[939]. Der Trend zu einer Ermessensreduzierung bei *jeder* Ungleichbehandlung im Zugang zur Elternschaft wird also gestützt durch die wachsende Anerkennung eines „Recht[s] des Kindes [...] auf Eltern, unabhängig von deren Status, sexueller Orientierung oder den Umständen seiner – natürlichen oder auch assistierten – Zeugung"[940].

937 Vgl. ebd. S. 27.
938 Vgl. ebd. S. 27.
939 Vgl. ebd. S. 27.
940 Vgl. ebd. S. 28.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

e) Trend zur sachgerechten Interessenabwägung im Einzelfall

Selbst wenn der EGMR den unter c) beschriebenen Perspektivwechsel verneint, und weiterhin – wohlgemerkt fehlgeleitet – davon ausgeht, das sich zum Ob und Wie der einzelnen reproduktionsmedizinischen Verfahren noch kein beachtlicher Konsens etabliert hat und deshalb eine breite Einschätzungsprärogative zu Grunde zu legen ist, wird er nichtsdestotrotz künftig doch wenigstens eine sachgerechte Interessenabwägung im Einzelfall vorzunehmen haben. Darauf dringen nicht nur die Richter *Tulkens et al.* zu *S.H. u.a. vs. Österreich* ("[...] in a case as sensitive as this one, the Court should not use the margin of appreciation as a 'pragmatic substitute for a thought-out approach to the problem of proper scope of review'")[941], sondern auch die Richter *Türmen et al.* zu *Evans v. Vereinigtes Königreich*: "A sensitive case like this cannot be decided on a [...] mechanical basis, namely, that there is no consensus in Europe, therefore the Government have a wide margin of appreciation; the legislation falls within the margin [...]; and this margin extends to the rules it lays down [...] to achieve a balance between the competing [...] interests." Der Ermessensspielraum dürfe den Gerichtshof nicht daran hindern, seine Kontrollfunktion auszuüben, insbesondere hinsichtlich der Frage, ob die innerstaatlichen Instanzen einen gerechten Ausgleich zwischen den widerstreitenden Interessen herbeigeführt haben.[942] Auch die Richter *López Guerra et al.* kritisieren zu *A, B und C vs. Irland*, dass sich der EGMR auf den Ermessensspielraum zurückziehe, ohne den Interessenausgleich im konkreten Fall zu prüfen[943]. Zuletzt hat der Gerichtshof selbst in *Paradiso u. Campanelli vs. Italien* zugegeben, dass es in Rechtssachen, die aus einer Individualbeschwerde erwachsen, nicht seine Aufgabe sei, die einschlägige Gesetzgebung oder Rechtspraxis abstrakt zu prüfen, sondern vielmehr konkret die durch den

941 ECHR No. 57813/00, 3rd Nov. 2011 (S.H. et al./Austria), Joint Dissenting Opinion: Tulkens, Hirvelä, Lazarova Trajovska, Tsotsoria, https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-107325%22]}, (31.3.2020), PDF S. 31-35 (33), Rn. 11.

942 ECHR No. 6339/05, 10th Apr. 2007 (Evans/The United Kingdom), Joint Dissenting Opinion: Türmen, Tsatsa-Nikolovska, Spielmann, Ziemele, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-80046 (14.9.2020), PDF S. 30-34 (32-33), Rn. 12: "[T]hat margin of appreciation should not prevent the Court from exercising its control, in particular in relation to the question whether a fair balance between all competing interests has been struck at the domestic level."

943 ECHR No. 25579/05, 16th Dec. 2010 (A, B, C/Ireland), Concurring Opinion: López Guerra, Casadevall, https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-102332%22]} (31.3.2020), S. 79.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

jeweiligen Fall aufgeworfenen Fragen, ohne den allgemeinen Zusammenhang aus den Augen zu verlieren.[944]

Die Richter *Türmen et al.* verweisen auf *ASLEF vs. Vereinigtes Königreich*. Dort habe der Gerichthof die Bedeutung und Tragweite des Ermessensspielraums präzisiert und festgestellt, dass den Staaten zwar ein weiter Ermessensspielraum zukommt, wenn es um die Entscheidung geht, wie eine Lebenssituation generell-abstrakt im Einklang mit der Konvention zu regeln ist, nicht aber, wenn es darum geht, ob die Anwendung dieser generell-abstrakten Regelung auch im konkreten Einzelfall konventionskonform ist: "The approach adopted in ASLEF takes into account the views of national parliaments to a 'healthy' extend (in giving it special weight) when it comes to setting out a general policy to be contrasted with decisions on the basic rights of individuals (in the context of their individual applications) which, […] would require a limited role for the margin of appreciation."[945] In *Evans vs. Vereinigtes Königreich,* so die Richter *Türmen et al.,* hätte sich der Gerichtshof demnach nicht vordergründig der Frage widmen sollen, ob das Gesetz über Human-Fertilisation und Embryologie von 1990 konventionskonform ist, sondern, ob es seine Anwendung im konkreten Einzelfall ist: "In the *Evans* case the majority grants a wide margin of appreciation, relying heavily on general policy issues, and extends this wide margin of appreciation to the detailed rules the State lays down in order to achieve a balance between the competing public and private interests." Wie in den meisten Fällen, mit denen der EGMR befasst werde, gehe es in *Evans vs. Vereinigtes Königreich* nicht vordringlich um allgemeine politische Fragen, sondern vielmehr um wichtige individuelle Belange. Trotzdem habe die

944 ECHR No. 25358/12, 24th Jan. 2017 (Paradiso a. Campanelli/Italy), http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-170359 (14.9.2020), PDF S. 66-73 (42), Z. 180: "In cases arising from individual applications the Court's task is not to review the relevant legislation or practice in abstract; it must as far as possible confine itself, without overlooking the general context, to examining the issues raised by the case before it."

945 ECHR No. 6339/05, 10th Apr. 2007 (Evans/The United Kingdom), Joint Dissenting Opinion: Türmen, Tsatsa-Nikolovska, Spielmann, Ziemele, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-80046 (14.9.2020), PDF S.30-34 (33), Fn. 1.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Mehrheit den allgemeinen politischen Fragen übermäßiges Gewicht beigemessen „und keine gebührende ‚*ad hoc*'-Abwägung vorgenommen".[946]

Schließlich gewährleistet der Grundsatz der Effektivität nicht nur, dass die Konvention praktisch und effektiv statt theoretisch und illusorisch ausgelegt wird (vgl. B, III), sondern verspricht auch eine auf die besondere Situation des Individuums zugeschnittene Analyse im Einzelfall. Dazu *Nussberger*: "[T]he Court's effectivity formula goes further than just requiring a truly functioning protection mechanism instead of lip-service politics. It promises to 'look behind appearances', another often used formula to explain the Court's approach, to take the individual's position seriously and to analyse potential restrictions of his or her rights from the perspective of the person concerned."[947]

In Anbetracht dieser wiederholt vorgebrachten Kritik und der Bedeutung des Effektivitätsgrundsatzes erscheint es wahrscheinlich, dass der Gerichtshof künftig sorgfältiger abwägen wird, ob das fortpflanzungsmedizinische Verbot als Eingriff in einen so menschenwürdenahen Kernaspekt persönlicher Identität wie den der Elternschaft im konkreten Einzelfall gerechtfertigt erscheint. Das wird, angesichts der extremen Notlage an unfreiwilliger Kinderlosigkeit leidender Menschen, regelmäßig nicht der Fall sein (für eine abstrakte Abwägung der kollidierenden Rechte vgl. C, VI).

f) Trend zur Rückbesinnung des EGMR auf seine Harmonisierungsfunktion

"If it becomes increasingly common for a country's citizens to bypass its legal restrictions by travelling overseas, might this exert pressure on their home government to change the law? Or, might it have the opposite effect by working as a 'safety valve' to decrease the pressure for domestic

946 Vgl. ebd. S. 33, Fn. 1: "Like most cases before this Court, the *Evans* case is not a case about general policy only; it is a case about important individual interests. In our view the majority has placed excessive weight on such general policy issues forming merely the background to this case [...] and has not undertaken a sufficient *ad hoc* balancing exercise."

947 *Nussberger*, The European Court of Human Rights, 2020, S. 75.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

law reform?"[948] Das ist die Frage, deren Antwort der EGMR grundlegend überdenken muss. Denn sowohl die Richter *Tulkens et al.* in *S.H. u.a. vs. Österreich* als auch die Richter *Guerra et al.* in *A, B und C vs. Irland* weisen darauf hin, dass sich der EGMR zu seiner Harmonisierungsfunktion in Widerspruch setzt, wenn er wie bisher fortpflanzungsmedizinische Verbote in einem Konventionsstaat damit rechtfertigt, dass sie in einem anderen erlaubt sind, sich die Betroffenen also für eine Maßnahme an einen anderen Mitgliedsstaat wenden können: "In our view, the argument that couples can go abroad (without taking into account the potential practical difficulties or the costs that may be involved) does not address the real question, which is that of interference with the applicants' private life as a result of the absolute prohibition in Austria […]".[949] Auch die Richter *Rozakis et al.* bemängeln in *A, B und C vs. Irland*, dass die Mehrheit nicht die eigentliche Frage adressiere, nämlich, ob ein ungerechtfertigter Eingriff in das Privatleben der Klägerinnen infolge des Abtreibungsverbots in Irland vorliegt[950] Gut möglich also, dass der Gerichtshof künftig davon absieht, das Verbot eines fortpflanzungsmedizinischen Verfahrens in einem Mitgliedsstaat damit zu rechtfertigen, es in einem anderen Mitgliedsstaat in Anspruch nehmen zu können. Dazu sollte er sich nicht zuletzt durch die negativen Auswirkungen des florierenden ART-Tourismus auf die Konventionsbürger veranlasst sehen. Nach eigenen Angaben empfindet eine Mehrheit der Betroffenen schon das Wort „Tourismus" als verharmlosend und verletzend, impliziert es doch, dass eine Reise zur Erholung oder aus Freude angetreten wird, und nicht um etwas so Ernsthaftes zu erfüllen

948 *Jackson*, The Right to Procreate and Assisted Reproductive Technologies in Europe, in: Orentlicher/Herve, The Oxford Handbook of Comparative Health Law, 2018, abrufbar unter: https://www.oxfordhandbooks.com/view/10.1093/oxfordhb/9780190846756.001.0001/oxfordhb-9780190846756-e-34 (18.1.2022), S. 17.

949 ECHR No. 57813/00, 3rd Nov. 2011 (S.H. u.a./Austria), Joint Dissenting Opinion: Tulkens, Hirvelä, Lazarova Trajovska, Tsotsoria, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-107325 (14.8.2020), S. 31-35 (34), Z. 13.

950 ECHR No. 25579/05, 16th Dec. 2010 (A, B, C/Ireland), Joint Partly Dissenting Opinion: Rozakis, Tulkens, Fura, Hirvelä, Malinverni, Poalelungi, https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-102332 (7.2.2022), PDF S. 84-87 (86), Z. 8: "[T]he position taken by the Court […] does not truly address the real issue of unjustified interference in the applicants' private lives as a result of the prohibition of abortion in Ireland."

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

wie den Kinderwunsch[951]. Zudem ist eine Reise zur Fertilitätsbehandlung ins Ausland mit erheblichen Kosten verbunden, für die sich angesichts der Dringlichkeit des Kinderwunsches, dem wegen des fortgeschrittenen Alters der Mutter mitunter erheblichen Zeitdruck und wegen des Stigmas der Kinderlosigkeit nicht nur wohlhabende Personen entscheiden, sondern auch solche, die sich hoch verschulden müssen[952]. Nicht zu unterschätzen ist zudem das erhöhte mit einer ART-Behandlung im Ausland einhergehende Gesundheitsrisiko, das den Betroffenen wegen einer dort im Vergleich zum Heimatland mitunter unterlegenen medizinischen Versorgung oder laxeren verfahrenstechnischen Absicherung droht. So ist es etwa in nichteuropäischen Ländern Usus, einer Frau mehrere Embryonen in einem Zyklus zu implantieren, so dass es nicht selten zu einer für Frau und Kind lebensgefährlichen Mehrlingsschwangerschaft kommt. Die Nachwehen solcher Komplikationen treffen dann häufig auch das heimische Gesundheits- und Sozialsystem[953]. Auch darf angenommen werden, dass eine hohe Dunkelziffer an Betroffenen existiert, die für eine ART-Behandlung ins Ausland reisen, da nur wenige mit einer so persönlichen Information hausieren gehen. Das darf für den Gerichtshof aber kein Grund sein, seine Harmonisierungsfunktion mit Verweis auf die vermeintlich geringe

951 *Jackson*, The Right to Procreate and Assisted Reproductive Technologies in Europe, in: Orentlicher/Herve, The Oxford Handbook of Comparative Health Law, 2018, abrufbar unter: https://www.oxfordhandbooks.com/view/10.1093/oxfordhb/9780190846756.001.0001/oxfordhb-9780190846756-e-34 (18.1.2022), PDF S. 17; *Inhorn/Patrizio*, Rethinking reproductive "tourism" as reproductive "exile", Fertil. Steril. 2009 (92/3), S. 904-906.

952 *Inhorn/Shrivastav/Patrizio*, Assisted Reproductive Technologies and Fertility "Tourism", Med. Anthropology 2012 (31), S. 249-265.

953 *ESHRE*, Cross border reproductive care in six European countries, Hum. Reprod. 2010, S. 1-8; *McKelvey/David/Shenfield*, The impact of cross-border reproductive care or 'fertility tourism' on NHS maternity services, BJOG 2009 (116/11), S. 1520-1523; *Salama/Isachenco et al.*, CBRC: a growing global phenomenon with multidimensional implications, J. Assist. Reprod. Genet. 2018 (35/7), S. 1277-1288; *Simopoulou et al.*, Treating infertility: current affairs of cross-border reproductive care, Open Medicine 2019 (14/1), S. 292-299; *Bühler*, Social Science Report, Egg Donation and IVF with Donated Eggs. Lessons to be Learned from Other Countries, abrufbar unter: https://www.bag.admin.ch/bag/de/home/medizin-und-forschung/fortpflanzungsmedizin/stellungnahmen-gutachten.html (29.3.2022), 2014, S. 50 ff; *Siegl/Bigler/Büchler/Perler/Schurr*, Gutachten für das BAG: Transnationale Reproduktive Mobilität aus der Schweiz, abrufbar unter: https://www.bag.admin.ch/bag/de/home/medizin-und-forschung/fortpflanzungsmedizin/stellungnahmen-gutachten.html (1.4.2022), 2021.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Fallzahl auszusetzen. Stattdessen muss er ihr umso mehr gerecht werden[954]. Dabei sollte der EGMR auch in Bedacht nehmen, dass die Betroffenen die gesetzesmedizinischen Verbote und Beschränkungen im Inland, aber auch die Kosten und den Aufwand für eine ART-Behandlung im Ausland zunehmend durch private Keimzellspenden via Internet umgehen. Dazu *Jackson*: "Cost may be one reason why people look for sperm donors online, but it is also common for would-be recipients and donors to be looking for something that they cannot obtain from treatment in a regulated clinic, such as contact between the donor and child during childhood or even a co-parenting arrangement."[955] Private Spenden sind indes problematisch. So entfällt etwa eine Gesundheitsprüfung der Keimzellspender, außerdem mangels Spendenregister die Möglichkeit des Kindes auf Kenntnis seiner Abstammung und Herkunft. Mit *Jackson* lässt sich daher festhalten: "If the consequence of legal restrictions is to propel patients across borders, there may be sound practical reasons for liberal regulation. Encouraging patients to receive treatment in local, regulated clinics has many advantages over pushing them towards the range of services, both safe and unsafe, that they might be likely to find via a Google search."[956] Im Ergebnis geben daher auch die vermehrt auftretenden Verzweiflungsmaßnahmen an unfreiwilliger Kinderlosigkeit leidender Konventionsbürger dem Gerichtshof ein klares Signal, fortpflanzungsmedizinische Verbote in einem Konventionsstaat nicht länger mit Verweis auf ihre Erlaubnis in einem anderen oder mit einem künstlich konstruierten Dissens zu rechtfertigen.

954 *ESHRE*, Task Force on Ethics and Law 15: Cross-border reproductive care, Hum. Reprod. 2008 (23/10), S. 2182-2184.

955 *Jackson*, The Right to Procreate and Assisted Reproductive Technologies in Europe, in: Orentlicher/Herve, The Oxford Handbook of Comparative Health Law, 2018, abrufbar unter: https://www.oxfordhandbooks.com/view/10.1093/oxfordhb/9780190846756.001.0001/oxfordhb-9780190846756-e-34 (18.1.2022), S. 17; *Jadva/Freeman et al.*, 'Friendly allies in raising a child': A survey of men and women seeking elective co-parenting arrangements via an online connection website, Hum. Reprod. 2015 (30/8), S. 1896-1906; *Freeman/Jadva et al.*, Online sperm donation, Hum. Reprod., 2016 (31/9), S. 2082-2089.

956 *Jackson*, The Right to Procreate and Assisted Reproductive Technologies in Europe, in: Orentlicher/Herve, The Oxford Handbook of Comparative Health Law, 2018, abrufbar unter: https://www.oxfordhandbooks.com/view/10.1093/oxfordhb/9780190846756.001.0001/oxfordhb-9780190846756-e-34 (18.1.2022), S. 17.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

2) Ergebnis zu den "Evolving Principles" zur Korrektur der historisch gewachsenen methodischen Schwächen

Bislang bleibt das Zugangsrecht auf Elternschaft wegen der starken Eingriffsermächtigung des Art. 8 Abs. II EMRK und der historisch gewachsenen methodischen Schwächen zwar weitestgehend wirkungslos, gewinnt aber durch ständige Rechtsfortbildung an Gewicht. Die "evolving principles" lassen vermuten, dass die Konvention künftigen Eingriffen einen engen Rahmen setzen wird, die darauf zielen, das Zugangsrecht auf Persönlichkeitsentwicklung durch das eigene Kind mit nationalen Verboten in der Fortpflanzungsmedizin einzuschränken. Es steht zu erwarten, dass:

- der Gerichtshof die Frage, ob ein Verbot im Bereich der Fortpflanzungsmedizin notwendig ist, nicht länger daran misst, ob es zum Zeitpunkt seines Erlasses konventionskonform gewesen ist, sondern daran, ob es unter den heutigen Voraussetzungen der Konvention gerechtfertigt erscheint.
- der Gerichtshof sich nicht länger darauf beschränkt, die Staaten zu ermahnen, ihr Fortpflanzungsmedizinrecht unter Berücksichtigung der rapiden Entwicklungen in Wissenschaft und gesellschaftlicher Einstellung zu korrigieren, sondern ohne weitere Vorwarnung einen Konventionsverstoß feststellt, wenn sie es nicht tun.
- der Gerichtshof einen Perspektivwechsel vornimmt, indem er in Fällen, die den Zugang zur Elternschaft durch Reproduktionsmedizin betreffen, für seine Einschätzung eines Konsenses nicht länger auf das gleich oder ungleich beurteilte Ob und Wie der diversen fortpflanzungsmedizinischen Verfahren abstellt, sondern auf die viel grundlegendere Frage nach der Schutzbedürftigkeit von Elternschaft als Kernaspekt persönlicher Identität. Dabei hat selbst ein noch in Entwicklung begriffener Konsens zu den gesetzesmedizinischen Details der Verfahren im Einzelnen bereits Indiz-Wirkung für die Akzeptanz des zugrundeliegenden Ziels als Ganzem, nämlich die Persönlichkeitsrechte all derer zu schützen, die ohne medizinisch assistierte Fortpflanzung auf die identitätsprägende Erfahrung Elternschaft verzichten müssten. Da der Trend im Bereich der Fortpflanzungsmedizin zu einer für die Eltern persönlichkeitsrechtsfreundlichen Gesetzgebung geht, ist eine Ermessensreduzierung *ex-nunc* geboten.
- der Gerichtshof, selbst wenn er keinen Perspektivwechsel vornimmt, erkennt, dass der Konsens zu einer Vielzahl an reproduktionsmedizini-

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

schen Verfahren stetig wächst, teilweise sogar schon fest etabliert ist, so dass das staatliche Ermessen eher früher als später eingeschränkt gehört.
- der Gerichtshof neben seiner bereits etablierten Pflicht zu einer Ermessensreduzierung auf null bei an sexueller Orientierung oder geschlechtlicher Identität anknüpfenden Ungleichbehandlungen im Zugang zur Elternschaft eine Ermessensreduzierung bei Ungleichbehandlungen wegen des Ehestandes, Beziehungsstatus und der Art der intendierten Eltern-Kind-Beziehung forciert.
- der Gerichtshof, selbst wenn er keinen Perspektivwechsel vornimmt und weiter davon ausgeht, das zu den meisten reproduktionsmedizinischen Verfahren kein tauglicher Konsens herrscht und deshalb eine weite staatliche Einschätzungsprärogative geboten ist, künftig doch wenigstens eine sachgerechte Interessenabwägung vornimmt. Und zwar zu der Frage, ob das jeweilige gesetzesmedizinische Verbot auch im konkreten Einzelfall zu einem konventionskonformen Ergebnis führt. Das wird ihm erlauben, ein Netz an Präzedenzfällen zu Konstellationen zu entwickeln, in denen dem Recht auf Zugang zur Persönlichkeitsentwicklung durch Elternschaft als besonders menschenwürde-nahe Ausdrucksform persönlicher Identität der Vorzug zu geben ist. So würde Zugangsbeschränkungen im Bereich der Fortpflanzungsmedizin sukzessive der Boden entzogen.
- der Gerichtshof seiner Harmonisierungsfunktion gerecht wird, indem er das Verbot eines fortpflanzungsmedizinischen Verfahrens in einem Mitgliedsstaat nicht länger mit Verweis auf die Möglichkeit rechtfertigt, es in einem anderen Mitgliedsstaat in Anspruch nehmen zu können, wo es erlaubt ist.

3) Ergebnis zur evolutiv-dynamischen Auslegung und zum Grundsatz der lebendigen Konventionsauslegung

Die "evolving principles" lassen erwarten, dass der Gerichtshof dem Telos des Art. 8 EMRK als Grundsatznorm personaler Autonomie alsbald nicht mehr nur auf Anwendungs- sondern auch Rechtfertigungsebene durch eine Korrektur der historisch gewachsenen methodischen Schwächen entsprechen wird. Spätestens dann besteht ein kaum noch zu überwindender Rechtfertigungszwang für Eingriffe in das besonders menschenwürdenahe Zugangsrecht auf Persönlichkeitsentwicklung durch Elternschaft durch gesetzesmedizinische Verbote und Zugangshürden im Bereich der Fortpflanzungsmedizin. Hierfür stellt der Gerichtshof bereits jetzt die Weichen. Ein

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Kurswechsel ist auch dringend erforderlich. Denn andernfalls liefe der EGMR Gefahr, sich der Kultur, Tradition und Moral eines Europas zu verschreiben, das so gar nicht mehr existiert. Mit *Nussberger* nämlich ist abschließend festzuhalten, und darauf wird zu Beginn des verfassungsrechtlichen Teils näher eingegangen: "Perceptions of what is 'normal' and 'socially acceptable' in European societies have radically changed between 1950 and 2020. Thus, while the traditional family model – heterosexual parents living together with their children – still exists, it has been supplemented by a panoply of new forms of family life such as patchwork families, homosexual parents with children, one-parent-families [...] and many more; the roles of men and women have also undergone fundamental changes."[957] Dabei geht es nicht darum, Europas originär christlich-natürlichkeitsbasiertes Verständnis von Elternschaft und Fortpflanzung zu verändern – das ist längst ohne die Erlaubnis des EGMR geschehen – sondern schlicht darum, das Recht auf Veränderung, zu schützen. Vorerst setzt die Konvention Eingriffen in das Recht auf Zugang zur Elternschaft einen engen Rahmen.

VII) Ergebnis zum Recht auf Zugang zur Elternschaft als Menschenrecht und aus rechtsphilosophischer Perspektive

Auf supranationaler Ebene begründet das Recht auf Achtung des Privatlebens aus Art. 8 EMRK nach grammatischen, teleologischen, systematischen, objektiv-historischen und evolutiv-dynamischen Gesichtspunkten ein Recht auf Zugang zur Persönlichkeitsentwicklung durch Elternschaft. Dieses Recht ist zum einen Ausdruck des Rechts auf Achtung der Entscheidung für oder gegen eine Elternschaft, zum anderen Ausdruck des Rechts auf persönliche Entwicklung durch die Beziehung zum Kind als Kernaspekt persönlicher Identität. Die rechtsphilosophischen Entwicklungen untermauern die Notwendigkeit der europaweiten Umsetzung eines solchen Rechts, das bereits jetzt und künftig noch mehr:

– Elternschaft als Kernaspekt persönlicher Identität anerkennt und deshalb als besonders menschenwürde-nahes Grundrecht kaum Eingriffen, etwa in Form von gesetzlichen Verboten in der Fortpflanzungsmedizin, zugänglich ist.

957 *Nussberger*, The European Court of Human Rights, 2020, S. 76-77.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

- jedem zusteht, ob vermählt oder unvermählt, heterosexuell oder homosexuell, lesbisch oder transsexuell, partnerschaftlich gebunden oder alleinstehend.
- die möglichen Gründe für den Zugang zur Elternschaft und die Zuschreibung der elterlichen Rechte und Pflichten plural denkt, insbesondere die intentionale und soziale Elternschaft berücksichtigt und als normative Grundlage für die Elternstellung, unabhängig von einer biologisch-genetischen Beziehung, jede ernsthafte Entscheidung einer Person genügen lässt, dauerhaft die soziale Verantwortung und emotionale Fürsorge für ein Kind übernehmen zu wollen. Dem wohnt die Möglichkeit inne, dass sich mehr als zwei Personen als Eltern eines Kindes eignen.

C) Das Recht auf Zugang zur Elternschaft als deutsches Grundrecht

Da die Konvention als Auslegungsmaxime für das Verständnis der deutschen Grundrechte heranzuziehen ist, ergibt sich eine verfassungsrechtliche Notwendigkeit, dem Recht auf Zugang zur Persönlichkeitsentwicklung durch Elternschaft auch auf nationaler Ebene Beachtung zu schenken. Während der Gerichtshof erst in den letzten Jahren vermehrt ein Verständnis von Menschenrechten als Grundsatznormen personaler Autonomie zugrunde legt, ist das „Verständnis von Menschenwürde als Grundnorm personaler Autonomie“[958] in der deutschen Verfassungstradition fest verankert[959]. Dazu *Fateh-Moghadam*: „[D]ie Rechtsprechung des Bundesverfas-

958 *Gutmann*, Struktur und Funktion der Menschenwürde als Rechtsbegriff, in: Gethmann, Lebenswelt und Wissenschaft, Bd. II, 2011, S. 309-330 (312); vgl. *Gutmann/Quante*, Menschenwürde, Selbstbestimmung und Pluralismus: Zwischen sittlicher Vorgabe und deontologischer Konstruktion, ARSP 2017 (103/3), S. 322-336,

959 Vgl. Urt. v. 26.2.2020 – 2 BvR 2347/15, BVerfGE 153, 182, NJW 2020, S. 905-921, Rn. 205: „Die Achtung und der Schutz der Menschenwürde und der Freiheit sind grundlegende Prinzipien von Verfassungsrang, die den Menschen als eine zu Selbstbestimmung und Eigenverantwortlichkeit fähige Persönlichkeit begreift.“; Urt. v. 17.8.1956 – 1 BvB 2/51, BVerfGE 5, 85 (204-205), NJW 1956 S. 1393-1399; Urt. v. 21.6.1977 – 1 BvL 14/76, BVerfGE 45, 187 (227), NJW 1977, S. 1525-1534: „Achtung und Schutz der Menschenwürde gehören zu den Konstitutionsprinzipien des Grundgesetzes. Die freie menschliche Persönlichkeit und ihre Würde stellen den höchsten Rechtswert innerhalb der verfassungsmäßigen Ordnung dar. [...]. Dem liegt die Vorstellung vom Menschen als einem geistigsittlichen Wesen zugrunde, das darauf angelegt ist, in Freiheit sich selbst zu bestimmen und sich zu entfalten.“

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

sungsgerichts demonstriert eindrücklich, dass die historische Entwicklung von Selbstbestimmungs- und Persönlichkeitsrechten nicht einfach die gesellschaftliche Realität, einen sich wandelnden Zeitgeist oder einen Wandel von Sittlichkeitsvorstellungen nachvollzieht [...]. Vielmehr ist es die Realität des Rechts mit seiner normativen Eigenlogik von gleichen subjektiven Freiheits- und Persönlichkeitsrechten, die eine Entwicklung vorantreibt, die man mit *Thomas Gutmann* als ‚normative Moderne' bezeichnen könnte" (vgl. B, IV, 1, a, bb)[960]. Die jüngsten Fortschritte dieses Prozesses bezeugt das aktuelle Urteil des BVerfG vom 26.2.2020 (2 BvR 2347/15), wonach das allgemeine Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG „als Ausdruck persönlicher Autonomie ein Recht auf selbstbestimmtes Sterben" gewährt[961]. Auf nationaler Ebene erscheint es daher umso dringlicher, dem Recht auf Zugang zur Elternschaft Geltung zu verschaffen und in seiner Folge die „biomedizinische Selbstbestimmung"[962] voranzutreiben. In diesem Unterkapitel wird in Anerkennung der normativen Eigenlogik des Rechts auf gleiche Achtung individueller Freiheiten die gewandelte Moral- und Sozialvorstellung der deutschen Gesellschaft zu Fortpflanzung und Elternschaft nachvollzogen (I). Es folgt eine Analyse zur grundrechtlichen Verankerung des Rechts auf Zugang zur Elternschaft (II). Dafür ist sein personaler und sachlicher Schutzbereich als Teil der Grundrechte abzustecken, die für seine Begründung jeweils in Frage kommen (1-5), dann ist das Zugangsrecht in den Kontext der einschlägigen Gleichheitsgebote und Diskriminierungsverbote zu stellen (III). Schließlich ist es in seiner Funktion als Abwehr-, Leistungs- und normgeprägtes Grundrecht zu qualifizieren (IV). Es folgt eine Darstellung potenzieller Eingriffe in das Zugangsrecht durch das deutsche Embryonenschutzgesetz (V), danach eine Gegenüberstellung der kollidierenden Rechtsgüter, um eine verfassungsrechtliche Rechtfertigung von Eingriffen in das Zugangsrecht durch gesetzliche Verbote und Beschränkungen im Bereich der Fortpflanzungsmedizin zu evaluieren (VI). Schließlich wird Bilanz gezogen zu dem *pluralistischen* und *gleichen* Konventionsrecht auf Zugang zur Elternschaft mit *Primat der intentionalen und sozialen Elternschaft* als deutsches Grundrecht (VII).

960 *Fateh-Moghadam*, Selbstbestimmung im biotechnischen Zeitalter, BJM 2018 (4), S. 205-231 (217); *Gutmann*, Religion und Normative Moderne, in: Willems/Pollack/Ders./Spohn, Moderne und Religion, 2013, S. 447-488 (448).

961 BVerfG, Urteil v. 26.2.2020 – 2 BvR 2347/15, BVerfGE 153, 182, NJW 2020, S. 905-921, Leitsatz.

962 *Fateh-Moghadam*, Selbstbestimmung im biotechnischen Zeitalter, BJM 2018 (4), S. 205-231 (217).

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

I) Dynamische Verfassungsinterpretation als Reaktion auf eine gewandelte Gesellschaftsrealität

Wer die Eltern eines Kindes sind, wer sie sein dürfen, wer sie sein sollten oder sogar müssen, ist eine Frage, auf die es im Verlauf der Zeit viele Antworten gegeben hat. Daran wird sich auch zweifellos nichts ändern, weil es auf eine dem sozialen Wandel so stark unterworfene Frage keine abschließende Antwort geben kann. Dabei schien die Lösung einmal einfach: In der Regel bekam ein verheiratetes heterosexuelles Paar ein Kind, das machte sie zu Eltern. Voraussetzung war ein körperlicher Akt, der zur Verschmelzung zweier Gensätze zu einem dritten führte, dem des Kindes. Über diesen tradierten Elternbegriff sind erkennbar die Zeit, der gesellschaftliche Wandel und die Entwicklung der Reproduktionsmedizin hinausgegangen[963]. Verheiratet oder nicht, Paar oder Alleinerziehend, lesbisch, schwul, transsexuell – die Definition der Elternschaft enthält nun eine Vielzahl von Variablen[964]. Vor allem ist Elternschaft nicht mehr notwendig das Ergebnis eines eigenen körperlichen Schöpfungsaktes; die Möglichkeiten der assistierten Reproduktion machen ein Auseinanderfallen von genetischer, biologischer und sozialer Elternschaft wahrscheinlicher, die Zuordnung immer

963 Zu den Hintergründen sozialer Umbrüche in der westlichen Moderne vgl. *Taylor*, Modern Social Imaginaries, 2004.

964 Vgl. im Überblick: *Markard*, Parenting and legal family formats in Germany, in: Waaldijk et al. (eds.), TheLawsAndFamilies Database – Aspects of legal family formats for same-sex and different-sex couples, 2017, https://www.ined.fr/Xtradocs/lawsandfamilies/LawsAndFamilies-DE-Section3.pdf (4.4.2022).

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

komplizierter[965]. Die Frage ist daher: Was ersetzt den traditionellen Ansatz? Favorisiert wird im Folgenden, dass die ernsthafte Entscheidung, sich um ein Kind zu kümmern und die elterliche Verantwortung zu übernehmen, eine zeitgemäße Definition von Elternschaft ist.

Dahin jedenfalls geht wie gezeigt die Rechtsentwicklung in den westlichen Verfassungsstaaten, der sich auch das Grundgesetz nicht entziehen kann. Denn wie *Kaufhold* schreibt: „Das Grundgesetz und speziell die Grundrechte bilden keinen starren Korpus fixer Vorschriften. Verfassungsrecht lenkt gesellschaftliche Entwicklungen nicht nur, es wird zugleich durch sie geprägt."[966] Danach gehört die Frage nach den Grenzen dynamischer Verfassungsinterpretation zwar zu den ungelösten Problemen

965 Vgl. im Überblick zum familiären Wandel und der Pluralisierung von Familienformen: *Bergold/Buschner/Mayer-Lewis/Mühling*, Grundlagen multipler Elternschaft, in: Dies., Familien mit multipler Elternschaft. Entstehungszusammenhänge, Herausforderungen und Potenziale 2017, S. 7-27; *Dethloff*, Changing Family Forms, VUWLR 2015 (46/3), S. 671-682 (671): "The rise in unwed parents, divorce rates, re-parenting, same-sex partnerships and artificial reproduction have led to a great variety of family forms that are far apart from the concept of the marriage-based family underlying the German Civil Code of 1900."; mit verschiedenen Beiträgen *Peukert et al.*, Elternschaft und Familie jenseits von Heteronormativität und Zweigeschlechtlichkeit, Gender Zeitschrift für Geschlecht, Kultur und Gesellschaft, 2020; mit Fokus auf den Wandel durch Familiengründung mittels Reproduktionsmedizin: *Mayer-Lewis*, Die Familiengründung mit Gametenspende, in: Bergold/Buschner/Mayer-Lewis/Mühling, Familien mit multipler Elternschaft. Entstehungszusammenhänge, Herausforderungen und Potenziale, 2017, S. 113-141; *Dethloff/Timmermann*, Multiple Elternschaft – Familienrecht und Familienleben im Spannungsverhältnis, in: Bergold/Buschner/Mayer-Lewis/Mühling, Familien mit multipler Elternschaft. Entstehungszusammenhänge, Herausforderungen und Potenziale, 2017, S. 173-194; *Dethloff*, Familienrecht in Europa, in: Hilbig-Lugani/Huber, Moderne Familienformen, 2019, S. 37-57 (47).

966 *Kaufhold*, Verfassungsrechtliche Vorgaben für die einfach-rechtliche Regelung der Mutterstellung, in: Röthel/Heiderhoff, Regelungsaufgabe Mutterstellung, 2016, S. 87-116 (87); *Heiderhoff*, Was will der Staat? Was darf der Staat? Was kann der Staat?, in: Röthel/Heiderhoff, Regelungsaufgabe Paarbeziehung, 2012, S. 9-15 (14), wonach „[d]er Staat [...] – wenigstens zum Teil – dem Verständnis der Gesellschaft hinterher[läuft]". So würden Gesetzesreformen häufig damit begründet, das Gesetz müsse „an die geänderten gesellschaftlichen Verhältnisse und den eingetretenen Wertewandel angepasst werden"; so auch: *Burkart,* Gesellschaftlicher Wandel und die Legitimität der Vaterschaft, in: Röthel/Heiderhoff, Regelungsaufgabe Vaterstellung, 2014, S. 73-88 (84), wonach „das Ehe- und Familienrecht" aus sozio-historischer Sicht „zum einen oft ein Kompromiss zwischen konkurrierenden Wertvorstellungen ist und zum zweiten meist eine nachträgliche Verrechtlichung kulturell bereits veränderter Wertvorstellungen darstellt".

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

„von Verfassungstheorie, -dogmatik und -interpretation“[967]. Doch dass das Grundgesetz in den Worten des BVerfG für einen „Bedeutungswandel“ offen sein muss, „wenn [...] neue nicht vorausgesehene Tatbestände auftauchen oder bekannte Tatbestände [...] in neuer Beziehung oder Bedeutung erscheinen“[968], liegt auf der Hand. Nicht zuletzt über den Grundsatz der konventionskonformen Auslegung, wonach die EMRK als lebendiges Instrument „Auslegungshilfe für die Bestimmung von Inhalt und Reichweite von Grundrechten“[969] ist, wird das Grundgesetz selbst zum lebendigen Instrument. Alternativ lässt sich die Pflicht zur Berücksichtigung der „politischen und sozialen Kontexte, in denen sich Verfassungsrecht verwirklichen soll“, mit *Kaufhold* als „notwendige Folge der Norminterpretation am objektivierten Willen des Gesetzgebers“ beschreiben. So oder so sind Grundrechte im Einklang mit der sozialen Wirklichkeit effektiv auszulegen. Deshalb kann „ein Wandel der Umstände [...] einen Wandel der Grundrechtsdogmatik erforderlich machen“[970]. Und tatsächlich ist, wie *Walper et al.* schreiben, „mit den verbesserten Möglichkeiten der Empfängnisverhütung [...] Elternschaft [...] zur aktiven Entscheidung, mithin zur *verantworteten Elternschaft* geworden“. Damit gehe eine erhebliche Erwartungshaltung einher, für die Realisierung des Kinderwunsches „den günstigen Zeitpunkt zu finden, der zu den persönlichen, beruflichen, ökonomischen und partner-

967 *Kaufhold*, Verfassungsrechtliche Vorgaben für die einfach-rechtliche Regelung der Mutterstellung, in: Röthel/Heiderhoff, Regelungsaufgabe Mutterstellung, 2016, S. 87-116 (88); vgl. zu diesem Problemkreis: *Michael*, Die verfassungswandelnde Gewalt, RW 2014 (4), S. 426-480 (428); *Volkmann*, Wie die Theorie der Verfassung ihren Inhalt bestimmt, Der Staat 2015 (54/1), S. 35-62 (39 ff.); *Hillgruber/Volkmann*, Verfassungsrecht zwischen normativem Anspruch und politischer Wirklichkeit, in: Dies./Nolte/Poscher/et al., Die Leistungsfähigkeit der Wissenschaft des öffentlichen Rechts, VVDStRL 2008 (67), S. 7-94 (8 ff., 57 ff., 94); *Böhm/Germann*, Dynamische Grundrechtsdogmatik von Ehe und Familie?, in: Ehrenzeller/Wallrabenstein, Zukunftsgestaltung durch Öffentliches Recht, VVDStRL 2014 (73), S. 212-287 (211 ff., 257 ff., 296 ff.).

968 Urt. v. 9.7.1953 – 1 BvL 23/51, BVerfGE 2, 380 (401), NJW 1953, S. 1137-1139.

969 Urt. v. 14.10.2004 – 2 BvR 1481/04, NJW 2004, S. 3407-3412 (3408); *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention, 2021, § 3, Rn. 10; *Meyer-Ladewig/Nettesheim*, in: Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer, EMRK, 4. Aufl. 2017, Einleitung, Rn. 19; vgl. ebd. Art 46, Rn. 17; *Frowein*, Die Europäisierung des Verfassungsrechts, in: Badura/Dreier (Hrsg.), Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, Band I, 2001, S. 209-221 (219); vgl. zum Einfluss der Urteile des EGMR auf die deutsche Rechtsordnung bereits Fn. 109.

970 *Kaufhold*, Verfassungsrechtliche Vorgaben für die einfach-rechtliche Regelung der Mutterstellung, in: Röthel/Heiderhoff, Regelungsaufgabe Mutterstellung, 2016, S. 87-116 (88);

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

schaftlichen Rahmenbedingungen ‚passt'". Eine Aufgabe, die zusätzlich dadurch erschwert werde, dass „das Bewusstsein um Bedürfnisse der Kinder und die Bedeutung einfühlsam-engagierter Elternschaft [...] gestiegen [ist]", was zu einer "'intensification of parenting'" vor allem auf Seiten der Mütter geführt habe[971]. Zugleich führe die Suche nach dem perfekten Zeitpunkt dazu, dass der Kinderwunsch immer später verwirklich werde. Mit einem Erstgebärenden-Alter von 29,5 Jahren im Jahr 2014 sei die Wahrscheinlichkeit für eine unfreiwillige Kinderlosigkeit in Deutschland vergleichsweise hoch[972]. Das rufe die Reproduktionsmedizin auf den Plan, die „die Lebenswirklichkeit von Müttern und von Frauen, die sich Kinder wünschen, [...] in den letzten Jahrzehnten erheblich verändert [hat]"[973]. Auch der neunte Familienbericht der Bundesregierung weist auf das Problem der „seit Mitte des vorigen Jahrhunderts in Deutschland zunehmende[n] Kinderlosigkeit" hin[974]. Zugleich steige mit dem Phänomen der „*verantworteten Elternschaft*" die Akzeptanz einst unkonventioneller Familienformen von unverheirateten, gleichgeschlechtlichen[975] und alleinerziehenden Eltern mit Kind sowie die Akzeptanz der konsensuellen Entscheidung für einen Zusammenschluss von mehr als zwei Personen zur gemeinsamen Übernahme der Elternverantwortung, wobei insgesamt die aktiv gelebte Beziehung gegenüber der biologischen Faktizität an Bedeutung gewinnt.[976] Insgesamt ist nach *Burkart* die „Entwicklung von Familien- und Geschlechterbeziehungen im 20. Jahrhundert geprägt vom Egalisierungsgedanken und der gesellschaftlichen Aufwertung der Frau; [...] der stärkeren Orientierung des Rechts am Kindeswohl; vom Bedeutungsverlust der Ehe und schließ-

971 *Walper et al.*, Mutterschaft aus Sicht der Familien-, Kinder- und Jugendforschung, in: Röthel/Heiderhoff, Regelungsaufgabe Mutterstellung, 2016, S. 31-62 (36); für einen Überblick vgl. *Leopoldina*, Frühkindliche Sozialisation, 2014.

972 Vgl. ebd. S. 36; so: *Kreyenfeld/Krapf*, Demographischer Wandel, in: Destatis, Datenreport 2016. Sozialbericht für die Bundesrepublik Deutschland, S. 35-41.

973 *Kaufhold*, Verfassungsrechtliche Vorgaben für die einfach-rechtliche Regelung der Mutterstellung, in: Röthel/Heiderhoff, Regelungsaufgabe Mutterstellung, 2016, S. 87-116 (88).

974 BT-Drucks. 19/27200, Neunter Familienbericht, 2021, S. 78 m.w.N. zu den Ursachen unfreiwilliger Kinderlosigkeit in den Kapiteln 2.2.1.2 und 2.2.2.

975 *Bergold/Buschner*, Regenbogenfamilien in Deutschland, 11.5.2018, https://www.bpb.de/gesellschaft/gender/homosexualitaet/269064/regenbogenfamilien (7.2.2022).

976 So auch: *Röthel*, Wie viele Eltern verträgt ein Kind? Konzepte für die originäre Mehr-Elternschaft, in: Hilbig-Lugani/Huber, Moderne Familienformen 2019, S. 129-142 (138): „Indem Elternschaft generell stärker Züge einer zu verantwortenden Entscheidung erhalten hat, sind biologische und ‚nur' intendierte Elternschaft einander angenähert."

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

lich vom Machtverlust der Vaterschaft bzw. dem Bedeutungsverlust der parilinearen Abstammung“[977]. Hinzu treten „Individualisierungstendenzen“, wonach sich „die soziokulturellen Zuschreibungen der Aufgaben und Eigenschaften von Müttern und Vätern weniger deutlich unterscheiden als früher“. Das heißt, dass „Rechte und Pflichten von Eltern [...] geschlechtsneutral formuliert [werden]“ und damit etwa „gleichgeschlechtlichen Elternpaare[n]“ zu mehr Anerkennung verholfen wird. [978]

Die Pflicht, diesen Wertewandel[979] in Recht zu übersetzen, ist national wie supranational schon dem effektivsten Triebwerk evolutiver Rechtsfortbildung[980] zu entnehmen. Dabei handelt es sich um das „Recht auf gleiche Achtung, das sich in den individuellen Freiheiten manifestiert“ und das „den Einzelnen ein Mittel an die Hand gibt, ihre je eigene Vorstellung eines gelingenden Lebens gegen die Zumutung tradierter Begriffe von Normalität, Natürlichkeit und die mit diesen verbundenen Exklusionsmechanismen durchzusetzen“ (vgl. B, IV, 1, a)[981]. Für eine zeitgemäße Antwort auf die Frage, wem die verfassungsrechtliche Elternstellung gebührt, sind daher die gleichen Metatrends relevant, die eine Rechtsfortbildung auf Konventionsebene einfordern (vgl. B, IV, 1, b): „Der Abbau noch bestehender For-

977 *Burkart*, Gesellschaftlicher Wandel und die Legitimität der Vaterschaft, in: Röthel/Heiderhoff, Regelungsaufgabe Vaterstellung, 2014, S. 73-88 (80-82), der zwar einen „Bedeutungszuwachs der biologischen Vaterschaft in der westlichen Moderne“ feststellt, aber gleichzeitig auf das sich auf dem Vormarsch befindende Verständnis verweist, wonach „parentales Investment (also die Bereitschaft von Eltern, sich um ihren Nachwuchs zu kümmern) nicht unbedingt die genetische Verwandtschaft voraus[setzt]“, und deshalb zu dem Schluss kommt, dass „in der sozio-kulturellen Lebenswelt heute – im Kontrast zum neuen Biologismus – stärker als früher gelten [dürfte], dass jener Mann die legitime Vaterschaft behaupten kann, der sich um das Kind kümmert (der soziale Vater)“.

978 Vgl. ebd. S. 79-80.

979 Vgl. dazu *Siep*, Konkrete Ethik. Grundlagen der Natur- und Kulturethik, 2004, S. 164 ff., 169; zur Notwendigkeit einer Anpassung des Fortpflanzungsmedizinrechts angesichts der wachsenden Vielfalt gelebter Familienformen vgl. *Beier et al.*, Ein Fortpflanzungsmedizingesetz für Deutschland, Leopoldina: Diskussion Nr. 13, 2017, S. 6; *Seelmann*, Gutachten für das BAG: Zugang zur Fortpflanzungsmedizin für alle?, https://www.bag.admin.ch/bag/de/home/medizin-und-forschung/fortpflanzungsmedizin/stellungnahmen-gutachten.html (21.3.2022), 2018, S. 4 f.

980 Zu den „Dynamiken der Entwicklung des Rechts und seiner Modernisierung“ vgl. *Gutmann*, Rechtswissenschaft, in: Jaeger/Knöbl/Schneider, Handbuch der Moderneforschung, 2015, S. 216-230; *Gutmann/Laukötter/Pollmann/Siep*, Genesis und Geltung, 2018.

981 *Gutmann*, Mutterschaft zwischen Natur und Selbstbestimmung, in: Röthel/Heiderhoff, Regelungsaufgabe Mutterstellung, 2016, S. 63-87 (70, 65).

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

men [...] Diskriminierung von Bürgerinnen und Bürgern und der Verlust der normativen Überzeugungskraft von Argumenten, die auf spezifische Vorstellungen von ‚Natur' oder ‚Natürlichkeit' Bezug nehmen." So gesehen befindet sich als Teil des europäischen auch das nationale Verständnis von Familie und Elternschaft in einer „Traditionskrise", in deren Verlauf sich früher oder später „die normative Logik der Nichtdiskriminierung" gegenüber überkommenen Sozialstrukturen durchsetzen muss[982] (vgl. B, IV, 1, a).

Bleibt noch zu klären, auf welcher rechtssoziologischen Grundlage sich die skizzierten Entwicklungen und im Folgenden vorgestellten sozialempirischen Erkenntnisse ins Recht transferieren lassen, etwa die Erkenntnis, dass die Annahme einer Kindeswohlgefährdung durch eine gespaltene Mutterschaft mittlerweile widerlegt ist (vgl. C, IV, 3, a, aa). Auf Methodensuche begibt sich *Busch*[983]. Danach lassen sich drei Methoden unterscheiden, die gebündelt ein starkes interdisziplinäres Gerüst bilden, um prägende gesellschaftliche Entwicklungen für das Recht bedeutsam zu machen und so zu verhindern, dass Recht und soziale Wirklichkeit zu stark auseinanderdriften: Die funktionale Methode, die Leitbildmethode und eine auf das Selbstverständnis der Rechtsgutsträger setzende Methode. Dieses Selbstverständnis hatte bereits *Martin Morlok* als Rechtskriterium identifiziert; *Busch* setzt diese erstmals als rechtssoziologische Brückenmethode ein. Die funktionale Methode rückt die Frage in den Mittelpunkt, welche Kernfunktionen soziale Institutionen aus sozialwissenschaftlicher Sicht haben. Für Familie und Elternschaft sind das: die Übernahme wechselseitiger Fürsorge und Verantwortung, das heißt das aufeinander Achten, sich Umsorgen, Beschützen, füreinander da sein. Dabei ist gleich, welche äußere Form eine Familie annimmt, ob es sich um eine Patchwork-Familie handelt, alleinerziehende Eltern mit Kind, ein lesbisches oder schwules Paar mit Kind, eine Queer-Family oder sonstige konsensuelle Zusammenschlüsse. Entscheidend ist allein, ob die jeweilige Form die Kernfunktionen von Familie und Elternschaft erfüllt, so dass das Kind geborgen aufwachsen kann. Genau hier verläuft aus funktionaler Perspektive dann auch die Erlaubnisgrenze für eine gesetzgeberische Intervention in den Freiraum von

982 Vgl. ebd. S. 63; *Gutmann*, Rechtsphilosophische Reflexionen, in: Arnold/Bernat/Kopetzki, Das Recht der Fortpflanzungsmedizin 2015, 2016, S. 45-61 (45); *Gutmann*, Traditionskrisen, in: Gärtner/Gutmann/Mesch/Meyer, Normative Krisen, 2019, S. 303-335.

983 *Busch*, Eine Brücke zwischen den Sozial- und Rechtswissenschaften – Möglichkeiten und Grenzen interdisziplinärer Methoden am Beispiel von Reproduktion und Familie in der BRD heute, Dissertationsschrift im Erscheinen.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

Familie und Elternschaft als zentralen Elementen privat-autonomer Lebensgestaltung. Zuweisung und Ausgestaltung der Elternrolle sind daran zu messen, inwieweit diese Kernaufgaben verwirklicht werden können. Auch das BVerfG hat sich im Laufe der Zeit, ausgehend von der bürgerlichen Kleinfamilie, unbewusst der funktionalen Methode angenähert, um den deutungsoffenen Begriff „Familie" auszufüllen. So ist etwa seine Argumentation eine funktionale, das einfache Recht dürfe nicht mehr als zwei Personen als Eltern eines Kindes bestimmen, weil sonst eine das Kindeswohl gefährdende Verantwortungsdiffusion drohe. Allerdings stellt sich die Frage, ob die Funktionalität als vielversprechende normative Größe tatsächlich eine Grenze von zwei Personen vorgibt. Das ist zumindest zweifelhaft (vgl. C, IV, 3, a, bb). Wahrscheinlicher ist eher, dass das BVerfG nach wie vor unbewusst das Ideal der bürgerlichen Kleinfamilie vor Augen hat und daher unterschwellig von diesem Leitbild beeinflusst ist. Das gilt jedenfalls für das Bundessozialgericht in seiner Begründung gegen eine Kostenübernahme der Gesetzlichen Krankenversicherung für eine Infertilitätsbehandlung gleichgeschlechtlicher Paare (vgl. C, IV, 2, a). Dieses Leitbild stimmt jedoch längst nicht mehr zwangsläufig überein mit dem Selbstverständnis der Rechtssubjekte. Das nämlich ist allgemein geprägt von einer hohen Akzeptanz für Pluralität und Achtung der höchstpersönlichen Entscheidung des Einzelnen in privaten Lebensfragen und lässt daher einen bunten Strauß an Familien- und Elternformen zu.[984] Vor diesem Hintergrund spricht weit mehr für eine dynamische Verfassungsinterpretation zugunsten der grundrechtlichen Verankerung eines *pluralistischen* und *gleichen* Rechts auf Zugang zur Elternschaft *mit funktionalem Primat der intentionalen und sozialen Elternschaft*.

II) Die grundrechtliche Verankerung des Rechts auf Zugang zur Elternschaft

Die deutschen Grundrechte könnten bei dynamischer, am Grundsatz der völkerrechtsfreundlichen und konventionskonformen Verfassungsinterpretation orientierten Anwendung ein pluralistisches und gleiches Recht auf Zugang zur Elternschaft gewährleisten. Ein Recht also, das sachlich den Zugang zur Persönlichkeitsentwicklung und -entfaltung durch die Übernahme der Elternverantwortung und Beziehung zum eigenen Kind als Kernaspekt

984 Vgl. zu diesen Überlegungen ebd.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

persönlicher Identität schützt und das personell, unabhängig von sexueller Orientierung und geschlechtlichen Identität, Ehestand und sonstigem Status jedem zusteht, der mit oder ohne eine leibliche Verbindung zu dem Kind, bereit ist, die soziale Fürsorge und emotionale Verantwortung dafür zu übernehmen. Ein solches Recht könnte sich ergeben aus einer Gesamtschau der Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG, Art. 6 II S. 1 GG, Art. 6 I GG jedenfalls in Konnex mit Art. 2 I GG, Art. 2 II S. 1 GG und Art. 8 EMRK in Verbindung mit Art. 20 III GG. Im Folgenden wird untersucht, ob der sachliche Schutzbereich dieser Grundrechte jeweils ein Zugangsrecht abdeckt und wer seine Grundrechtsträger sind (1). Sodann ist in gleichheitsrechtlicher Hinsicht zu erörtern, ob moderne Formen der Elternschaft wie die Elternschaft gleichgeschlechtlicher Paare, unvermählter Partner und alleinstehender Mütter und Väter in gleichem Maße schützenswert sind wie die traditionelle Elternschaft von Mann und Frau im Bund der Ehe (2). Schließlich ist das Zugangsrecht in seiner Funktion als Abwehr-, Leistungs- und normgeprägtes Recht zu qualifizieren (3).

1) Das Zugangsrecht als Teil des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts, Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG

Ein Zugangsrecht könnte sich zunächst und vor allem aus dem Allgemeinen Persönlichkeitsrecht nach Art. 2 I i.V.m. Art. 1I GG ergeben.

a) Sachlicher Schutzbereich

In Deutschland ist das Recht auf reproduktive Autonomie als besonders „menschenwürde-nahe" Variante des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts aus Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG anerkannt[985]. Es umfasst das „Recht, über das ob und wie [seiner] Fortpflanzung" selbst zu entscheiden und wurzelt „in der Überzeugung, dass Menschen das Recht und die Verantwortung haben, die grundlegenden Fragen über die Bedeutung und den Sinn ihres Lebens für sich selbst zu beantworten". [986] Geschützt ist das Interesse, „Kinder zu

985 *Gassner et al.*, AME-FMedG 2013, S. 32, 34; *Leopoldina*, Fortpflanzungsmedizin in Deutschland - für eine zeitgemäße Gesetzgebung, 2019, S. 34.

986 *Gutmann*, Rechtsphilosophische Reflexionen, in: Arnold/Bernat/Kopetzki, Das Recht der Fortpflanzungsmedizin 2015, 2016, S. 45-61 (46).

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

zeugen, zu gebären und aufzuziehen“[987] und sich hierzu der Methoden der assistierten Fortpflanzung zu bedienen. Entsprechend heißt es im Augsburg Münchener Entwurf eines Fortpflanzungsmedizingesetzes (AME-FMedG): „Die eigene Fortpflanzung gehört zum Kern personaler Identität und Identitätsbildung.“[988] *Waplers* Gedanken folgend, dass reproduktive Autonomie „darüber hinaus auch geistige und psychische Aspekte, insbesondere Fragen der Lebensplanung und der Gestaltung naher sozialer Beziehungen“[989] erfasst, geht diese Arbeit parallel zu den Entwicklungen auf europäischer Ebene davon aus, dass in Erweiterung zum Recht auf reproduktive Autonomie ein Recht auf Persönlichkeitsentwicklung durch Elternschaft als neue Fallgruppe des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts anzuerkennen ist. Zu schützen ist die mit der Elternrolle verbundene Möglichkeit, das eigene Wesen durch die Beziehung zum Kind als Kernaspekt persönlicher Identität zu formen und zu entwickeln. Negativ formuliert geht es darum, nicht durch gesetzesmedizinische Verbote an der persönlichkeitsprägenden Möglichkeit gehindert zu werden, Elternverantwortung wahrzunehmen. Hintergrund ist der Gedanke, dass neben und unabhängig von der eigenen Fortpflanzung die Erfahrung einer Elternschaft „zum Kern personaler Identität und Identitätsbildung“[990] gehört. Denn wie *Austin* sagt: “[T]he parent-child relationship is a central feature of so many of our lives, and is the context in and from which many of our choices, moral and otherwise, are made. “[991] Danach erwächst das Recht auf Fortpflanzung und auf Zugang zu den Verfahren der medizinisch assistierten Reproduktion primär aus dem Interesse daran, ein Kind großzuziehen (“a right to realize the important interest in […] rearing a child, [...] implies a positive [...] right to procreate, [...] understood as entailing a right to access ART”)[992]. Andererseits besteht das Interesse an einer Persönlichkeitsentwicklung durch ein eigenes Kind aber auch unabhängig von der Entscheidung für oder die Fähigkeit zur eigenen Fortpflanzung. Denn beides kann, muss aber nicht zusammenfallen. Dass es auch anders geht, zeigt die Adoptivelternschaft in Folge natürli-

987 Vgl. ebd. S. 47.
988 *Gassner et al*., AME-FMedG 2013, S. 32.
989 *Wapler*, Reproduktive Autonomie: rechtliche und rechtsethische Überlegungen, in: Baer/Sacksofsky, Autonomie im Recht – Geschlechtertheoretisch vermessen, 2018, S. 185-214 (192).
990 *Gassner et al*., AME-FMedG 2013, S. 32.
991 *Austin*, Conceptions of Parenthood, 2007, S. 2.
992 *Brake/Millum*, Parenthood and Procreation, SEP 2012, https://plato.stanford.edu/entries/parenthood/#toc (7.2.2022), Kapitel 2.1.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

cher Reproduktion und der § 1600 d IV BGB, Feststellungsausschluss des Samenspenders als rechtlicher Vater des Kindes, bei assistierter Reproduktion. Es ist vielmehr möglich, sich zwar für die Zeugung eines Kindes zu entscheiden, aber gegen Elternschaft, etwa durch Freigabe des Kindes zur Adoption oder Transfer der Elternverantwortung an die Empfänger einer Samenspende. Umgekehrt gilt aber auch: Wenn das Recht auf Achtung der Entscheidung für eine natürliche oder assistierte Reproduktion regelmäßig Ausdruck des Rechts auf Achtung der Entscheidung für eine Elternschaft ist, setzt umgekehrt das Interesse an Elternschaft nicht notwendig das Interesse an oder die Fähigkeit zur eigenen Fortpflanzung voraus. Deshalb sollte dem Recht auf Zugang zur Elternschaft durch eine eigene Fallgruppe im Allgemeinen Persönlichkeitsrecht entsprochen werden, die neben dem durch das Recht auf reproduktive Autonomie primär geschützten anthropologisch verankerten Interesse der meisten Menschen daran, Kinder zu zeugen, das anthropologisch nicht minder tief verwurzelte, von der eigenen Abstammung allerdings losgelöste Interesse daran schützt, ein Kind großzuziehen. Dieses Interesse umfasst die Weitergabe von Erfahrungen, Werten und Traditionen, das eigene Wesen zu formen und zu entwickeln. Schutzrichtung ist also die soziale Dimension der Eltern-Kind-Beziehung nach der Geburt. Diese setzt keine leibliche Abstammung voraus.

Das Allgemeine Persönlichkeitsrecht so zu erweitern, ist bei völkerrechtsfreundlicher, konventionskonformer Auslegung des Grundgesetzes geboten und verfassungsrechtlich potenziell bereits angelegt. Nicht umsonst betont das BVerfG in ständiger Rechtsprechung und zuletzt in seiner Entscheidung zum Recht auf selbstbestimmtes Sterben: „Das allgemeine Persönlichkeitsrecht schützt als ‚unbenanntes' Freiheitsrecht Elemente der Persönlichkeit, die nicht Gegenstand der besonderen Freiheitsgarantien des Grundgesetzes sind, diesen aber in ihrer konstituierenden Bedeutung für die Persönlichkeit nicht nachstehen."[993] Danach liegt „die unverlierbare Würde des Menschen als Person [...] darin, dass er stets als selbstver-

993 Urt. v. 26.2.2020 – 2 BvR 2347/15, Rn.205, BVerfGE 153, 182 (260), NJW 2020, S. 905-921 (906); vgl. bereits: Urt. v. 10.11.1998 – 1 BvR 1531/96, BVerfGE 99, 185 (193 f.), NJW 1999, S. 1322-1325 (1323); Urt. v. 15.12.1999 – 1 BvR 653/96, BVerfGE 101, 361 (380), NJW 2000, S. 1021-1026 (1023); Urt. v. 9.10.2002 – 1 BvR 805/98, BVerfGE 106, 28 (39), NJW 2002, S. 3619-3624 (3621); Urt. v. 13.6.2007 – 1 BvR 1550/03, 2357/04, 603/05, BVerfGE 118, 168 (183 f.), NJW 2007, S. 2464-2473 (2465); Urt. v. 27.2.2008 – 1 BvR 370/07, 595/07, BVerfGE 120, 274 (303), NJW 2008, S. 822-837 (824); Urt. v. 10.10.2017 – 1 BvR 2019/16, BVerfGE 147, 1 (19), NJW 2017, S. 3643-3648 (3644).

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

antwortliche Persönlichkeit anerkannt bleibt“[994]. Es sei „[d]ieser in der Würde des Menschen wurzelnder Gedanke autonomer Selbstbestimmung“, den jede Fallgruppe „des allgemeinen Persönlichkeitsrechts näher konkretisiert“[995]. Deshalb sei etwa „die Entscheidung des Einzelnen, seinem Leben entsprechend seinem Verständnis von Lebensqualität und Sinnhaftigkeit der eigenen Existenz ein Ende zu setzen, im Ausgangspunkt als Akt autonomer Selbstbestimmung von Staat und Gesellschaft zu akzeptieren“[996].

Dasselbe Autonomieverständnis, das zur Begründung eines Rechts auf selbstbestimmtes Sterben herangezogen wird, muss indes auch für ein Recht auf assistierte Reproduktion und autonom definierte Elternschaft gelten, sei sie genetisch, biologisch oder sozial und intentional fundiert. Denn „die selbstbestimmte Wahrung der eigenen Persönlichkeit setzt voraus, dass der Mensch über sich nach eigenen Maßstäben verfügen kann und nicht in Lebensformen gedrängt wird, die in unauflösbarem Widerspruch zum eigenen Selbstbild und Selbstverständnis stehen“[997]. So wie die Entscheidung, dem eigenen Leben ein Ende zu setzen, gehört auch die Entscheidung, ein Leben mit Kind zu führen als besonders menschenwürde-nahe Ausprägung individueller Selbstbestimmung zu den Grundsatzfragen personaler Autonomie. Sie ist Ausdruck der nicht selten auch religiös motivierten oder gewissensgeleiteten Bereitschaft, eine lebenslange zwischenmenschliche Beziehung von beispiellosem Ausmaß an emotionaler Nähe, sozialer Fürsorge und gegenseitiger Verantwortung einzugehen. Sie „unterliegt [daher] höchstpersönlichen Vorstellungen und Überzeugungen“ und prägt wie kaum etwas anderes „Identität und Individualität des Menschen“[998]. Eine Beschränkung auf bestimmte Elternverhältnisse käme

994 Urt. v. 26.2.2020 – 2 BvR 2347/15, Rn. 206, BVerfGE 153, 182 (261), NJW 2020, S. 905-921 (906).

995 Urt. v. 26.2.2020 – 2 BvR 2347/15, Rn. 207, BVerfGE 153, 182, NJW 2020, S. 905-921 (906); vgl. BVerfGE 54, 148 (155); 65, 1 (41 f.); 80, 367 (373), 103, 21 (32 f.); 128, 109 (124).

996 Urt. v. 26.2.2020 – 2 BvR 2347/15, Leitsatz, BVerfGE 153, 182 (182), NJW 2020, S. 905-922 (905).

997 Urt. v. 26.2.2020 – 2 BvR 2347/15, Rn. 207, BVerfGE 153, 182 (261), NJW 2020, S. 905-922 (905); vgl. bereits: Urt. v. 18.7.2006 – 1 BvL 1/04, 12/04, BVerfGE 116, 243 (264 f.), NJW 2007, S. 900-904 (902); Urt. v. 27.5.2008 – 1 BvL 10/05, BVerfGE 121, 175 (190 f.), NJW 2008, S. 3117-3121 (3117);
Urt. v. 11.1.2011 – 1 BvR 3295/07, BVerfGE 128, 109 (124, 127), NJW 2011, S. 909-914 (910).

998 Urt. v. 26.2.2020 – 2 BvR 2347/15, Rn. 209, BVerfGE 153, 182 (262), NJW 2020, S. 905-922 (907).

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

einer Legitimitätskontrolle der jeweiligen Entscheidung für ein Leben mit Kind gleich, die im krassen Widerspruch stünde zu dem das Grundgesetz prägenden gleichen Achtungsanspruch vor der Würde des Einzelnen[999]. Die Entscheidung, ein Kind zu zeugen und großzuziehen, bedarf daher, wie das BVerfG zum Recht auf selbstbestimmtes Sterben ausführt, „gerade keiner weiteren Begründung oder Rechtfertigung". Denn über Fragen, die den Kernbereich personaler Identität betreffen, herrscht allein „der Wille des Grundrechtsträgers, der sich einer Bewertung anhand allgemeiner Wertvorstellungen, religiöser Gebote, gesellschaftlicher Leitbilder [...] oder Überlegungen objektiver Vernünftigkeit entzieht"[1000]. Nicht zuletzt, so das BVerfG in ständiger Rechtsprechung, „[ist] eine [...] lückenschließende Gewährleistung [...] insbesondere vor dem Hintergrund neuartiger Gefährdungen der Persönlichkeitsentfaltung geboten, die in Begleitung des wissenschaftlich-technischen Fortschritts auftreten"[1001]. Da die Fortpflanzungsmedizin ein Auseinanderfallen von genetischer, biologischer und sozial-intentionaler Elternschaft wahrscheinlich macht, ist es unerlässlich, das Interesse der multiplen Elternanwärter an einer Wahrnehmung ihres Selbstbestimmungsrechts in Fragen der Persönlichkeitsentwicklung durch die Beziehung zum Kind zu schützen. Das bedeutet nicht, dass sie alle einen verfassungsrechtlichen Anspruch auf Teilhabe am Leben des Kindes haben, wohl aber, dass sie vom einfachen Gesetzgeber in einer durch ihn vorzunehmenden Interessenabwägung zu berücksichtigen sind.

b) Personaler Schutzbereich

Das Interesse daran, sich um ein Kind zu kümmern, es zu umsorgen und aufzuziehen, besteht wie erläutert unabhängig von der Möglichkeit, sein eigenes Erbe weiterzugeben. Damit steht ein Recht auf Zugang zur Elternschaft als Variante des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts nicht nur Personen mit einer genetischen und biologischen Verbindung zum Kind zu, sondern auch solchen, die ohne Verwandtschaftsgrad bereit sind, dauerhaft

999 Urt. v. 26.2.2020 – 2 BvR 2347/15, Rn. 210, BVerfGE 153, 182 (262), NJW 2020, S. 905-922 (907).

1000 Urt. v. 26.2.2020 – 2 BvR 2347/15, Rn. 210, BVerfGE 153, 182 (263), NJW 2020, S. 905-922 (907).

1001 Urt. v. 9.10.2002 – 1 BvR 1611/96, BVerfGE 106, 28 (39), NJW 2002, S. 3619-3624 (3621); vgl. bereits: Urt. v.15.12.1999 – 1 BvR 653/96, BVerfGE 101, 361 (380), NJW 2000, S. 1021-1026 (1021).

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

die soziale Verantwortung und emotionale Fürsorge für ein Kind *in spe* zu übernehmen.

2) Das Zugangsrecht als Teil des Elterngrundrechts, Art. 6 II S. 1 GG

Ein Recht auf Zugang zu Elternschaft könnte sich ferner aus dem Elterngrundrecht des Art. 6 II S. 1 GG ergeben. Dabei handelt es sich um eine „Spezialregelung für die Eltern-Kind-Beziehung, die dem Familiengrundrecht des Art. 6 I GG in ihrem Anwendungsbereich vorgeht“[1002].

a) Sachlicher Schutzbereich

Nach Art. 6 II S. 1 GG sind Pflege und Erziehung der Kinder das natürliche Recht der Eltern und die zuvörderst ihnen obliegende Pflicht. Pflege meint die Sorge um das körperliche Wohl wie „Ernährung, Gesundheit, Vermögen u.ä.“; Erziehung die Sorge um das geistige und seelische Wohl, etwa über die „Vermittlung von Wissen“, Werten und einer gewissen „Weltanschauung“[1003]. Dabei verweist der Begriff „natürliches Recht“ nicht etwa auf vorstaatliches Naturrecht, sondern verdeutlicht, „dass das Recht prinzipiell an den biologischen Tatbestand der Elternschaft anknüpft“[1004], weil laut BVerfG „diejenigen, die einem Kind das Leben geben, von Natur aus bereit und berufen sind, die Verantwortung für seine Pflege und Erziehung zu übernehmen“[1005]. Außerdem kommt damit zum Ausdruck, dass das Elterngrundrecht „nicht vom Staat verliehen, sondern als vorgegebenes von ihm anerkannt ist“[1006]. Schon nach Art 120 WRV war die Erziehung des Nachwuchses das natürliche Recht der Eltern. Hintergrund war schon damals zwar der Gedanke, „dass das ‚Elternrecht nicht vom Staate verliehen sei‘, nicht hingegen, ‚dass es der Gesetzgebungshoheit des Staates entrückt

1002 *Kaufhold*, Verfassungsrechtliche Vorgaben für die einfach-rechtliche Regelung der Mutterstellung, in: Röthel/Heiderhoff, Regelungsaufgabe der Mutterstellung, 2016, S. 87-116 (93); *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, GG, 16. Aufl. 2020, Art. 6, Rn. 41; *Brosius-Gersdorf*, in: Dreier, GG, 3. Aufl. 2013, Art. 6, Rn. 145.

1003 *von Coelln*, in: Sachs, GG, 9. Aufl. 2021, Art. 6, Rn. 60.

1004 *von Coelln*, in: Sachs, GG, 9. Aufl. 2021, Art. 6, Rn. 52.

1005 Urt. v. 29.7.1968 – 1 BvL 20/63, 31/66, 5/67, BVerfGE 24, 119 (150), NJW 1968, S. 2233-2238 (2237).

1006 Urt. v. 9.4.2003 – 1 BvR 1493/96, 1724/01, BVerfGE 108, 82 (100), NJW 2003, S. 2151-2158 (2152).

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

sei'"[1007]. Deshalb war und ist Art. 6 II S. 1 GG „autonomes positives Verfassungsrecht"[1008]. Der Begriff „natürlich" darf insofern mit *Sanders* nicht missverständlich dazu verleiten, „aus einem (angeblich) natürlichen Verständnis von Elternschaft ideologisch geprägte normative Folgerungen für das Elterngrundrecht abzuleiten"[1009].

Als Institutsgarantie schützt das Elterngrundrecht „die wesentlichen Elemente des Sorgerechts, ohne die Elternverantwortung nicht ausgeübt werden kann"[1010] vor „Veränderungen durch den zur Ausgestaltung berufenen Gesetzgeber"[1011]. Einer einfach-gesetzlichen Ausgestaltung bedarf es, da „die Pflege der Erziehung eines Kindes [...] rechtliche Befugnisse im Verhältnis zum Kind voraus[setzt], vor allem aber auch gegenüber Dritten"[1012]. Der Staat ist deshalb verpflichtet, das Elterngrundrecht durch „Unterhalts-, Sorge-, Umgangs- und Erbrechte zu gestalten"[1013].

In abwehrrechtlicher Dimension schützt Art. 6 II S. 1 GG „die freie Entscheidung der Eltern darüber, wie sie [ihrer] [...] Elternverantwortung gerecht werden wollen [...] gegen staatliche Eingriffe [...] soweit solche Eingriffe nicht durch das Wächteramt [...] im Sinne des Art. 6 II S. 2 GG gedeckt sind"[1014].

Dabei kommt den Eltern im Rahmen ihres Erziehungsrechts mit Blick auf die Konkretisierung des Kindeswohls und seinem normativen Sinnge-

1007 *Sanders*, Mehrelternschaft, 2018, S. 107, 129 ff. m. Verw. a. *Anschütz*, Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919, 1933, Art. 120 und *Holstein*, Die beamtenrechtlichen Normen der Reichsverfassung und die Stellung der Geistlichen und Kirchenbeamten, AöR 1927, S. 189-208 (187 ff.); für einen Überblick zum Ursprung des Schutzes von Ehe, Familie und Elternschaft in der WRV und zur Diskussion um die Aufnahme des Art. 6 GG vgl. *Sanders*, op. cit. S. 104-114.

1008 *Heiderhoff*, in: von Münch/Kunig, GG, 7. Aufl. 2021, Art. 6, Rn. 108.

1009 *Sanders*, Mehrelternschaft, 2018, S. 130.

1010 Urt. v. 7.5.1991 – 1 BvL 32/88, BVerfGE 84, 168 (180), NJW 1991, S. 1944-1946 (1944).

1011 *von Coelln*, in: Sachs, GG, 9. Aufl. 2021, Art. 6, Rn. 57.

1012 Urt. v. 7.5.1991 – 1 BvL 32/88, BVerfGE 84, 168 (180), NJW 1991, S. 1944-1946 (1944).

1013 *Sanders*, Mehrelternschaft, 2018, S. 115; Urt. v. 1.4.2008 – 1 BvR 1620/04, BVerfGE 121, 69 (94), NJW 2008, S. 1287-1992 (1289).

1014 Urt. v. 15.6.1971 – 1 BvR 496/69, BVerfGE 31, 194 (204-205), NJW 1971, S. 1447-1449 (1447).

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

halt[1015] eine weite Einschätzungsprärogative zu[1016]. „Der Staat wird […] darauf beschränkt, die Kindeswohl-Bestimmung durch die Eltern einer Unvertretbarkeitskontrolle zu unterziehen". In seinem Wächteramt ist der Staat also darauf begrenzt, das Minimum dessen zu fixieren, was unter keinen Umständen mehr als dem Wohl des Kindes förderlich und damit als gefährdend oder schädigend zu qualifizieren ist. Die Messlatte orientiert sich somit an einem negativen Maßstab[1017]. Eine Grenze ist erst erreicht bei einem offensichtlichen Missbrauch der Personensorge. Die entscheidende Frage ist daher nicht, ob das, was die Eltern für ihr Kind (in spe) entscheiden, objektiv richtig, sondern gerade noch hinnehmbar ist. Dadurch wird bewusst einer breiten Diversität Raum verschafft. Der Staat darf Eltern, die von Verfassung nicht materiell streng an ein objektiv zu bestimmendes bestes Interesse des Kindes gebunden sind, ein solches nicht vorgeben[1018]. Den Vertrauensvorschuss, den das Grundgesetz den Eltern damit einräumt, begründet das BVerfG damit, dass „in aller Regel Eltern das Wohl des Kindes mehr am Herzen liegt als irgendeiner anderen Person oder Institution. Das Elternrecht ist Freiheitsrecht im Verhältnis zum Staat […]"[1019].

1015 Zum Minimal- und Maximalstandard des Kindeswohls vgl. *Deutscher Ethikrat*, Embryospende, Embryoadoption und elterliche Verantwortung, 2016, S.85f.; zur Funktion des Kindeswohls als Entscheidungsleitmaß und Eingriffslegitimation vgl. *Coester*, Das Kindeswohl als Rechtsbegriff, 1983, S. 135 ff.; zur Auslegungs- und Ausfüllungsbedürftigkeit des Kindeswohls als unbestimmtem Rechtsbegriff vgl. *Wapler*, Kinderrechte und Kindeswohl, 2015.

1016 Zurecht aber *Wapler*, Kinderrechte und Kindeswohl, 2015, wonach das Kind mit zunehmenden Alter in wachsende Selbstbestimmung entlassen wird; also einen Anspruch hat, an den Entscheidung über seine persönlichen Belange in jedem Lebensalter angemessen einbezogen zu werden.

1017 *Jestaedt/Reimer*, in: BK-GG, 195. El. 2018, Art. 6 II, Rn. 63, 64.

1018 *Fateh-Moghadam*, Die Beschneidung von Knaben zwischen Strafrecht, Religionsfreiheit und elterlichem Sorgerecht, RW 2010 (2), S. 115-142; *Huster*, Die ethische Neutralität des Staates, 2002, S. 250 ff.; *Huster*, Die ethische Neutralität des Staates, Einleitung zur 2., unveränderten Neuauflage, 2017 m.w.N. zur „Knabenbeschneidung als paradigmatischer Fall", S. XLVII f.; dem „Interpretationsprimat der Eltern über das Kindeswohl" zustimmend *Sanders*, Mehrelternschaft, 2018, S. 127: „Weiterhin bedeutet es nicht, dass alle Erziehungsmaßnahmen der Eltern nach staatlichem Verständnis objektiv dem Kindeswohl dienen müssen. Das Grundgesetz weist vielmehr in den Grenzen der Gefährdung des Kindes die Entscheidung, was dem Wohl des Kindes dient, den Eltern zu." (S. 134 ff.) und „Die pluralistische Erziehung der Kinder in vielfältigen Elternhäusern wird so zur Grundlage der Gesellschaft des Grundgesetzes." (S. 139 f.).

1019 Urt. v. 3.11.1982 – 1 BvL 25/80, 38/80, 40/80, 12/81, BVerfGE 61, 358 (371 f.), NJW 1983, S. 101-103 (101).

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Auch hier greift also der Gedanke zur Herstellung von Ressourcengleichheit statt Wohlergehens-Gleichheit (vgl. B, IV, 1, a. bb). Art. 6 II S. 1 GG schützt gerade nicht nur Eltern, die aus Sicht des Kollektivs ihrem Kind ein objektives Höchstmaß an Förderung zukommen lassen und ihm ein staatliches Ideal an Wertvorstellungen und Erziehungsmaximen vermitteln, sondern verpflichtet vielmehr den Staat durch öffentliche Hilfen dafür Sorge zu tragen, dass defizitäre Ausgangsbedingungen ausgeglichen werden[1020]. *Fateh-Moghadam* hat die Auswirkungen dieser verfassungsrechtlichen Grundentscheidung zugunsten staatlicher Subsidiarität am Beispiel der Regelung zur Knabenbeschneidung dargestellt. Dabei hat er ein normatives Prüfungsschema für die Unvertretbarkeitskontrolle entwickelt, über das sich Legitimitätsfragen der elterlichen Einwilligung in ärztliche Eingriffe bei Minderjährigen „vom Ohrlochstechen über Schönheitsoperationen bis zur […] Genitalverstümmelung bei Mädchen" lösen lassen. Danach sind für die Bewertung, wo die elterliche Entscheidungshoheit bei der Bemessung des Kindeswohls aufhört und die staatliche Schutzpflicht gegenüber dem Kind im Verhältnis zu seinen Eltern beginnt, auf einer ersten Stufe „die Schwere des Eingriffs, seine gesundheitlichen Folgen und die mit ihm verbundenen Risiken (bzw. in Fällen der Einwilligungsverweigerung) die Schwere der Folgen und Risiken seiner Unterlassung" zu betrachten. Dem sind auf zweiter Stufe „die mit dem Eingriff verbundenen kurativ- und präventivmedizinischen Vorteile sowie sonstige Vorteile und Chancen" entgegenzuhalten, wobei die Abwägungsentscheidung nicht dem Staat, sondern den Eltern zufällt, die wie gesagt, lediglich unter einem Unvertretbarkeitsvorbehalt operieren. Auf einer dritten Stufe ist schließlich zu ermitteln, ob die Eingriffsmodalitäten spezifisch kindeswohlverletzenden Charakter aufweisen, wobei erst „körperliche Bestrafungen, seelische Verletzungen, Demütigungen, Diskriminierung und andere entwürdigende Maßnahmen" die „absolute Einwilligungssperre bilden", also dem Entscheidungsvorrang der Eltern entzogen sind. Dies sei bei der Knabenbeschneidung (§ 1631 d BGB) im Gegensatz zur weiblichen Genitalmutilation (§ 226a StGB) nicht der Fall[1021].

1020 *Sanders*, Mehrelternschaft, 2018, S. 141; *Wapler*, Kinderrechte und Kindeswohl, 2015, S. 133 ff.;
Urt. v. 17.2.1982 – 1 BvR 188/80, BVerfGE 60, 79 (94), NJW 1982, S. 1379-1381 (1381);
Urt. v. 18.6.1986 – 1 BvR 857/85, BVerfGE 72, 122 (139f.), NJW 1986, S. 3129-3131 (3131).

1021 *Sanders*, Mehrelternschaft, 2018, S. 133 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Im Ergebnis also kann das Kindeswohl Art. 6 II S. 1 GG lediglich als Pessimum konkretisieren. Das Recht zur Bestimmung des Optimums obliegt allein den Eltern. Daraus folgt, dass der Gesetzgeber nicht von vornherein bestimmtes Elternverhalten aus dem Schutzbereich herausnehmen darf. Auch rechtfertigen Kindeswohlerwägungen keine Präklusion bestimmter verfassungsrechtlicher Eltern von einer Ausübung ihres Elternrechts bereits auf Verfassungsebene (vgl. C, IV, 3, a, bb). Vor allem aber darf der Gesetzgeber niemanden unter Verweis auf das Kindeswohl davon abhalten, Eltern zu werden, indem er den Zugang zur Reproduktionsmedizin verweigert[1022] (zur ansonsten drohenden Gefahr einer sozial-eugenischen Auslese vgl. B, IV, 1, b, bb (1); und folgend zu den sozial-empirisch mittlerweile widerlegten Vorbehalten gegen eine gespaltene Mutterschaft sowie zu der grundsätzlichen Frage, ob ein Kind durch seine mithilfe der assistierten Fortpflanzungsmedizin herbeigeführte Existenz überhaupt geschädigt werden kann, wenn es alternativ überhaupt nicht existieren würde vgl. C, VI, 2) oder gleichheitswidrig beschränkt (vgl. C, III; IV, 2). Auch „Theorien, die Gründe für die Zuschreibung der Mutter- bzw. Elternstellung prüfen, müssen zunächst schon aus analytischen Gründen an den berechtigten Interessen (möglicher) Eltern an dieser Stellung und nicht an den Rechten der (möglichen) Kinder ansetzen", weil der Gesetzgeber ansonsten Kinder theoretisch nach der Geburt ihren Eltern wegnehmen und den Personen

1022 Kritisch gegenüber Kindeswohlargumenten und für ein Abstellen auf die Patientenautonomie im Bereich der Fortpflanzungsmedizin m.w.N. *Büchler/Clausen*, Fortpflanzungsmedizin und Kindeswohl! Kindeswohl und Fortpflanzungsmedizin? FamPra.ch 2014, S. 231-273 (266 ff.); kritisch auch: *Gassner et al.*, AME-FMedG 2013, S. 35, wonach das „Grundrecht auf Fortpflanzung ein ‚menschenwürdenahes' Grundrecht" ist, zu dessen Einschränkung es „Rechtsgüter bedarf, die selbst Verfassungsrang genießen und einen Menschenwürdebezug haben". Dazu gehöre zwar auch „das Wohl des später geborenen Kindes". Allerdings genüge „die pauschale Berufung auf ein Rechtsgut, etwa das Kindewohl, nicht". Besondere Bedeutung komme im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung vielmehr dem „Zweckmäßigkeitserfordernis" zu. Der Gesetzgeber habe stets zu hinterfragen, und dahinter bleibe er zurzeit zurück, ob „durch eine bestimmte fortpflanzungstechnische Maßnahme das Kindeswohl überhaupt beeinträchtigt" ist. Schließlich dürfe im Wege der „praktischen Konkordanz" auch „keines der beteiligten Interessen und Rechtsgüter vollständig verdrängt werden"; einschränkend: *Seelmann*, Gutachten für das BAG: Zugang zur Fortpflanzungsmedizin für alle?, https://www.bag.admin.ch/bag/de/home/medizin-und-forschung/fortpflanzungsmedizin/stellungnahmen-gutachten.html (21.3.2022), S. 17: „Der Gesetzgeber hat eine gewisse Freiheit bei der Festlegung einer Gefahr für das Kindeswohl, muss diese Gefahr aber gegenüber der Fortpflanzungsfreiheit als Ausgangspunkt und Normalfall begründen."

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

zuordnen müsste, die objektiv am besten für sie sorgen[1023]. Jedenfalls ist der Gesetzgeber, soweit er zum Ausgleich der kollidierenden Ausübungs- und Verzichtsinteressen an einer Persönlichkeitsentwicklung durch Elternschaft an ein bestes Interesse des Kindes anknüpft, hierbei nicht vollkommen frei: Statt an überkommenen Natürlichkeitsvorstellungen muss er seine Entscheidung nämlich am aktuellen Stand der sozialempirischen Forschung messen lassen (zum Bedeutungsverlust der leiblichen Elternverbindung für das Kindeswohl im reproduktionsmedizinischen Kontext und zum Bedeutungsverlust des Zwei-Eltern-Prinzips für das Kindeswohl vgl. C, IV, 3, a). Denn „die Kollisionsproblematik", die mitunter zwischen der Fortpflanzungsfreiheit und dem Kindeswohl gesehen wird, eröffnet sich mit *Seelmann* „dann von vornherein nicht, wenn man in einem Fall zum Ergebnis gelangt, das Kindeswohl sei in der fraglichen familiären Situation gewährleistet – dann nämlich weisen Fortpflanzungsfreiheit und Kindeswohl in dieselbe Richtung"[1024]. Schließlich darf der Gesetzgeber seine Elternzuordnung nicht an ein vor dem Selbstverständnis seiner Rechtssubjekte längst überholtes Leitbild der bürgerlichen Kleinfamilie knüpfen, sondern hat vielmehr die Kernaufgaben von Familie und Elternschaft aus soziologischer Perspektive in den Blick zu nehmen[1025] (zum Bedeutungsgewinn konsensueller Begründungsformate von Elternschaft für das Kindeswohl vgl. C, IV, 3, b).[1026]

Strukturell unterscheidet sich das Elterngrundrecht von anderen Grundrechten dadurch, dass es eine untrennbare Kombination aus Rechten und

1023 *Gutmann*, Mutterschaft zwischen Natur und Selbstbestimmung, in: Röthel/Heiderhoff, Regelungsaufgabe Mutterstellung, 2016, S. 63-85 (76).

1024 *Seelmann*, Gutachten für das BAG: Zugang zur Fortpflanzungsmedizin für alle?, https://www.bag.admin.ch/bag/de/home/medizin-und-forschung/fortpflanzungsmedizin/stellungnahmen-gutachten.html (21.3.2022), 2018, S. 16.

1025 Bestätigend *Seelmann*, ebd. S. 5.

1026 Anders: *Hillgruber*, Gibt es ein Recht auf ein Kind?, JZ 2020 (1), S. 12-20, der davon ausgeht, dass das „Kindeswohl […] ausweislich Art. 6 Abs. 2 GG – auch vorwirkend – einen verfassungsrechtlich tragfähigen Grund einer Beschränkung der Familiengründungsfreiheit [bildet]". Deshalb sieht *Hillgruber* zum Beispiel das Verbot der Leihmutterschaft und Eizellspende sowie konsensueller Ansätze zur Begründung von Elternschaft durch die negativen Auswirkungen einer gespaltenen Mutterschaft auf das Kindeswohl und durch Zuordnungsprobleme und eine Verantwortungsdiffusion gerechtfertigt.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

Pflichten konstituiert, einen dienenden Charakter hat und eine „Doppelte Normprägung" aufweist[1027].

Zur Pflichtenbindung führt das BVerfG aus: „In Art. 6 II S. 1 GG sind Recht und Pflicht [...] unlöslich miteinander verbunden; die Pflicht ist nicht eine das Recht begrenzende Schranke, sondern ein wesensbestimmender Bestandteil dieses ‚Elternrechts', das insoweit treffender als ‚Elternverantwortung' bezeichnet werden kann."[1028] Denn zwar haben „Eltern [...] das Recht, die Pflege und Erziehung ihrer Kinder nach ihren eigenen Vorstellungen frei zu gestalten [...]. Dieser Grundrechteschutz darf aber nur für ein Handeln in Anspruch genommen werden, das bei weitester Anerkennung der Selbstverantwortlichkeit der Eltern noch als Pflege und Erziehung gewertet werden kann". Es „schützt nicht diejenigen Eltern, die sich dieser Verantwortung entziehen".[1029] Damit korrespondiert laut BVerfG ein „Recht des Kindes auf staatlich Gewährleistung elterlicher Pflege und Erziehung"[1030]. Genauer trifft den Staat eine „Kontroll- und Sicherungsverantwortung dafür, dass sich ein Kind in der Obhut seiner Eltern tatsäch-

1027 *Kaufhold*, Verfassungsrechtliche Vorgaben für die einfach-rechtliche Regelung der Mutterstellung, in: Röthel/Heiderhoff, Regelungsaufgabe der Mutterstellung, 2016, S. 87-116 (94-95); vgl. Urt. v. 7.3.1995 – 1 BvR 790/91, 540/92, 866/92, BVerfGE 92, 158 (178), NJW 1995, S. 2155-2159 (2156).

1028 Urt. v. 29.7.1968 – 1 BvL 20/63, 31/66, 5/67, BVerfGE 24, 119 (143), NJW 1968, S. 2233-2238 (2235);
Urt. v. 16.10.1979 – 1 BvR 647/70, 7/74, BVerfGE 52, 223 (235), NJW 1980, S. 575-579 (575);
Urt. v. 3.11.1982 – 1 BvL 25/80, 38/80, 40/80,12/81, BVerfGE 61, 358 (372), NJW 1983, S. 101-103 (101); Urt. v. 13.5.1986 – 1 BvR 1542/84, BVerfGE 72, 155 (172), NJW 1986, S. 1859-1861 (1860);
Urt. v. 9.4.2003 – 1 BvR 1493/96, 1724/01, BVerfGE 108, 82 (102), NJW 2003, S. 2151-2158 (2153).

1029 Urt. v. 29.7.1968 – 1 BvL 20/63, 31/66, 5/67, BVerfGE 24, 119 (144), NJW 1968, S. 2233-2238 (2235); zur Charakterisierung der Pflichtenbindung als negatives Tatbestandsmerkmal, das die vom sachlichen Schutzbereich umfassten Handlungen einschränkt: *Wapler*, Kinderrechte und Kindeswohl, 2015, S. 112 ff.; *Brosius-Gersdorf*, in: Dreier, GG, 3. Aufl. 2013, Art. 6, Rn. 161; zur Charakterisierung der Pflichtenbindung als Grundpflicht: *von Coelln*, in: Sachs, GG, 9. Aufl. 2021, Art. 6, Rn. 53; *Robbers*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, 7. Aufl. 2018, Art. 6, Rn. 209; *Uhle*, in: Epping/Hillgruber, Beck-OK GG, 49. Ed. Stand: 15.11.2021, Art. 6, Rn. 48; Nach *Badura*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, 95. EL 2021, Art. 6, Rn. 95 handelt es sich um eine „Grundpflicht der Eltern [...] [in Form] eine[r] immanente[n], auf das Wohl des Kindes bezogene[n] Grenze des Elternrechts und überdies ein[e] durch das Gesetz auszugestaltende Schutzpflicht des Staates".

1030 Urt. v. 19.2.2013 – 1 BvL 1/11, 3247/09, BVerfGE 133, 59 (39), NJW 2013, S. 847-855 (847).

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

lich zu einer eigenverantwortlichen Persönlichkeit entwickeln kann".[1031] Neben seiner Wächterfunktion bleibe der Staat daher in der Verantwortung, „spezifisch elterliche Hinwendung zu den Kindern (vgl. BVerfGE 101, 361 [385f.]) dem Grunde nach zu ermöglichen und zu sichern (vgl. BVerfGE 57, 361 [382f.]; 121, 69 [95]". Das inkludiere seine Pflicht, „rechtliche Vorkehrungen dafür zu treffen, dass in Fällen, in denen die leiblichen Eltern nicht bereit oder nicht in der Lage sind, die elterlichen Funktionen wahrzunehmen, elterliche Verantwortung von anderen Personen übernommen werden kann (vgl. BVerfGE 24, 119 [148f.])". Zusammengefasst: „Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG begründet […] ein auf die tatsächliche Pflichtenwahrnehmung durch Eltern gerichtetes subjektives Gewährleistungsrecht des Kindes gegenüber dem Staat."[1032]

Das Elterngrundrecht ist nicht primär „im Interesse seiner Grundrechtsträger – also der Eltern – gewährleistet, sondern zugunsten ihrer Kinder"[1033]. Das BVerfG bezeichnet es deshalb als „fiduziarisches Recht, ein dienendes Grundrecht, eine im echten Sinne anvertraute treuhänderische Freiheit"[1034]. Ob sein fremdnütziger Charakter dazu führt, dass Art. 6 II S. 1 GG ausschließlich im Interesse der Persönlichkeitsentwicklung des Kindes gewährleistet ist, während der Persönlichkeitsentfaltung der Eltern zu eigenen Zwecken allein das Allgemeine Persönlichkeitsrecht Rechnung trägt[1035], wird unterschiedlich beurteilt. Da jedoch die Eltern-Kind-Beziehung keine

1031 Urt. v. 19.2.2013 – 1 BvL 1/11, 3247/09, BVerfGE 133, 59 (74), NJW 2013, S. 847-855 (848).

1032 Urt. v. 19.2.2013 – 1 BvL 1/11, 3247/09, BVerfGE 133, 59 (75), NJW 2013, S. 847-855 (848).

1033 *Kaufhold*, Verfassungsrechtliche Vorgaben für die einfach-rechtliche Regelung der Mutterstellung, in: Röthel/Heiderhoff, Regelungsaufgabe der Mutterstellung, 2016, S. 87-116 (95); *Seiler*, Grundzüge eines öffentlichen Familienrechts, S. 48; *Lembke*, Insbesondere zur Bedeutung des Grundgesetzes für das Abstammungsrecht, in: Röthel/Heiderhoff, Regelungsaufgabe Vaterstellung, 2014, S. 37-71 (38).

1034 Urt. v. 3.11.1982 – 1 BvL 25/80, 38/80, 40/80, 12/81, BVerfGE 61, 358 (372), NJW 1983, S. 101-103 (101); Urt. v. 29.10.1998 – 2 BvR 1206/98, BVerfGE 99, 145 (156), NJW 1999, S. 631-634 (632); Urt. v. 16.1.2003 – 2 BvR 716/01, BVerfGE 107, 104 (121), NJW 2003, S. 2004-2009 (2006);

1035 Für ein ausschließlich im Interesse des Kindes gewährtes Recht: Urt. v. 9.2.1982 – 1 BvR 845/79, BVerfGE 59, 360 (376 f.), NJW 1982, S.1375-1379 (1376): „Das Elternrecht unterscheidet sich von anderen Freiheitsrechten [...] wesentlich dadurch, daß es keine Freiheit im Sinne einer Selbstbestimmung der Eltern, sondern zum Schutzes des Kindes gewährt"; *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, GG, 16. Aufl. 2020, Art 6, Rn. 45; *Seiler,* Grundzüge eines öffentlichen Familienrechts, 2008, S. 48; *Badura*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, 95. El. 2021, Art. 6, Rn. 109; *Brosius-Gersdorf*, in: Dreier, GG, 3. Aufl. 2013, Art. 6, Rn. 142.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Einbahnstraße ist, sondern eine wechselseitige, für beide Teile gleichermaßen identitätsprägende Erfahrung, ist es nur konsequent, dass Art. 6 II S. 1 GG auch das Interesse der Eltern an einer Persönlichkeitsentwicklung durch die Beziehung zu ihrem Kind erfasst[1036]. Dafür spricht zum einen, dass den Persönlichkeitsrechten der Kinder demnächst durch ein eigenes Grundrecht Ausdruck verliehen wird[1037]. Und zum anderen, dass „obwohl das Kindeswohl in der Beziehung zum Kind die oberste Richtschnur der elterlichen Pflege und Erziehung" ist, der Staat weder die Pflicht noch

1036 Richtiggehend für ein auch im Interesse der Eltern gewährtes Recht: *Sanders*, Mehrelternschaft, 2018, S.127 f., 134: „Ihre Kinder auf die Welt kommen, aufwachsen zu sehen und an ihrer Entwicklung teilzuhaben, bedeutet für viele Eltern Lebenssinn und die Erfüllung ihres Bedürfnisses nach Liebe und menschlicher Nähe über Generationen hinweg. Das Leben mit Kindern ist damit zwar Dienst an der Persönlichkeitsentfaltung der Kinder, aber gleichzeitig auch elementare Persönlichkeitsentfaltung der Eltern"; *Robbers*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, 7. Aufl. 2018, Art. 6, Rn. 188 f.: „Art. 6 II [gewährleistet] [...] auch ein genuines eigenes Elterngrundrecht. Kinder zu pflegen und zu erziehen ist integraler und wesentlicher Teil der Entfaltung des Menschen"; *Heiderhoff*, in: von Münch/Kunig, GG, 7. Aufl. 2021, Art. 6, Rn. 103: „Bei Art. 6 Abs. 2 S. 1 handelt es sich nicht ausschließlich um ein treuhänderisches Recht, denn es steht den Eltern als Abwehrrecht gegen den Staat auch um ihrer selbst willen zu."; *Kaufhold,* Verfassungsrechtliche Vorgaben für die einfach-rechtliche Regelung der Mutterstellung, in: Röthel/Heiderhoff, Regelungsaufgabe der Mutterstellung, 2016, S. 87-116 (94); *Uhle*, in: Epping/Hillgruber, BeckOK GG, 49. Ed. Stand: 15.11.2021, Art. 6, Rn. 48; *Roth*, Die Grundrechte Minderjähriger, 2003, S. 119: „Tatsächlich nämlich ist die Geburt eines Kindes für die meisten Eltern ein Geschenk, und sein Kind heranwachsen zu sehen, es zu pflegen und zu erziehen, ist für viele Menschen wahre *Lebenserfüllung*. Diese Lebenserfüllung ohne staatliche Ingerenz und beeinträchtigende Übergriffe erfahren zu dürfen und das natürliche ‚Liebesbedürfnis' zwischen Eltern und Kind befriedigen zu können, ist eigenständiges Schutzgut des Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG. Deshalb steht ihnen dieses Recht auch um ihrer selbst willen zu."; *Wapler*, Kinderrechte und Kindeswohl, 2015, S. 112 ff, 119: „Elternschaft, Erziehung und allgemein ein Leben mit Kindern sind elementare Ausdrucksformen der Persönlichkeitsentfaltung. Daher ist es gerechtfertigt, sie jedenfalls auch im Interesse der Eltern gegen Eingriffe des Staates zu schützen."

1037 *BMFSFJ*, Kinderrechte ins Grundgesetz, 22.1.2021, https://www.bmfsfj.de/bmfsfj/themen/kinder-und-jugend/kinderrechte/kinderrechte-ins-grundgesetz-115436 (10.2.2021): Danach soll Art. 6 II GG folgenden Zusatz erhalten: „Die verfassungsmäßigen Rechte der Kinder einschließlich ihres Rechts auf Entwicklung zu einer eigenverantwortlichen Persönlichkeit sind zu achten und zu schützen. Das Wohl des Kindes ist angemessen zu berücksichtigen. Der verfassungsrechtliche Anspruch von Kindern auf rechtliches Gehör ist zu wahren. Die Erstverantwortung der Eltern bleibt unberührt."

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

das Recht hat, „gegen den Willen der Eltern für eine den Fähigkeiten des Kindes bestmögliche Förderung zu sorgen“[1038].

Schließlich zeichnet sich Art. 6 II S. 1 GG durch eine „eigengeartete Verbindung von natürlichen und normgeprägten Schutzbereichen“ aus. Geschützt sind „die natürlichen oder normativ konstituierten Handlungen von natürlichen oder normativ konstituierten Grundrechtsträgern“[1039] (dazu ausführlich im Abschnitt zum personalen Schutzbereich). Dabei ist das Elterngrundrecht auch „wertentscheidende Grundsatznorm“[1040]. Das bedeutet, dass jede „rechtliche Konzeption der Elternschaft [...] die Prinzipien respektieren [muss], die in Art. 6 GG niedergelegt sind“[1041]. Da der einfache Gesetzgeber den Schutzbereich also mitgestaltet[1042], er insbesondere durch eine statusrechtliche Zuweisung im BGB eine Person als rechtlichen Elternteil und zugleich als verfassungsrechtlichen Elternteil im Sinne des Art. 6 II GG ausweisen kann, ist stets zu konkretisieren, „ob eine einfach-gesetzliche Regelung den Anforderungen für Grundrechtseingriffe oder für Grundrechtsausgestaltungen genügen muss“[1043]. Als Grundrecht, das auch im Interesse der Eltern gewährt wird, lässt Art. 6 II S. 1 GG Raum für ein Recht auf Zugang zur Elternschaft.

b) Personaler Schutzbereich

Die Grundrechtsträger dieses Rechts auf Zugang zur Persönlichkeitsentwicklung durch Elternschaft als Ausdruck von Art. 6 II S. 1 GG sind die verfassungsrechtlichen Eltern. Dabei ist zu unterscheiden zwischen

1038 Urt. v. 17.2.1982 – 1 BvR 188/80, BVerfGE 60, 79 (94), NJW 1982, S. 1379-1381 (1381).

1039 *Kaufhold*, Verfassungsrechtliche Vorgaben für die einfach-rechtliche Regelung der Mutterstellung, in: Röthel/Heiderhoff, Regelungsaufgabe der Mutterstellung, 2016, S. 87-116 (95); *Sanders*, Mehrelternschaft, 2018, S. 103; für eine Auseinandersetzung mit der Lehre von den rechtlich konstituierten Freiheiten vgl. *Cornils*, Die Ausgestaltung der Grundrechte, 2005, S. 497, 518 ff.; zur Wechselwirkung von Verfassung und Privatrecht vgl. *Ruffert*, Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts, 2002, S. 37-45.

1040 *Uhle*, in: Epping/Hillgruber, Beck-OK GG, 49. Ed. 2021, Art. 6, Rn. 50;

1041 *Sanders*, Mehrelternschaft, 2018, S. 104.

1042 *Sodan/Ziekow*, Grundkurs Öffentliches Recht, 2016, § 34, Rn. 2.

1043 *Kaufhold*, Verfassungsrechtliche Vorgaben für die einfach-rechtliche Regelung der Mutterstellung, in: Röthel/Heiderhoff, Regelungsaufgabe der Mutterstellung, 2016, S. 87-116 (95); *Jarass*, Funktionen und Dimensionen der Grundrechte, in: Merten/Papier, HdB Grundrechte, Bd. II, 2006, § 38, Rn. 59.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

der verfassungsrechtlichen Elternstellung qua natura und der verfassungsrechtlichen Elternstellung qua einfach-rechtlicher Zuweisung. Denn verfassungsrechtliche Eltern sind „einerseits die Eltern eines Kindes, die das einfache Recht durch das Abstammungs- oder Adoptionsrecht bestimmt, andererseits aber ‚leibliche' Eltern, die unmittelbar ohne rechtliche Anerkennung Eltern im Sinne von Art. 6 Abs. 2 GG sind"[1044]. Danach ist eine Mehrelternschaft aus verfassungsrechtlicher Perspektive zwar grundsätzlich möglich, denn das BVerfG sieht bei einem Nebeneinander von leiblichen und rechtlichen Eltern keine Höchstzahl für verfassungsrechtliche Eltern vor[1045]. Allerdings geht es davon aus, dass das einfache Recht nur zwei Personen die tatsächliche Elternverantwortung übertragen darf[1046]. Denn, so fasst *Kaufhold* die Position des BVerfG[1047] zusammen, Art. 6 II S. 1 GG schützt zwar „alle rechtlichen und leiblichen Eltern unabhängig davon, wie viele verfassungsrechtliche Eltern eines Kindes es insgesamt gibt". Doch „die Trägerschaft des aus Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG folgenden, einfach-gesetzlich zu regelnden Elternrechts ist [...] auf eine Mutter und einen Vater, jedenfalls auf zwei Elternteile für ein Kind begrenzt"[1048]. Einige deuten die Haltung des BVerfG als Trennung zwischen personalem und sachlichem

1044 *Sanders*, Mehrelternschaft, 2018, S. 116.

1045 BVerfGE 108, 82 (99-100); 133, 59 (81); *Kaufhold*, Verfassungsrechtliche Vorgaben für die einfach-rechtliche Regelung der Mutterstellung, in: *Röthel/Heiderhoff*, Regelungsaufgabe Mutterstellung, 2016, S. 87-116 (104).

1046 Vgl. Urt. v. 9.4.2003 – 1 BvR 1493//96, 1724/01, BVerfGE 108, 82 (101), NJW 2003, S. 2151-2158 (2152): „Träger des Elternrechts nach Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG können für ein Kind nur eine Mutter und ein Vater sein. [...] Dabei lässt schon der Umstand, dass ein Kind nur von einem Elternpaar abstammen kann, darauf schließen, dass der Verfassungsgeber auch nur einem Elternpaar das Elternrecht für ein Kind hat zuweisen wollen."; vgl. aber Urt. v. 19.2.2013 – 1 BvL 1/11, 3247/09, BVerfGE 133, 59 (78), NJW 2013, S.847-855 (849), wonach Träger des Elternrechts auch zwei Personen des gleichen Geschlechts sein können.

1047 Vgl. Urt. v. 9.4.2003 – 1 BvR 1493/96, 1724/01, BVerfGE 108, 82 (99-100), NJW 2003, S. 2151-2158 (2152): „Auch der leibliche, aber nicht rechtliche Vater eines Kindes steht unter dem Schutz von Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG. Leiblicher Vater zu sein, macht diesen allerdings noch nicht zum Träger des Elternrechts aus Art. 6 Abs. 2 Satz 1. Die Grundrechtsnorm schützt den leiblichen Vater aber in seinem Interesse, die Rechtsstellung als Vater des Kindes einzunehmen. [...] Ihm ist [...] die Möglichkeit zu eröffnen, die rechtliche Vaterposition zu erlangen, wenn dem der Schutz einer familiären Beziehung zwischen dem Kind und seinen rechtlichen Eltern nicht entgegensteht [...]."

1048 *Kaufhold*, Verfassungsrechtliche Vorgaben für die einfach-rechtliche Regelung der Mutterstellung, in: Röthel/Heiderhoff, Regelungsaufgabe der Mutterstellung, 2016, S. 87-116 (104-105).

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Schutzbereich[1049]. So etwa *Sanders*, die den personalen Schutzbereich weit auslegt und davon im sachlichen Schutzbereich die Frage abgrenzt, wer in den Genuss der materiellen Elternrechte- und Pflichten kommt[1050]. Danach sind zwar alle verfassungsrechtlichen Eltern Grundrechtsträger, aber nicht jeder Grundrechtsträger kann aus Art. 6 II S. 1 GG dieselbe Rechtsstellung herleiten[1051]. Andere verstehen das BVerfG so, dass Art. 6 II S. 1 GG zwischen Personen differenziert „die in den Schutzbereich [...] fallen und solchen, die Grundrechtsträger sind"[1052]. So spricht etwa *Lembke* von einem „Anwartschaftsrecht" des nicht rechtlichen, aber biologischen Vaters auf sachliche Grundrechtsträgerschaft[1053]. Dogmatisch stringenter ist es hingegen mit *Kaufhold* und *Höfling* anzunehmen, dass Art. 6 II S. 1 GG allen verfassungsrechtlichen Eltern denselben Grundrechtestatus vermittelt[1054]. Danach „sind der persönliche und der sachliche Schutzbereich des Elterngrundrechts als im Ausgangspunkt kongruent zu konzipieren" und „alle verfassungsrechtlichen Eltern [...] Inhaber derselben durch das Eltern*grundrecht* geschützten Rechtspositionen". Dadurch ist jedoch, wie *Kaufhold* ausführt, keineswegs gesetzt, „dass alle verfassungsrechtlichen Eltern das Recht haben, ihr Kind zu pflegen und zu erziehen, oder dass der Gesetzgeber verpflichtet wäre, ihnen allen einfach-gesetzlich Elternrechte einzuräumen". Vielmehr normiert „Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG [...] einen an den Gesetzgeber adressierten Ordnungs- und Schlichtungsauftrag, der ihn [...] verpflichte[t], im einfachen Recht einen Ausgleich zwischen den konkurrierenden Grundrechtspositionen verfassungsrechtlicher Eltern zu schaffen und die Elternrechte zuzuordnen"[1055]. Danach erfolgt eine Abstufung der

1049 *Lembke*, Insbesondere zur Bedeutung des Grundgesetzes für das Abstammungsrecht, in: Röthel/Heiderhoff, Regelungsaufgabe Vaterstellung, 2014, S. 37-71 (68).

1050 *Sanders*, Mehrelternschaft, 2018, S. 116 – Ein genereller Ausschluss bestimmter Eltern bereits aus dem verfassungsrechtlichen Schutz des Elternrechts sei weder durch Kindeswohlargumente noch durch eine Auslegung nach dem historischen Willen des Verfassungsgesetzgebers gerechtfertigt.

1051 *Brosius-Gersdorf*, in: Dreier, GG, 3. Aufl. 2013, Art. 6, Rn. 150.

1052 *Heiderhoff*, in: von Münch/Kunig, GG, 7. Aufl. 2021, Art. 6, Rn. 111.

1053 *Lembke*, Insbesondere zur Bedeutung des Grundgesetzes für das Abstammungsrechts, in: Röthel/Heiderhoff, Regelungsaufgabe Vaterstellung, 2014, S. 37-71 (53, 68).

1054 *Kaufhold*, Verfassungsrechtliche Vorgaben für die einfach-rechtliche Regelung der Mutterstellung, in: Röthel/Heiderhoff, Regelungsaufgabe der Mutterstellung, S. 87-116 (106); *Höfling*, Elternrecht, in: Isensee/Kirchhof, HStR VII, 2009, § 155 Rn. 75, 88 f.

1055 *Kaufhold*, Verfassungsrechtliche Vorgaben für die einfach-rechtliche Regelung der Mutterstellung, in: Röthel/Heiderhoff, Regelungsaufgabe der Mutterstellung, 2016, S. 87-116 (106).

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

durch Art. 6 II S. 1 GG gewährten Rechte und Pflichten verfassungsrechtlicher Eltern, darunter auch ihr Recht auf Zugang zur Persönlichkeitsentwicklung durch Elternschaft, also nicht bereits auf Verfassungsebene, sondern erst im einfachen Recht durch eine entsprechende Ausgestaltungsgesetzgebung. Das erlaubt mehr Flexibilität, um die dem sozialen Wandel unterworfene Realität gelebter Elternschaft Rechnung zu tragen, die in jüngster Zeit eine Aufwertung der sozialen und intentionalen Funktion von Elternschaft gegenüber der biologischen Konstruktion abbildet. An dieser Stelle ist daher erstens zu ergründen, wer die Grundrechtsträger eines aus Art. 6 II S. 1 GG abgeleiteten Zugangsrechts *sind,* zweitens wer sie durch einfach-rechtliche Konstituierung unter Beachtung der durch die Institutsgarantie begrenzten Gestaltungshoheit sein *dürfen*. Und drittens, wer sie in diesem Rahmen mit Blick auf das durch die EMRK begründete pluralistische und gleiche Recht auf Zugang zur Elternschaft mit funktionalem Primat der intentionalen und sozialen Elternschaft sein *müssen*.

aa) Die leiblichen Eltern als verfassungsrechtliche Eltern eo ipso

Die verfassungsrechtlichen Eltern im Sinne des Art. 6 II S. 1 GG sind zunächst die Personen, von denen das Kind biologisch abstammt. Gemeint „ist die Frau, die das Kind geboren hat und der Mann, der das Kind gezeugt hat“[1056]. Sie „sind verfassungsrechtliche Eltern unabhängig davon, ob sie verheiratet sind oder waren oder sich nur flüchtig kennen“[1057]. Danach sind „sowohl die genetische als auch die gebärende Mutter, sowohl die Eizellspenderin als auch die Leihmutter Trägerinnen der Rechte aus Art. 6 Abs. 2

1056 *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, GG, 16. Aufl. 2020, Art. 6, Rn. 45-46.

1057 *Kaufhold*, Verfassungsrechtliche Vorgaben für die einfach-rechtliche Regelung der Mutterstellung, in: Röthel/Heiderhoff, Regelungsaufgabe der Mutterstellung, 2016, S. 87-116 (95); vgl. Urt. v. 7.3.1995 – 1 BvR 790/91, 540/92, 866/92, BVerfGE 92, 158 (177), NJW 1995, S. 2155-2159 (2156): „Der Begriff ‚Eltern‘ umfasst nach dem allgemeinen Sprachgebrauch auch die leiblichen Eltern eines nichtehelichen Kindes.“; *Uhle*, in: Epping/Hillgruber, Beck-OK GG, 49. Ed., Stand: 1511.2021, Art. 6, Rn. 58 b; *Brosius-Gersdorf*, in: Dreier, GG, 3. Aufl. 2013, Art. 6, Rn. 147; *Badura*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, 95. EL 2021, Art. 6, Rn. 99.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

S. 1 GG“[1058]. Entsprechend ist auch der genetisch mit dem Kind verwandte Mann „Vater des Kindes, auch wenn er von der Rechtsordnung nicht als solcher anerkannt ist. Mehr als diese auf Abstammung beruhende Elternschaft setzt Art. 6 Abs.2 Satz 1 GG für die Einbeziehung von Eltern in seinen Schutzbereich nicht voraus“[1059]. Zur Begründung verweist das BVerfG auf den Begriff „natürliches Recht“[1060] und argumentiert mit dem „allgemeinen Sprachgebrauch“[1061]. Zwar spricht, wie *Kaufhold* anmerkt, gegen eine Ausrichtung an dieser Formulierung, dass „natürlich“ auch „selbstverständlich“ bedeuten könnt. Außerdem, dass bei den Gesetzgebungsarbeiten „[zwar] die [...] theologische Fundierung des Elternrechts und der vorstaatliche Charakter der Familie verhandelt wurden, nicht aber die Verknüpfung von Elternstellung und biologischer Abstammung“[1062]. Nichtsdestotrotz ist anerkannt, dass biologische und genetische Eltern ohne weitere statusrechtliche Anordnung im BGB verfassungsrechtliche Eltern sind[1063].

bb) Die rechtlichen Eltern als verfassungsrechtliche Eltern kraft einfachrechtlicher Zuweisung

Denselben Status genießen die durch das einfache Recht bestimmten Bezugspersonen eines Kindes wie Adoptiveltern oder der zum Zeitpunkt der

1058 *Kaufhold*, Verfassungsrechtliche Vorgaben für die einfach-rechtliche Regelung der Mutterstellung, in: Röthel/Heiderhoff, Regelungsaufgabe der Mutterstellung, 2016, S. 87-116 (95); vgl. Heiderhoff, in: Münch/Kunig, GG, 7. Auf. 2021, Art. 6, Rn. 112, 115; *Robbers*, in: von Mangoldt/Stein/Starck, GG, 7. Aufl. 2018, Art. 6, Rn. 163, 167, 169; *Badura*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, 95. EL 2021, Art. 6, Rn. 99; *Brosius-Gersdorf*, in: Dreier, GG, 3. Aufl. 2013, Art. 6, Rn. 147.

1059 Urt. v. 9.4.2003 – 1 BvR 1493/96, 1734/01, BVerfGE 108, 82 (101), NJW 2003, S. 2151-2158 (2153).

1060 Urt. v. 29.7.1968 – 1 BvL 20/63, 31/66, 5/67, BVerfGE 24, 119 (150), NJW 1968, S. 2233-2238 (2237); Urt. v. 19.2.2013 – 1 BvL 1/11, 3247/09, BVerfGE 133, 59 (79), NJW 2013, S. 847-855 (849).

1061 Urt. v. 7.3.1995 – 1 BvR 790/91, 540/92, 866/92, BVerfGE 92, 158 (177), NJW 1995, S. 2155-2159 (2156);
Urt. v. 9.4.2003 – 1 BvR 1493/96, 1724/01, BVerfGE 108, 82 (100), NJW 2003, S. 2151-2158 (2152).

1062 *Kaufhold*, Verfassungsrechtliche Vorgaben für die einfach-rechtliche Regelung der Mutterstellung, in: Röthel/Heiderhoff, Regelungsaufgabe der Mutterstellung, 2016, S. 87-116 (96); so auch: *Lembke*, Insbesondere zur Bedeutung des Grundgesetzes für das Abstammungsrecht, in: Röthel/Heiderhoff, 2014, S. 37-71 (47); zur Historie vgl. *Badura*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, 95. EL 2021, Art. 6, Rn. 89.

1063 *Sanders*, Mehrelternschaft, 2018, S. 116.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Geburt mit der Mutter des Kindes vermählte (§ 1592 Nr. 1 BGB) oder mit ihrem Einverständnis die Vaterschaft anerkennende Mann (§ 1592 Nr. 2 BGB)[1064]. Personen mit einer rein sozialen, rechtlich nicht abgesicherten Beziehung zum Kind sind dagegen keine verfassungsrechtlichen Eltern im Sinne des Art. 6 II S. 1 GG[1065]:

„Zwar misst das Grundgesetz der sozialen Eltern-Kind-Beziehung verfassungsrechtliche Bedeutung bei: Konkurriert ein leiblicher Elternteil mit dem bisherigen rechtlichen Elternteil um die einfachrechtliche Zuweisung der Elternposition, kann das Bestehen einer sozial-familiären Beziehung [...] über diese Zuweisung entscheiden, [...]. Kann soziale Elternschaft demnach verfassungsrechtlich notwendige Bedingung für die einfachgesetzliche Zuweisung der Elternrolle sein, so ist sie doch für sich genommen nicht hinreichende Voraussetzung verfassungsrechtlicher Elternschaft"[1066].

Vielmehr werde den „familiären Bindungen zwischen einem Kind und der Person, die ihm gegenüber eine soziale Elternrolle übernommen hat, ohne rechtlich Elternteil zu sein, [...] [ausschließlich] durch [...] Art. 6 Abs. 1 GG Rechnung getragen, der vom formalen Elternstatus unabhängig ist"[1067]. Wegen dieser singulären Zuweisung zu Art. 6 I GG können Personen wie der Zweitehemann der Mutter[1068] , oder die Lebenspartnerin der Mutter vor einer Stiefkind- oder Sukzessivadoption[1069] aus Art. 6 II S. 1 GG „keinen grundrechtlichen Anspruch darauf [ableiten], bei der einfachgesetzlichen Zuordnung des Elternstatus und der Elternrechte durch den

1064 Urt. v. 17.12.2013 – 1 BvL 6/10, BVerfGE 135, 48 (83), NJW 2014, S. 1364-1373 (1372).

1065 *Badura*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, 95. EL 2021, Art. 6, Rn. 99; *Brosius-Gersdorf*, in: Dreier, GG, 3. Aufl. 2013, Art. 6, Rn. 148; *Lembke*, Insbesondere zur Bedeutung des Grundgesetzes für das Abstammungsrecht, in: Röthel/Heiderhoff, Regelungsaufgabe Vaterstellung, 2014, S. 37-71 (47, 55).

1066 Urt. v. 19.2.2013 – 1 BvL 1/11, 3247/09, BVerfGE 133, 59 (81-82), NJW 2013, S. 847-855 (850).

1067 Urt. v. 26.3.2019 – 1 BvR 673/17, BVerfGE 151, 101 (82), NJW 2019, S. 1793-1802 (1794).

1068 Urt. v. 29.11.2005 – 1 BvR 1444/01, NJW 2006, S. 827-829 (828).

1069 Urt. v. 2.7.2010 – 1 BvR 666/10, NJW 2011, S. 988; Urt. v. 19.2.2013 – 1 BvL 1/11, 3247/09, BVerfGE 133, 59 (77), NJW 2013, S. 847-855 (849).

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Gesetzgeber berücksichtigt zu werden“[1070]. Dasselbe gilt für die Wunscheltern eines zwar auf ihre Initiative hin, aber mit ihnen nicht verwandten, durch eine Leihmutter ausgetragenen Kindes.

cc) Das normative Dürfen zur einfach-rechtlichen Konstituierung einer Grundrechtsträgerschaft sozialer Eltern

Als normgeprägtes Grundrecht ermächtigt und verpflichtet Art. 6 II S. 1 GG den einfachen Gesetzgeber aber „über die einfach-rechtliche Zuordnung von Elternstatus und Elternrechten [...] an der Bestimmung [...] des Schutzbereichs [...] mit[zu]wirken“[1071]. Allerdings ist er in seiner Entscheidung, ob er eine „Grundrechtsträgerschaft kraft einfachen Rechts“ gewährt, eingeschränkt. Er muss den durch die Institutsgarantie geschützten Kerngehalt des Grundrechts, seinen „Strukturprinzipien“ und „Wertentscheidungen“[1072] sowie „den sich daraus ergebenden Funktionen der legislativen Gestaltungsbefugnis“ Rechnung tragen[1073]. Außerdem hat er den

1070 *Kaufhold*, Verfassungsrechtliche Vorgaben für die einfach-rechtliche Regelung der Mutterstellung, in: Röthel/Heiderhoff, Regelungsaufgabe der Mutterstellung, 2016, S. 96; vgl. *Uhle*, in: Epping/Hillgruber, Beck-OK GG, 49. Ed., Stand 15.11.2021, Art. 6, Rn. 59; *Lembke*, Insbesondere zur Bedeutung des Grundgesetzes für das Abstammungsrecht, in: Röthel/Heiderhoff, 2014, S. 37-71 (56): „Der exklusive Verweis auf den Familienschutz wird […] zum Mechanismus des Ausschlusses sozialer Väter vom Zugang zu einer verfassungsrechtlich und einfachgesetzlich anerkannten Elternposition“; vgl. ebd. S. 60: „[A]us verfassungsrechtlicher Perspektive [können] überhaupt nur gesetzliche und biologische Vaterschaft konkurrieren [...]. Der nursoziale Vater kann außer [...] aus Art. 6 Abs. 1 GG [...] keine rechtlich geschützten Positionen geltend machen und bleibt daher außer Betracht.“

1071 *Kaufhold*, Verfassungsrechtliche Vorgaben für die einfach-rechtliche Regelung der Mutterstellung, in: Röthel/Heiderhoff, in: Röthel/Heiderhoff, Regelungsaufgabe der Mutterstellung, 2016, S. 87-116 (101).

1072 Urt. v. 29.7.1959 – 1 BvR 205/58, 332/58, 333/58, 367/58, 100/58, BVerfGE 10, 59 (66-67), NJW 1959, S. 1483-1483 (1483); Urt. v. 4.5.1971 – 1 BvR 636/68, BVerfGE 31, 58 (69-70), NJW 1971, S. 1509- 1514 (1510); Urt. v. 12.3.2008 – 2 BvF 4/03, BVerfGE 121, 30 (59).

1073 *Kaufhold*, Verfassungsrechtliche Vorgaben für die einfach-rechtliche Regelung der Mutterstellung, in: Röthel/Heiderhoff, Regelungsaufgabe der Mutterstellung, 2016, S. 87-116 (101).

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu wahren[1074], wonach jede Ausgestaltung des Elterngrundrechts dem Ziel dieser Gewährleistung entsprechen, im Hinblick auf die kollidierenden Interessen geeignet und angemessen sowie für die Beteiligten, zu deren Nachteil sie ergeht, zumutbar sein muss[1075]. Solange der Gesetzgeber jedoch „die Sicherung eines Minimalbestands oder Kernbereichs der garantierten Freiheitsausübungen" nicht aus den Augen verliert[1076], steht ihm eine weite Einschätzungsprärogative zu, wen er in den Schutzbereich des Art. 6 II S. 1 GG einbezieht. Dabei geht das BVerfG mittlerweile davon aus, dass der Gesetzgeber auch Personen mit einer rein sozialen Beziehung zum Kind zu verfassungsrechtlichen Eltern kraft einfach-rechtlicher Anerkennung machen darf[1077]. Noch bis 2003 hatte es für eine Grundrechtsträgerschaft kraft einfachen Rechts eine leibliche Verbindung vorausgesetzt, mindestens aber die aus einer rechtlichen Verbindung zur Geburtsmutter erwachsende Vermutung für eine solche. Daraus hatte das BVerfG die Grundrechtsposition des mit der Mutter bei der Geburt vermählten, aber nicht biologischen Vaters begründet sowie die des mit der Mutter zum Zeitpunkt der Geburt nicht vermählten, aber biologischen Vaters, der die Elternstellung „in erklärter Übereinstimmung mit der Mutter" anerkennt[1078]. Mit seinem Urteil zur Sukzessiv-Adoption im Februar 2013 hat das BVerfG die Hürden für eine einfach-rechtliche Zuweisung des verfassungsrechtlichen Elternstatus gesenkt[1079]. Danach ist

1074 Zu den Grenzen der Ausgestaltungsgesetzgebung und zum Verhältnis von Grundrechtseingriff und normativer Ausgestaltung vgl. *Lerche*, HStR, Bd. V, § 122, Rn. 2; *Gellermann,* Grundrechte in einfachgesetzlichem Gewande, 2000, S. 48 ff., 52 ff., 54 ff.; *Jarass*, Funktionen und Dimensionen der Grundrechte, in: Merten/Papier, HdB Grundrechte, Bd. II, 2006, § 38, Rn. 58 f.; *Degenhart*, Grundrechtsausgestaltung und Grundrechtsbeschränkung, in: Merten/Papier, HdB Grundrechte, Bd. III, 2009, § 61, Rn. 51.

1075 Urt. v. 2.12.1987 – 1 BvR 1291/85, BVerfGE 77, 275 (284), NJW 1988, S. 1255 f. (1255).

1076 *Kaufhold*, Verfassungsrechtliche Vorgaben für die einfach-rechtliche Regelung der Mutterstellung, in: Röthel/Heiderhoff, Regelungsaufgabe der Mutterstellung, 2016, S. S. 87-116 (101).

1077 Vgl. ebd. S. 102.

1078 Urt. v. 9.4.2003 – 1 BvR 1493/96, 1724/01, BVerfGE 108, 82 (100), NJW 2003, S. 2151-2158 (2152);
Urt. v. 31.1.1989 – 1 BvL 17/87, BVerfGE 79, 256 (267), NJW 1989, S. 891-893 (891);
Lembke, Insbesondere zur Bedeutung des Grundgesetzes für das Abstammungsrecht, in: Röthel/Heiderhoff, 2014, S. 37-71 (48).

1079 *Kaufhold*, Verfassungsrechtliche Vorgaben für die einfach-rechtliche Regelung der Mutterstellung, in: Röthel/Heiderhoff, Regelungsaufgabe der Mutterstellung, 2016, S. 87-116 (102).

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

für dessen Begründung weder eine Abstammung noch eine dafür streitende Vermutung erforderlich. Vielmehr können auch gleichgeschlechtliche Personen, von denen keine mit dem Kind verwandt ist, verfassungsrechtliche Eltern nach Art. 6 II S. 1 GG sein[1080]. Im Dezember 2013 hat das BVerfG seine Anforderungen noch weiter reduziert[1081]. Danach ist eine einfach-rechtliche Zuordnung auch möglich, „wenn die Vaterschaft durch Anerkennung nach § 1592 Nr. 2 BGB begründet wurde und der Anerkennende [...] weder der biologische Vater des Kindes ist noch eine sozial-familiäre Beziehung zum Kind begründet hat". In solchen Fällen hänge lediglich „die Intensität des durch Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG garantierten Schutzes davon ab, ob die rechtliche Vaterschaft auch sozial gelebt wird"[1082]. Danach ist der Gesetzgeber also sogar befugt, Personen, die weder in einer leiblichen noch sozialen Beziehung zum Kind stehen, zu verfassungsrechtlichen Eltern kraft einfachen Rechts zu machen. Die Entscheidungen zeigen: Der Gesetzgeber darf grundsätzlich jede Art von Eltern-Kind-Beziehung, auch rein sozialer und intentionaler Natur, zur Grundlage seiner Zuordnung von Elternstatus und Elternrechten machen und damit jede Person, die dies wünscht, verfassungsrechtlichen Elternstatus verleihen[1083]. Voraussetzung für eine Einbeziehung in den Schutzbereich ist aber, dass der Gesetzgeber die Pflege- und Erziehungsrechte dauerhaft überträgt. Denn wie *Kaufhold* zu Bedenken gibt, sprengt eine „Grundrechtsträgerschaft auf Zeit" schon deshalb den institutionellen Rahmen des Elterngrundrechts, weil auch die abstammungsrechtliche Elternschaft unbefristet ist. Dafür spricht außerdem die

1080 Urt. v. 19.2.2013 – 1 BvL 1/11, 3247/09, BVerfGE 133, 59 (81, 86), NJW 2013, S. 847-855: „Die Nichtzulassung der sukzessiven Adoption angenommener Kinder eingetragener Lebenspartner durch den anderen Lebenspartner verletzt die betroffenen Kinder in ihrem Recht auf Gleichbehandlung (Art. 3 Abs. 1 GG). Sie benachteiligt das adoptierte Kind eines eingetragenen Lebenspartners in verfassungswidriger Weise sowohl gegenüber adoptierten Kindern eines Ehegatten, die nach § 1742 BGB vom anderen Ehegatten angenommen werden können, als auch gegenüber leiblichen Kindern eines eingetragenen Lebenspartners, die nach § 9 Abs. 7 LPartG vom anderen Lebenspartner adoptiert werden können (Stiefkindadoption)."

1081 *Kaufhold*, Verfassungsrechtliche Vorgaben für die einfach-rechtliche Regelung der Mutterstellung, in: Röthel/Heiderhoff, Regelungsaufgabe der Mutterstellung, 2016, S. 87-116 (103).

1082 Urt. v. 17.12.2013 – 1 BvL 6/10, BVerfGE 135, 48 (83), NJW 2014, S. 1364-1373 (1372).

1083 *Kaufhold*, Verfassungsrechtliche Vorgaben für die einfach-rechtliche Regelung der Mutterstellung, in: Röthel/Heiderhoff, Regelungsaufgabe der Mutterstellung, 2016, S. 87-116 (103); *Lembke*, Insbesondere zur Bedeutung des Grundgesetzes für das Abstammungsrecht, in: Röthel/Heiderhoff, 2014, S. 37-71 (71).

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Differenzierung des BVerfG zwischen Erziehungsberechtigten nach Art. 6 III GG und Eltern nach Art. 6 II S. 1 GG, weshalb sich Pflegeeltern, Vertreter, Vormünder, Pfleger oder Angehörige nicht auf die Rechte und Pflichten aus Art. 6 II S. 1 GG berufen können[1084].

dd) Die normative Pflicht zur Einbeziehung von Initiativeltern in den Kreis der verfassungsrechtlichen Eltern bei konventionskonformer Auslegung des Art. 6 II S. 1 GG

Mit *Sanders* lässt sich weiter abgrenzen zwischen sozialen Elternverbindungen und Initiativelternverbindungen. Soziale Elternverbindungen entstehen nach der Geburt etwa zu dem Zweitehemann der Mutter, der sich als Stiefelternteil um ihr Kind aus erster Ehe kümmert, und basieren auf dem Wunsch zur Übernahme emotionaler Fürsorge und sozialer Verantwortung für dieses Kind. Initiativ-Elternverbindungen entstehen vor der Geburt, wenn die Eltern *in spe* durch ihr Verhalten, etwa die Beauftragung einer Leihmutter oder die Zustimmung zur künstlichen Befruchtung des jeweils anderen, die Zeugung des Kindes initiieren[1085]. Soziale Elternverbindungen sind nach der Rechtsprechung des BVerfG allein durch Art. 6 I GG geschützt[1086]. Zur verfassungsrechtlichen Einordnung von Initiativelternverbindungen steht eine Entscheidung noch aus. Mit Blick auf das bereits jetzt und künftig allen Anzeichen nach noch umfassender gewährte Konventionsrecht auf Zugang zur Persönlichkeitsentwicklung durch Elternschaft mit Primat der intentionalen und sozialen Elternschaft ist jedoch klar, dass der deutsche Gesetzgeber bei völkerrechtsfreundlicher und konventionskonformer Auslegung des Art. 6 II S. 1 GG dazu verpflichtet ist, auch Initiativelternverbindungen normativ auszugestalten. Damit muss er sie gleichzeitig in die Abwägungsentscheidung zwischen den konkurrierenden

1084 Urt. v. 16.1.2003 – 2 BvR 716/01, BVerfGE 107, 104 (120), NJW 2003, S. 2004-2009 (2006);
Urt. 12.10.1988 – 1 BvR 818/88, BVerfGE 79, 51 (60), NJW 1989, S. 519-521 (519);
vgl. hingegen zur Grundrechtsträgerschaft von Großeltern, die zugleich Vormund sind: Urt. v. 6.12.1972 – 1 BvR 230/70, 95/71, BVerfGE 34, 165 (200), NJW 1973, S. 133-138 (138); *Robbers*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, 7. Aufl. 2018, Art. 6, Rn. 177-180; *Heiderhoff*, in: von Münch/Kunig, GG, 7. Auf. 2021, Art. 6, Rn. 191.

1085 *Sanders*, Mehrelternschaft, 2018, S. 295.

1086 Urt. v. 19.2.2013 – 1 BvL 1/11, 3247/09, BVerfGE 133, 59 (82), NJW 2013, S. 847-855 (850).

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Ausübungs- und Verzichtsinteressen an einer Persönlichkeitsentwicklung durch Elternschaft einbeziehen. Denn will Deutschland den Anschluss an die europäischen Menschenrechtsstandards nicht verlieren, so muss es künftig die Gründe für die Zuschreibung der elterlichen Rechte und Pflichten plural bedenken. Dabei sollte als normative Grundlage für den Zugang zur Elternschaft und die Zuschreibung der Elternverantwortung, unabhängig von einer biologischen und genetischen Beziehung, jedenfalls die durch die Einleitung reproduktionsmedizinischer Maßnahmen realisierte Entscheidung einer Person genügen, dauerhaft die umfassende Elternverantwortung für ein Kind zu übernehmen. Diese Konstellation verdient für den Fall einer Reform des § 1600 II, III BGB besondere Beachtung[1087]. Soweit die Inanspruchnahme reproduktionsmedizinischer Verfahren nämlich auch durch Art. 6 II S. 1 GG gewährleistet ist, liegt hierin mit *Sanders* zugleich „eine Bestätigung der Annahme, dass den Personen, die solche Maßnahmen nutzen, die Elternverantwortung […] für die Kinder zuzuweisen ist, die auf ihre Veranlassung hin gezeugt worden sind". Denn will man Personen, die sich solcher Verfahren bedienen, dazu verpflichten, sich um das durch sie ins Leben gebrachte Kind zu kümmern, ihnen also die mit Art. 6 II S. 1 GG verbundenen Pflichten auferlegen, so muss man ihnen auch die korrespondierenden Rechte zusprechen[1088]. Das Verantwortungsprinzip muss unabhängig davon greifen, ob das Kind natürlich oder assistiert gezeugt wird.

c) Ergebnis zum Zugangsrecht als Teil des Elterngrundrechts, Art. 6 II S. 1 GG

Verfassungsrechtliche Eltern und damit Grundrechtsträger des Zugangsrechts als Ausdruck des Art 6 II S 1 GG sind die genetischen, biologischen, rechtlichen und bei völkerrechtsfreundlicher und konventionskonformer Auslegung des Grundgesetzes Initiativeltern. Sie alle gilt es bei der Ausgestaltung des Zugangsrechts für einen möglichst eingriffsneutralen Ausgleich der konkurrierenden Ausübungs- und Verzichtsinteressen an einer Persönlichkeitsentwicklung durch Elternschaft im einfachen Recht zu berücksichtigen.

1087 Zur Diskussion um § 1600 BGB vgl. *Wellenhofer*, in: MüKO zum BGB, 8. Aufl. 2020, § 1600, Rn. 15-17.

1088 *Sanders*, Mehrelternschaft, 2018, S. 323.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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

Ein Recht auf Zugang zur Persönlichkeitsentwicklung durch Elternschaft könnte sich ferner aus Art. 6 I GG, in Verbindung mit dem Zugangsrecht als Ausdruck des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts aus Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG, wenigstens aber in Verbindung mit dem Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit aus Art. 2 I GG ergeben.

a) Sachlicher Schutzbereich

Nach Art. 6 I GG stehen Ehe und Familie unter dem besonderen Schutze staatlicher Ordnung. Als Institutsgarantie verpflichtet das Familiengrundrecht den Gesetzgeber zur Absicherung eines unabänderlichen Kerngehalts der Institute Ehe und Familie[1089]. Als Grundrecht schützt es den Einzelnen abwehrrechtlich vor staatlichen Eingriffen in den persönlichen Lebensbereich von Ehe und Familie. Außerdem gewährleistet Art. 6 I GG als wertentscheidende Grundsatznorm „den in ihrem Charakter als Verantwortungsgemeinschaft ausgedrückten normativen Eigenwert von Familie" und „verpflichtet sämtliche staatlichen Stellen, [...] [diesen] Achtungsanspruch" [1090] für das gesamte die Familie betreffende Recht umzusetzen. Davon ausgehend verbürgt Art. 6 I GG „Schutz-und Förderpflichten für Ehe und Familie", die wegen der weiten Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers zu ihrer Ausgestaltung zwar nicht an Leistungsrechte heranreichen, wohl aber obligatorische Leitlinien für das Ehe- und Familienrecht aufstellen[1091] und „die rechtlichen Grenzen für die Freiheit des gesetzgeberischen Ermessens" abstecken: „Der in Art. 6 Abs. 1 GG statuierte besondere Schutz der staatlichen Ordnung für Ehe und Familie umschließt [...] *positiv* die Aufgabe für den Staat, Ehe und Familie nicht nur vor Beeinträchtigungen durch andere Kräfte zu bewahren, sondern auch durch geeignete Maßnahmen zu fördern, *negativ* das Verbot für den Staat selbst, die Ehe zu schädigen oder sonst zu beeinträchtigen."[1092] Insbesondere verbietet Art. 6 I GG „Ehe und Familie gegenüber anderen Lebens- und Erziehungsgemeinschaf-

1089 *Seiler*, Grundzüge eines öffentlichen Familienrechts, 2008, S. 41.
1090 Vgl. ebd. S. 42.
1091 *Heiderhoff*, in: Münch/Kunig, GG, 7. Aufl. 2021, Art. 6, Rn. 45.
1092 Urt. v. 17.1.1957 – 1 BvL 4/54, BVerfGE 6, 55 (76), NJW 1957, S. 417-420 (418).

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ten schlechter zu stellen". Dieses Diskriminierungsverbot erstreckt sich auf „eine Benachteiligung von Ehegatten gegenüber Ledigen [...], von Eltern gegenüber Kinderlosen [...] sowie von ehelichen gegenüber anderen Erziehungsgemeinschaften"[1093]. Dabei garantiert Art. 6 I GG Ehe und Familie unabhängig voneinander als Schutzgüter eigener Art[1094]. Familie meint jede „tatsächliche Lebens- und Erziehungsgemeinschaft der Kinder und ihrer Eltern". Geschützt ist also gerade auch die rein soziale Elternschaft. Denn es gilt, den „besonderen personellen Raum kindlicher Entfaltungsmöglichkeiten" umfassend zu gewährleisten. Hintergrund ist der Gedanke, dass „die leibliche und seelische Entwicklung der prinzipiell schutzbedürftigen Kinder in der Familie und der elterlichen Erziehung eine wesentliche Grundlage findet"[1095]. Insofern unterscheidet sich das Familiengrundrecht vom Elterngrundrecht, da es Eltern-Kind-Beziehungen „im weiteren Sinne einbezieht [...] die als ‚soziale Familien' vom Bestehen rechtlicher Elternschaft unabhängig sind"[1096]. Darunter fallen auch „Beziehungen zwischen Eltern und nichtehelichen Kindern sowie Stief-, Adoptiv- und Pflegefamilien"[1097]. Schließlich schützt Art. 6 I GG auch sonstige „spezifisch familiäre Bindungen wie sie [...] zwischen erwachsenen Familienmitgliedern und [...] über mehrere Generationen hinweg zwischen den Mitgliedern einer Großfamilie bestehen können"[1098]. Zur großen Bedeutung der Familie für die persönliche Entwicklung führt das BVerfG aus:

1093 Urt. v. 10.1.1998 – 2 BvR 1057/91, 1226/91, 980/91, BVerfGE 99, 216 (232), NJW 1999, S. 557-561 (558); Urt. v. 12.5.1987 – 2 BvR 1226/83, 101/84, 313/84, BVerfGE 76, 1 (72), NJW 1988, S. 626-636 (634); *Seiler*, Grundzüge eines öffentlichen Familienrechts, 2008, S. 45-46.

1094 *Heiderhoff*, in: von Münch/Kunig, GG, 7. Aufl. 2021, Art. 6, Rn. 53.

1095 Urt. v. 24.6.2014 – 1 BvR 2926/13, BVerfGE 136, 382 (388), NJW 2014, S. 2853-2856 (2854);
Urt. v. 19.2.2013 – 1 BvL 1/11, 3247/09, BVerfGE 133, 59, (82), NJW 2013, S. 847-855 (850);
Urt. v. 18.4.1989 – 1 BvR 1169/84, BVerfGE 80, 81 (90), NJW 1989, S. 2195-2197 (2196).

1096 Urt. v. 19.2.2013 – 1 BvL 1/11, 3247/09, BVerfGE 133, 59, (83), NJW 2013, S. 847-855 (850);
Urt. v. 9.4.2003 – 1 BvR 1493/96, 1724/01, BVerfGE 108, 82 (116), NJW 2003, S. 2151-2158 (2155).

1097 *Lembke*, Insbesondere zur Bedeutung des Grundgesetzes für das Abstammungsrecht, in: Röthel/Heiderhoff, 2014, S. 37-71 (55).

1098 Urt. v. 24.6.2014 – 1 BvR 2926/13, BVerfGE 136, 382 (388), NJW 2014, S. 2853-2856 (2854).

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

„Familiäre Bindungen sind im Selbstverständnis des Individuums regelmäßig von hoher Bedeutung und haben im Lebensalltag [...] besondere praktische Relevanz. Sie zeichnen sich durch schicksalhafte Gegebenheit aus und können von besonderer Nähe und Zuneigung, von Verantwortungsbewusstsein und Beistandsbereitschaft geprägt sein. Nicht zuletzt wegen dieses eigenen Stellenwerts, der familiären Bindungen bei der Entfaltung der Persönlichkeit regelmäßig zukommt, hat das durch Art. 2 Abs. 1 GG verbürgte Gebot der Achtung der Entfaltungsfreiheit im privaten Lebensbereich durch die Verfassungsgarantie der Familie [...] eine besondere Verstärkung erfahren, die das Familienleben schützt und dem Individuum damit Chancen eröffnet, ein seinen familiären Bindungen gemäßes Leben zu führen."[1099]

Da die individuelle Entwicklung in der familiären Gemeinschaft einen so wesentlichen Teilaspekt persönlicher Identität betrifft, darf der Staat die Grundrechtsträger, wie *Seiler* ausführt, „weder zur Familiengründung noch zu einer bestimmten Ausgestaltung ihres Familienlebens drängen. Ihm bleibt [...] lediglich die Möglichkeit, einen im Lichte der objektiven Wertenscheidungen des Art. 6 GG zu entfaltenden Rahmen realer Freiheitsverwirklichung zu setzen, der die Inanspruchnahme der Familienfreiheit erleichtert, [...], der aber nicht zielgerichtet auf Art und Inhalt des Freiheitsgebrauchs hinwirkt"[1100]. Nach der Rechtsprechung des EGMR schützt das Recht auf Achtung des Familienlebens aus Art. 8 EMRK nicht den Wunsch, eine Familie zu gründen, sondern setzt eine solche gerade voraus. Weder das Interesse, Kinder zu bekommen, noch das Interesse an einer persönlichen Entwicklung durch die Beziehung zu einem künftigen Kind, fallen in den Schutzbereich[1101]. Im deutschen Verfassungsrecht hingegen ist anerkannt, dass Art. 6 I GG nicht nur das Zusammenleben in der Familie, sondern auch die Familiengründung schützt[1102]. Soweit nämlich die Familie im Werden geschützt ist, erscheint es mit Blick auf das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit aus Art. 2 I GG nur konsequent, dass Art. 6

1099 Urt. v. 24.6.2014 – 1 BvR 2926/13, BVerfGE 136, 382 (388), NJW 2014, S. 2853-2856 (2854).

1100 *Seiler*, Grundzüge eines öffentlichen Familienrechts, 2008, S. 39.

1101 EGMR Nr. 25358/12, Urt. v. 24.1.2017 (Paradiso u. Campanelli/Italien); NJW 2017, S. 941-946 (943).

1102 *Müller-Terpitz*, in: Spiekhoff, Medizinrecht, 3. Aufl. 2018, Art. 6, Rn. 1-2; *Brosius-Gersdorf*, in: Dreier, GG, 3. Aufl. 2013, Art. 6, Rn. 115-120; *Heiderhoff*, in: von Münch/Kunig, GG, 7. Aufl. 2021, Rn. 9, 228; *Robbers*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, 7. Aufl. 2018, Art. 6, Rn. 92.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

I GG auch die Persönlichkeitsentwicklung im Werden erfasst, also das Interesse an einer individuellen Entwicklung durch die Übernahme der Elternverantwortung für ein noch zu zeugendes Kind.

b) Personaler Schutzbereich

Der verfassungsrechtliche Schutz von Initiativeltern, deren Elternstellung im Rahmen des Art. 6 II S. 1 GG unter Rückgriff auf die EMRK „als Auslegungshilfe für die Bestimmung von Inhalt und Reichweite von Grundrechten und rechtsstaatlichen Grundsätzen"[1103] verbindlich zu erwirken ist, ergibt sich auch aus Art. 6 I GG. Da danach Grundrechtsträger bereits jede „Person [ist], die [...] eine soziale Elternrolle übernommen hat, ohne rechtlich Elternteil zu sein", könnte Art. 6 I GG außerdem eine verfassungsrechtliche Pflicht begründen, eine nach der Geburt entstandene „soziale Elternbeziehung rechtlich zu stabilisieren"[1104].

aa) Grundsatz: Keine Pflicht zur rechtlichen Stabilisierung sozialer Elternbeziehungen

Fraglich ist aber, ob Art. 6 I GG überhaupt „zur Ausgestaltung und Zuordnung von rechtlichen Elternstellungen" verpflichtet. Das wird teilweise abgelehnt. Die Argumentation lautet: Da Art. 6 I GG Eltern-Kind-Beziehungen „im weiteren Sinne einbezieht [...] die als ‚soziale Familien' vom Bestehen rechtlicher Elternschaft unabhängig sind"[1105], könne dieser nicht

1103 Urt. v. 14.10.2004 – 2 BvR 1481/04, NJW 2004, S. 3407-3412 (3409).

1104 *Kaufhold*, Verfassungsrechtliche Vorgaben für die einfach-rechtliche Regelung der Mutterstellung, in: Röthel/Heiderhoff, Regelungsaufgabe der Mutterstellung, 2016, S. 87-116 (100).

1105 Urt. v. 19.2.2013 – 1 BvL 1/11, 3247/09, BVerfGE 133, 59 (83), NJW 2013, S. 847-855 (850).

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

zur Begründung rechtlicher Elternschaft verpflichten[1106]. Zurecht betont aber *Seiler*, dass „Ehe und Familie […] als (auch) normativ geprägte Verbände notwendig eines Rechtsrahmens ihres geordneten Zusammenlebens" [bedürfen][1107]. Als Institutsgarantie verpflichte Art. 6 I GG den Gesetzgeber, „einen (vornehmlich) privatrechtlichen Rahmen zur Entfaltung der Freiheit zur Familie bereitzustellen". Dazu habe er „die vorgefundene Sozialeinheit Familie als Rechtsgemeinschaft anzuerkennen, ihre genaue Gestalt [...] auszuformen und sie auch gegen drohende äußere Einflüsse abzusichern". Die Pflicht dazu sieht er außerdem aus dem Familiengrundrecht als wertentscheidender Grundsatznorm begründet, die „den in ihrem Charakter als Verantwortungsgemeinschaft ausgedrückten normativen Eigenwert von Familie" garantiert. Dieser könne „erst bei auch normativ verselbstständigter Würdigung zur vollen Entfaltung gelangen"[1108]. Auch das BVerfG geht dem Grunde nach von einer Regelungspflicht aus, die die verschiedenen „Form[en] der Erlangung des Elternstatus" erfasst: „Trotz starker tatsächlicher Vorprägung bedarf der Lebensbereich Familie einer rechtlichen Struktur, innerhalb derer sich Familienbeziehungen entfalten können; dies gilt insbesondere für wechselseitige Verpflichtungen und Befugnisse. Eine solche rechtliche Struktur bereitzustellen, ist der Gesetzgeber durch Art. 6 Abs. 1 GG verpflichtet." Nicht verpflichtet sei er allerdings, „bei der Ausgestaltung der Familie im rechtlichen Sinne tatsächlich vorgefundene familiäre Gemeinschaften genau nachzuzeichnen"[1109].

1106 *Kaufhold*, Verfassungsrechtliche Vorgaben für die einfach-rechtliche Regelung der Mutterstellung, in: Röthel/Heiderhoff, Regelungsaufgabe der Mutterstellung, 2016, S. 87-116 (100); *Brosius-Gersdorf*, in: Dreier, GG, 3. Aufl. 2013, Art. 6, Rn. 126: „Dem Familiengrundrecht wohnt kein dem Ehegrundrecht vergleichbarer Ausgestaltungsauftrag des Gesetzgebers inne. Familiengründung und -gestaltung sind natürliche Freiheiten, deren Ausübung [...] keiner gesetzlichen Vorbedingungen bedarf."; *Heiderhoff*, in: von Münch/Kunig, GG, 7. Aufl. 2021, Rn. 45: „Die Familie bedarf für ihre Existenz nicht des institutionellen rechtlichen Rahmens, sondern sie entsteht idR durch natürliche Faktoren (wie biologische Verwandtschaft) und soziale Faktoren (wie Pflege)."

1107 *Seiler*, in: BK-GG, 168. El. 2014, Art. 6, Rn. 106.

1108 *Seiler*, Grundzüge eines öffentlichen Familienrechts, 2008, S. 42; *Coester*, in: von Münch/Kunig, GG, 5. Aufl. 2000, Art. 6, Rn. 12, wonach die Institutsgarantie „konkretisierende familienrechtliche Rechtssätze [fordert], welche die in Art. 6 gemeinte Lebensgemeinschaft rechtlich definieren"; *Badura*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, 95. EL 2021, Rn. 33; *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, GG, 16. Aufl. 2020, Art. 6, Rn. 18.

1109 Urt. v. 19.2.2013 – 1 BvL 1/11, 3247/09, BVerfGE 133, 59 (84-85), NJW 2013, S. 847-855 (850).

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

bb) Grundsatzdurchbrechung zum Funktionserhalt der Familie als Verantwortungsgemeinschaft

In Zusammenschau mit dem Zugangsrecht als Ausprägung des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts sollte Art. 6 I GG jedoch auch in der Lage sein, eine Pflicht zur rechtlichen Absicherung sozialer Eltern-Kind-Beziehungen *post partum* jedenfalls dann zu begründen, wenn dies im Interesse des Kindes notwendig erscheint. Denn wenigstens das Recht auf Zugang zur Persönlichkeitsentwicklung durch Elternschaft als eigene Fallgruppe des allgemeinen Persönlichkeitsrechts vermag nach hier vertretener Auffassung eine verfassungsrechtliche Pflicht „zur Ausgestaltung und Zuordnung von rechtlichen Elternstellungen“[1110] an die Personen zu begründen, die unabhängig von biologischer Abstammung und rechtlicher Anerkennung die Elternverantwortung für ein Kind tatsächlich übernehmen.

Wie *Lembke* schreibt: „Für das Wohlergehen von Kindern ist es entscheidend, dass sie stabile psycho-soziale Bindungen zu sorgebereiten und sorgefähigen Erwachsenen aufbauen können, die sich im Alltag bewähren. Es ist sehr erfreulich, wenn es sich bei diesen Erwachsenen um ihre genetischen Eltern handelt, aber es ist nicht zwingend.“[1111] Diese Priorität erkennt prinzipiell auch das BVerfG an, indem es die sozial-familiär gelebte Elternschaft zum maßgeblichen Indikator für das Kindeswohl erklärt und daran den Ausgleich zwischen den kollidierenden Elternrechten des leiblichen und rechtlichen Vaters ausrichtet[1112]. Sie stößt jedoch regelmäßig an ihre Grenze, wenn es um die rechtliche Anerkennung des sozialen Elternteils geht. So verweigert das BVerfG dem Ehemann der Mutter die Stiefkindadoption eines nicht von ihm abstammenden und außerhalb einer Ehe gezeugten Kindes mit der Begründung, dem Kind sei durch die rechtliche Absicherung des status quo nicht mehr gedient als ohne. Insbesondere werde „ihm nicht die Möglichkeit genommen, in einer Familie aufzuwachsen, die ihm gute Entwicklungsbedingungen bietet“[1113]. Dadurch wird jedoch, so *Lembke* richtig, „in der Sorge um die Rechte des biologischen Vaters

1110 *Kaufhold*, Verfassungsrechtliche Vorgaben für die einfach-rechtliche Regelung der Mutterstellung, in: Röthel/Heiderhoff, Regelungsaufgabe der Mutterstellung, 2016, S. 87-116 (100).

1111 *Lembke*, Insbesondere zur Bedeutung des Grundgesetzes für das Abstammungsrecht, in: Röthel/Heiderhoff, 2014, S. 37-71 (70).

1112 Urt. v. 19.2.2013 – 1 BvL 1/11, 3247/09, BVerfGE 133, 59 (81), NJW 2013, S. 847-855 (850).

1113 Urt. v. 29.11.2005 – 1 BvR 1444/01, NJW 2006, S. 827-829 (828).

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

[…] auf die notwendige Prüfung verzichtet, ob die rechtliche Anerkennung der nur-sozialen Elternschaft dem konkreten Kindeswohl dient“[1114]. Denselben Gedanken verfolgt das BVerfG in seiner Entscheidung zur Sukzessiv-Adoption, wonach Art. 6 II S. 1 GG nicht dadurch verletzt sei, dass ein eingetragener Lebenspartner das angenommene Kind seines Partners nicht adoptieren kann:

„Der Ausschluss [...] einer Sukzessivadoption betrifft das tatsächliche Zusammenleben der Lebenspartner und des Kindes nicht unmittelbar. Zwar hat der Adoptionsausschluss [...] Einfluss auf das familiäre Zusammenleben, als dem Lebenspartner des Adoptivelternteils gegenüber dessen Kind bestimmte elterntypische rechtliche Befugnisse verwehrt bleiben, so dass die beiden Partner die Erziehungsaufgaben nicht [...] gleichberechtigt wahrnehmen können. Im Ergebnis ist die Verwehrung der Sukzessivadoption jedoch von der [...] Befugnis [...] zur rechtlichen Ausgestaltung der Familie gedeckt.“[1115]

Doch schenkt das BVerfG seiner eigenen Aussage, „die Frage der rechtlichen Anerkennung des sorgebereiten nur-sozialen Vaters sei für das familiäre Zusammenleben und damit auch für das Kindeswohl quasi irrelevant“, offenbar selbst keinen Glauben. Denn gleich darauf erklärt es unter Betonung der „Auswirkungen des Fehlens rechtlicher Elternschaft des nur-sozialen Vaters für das Selbstverständnis des Kindes in Familie und Gesellschaft sowie für die Beziehungen zwischen nur-sozialem Vater und Kind“ das Verbot der Sukzessivadoption wegen Verstoßes gegen Art. 3 I GG für verfassungswidrig[1116]. Insgesamt ist daher, so *Lembke*, nur „schwer nachvollziehbar, warum aus dem Recht auf Pflege und Erziehung des Kindes nicht ein Anspruch folgen sollte, die nur-soziale Elternschaft eines sorge- und bindungsbereiten [...] Elternteils auch rechtlich anzuerkennen, vor allem wenn das Kind erst dadurch zwei rechtliche Eltern erhält“[1117]. Besonders unverständlich sei die Haltung des BVerfG vor dem Hintergrund, dass Art. 6 II S. 1 GG sogar staatliche Mittel rechtfertigen soll, die den leiblichen Elternteil zum Umgang verpflichten, obwohl man davon ausgehen kann,

1114 *Lembke*, Insbesondere zur Bedeutung des Grundgesetzes für das Abstammungsrecht, in: Röthel/Heiderhoff, 2014, S. 37-71 (66).

1115 Urt. v. 19.2.2013 – 1 BvL 1/11, 3247/09, BVerfGE 133, 59 (76-77, 84), NJW 2013, S. 847-855 (849, 851).

1116 *Lembke*, Insbesondere zur Bedeutung des Grundgesetzes für das Abstammungsrecht, in: Röthel/Heiderhoff, 2014, S. 37-71 (66); Urt. v. 19.2.2013 – 1 BvL 1/11, 3247/09, BVerfGE 133, 59 (86, 87), NJW 2013, S. 847-855 (852).

1117 Vgl. ebd. S. 67.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

dass eine solchermaßen erzwungene Beziehung dem Wohl des Kindes nicht dient. Das führe zu dem paradoxen Ergebnis, „dass der biologische Vater von Verfassung wegen zur Erfüllung seiner sozialen Elternpflichten gezwungen werden kann, die rechtliche Absicherung des täglich seine Elternpflichten erfüllenden sozialen Vaters aber nicht zwingend auf ihre Kindeswohldienlichkeit überprüft werden muss“[1118].

Um solche Wertungswidersprüche zu vermeiden, darf und sollte der Gesetzgeber mit *Lembke* „die bisher unterschätzte soziale Elternschaft, die besonders eng mit dem Kindeswohl und dem Recht des Kindes auf Pflege und Erziehung zusammenhängt“, rechtlich anerkennen, denn „Aufgabe des Abstammungsrechts ist es, gelebte und gelingende Elternschaft zu ermöglichen und zu unterstützen“[1119]. Deshalb gilt: „Wer dauerhaft Elternverantwortung für ein Kind übernimmt, sollte auch mit den notwendigen Rechten ausgestattet sein.“ Andernfalls „negiert das nicht nur sein elterliches Engagement [...], sondern wird auch seine Selbstwahrnehmung verändern“[1120]. Fraglich ist, ob diesbezüglich eine verfassungsrechtliche Pflicht besteht und woraus sie sich ableitet.

Sanders erwägt, „dass soziale Eltern im Laufe der Zeit, mit der Verstärkung des sozialen Elternbands, selbst in den Schutz des Art.6 Abs.2 GG ‚hineinwachsen‘ können“. Denn: „Je länger eine Person für ein Kind in einer elterlichen Rolle gesorgt, also nicht nur jemand anderem bei der Fürsorge für ein Kind geholfen hat, desto stärker kann sich die Verbindung zwischen ihr und dem Kind entwickeln, die auch für dessen weitere Entwicklung wichtig ist“. So ließe sich dem derzeit durch die Rechtsprechung des BVerfG aufgeworfenen Problem begegnen, „dass Menschen, die tatsächlich die Elternrolle wahrnehmen, nicht unter dem Schutz des Elternrechts gem. Art.6 Abs.2 GG stehen“. *Sanders* lehnt diesen Gedanken im Ergebnis aber ab, weil das Grundgesetz bewusst zwischen Eltern differenziere, „die dem Kind ‚Leben gegeben haben‘“ und „Familienbeziehung[en], die nicht aus dem Beitrag zur Geburt, sondern aus der später getragenen Verantwortung entstanden“ sind.[1121]

Richtig ist, dass das Grundgesetz eine Trennung vorgibt zwischen dem Schutz sozialer Eltern über Art. 6 I GG, der „die soziale Familie davor

1118 Vgl. ebd. S. 67; Urt. v. 1.4.2008 – 1 BvR 1620/04, BVerfGE 121, 69, NJW 2008, S. 1287-1292.
1119 Vgl. ebd. S. 70.
1120 Vgl. ebd. S. 70.
1121 *Sanders*, Mehrelternschaft, 2018, S. 330-331.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

[schützt], auseinandergerissen zu werden" und dem Schutz genetischer, biologischer und Initiativeltern über Art. 6 II GG, der den „Eltern grundsätzlich das Recht ein[räumt], die soziale Beziehung zu ihren Kindern als Grundlage für ‚Pflege und Erziehung' aufbauen zu dürfen". In Achtung dieser Trennung ist grundsätzlich nicht von einer Pflicht zur rechtlichen Stabilisierung sozialer Elternbeziehungen über das Familiengrundrecht auszugehen. Eine Durchbrechung dieses Grundsatzes kann aber ausnahmsweise zum Funktionserhalt der Familie als Verantwortungs- und Fürsorgegemeinschaft notwendig sein. So ist davon auszugehen, dass eine für die Entwicklung des Kindes wegen ihrer zeitlichen und/oder qualitativen Verfestigung notwendig werdende rechtliche Anerkennung sozialer Elternschaft eine verfassungsrechtliche Pflicht „zur Ausgestaltung und Zuordnung von rechtlichen Elternstellungen"[1122] zugunsten der sozialen Eltern unmittelbar über Art. 6 I GG begründet. In diesem Fall sind die sozialen Eltern gleichberechtigt in den Interessenausgleich zwischen den konkurrierenden Ausübungs- und Verzichtsinteressen an einer Persönlichkeitsentwicklung durch Elternschaft einzubeziehen (vgl. C, IV, 3, b).

4) Das Zugangsrecht als Teil des Rechts auf Leben und körperliche Unversehrtheit, Art. 2 II S. 1 GG

Ein Recht auf Zugang zu Elternschaft lässt sich ferner dem Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit aus Art. 2 II S. 1 GG entnehmen. So hat das BVerfG festgestellt, dass § 8 I S. 2 TPG, der die Entnahme von nicht regenerierungsfähigen Organen nur zum Zwecke der Übertragung auf eine dem Spender in besonderer persönlicher Verbundenheit offenkundig nahestehe Person erlaubt, in das Abwehrrecht des Grundrechtsträgers auf Leben und körperliche Unversehrtheit aus Art. 2 II S. 1 GG eingreift. Das gelte für alle „staatliche Regelungen, [die] dazu führen, daß einem kranken Menschen eine nach dem Stand der medizinischen Forschung prinzipiell zugängliche Therapie, mit der [...] eine nicht unwesentliche Minderung des Leidens verbunden ist, versagt bleibt"[1123]. Danach greifen auch gesetzliche Beschränkungen oder gar Verbote auf dem Gebiet der Fortpflanzungsmedizin in das Abwehrrecht des Grundrechtsträgers aus Art. 2 II S. 1 GG ein. Denn die

1122 *Kaufhold*, Verfassungsrechtliche Vorgaben für die einfach-rechtliche Regelung der Mutterstellung, in: Röthel/Heiderhoff, Regelungsaufgabe der Mutterstellung, 2016, S. 87-116 (100).

1123 Urt. v. 11.8.1999 – 1 BvR 2181/98, NJW 1999, S. 3399-3403 (3400).

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

unfreiwillige Kinderlosigkeit ist ein mit Mitteln der assistierten Fortpflanzung therapierbarer Zustand mit zum Teil signifikant psychischem, und wo sie auf einen organischen oder angeborenen Defekt zurückzuführen ist, physischem Krankheitswert, dessen Behandlung für die Betroffenen mit einer nicht unwesentlichen Minderung ihres Leidens, nämlich der versagten Elternschaft, verbunden ist[1124]. So gesehen schützt Art. 2 II S. 1 GG auch den Zugang zur Elternschaft durch die Inanspruchnahme reproduktionsmedizinischer Maßnahmen. Zwar greifen fortpflanzungsmedizinische Verbote und Beschränkungen nicht zielgerichtet in Art. 2 II S. 1 GG ein. Doch sie beschränken den Grundrechtsträger in der Wahrnehmung seines Selbstbestimmungsrechts zu Fragen der eigenen Persönlichkeitsentwicklung durch Elternschaft und damit – berücksichtigt man die negativen Folgen einer versagten Kinderwunschbehandlung für die Lebensqualität und das allgemeine Wohlbefinden – signifikant mittelbar in seiner körperlichen Unversehrtheit.

5) Das Zugangsrecht als Ausdruck des Rechtsstaatsprinzips, Art. 8 EMRK i.V.m. Art. 20 III GG

Soweit Art. 8 EMRK ein Recht auf Zugang zu Elternschaft gewährt, haben die nationalen Behörden und Gerichte dieses wie sonstiges Bundesrecht im Rahmen methodisch vertretbarer Auslegung zu beachten und anzuwenden (vgl. A, III, 3).

6) Ergebnis zur grundrechtlichen Verankerung des Rechts auf Zugang zur Elternschaft

Die deutsche Verfassung begründet bei funktional-dynamischer Grundrechtsinterpretation ein Recht auf Zugang zur Elternschaft. Supranational wie national ist es Ausdruck des Rechts auf Achtung der freien Entscheidung für oder gegen eine Elternschaft sowie Ausdruck des Rechts auf persönliche Entwicklung durch die Beziehung zum Kind als Kernaspekt persönlicher Identität. Geschützt ist die mit der Elternrolle verbundene Möglichkeit, das eigene Wesen durch die Beziehung zum Kind zu formen und

1124 Zum Krankheitswert unfreiwilliger Kinderlosigkeit vgl. *Leopoldina*, Fortpflanzungsmedizin in Deutschland – für eine zeitgemäße Gesetzgebung, 2019, S. 100; Zwar ist die Einstufung als Krankheit umstritten, kann im Ergebnis aber nur bejaht werden, vgl. C, II, 3 b.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

zu entwickeln. Negativ formuliert geht es darum, nicht durch gesetzesmedizinische Verbote, Beschränkungen oder Ungleichbehandlungen im Bereich der Fortpflanzungsmedizin an der persönlichkeitsprägenden Möglichkeit gehindert zu werden, Elternverantwortung wahrzunehmen. Hierzulande lässt sich das Recht auf Zugang zur Elternschaft als eigene Fallgruppe des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts aus Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG begründen sowie dem Recht auf Achtung des Privatlebens aus Art .8 Abs. I EMRK in Verbindung mit dem Rechtstaatsprinzip aus Art. 20 III GG entnehmen. Der damit denknotwendig assoziierte Anspruch auf gleichen Zugang zur Fortpflanzungsmedizin folgt außerdem aus dem Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit aus Art. 2 II S. 1 GG. Das gilt nicht nur für Personen mit einer biologischen oder genetischen Verbindung zu ihrem Kind in spe, sondern grundsätzlich für jeden, der bereit ist, dauerhaft die umfassende soziale Fürsorge und emotionale Verantwortung für es zu übernehmen. Verfassungsrechtliche Eltern und damit Grundrechtsträger des Zugangsrechts als Ausdruck des Elterngrundrechts des Art. 6 II S. 1 GG sind die genetischen, biologischen, rechtlichen und bei völkerrechtsfreundlicher und konventionskonformer Auslegung des Grundgesetzes Initiativeltern. Auch soziale Eltern können unter Umständen über das Familiengrundrecht des Art. 6 I GG einen verfassungsrechtlichen Anspruch auf rechtliche Stabilisierung ihrer Elternbeziehung ableiten. Sie alle gilt es daher in den Ausgleich der konkurrierenden Ausübungs- und Verzichtsinteressen an einer Persönlichkeitsentwicklung durch Elternschaft einzubeziehen. Der Gesetzgeber ist gehalten, diesen Verfassungsauftrag für mehr Pluralität umzusetzen mit allen daraus folgenden Konsequenzen sowohl für das Fortpflanzungsmedizinrecht (Zweiter Hauptteil) als auch das Familienrecht (Dritter Hauptteil).

III) Das Recht auf gleichen Zugang zur Elternschaft

So wie Art. 8 i.V.m. Art. 14 EMRK ein Diskriminierungsverbot im Zugang zur Elternschaft wegen der sexuellen Orientierung und geschlechtlichen Identität, des Ehestandes und Beziehungsstatus normiert (vgl. B, IV, 1, b, bb), begründet auch die deutsche Verfassung eine Pflicht zur gleichen Achtung der freiheitlichen Entscheidung für ein Leben mit Kind. Das setzt den Abbau von Ungleichbehandlungen im Zugang zur und im Umfang der Kinderwunschbehandlung wegen der sexuellen Orientierung und geschlechtlichen Identität (Art. 3 I, III GG), des Ehestandes und Beziehungs-

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

status (Art. 6 I, IV GG) sowie Geschlechts (Art. 3 I, II S. 1, III S. 1 GG) der Eltern in spe voraus.

1) Ungleichbehandlungen im Zugang zur Elternschaft

Ungleichbehandlungen finden sich im Leistungskatalog der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV). So bezuschusst die Solidargemeinschaft Maßnahmen zur Herbeiführung einer Schwangerschaft nach § 27 a I S. 1 SGB V nur unter der Voraussetzung, dass diese Maßnahmen nach ärztlicher Feststellung erforderlich sind (1), nach ärztlicher Feststellung hinreichende Aussicht besteht, dass durch die Maßnahmen eine Schwangerschaft herbeigeführt wird, was nicht mehr der Fall ist, wenn die Maßnahme dreimal ohne Erfolg durchgeführt worden ist (2), dass die Personen, die diese Maßnahmen in Anspruch nehmen wollen, miteinander verheiratet sind (3) und ausschließlich Ei- und Samenzellen der Ehegatten verwendet werden (4). Anspruch auf Sachleistungen bestehen nach § 27 a III SGB V nur für Versicherte, die das 25. Lebensjahr vollendet haben; der Anspruch besteht nicht für weibliche Versicherte, die das 40. und für männliche Versicherte, die das 50. Lebensjahr vollendet haben. Überhaupt übernimmt die Krankenkasse nur 50% der mit dem Behandlungsplan genehmigten Kosten.

Da aber ein lesbisches Paar zwangsläufig eine heterologe Samenspende und ein schwules Paar eine heterologe Eizellspende plus Leihmutter benötigt, scheidet trotz der inzwischen legalisierten Ehe für alle eine Teilkostenübernahme der Kinderwunschbehandlung für Schwule und Lesben durch die GKV aus. Dasselbe gilt mangels Ehestatus für Personen, die in eingetragener Lebenspartnerschaft leben, faktische Paare und Alleinstehende.

Dieser Zustand der Exklusion für viele Anwärter wird, so die *Leopoldina* zutreffend, auch nicht dadurch behoben, dass sich die tatsächliche Praxis an der Richtlinie des Bundesministeriums für Familie, Senioren, Frauen und Jugend über die Gewährung von Zuwendungen zur Förderung von Maßnahmen der assistierten Reproduktion vom 29. März 2012 orientiert[1125], wonach Zuwendungsempfänger neben Ehepaaren auch Paare sind, die in nichtehelicher Lebensgemeinschaft leben (Ziffer 4 S. 1 Nr. 2). Denn diese Richtlinie und jedwede dadurch legitimierte Praxis steht im deutli-

1125 *BMFSFJ*, RL über die Gewährung von Zuwendungen zur Förderung von Maßnahmen der assistierten Reproduktion, 29.3.2012.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

chen Widerspruch zur gesetzlichen Regelung aus § 27 a I S. 1 SGB V und vermag diese als demokratisch legitimierte Vorgabe nicht zu ersetzen[1126].

Das wäre indes auch nicht erstrebenswert, denn die Richtlinie differenziert selbst zwischen vermählten und unvermählten Paaren, indem sie letzteren eine geringere Kostenbeteiligung zuspricht (Ziffer 6 III a/b), und schließt gleichgeschlechtliche Paare von einer Kostenübernahme aus, da eine nichteheliche Lebensgemeinschaft nach Ziffer 4 nur zwischen Mann und Frau bestehen kann. Zwar dürfen gleichgeschlechtliche Paare inzwischen heiraten und wären dann als Ehepaar zuwendungsberechtigt. Doch ist die Richtlinie vor Einführung der Ehe für alle aufgestellt worden, so dass diese Folge jedenfalls nicht intendiert war.

Ungleichbehandlungen finden sich ferner „in demokratisch nicht legitimierten und verfassungsrechtlich zweifelhaften ‚berufsrechtlichen' Normen"[1127]. So empfiehlt die Bundesärztekammer (BÄK) in ihrem Kommentar zur (Muster-) Richtlinie zur Durchführung der assistierten Reproduktion von 2006, die immerhin 14 der 16 Landesärztekammern in ihre jeweilige Berufsordnung aufgenommen haben[1128], fortpflanzungsmedizinische Maßnahmen „grundsätzlich nur bei Ehepaaren" durchzuführen, bei homosexuellen Paaren überhaupt nicht und bei einer alleinstehenden Frau nur unter der Bedingung, dass sie nachweislich „mit einem nicht verheirateten Mann in einer festgefügten Partnerschaft zusammenlebt und dieser Mann die Vaterschaft […] anerkennen wird"[1129]. Bei unverheirateten Paaren soll die

1126 *Leopoldina*, Fortpflanzungsmedizin in Deutschland – für eine zeitgemäße Gesetzgebung, 2019, S. 40.

1127 *Gutmann*, Mutterschaft zwischen Natur und Selbstbestimmung, in: Röthel/Heiderhoff, Regelungsaufgabe Mutterstellung, 2016, S. 63-85 (83); einen Verstoß gegen den Parlamentsvorbehalt rügend unter vielen: *Griwotz*, Kinderwunscherfüllung durch Fortpflanzungsmedizin und Reproduktion, NZFam 2014, S. 1065-1070 (1068); *Helms*, „Kinderwunschmedizin" – Reformvorschläge für das Abstammungsrecht, in: Coester-Waltjen/Lipp/Schumann/Veit, „Kinderwunschmedizin", 2015, S. 47-64 (48); *Müller*, Die Spendersamenbehandlung bei Lebenspartnerinnen und alleinstehenden Frauen – ärztliches Handeln unter dem Diktum vermeintlicher Illegalität?, GesR 2008 (11), S. 573-580 (579); *Müller-Götzmann*, Artifizielle Reproduktion und gleichgeschlechtliche Elternschaft, 2009, S. 306 ff.; m.w.N. *Krekeler*, Berufsordnungen im Rahmen der Verfassung, 2021, S. 84.

1128 *Gutmann*, Mutterschaft zwischen Natur und Selbstbestimmung, in: Röthel/Heiderhoff, Regelungsaufgabe Mutterstellung, 2016, S. 63-85 (83).

1129 *BÄK*, (Muster-) RL zur Durchführung der assistierten Reproduktion von 2006, 17.2.2006, https://www.laekb.de/files/148A755DCED/Muster_Richtlinie_Durchfuehrung_assistierten_Reproduktion.pdf (10.2.2022), A 1395, 1400.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

assistierte Reproduktion nur zur Anwendung kommen, wenn die Frau „mit einem nicht verheirateten Mann in einer festgefügten Partnerschaft zusammenlebt und dieser Mann die Vaterschaft an dem so gezeugten Kind anerkennen wird“[1130]. Zwar hat die BÄK die (Muster-) Richtlinie inzwischen für hinfällig erklärt[1131]. Soweit die Landesärztekammern deren Inhalte und statusrechtlichen Vorgaben jedoch bereits in Berufsrecht übertragen haben, bleibt dieses wirksam[1132]. Auch hilft es wenig, dass die ersatzweise erlassene „Richtlinie zur Entnahme und Übertragung von menschlichen Keimzellen im Rahmen der assistierten Reproduktion“ von 2018 unkommentiert lässt, ob und in welchem Rahmen unverheiratete, gleichgeschlechtliche und alleinstehende Personen Zugang zur Kinderwunschbehandlung erhalten

1130 Vgl. Punkt 3.1.1. der (Muster-)RL; kritisch: *Wapler*, Reproduktive Autonomie: rechtliche und rechtsethische Überlegungen, in: Baer/Sacksofsky, Autonomie im Recht – Geschlechtertheoretisch vermessen, 2018, S. 185-214 (209 ff.): „Auch wenn Alleinstehende und lesbische Paare in Deutschland faktisch viele Möglichkeiten habe, ihren Kinderwunsch mit Hilfe einer Samenspende zu verwirklichen, beschränken die Richtlinien der Bundesärztekammer und das auf ihnen basierende Berufsrecht als normative Vorgaben die reproduktive Freiheit der Betroffenen im Vergleich zu Personen, die in verschiedengeschlechtlichen Partnerschaften leben. Beschließen sie auf dieser Grundlage die Entscheidung, keine Kinder zu bekommen, dann ist diese Entscheidung autonom im Sinne einer reflektierten, eigenverantwortlichen Wahl, sie ist jedoch nicht wirklich frei“.

1131 *BÄK*, RL komplett neu, Deutsches Ärzteblatt 2018 (115/22), A 1050 f.

1132 Vgl. *Krekeler*, Berufsordnungen im Rahmen der Verfassung, 2021, S. 74 ff., der im Übrigen anmerkt, dass dem ärztlichen Berufsrecht „keine gesetzesändernde, sondern eine *lückenfüllende Funktion*“ zukommt, „wenn es (nach Umsetzung der (Muster-) Richtlinie durch die Landesärztekammern) auf Ebene des Satzungsrechts bisher ungeregelte Fragen der Reproduktionsmedizin normiert (S. 81). Das betreffe insbesondere, trotz der seit 1994 beim Bundesgesetzgeber liegenden Kompetenz zur Regelung des Rechts der „medizinisch unterstützten Erzeugung menschlichen Lebens“ (Art. 74 I Nr. 26 GG), die gesetzlich bislang ungeklärte Frage, wem reproduktionsmedizinische Maßnahmen zukommen sollen.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

sollen[1133]. Alleinstehende und lesbische Frauen sind aber zur Erfüllung ihres Kinderwunsches zumeist weiterhin auf eine private Samenspende oder den Gang ins Ausland angewiesen[1134]. Denn an einer gesetzlichen Regelung fehlt es und viele Landesärztekammern haben, darauf weist der neunte Familienbericht „Elternsein in Deutschland" hin, „Richtlinien zur assistierten Reproduktion erlassen, die seit Erlass der neuen Richtlinie der Bundesärztekammer vom April 2018 nicht geändert wurden"[1135]. Doch auch nach der neuen „Richtlinie zur Entnahme und Übertragung von menschlichen Keimzellen im Rahmen der assistierten Reproduktion" soll

1133 BÄK, RL zur Entnahme und Übertagung von menschlichen Keimzellen im Rahmen der assistierten Reproduktion, 6.10.2017, https://www.bundesaerztekammer.de/fileadmin/user_upload/downloads/pdf-Ordner/RL/Ass-Reproduktion_Richtlinie.pdf (10.2.2022). Gleichzeitig erfolgte ein Appell des damaligen Bundesärzte-Präsidenten *Montgomery* an die Politik: „Mit dieser Richtlinie übernimmt die Ärzteschaft weiter Verantwortung für die medizinisch-wissenschaftlichen Belange der Reproduktionsmedizin und schafft transparente, bundeseinheitliche Regelungen für Ärzte und Menschen mit unerfülltem Kinderwunsch. Die Richtlinie verzichtet ganz bewusst auf eine Interpretation von rechtlich nicht eindeutig geregelten, häufig gesellschaftspolitischen Fragen in diesem Bereich. Diese zu beantworten ist und bleibt Aufgabe des Gesetzgebers. Denn nur dieser ist legitimiert, die das menschliche Leben elementar berührenden Fragen zu den medizinethischen und rechtlichen Aspekten der Reproduktionsmedizin verbindlich zu entscheiden"; zur neuen RL, die anders als die (Muster-) RL von 2016 vom ärztlichen Berufsrecht ausgekoppelt ist und sich stattdessen auf § 16 b TPG stützt vgl. *Krekeler*, Berufsordnungen im Rahmen der Verfassung, 2021, S. 90 ff.;

1134 Zu den Widersprüchen zwischen einem Zugang zur Kinderwunscherfüllung durch Adoption und ART vgl. *Grziwotz*, Kinderwunscherfüllung durch Fortpflanzungsmedizin und Adoption, NZFam 2014, S. 1065-1071; Zusammenfassend *Krekeler*, Berufsordnungen im Rahmen der Verfassung, 2021, S. 80 f.: „So ist eine Adoption durch eine Einzelperson nach § 1741 II S. 1 BGB möglich, während alleinstehende Frauen nach der Richtlinie keinen Zugang zu assistierter Reproduktion erhalten. Auch bei gleichgeschlechtlichen Paaren enthielt das Adoptionsrecht schon vor Öffnung der Ehe auch für gleichgeschlechtliche Paare durch eine Sukzessivadoption (§ 9 Abs. 6, 7 LPartGG) eine Möglichkeit der gemeinsamen Elternschaft. Mit der neuen Rechtslage können verheiratete, gleichgeschlechtliche Paare nunmehr genau wie heterosexuelle Ehepaare Kinder adoptieren. Unverheiratete, gleichgeschlechtliche Paare, die nicht in einer eingetragenen Lebenspartnerschaft leben, können genau wie heterosexuelle Paare als Einzelpersonen Kinder adoptieren (§ 1741 II S. 1 BGB). Die sexuelle Orientierung ist – anders als beim Zugang zu assistierter Reproduktion – somit für die Möglichkeit einer Adoption nach neuer Rechtslage völlig unbeachtlich".

1135 BT-Drucks. 19/27200, Neunter Familienbericht, 2021, S. 80; zur Umsetzung der (Muster-) RL durch die einzelnen Landesärztekammern mit Rechtsstand zum 1.6.2020 vgl. *Krekeler*, Berufsordnungen im Rahmen der Verfassung, 2021, S. 93 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

die Verwendung menschlicher Keimzellen zum Zwecke der assistierten Reproduktion nur dann indiziert sein, „wenn andere Behandlungsoptionen ausgeschöpft sind oder die Wahrscheinlichkeit der Herbeiführung einer Schwangerschaft durch andere Behandlungsmethoden zu gering ist“[1136]. Nach *Krekeler* kommt den reproduktionsmedizinischen Verfahren damit ein „ultima ratio“ Charakter zu, so dass „[s]ofern der Wunsch nach reproduktionsmedizinischen Maßnahmen bei alleinstehenden Frauen und Frauen in einer gleichgeschlechtlichen Beziehung nicht auch auf einer körperlichen Ursache beruht, […] ihnen damit auch ohne die Fortschreibung der statusrechtlichen Vorgaben der Zugang zu entsprechenden Maßnahmen weiterhin erschwert [ist]“[1137].

Nicht zuletzt benachteiligt das Embryonenschutzgesetz in seiner derzeitigen Ausgestaltung infertile Frauen gegenüber infertilen Männern, da es erstere stärker in ihren Möglichkeiten der Kinderwunschbehandlung limitiert als letztere. Denn während es infertilen Frauen durch das Verbot der Eizellspende, Leihmutterschaft und Embryospende versagt bleibt, ihre Zeugungs- und/oder Gebärunfähigkeit mit Dritthilfe zu überwinden – und ihnen daher nur der Weg ins Ausland oder die Alternative Adoption verbleibt – ist es infertilen Männern durch eine Samenspende vergleichsweise leicht möglich, ihr Reproduktionsdefizit zu überwinden[1138].

2) Rechtfertigung der Ungleichbehandlungen im Zugang zur Elternschaft

Im Folgenden wird geprüft, ob sich solche Ungleichbehandlungen einer Rechtfertigung zuführen lassen. Dabei sei vorweggenommen, dass sich wie auf Konventionsebene (vgl. B, IV, 1, b, bb) natürlich auch im deutschen Recht etwaige Ungleichbehandlungen im Zugang zur Elternschaft nicht mit dem Schutz der Kinder vor möglichen Belastungen durch vermeintlich ungeeignete Eltern (vgl. C, VI, 2) oder dem Schutz der Gesellschaft vor potenziell sozial-dysfunktionalen Kindern rechtfertigen lassen (vgl. C, VI, 4, b).

1136 Vgl. Punk 2.6.
1137 *Krekeler*, Berufsordnungen im Rahmen der Verfassung, 2021, S. 92 f.
1138 *Esser*, Ist das Verbot der Leihmutterschaft in Deutschland noch haltbar?, 2021, S. 247.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

a) Benachteiligungsverbot wegen der Familienform, Art. 3 I i.V.m. Art. 6 I GG

Das inter-institutionelle Diskriminierungsverbot untersagt dem Staat, familiäre gegenüber nicht-familiären Lebensformen zu benachteiligen. Nach einer sich im Vordringen befindenden Ansicht statuiert Art. 6 I GG in Ergänzung ein intra-institutionelles Diskriminierungsverbot[1139]. Danach ist es dem Staat verboten, bestimmte Familienformate wie mit vermählten oder unvermählten, einem oder zwei Elternteilen anderen gegenüber zurückzusetzen[1140]. Um es mit der *Leopoldina* zu sagen, darf der Staat „nicht etwa deshalb ein Familienbild zum fortpflanzungsrechtlichen Leitmodell erklären, weil ihm der überwiegende Teil der Bevölkerung faktisch anhängt"[1141]. Da Leistungen der assistierten Fortpflanzung „als Maßnahmen zur Herbeiführung einer Schwangerschaft und damit der Geburt eines Kindes Familienförderung" sind und das Familiengrundrecht „eheliche und nichteheliche Lebensgemeinschaften mit Kinderwunsch gleichermaßen" erfasst, verletzt „die Benachteiligung nicht verheirateter Personen bei der Familienförderung wie im Fall des § 27 a I Nr. 3 SGB [...] das Diskriminierungs-

1139 *Brosius-Gersdorf*, in: Dreier, GG, Art. 6, 2013, Rn. 134-135; *Pechstein*, Familiengerechtigkeit als Gestaltungsgebot, 1994, S. 231 ff., 242 ff.

1140 *Leopoldina*, Fortpflanzungsmedizin in Deutschland – für eine zeitgemäße Gesetzgebung, 2019, S. 40; zum Umgang mit den verschiedenen Familienformen wird teilweise auch auf Art. 3 I i.V.m. Art. 6 I GG abgestellt (BVerfGE 61, 319 (348); 82, 60 (85 f.); 87, 1 (36); *Becker*, Transfergerechtigkeit und Verfassung, 2001, S. 42 ff.) und mitunter nur auf Art. 3 I GG (*Seiler*, Grundzüge eines öffentlichen Familienrechts, 2008, S. 47).

1141 *Leopoldina*, Fortpflanzungsmedizin in Deutschland – für eine zeitgemäße Gesetzgebung, 2019, S. 40.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

verbot des Art. 6 I GG“[1142] (ausführlich zur gebotenen Finanzierung der Kinderwunschbehandlung durch die GKV: IV, 2). Auf die Notwendigkeit, „Regelungen stärker an die gemeinsam gelebte Elternschaft statt an den Ehestatus zu knüpfen“, weist auch der neunte Familienbericht des BMFSFJ „Eltern sein in Deutschland“ hin[1143]. Dasselbe muss gelten für gesetzesmedizinische Beschränkungen und finanzielle Zugangshürden im Bereich der Fortpflanzungsmedizin für alleinstehende Personen, die sich zwar ein Kind wünschen, „aber dazu nicht in einer Ehe, Partnerschaft oder Lebensgemeinschaft leben möchten“[1144]. Denn auch die Lebensgemeinschaft alleinstehender Elternteile mit Kind fällt unter den Schutz des Art. 6 I GG; ihre Inanspruchnahme der Reproduktionsmedizin ist ebenso familienfördernde Maßnahme wie bei vermählten und unvermählten Paaren. Der funktional kongruent auszulegende „gesellschaftliche und rechtliche Familienbegriff“ vermag danach keine Ungleichbehandlung im Zugang zur Elternschaft

1142 *Brosius-Gersdorf*, in: Dreier, GG, Art. 6, 2013, Rn. 135; *Brosius-Gersdorf*, Leistungen der gesetzlichen Krankenversicherung für Maßnahmen der künstlichen Befruchtung – Gesetzgebung im Spannungsfeld zwischen Grundrechtsschutz und Sicherung der Stabilität der Sozialversicherungssysteme, DÖV 2010 (11), S. 465-475 – Zurecht kritisiert die Autorin die Einschränkungen des § 27 a SGB V auch vor dem Hintergrund der geringen Geburtenrate in Deutschland, die „die Finanzierbarkeit der gesetzlichen Sozialversicherungssysteme gefährdet“ und führt dazu aus, dass in der GKV „demografiebedingt bis zum Jahr 2040 die Pro-Kopf-Ausgaben für Senioren verglichen mit den Ausgaben für jüngere Menschen von gegenwärtig 8:1 auf 20:1“ ansteigen. Diesem „demografischen Ausgabeneffekt“ stehe „eine Verminderung der Einnahmen der gesetzlichen Krankenversicherung gegenüber, die sich bis zum Jahr 2050 um rund 30 % reduzieren werden“. Dem lasse sich nur durch steigende Geburtenanzahlen begegnen. Hauptgrund für den Rückgang der Geburten „Mitte der 1960er Jahre und die seither konstant niedrige Geburtenrate in Deutschland“ sei „die mangelnde Vereinbarkeit von Familie und Beruf für Frauen“, die entweder zu einem Verzicht auf Kinder führe oder aber dazu, dass der Kinderwunsch auf später verschoben wird, was wiederum die Reproduktionsmedizin auf den Plan rufe, weil mit steigendem Alter die Fruchtbarkeit sinkt. Vor diesem Hintergrund sei „die Rechtslage in Deutschland zu den Leistungen der Gesetzlichen Krankenversicherung für künstliche Befruchtung“ problematisch. Das nicht zuletzt auch deshalb, da „Frauen, die sich für Kinder entscheiden, […] ihren Kinderwunsch heute bedingt durch die in den vergangenen Jahrzehnten gewonnene materielle und immaterielle Selbstständigkeit und die damit einhergehende Unabhängigkeit von dem Mann und der ‚Versorgerehe‘ anders als früher nicht mehr durchweg an das Bestehen einer Ehe [knüpfen]“; vgl. aber dagegen: Urt. v. 28.2.2007 – 1 BvL 5/03, BVerfG 117, 316, NJW 2007, S. 1343-1345.

1143 BT-Drucks. 19/27200, Neunter Familienbericht, 2021, S. XII.

1144 *Gutmann*, Mutterschaft zwischen Natur und Selbstbestimmung, in: Röthel/Heiderhoff, Regelungsaufgabe Mutterstellung, 2016, S. 63-85 (84).

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

zu rechtfertigen (vgl. C, I), da er „sowohl verheiratete als auch unverheiratete Paare mit gemeinsamen oder nicht gemeinsamen Kindern sowie Elternteile mit Kind, Alleinerziehende sowie sogenannte Stief-, Patchwork- oder Fortsetzungsfamilien" erfasst[1145]. Keine dieser Familienformate ist per se schlechter oder gar ungeeignet, die sozialwissenschaftlich identifizierte Kernfunktion der Familie als Fürsorge- und Verantwortungsgemeinschaft umzusetzen[1146]. Soweit der *Deutsche Ethikrat* darauf abstellt, dass es „im Hinblick auf eine dauerhafte und verlässliche Sorge für das Kind [...] psychologisch, sozial und finanziell in der Regel erhebliche Vorteile haben [wird], wenn zwei Elternteile für das Kind einstehen"[1147], kann das aus den dargelegten Gründen nicht überzeugen. Erinnert sei an das Stichwort Ressourcen- statt Wohlergehensgleichheit (vgl. B, IV, 1, a, bb), verwiesen auf das noch zu erläuternden Nichtidentitätsproblems, wonach sich nicht argumentieren lässt, ein Kind werde durch fortpflanzungsmedizinische Maßnahmen geschädigt, ohne die es gar nicht erst in Existenz gekommen wäre (vgl. C, VI, 2, b). So auch *Coester-Waltjen*: „Überlegungen, daß das Wohl des [...] Kindes durch eine eventuell labile oder unübliche Partnerverbindung oder die alleinige Beziehung zur Mutter gefährdet sein könnte, dürfen [...] nicht herangezogen werden, da die Handlungsalternative, die Nichtzeugung dieses Kindes, dem Wohl *dieses Kindes* nicht dienen kann."[1148] Nicht zuletzt steht diese Argumentation wie ausgeführt im Widerspruch zum Adoptionsgesetz, das Single-Frauen eine Adoption gestattet (§ 1741 II S. 1 BGB). Da die verantwortungsbewusste Wahrnehmung der Elternfunktion auch außerhalb einer Ehe oder festen Partnerschaft möglich ist und

1145 *Leopoldina*, Fortpflanzungsmedizin in Deutschland – für eine zeitgemäße Gesetzgebung, 2019, S. 62.

1146 *Gassner et al.*, AME-FMedG 2013, S. 48: „Jede Bürgerin und jeder Bürger hat das Recht, ein Verfahren der medizinisch unterstützten Fortpflanzung in Anspruch zu nehmen. Dieser Rechtsanspruch besteht unabhängig von der sexuellen Orientierung oder Identität sowie dem Familienstand."; so in Bezug auf unvermählte und gleichgeschlechtliche Paare auch die *Leopoldina*, Fortpflanzungsmedizin in Deutschland – für eine zeitgemäße Gesetzgebung, 2019, S. 41; vgl. außerdem die Stellungnahme des Comité Consultatif National d'Ethique pour les sciences de la vie et de la santé (ccne), Avis No. 126: sur les demandes sociétales de recours à l'assistance médical à la procréation (AMP), 15 juin 2017, S. 37, wonach die Fortsetzung von Beschränkungen oder Versagungen reproduktionsmedizinischer Maßnahmen neue Familienformen benachteiligt.

1147 *Deutscher Ethikrat*, Stellungnahme: Embryospende, Embryoadoption und elterliche Verantwortung, 2016, S. 121 f.

1148 *Coester-Waltjen*, Gutachten B zum 56. Deutschen Juristentag in Berlin, 1986, B 74.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

überdies gelebter Realität entspricht[1149], überzeugt weder das eine noch das andere als zwingende Voraussetzung für den reproduktionsmedizinischen Zugang zur Elternschaft (vgl. zweiter Hauptteil) oder die Zuordnung der rechtlichen Elternstellung (vgl. dritter Hauptteil).

b) Benachteiligungsverbot wegen der sexuellen Orientierung und geschlechtlichen Identität, Art. 3 I, III GG

Gesetzesmedizinische Regelungen, die gleichgeschlechtliche Paare oder transgeschlechtliche Personen von der Kinderwunschbehandlung ausschließen oder ihre Inanspruchnahme reproduktionsmedizinischer Maßnahmen erschweren, stellen eine nach Art. 3 I, III S. 1 GG nur schwer zu rechtfertigende, weil an das personenbezogene Merkmal der sexuellen Orientierung und geschlechtlichen Identität anknüpfende, Ungleichbehandlung dieser Personen in ihrem Zugang zur Elternschaft gegenüber heterosexuellen und Cisgender-Personen dar. Zwar führt Art. 3 III S. 1 GG die sexuelle Orientierung und geschlechtliche Identität nicht explizit auf. Doch sind laut BVerfG die „Anforderungen bei einer Ungleichbehandlung von Personengruppen […] umso strenger, je größer die Gefahr ist, dass eine Anknüpfung an Persönlichkeitsmerkmale, die mit denen des Art. 3 Abs. 3 GG vergleichbar sind, zur Diskriminierung einer Minderheit führt“[1150]. Eine hohe Rechtfertigungshürde ergibt sich auch aus Art. 21 GrCH, der an die sexuelle Ausrichtung anknüpfende Diskriminierungen verbietet. Der EGMR erhebt für Ungleichbehandlungen dieser Art dieselbe Begründungslast wie für Ungleichbehandlungen wegen des Geschlechts. Anführen lässt sich zudem auch insoweit das intrainstitutionelle Diskriminierungsverbot aus Art. 6 I GG, wonach es dem Staat verboten ist, verschiedengeschlechtliche Familienformen gleich- oder transgeschlechtlichen vorzuziehen. Jedenfalls ist zur Rechtfertigung „einer Ungleichbehandlung von Personengruppen […] ein innerer Zusammenhang zwischen den vorgefundenen Verschiedenheiten und der differenzierenden Regelung“ Voraussetzung, „der sich als sachlich

1149 Im Zusammenhang mit der Diskussion um eine Öffnung der Ehe für gleichgeschlechtliche Paare funktional argumentierend auch *Markard*, Unausweichliche Gleichheit. *Obergefell* und die Öffnung der Ehe für gleichgeschlechtliche Paare, in: Baer/Lepsius/Schönberger/Waldhoff/Walter, Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart, 2016, S. 769-792 (774 ff.).

1150 Urt. v. 7.7.2009 – 1 BvR 1164/07, BVerfGE 124, 199 (220), NJW 2010, S. 1439-1444 (1440).

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

vertretbarer Unterscheidungsgesichtspunkt von hinreichendem Gewicht anführen lässt“[1151].

Eben daran fehlt es aber bei Beschränkungen mit dem Ziel, gleich- oder transgeschlechtliche Personen von der Elternschaft auszunehmen. So gibt es keine „Anzeichen dafür, dass die sozial-familiären Rahmenbedingungen für Kinder in gleichgeschlechtlichen Gemeinschaften weniger gut sind als in verschiedengeschlechtlichen“[1152] (zum Stand empirischen Wissens bereits unter: B, IV, 1, b, bb, (1), (b)). Kinder in Regenbogenfamilien begegnen nicht mehr Schwierigkeiten bei der Ausbildung ihrer sexuellen Orientierung als Kinder verschiedengeschlechtlicher Eltern und entwickeln auch nicht „häufiger eine gleichgeschlechtlich orientierte sexuelle Präferenz“[1153]. Lesbische Paare füllen die Elternrolle nicht weniger hingebungsvoll aus wie heterosexuelle Paare; ihre Kinder entwickeln sich nicht anders oder weniger gut[1154]. Zwar mag für Kinder gleichgeschlechtlicher Eltern eine erhöhte Gefahr für Diskriminierungs- und Mobbingerfahrungen bestehen[1155], doch scheinen die Kinder und ihre Eltern solche Erlebnisse gut bewältigen zu können. Denn jedenfalls entwickeln Kinder homosexueller Paare nicht

1151 Vgl. ebd.

1152 *Helms*, Gutachten: Rechtliche, biologische und soziale Elternschaft – Herausforderungen durch neue Familienformen, in: Verhandlungen des 71. DJT, Bd. I, 2016, F 5-103 (29).

1153 Vgl. ebd. F 29; *Golombok*, Modern Families, 2015, S. 44, 49, 53: “No differences in psychological adjustment, including anxiety, depression and self-esteem, were identified between adolescents from the two family types [two parent heterosexual/two parent lesbian families]. Neither was there a difference in adolescents’ feelings of warmth from their parents, perceived autonomy or experiences of sexual and romantic relationships.”, vgl. zusammenfasend S. 64 ff., 68.

1154 Vgl. ebd. F 29; *Rupp*, Die Lebenssituation von Kindern in gleichgeschlechtlichen Lebenspartnerschaften, 2009, S. 116 ff. (zum unauffälligen Verhalten und Entwicklungsstand der Kinder), 188 ff. und 305 f. (zur positiven Eltern-Kind-Beziehung), 266 ff. (zur sicheren Bindungsrepräsentation), 294 (zum vergleichbaren Erziehungsverhalten von gleichgeschlechtlichen Lebenspartnerschaften und anderen Familienformen): „Aus Sicht der Expert(inn)en ergeben sich bei Fragen der Partnerschaft, des Zusammenlebens oder den Eltern-Kind-Beziehungen keine grundlegenden Unterschiede zwischen gleichgeschlechtlichen und heterosexuellen Familien, wohl aber in der erhöhten Bemühtheit und Fürsorglichkeit der gleichgeschlechtlichen Eltern, den Kindern Nachteile zu ersparen. Vorteil des Aufwachsens in Regenbogenfamilien sehen die Expert(inn)en in der größeren Bandbreite und Offenheit gegenüber anderen Lebens- und Familienformen, die den Kindern Toleranz vermittle.“; *Golombok*, Modern Families, 2015, S. 43, 45 ff., 52 ff., 64 ff., 66 ff.

1155 Vgl. ebd. F 29, *Golombok*, Modern Families, 2015, S. 43, 54, 57 ff., 59, 62 f., 67; *Rupp*, Die Lebenssituation von Kindern in gleichgeschlechtlichen Lebenspartnerschaften, 2009, S. 149 ff., 258 ff., 296 ff., 306 f.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

häufiger psychologische Auffälligkeiten als Kinder heterosexueller Paare[1156]. Außerdem ist gesellschaftliche Diskreditierung nicht selten Produkt rechtlicher Andersbehandlung oder wird durch diese doch wenigstens befeuert[1157]. Da sich also von der sexuellen Orientierung und geschlechtlichen Identität weder auf den Willen noch Unwillen und erst recht nicht die Fähigkeit zur Übernahme emotionaler Fürsorge und sozialer Verantwortung für ein Kind schließen lassen, gebührt gleich- und transgeschlechtlichen Personen der gleiche Zugang zur Reproduktionsmedizin als Voraussetzung für eine Persönlichkeitsentwicklung durch Elternschaft wie heterosexuellen Paaren.

Doch selbst wer der Sozialempirie misstraut, wird sich, wie *Helms* zurecht anmerkt, „kritisch fragen müssen, ob die von ihm vermuteten Gefährdungen den Toleranzbereich überschreiten, der den Staat legitimieren könnte, das Aufwachsen von Kindern in gleichgeschlechtlichen Gemeinschaften rechtlich zu missbilligen oder gar zu untersagen"[1158]. Dass dem nicht so ist, ja, dass es im Gegenteil unvertretbar ist, die betroffenen Kinder in ihrem Selbstverständnis und ihrer Entwicklung dadurch zu belasten, dass ihre Eltern nicht dieselbe Anerkennung erfahren wie verschiedengeschlechtliche Eltern, hat der Gesetzgeber im Adoptionsrecht anerkannt, wo er, der Vorgabe des BVerfG folgend, gleichgeschlechtlichen Paaren sowohl die Möglichkeit zur Sukzessivadoption[1159], also der Annahme eines adoptierten Kindes des eingetragenen Lebenspartners durch den anderen, als

1156 Vgl. ebd. F 29; *Golombok*, Modern Families, 2015, S. 63, 66 f.; *Rupp*, Die Lebenssituation von Kindern in gleichgeschlechtlichen Lebenspartnerschaften, 2009, S. 257, 261 f.; *Bergold/Rupp*, Zusammenfassung, in: Rupp, Die Lebenssituation von Kindern in gleichgeschlechtlichen Partnerschaften, 2009, S. 281-311 (296 ff.). *Ball*, Same-Sex Marriage and Children, 2014; *Cole*, Engines of Liberty, S. 15-93; *American Psychological Association*, Lesbian & Gay Parenting, 2005, http://www.apa.org/pi/lgbt/resources/parenting-full.pdf (25.3.2021); *American Psychological Association, California Psychological Association, American Psychiatric Association, American Association for Marriage and Family Therapy*, Amici Curiae Gutachten zu Perry et al. vs. Arnold Schwarzenegger, http://www.apa.org/about/offices/ogc/amicus/perry.pdf (28.3.2022); *Gutmann*, Traditionskrisen, in: Gärtner/Gutmann/Mesch/Meyer, Normative Krisen, 2019, S. 303-335 (321); *Farr*, Does parental sexual orientation matter?, Dev. Psychol. 2017 (53/2), S. 252-264; *Gartrell/Bos/Koh*, National Longitudinal Lesbian Family Study, NEJM 2018 (379/3), S. 297-299.

1157 *Golombok*, Modern Families, 2015, S. 69.

1158 *Helms*, Gutachten: Rechtliche, biologische und soziale Elternschaft – Herausforderungen durch neue Familienformen, in: Verhandlungen des 71. DJT, Bd. I, 2016, F 5-103 (29-30).

1159 Urt. v. 19.2.2013 – 1 BvL 1/11, 3247/09, BVerfGE 133, 59-100, NJW 2013, S. 847-855.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

auch zur Stiefkindadoption[1160], also der Annahme eines leiblichen Kindes des eingetragenen Lebenspartners durch den anderen, eingeräumt hat. Seit Einführung der Ehe für alle am 1. Oktober 2017 können gleichgeschlechtliche Ehepaare außerdem gemeinsam Kinder adoptieren[1161]. Zwar ersetzt die Stiefkindadoption nicht die gleichheitsrechtlich zwingend gebotene Möglichkeit zur Zuordnung des Kindes an die Partnerin der Mutter mit Geburt (dazu im dritten Hauptteil). Doch insgesamt bringen die Entwicklungen im Adoptionsrecht zum Ausdruck, dass gleichgeschlechtliche Paare in ihrer Elternqualität heterosexuellen Paaren in nichts nachstehen. Das BVerfG erkennt ausdrücklich an, „dass die behüteten Verhältnisse einer eingetragenen Lebenspartnerschaft das Aufwachsen von Kindern ebenso fördern können wie die einer Ehe“[1162]. Umso widersprüchlicher erscheint es, dass eine Frau nach geltendem Recht zwar das leibliche Kind ihrer Partnerin annehmen, ihre Partnerin aber faktisch wegen der nach wie vor überwiegend restriktiven Vorgaben der Landesärztekammern schon keine Samenspende erhält, um überhaupt Mutter des Kindes werden zu können, das später im Wege der Stiefkindadoption angenommen werden soll[1163]. Nicht zuletzt „[d]er mühsame Prozess des Abbaus der Diskriminierung nichtehelicher Kinder“ hat gezeigt, „wie schwer es einer Gesellschaft fallen kann, sich von alten Konventionen und Einstellungen zu lösen“[1164]. Doch spätestens seit Einführung der Ehe für alle lässt sich auch der Zugang zur Elternschaft für alle, sei es durch Adoption oder Reproduktionsmedizin, nicht mehr widerspruchsfrei negieren.

1160 Urt. v. 26.3.2019 – 1 BvR 673/17, BVerfGE 151, 101-151, NJW 2019, S. 1793-1802.

1161 *Bergold/Buschner*, Regenbogenfamilien in Deutschland, 11.5.2018, https://www.bpb.de/gesellschaft/gender/homosexualitaet/269064/regenbogenfamilien (9.12.2021).

1162 Urt. v. 19.2.2013 – 1 BvL 1/11, 3247/09, BVerfGE 133, 59 (89), NJW 2013, S. 847-855 (852).

1163 Vgl. aber *Krekeler*, Berufsordnungen im Rahmen der Verfassung, 2021, S. 74 ff. mit exemplarischer Betrachtung der (Muster-) Richtlinie zur Durchführung der assistierten Reproduktion, wonach diese, soweit die Landesärztekammern deren statusrechtlichen Vorgaben übernommen haben, mit Einführung der Ehe für alle inzwischen wohl so auszulegen ist, „dass auch bei gleichgeschlechtlichen Paaren, bei denen die entsprechende medizinische Indikation gegeben ist, Maßnahmen der assistierten Reproduktion zulässig sind“. Das helfe aber nicht darüber hinweg, „dass im Bereich der nichtverheirateten gleichgeschlechtlichen Paare weiterhin eine Ungleichbehandlung von homosexuellen und heterosexuellen Paaren erfolgt“ (S. 78).

1164 *Helms*, Gutachten: Rechtliche, biologische und soziale Elternschaft – Herausforderungen durch neue Familienformen, in: Verhandlungen des 71. DJT, Bd. I, 2016, F 5-103 (30).

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

c) Benachteiligungsverbot wegen des Geschlechts, Art. 3 I, II, III S. 1 GG

Mindestens genauso hohe Rechtfertigungsanforderungen greifen für an das Geschlecht anknüpfende Ungleichbehandlungen im Zugang zur Elternschaft. Die deutsche Verfassung normiert ergänzend zum allgemeinen Gleichheitssatz aus Art. 3 I GG einerseits ein Diskriminierungs*verbot* wegen des Geschlechts in Art. 3 III S. 1 GG, andererseits ein Beseitigungs*gebot* von geschlechtsspezifischen Ungleichbehandlungen in Art. 3 II GG[1165], das „im systematischen Verhältnis zum Verbot der Diskriminierung wegen des Geschlechts in Abs. 3 nur so verstanden werden kann, dass sie als Förderauftrag gemeint ist"[1166].

Daneben sind „Gleichberechtigung und Diskriminierungsverbote wegen des Geschlechts […] im nach 1945 entwickelten Menschenrechtskanon international vielfach verankert" und „soweit ratifiziert, […] bei der Auslegung der Grundrechte zu berücksichtigen"[1167]. Das gilt im Kontext der EMRK insbesondere für Art. 14 EMRK, wobei Deutschland das 12. Zusatzprotokoll, welches Art. 14 EMRK nicht nur akzessorische, sondern eigenständige Wirkung zuspricht, nicht ratifiziert hat[1168]. Der Art. 3 II S. 1 GG normiert ein Abwehrrecht vor geschlechtsbezogener Ungleichbehandlung, das klarstellungshalber erweitert[1169] und verstärkt um den Art. 3 II S. 2 GG, der die Gleichberechtigung von Frauen und Männern als Staatsaufgabe festlegt und ihr gleichzeitig als „Rechtfertigungsgrund für gleichstellungs-

1165 *Markard*, Das Gebot der Entgeltgleichheit: Verfassungsrechtliche Perspektiven, JZ 2019 (74/11), S. 534-542 (537).

1166 *Markard*, Struktur und Teilhabe: zur gleichheitsrechtlichen Bedeutung der „dritten Option", in: Verfassungsblog, 14.11.2017; *Dies.*, Struktur und Teilhabe: zur gleichheitsrechtlichen Bedeutung der „dritten Option", in: Greif, No lessons from the intersexed? Anerkennung und Schutz intergeschlechtlicher Menschen durch Recht, 2019, S. 41-49; zur eigenständigen Bedeutung des Art. 3 II GG als Förderauftrag im Verhältnis zu Art. 3 III S. 1 GG zunächst *Sacksofsky* in ihrer Dissertation von 1991 zum „Grundrecht auf Gleichberechtigung", sodann das BVerfG in seinem Nachtarbeiterbeschluss (Urt. v. 28.1. 1992 – 1 BvR 1025/84; BVerfGE 85, 191-214) und schließlich klarstellend der verfassungsändernde Gesetzgeber 1994 durch die Ergänzung des Art. 3 II GG um seinen heutigen S. 2.

1167 *Baer/Markard*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, 7. Aufl. 2018, Art. 3, Rn. 343 ff. mit einer Übersicht zum geschlechtsspezifischen Diskriminierungsverbot im Europarecht und internationalen Recht; dazu auch: *Boysen*, in: von Münch/Kunig, GG, 7. Aufl. 2021, Art. 3, Rn. 157-160.

1168 *Baer/Markard*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, 7. Aufl. 2018, Art. 3, Rn. 346; vgl. *Langenfeld*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, 95. EL Juli 2021, Art. 3, Rn. 5.

1169 *Boysen*, in: von Münch/Kunig, GG, 7. Aufl. 2021, Art. 3, Rn. 157-160.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

fördernde Ungleichbehandlungen nach dem Geschlecht" die nötige Durchsetzungskraft verleiht, eine dem umfassenden Geltungsanspruch des Art. 1 I GG vergleichbare Wirkkraft hat[1170]. Insgesamt installiert Art. 3 II GG somit ein „Gleichberechtigungsgebot", dem es nicht nur formal, sondern materiell darum geht, „die Gleichberechtigung der Geschlechter in der gesellschaftlichen Wirklichkeit durchzusetzen und überkommene Rollenverteilungen zu überwinden"[1171] . Zu diesem Zweck fordert Art. 3 II GG nicht lediglich zu bloßer „‚Gleichmacherei'" auf, sondern ordnet die effektive Herstellung tatsächlicher „Gleichheit in der Freiheit" an[1172]. Für diese Arbeit von einigem Gewicht ist dabei die Einschätzung *Baer/Markards*, der zufolge sich Art. 3 II GG „gegen eine selbstverständliche Hinnahme tradierter (‚hegemonialer') ‚Normalität' [richtet], die gerade hinsichtlich des Geschlechts oft unhinterfragt naturalisiert worden ist"[1173]. Danach ist Art. 3 GG auszulegen „als zugunsten von Frauen wirkendes, antipatriarchales ‚Diskriminierungsverbot'"[1174]. In dieser Funktion entfaltet Art. 3 II GG „Ausstrahlungswirkung in die gesamte Rechtsordnung"[1175] und untersagt „jede Form der Diskriminierung", also „auch die faktische, mittelbare, verdeckte, oder strukturelle Diskriminierung"[1176], sachlich umfassend in allen Lebensbereichen[1177].

1170 *Baer/Markard*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, 7. Aufl. 2018, Art. 3, Rn. 352 f.; Rn. 366.

1171 Urt. v. 24.1.1995 – 1 BvL 18/93, 5/94, 6/94, 7/94, 403/94, 569/94, BVerfGE 92, 91 (112 f.), NJW 1995, S. 1733-1737 (1735); Urt. v. 25.10.2005 – 2 BvR 524/01, BVerfGE 114, 357 (370 f.), BeckRS 2005, 31137; *Langenfeld*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, 95. EL Juli 2021, Art. 3, Rn. 56.

1172 *Baer/Markard*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, 7. Aufl. 2018, Art. 3, Rn. 354 f.; *Markard*, Das Gebot der Entgeltgleichheit: Verfassungsrechtliche Perspektiven, JZ 2019 (74/11), S. 534-542 (538 ff.): „Nach Art. 3 Abs. 2 GG darf der Staat bestehenden strukturellen Nachteilen für Frauen nicht tatenlos gegenüberstehen; Rollenstereotype muss er berücksichtigen, soweit sie sich real auswirken, er darf sie aber aufgrund ihrer freiheitsbeschränkenden Wirkung nicht verstärken. Er ist durch Abs. 2 verpflichtet, existierende Nachteile abzubauen. Damit zielt Art. 3 Abs. 2 GG auf die Angleichung der Lebensverhältnisse im Sinne nicht nur rechtlich, sondern auch tatsächlich gleicher Teilhabechancen ab."

1173 *Baer/Markard*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, 7. Aufl. 2018, Art. 3, Rn. 358, 339 f. und insbesondere die Rn. 448 ff.

1174 Vgl. ebd. Rn. 361.

1175 Vgl. ebd. Rn. 364.

1176 Vgl. ebd. Rn. 365; vgl. *Langenfeld*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, 95. EL Juli 2021, Art. 3, Rn. 28-38.

1177 *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, GG, 16. Aufl. 2020, Art. 3, Rn. 106; *Boysen*, in: von Münch/Kunig, GG, 7. Aufl. 2021, Art. 3, Rn. 168.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Als Konkretisierung des allgemeinen Gleichheitssatzes aus Art. 3 I GG stellt Art. 3 II GG ein „kategorisches Differenzierungsverbot" dar, so dass an die Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung nach Art. 3 II GG im Verhältnis zu Art. 3 I GG besonders strenge Anforderungen zu stellen sind[1178]. Das BVerfG zieht solche Gründe nur in Betracht, wenn sie ausnahmsweise zwingend erforderlich sind, um Probleme zu lösen, die ihrer Natur nach entweder nur bei Männern oder bei Frauen auftreten können[1179]. Dabei schließt ein etwaiger „biomedizinischer Unterschied […] nicht etwa definitorisch die Anwendung von Art. 3 aus", sondern „kann eine Ungleichbehandlung nur eventuell rechtfertigen oder auch erzwingen, um dem Gleichstellungsgebot Rechnung zu tragen"[1180].

Berechtigte Gründe, die eine geschlechtsspezifische Ungleichbehandlung im Zugang zur Elternschaft rechtfertigen würden, sind indes nicht in Sicht. Vielmehr ist mit der *Leopoldina* festzuhalten, dass soweit „das geltende Recht den Ausschluss bestimmter Methoden der Reproduktionsmedizin an geschlechtsspezifische Merkmale" bindet, es insbesondere die gespaltene Mutterschaft im Gegensatz zur gespaltenen Vaterschaft unter Strafe verbietet (§ 1 Nr. 1, 2, 6, 7 ESchG) und damit „zur Überwindung weiblicher Infertilität ein geringeres Spektrum an Möglichkeiten zur Verfügung [stellt] als zur Überwindung männlicher", gegen das geschlechtsspezifische Benach-

1178 *Langenfeld*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, 95. EL Juli 2021, Art. 3, Rn. 12.

1179 Urt. v. 28.1.1992 – 1 BvR 1025/82, 16/83, 10/91, BVerfGE 85, 191 (207), NJW 1992, S. 964-966 (965); Urt. v. 24.1.1995 – 1 BvL 18/93, 5/94, 6/94, 7/94, 403/94, 569/94, BVerfGE 92, 91 (109), NJW 1995, S. 1733-1737 (1734).

1180 *Baer/Markard*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, 7. Aufl. 2018, Art. 3, Rn. 354 f.; vgl. *Kischel*, in: Epping/Hillgruber, BeckOK GG, 50. Ed., Stand: 15.2.2022, Art. 3, Rn. 191 ff.; in Bezug gesetzt zum Verbot der Eizellspende vgl. *Büchler*, Gutachten im Auftrag des schweizerischen Bundesamtes für Gesundheit: Die Eizellspende in der Schweiz de lege lata und de lege ferenda, https://www.bag.admin.ch/bag/de/home/medizin-und-forschung/fortpflanzungsmedizin/stellungnahmen-gutachten.html (29.3.2022), 2014, S. 22 f.; „Die Spaltung zwischen sozialer und biologischer Mutterschaft stellt keine biologisch fundierte Andersartigkeit dar, an welcher die Ungleichbehandlung von Samen- und Eizellspende zulässigerweise anknüpfen könnte."

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

teiligungsverbot aus Art. 3 I, II S. 1, III S. 1 GG verstößt[1181]. Denn eine „Ungleichbehandlung fortpflanzungswilliger Personen allein aufgrund des Geschlechts" ist unzulässig. Die Differenzierung, „wie sie etwa gegenwärtig für Männer und Frauen hinsichtlich der Zulässigkeit der Keimzellspende gilt" müsste sich „auf substanzielle weitere Argumente stützen können, um gerechtfertigt zu sein"[1182].

Jedoch erscheint insbesondere die vom Gesetzgeber beim Verbot der Eizellspende vermeintlich zu Grunde gelegte Auffassung, „die genetische Beziehung zur Mutter habe einen größeren Stellenwert als die genetische Beziehung zum Vater"[1183], vor dem Hintergrund eines Rechts auf Zugang zur Elternschaft gleich zweifach fehlerhaft: Erstens ist damals wie heute nicht ersichtlich, warum die genetische Verbindung zur Mutter einen höheren Stellenwert einnehmen sollte als die genetische Verbindung zum Vater. Sofern der Gesetzgeber, wie die *Leopoldina* vermutet, „die Ende der 1980er Jahre noch übliche ungleiche Verteilung der sozialen Rollen von Mutter und Vater mit der entsprechend oft engeren Bindung zwischen Mutter und Kind auf die genetische Beziehung übertragen"[1184] hat, scheitert

1181 *Leopoldina*, Fortpflanzungsmedizin in Deutschland – für eine zeitgemäße Gesetzgebung, 2019, S. 41; vgl. *Röthel*, Autonomie als Bezugspunkt für eine Kritik der rechtlichen Regulierung des Zugangs zu reproduktiven Verfahren, in: Baer/Sacksofsky, Autonomie im Recht – Geschlechtertheoretisch vermessen, 2018, S. 215-227 (216), die anmerkt, dass die Sicherung von Autonomie jüngst „nicht mehr nur als Freiheitsproblem, sondern als Gleichheitsproblem" auf den Plan tritt: „Warum ist die Überwindung männlicher Infertilität nach geltendem Recht schon seit einige Zeit möglich, die Überwindung weiblicher Infertilität indes kategorisch verboten? Genauso wäre weiter zu fragen nach der Verfasstheit der Wunscheltern (Ehe im Gegensatz zur nichtehelichen Lebensgemeinschaft) oder ihrer Verschieden- bzw. Gleichgeschlechtlichkeit."

1182 Vgl. ebd. S. 29; *Wapler*, Reproduktive Autonomie: rechtliche und rechtsethische Überlegungen, in: Baer/Sacksofsky, Autonomie im Recht – Geschlechtertheoretisch vermessen, Nomos, Baden-Baden 2018, S. 185-214 (209 ff.); diese Voraussetzungen für das Verbot der Eizellspende zurecht verneinend: *Dethloff*, Reproduktive Autonomie, in: Baer/Sacksofsky, Autonomie im Recht – Geschlechtertheoretisch vermessen, Nomos, Baden-Baden 2018, S. 229-228 (231); ebenso: *Coester-Waltjen*, Reformüberlegungen unter besonderer Berücksichtigung familienrechtlicher und personenstandsrechtlicher Fragen, Reproduktionsmedizin 2002, S. 183-198 (188).

1183 *Leopoldina*, Fortpflanzungsmedizin in Deutschland – für eine zeitgemäße Gesetzgebung, 2019, S. 70.

1184 Vgl. ebd. S. 70.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

diese Gleichung heute sowohl am Stand der Erkenntnisse der Genetik[1185] als auch am Selbstverständnis der gleichberechtigten Rollenverteilung[1186]. Hinzu kommt, dass jede „solche normative Unterstellung von Ungleichheit dazu bei[trägt], die noch bestehende soziale Ungleichheit von Männern und Frauen zu verfestigen"[1187]. Zweitens verliert die Genetik ohnehin ihren Stellenwert als einziger Indikator für den Zugang zur Elternschaft und die Verteilung der elterlichen Rechte und Pflichten (vgl. B, IV, 1, b, cc).

Überhaupt gilt, dass es kein „öffentliches Interesse daran [gibt], das – wie auch immer zu definierende ‚Natürliche' als eine Art gesellschaftlichen Selbstverständnisses zu bewahren"[1188]. Abgesehen davon, dass ein Abstellen auf Kindeswohlargumente im reproduktionsmedizinischen Kontext bereits argumentationslogisch fehlschlägt (zum Problem der Nichtidentität vgl. C, VI, 2, b), ist jedenfalls die Befürchtung, ein durch Eizellspende, Embryonenspende oder Leihmutterschaft gezeugtes Kind könne „seelische Konflikte bzw. Beeinträchtigungen sowie Identitätsfindungsprobleme"[1189] erleiden, mittlerweile auch empirisch widerlegt (zum Auseinanderfallen von leiblicher und sozialer Elternschaft vgl. C, IV, 3, a, aa; zum Auseinanderfallen von biologischer und genetischer Elternschaft vgl. C, VI, 2, a) und

1185 *Büchler*, Gutachten im Auftrag des schweizerischen Bundesamtes für Gesundheit: Die Eizellspende in der Schweiz de lege lata und de lege ferenda, https://www.bag.admin.ch/bag/de/home/medizin-und-forschung/fortpflanzungsmedizin/stellungnahmen-gutachten.html (29.3.2022), 2014, S. 23: „Der […] Behauptung, die Einheit der Mutterschaft sei für die spätere Entwicklung wichtiger als diejenige der Vaterschaft, fehlt es an wissenschaftlicher Evidenz".

1186 *Schumann*, Familienrechtliche Fragen der Fortpflanzungsmedizin im Lichte des Grundgesetzes, in: Rosenau, Ein zeitgemäßes Fortpflanzungsmedizingesetz für Deutschland, 2012, S. 155-201 (186 f.); *Wapler*, Reproduktive Autonomie: rechtliche und rechtsethische Überlegungen, in: Baer/Sacksofsky, Autonomie im Recht – Geschlechtertheoretisch vermessen, Nomos, Baden-Baden 2018, S. 185-214 (209 ff.).

1187 *Leopoldina*, Fortpflanzungsmedizin in Deutschland – für eine zeitgemäße Gesetzgebung, 2019, S. 29.

1188 *Büchler*, Gutachten im Auftrag des schweizerischen Bundesamtes für Gesundheit: Die Eizellspende in der Schweiz de lege lata und de lege ferenda, https://www.bag.admin.ch/bag/de/home/medizin-und-forschung/fortpflanzungsmedizin/stellungnahmen-gutachten.html (29.3.2022), 2014, S. 18.

1189 Vgl. ebd. S. 69.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

überzeugt daher nicht als Rechtfertigung für eine geschlechtsspezifische Ungleichbehandlung im Zugang zur Elternschaft[1190].

Schließlich kann der eine Differenzierung zwingend erfordernde Umstand auch nicht in der Tatsache gesehen werden, dass eine Eizellspende und Leihmutterschaft mit einem schwerwiegenderen Eingriff in die körperliche Integrität der Hilfe leistenden Person verbunden ist als die Samenspende[1191]. Denn wäre dem so, ist nicht nachvollziehbar, warum der Gesetzgeber die Eigeneizellspende und die Intracytoplasmatische Sperma-Injektion (ICSI)[1192] erlaubt, beides Verfahren, die nicht weniger eingriffsintensiv sind als die heterologe Eizellspende[1193].

Auf jeden Fall gilt, dass die Entscheidung darüber, welche Eingriffe in die körperliche Integrität und welche gesundheitlichen Risiken und Belastungen man bereit ist, auf sich zu nehmen, der freien Entscheidung jedes Einzelnen überlassen bleiben muss[1194]. Insofern schützt Art. 2 II S. 1 GG nicht den Körper, sondern das Selbstbestimmungsrecht über den Körper. Als Freiheitsrecht ist es streng antipaternalistisch ausgestaltet[1195]. Der Staat

1190 Umfassend zum Verbot der Eizellspende in der Schweiz und mit einer gut fundierten Begründung, warum im Ergebnis weder Natürlichkeitsargumente, noch Kindeswohlargumente noch Bedenken hinsichtlich der Gesundheitsrisiken und Instrumentalisierung der Spenderinnen ein Verbot der Eizellspende zu rechtfertigen vermögen: *Büchler*, Gutachten im Auftrag des schweizerischen Bundesamtes für Gesundheit: Die Eizellspende in der Schweiz de lege lata und de lege ferenda, https://www.bag.admin.ch/bag/de/home/medizin-und-forschung/fortpflanzungsmedizin/stellungnahmen-gutachten.html (29.3.2022), 2014; zur geschlechtsspezifischen Benachteiligung durch das Verbot der Eizellspende sowie für eine rechtsvergleichende Darstellung der Regelungen zur Eizellspende in der Schweiz, Belgien, Finnland, Frankreich, Spanien, Großbritannien und den USA und den Lehren, die sich daraus ziehen lassen vgl. *Bühler*, Social Science Report, Egg Donation and IVF with Donated Eggs. Lessons to be Learned from Other Countries, abrufbar unter: https://www.bag.admin.ch/bag/de/home/medizin-und-forschung/fortpflanzungsmedizin/stellungnahmen-gutachten.html (29.3.2022), 2014.

1191 Vgl. ebd. S. 25 ff.

1192 Die ICSI ist ein Verfahren der künstlichen Befruchtung, bei der das Spermium eines Mannes direkt in das Zytoplasma einer Eizelle injiziert wird. Falls die Spermienqualität schlecht ist oder das Ejakulat zu wenige Spermien enthält, besteht die Möglichkeit, diese operativ aus dem Hoden (TESE) oder Nebenhodengewebe (MESA) zu gewinnen.

1193 *Esser*, Ist das Verbot der Leihmutterschaft in Deutschland noch haltbar?, 2021, S. 248; *Reinke*, Fortpflanzungsfreiheit und das Verbot der Fremdeizellspende, 2008, S. 110.

1194 *Coester-Waltjen*, Reformüberlegungen, Reproduktionsmedizin 2002 (4), S. 183-198 (193 ff.).

1195 *Gutmann*, in: Staudinger, 2021, Einleitung zu § § 630 a ff., Rn. 13 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

darf nicht verhindern, dass man sich selbst schadet oder objektiv irrational verhält. Die grundrechtlich geschützte Freiheit schließt auch die Freiheit zur Krankheit ein, und damit das Recht, auf Heilung zielende Eingriffe abzulehnen. Einer Frau die Eizellspende zu ihrem eigenen Schutz zu verbieten, ist damit in erster Linie ein paternalistischer Eingriff in ihr Selbstbestimmungsrecht und keine Rechtfertigung für eine Ungleichbehandlung[1196]. Das gilt sowohl im Hinblick auf die Eizellspenderin, der im Gegensatz zum Samenspender die eigenverantwortliche Entscheidung darüber abgesprochen wird, einem unfreiwillig kinderlosen Paar zu einem Kind zu verhelfen, als auch im Hinblick auf die Wunschmutter, der im Gegensatz zum Wunschvater die Möglichkeit aberkannt wird, Dritthilfe in Anspruch zu nehmen. Zurecht weist nicht zuletzt *Dethloff* darauf hin, dass „gerade lesbischen Paaren das Austragen einer ‚fremden' Eizelle – nämlich der Eizelle der einen Partnerin durch die andere Partnerin, wie sie im Ausland zunehmend praktiziert wird – [es ermöglicht], ein Kind zu bekommen, das körperlich mit beiden Müttern verbunden ist, und [...] somit ihre reproduktive Autonomie in besonderer Weise [sichert]"[1197].

Da es damit an zwingenden Gründen für eine geschlechtsspezifische Ungleichbehandlung im Zugang zur Elternschaft fehlt, „lässt sich diese nur noch im Wege einer Abwägung mit kollidierendem Verfassungsrecht legitimieren"[1198]. Doch auch eine Gesamtabwägung der Rechte der Wunscheltern, der Kinder, des Embryos, der Gesellschaft und Dritter legt kein anderes Ergebnis nahe (vgl. C, VI).

3) Ergebnis zum Recht auf gleichen Zugang zur Elternschaft

Im Ergebnis begründet die deutsche Verfassung ein Recht auf gleichen Zugang zur Elternschaft, das unabhängig von der Familienform (Ehe- und Beziehungsstatus) sexuellen Orientierung und geschlechtlichen Iden-

1196 So auch *Büchler*, Gutachten im Auftrag des schweizerischen Bundesamtes für Gesundheit: Die Eizellspende in der Schweiz de lege lata und de lege ferenda, https://www.bag.admin.ch/bag/de/home/medizin-und-forschung/fortpflanzungsmedizin/stellungnahmen-gutachten.html (29.3.2022), 2014, S. 25.

1197 *Dethloff*, Reproduktive Autonomie, in: Baer/Sacksofsky, Autonomie im Recht – Geschlechtertheoretisch vermessen, 2018, S. 229-228 (232).

1198 Urt. v. 25.10.2005 – 2 BvR 524/01, BVerfGE 114, 357 (364), NVwZ 2006, S. 324-326 (325); Urt. v. 24.1.1995 – 1 BvL 18/93, 5/94, 6/94, 7/94, 403/94, 569/94, BVerfGE 92, 91 (109), NJW 1995, S. 1733-1737 (1734).

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

tität jedem zusteht[1199]. Auch darüber hinaus sichert das Zugangsrecht den Abbau diskriminierender Tendenzen im Bereich der Fortpflanzungsmedizin umfassend ab und verbietet vor diesem Hintergrund speziell jegliche Geschlechterdiskriminierung im Zugang zur und im Umfang der Kinderwunschbehandlung sowie bei der rechtlichen Zuordnung der Elternstellung. Zu diesem Ergebnis kommt auch der neunte Familienbericht der Bundesregierung. Danach „muss der Grundsatz gelten, dass Diskriminierungen aufgrund von familiären Status, Geschlecht und sexueller Orientierung bei der Realisierung des Kinderwunsches abzubauen sind, der Zugang also diskriminierungsfrei zu gewähren ist. Gleichgeschlechtlichen Paaren sind dieselben Methoden zu erlauben wie verschiedengeschlechtlichen Paaren. Auch Alleinstehende sind – nicht zuletzt vor dem Hintergrund, dass sie auch allein ein Kind adoptieren können – grundsätzlich gleich zu behandeln."[1200]

IV) Das Zugangsrecht als Abwehrrecht, Leistungsrecht und normgeprägtes Grundrecht

Das Recht auf Zugang zur Elternschaft wirkt primär abwehrrechtlich, kann aber auch leistungsrechtliche Funktionen annehmen und ist als normgeprägtes Grundrecht letztlich auf eine Ausgestaltung durch den einfachen Gesetzgeber angewiesen.

1) Das Recht auf Zugang zur Elternschaft als Abwehrrecht

Wie beim Zugangsrecht als Menschenrecht (vgl. B, III, 2), geht es auch beim Zugangsrecht als Grundrecht ebenso wie beim Recht auf reproduktive Autonomie nicht um das „Recht auf ein gesundes Kind" oder das Recht, überhaupt ein Kind zu bekommen. Beides kann es nicht geben, weil „keine korrespondierenden Pflichten zu einem solchen Recht bestehen". Denn keiner, auch nicht der Staat, hat die Pflicht, jemanden zu Eltern zu machen. Es geht allein darum, „nicht durch gesetzliche Verbote an der Wahrnehmung des Selbstbestimmungsrechts in Fragen der eigenen Fortpflanzung [bzw. in Fragen der eigenen Persönlichkeitsentwicklung durch die Übernahme der

1199 So auch: *Dethloff*, Reproduktive Autonomie, in: Baer/Sacksofsky, Autonomie im Recht – Geschlechtertheoretisch vermessen, 2018, S. 229-228 (234).

1200 BT-Drucks. 19/27200, Neunter Familienbericht, 2021, S. 79.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Elternverantwortung und Beziehung zum Kind] gehindert zu werden".[1201] Deshalb ist das Recht auf Zugang zur Elternschaft in erster Linie ein Abwehrrecht.

2) Das Recht auf Zugang zur Elternschaft als Leistungsrecht

Trotzdem kann das Recht auf Zugang zur Elternschaft in finanzieller und institutioneller Hinsicht auch Leistungsrecht sein. Das begründet sich zum einen daraus, dass die „Fortpflanzungsfreiheit ohne Zugang zur Fortpflanzungsmedizin leerlaufen" würde, andererseits daraus, „dass in einem gewissen Umfang Leistungsrechte die Bedingung der Möglichkeit für die Durchsetzung von Freiheitsrechten sind"[1202]. Es geht also darum, „dass in der Praxis ein Abwehrrecht, unter bestimmten Bedingungen als solches gänzlich unwirksam wäre, wenn man nicht zugleich ein Recht auf diejenige Leistung vorsehen würde, die den Abwehranspruch erst praktisch tauglich macht"[1203]. Richtungsweisend sind insofern die Überlegungen *Röthels* zur Autonomie „als Gewährleistung eines tatsächlich realisierbaren Möglichkeitsraumes von Lebensentscheidungen"[1204]. Mit diesem Autonomieverständnis seien „Erwartungen an das Recht verbunden, die über die herkömmlichen Dimensionen von Freiheit und Rechtsgleichheit hinausgehen", nämlich die Forderung nach einer sozialstaatlichen Ausgestaltung, sprich der Finanzierbarkeit von Kinderwunschbhandlungen, um reproduktive Wünsche *tatsächlich* realisierbar zu machen. Zurecht kritisiert *Röthel*, dass die Frage der Finanzierbarkeit in der Debatte um reproduktive Auto-

1201 *Gutmann*, Rechtsphilosophische Reflexionen in: Arnold/Bernat/Kopetzki, Das Recht der Fortpflanzungsmedizin 2015, 2016, S. 46.

1202 *Seelmann*, Gutachten für das BAG: Zugang zur Fortpflanzungsmedizin für alle?, https://www.bag.admin.ch/bag/de/home/medizin-und-forschung/fortpflanzungsmedizin/stellungnahmen-gutachten.html (21.3.2022), S. 20-21; Wie dieser für die Schweiz formuliert: „Darf es sein, dass aus finanziellen Gründen ein Abwehrrecht, das vom BGer zum Zugangsrecht erweitert wird, dann doch aus finanziellen Gründen scheitert? Oder müsste in einem solchen Fall zur Durchsetzung des Rechts auch ein Leistungsrecht zuerkannt werden? Welche staatliche Kostenübernahmepflicht [...] folgt also aus dem ursprünglichen Charakter des Rechts als eines Abwehrrechts? Wie weit reicht das Recht der Fortpflanzungsfreiheit in den Bereich eines Leistungsrechts hinein?".

1203 Vgl. ebd. S. 22 f.

1204 *Röthe*l, Autonomie als Bezugspunkt für eine Kritik der rechtlichen Regulierung des Zugangs zu reproduktiven Verfahren, in: Baer/Sacksofsky, Autonomie im Recht – Geschlechtertheoretisch vermessen, 2018, S. 215-228 (219).

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

nomie bislang zu kurz gekommen sei. Grund sei vermutlich der altbewährte Grundsatz, dass man über Geld nicht spricht, „zumal, wenn es um etwas so ‚Altruistisches' wie ein Kind geht". Das Recht auf Zugang zur Elternschaft nun stärkt das Bewusstsein dafür, „dass die Nicht-Finanzierung eine ähnlich wirksame Regulierungsstrategie zur Kanalisierung der reproduktiven Optionen auf ‚natürliche Reproduktion' sein kann wie ein strafrechtlich bewehrtes Verbot"[1205].

a) Finanzierung der Kinderwunschbehandlung durch die gesetzliche Krankenversicherung

Vor diesem Hintergrund ist in finanzieller Hinsicht davon auszugehen, dass das Zugangsrecht den Gesetzgeber im Rahmen einer „grundrechtlich gebotenen Ausgestaltungsgesetzgebung"[1206] verpflichtet, eine vollumfängliche Finanzierung der Kinderwunschbehandlung durch die GKV für *jeden* sicherzustellen[1207]. Das ist derzeit nicht der Fall. Nach § 27 a SGV finanziert die GKV die künstliche Befruchtung (IVF und ICSI)[1208] wie dargelegt nur unter der Bedingung, dass die Maßnahmen nach ärztlicher Feststellung erforderlich sind, die Antragssteller verheiratet sind, Ei- und Samenzelle der Ehegatten verwendet werden (homologes System) und die Betroffenen mindestens 25 Jahre, Frauen nicht älter als 40 und Männer nicht älter als 50 Jahre sind, wobei die Kostenübernahme auf 50% für maximal drei Behandlungszyklen begrenzt ist. § 27 a I Nr. 3 SGB V nimmt unverheiratete Paare, § 27 a I Nr. 1 und Nr. 4 SGB V de facto gleichgeschlechtliche Paare von einer anteiligen Kostenübernahme durch die GKV aus[1209]. Alleinstehende Personen, die sich ein Kind ohne Partner wünschen, sind nach allen drei Tatbeständen von einer Teilkostendeckung ausgeschlossen (vgl. C, III, 2).

1205 Vgl. ebd. S. 2020.

1206 *Cornils*, Die Ausgestaltung der Grundrechte, 2005, S. 497.

1207 In diese Richtung *Seelmann*, Gutachten für das BAG: Zugang zur Fortpflanzungsmedizin für alle?, https://www.bag.admin.ch/bag/de/home/medizin-und-forschung/fortpflanzungsmedizin/stellungnahmen-gutachten.html (21.3.2022), S. 23: Denn „ein faktisches finanzielles Unvermögen bei einer Person, gemessen an den Möglichkeiten anderer Personen, […] [kann] Unfreiheit für denjenigen bedeuten […], der an diesem Mangel leidet".

1208 Nach dem BSG ist die ICSI eine medizinische Maßnahme i.S.d. § 27 a SGB V; Urt. v. 3.4.2001 – B 1 KR 40/00 R, BSGE 88, 62, BeckRS 2001, 41124.

1209 Vgl. BAnz AT 8.2.2022 B 3.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

aa) Leistungsbeschränkung auf verheiratete Paare, § 27 a I Nr. 3 SGB V

Das Bundessozialgericht betont seit jeher die gesetzgeberische Entscheidung für eine „Sonderstellung der künstlichen Befruchtung im Leistungssystem der Krankenversicherung“[1210]. Auch das BVerfG hat mit Urteil aus dem Jahr 2007 die gesetzgeberische Entscheidung gebilligt, „medizinische Maßnahmen zur Herbeiführung einer Schwangerschaft nach § 27 a SGB V nicht als Behandlung einer Krankheit“ zu klassifizieren, sondern „nur den für Krankheiten geltenden Regelungen“ zu unterwerfen[1211]. Es verneinte deshalb die Frage, ob § 27 a I Nr. 3 und Nr. 4 SGB V wegen Verletzung der Art. 6 I und V, Art. 3 I, Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I und Art. 2 II S. 1 verfassungswidrig ist wie das Sozialgericht Leipzig in seinem Vorlagebeschluss vom 28. März 2003 (S 8 KR 87/02) argumentiert hatte:

„Art. 6 Abs. 1 GG schütze nicht nur die Ehe, sondern auch die Familie. Auch diese habe der Staat zu fördern. Eine künstliche Befruchtung könne das Entstehen einer Familie in gleicher Weise bei Unverheirateten wie bei Verheirateten herbeiführen, ohne dass es zu diesem Zweck einer vorhergehenden Eheschließung bedürfe. Die gesetzliche Regelung sei zudem geeignet, die Freiheit nichtehelicher Lebenspartner zu beeinträchtigen, von einer Eheschließung abzusehen, um den Kinderwunsch doch noch auf Kosten der gesetzlichen Krankenversicherung zu verwirklichen. Die Regelung verstoße auch gegen Art. 6 Abs. 5 GG. Die einseitige Förderung künstlicher Befruchtung bei Ehepaaren bedinge eine von Verfassungs wegen verbotene Benachteiligung nichtehelicher Kinder noch vor der Geburt durch Verweigerung der Existenz und verletze Art. 3 Abs. 1 GG. Eine Unterscheidung danach, ob die Personen, die Maßnahmen nach § 27 a SGB V in Anspruch nehmen, miteinander verheiratet sind, sei dem Recht der gesetzlichen Krankenversicherung wesensfremd; es gehe um die Behandlung einer Krankheit in der Form der Sterilität. Auch sei die zur Prüfung gestellte Regelung mit Art. 2 Abs. 1 Satz 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG unvereinbar. Die Entstehung von Leben werde davon abhängig gemacht, ob die Erzeuger verheiratet seien. Auch widerspreche es dem Sozialstaatsprinzip, die Erfüllung des Kinderwunsches an den Bestand einer Ehe zu knüpfen.“[1212]

1210 Urt. v. 3.4.2001 – B 1 KR 40/00 R, BSGE 88, 62, BeckRS 2001, 41124.
1211 Urt. v. 28.2.2007 – 1 BvL 5/03, BVerfGE 117, 316 (326), NJW 2007, S. 1343-1345 (1344); BT-Drucks. 11/6760, S. 14.
1212 Urt. v. 28.2.2007 – 1 BvL 5/03, BVerfGE 117, 316 (320f.), NJW 2007, S. 1343-1345.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Das BVerfG schränkte die Zulässigkeit der Vorlage auf § 27 a I Nr. 3 SGB V ein, da Nr. 4 lediglich an den Ehegattenvorbehalt aus Nr. 3 anknüpfe, vor allem aber darauf ziele, „die heterologe Insemination als Methode der künstlichen Befruchtung von der Finanzierung durch die gesetzliche Krankenversicherung auszuschließen", die im vorgelegten Verfahren nicht sachgegenständlich war[1213]. Sodann entschied es, dass § 27 a I Nr. 3 SGB V weder gegen den allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. I GG verstoße noch sonstiges Verfassungsrecht verletze. Die Ungleichbehandlung sei nur dann sachlich nicht zu rechtfertigen, „würden die in § 27 a SGB V geregelten medizinischen Maßnahmen der Beseitigung einer Krankheit im Sinne von § 11 Abs. 1 Nr. 4 und § 27 Abs. 1 Satz 1 SGB V dienen". Das sei aber gerade nicht der Fall. Vielmehr sei „durch § 27 a SGB V ein eigenständiger Versicherungsfall geschaffen worden". Deshalb finde „§ 27 a SGB V keine Anwendung auf Maßnahmen zur Herbeiführung einer Schwangerschaft nach § 27 Abs. 1 SGB V, die – wie beispielsweise chirurgische Eingriffe, die Verordnung von Medikamenten oder eine psychotherapeutische Behandlung – als Krankenbehandlung zur Herstellung der Zeugungs- oder Empfängnisfähigkeit angesehen werden".[1214]

Der Ausnahmecharakter des § 27 a SGB V sei verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden. Gerade in einem „Grenzbereich zwischen Krankheit und solchen körperlichen und seelischen Beeinträchtigungen eines Menschen, deren Beseitigung oder Besserung durch Leistungen der gesetzlichen Krankenversicherung nicht von vornherein veranlasst ist", liege es in der Verantwortung des Gesetzgebers, „die Voraussetzungen für die Gewährleistung von Leistungen der gesetzlichen Krankenversicherung näher zu bestimmen (BVerfGE 115, 25, [45ff.])". Zudem werde durch § 27 a SGB V die Frage umgangen, ob die Methoden der assistierten Befruchtung, „die mit einem erheblichen finanziellen Aufwand verbunden sind, andererseits aber nur in 18 von 100 Behandlungen zur Geburt eines Kindes führen", dem Wirtschaftlichkeitspostulat nach § 2 I S. 1 und § 12 I SGB V entsprechen. Schließlich erlaube § 27 a SGB V die Behandlung auch „in Fällen, in denen die Kinderlosigkeit eines Paares medizinisch nicht erklärt werden kann (sog. idiopathische Sterilität) und deshalb ein ‚kranker' Versicherter" auch nicht gefunden werden kann (vgl. BSGE 88, 62 [64])". Er vermeide Abgrenzungs-

1213 Zur Rechtmäßigkeit der Beschränkung auf die homologe In-vitro-Fertilisation, vgl. Urt. v. 9.10.2001 – B 1 KR 33/00 R, BeckRS 2002, 40303.

1214 Urt. v. 28.2.2007 – 1 BvL 5/03, BVerfGE 117, 316 (325f.), NJW 2007, S. 1343-1345 (1344).

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

schwierigkeiten in Fällen, „in denen die Behandlung gerade der Partner erfährt, der keine Fertilitätsstörung aufweist".[1215] Eine Verfassungsbeschwerde aus dem Jahr 2009, in der es um die Verfassungsmäßigkeit der Leistungsbeschränkung auf 50% der Behandlungskosten nach § 27 a III SGB V ging, wies das BVerfG als unzulässig zurück, da die damit aufgeworfenen Fragen in der Rechtsprechung des BVerfG bereits geklärt seien (vgl. BVerfGE 117, 316ff.). Das BVerfG fügte aber hinzu: „Vor allem kann der Begriff der Krankheit, der grundsätzlich die Leistungen der gesetzlichen Krankenversicherung auslöst, nicht durch Auslegung dahin gehend erweitert werden, dass er auch den Wunsch nach einer erfolgreichen Familienplanung [...] umfasst. Die künstliche Befruchtung beseitigt keinen regelwidrigen körperlichen Zustand, sondern umgeht ihn mithilfe medizinischer Technik, ohne auf dessen Heilung zu zielen"[1216].

Außerdem, so das BVerfG in seiner Entscheidung aus dem Jahr 2007, habe „der Gesetzgeber hinreichende sachliche Gründe, die Gewährung der Leistung nach § 27 a SGB V daran zu knüpfen, dass Personen, die diese Maßnahmen in Anspruch nehmen wollen, miteinander verheiratet sind". Denn die Ehe sei „nach wie vor die rechtlich verfasste Paarbeziehung von Mann und Frau, in der die gegenseitige Solidarität nicht nur faktisch gelebt wird, solange es gefällt, sondern rechtlich eingefordert werden kann". Es liege im gesetzgeberischen Ermessen, „dass er die eheliche Partnerschaft als besonders geeignet ansieht, die mit den in Frage stehenden medizinischen Maßnahmen verbundenen Belastungen und Risiken gemeinsam zu bewältigen". Zudem sei es dem Gesetzgeber erlaubt, „in typisierender Betrachtung die Ehe wegen ihres besonderen Rahmens als eine Lebensbasis für ein Kind an[zu]sehen, die den Kinderwohlbelangen mehr Rechnung trägt als eine nichteheliche Partnerschaft". Anders als eheliche Partnerschaften könnten nichteheliche Partnerschaften jederzeit beendet werden. Die Ehe biete einem Kind deshalb „grundsätzlich mehr rechtliche Sicherheit, von

1215 Urt. v. 28.2.2007 – 1 BvL 5/03, BVerfGE 117, 316 (326), NJW 2007, S. 1343-1345 (1344); im Rahmen des § 27 a SGB V kommt die gesetzliche Krankenkasse grundsätzlich sowohl für Behandlung am Körper der versicherten Person als auch extrakorporale Behandlungsmaßnahmen auf, unabhängig davon, bei wem die Sterilität vorliegt, wer also „Verursacher" ist, vgl. Urt. v. 22.3.2005 – B 1 KR 11/03 R, NJW 2005, S. 2476-2479, BeckRS 2005, 41838.

1216 Urt. v. 27.2.2009 – 1 BvR 2982/07, BeckRS 2009, 32364, NJW 2009, S. 1733 f. (1733); zurecht kritisch in seiner Entscheidungsbesprechung: *Huster*, Die Leistungspflicht der GKV für Maßnahmen der künstlichen Befruchtung und der Krankheitsbegriff, NJW 2009, S. 1713-1716.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

beiden Elternteilen betreut zu werden". Die Unterhaltspflichten der Ehegatten zueinander bezögen auch die gemeinsamen Kinder ein; das bestimme „maßgeblich ihre wirtschaftliche und soziale Situation". Aber auch sonst werde „die wirtschaftliche und soziale Situation eines ehelichen Kindes […] durch die für die Ehe geltenden besonderen güter-, versorgungs- und erbrechtlichen Regelungen gestärkt". Daher dürfe der Gesetzgeber „die Leistung vom Bestehen einer Ehe abhängig machen, ohne gegen den Grundsatz zu verstoßen, dass die unterschiedlichen Formen der Familie im Sinne von Art. 6 Abs. 1 G im Verhältnis zueinander verfassungsrechtlich als gleichwertig anzusehen sind".[1217]

Doch kann im Ergebnis weder überzeugen, dass infertilitätsbehandelnde Maßnahmen nach § 27 a SGB V keine Krankenbehandlung sind noch dass die Ehe der Eltern zum Wohl des Kindes einen sachlich hinreichend legitimierten Rechtfertigungsgrund für eine Ungleichbehandlung unvermählter Paare in ihrem Recht auf Zugang zur Elternschaft durch reproduktionsmedizinische Leistungen darstellt.

Richtig ist, dass „der Krankheitsbegriff in der „medizintheoretischen und -ethischen Diskussion" keine homogene Auslegung erfahren hat, so dass es keinen objektiven Maßstab, geschweige denn eine Legaldefinition dafür

1217 Urt. v. 28.2.2007 – 1 BvL 5/03, BVerfGE 117, 316 (327-329), NJW 2007, S. 1343-1345 (1345).
Vgl. zu diesem Argument zurecht kritisch: *Brosius-Gersdorf*, Leistungen der gesetzlichen Krankenversicherung für Maßnahmen der künstlichen Befruchtung – Gesetzgebung im Spannungsfeld zwischen Grundrechtsschutz und Sicherung der Stabilität der Sozialversicherungssysteme, DÖV 2010 (11), S. 465-475 (475): „Bei den Leistungen der gesetzlichen Krankenversicherung für künstliche Befruchtungen handelt es sich um eine Maßnahme der Familienförderung – nicht der Eheförderung –, die nach dem Familiengrundrecht des Art. 6 Abs. 1 GG sämtliche potenziellen – ehelichen *und* nichtehelichen – Familien gleichermaßen zu Gute kommen muss. Das Bundesverfassungsgericht sollte seinen Standpunkt zur verfassungsrechtlichen Abgrenzung von Ehe- und Familienförderung überdenken."; einschränkend *Huster*, Die Relativität des juristischen Krankheitsbegriffs, in: Rauprich/Vollmann, Die Kosten des Kinderwunsches, 2012, S. 37-59 (38): „Selbst wenn sich die Finanzierung reproduktionstechnischer Maßnahmen für das Gemeinwesen lohnt, stellt sich die Frage, ob die Ressourcen nicht an anderer Stelle einen größeren bevölkerungspolitischen Nutzen stiften könnten. Angesichts der Kostspieligkeit dieser Maßnahmenkönnte es sein, dass Instrumente, die die Vereinbarkeit von Beruf und Familie verbessern oder es Frauen erleichtern, in einem früheren Alter Kinder zu bekommen, so dass der Einsatz der Reproduktionstechnologie gar nicht erforderlich ist, ein besseres Kosten-Nutzen-Verhältnis aufweisen könnten. Das bevölkerungspolitische Argument ist daher mit Vorsicht zu genießen."

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

gibt, was darunter zu fassen ist[1218]. In der Rechtsprechung hat sich indes ein Verständnis etabliert, wonach Krankheit ein regelwidriger körperlicher oder geistiger Zustand ist, der entweder Behandlungsbedürftigkeit oder Arbeitsunfähigkeit oder beides zur Folge hat. Das setzt Behandlungsfähigkeit voraus.

Nach dieser Definition ist mit der *Leopoldina* „in Analogie zu anderen anerkannten Krankheitszuständen kaum zu begründen, warum etwa eine auf einer Mukoviszidose beruhende Unfähigkeit des Mannes, reife Spermien zu erzeugen, nicht als Krankheit eingestuft werden soll".[1219] Dass Infertilität Krankheitswert zukommt, geht wie *Huster* schreibt bereits aus § 27 I S. 4 SGB V hervor, wonach zur Krankenbehandlung auch Leistungen zur Herstellung der Zeugungs- oder Empfängnisfähigkeit gehören, wenn diese Fähigkeit nicht vorhanden war oder durch Krankheit oder wegen einer durch Krankheit erforderlichen Sterilisation verloren gegangen war. Überhaupt habe sich das BVerfG mit seiner Feststellung, dass der Krankheitsbegriff nicht „auch den Wunsch nach einer erfolgreichen Familienplanung [...] umfasst" missverständlich ausgedrückt, da wohl kaum einer den Kinderwunsch als Krankheit bezeichnen würde. Wahrscheinlicher sei, dass das BVerfG der Infertilität infolge eines organischen oder genetischen Defekts nicht etwa den Krankheitswert habe absprechen wollen, sondern habe bestreiten wollen, dass die künstliche Befruchtung der Behandlung dieser Krankheit dient. Doch auch so lässt sich *Huster* zufolge nicht widerspruchsfrei argumentieren. Denn der Einwand, „die ‚künstliche Befruchtung beseitigt keinen regelwidrigen körperlichen Zustand, sondern umgeht ihn mithilfe medizinischer Technik, ohne auf dessen Heilung zu zielen', leuchtet schon deshalb nicht ein, weil dasselbe für eine Reihe an Therapien zutrifft wie „Brillen, Hörgeräte, Rollstühle, künstliche Darmausgänge", die allesamt „als Krankenbehandlung anerkannt werden". Dem verleiht zudem § 27 I SGB V Nachdruck, wonach es für die Krankenbehandlung genügt,

1218 *Huster*, Die Bedeutung des Krankheitsbegriffs für das Krankenversicherungsrecht, in: Beck, Krankheit und Recht, 2017, S. 42-51 (42), *Schramme*, Krankheitstheorien, 2012.

1219 *Leopoldina*, Fortpflanzungsmedizin in Deutschland – für eine zeitgemäße Gesetzgebung, 2019, S. 100; Für eine berechtigte Kritik an der Nicht-Einordnung von Infertilität als Krankheit vgl. *Huster*, Die Relativität des juristischen Krankheitsbegriffs, in: Rauprich/Vollmann, Die Kosten des Kinderwunsches, 2012, S. 37-59; vgl. *Gust/Kücking*, Maßnahmen zur Herbeiführung einer Schwangerschaft aus dem Blickwinkel der gesetzlichen Krankenversicherung, in: Mayer-Lewis/Rupp, Der unerfüllte Kinderwunsch, 2015, S. 89-106.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

dass sie auf Linderung, nicht Heilung gerichtet ist.[1220] Eben deshalb gilt die künstliche Befruchtung bereits als Heilbehandlung im Steuerrecht, Arbeitsrecht, in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Erstattung der Kosten für eine IVF in der privaten Krankenversicherung und des Bundesverwaltungsgerichts zum Umfang der truppenärztlichen Versorgung und wird sogar vom Bundesfinanzhof als solche anerkannt.[1221] Schließlich kann einer Einstufung als Krankheit nicht entgegengehalten werden, „das Leid entstehe vorrangig durch den auf ein unmögliches Ziel ausgerichteten Wunsch der Frau bzw. des Paares und nicht durch die vorbestehende organische Störung".[1222] So wurde, als die Reproduktionsmedizin ihren Anfang nahm, argumentiert, „Frauen, die solche Methoden in Anspruch nehmen, litten unter einem überwertigen und damit krankhaften Kinderwunsch", und primäre Ursache der Fertilitätsstörung sei deshalb nicht der organische oder genetische Defekt, sondern die psychische Blockade durch das zwanghafte Hinarbeiten auf ein Kind. Jedoch kommt eine psychogene Sterilität nur äußerst selten vor und sind etwaige psychopathologische Merkmale unfreiwillig kinderloser Paare nicht als Ursache, sondern eher Folge ihrer Kinderlosigkeit zu werten, da sie mit Dauer und ausbleibenden Erfolg

1220 *Huster*, Die Bedeutung des Krankheitsbegriffs für das Krankenversicherungsrecht, in: Beck, Krankheit und Recht, 2017, S. 42-51 (45); *Huster*, Die Relativität des juristischen Krankheitsbegriffs, in: Rauprich/Vollmann, Die Kosten des Kinderwunsches, 2012, S. 37-59 (40).

1221 *Leopoldina*, Fortpflanzungsmedizin in Deutschland – für eine zeitgemäße Gesetzgebung, 2019, S. 100; Urt. v. 27.11.2003 – 2 C 38/02, BVerwGE 119, 265 (269), NVwZ 2004, S. 1003 f. (1004); BGH, Urt. v. 17.12.1986 – IV a ZR 78/85, NJW 1987, S. 703 f. (703); BFH, Urt. v. 10.5.2007 – III R 47/05, NJW 2007, S. 3596-3598 (3597); LAG Düsseldorf, Urt. v. 13.6.2008 – 10 Sa 449/08, BeckRS 2008, 57548: „Wie der Erfolg zeigt, dient der Eingriff, wenn auch nicht der Beseitigung, so doch der Überwindung einer sie [die Arbeitnehmerin] unmittelbar betreffenden körperlichen Beeinträchtigung"; m.w.N. *Huster*, Die Bedeutung des Krankheitsbegriffs für das Krankenversicherungsrecht, in: Beck, Krankheit und Recht, 2017, S. 42-51 (45); ausführlich: *Huster*, Die Relativität des juristischen Krankheitsbegriffs, in: Rauprich/Vollmann, Die Kosten des Kinderwunsches, 2012, S. 37-59 (46 ff.).

1222 *Leopoldina*, Fortpflanzungsmedizin in Deutschland – für eine zeitgemäße Gesetzgebung, 2019, S. 100.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

der Kinderwunschbehandlung zunehmen.[1223] Das BVerfG beschreibt die künstliche Befruchtung indes als Leistung, „die nicht medizinisch für eine Therapie notwendig ist, sondern die Wünsche eines Versicherten für seine individuelle Lebensgestaltung betrifft"[1224]. Dahinter steht der Gedanke, dass erst der Wunsch nach einem Leben mit Kindern „und damit eine Präferenz der ‚individuellen Lebensgestaltung' […] ein lebenswirkliches Problem entstehen [lässt], das zudem auch anders als mit reproduktionstechnologischen Maßnahmen – nämlich durch eine Relativierung dieses Wunsches – gelöst werden kann"[1225]. So zu argumentieren, täuscht jedoch darüber hinweg, dass es sich bei der Entscheidung für ein Leben mit Kind gerade nicht um eine beliebige Präferenz handelt, sondern um eine, deren Versagen trotz grundsätzlicher Therapiemöglichkeit „das Ausmaß einer existenziellen Krise mit Krankheitswert annehmen kann"[1226]. So sind die signifikant psychischen Belastungen und das soziale Leiden der Betroffen[1227] durch die „*subjektiv* peinliche[n] und defizitäre[n] Konsequenzen" ihrer Fertilitätsstörung im Hinblick auf Partnerschaft und Geschlechtsidentität nicht zu unterschätzen. Da Infertilität „reflexhaft als Mangel, Defizit

1223 *Wischmann*, Psychosoziale Aspekte von Fertilitätsstörungen. Ihre Relevanz für die Finanzierung von Kinderwunschbehandlungen, in: Rauprich/Vollmann, Die Kosten des Kinderwunsches, 2012, S. 21-35 (24 f.); *Wischmann*, Stellungnahme zur Anhörung „Kinderwünsche unabhängig vom Wohnort fördern", BFSFJ, 19(13)14c, 14.6.2018; vgl. ergänzend die Ergebnisse der Umfragestudie von *Rauprich/Berns/Vollmann* zur Kinderwunschbehandlung aus Sicht von Patienten, Experten und der Allgemeinbevölkerung mit Angaben zur Durchführung, Ergebnis, Aufwand und Belastungen von Kinderwunschbehandlungen sowie zu Erfahrungen und Meinungen zur Entscheidungsfindung bei Paaren mit übermächtigem Kinderwunsch und geringer Erfolgsaussicht, in: *Rauprich/Vollmann*, Die Kosten des Kinderwunsches, 2012, S. 125-214 (165-175) und (198-203).

1224 Urt. v. 27.2.2009 – 1 BvR 2982/07, BeckRS 2009, 32364, NJW 2009, S. 1733 f. (1734).

1225 *Huster*, Die Bedeutung des Krankheitsbegriffs für das Krankenversicherungsrecht, in: Beck, Krankheit und Recht, 2017, S. 42-51 (46).

1226 *Leopoldina*, Fortpflanzungsmedizin in Deutschland – für eine zeitgemäße Gesetzgebung, 2019, S. 100; m.w.N. dazu bereits unter B, IV, 2, b, bb (1).

1227 *Esser*, Ist das Verbot der Leihmutterschaft in Deutschland noch haltbar?, 2021, S. 47-48; *Strauß*, Psychosoziale Aspekte der ungewollten Kinderlosigkeit, in: Schramm/Wermke, Leihmutterschaft und Familie, 2018; *Rauprich/Vollmann*, Die Kosten des Kinderwunsches, in: Rauprich/Vollmann, Die Kosten des Kinderwunsches, 2012, S. 7-12; zum Status und Stellewert von Kindern, Kinderwunsch, Unfruchtbarkeit und Reproduktionsmedizin vgl. *Rauprich/Berns/Vollmann*, Kinderwunschbehandlung aus Sicht von Patienten, Experten und der Allgemeinbevölkerung, in: Rauprich/Vollmann, Die Kosten des Kinderwunsches, 2012, S. 121-214 (132-145); *Passet-Wittig*, Unerfüllte Kinderwünsche und Reproduktionsmedizin, 2017.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

und [...] ‚Schwäche'" aufgefasst wird, stellt sie ein „Risiko für die Intim- und Sozialbeziehung innerhalb der Partnerschaft" dar. Zudem ist sie mit der Sorge „konnotiert, geschlechtlich als Mangelwesen entlarvt zu sein", was das Selbstwertgefühl erschüttert[1228]. Hinzu kommt der gesellschaftliche Erwartungsdruck, Kinder zu zeugen, und das kinderlosen Paaren anhaftende Stigma, sich einer moralischen Verfehlung schuldig zu machen[1229]. Entsprechend desaströs fällt regelmäßig die Reaktion aus, wenn eine Kinderwunschbehandlung erfolglos bleibt[1230]. Einen Fehlschlag „erleben die Kinderwunschpaare [...] immer als hochdramatischen und schockierenden Verlust, der mit großer Enttäuschung und Trauer verbunden ist"[1231]. Die Betroffenen fühlen sich „schuldig", „isoliert" und „machtlos"[1232], wobei ein endgültiger Misserfolg „von vielen Paaren nur schwer akzeptiert werden [kann]", gerade für Frauen ein „persönliches Versagen" darstellt und „häufig passagere depressive Reaktionen" hervorruft[1233]. Was dieses psychische und soziale Leiden angeht, zielt die Kinderwunschbehandlung sogar auf Beseitigung, so dass auch deshalb das Argument des BVerfG, die Kinderwunschbehandlung „sei mangels Heilungsabsicht keine Krankenbehandlung"[1234] nicht überzeugt. Doch selbst wenn man mit dem BVerfG „eine Einstufung lediglich im Grenzbereich von Krankheit" gerechtfertigt hält, geht es wie

1228 *BMFSFJ*, Kinderlose Frauen und Männer, 2014, https://www.bmfsfj.de/resource/blob/94130/bc0479bf5f54e5d798720b32f9987bf2/kinderlose-frauen-und-maenner-ungewollte-oder-gewollte-kinderlosigkeit-im-lebenslauf-und-nutzung-von-unterstuetzungsangeboten-studie-data.pdf (3.7.2021), S. 105; *Onnen*, Ungewollte Kinderlosigkeit: Auswirkungen auf die Paarbeziehung, 14.9.2004, https://www.familienhandbuch.de/eltern-werden/familienplanung/auswirkungenpaarbeziehung.php (3.7.2021); *Revermann/Hüsing*, Fortpflanzungsmedizin, 2011, S. 150-201.

1229 *Esser*, Ist das Verbot der Leihmutterschaft in Deutschland noch haltbar?, 2021, S. 48; *Ashburn-Nardo*, Parenthood as a moral imperative?, Sex Roles 2017, S. 393-401 (400).

1230 *Esser*, Ist das Verbot der Leihmutterschaft in Deutschland noch haltbar?, 2021, S. 48.

1231 *Strauß*, Psychosoziale Aspekte der ungewollten Kinderlosigkeit, in: Schramm/Wermke, Leihmutterschaft und Familie, 2018, S. 191-207 (199).

1232 *Holter/Anderheim/Bergh/Möller*, First IVF treatment – short-term impact on psychological well-being and the marital relationship, Hum Reprod. 2006 (21/12), S. 3295-3302 (3299); *Volgsten et al.*, Risk factors for psychiatric disorders in infertile women and men undergoing in vitro fertilization treatment, Fertil. Steril. 2010 (93/4), S. 1088-1096 (1093).

1233 *Strauß*, Psychosoziale Aspekte der ungewollten Kinderlosigkeit, in: Schramm/Wermke, Leihmutterschaft und Familie, 2018, S. 191-207 (199).

1234 *Huster*, Die Bedeutung des Krankheitsbegriffs für das Krankenversicherungsrecht, in: Krankheit und Recht, MedR 2017, S. 42-51 (45).

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

die *Leopoldina* schreibt, bei der „Infertilität aufgrund organischer Funktionsstörungen doch auf jeden Fall um eine Auswirkung einer nicht nur vorübergehenden Funktionsbeeinträchtigung, die auf einem regelwidrigen körperlichen, geistigen oder seelischen Zustand beruht, und damit um eine Behinderung, die [...] ethische und rechtliche Pflichten zum Nachteilsausgleich mitbringt". Um diesen Förderauftrag zu erfüllen, muss der Gesetzgeber „faktische Barrieren beim Zugang zu reproduktionsmedizinischen Verfahren" abbauen. Das schließt die umfassende Kostenübernahme der Kinderwunschbehandlung ein. Denn für viele scheitert eine Inanspruchnahme der Fortpflanzungsmedizin und damit einzige Chance auf Realisierung des Kinderwunsches aus „Finanzschwäche"[1235].

Unhaltbar erscheint schließlich die Argumentation des BVerfG, die Ungleichbehandlung sei gerechtfertigt vor dem Hintergrund der Ehe als einer das Kindeswohl vor anderen Familienformen privilegierenden Institution. Zum einen bestimmt sich das Kindeswohl wie erläutert primär aus Sicht der Eltern. Ob diese eine Ehe oder feste Partnerschaft als Grundlage für ihre Elternschaft im besten Interesse des Kindes wählen, ist, genauso wie bei der natürlichen Zeugung ihnen überlassen. Nach funktionalen Gesichtspunkten ist die eheliche Familie auch nicht unbedingt besser geeignet, die Kernfunktion zu erfüllen, die Familie und Elternschaft aus sozialwissenschaftlicher Perspektive zugeschrieben werden, nämlich eine Verantwortungs- und Fürsorgegemeinschaft zu bilden, die dem Kind ein behütetes Aufwachsen ermöglicht (vgl. C, I). Vielmehr kommt hier mit Nachdruck zum Ausdruck, dass das BVerfG nach wie vor dem Leitbild der bürgerlichen Kleinfamilie anhängt, das sich mit dem Selbstverständnis der Rechtssubjekte so schon lange nicht mehr rechtfertigen lässt.[1236] Auch die *Leopoldina* kritisiert, dass das BVerfG einzig und allein bei der assistierten Reproduktion daran festhält, „dass die eheliche Kleinfamilie [...] die besten Voraussetzungen für die gesunde [...] Fortentwicklung eines Kindes [bietet]", eine Vorstellung, von der es sich seit den 1980iger Jahren in allen ande-

1235 *Leopoldina*, Fortpflanzungsmedizin in Deutschland – für eine zeitgemäße Gesetzgebung, 2019, S. 101; zur Behindertendefinition vgl. Urt. v. 8.10.1997 – 1 BvR 9/97, BVerfGE 96, 288 (301), NJW 1998, S. 131-135 (131).

1236 *Busch*, Eine Brücke zwischen den Sozial- und Rechtswissenschaften – Möglichkeiten und Grenzen interdisziplinärer Methoden am Beispiel von Reproduktion und Familie in der BRD heute, Dissertationsschrift im Erscheinen.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

ren Bereichen losgesagt hat[1237]. Und das in vollem Bewusstsein dessen, dass „Familien mit Kindern, bei denen die Eltern zwar verpartnert, aber nicht miteinander verheiratet sind, […] mittlerweile gesellschaftlich akzeptiert [sind.], auch mit Blick auf das Kindeswohl". Das mache sich nicht zuletzt darin bemerkbar, dass unvermählte Paare inzwischen zur gesellschaftlichen Realität gehören, ja zunehmend mehr als vermählte Paare. Denn „[w]ährend 1960 in der Bundesrepublik nur 7% der Kinder außerhalb einer Ehe geboren wurden, stieg der Anteil im Jahre 2000 auf 23% und schließlich im Jahre 2016 bereits auf 35%".[1238] Systembrüchig ist § 27 a I Nr. 3 SGB V nicht nur, weil „unverheiratete Paare in allen anderen gesundheitlichen Fragen gleichgestellt sind", sondern auch, weil dadurch – in Anbetracht der Tatsache, dass im Osten deutlich mehr Kinder außerehelich geborenen werden als im Westen – eher Paare im Osten als im Westen von der Beschränkung betroffen sind.[1239] Zurecht merkt schließlich *Huster* an, dass „die Berufung auf das Kindeswohl nicht sehr konsequent ist, wenn es nicht um das Verbot der künstlichen Befruchtung in bestimmten Konstellationen, sondern nur um den Ausschluss der Finanzierung durch die GKV geht". Denn: „Wenn tatsächlich eine Gefährdung des Kindeswohls vorliegt, wirkt es befremdlich, wenn das bei Besserverdienenden, die auf die GKV-Finanzierung nicht angewiesen sind, keine Rolle mehr spielt."[1240]

bb) Leistungsbeschränkung auf heterosexuelle Paare, § 27 a I Nr. 1, 4 SGB V

Noch eher lässt sich die Haltung des BVerfG für Personen nachvollziehen, die aufgrund ihrer sexuellen Orientierung oder ihres Beziehungsstatus unfreiwillig kinderlos bleiben. Denn natürlich sind weder der Kinderwunsch per se noch die sexuelle Orientierung oder Entscheidung gegen eine Partnerschaft eine Krankheit oder Behinderung. Auch geht es nicht darum, diese Faktoren als regelwidrige körperliche oder seelische Zustände zu

1237 *Leopoldina*, Fortpflanzungsmedizin in Deutschland – für eine zeitgemäße Gesetzgebung, 2019, S. 101; vgl. etwa Urt. v. 29.1.1969 – 1 BvR 26/66, BVerfGE 25, 167 (197), NJW 1969, S. 597-604 (603); Urt. v. 12.5.1987 – 2 BvR 1226/83, 101/84, 313/84, BVerfGE 76, 1 (51 f.), NJW 1988, S. 626-636 (629).

1238 *Leopoldina*, Fortpflanzungsmedizin in Deutschland – für eine zeitgemäße Gesetzgebung, 2019, S. 101.

1239 Vgl. ebd. S. 101.

1240 *Huster*, Die Relativität des juristischen Krankheitsbegriffs, in: Rauprich/Vollmann, Die Kosten des Kinderwunsches, 2012, S. 37-59 (45).

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

„heilen" oder mit Linderungsabsicht zu „behandeln". Es bleibt jedoch die Tatsache, dass unfreiwillige Kinderlosigkeit auch dort, wo sie nicht auf einer körperlichen oder genetischen Einschränkung beruht, für die Betroffenen nicht selten mit einer erheblichen, medizinisch konstatierbaren psychischen Belastung einhergeht, die ihrerseits Krankheitswert haben kann und auf deren Beseitigung die Kinderwunschbehandlung gerichtet ist[1241]. Doch selbst wenn dies nicht eintritt oder man in diesem Kontext nicht von Krankenbehandlung sprechen mag, ist der Ausgleich sozialer Ungleichheiten dennoch geboten. Denn für homosexuelle und alleinstehende Personen stellt „das Leben mit Kindern" regelmäßig ein genauso „wesentliches Element gelingenden Lebens dar" wie für die meisten anderen Menschen. Ziel muss es daher sein, in diesem so menschenwürdenahen Kernaspekt persönlicher Identität „Gleichberechtigung im Hinblick auf die Ermöglichung eines Lebens mit Kindern" zu gewährleisten.[1242]

Das Bundessozialgericht hat das mit Urteil vom 10. November 2021 abgelehnt und entschieden, dass gleichgeschlechtliche Paare keinen Anspruch gegen die GKV auf Kinderwunschbehandlung haben.[1243] Der Gesetzgeber sei verfassungsrechtlich nicht gebunden, die heterologe Insemination in den Leistungskatalog aufzunehmen; der § 27 a I Nr. 4 SGB V sei gleichheits- und verfassungskonform. Zwar erkenne „die Vorschrift als soziale Komponente die Erfüllung des Kinderwunsches innerhalb einer bestehenden Ehe als Behandlungsziel an". Daneben knüpfe sie „jedoch den Leistungsanspruch an das krankheitsähnliche Unvermögen – bei eingeschränkter, aber nicht aufgehobener Zeugungsfähigkeit – Kinder auf natürlichem Weg in der Ehe zu zeugen". Der gesetzgeberische Beschluss, „diese individuelle krankheitsähnliche Komponente durch die Förderung der künstlichen Befruchtung nur mit eigenen Ei- und Samenzellen der Eheleute nicht vor der sozialen zurücktreten zu lassen" sei „vor dem Hintergrund der im Wesent-

1241 Insbesondere geht es bei Homosexualität nicht um eine Frage des Lebensstils, da sich ein Mensch nicht für seine sexuelle Ausrichtung entscheiden kann (so aber: *Ratzel*, Beschränkung des Rechts auf Fortpflanzung durch das ärztliche Berufsrecht, in: Frister/Olzen, Rechtliche Fragestellungen in der Reproduktionsmedizin, S. 39-55; *Ders.*, Beschränkung des Rechts auf Fortpflanzung durch das ärztliche Berufsrecht, GesR 2009, S. 281-286 (285 f.)). Dagegen u.a. *Bauer*, Indikationserfordernis und ärztliche Therapiefreiheit, 2010, S. 39; *Mahler*, Sexuelle Orientierung: Variationsvielfalt jenseits der Pathologie, Deutsches Ärzteblatt 2014, A 215.

1242 Vgl. ebd. S. 100.

1243 Urt. v. 10.11.2021 – B 1 KR 7/21 R, BeckRS 2021, 37523.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

lichen auf die Krankenbehandlung ausgerichteten gesetzlichen Krankenversicherung gerechtfertigt“[1244].

Nachvollziehbar ist das aus den dargelegten Gründen nicht[1245]. Von einer bewussten Entscheidung des Gesetzgebers zulasten der sozialen Komponente kann schon deshalb nicht die Rede sein, weil er gleichgeschlechtliche Paare und die erheblichen Fortschritte, die diese auf dem Wege zur rechtlichen und gesellschaftlichen Anerkennung nehmen würden, zuletzt bestätigt durch die Einführung der Ehe für alle, bei Erlass des Gesetzes gar nicht auf dem Schirm hatte. Insofern bedarf es einer gesetzgeberischen Entscheidung darüber, ob die normative Logik des Rechts auf gleiche Achtung nicht inzwischen so weit fortgeschritten ist, dass auch diese letzte Bastion traditioneller Natürlichkeitsvorstellung ihren Legitimitätsanspruch einbüßt. Sofern das Bundessozialgericht anführt, dass wenn „der Gesetzgeber eine ersetzende Kinderwunschbehandlung für gleichgeschlechtliche Paare neu in den Leistungskatalog der GKV aufnehmen [würde], […] er dies unterschiedslos für alle Ehepaare tun [müsste]. Und dass „die Entscheidung über eine so weitreichende Ausdehnung der aus den Beiträgen der Versichertengemeinschaft finanzierten Leistungen der GKV […] dem Gesetzgeber vorbehalten bleiben [muss] und nicht über den allgemeinen Gleichheitssatz erzwungen werden kann“, hat es damit grundsätzlich recht[1246]. Eine gesetzgeberische Entscheidung ist in der Tat nötig. Das Bundessozialgericht vertut aber die wichtige Chance, dem Gesetzgeber die Notwendigkeit dieses Schritts vor Art. 3 I GG vor Augen zu führen. Insofern verkennt das Bundessozialgericht die Einführung der gleichgeschlechtlichen Ehe als wichtigen Meilenstein und Signal für eine gewandelte Sozial- und Gesellschaftsmoral, die nahelegt, dass § 27 a I Nr. 4 SGB V in seiner derzeitigen Ausgestaltung nicht mehr vom parlamentarischen Willen gedeckt sein

1244 BSG, Pressemitteilung: Keine künstliche Befruchtung bei gleichgeschlechtlichen Paaren zulasten der Krankenkasse, 10.11.2021; BSG, Urt. v. 10.11.2021 – B 1 KR 7/21 R, Rn. 24, 26: „Sofern sich die Klägerin darauf beruft, dass auch ihr der Kinderwunsch erfüllt werden müsse, bezieht sich dies nur auf die soziale Komponente der Norm. Sie begehrt statt der bloßen Überwindung einer krankheitsähnlichen Situation die Kompensation einer – in dieser Eheform – nicht bestehenden Zeugungsfähigkeit. Der Gesetzgeber ist jedoch aufgrund seines weiten Gestaltungsermessens nicht verpflichtet, statt der unterstützenden Kinderwunschbehandlung eine ersetzende anzubieten.“

1245 *Taupitz*, Künstliche Befruchtung bei homosexuellen Paaren und alleinstehenden Frauen, r+s 2021, S. 322-324 (323); *Teller*, Die künstliche Befruchtung im Wandel der Rechtsprechung, DStR 2018, S. 2318-2321 (2321).

1246 BSG, Urt. v. 10.11.2021 – B 1 KR 7/21 R, Rn. 25.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

könnte. Soweit das Bundessozialgericht argumentiert, dass der Gesetzgeber „zwar die gleichgeschlechtliche Ehe an die gemischtgeschlechtliche Ehe angleichen wollte", nicht aber dazu auffordern wollte, „die zeugungsbiologischen Grenzen einer solchen Ehe mit Mitteln der gesetzlichen Krankenversicherung auszugleichen"[1247], bewegt sich seine Begründung diametral zum allgegenwärtigen Bewusstsein für mehr Toleranz und gegenseitigen Respekt der Bürger untereinander sowie zum staatlichen Neutralitätsgebot gegenüber der Pluralität verschiedener Lebens- und Familienentwürfe, das den Souverän dazu auffordert, wenn nötig auch durch Fördermaßnahmen, einen neutralen Rahmen zu schaffen, in dem die Bürger ihr persönliches Konzept von einem gelungen Leben verfolgen können[1248]. Dazu gehört für die meisten Menschen, wenn auch nicht zwingend, die Möglichkeit, Kinder zu bekommen und großzuziehen.

Vor diesem Hintergrund erscheint ohnehin nicht nachvollziehbar, warum der unerfüllte Kinderwunsch von Personen, die an eingeschränkter Zeugungsfähigkeit leiden, anerkennenswerter sein soll als der Kinderwunsch vollkommen zeugungsunfähiger, wenn doch beide therapierbar sind, der eine durch heterologe, der andere durch homologe Keimzellspende. Dadurch bleibt auch heterosexuellen Paaren eine Bezuschussung durch die GKV versagt, wenn ihre eigenen Keimzellen nicht nur teilweise, sondern sogar ganz versagen. Auch der neunte Familienbericht des BMFSFJ „Eltern sein in Deutschland" fordert, die Differenzierung danach, ob eine Unfruchtbarkeit krankheitsbedingt ist" abzuschaffen: „Alle Paare verbindet der unerfüllte Kinderwunsch, so dass es keinen Unterschied machen darf, worauf ihre Unfruchtbarkeit zurückzuführen ist."[1249]

Das LSG München hatte in der Vorinstanz einen Verstoß gegen Art. 6 I GG abgelehnt, weil „daraus kein Anspruch auf Ermöglichung einer Schwangerschaft mit Mitteln der gesetzlichen Krankenversicherung [resultiere], unabhängig davon, ob es sich um eine gemischtgeschlechtliche oder eine gleichgeschlechtliche Ehe handelt[1250]. Hätte der Gesetzgeber mit Einführung der Ehe für alle eine „Angleichung auch auf dem Gebiet des

1247 BSG, Pressemitteilung: Keine künstliche Befruchtung bei gleichgeschlechtlichen Paaren zulasten der Krankenkasse, 10.11.2021; vgl. BSG, Urt. v. 10.11.2021 – B 1 KR 7/21 R, Rn. 28.

1248 Vgl. *Markard*, Unausweichliche Gleichheit. *Obergefell* und die Öffnung der Ehe für gleichgeschlechtliche Paare, in: Baer/Lepsius/Schönberger/Waldhoff/Walter, Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart, 2016, S. 769-792 (784 ff.).

1249 BT-Drucks. 19/27200, Neunter Familienbericht, 2021, S. 92.

1250 LSG München, Urt. v. 19.8.2020 – L 20 KR 412/19, Rn. 36.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

SGB V gewollt" hätte er dies „durch den Erlass entsprechender Vorschriften zum Ausdruck bringen müssen"[1251]. Der § 27 a I Nr. 4 SGB V verstoße auch nicht gegen Art. 3 III S. 1 GG, „da der Klägerin nicht wegen ihres Geschlechts Leistungen der gesetzlichen Krankenversicherung vorenthalten" würden[1252]. Schließlich liege keine Ungleichbehandlung wegen der sexuellen Orientierung nach Art. 3 I GG vor, denn § 27 a I Nr. 4 SGB V betreffe „gleichgeschlechtliche Ehepaare in gleicher Weise wie gemischtgeschlechtliche und kann auch bei gemischtgeschlechtlichen Ehepaaren bei absoluter Unfruchtbarkeit eines Ehegatten einer Realisierung einer Kinderwunschbehandlung zulasten der gesetzlichen Krankenversicherung entgegenstehen"[1253]. Der § 27 a I Nr. 4 SGB V statuiere „daher keine Diskriminierung wegen des Geschlechts, sondern eine geschlechterunabhängige Privilegierung der homologen Insemination gegenüber der heterologen Insemination"[1254]. Soweit das LSG München sodann anführt, die Unterscheidung zwischen homologer und heterologer Befruchtung sei vor Art. 3 I GG aus Kindeswohlgesichtspunkten gerechtfertigt, weil dem Kind bei einer homologen Insemination zwischen verschiedengeschlechtlichen Ehegatten zwei Unterhaltsschuldner zur Verfügung stünden, bei einer heterologen Insemination zwischen gleichgeschlechtlichen Ehegatten hingegen nur einer[1255], widerspricht dies allem, was diese Arbeit in freiheits- und gleichheitsrechtlicher Hinsicht als menschenrechtskonform und verfassungsrechtskonform gekennzeichnet hat (vgl. B, IV, 1, b, bb, (a)/(b)/(c)); C, II, 2, b; C, III, 2).

1251 Vgl. ebd. Rn. 37.
1252 Vgl. ebd. Rn. 39.
1253 Vgl. ebd. Rn. 40.
1254 Vgl. ebd. Rn. 40.
1255 LSG München, Urt. v. 19.8.2020 – L 20 KR 412/19, Rn. 45.: „Dem Kindeswohl wäre […] bei einer heterologen künstlichen Befruchtung in einer gleichgeschlechtlichen Ehe nicht in gleicher Weise Rechnung getragen wie bei einer homologen künstlichen Befruchtung (in einer gemischtgeschlechtlichen Ehe). Bei ersterer hätte das durch künstliche Befruchtung gezeugte Kind kraft Geburt mit der Mutter im Sinne des § 1591 BGB lediglich einen Elternteil, der ihm zum Unterhalt verpflichtet wäre, nicht aber mit Mutter im Sinne des § 1591 BSG und Vater im Sinne des § 1592 BGB deren zwei. Erst durch Annahme des Kindes durch den gleichgeschlechtlichen Ehepartner gemäß § 1741 Abs. 2 Satz 3 BGB würde das Kind die Stellung eines gemeinschaftlichen ehelichen Kindes der Ehegatten nach § 1754 Abs. 1 BGB erhalten. Solange dieser Akt der Annahme, der nicht rechtlich erzwingbar ist, nicht erfolgt ist, würde sich das durch heterologe künstliche Befruchtung gezeugte Kind in einer unter Unterhaltsgesichtspunkten schlechteren Stellung befinden als ein durch homologe künstliche Befruchtung gezeugtes Kind. Dies ist jedenfalls auch ein weiterer gewichtiger Rechtfertigungsgesichtspunkt für eine Ungleichbehandlung".

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Überhaupt darf man sich veranlasst sehen, die Krankheitsdefinition des Bundessozialgerichts als regelwidrigen, vom Leitbild des gesunden Menschen abweichenden Körper- und Geisteszustand, der behandlungsbedürftig ist und damit behandlungsfähig sein muss, um eine soziale Komponente zu erweitern, bzw. diese zu stärken[1256]. Denn sowohl Krankheit als auch Gesundheit sind Begriffe, deren Sinngehalt sich erst im Rahmen einer normativen Ordnung ergibt. Sie lassen weite Interpretationsspielräume, sind also auslegungsfähig und auslegungsbedürftig. Zwar wird man ohne das „Normale" als Referenzgröße nicht auskommen können. Das ist einerseits problematisch, weil damit ein gewisser Ausschluss- und Ausgrenzungscharakter einhergeht, eröffnet aber andererseits auch Spielräume. Denn was normal ist, regelhaft oder dem Zeitbild des gesunden Menschen entspricht, unterliegt einer wertungsabhängigen Einschätzung. So geht wie beschrieben die WHO davon aus, dass Gesundheit ein Zustand des vollständigen körperlichen, geistigen und sozialen Wohlergehens und nicht nur das Fehlen von Krankheit oder Gebrechen ist. Diese Definition ist zugegebenermaßen sehr weit und daher vielleicht eher ein Barometer für Glück denn für Gesundheit. Doch auch andere Definitionen beziehen soziales Leid mit ein. Nach *Norman Daniels* ist eine Person krank, wenn ihr etwas fehlt und sie deshalb etwas nicht machen kann, was für andere Menschen selbstverständlich ist; sie also leidet, weil ihr subjektives Wohlbefinden gestört ist[1257]. *Kersting* beschreibt Gesundheit als „transzendentales Gut" mit „Ermöglichungscharakter"[1258], weil es wie *Huster* konkretisiert „die Voraussetzung für viele andere Lebensvollzüge darstellt"[1259]. Dabei muss es, so *Nussbaum* nach ihrem Fähigkeitenansatz (vgl. B, III, 1, b), darum gehen, Menschen für das, was sie selbst mit ihrem Leben machen können

1256 So tut es interessanterweise auch der BGH in seiner Leitentscheidung von 1986 zur Kostenerstattung der privaten Krankenversicherung bei In-vitro-Fertilisation, Urt. v. 17.12.1986 – IV a ZR 78/85, NJW 1987, S. 703 f. (703). Dort heißt es: „Die Fortpflanzungsfähigkeit ist für Ehepartner, die sich in Ausübung ihres Selbstbestimmungsrechts gemeinsam für ein eigenes Kind entscheiden, eine biologisch notwendige Körperfunktion. Die nicht behebbare Unfruchtbarkeit bedeutet oftmals für den sterilen Partner eine erhebliche Einschränkung seines Selbstwertgefühls und kann zu schwerwiegenden Konflikten zwischen den Ehepartnern bis hin zu seelischen Erkrankungen führen."

1257 *Daniels*, Just Health. Meeting Health Needs Fairly, 2008.

1258 *Kersting*, Politische Philosophie des Sozialstaats, 2000, S. 467, 477 ff.; *Kersting*, Egalitäre Grundversorgung und Rationierungsethik, in: Wiesing, Ethik in der Medizin, 2012, S. 296-300.

1259 *Huster*, Gesundheitsgerechtigkeit, JZ 2008 (63/18), S. 859-867 (859).

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

und wollen, funktionsfähig zu halten. Dazu gehört es zum Beispiel auch, in der Lage zu sein, Beziehungen aufzubauen, sich um Kinder zu kümmern, sie zu umsorgen und großzuziehen, sich also durch und mit ihnen zu verwirklichen.

cc) Leistungsbeschränkung auf 50 Prozent der Behandlungskosten, § 27 a III SGB V

Eben weil es sich bei der Entscheidung für ein Leben mit Kind und der Erfahrung Elternschaft um einen so wesentlichen Kernaspekt persönlicher Identität handelt, fällt es schwer, die Motive für eine Leistungsbeschränkung auf 50 Prozent der Behandlungskosten (BSG Urteil vom 19.9.2007, B 1 KR 6/07 R; BVerfGE – Urteil v. 27.2.2009 – 1 BvR 2982/07) als etwa anderes zu werten als gesundheitsökonomisch motivierte Ressourcenallokation zulasten menschenwürdenaher Freiheitsrechte. Dass es hier im Wesentlichen um eine Frage des Geldes geht, zeigt sich daran, dass privat Versicherte fortpflanzungsmedizinische Behandlungen in der Regel ersetzt bekommen. Aber auch viele gesetzliche Krankenkassen sind offenbar in den Grenzen ihrer rechtlichen Möglichkeiten nicht länger bereit, in dieser Frage Abstriche für ihre Versicherten zu dulden. Denn laut *Leopoldina* haben mit Stand vom 16.3.2018 bereits 56 gesetzliche Krankenkassen die Zuschüsse auf bis zu 100% erhöht.[1260] Und auch von der Politik wird offenbar Handlungsbedarf gesehen. So hat das Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend die Initiative „Hilfe und Unterstützung bei ungewollter Kinderlosigkeit" gestartet, wonach die Bundesländer im Einklang mit der „Richtlinie über die Gewährung von Maßnahmen der assistierten Reproduktion vom 29. März 2012" einen Bundeszuschuss erhalten, wenn sie sich an der Förderung der Kinderwunschbehandlung „mit einem eigenen Landesförderprogramm in mindestens der gleichen Höhe wie der Bund beteiligen"[1261]. Insgesamt jedoch gleicht Deutschland derzeit im Hinblick auf reproduktionsmedizinische Leistungserstattung nichtdestotrotz einem

1260 *Leopoldina*, Fortpflanzungsmedizin in Deutschland – für eine zeitgemäße Gesetzgebung, 2019, S. 98.

1261 *BMFSFJ*, Hilfe und Unterstützung bei ungewollter Kinderlosigkeit, https://www.bmfsfj.de/bmfsfj/themen/familie/schwangerschaft-und-kinderwunsch/ungewollte-kinderlosigkeit/hilfe-und-unterstuetzung-bei-ungewollter-kinderlosigkeit-76012 (21.9.2021).

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Flickenteppich. Es besteht daher dringend Handlungsbedarf für ein parlamentarisch legitimiertes Einheitskonzept.

Ein Leben mit Kind zum Privileg der Wohlhabenden zu machen, ist schließlich auch aus "Public Health"-Erwägungen problematisch, die als primäre Determinante für die öffentliche Gesundheit als kollektives Gut eine ungleiche Vermögensverteilung identifizieren[1262]. Zwar sind "Public-Health"-Bestrebungen, denen es darum geht, eine Lebensverlängerung und -verbesserung durch gesellschaftliche, primär präventionsorientierte Maßnahmen zu erreichen, ergo gesundheitsgefährdendes Verhalten zu unterbinden, mit Vorsicht zu genießen, weil sie immer auch paternalistische Denkmuster bedienen. Denn sie zielen darauf ab, möglichst viele Ge- und Verbote zu schaffen, um bestimmte Volkskrankheiten auch subgruppenspezifisch auszulöschen. Dagegen steht die grundrechtlich geschützte Freiheit aus Art. 2 II S. 1 GG, die auch die Freiheit zur Krankheit einschließt und damit das Recht, auf Heilung zielende Eingriffe abzulehnen. Eine Ressourcenallokation in die Präventionsmedizin, wie *Huster* sie fordert, ist deshalb problematisch. Einerseits, weil Effizienzüberlegungen im Gesundheitssystem generell die individuellen Rechte des und der Respekt vor dem Einzelnen entgegenstehen, andererseits aber auch, weil es keine Institutionen zur Gewährleistung von Verteilungsgerechtigkeit bei präventiven Gesundheitsmitteln gibt. Gleichwohl positiv ist aber, dass "Public Health" die sozialen Dimensionen von Gesundheit miteinbezieht[1263]. Dabei besteht eine besondere Korrelation zwischen der Ungleichheit einer Gesellschaft und ihrer physischen sowie psychischen Gesundheit[1264]. *Huster* kommt deshalb zu dem Schluss:

„Der Sozialstaat muss in zweierlei Bedeutung des Wortes ‚gesundheitsgerecht' sein: Er muss die Gesundheit der Bevölkerung schützen und er muss darauf achten, dass sich die sozialen Gruppen und Schichten in ihrem Gesundheitszustand nicht in einem Ausmaß unterscheiden, das mit Grundprinzipien der sozialen Gerechtigkeit nicht mehr vereinbar ist. Beides lässt sich nicht allein und nicht einmal primär durch die Gewährleistung individueller Leistungsansprüche gegen das öffentliche System der medizinischen

1262 *Huster*, Gesundheitsgerechtigkeit, JZ 2008 (63/18), S. 859-867.

1263 *Dahlgren/Whitehead*, The Dahlgren-Whitehead model of health determinants, Public Health 2021 (199), S. 20-24.

1264 *Lampert/Hoebel et al.*, Gesundheitliche Ungleichheit in verschiedenen Lebensphasen, 2017; *Marmot/Wilkinson*, Social Determinants of Health, 2005; *Anand/Peter/Sen*, Public Health, Ethics, and Equality, 2004.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

Versorgung erreichen – so wichtig diese Ansprüche auch sind. Der Blick wird sich daher zunehmend auf die sozialen Gesundheitsfaktoren und eine entsprechende Public-Health-Politik richten; dabei werden insbesondere die sozialen Gesundheitsunterschiede viel Beachtung finden. Diese Entwicklung stellt das Verfassungsrecht des Sozialstaats vor neue strukturelle und inhaltliche Herausforderungen."[1265]

Finanzielle Zugangshürden im Bereich der Reproduktionsmedizin abzubauen und damit Gleichberechtigung im Hinblick auf die Chance auf ein Leben mit Kind zu gewährleisten, kann sich vor diesem Hintergrund sehr wohl wirtschaftlich bezahlbar machen, auch im Sinne der § 2 I S. 1 und § 12 I SGB V. Mit *Brosius-Gersdorf* ist außerdem festzuhalten, dass eine „Kürzung der Ausgaben für künstliche Befruchtungen nur kurzfristig zur Sicherung der finanziellen Grundlagen der Krankenversicherung und damit zum Schutz der derzeitigen Versichertengemeinschaft bei[tragen]". Auf lange Sicht gesehen hingegen „gefährdet sie die Funktionsfähigkeit der Krankenversicherung, die voraussetzt, dass die Zahl der Geburten in Deutschland wieder steigt, und vernachlässigt damit die Belange künftiger Generationen"[1266].

dd) Leistungsbeschränkung auf maximal drei Zyklen und feste Altersgrenzen, § 27 a I Nr. 2, III SGB V

Richtig ist, dass Bedingung für eine ganz oder teilweise Kostenübernahme der Kinderwunschbehandlung durch die Solidargemeinschaft ist, dass sie unter dem Wirtschaftlichkeitspostulat nach § 2 I S. 1 und § 12 I SGB V vertretbar ist. Schon für die Einordnung von Infertilität als Krankheit ist nach der Definition des Bundessozialgerichts Voraussetzung, dass sie behandlungsbedürftig, also behandlungsfähig ist. Die Behandlung muss also einen gewissen Erfolg versprechen. Deshalb ist grundsätzlich nicht zu beanstanden, dass § 27 a I Nr. 2 SGB V voraussetzt, dass nach ärztlicher Feststellung hinreichende Aussicht besteht, dass durch die Maßnahme eine Schwangerschaft herbeigeführt wird. Problematisch ist jedoch, dass er so-

1265 *Huster*, Gesundheitsgerechtigkeit, JZ 2008 (63/18), S. 859-867 (867).

1266 *Brosius-Gersdorf*, Leistungen der gesetzlichen Krankenversicherung für Maßnahmen der künstlichen Befruchtung – Gesetzgebung im Spannungsfeld zwischen Grundrechtsschutz und Sicherung der Stabilität der Sozialversicherungssysteme, DÖV 2010 (11), S. 465-475 (475).

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

dann eine hinreichende Aussicht pauschal als nicht mehr gegeben ansieht, wenn die Maßnahme dreimal ohne Erfolg durchgeführt worden ist.

Damit verkennt der Gesetzgeber, wie die *Leopoldina* zurecht beanstandet, dass „Infertilität im Laufe eines Lebens variabel und von vielen Faktoren abhängig sein kann", so dass „besondere Anforderungen an die Indizierung reproduktionsmedizinischer Maßnahmen" zu stellen sind.[1267]

So lasse sich nicht pauschal sagen „wie viele Behandlungszyklen ein Paar medizinisch sinnvollerweise durchlaufen sollte". Maßgeblich sei die „kumulative Geburtenrate", also die Erfolgsaussicht einer Lebendgeburt nach X Behandlungszyklen. Diese belaufe sich im Schnitt auf 43 Prozent nach sechs Behandlungszyklen, variiere aber „je nach Alter der Frau und den vorliegenden Ursachen der Infertilität". So habe eine 30-jährige Frau, die aus unbekannten Gründen kinderlos ist (idiopathische Sterilität), nur eine 46-prozentige Chance auf eine Lebendgeburt nach einem, aber bereits eine 93-prozentige Chance nach sechs IVF/ICSI-Behandlungszyklen. Eine 40-jährige Frau habe dagegen eine nur 11-prozentige Chance auf eine Lebendgeburt nach einem, aber bereits eine 41-prozentige Chance nach sechs Behandlungszyklen. Deshalb sei es aus medizinischer Sicht wenig zielführend, „eine absolute Beschränkung der Anzahl der im GKV-System finanzierten Zyklen" zu verhängen.[1268] Vielmehr lasse sich über die Zahl der zu finanzierenden Zyklen sinnvoll erst „im Anschluss an die genaue Analyse eines erfolglosen Behandlungszyklus im Arzt-Patienten-Gespräch und ggf. unter Einbeziehung externer psychosozialer Beratung des Paares individuell" entscheiden[1269]. Dabei darf auch nicht verkannt werden, dass es für die Durchführung einiger reproduktionsmedizinischer Maßnahmen wie bei der Präimplantationsdiagnostik einer größeren Anzahl an Embryonen bedarf, um einen zu finden, der nicht Krankheitsträger ist. Das führt vor dem Hintergrund der Dreierregel und dem Verbot des Elective-Single-Embryo-Transfer dazu, dass mitunter mehr als drei Behandlungszyklen durchgeführt werden müssen, um überhaupt eine erfolgsversprechende Behandlung zu gewährleisten (vgl. zweiter Hauptteil, A, IV, V). Die Zahl der für eine erfolgsversprechende Behandlung im Einzelfall erwartungsgemäß zu durchlaufenden Behandlungszyklen ließe sich zudem dadurch reduzieren, dass man, was zur Gleichberechtigung hetero- und homosexu-

1267 *Leopoldina*, Fortpflanzungsmedizin in Deutschland – für eine zeitgemäße Gesetzgebung, 2019, S. 101.
1268 Vgl. ebd. S. 102.
1269 Vgl. ebd. S. 102.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

eller Paare in ihrem Zugang zur Elternschaft ohnehin notwendig ist, die Finanzierung nicht an die Bedingung knüpft, dass für die Befruchtung ausschließlich Ei- und Samenzelle der Ehegatten verwendet werden. Denn für die Herbeiführung einer Schwangerschaft kommt es weniger auf das Alter der Frau an, die das Kind austrägt als vielmehr auf das Alter ihrer Eizellen. Eine junge Spenderin kann daher die Aussicht auf Herbeiführung einer Schwangerschaft mit Lebendgeburt bei einer Frau im fortgeschrittenen Alter deutlich erhöhen.[1270]

Aus den gleichen Gründen muss auch eine feste Altersgrenze ausscheiden, wie sie § 27 a III SGB V für die Antragssteller vorsieht. Jedenfalls erweist sie sich als ungeeignet für Fälle jenseits typisierter Standards. So ist, obwohl Frauen unter 25 Jahren regelmäßig nicht unter Fertilitätsproblemen leiden[1271], nicht auszuschließen, dass einige nicht schwanger werden können, weil ihr Partner unfruchtbar ist, „oder bei der Frau selbst aufgrund früherer Operationen oder Infektionen die Methoden der assistierten Befruchtung angezeigt sind".[1272] Auch für die Rechtmäßigkeit der Altersuntergrenze führen die Sozialgerichte die Sonderstellung des § 27 a SGB V ins Feld, die dem Gesetzgeber einen weiten Spielraum eröffne und wegen der die mit der Altersuntergrenze einhergehende Ungleichbehandlung von Versicherten sachlich gerechtfertigt sei.[1273] So trage die untere Altersgrenze dazu bei, „dass die Chance zu einer Spontanschwangerschaft nicht durch fehlende Geduld vieler Kinderwunschpaare und auch der Ärzte mithilfe schneller Medikalisierung des Kinderwunsches vertan wird"[1274]. Das ist indes eine vollkommen unbegründete Sorge. Denn für Frauen, die reproduktionsmedizinische Hilfe in Anspruch nehmen, ist das in der Regel der letzte Ausweg und nicht das bevorzugte Mittel. Auf den sozialen Druck und die gesellschaftliche Stigmatisierung, die mit unfreiwilliger Kinderlosigkeit gerade für Frauen einhergehen, wurde bereits eingegangen.

1270 *BÄK*, Memorandum für eine Reform des Embryonenschutzgesetzes, 14.2.2020, https://www.bundesaerztekammer.de/fileadmin/user_upload/downloads/pdf-Ordner/MuE/2020-09-11_Memorandum_DAEB_final.pdf (5.8.2021).

1271 So die amtliche Begründung zum Entwurf des GKV-Modernisierungsgesetzes, BT-Drucks. 15/1525, S. 83.

1272 *Leopoldina*, Fortpflanzungsmedizin in Deutschland – für eine zeitgemäße Gesetzgebung, 2019, S. 102.

1273 Zur Rechtmäßigkeit der unteren Altersgrenze von 25 Jahren vgl. BSG Urt. v. 21.2.2008 – B 1 KR 123/07 B, BeckRS 2008, 51066 und für die Vorinstanz LSG Rheinland-Pfalz, Urt. v. 6.9.2007 – L 5 KR 240/06, BeckRS 2007, 47254.

1274 LSG Rheinland-Pfalz, Urt. v. 6.9.2007 – L 5 KR 240/06.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Es ist daher eine weit hergeholte Unterstellung, man müsse Kinderwunschpatientinnen davon abhalten, sich auf Kosten der Solidargemeinschaft zu bereichern, gerade, wenn die Ursachen der eigenen Unfruchtbarkeit oder die des Partners/der Partnerin zweifelsfrei feststehen. Wahrscheinlicher ist daher eher, dass nach einer Ausrede gesucht wurde, um rein ökonomische Interessen durchzusetzen, denn die Kinderwunschbehandlung ist kostenintensiv. Das ist noch freundlich ausgelegt, möchte man nicht unterstellen, dass der Regelung der paternalische Gedanke zugrunde liegt, dass Frauen und Männer erst ab 25 Jahren die sittliche Reife besitzen, eine künstliche Befruchtung zu ertragen. Genau dahin geht aber die Argumentation des LSG: „Auch sind Maßnahmen der künstlichen Befruchtung für die betroffenen Versicherten mit erhöhten Belastungen verbunden, da oft mehrere, beide Partner physisch und psychisch fordernde Versuche notwendig sind, diese Versuche zudem nicht selten erfolglos bleiben und mit gesundheitlichen Risiken verbunden sein können (BVerfG a.a.O. Rn. 37). Es liegt im Einschätzungsermessen des Gesetzgebers, wenn er eine untere Altersgrenze von 25 Jahren als geeignet ansieht, den mit den Maßnahmen der künstlichen Befruchtung verbundenen Belastungen und Risiken Rechnung zu tragen“[1275]. Damit spricht das Gericht erwachsenen Personen die Fähigkeit ab, Entscheidungen zu Leben und Gesundheit, einem Kernbereich autonomer Entscheidungsmacht, rational zu fällen und bewegt sich somit diametral zum streng antipaternalistisch ausgestalteten Freiheitsrecht des Art. 2 II S. 1 GG, der jede Vernunfthoheit des Staates verbietet. Soweit das Gericht außerdem argumentiert, dass der Gesetzgeber „[i]m Rahmen der zulässigen typisierenden und pauschalierenden Regelung (vgl. BVerfG a.a.O. Rn.38; BSG a.a.O. [24.5.2007 – B 1 KR 10/06 R] Rn.13)“ unberücksichtigt lassen durfte, „ob im Einzelfall […] bereits vor Vollendung des 25. Lebensjahres die fehlende Fertilität eines Partners endgültig feststeht und eine ‚vorzeitige‘ Medikalisierung des Kinderwunsches daher nicht zu befürchten ist“, weil auch dann nicht auszuschließen sei, „dass die medizinische Wissenschaft bis zum Erreichen der Altersgrenze doch noch Heilungsmöglichkeiten für die Fertilitätsstörung findet“, ist auch das nicht überzeugend. Denn mit derselben Argumentation könnte man die Kostendeckung für die Therapie jeder derzeit unheilbaren Krankheit verweigern, weil sie sich in einer unbestimmten Zukunft ja eventuell als heilbar erweisen könnte. Auch kann man niemanden unter Verweis auf eine unwahrscheinliche Prognose dazu zwin-

1275 Vgl. ebd.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

gen, seinen Kinderwunsch nach hinten zu verlegen, eine Entscheidung, die wie kaum eine andere lebensverändernd ist und daher bezüglich Ob, Wann und Wie der höchstpersönlichen Verantwortung obliegen muss und vom Kollektiv zu achten ist. Schließlich argumentiert das Gericht, die untere Altersgrenze diene dazu, „die Ernsthaftigkeit des Kinderwunsches über einen längeren Zeitraum zu bestätigen“[1276]. Dass es darauf nicht ankommen kann, zeigt indes schon der Praxisvergleich, denn der Staat stellt sich auch nicht in das Schlafzimmer potenzieller Eltern und fragt sie vor dem Sexualverkehr, ob sie sich das mit dem Kind auch gut überlegt haben.

Ebenso ist eine fixe Altersobergrenze und damit ein Finanzierungsausschluss „unabhängig von medizinischen Diagnosen und Erfolgsaussichten“[1277], auch und gerade in Abhängigkeit der durchgeführten Zyklen, nicht gerechtfertigt. Allein die Tatsache, dass „Maßnahmen der künstlichen Befruchtung sehr teuer sind“, rechtfertigt nicht den Schluss, dass sie „unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten (§ 2 Abs. 1 Satz 3, § 12 Abs. 1 SGB V) bedenklich erscheinen (vgl. BVerfG a.a.O. [28.2.2007 – 1 BvL 5/03] Rn.35)“[1278]. Dafür müssen die von der Solidargemeinschaft zu tragenden Kosten vielmehr außer Verhältnis zu Sinn und Zweck, insbesondere den Erfolgsaussichten einer grundsätzlich indizierten Maßnahme stehen. Gerade das ist aber, anders als durch die Sozialgerichte und das BVerfG zugrunde gelegt, selbst oberhalb der 40 Jahre nicht unbedingt der Fall. Die *Leopoldina* verweist insofern auf das deutsche IVF-Register der Jahre 2012 bis 2016, wonach „die Geburtenrate pro Embryotransfer bei 40-jährigen Frauen 15,0%, bei 41-jährigen Frauen immerhin noch 12,4% und bei 42-Jährigen 9,2% [beträgt]“[1279]. Deshalb muss im Ergebnis, gerade um dem Wirtschaftlichkeitspostulat zu entsprechen, abseits pauschaler Alters- und Zyklusgrenzen „eine Finanzierung in medizinisch begründeten Einzelfällen

1276 Vgl. ebd.

1277 *Leopoldina*, Fortpflanzungsmedizin in Deutschland – für eine zeitgemäße Gesetzgebung, 2019, S. 98.

1278 LSG Rheinland-Pfalz, Urt. v. 6.9.2007 – L 5 KR 240/06, BeckRS 2007, 47254.

1279 *Leopoldina*, Fortpflanzungsmedizin in Deutschland – für eine zeitgemäße Gesetzgebung, 2019, S. 102; D-I-R, https://www.deutsches-ivf-register.de/ (11.12.2021); D-I-R, Jahrbuch 2020 – Auszug (10/2021): Für Paare mit unerfülltem Kinderwunsch, Patientinnen, Patienten, die Öffentlichkeit, https://www.deutsches-ivf-register.de/perch/resources/dir-jahrbuch-2020-sonderausgabe-fuer-paare.pdf (11.2.2022).

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

möglich sein", wenn der Arzt oder die Ärztin die Erfolgsaussichten positiv bewertet.[1280]

b) Ergebnis zur Finanzierung der Kinderwunschbehandlung durch die gesetzliche Krankenversicherung

Als Leistungsrecht verpflichtet das Recht auf Zugang zur Elternschaft den Gesetzgeber zur Sicherstellung einer möglichst vollumfänglichen Finanzierung der Kinderwunschbehandlung durch die GKV[1281], und zwar nach hier vertretener Ansicht auch für unvermählte und homosexuelle Paare sowie für alleinstehende Personen. Das dagegen vorgebrachte Argument, Maß-

1280 *Leopoldina*, Fortpflanzungsmedizin in Deutschland – für eine zeitgemäße Gesetzgebung, 2019, S. 102.

1281 So auch das Ergebnis der ersten landesweiten Befragung von Patienten, relevanten Berufsgruppen und der Allgemeinbevölkerung in Deutschland zur Finanzierung von Unfruchtbarkeitsbehandlungen, präsentiert von *Rauprich/Berns/Vollmann*, Wer sollte für die Kosten der Reproduktionsmedizin aufkommen?, in: Rauprich/Vollmann, Die Kosten des Kinderwunsches, 2012, S. 61-83: „In den letzten Jahren wurden die Regelungen in einer Reihe von Ländern geändert, was auf einen noch nicht abgeschlossenen politischen Prozess der Bestimmung eines adäquaten Platzes für Unfruchtbarkeitsbehandlungen in den Sozialversicherungssystemen hindeutet." (S. 61). Die Befragung kommt zu dem Schluss, dass „[d]iejenigen Befragten, die mit den Aussagen übereinstimmten, dass (i) Unfruchtbarkeit eine Krankheit ist, (ii) Kinder bekommen zu können, zu den grundlegenden Möglichkeiten gehört, die jeder Mensch in seinem Leben haben sollte und (iii) unfruchtbare Paare mit einem unerfüllten Kinderwunsch in der Regel behandlungsbedürftig sind, […] in hohem Maße auch dazu [tendierten], eine vollständige öffentliche Finanzierung zu befürworten." (S. 75). Insgesamt reflektieren die Erhebungen „eine klare Tendenz zugunsten einer Reduzierung der Eigenbeteiligung der Paare, aber eine weniger klare Tendenz bei der Frage, wie dies zu finanzieren ist." (S. 80); vgl. ergänzend für eine zusammenfassende Darstellung der Meinungen zu den Kosten, der Kosteneffektivität und zur Finanzierung von Kinderwunschbehandlungen: Rauprich/Berns/Vollmann, Kinderwunschbehandlung aus Sicht von Patienten, Experten und der Allgemeinbevölkerung, in: Rauprich/Vollmann, Die Kosten des Kinderwunsches, 2012, S. 121-214 (146-164); Für eine zumindest teilweise Erstattung der Kosten für Unfruchtbarkeitsbehandlungen in allen europäischen Ländern: *ESHRE*, Task Force on Ethics and Law 14: Equity of access to assisted reproductive technology, Hum. Reprod. 2008 (23/4), S. 772-774; Zu der aktuellen Diskussion in der Schweiz und in diesem Zuge für eine Anerkennung der Fortpflanzungsmedizin als KVG-Leistung und eine Aufteilung der Kosten zwischen der KVG und den potenziellen Eltern vgl. *Seelmann*, Gutachten für das BAG über Rechte auf Versicherungsleistungen in der obligatorischen Krankenversicherung, 2021, S. 36 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

nahmen zur Herbeiführung einer Schwangerschaft fielen nicht unter den Begriff der Krankenbehandlung, überzeugt weder für Personen, die wegen einer organischen oder genetischen Fehlfunktion in der Zeugungsfähigkeit beschränkt sind – dann ist die Behandlung physisch indiziert – , noch für solche, die sich aufgrund ihrer sexuellen Orientierung oder Partnerlosigkeit mit Schwierigkeiten konfrontiert sehen, den Kinderwunsch zu realisieren – dann ist die Behandlung auf Beseitigung eines mitunter durch die unfreiwillige Kinderlosigkeit evozierten signifikant psychischen Leidens gerichtet, jedenfalls aber durch das Recht auf Gleichberechtigung auf ein Leben mit Kind sozial indiziert. Um dem Wirtschaftlichkeitspostulat zu entsprechen, sollte sich der Gesetzgeber zur Aufhebung der festen Altersgrenze und Zyklusanzahl veranlasst sehen (vgl. zweiter Hauptteil, A, VII). Mit *Röthel* schießlich sind die Regelungen zur sozialversicherungsrechtlichen Kostenbeteiligung als reproduktives „nudging" zu verurteilen. So „werden für unverheiratete heterosexuelle Paare hoch wirksame Anreize gesetzt, die reproduktiven Wünsche nur mit bestimmten Verfahren, zu einem bestimmten Zeitpunkt bzw. mit einer Partnerin/einem Partner bestimmten Alters zu verwirklichen"[1282]. Lernen lasse sich daraus, „dass reproduktive Autonomie auch durch solche Regelungen gefährdet werden kann, die sanft, indirekt und verdeckt auf den reproduktiven Entscheidungsprozess einwirken"[1283]. Es bleibt zu hoffen, dass der Gesetzgeber diese Lektion zum Anlass nimmt, die Regelungen zur Kostenbeteiligung zu überarbeiten, nicht zuletzt auch zur Gewährleistung „von gleicher reproduktiver Autonomie"[1284].

c) Institutionelle Absicherung der freien Entscheidung von Kinderwunschpatienten und Hilfe leistender Dritter

In institutioneller Hinsicht ist der Gesetzgeber verpflichtet, die Entscheidungsfreiheit derjenigen sicherzustellen, die zur Realisierung ihres Kinderwunsches auf reproduktionsmedizinische Maßnahmen angewiesen sind. Eine Vulnerabilität entsteht „durch strukturelle Macht- und Informationsasymmetrien zwischen Anbieterinnen und Anbietern und Nutzerinnen und

1282 *Röthel*, Autonomie als Bezugspunkt für eine Kritik der rechtlichen Regulierung des Zugangs zu reproduktiven Verfahren, in: Baer/Sacksofsky, Autonomie im Recht – Geschlechtertheoretisch vermessen, 2018, S. 215-228 (222).

1283 Vgl. ebd. S. 222.

1284 Vgl. ebd. S. 222; 216 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Nutzern von Kinderwunschmedizin". So moniert die *Leopoldina*, dass der „Zugang zu *unabhängiger* psychosozialer Beratung" häufig blockiert ist. Das strukturelle Subordinationsverhältnis zwischen dem Behandelnden und dem „in einer psychischen Ausnahmesituation Hilfe suchenden Paares" berge die Gefahr „vorschneller Behandlungsempfehlungen, denen keine eindeutige medizinische Indikation zugrunde liegt". Auch stellten einige Reproduktionszentren die Erfolgschancen der Kinderwunschbehandlung zu optimistisch, die Risiken zu verharmlosend dar. Nicht zuletzt verstärke der Umstand, dass es Ärzten untersagt ist, über im Ausland legitime Verfahren zu beraten, „die strukturelle Abhängigkeit der Kinderwunschpaare von einzelnen, unter Umständen durch rein kommerzielle Interessen motivierten Personen oder Institutionen (z. B. Vermittlungsagenturen)"[1285]. Als problematisch könnte es sich auch erweisen, dass „Arbeitgeber durch Kostenbeteiligung Einfluss auf die Gestaltung der reproduktiven Biographie ihrer von ihnen sozial abhängigen weiblichen Mitarbeiterinnen nehmen (‚social egg freezing')"[1286]. Um solchen „Schwierigkeiten reproduktiver Entscheidungsfindung" zu begegnen, kann mit *Röthel* der Ausbau der psychosozialen Kinderwunschbehandlung in Deutschland ein wirksames „Instrument zur Förderung zur reproduktiven Autonomie" sein. Bedingung ist aber, dass „man darunter eine *ergebnisoffene* Beratung versteht, deren Ziel es ist, bei der Aufdeckung der eigenen reproduktiven Wünsche zu unterstützen"[1287]. Gleichzeitig gilt es, die autonome Entscheidung reproduktionshilfeleistender Dritter zu gewährleisten, die sich als Spender/-in oder Leihmutter bereitstellen (dazu unter C, VI, 4, 3). Schließlich ist dem Recht der aus reproduktionsmedizinischen Maßnahmen entstandenen Kinder auf Kenntnis der eigenen Abstammung Rechnung zu tragen. Voraussetzung für eine gewissenhafte Ausübung des Grundrechts auf Zugang zur Elternschaft sind daher „eine gute Datenlage, transparente und qualitätsgesicherte Abläufe und der freie Zugang zu unabhängiger Information und Beratung"[1288]. Auch insoweit ist das Zugangsrecht Leistungsrecht.

1285 *Leopoldina*, Fortpflanzungsmedizin in Deutschland – für eine zeitgemäße Gesetzgebung, 2019, S. 30.

1286 *Röthel*, Autonomie als Bezugspunkt für eine Kritik der rechtlichen Regulierung des Zugangs zu reproduktiven Verfahren, in: Baer/Sacksofsky, Autonomie im Recht – Geschlechtertheoretisch vermessen, 2018, S. 215-228 (221); vgl. ebd. S. 222 für einen Problemaufriss zum reproduktiven „nudging".

1287 Vgl. ebd. S. 221.

1288 Vgl. ebd. S. 29-30.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

3) Das Recht auf Zugang zur Elternschaft als normgeprägtes Grundrecht

Soweit das Recht auf Zugang zur Elternschaft zur rechtlichen Stabilisierung sozialer Elternbeziehungen verpflichtet, außerdem zum Ausgleich der kollidierenden Ausübungs- und Verzichtsinteressen an einer Persönlichkeitsentwicklung durch Elternschaft zwischen den genetischen, biologischen, Initiativeltern und sozialen Eltern und zur Schaffung familienrechtlicher Institutionen und Handlungsformen zu diesem Zweck, handelt es sich um ein normgeprägtes Grundrecht[1289], das für seine Ausgestaltung auf gesetzgeberisches Handeln angewiesen ist.[1290]

a) Die verfassungsrechtlichen Grundsätze zum Ausgleich der konkurrierenden Ausübungs- und Verzichtsinteressen an einer Persönlichkeitsentwicklung durch Elternschaft nach reproduktionsmedizinischer Zeugung

Auf verfassungsrechtlicher Ebene stehen die Grundrechtsträger eines jeweils nach Art und Umfang gleichen Rechts auf Zugang zur Persönlichkeitsentwicklung durch Elternschaft gleichberechtigt nebeneinander. Ihr Verhältnis wird also nicht bereits durch abgestufte Grundrechtspositionen vorgezeichnet, sondern erst auf einfach-rechtlicher Ebene relevant „für den Schlichtungsauftrag des Gesetzgebers, der durch diese Parallelität aktiviert wird“[1291]. Wie festgestellt, hat der Gesetzgeber dabei die genetischen, biologischen und Initiativeltern sowie gegebenenfalls sozialen Eltern zu berücksichtigen. Wie der Konflikt zwischen den konkurrierenden Ausübungs- und Verzichtsinteressen an einer Persönlichkeitsentwicklung durch Elternschaft aufzulösen ist, wem also die Elternrechte- und Pflichten zufallen, hat der einfache Gesetzgeber nach dem Grundsatz praktischer Konkordanz

1289 Zu dem nach seiner Einschätzung problematischen Verhältnis von grundgesetzlichem und familienrechtlichem Elternbegriff in der Judikatur des BVerfG vgl. *Jestaedt*, Eltern im Rechtssinne: Identität und Differenz des Eltern-Begriffs von GG und BGB, in: Hilbig-Lugani/Huber, Moderne Familienformen, 2019, S. 13-35 (18 ff., 22 ff., 26 ff.). *Jestaedt* argumentiert gegen die These von einem „privatrechtsakzessorischen und für einen eigenständigen verfassungsrechtlichen, nicht mit dem bürgerlichrechtlichen Elternbegriff identischen Elternbegriff“.

1290 Vgl. *Cornils*, Die Ausgestaltung der Grundrechte, 2005, S. 497, 518 ff.; *Ruffert,* Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts, 2002, S. 37-45.

1291 *Kaufhold*, Verfassungsrechtliche Vorgaben für die einfach-rechtliche Regelung der Mutterstellung, in: Röthel/Heiderhoff, Regelungsaufgabe Mutterstellung, 2016, S. 87-116 (97).

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

und gemessen an der Leit- und Orientierungsfunktion der EMRK zu entscheiden.

Ob er dabei noch ausgestaltend tätig wird oder durch eine Elternzuordnung vielmehr in die Grundrechte anderer eingreift, die sich durch ihre spezifische Beziehung zum Kind als verfassungsrechtliche Eltern qualifizierenden, lässt sich nicht pauschal beantworten. Das BVerfG hat für die aus Art. 6 II S. 1 GG folgenden Pflege- und Erziehungsrechte entschieden, dass die Schlichtung als bloße Ausgestaltung keiner der für einen Grundrechtseingriff erforderlichen Rechtfertigung bedarf[1292]. Die Literatur geht hingegen teilweise von einer Konkretisierung verfassungsimmanenter Schranken aus, so dass zum Beispiel der § 1591 BGB in „das Elterngrundrecht einer Eizell- oder Embryonenspenderin [eingreift] und [...] sich als Grundrechtseingriff rechtfertigen lassen [muss]"[1293]. Fraglich ist jedoch, ob eine statische Einordnung als Eingriffs- oder Ausgestaltungsgesetzgebung überhaupt zielführend ist. Vielmehr ist davon auszugehen, dass eine unzureichende oder suboptimale Ausgestaltung stets Gefahr läuft, in einen Grundrechtseingriff umzuschlagen, so dass die Qualifikation als das ein oder andere zwangsläufig einer gewissen Dynamik unterliegt. So wird man konstatieren müssen, dass sich derzeit weder das Abstammungs- noch Reproduktionsmedizinrecht auf Höhe der dargelegten Anforderungen des Grund- und Menschenrechts auf Zugang zur Persönlichkeitsentwicklung durch Elternschaft bewegt. Jedoch sind Änderungen denkbar, die es wieder in den Bereich einer eingriffsneutralen Ausgestaltung führen. So stellt beispielsweise der § 1591 BGB nur so lange einen Eingriff in die Rechte der sich einer Leihmutter bedienenden Wunschmutter dar, wie er an der alternativlosen Zuweisung des Kindes an die Leihmutter festhält. Räumt er den Beteiligten hingegen die Möglichkeit ein, die Elternverantwortung zu übertragen, greift er als reine Ausgestaltungsgesetzgebung weder in die Rechte der einen noch anderen Frau ein.

In Folgenden ist zu erörtern, ob der Verfassung bestimmte Maximen zu entnehmen sind, die den Gesetzgeber bei seinem Ausgleich verpflichten[1294].

1292 Urt. v. 15.6.1971 – 1 BvR 192/70, BVerfGE 31, 194 (208), NJW 1971, S. 1447-1449 (1448);
Urt. v. 3.11.1982 – 1 BvL 25/80, 38/80, 40/80, 12/81, BVerfGE 61, 358 (374), NJW 1983, S. 101-103 (102); *Brosius-Gersdorf*, in: Dreier, GG, 3. Aufl. 2013, Art. 6, Rn. 166.

1293 *Kaufhold*, Verfassungsrechtliche Vorgaben für die einfachrechtliche Regelung der Mutterstellung, in: Röthel/Heiderhoff, Regelungsaufgabe Mutterstellung, 2016, S. 87-116 (109-110).

1294 Vgl. ebd. S. 110-112.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

In Betracht kommt zum einen die Vorgabe, dass der leiblichen Elternverbindung Vorrang einzuräumen ist vor anderen Elternverbindungen (aa). Zum anderen die Vorgabe, dass nicht mehr als zwei verfassungsrechtliche Eltern im einfachen Recht Elternstatus erlangen dürfen (bb). Diese Postulate gilt es auf ihre verfassungsrechtliche Verbindlichkeit hin zu bewerten. Mit den daraus gewonnenen Erkenntnissen wird sodann geprüft, wie sich die derzeit im „roten" Eingriffsbereich liegenden abstammungsrechtlichen Vorschriften zum Ausgleich der kollidierenden Interessen an einer Persönlichkeitsentwicklung durch Elternschaft in den „gelben" und vorzugsweise „grünen" Bereich einer adäquaten Ausgestaltung heben lassen (b).

aa) Keine Pflicht zum Vorrang der leiblichen vor anderen Elternverbindungen

Das BVerfG geht in ständiger Rechtsprechung davon aus, dass der leiblichen Elternverbindung der Vorrang vor anderen Elternverbindungen gebührt. So schreibt es, dass „[...] der Gesetzgeber gehalten [ist], die Zuweisung der elterlichen Rechtsposition an der Abstammung des Kindes auszurichten" und „dass in der Regel den leiblichen Eltern [...] auch die rechtliche Stellung als Eltern einzuräumen ist", beziehungsweise Art. 6 II S. 1 GG das Ziel verfolgt, „möglichst eine Übereinstimmung von leiblicher und rechtlicher Elternschaft zu erreichen", weil „diejenigen, die einem Kind das Leben geben, von Natur aus grundsätzlich bereit und berufen sind, die Verantwortung für seine Pflege und Erziehung zu übernehmen"[1295].

Das ist in natürlichen Zeugungskonstellationen sicherlich richtig, weil hier für gewöhnlich leibliche und soziale Elternschaft zusammenfallen. Es evoziert aber eine gewisse Skepsis im Bereich der assistierten Zeugung, weil diejenigen, die reproduktionsmedizinische Verfahren in Anspruch nehmen, oftmals keine genetische und/oder biologische Verbindung zu dem Kind haben, für das sie die Elternverantwortung übernehmen wollen.

Soweit der Gesetzgeber seine Elternzuordnung am Kindeswohl ausrichtet, ist für die Frage, welche Bedeutung den genetischen und biologischen Wurzeln eines Kindes im Vergleich zu den sozialen und intentionalen Banden zukommt, die es zu seinen Eltern hat, zwischen zwei Konstellationen zu unterscheiden:

1295 Urt. v. 9.4.2003 – 1 BvR 1493/96, 1 BvR 1724/01, BVerfGE 108, 82 (100), NJW 2003, S. 2151-2158 (2152).

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Zum einen ist das Auseinanderfallen von leiblicher und sozialer Elternschaft in den Blick zu nehmen, wie es bei Adoptiveltern und Initiativeltern vorkommt, die keine genetische Verbindung zu dem durch eine Ersatzmutter ausgetragenen Kind haben (teilweise Leihmutterschaft).

Zum anderen ist das Auseinanderfallen von biologischer und genetischer Elternschaft zu beleuchten (sogenannte gespaltene Elternschaft), wie es infolge Keimzellspende, Embryospende oder Leihmutterschaft auftritt, wenn die Wunscheltern ein genetisch von ihnen selbst abstammendes Kind austragen lassen (umfängliche Leihmutterschaft). Denn auch diese Fälle führen zu einer, wenn auch nur teilweisen, Fragmentierung von leiblicher und sozialer Elternschaft. Zwar haben bei einer Eizell- und Embryospende beide Seiten eine leibliche Verbindung zu dem Kind, die Spenderin eine genetische und die Empfängerin eine biologische, doch ist in der Regel nur die biologische Mutter bereit, die soziale Elternfunktion auszufüllen. Dabei hat der Gesetzgeber offenbar ausschließlich ein Problem mit der gespaltenen Mutterschaft, da er eben wegen des Auseinanderfallens von biologischer und genetischer Elternschaft zwar die Eizellspende, nicht aber die Samenspende verbietet. Daraus lässt sich zugleich schließen, dass er das Fehlen der genetischen Verbindung der sozialen und biologischen Mutter zu ihrem Kind als kindeswohlgefährdender einstuft als das Fehlen der genetischen Verbindung des sozialen Vaters. Umgekehrt streben bei einer vollumfänglichen Leihmutterschaft regelmäßig nur die genetischen Eltern die soziale Elternschaft an. Hier kommt es also zu einem Auseinanderfallen sowohl von genetischer und biologischer Elternschaft als auch sozialer und biologischer Elternschaft.

Doch wie man es auch dreht und wendet, aus entwicklungspsychologischer Perspektive trägt die leibliche Elternverbindung in keinem Fall mehr zum Kindeswohl bei als die soziale und intentionale. Indiziert ist das ge-

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

naue Gegenteil, wie *Walper et al.* in ihrer Studie zeigen[1296]. Darin ging es um die Frage, welche Bedeutung die genetische und biologische Herkunft des Kindes für die Qualität der Sorgebeziehung hat. Untersucht wurden Beziehungen einerseits von Adoptiveltern und Eltern mit Kindern aus teilweiser Leihmutterschaft und andererseits von Eltern mit Kindern aus Keimzellspende, Embryospende und vollumfänglicher Leihmutterschaft.

Einen ersten Anhaltspunkt bietet danach bereits der Umstand, dass die biologische Abstammung in der „soziologischen Familien- und Geschlechterforschung" relativ wenig Beachtung gefunden hat. Zumeist gehe es um „die soziale Konstruktion einer ‚vergeschlechtlichen Sorgebeziehung', wobei „Mutterschaft [...] nicht als körperlich-leibliche Erfahrung oder genetisches Faktum, sondern [...] in seiner sozialen Funktion als Ausdruck einer aktiv gestalteten Beziehung gesehen [wird]". Vorherrschend sei also die Annahme, „dass erst die Sorgebeziehung Frauen zu Müttern macht"[1297].

Die in den siebziger Jahren durch *Klaus* und *Kennell* aufgestellte These, wonach bei Frauen unmittelbar nach der Geburt ein besonderer Bindungsprozess in Gang gesetzt werde, dessen Unterbrechung, etwa durch eine „diskontinuierliche Betreuung nach der Geburt (z.B. im Falle einer Frühgeburt oder bei Früh-Adoption eines fremden Kindes)" dazu führt, dass „die mütterliche Fürsorge nur mangelhaft entwickelt wird", habe sich als falsch erwiesen[1298]. Zwar sorgt laut *Feldman et al.* die im Verlauf der Schwanger-

1296 *Walper et al.*, Was kann der Staat? Mutterschaft aus Sicht der Familien-, Kinder- und Jugendforschung, in: Röthel/Heiderhoff, Regelungsaufgabe Mutterstellung, 2016, S. 31-62; einen Überblick über die Sozialempirie zu den Auswirkungen einer medizinisch unterstützten Fortpflanzung auf das kindliche Wohlbefinden gibt auch *Hartmann*, Von der Mutterschaft zur Elternschaft, 2020, S. 195 ff.; umfassend zur Elternschaft und Kindesentwicklung nach medizinisch unterstützter Fortpflanzung unter Einbeziehung verschiedener europäischer Arbeitsgruppen, u.a. der Studien um *Golombok* (England) und *Ansermet* (Schweiz) auch *Simoni*, Gutachten im Auftrag des BAG: Sozialwissenschaftliche Grundlagen zu den Konzepten „Kindeswohl, Familie und Elternschaft" im Fortpflanzungsmedizingesetz, 2012, S. 57-67.

1297 *Walper et al.*, Was kann der Staat? Mutterschaft aus Sicht der Familien-, Kinder- und Jugendforschung, in: Röthel/Heiderhoff, Regelungsaufgabe Mutterstellung, 2016, S. 31-62 (34-35).

1298 Vgl. S. 37-38; *Klaus/Kennell*, Maternal-Infant Bonding, J. Midwifery 1976 (22/2), S. 16-17; zur Widerlegung: *Suess,* Mißverständnisse über Bindungstheorie, 2011; *Grossmann/Thane/Grossmann*, Maternal tactual contact of the newborn after various postpartum conditions of mother-infant contact, Dev. Psychol. 1981 (17/2), S. 158-169; *Ahnert*, Frühe Bindung. Entstehung und Entwicklung, 2019; *Hartmann*, Von der Mutterschaft zur Elternschaft, 2020, S. 171 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

schaft und während der Entbindung verstärkte Ausschüttung des Hormons Oxytocin für eine starke Bindung der Frau zu ihrem Neugeborenen, von der sich auch auf die „Verhaltensweisen und Einstellungen der Mütter nach der Geburt" schließen lasse[1299]. Doch weisen *Walper et al.* darauf hin, dass Gestation und Niederkunft nicht die einzigen Ursachen für eine solche Oxytocin-Erzeugung sind. So hätten *Bick et al.* gezeigt, „dass auch bei Pflegemüttern ein höheres Oxytocin-Niveau mit mehr beobachtbarer Freude im Verhalten gegenüber dem Kind und einer stärkeren kognitiven Aktivierung beim Betrachten von Säuglingsbildern einhergeht" und *Naber et al.* die positiven Effekte des Bindungshormons auf Väter beim Spiel mit dem Kind nachgewiesen. Damit stehe fest, dass die das Obhutsverhalten und emotionale Verbundenheit begünstigenden „hormonellen Einflüsse nicht an Schwangerschaft, Geburt oder Stillen gebunden [sind], sondern [...] leibliche und nicht-leibliche Mütter ebenso wie Väter [betreffen]"[1300]. Zu diesem Ergebnis gelangt auch *Hartmann* in ihrer Darlegung einschlägiger Untersuchungen zur Bindungsentwicklung in der Eltern-Kind-Beziehung[1301]. Danach ist die Schwangerschaft zwar eine bedeutsame Erfahrung für die Mutter, für die positive Bindungsentwicklung zwischen Eltern und Kind aber weniger entscheidend als der postmortale Bindungsaufbau. Hierbei komme es weniger auf die unmittelbare Zeit nach der Entbindung an als vielmehr auf „die kontinuierliche und längerfristige Verantwortungsübernahme" an[1302]. Entscheidend seien insbesondere die ersten 18 Lebensmonate, in denen das Kind eine Bindung zunächst zu einer primären, sodann zu einer sekundären oder auch mehr Bezugspersonen aufbaut. Dabei beeinflusse eine Oxytocin Ausschüttung die Bindungswirkung zwar positiv, dies allerdings „unabhängig von einer biologisch-genetischen Verbindung zwischen Eltern und Kind"[1303]. *Hartmann* zieht daraus den einleuchtenden Schluss, dass es „Ziel eines gelingenden Abstammungsrechts [sein muss], einem Kind möglichst unmittelbar nach der Geburt rechtliche Eltern ver-

1299 *Feldman et al.*, Evidence for a neuroendocrinological foundation of human affiliation, Psychol. Sci. 2007 (18/11), S. 965-970.

1300 *Walper et al.*, Mutterschaft aus Sicht der Familien-, Kinder-und Jugendforschung, in: Röthel/Heiderhoff, Regelungsaufgabe Mutterstellung, 2016, S. 31-62 (38-39); *Bick et al.,* Foster mother-infant bonding, Child Dev. 2013 (84/3), S. 826-840; *Naber et al.,* Intranasal oxytocin increases fathers' observed responsiveness during play with their children, Psychoneuroendocrinology 2010 (35/10), S. 1583-1586.

1301 *Hartmann*, Von der Mutterschaft zur Elternschaft, S. 152-174.

1302 Vgl. ebd. S. 154.

1303 Vgl. ebd. S. 175.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

bindlich und dauerhaft zuzuordnen“[1304], wobei das Schwangerschaftserleben aber kein zwingendes Kriterium für die Zuordnung zur Gebärenden ist[1305].

Gegen eine Überbewertung der leiblichen Elternverbindung spreche zudem, dass einer Elternschaft „[s]owohl bei einer Adoption als auch bei Eizellspende, Embryonenspende oder der Inanspruchnahme einer Leihmutter“ in aller Regel „ein lang gehegter, besonders intensiver Kinderwunsch und eine lange Vorbereitungszeit auf die Elternschaft voraus[geht]“, die ein erhebliches Interesse am Wohlergehen des Kindes und die Bereitschaft zur Übernahme der Elternverantwortung indizieren. Dabei wirke der Faktor „Wunschkind“ nicht nur auf „ein positives Erleben der Schwangerschaft und den Aufbau der Mutter-Kind-Beziehung während der Schwangerschaft“, sondern steigere auch das psychische Wohlbefinden und die Belastungsfähigkeit von Müttern wie Vätern nach der Geburt[1306].

Das sich gleichwohl beharrlich haltende Vorurteil, dass die bei einer Keimzellspende, Embryonenspende und teilweisen Leihmutterschaft fehlende genetische bzw. bei einer vollumfänglichen Leihmutterschaft fehlende biologische Verbindung des Kindes zu seinem sozialen Elternteil sich negativ auf die Eltern-Kind-Beziehung und Entwicklung des Kindes auswirkt, hält einem Realitätsabgleich schließlich auch in Anlehnung an die gut fundierte Adoptionsforschung nicht stand. Sie greift im Wesentlichen dieselben Kritikpunkte auf, wobei es Adoptiveltern sowohl an einer biologischen als auch genetischen Verbindung zum Kind fehlt.

Das sind laut *Walper et al.* zum einen die Befürchtung, dass die fehlende genetische Verbindung die Gefahr einer Entfremdung birgt und zu einer weniger hingebungsvollen Ausübung der Elternverantwortung führen könnte[1307]. Zum anderen die Befürchtung, dass das Vertrauensverhältnis zu den Eltern gestört werden könnte, wenn sie dem Kind seine wahre

1304 Vgl. ebd. S. 152.

1305 Vgl. ebd. S. 202.

1306 *Walper et al.*, Mutterschaft aus Sicht der Familien-, Kinder- und Jugendforschung, in: Röthel/Heiderhoff, Regelungsaufgabe Mutterstellung, 2016, S. 31-62 (40), m. Verw. a. *Niederhofer/Reiter*, Der Einfluss der Einstellung zu Schwangerschaft und Geburt auf die vorgeburtliche Mutter-Kind-Beziehung, The Int. J. Prenatal and Perinatal Psychology and Medicine 2002 (14/1-2), S. 91-98; *Werneck*, Belastungsaspekte und Gratifikationen beim Übergang zur Vaterschaft, PEU 1997 (44/4), S. 276-288.

1307 Davon nehmen *Walper et al.* die vollumfängliche Leihmutterschaft aus, da die Wunscheltern dann zugleich die genetischen Eltern des Kindes sind.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Herkunft offenbaren, oder schlimmer noch, ihm diese verschweigen und es zu einer versehentlichen Offenlegung durch Dritte kommt. Und schließlich die Befürchtung, dass Adoptierte und Kinder aus Eizellspende, Embryonenspende und Leihmutterschaft sich mit der Schwierigkeit konfrontiert sehen, „im Verlauf ihrer Identitätsentwicklung die Besonderheiten ihrer Entstehungsgeschichte in ihr Selbstbild integrieren [zu] müssen“[1308].

Allerdings entbehren diese Bedenken, so *Walper et al.*, empirischer Faktizität. Das belege sowohl die Forschung zur „Identitätsentwicklung bei Kindern und Jugendlichen in Fällen fragmentierter Elternschaft“ in Adoptionsfamilien als auch in Familien mit künstlich gezeugten Kindern. Mit *Erikson* ließen sich drei Phasen der „Ich-Identität“ identifizieren: Erstens „die psycho-biologische Entwicklung“, also „die Auseinandersetzung mit inneren, psychodynamischen Bedürfnissen unbewusster und bewusster Natur“, zweitens „die psycho-soziale Entwicklung“, also „die Auseinandersetzung mit Einflüssen und Anforderungen der Umwelt“, und drittens „die psycho-geschichtliche Entwicklung“, also die Auseinandersetzung „mit der eigenen Herkunft und Abstammung“[1309]. Auch *Grotevant* differenziert zwischen Aspekten der „Ich-Identität“, die der Einzelne durch autonomen Entschluss beeinflussen kann „wie z.B. Religion, Politik oder persönliche Beziehung“, und solchen, die von persönlicher Interferenz ausgeschlossen sind wie die Ethnie oder das Adoptiertsein (“adoptive identity”)[1310].

Was die Ausbildung der selbstbestimmten „Ich-Identität“ angeht, halten *Walper et al.* fest, dass sich für Adoptierte „keine eindeutigen Hinweise auf Nachteile“ ergeben und „der Adoptionsstatus per se weniger bedeutsam [...] ist als weitläufig angenommen“[1311]. Anders sehe es aus mit dem „Prozess, während dessen eine adoptierte Person Sinnhaftigkeit und Bedeutung bezüglich ihrer Adoption schafft“. Wie dieser verlaufe, hänge von

1308 *Walper et al.*, Mutterschaft aus Sicht der Familien-, Kinder- und Jugendforschung, in: Röthel/Heiderhoff, Regelungsaufgabe Mutterstellung, 2016, S. 31-62 (40); vgl. *Murray/MacCallum/Golombok*, Egg donation parents and their children, Fertil. Steril. 2006 (85/3), S. 610-618 (610-611).

1309 *Erikson*, Jugend und Krise, 2003.

1310 *Grotevant*, Assigned and chosen identity components, in: Adams/Gulotta/Montemayor, Adolescent identity formation, 1992, S. 73-90; *Grotevant et al.*, Adoptive Identity, Fam. Relat. 2000 (49/4), S. 379-387; vgl. auch: *Gullotta/Adams/Markstrom*, The Adolescent Experience, 2000, S. 73-100; *Grotevant/von Korff*, Adoptive identity, in: Schwartz/Luyckx/Vignoles, Handbook of Identity Theory and Research, 2011, S. 585-601.

1311 *Walper et al.*, Mutterschaft aus Sicht der Familien-, Kinder- und Jugendforschung, in: Röthel/Heiderhoff, Regelungsaufgabe Mutterstellung, 2016, S. 31-62 (43).

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

verschiedenen Faktoren ab wie der Adoptionsart, dem Informationsstand des adoptierten Kindes über seine Herkunft und dem Ob und Wie eines Informationsaustausches zwischen dem Adoptivkind, seiner Herkunfts- und Adoptionsfamilie. Strukturell sei eine geschlossene Adoption (kein Kontakt zwischen Herkunfts- und Adoptionsfamilie), halboffene Adoption (Kontakt über Drittinstanz) und offene Adoption (direkter Kontakt zwischen der Herkunfts- und Adoptionsfamilie) denkbar[1312]. In der Regel ließen sich etwaige bei Ausprägung der „Adoptividentität" auftretende Komplikationen aber nicht erst über eine strukturelle, sondern bereits kommunikative Offenheit austarieren. Zu diesem Ergebnis gelangen *Walper et al.* mit *Brodzinsky*[1313] und *Colaner/Soliz*[1314]. Sie stellen die positiven Effekte „eines offenen, ehrlichen, nicht-defensiven und emotional abgestimmten Dialogs in der Familie heraus, der dem Adoptivkind das Gefühl vermittelt, mit seinen adoptionsrelevanten Gedanken und Gefühlen angenommen und verstanden zu werden"[1315]. Wichtig sind zudem mit *Stein/Hoopes*[1316] und *Levy-Shiff*[1317] „positive Beziehungen in der Adoptivfamilie"[1318]. Insgesamt lässt sich daher für die Adoptionsforschung festhalten, dass ein Kind weniger von der genetischen und biologischen als vielmehr sozialen Verbindung zu seinen Eltern profitiert. Identitätskonflikte lassen sich durch einen offenen Dialog über die Herkunfts- und Adoptionsumstände und eine warme, verständnisvolle und bestärkende Sorgebeziehung in der Adoptivfamilie vermeiden.

Dieses Ergebnis lässt sich nun auf Kinder aus Keimzellspende, Embryonenspende und Leihmutterschaft übertragen. Auch hier vermeiden ein offener Dialog über die Umstände von Zeugung und Geburt sowie ein

1312 Vgl. ebd. S. 44-45, *von Korff/Grotevant/McRoy*, Openness arrangements and psychological adjustment in adolescent adoptees, J. Fam. Psychol. 2006 (20/3), S. 531-534.

1313 *Brodzinsky*, Family Structural Openness and Communication Openness, Adoption Quarterly 2006 (9/4), S. 1-18; *Brodzinsky*, Reconceptualizing openness in adoption, in: Ders./Palacios, Psychological Issues in Adoption: Research and Practice, 2005, S. 145-166.

1314 *Colaner/Soliz*, A Communication-Based Approach to Adoptive Identity, Commun. Res. 2015, S. 1-27.

1315 *Walper et al.*, Mutterschaft aus Sicht der Familien-, Kinder-und Jugendforschung, in: Röthel/Heiderhoff, Regelungsaufgabe Mutterstellung, 2016, S. 31-62 (46).

1316 *Stein/Hoopes*, Identity Formation in the Adopted Adolescent, 1985.

1317 *Levy-Shiff*, Psychological adjustment of adoptees in adulthood, Int. J. Behav. Dev. 2001 (25/2), S. 97-104.

1318 *Walper et al.*, Mutterschaft aus Sicht der Familien-, Kinder- und Jugendforschung, in: Röthel/Heiderhoff, Regelungsaufgabe Mutterstellung, 2016, S. 31-62 (45).

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

liebevoller Umgang in der sozialen Familie die befürchteten Identitätskonflikte, die einer Fragmentierung von biologischer, genetischer und sozialer Elternschaft nachgesagt werden.

Zur Kommunikationsbereitschaft halten *Walper et al.* zwar fest, dass sich „die Norm einer möglichst frühen Aufklärung [...] nicht gleichermaßen durchgesetzt hat wie bei Adoptivfamilien“[1319]. So haben *Owen/Golombok* und später *Golombok/Tasker* gezeigt, dass den meisten Eltern mit Kindern aus Keimzellspende „daran gelegen [ist], ihre Kinder und die Beziehung zu ihnen nicht durch entsprechende Informationen zu belasten und den Anschein einer leiblichen Elternschaft zu wahren“[1320]. Dadurch steige das Risiko einer Drittaufklärung, die mit *Freeman/Golombok* „zur deutlichen Belastung der Eltern-Kind-Beziehung und der psychischen Gesundheit der Jugendlichen [...] werden kann“[1321]. Ein ähnliches Bild ergibt sich laut *Murray et al.* für Kinder aus Eizellspende und *MacCallum/Keeley* zufolge, im Gegensatz zur überwiegend rechtzeitigen Aufklärung von Adoptiv- und IVF-Kindern, für Kinder aus Embryonenspende[1322].

Soweit wie *Walper et al.* ausführen die Geheimhaltung jedoch wesentlich durch das Schamgefühl der Betroffenen darüber motiviert ist, auf reproduktionsmedizinische Hilfe angewiesen zu sein[1323], sollte nicht verkannt werden, dass die zentrale Ursache für dieses Unbehagen in der ehemals negativen gesellschaftlichen Resonanz und anhaltenden rechtlichen Tabuisierung des Themas gelegen sein dürfte, dem die weitreichenden Verbote und Beschränkungen im Bereich der Fortpflanzungsmedizin Nachdruck verleihen. Mit einer Enttabuisierung der assistierten Fortpflanzung im Recht dürfte die Überwindung zur Offenlegung schwinden. Es ist daher zu erwarten, dass sich dem Geheimhaltungshang von Eltern mit Kindern

1319 Vgl. ebd. S. 48; vgl. *Murray/MacCallum et al.*, Egg donation parents and their children, Fertil Steril. 2006 (85/3), S. 610-618 (611).

1320 Vgl. ebd. S. 53-54, m. Verw. a. *Golombok/Tasker*, Socio-emotional development in changing families, in: Lamb/Lerner, Handbook of Child Psychology and Developmental Science, Vol. 3, 2015, S. 419-463; *Owen/Golombok*, Families created by assisted reproduction: Parent-child relationships in late adolescence, J. Adolesc. 2009 (32/4), S. 835-848.

1321 Vgl. ebd. S. 49, 54 m. Verw. a. *Freeman/Golombok*, Donor insemination: a follow-up study, Reprod. Biomed. Online 2012 (25/2), S. 193-203.

1322 Vgl. ebd. S. 48; *Murray/MacCallum/Golombok*, Egg donation parents and their children, Fertil. Steril. 2006 (85/3), S. 610-618; *MacCallum/Keeley*, Disclosure patterns of embryo donation mothers compared with adoption and IVF, Reprod. Biomed. Online 2012 (24/7), S. 745-748.

1323 Vgl. ebd. S. 48.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

aus Keimzellspende, Embryonenspende und Leihmutterschaft auf Dauer wie bei Adoptiveltern durch eine Sensibilisierung für die positiven Effekte entgegenwirken lassen wird, die eine Offenlegung auf die Entwicklung ihrer Kinder hat[1324]. In diese Richtung deuten bereits erste Studien, wonach Eltern mit künstlich gezeugten Kindern vermehrt dazu übergehen, ihre Kinder in die Besonderheiten ihrer Zeugung einzuweihen[1325].

Jedenfalls wirkt sich laut *Walper et al.* die fehlende genetische oder biologische Verbindung nicht negativ auf das Sorgeverhalten der Wunscheltern aus. Weder macht sie sich durch eine weniger hingebungsvolle Ausübung der Elternverantwortung bemerkbar noch führt das lange Hinarbeiten auf das Kind zu einem überengagierten Elternverhalten[1326]. Im Gegenteil bescheinigen *Golombok et al.* Eltern mit Kindern aus Samenspende eine besonders gute Beziehung zu ihrem Kind:

"Mothers of children conceived by assisted reproduction expressed greater warmth towards their child, were more emotionally involved with their child, interacted more with their child and reported less stress associated with parenting than mothers who conceived their child naturally. Similarly, assisted reproduction fathers were found to interact more with their child and to contribute more to parenting than fathers with a naturally conceived child."[1327]

1324 Für die positiven Effekte einer zeitigen Aufklärung vgl. *Walper et al.*, Mutterschaft aus Sicht der Familien, Kinder- und Jugendforschung, in: Röthel/Heiderhoff, Regelungsaufgabe Mutterstellung, 2016, S. 31-62 (49) m. Verw. a. *Golombok/Tasker*, Socio-emotional development in changing families, in: Lamb/Lerner, Handbook of Child Psychology and Developmental Science, Vol. 3, 2015, S. 419-463; *Scheib et al.*, Adolescents with open-identity sperm donors, Hum. Reprod. 2005 (20/1), S. 239-252; *Jadva/Freeman et al.*, The experiences of adolescents and adults conceived by sperm donation: comparisons by age of disclosure and family type, Hum. Reprod. 2009 (24/8), S. 1909-1919.

1325 *Golombok/Lycett et al.*, Parenting Infants Conceived by Gamete Donation, J. Fam. Psychol. 2004 (18/3), S. 443-452.

1326 *Walper et al.*, Mutterschaft aus Sicht der Familien-, Kinder- und Jugendforschung, in: Röthel/Heiderhoff, Regelungsaufgabe Mutterstellung, 2016, S. 31-62 (50).

1327 *Golombok/Brewaeys et al.*, The European Study of assisted reproduction families: family functioning and child development, Hum. Reprod. 1996 (11/10), S. 2324-2331; vgl. auch: *Golombok/Cook et al.*, Families created by the new reproductive technologies, Child Dev. 1995 (66/2), S. 285-298; *Golombok/Brewaeys et al.*, The European Study of assisted reproduction families: The transition to adolescence, Hum. Reprod. 2002 (17), S. 830-840; *Golombok/MacCallum et al.,* Families with children conceived by donor insemination: a follow-up at age twelve, Child Dev. 2002 (73/3), S. 952-968.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Gleichzeitig sprechen *Golombok/Lycett et al.* Eltern von Säuglingen aus Eizellspende eine „bessere Eltern-Kind-Beziehung" und „emotionale Involviertheit" zu[1328]. *Golombok/Murray et al.* belegen, dass sich eine Eizellspende im frühen Kindesalter nicht negativ auf das Elternverhalten auswirkt und im Vergleich zur Samenspende, IVF und Adoption sogar positivere Effekte auf die Verfassung von Eltern und Kind hat[1329]. Zwar kommen *Murray/MacCallum et al.* zu dem Schluss, dass Empfängerinnen einer Eizellspende ihren Kindern im Jugendalter weniger "sensitive responding" und "emotional over-involvement" entgegenbringen als Mütter eines durch Samenspende gezeugten Kindes[1330]. Daraus könnte man, wie *Walper et al.* schreiben, einen positiven Effekt der genetischen Verbindung auf das elterliche Sorgeverhalten ableiten. In der Gesamtschau jedoch spreche mehr dafür, dass „Eltern in Familien mit Keimzellspende [...] hoch engagierte Eltern [...] [sind], deren Beziehung zum Kind nicht durch die fehlende genetische Abstammung beeinträchtigt wird"[1331].

Bei einer Leihmutterschaft sehen *Walper et al.* und *Golombok/Tasker* zwar die Gefahr, dass sich die Wunschmutter mit der durch sie als überlegen wahrgenommenen, weil fruchtbaren und jüngeren Leihmutter vergleicht und daraufhin Minderwertigkeitskomplexe entwickelt oder das Gefühl nutzlos zu sein[1332]. Zudem lasse sich die Zuhilfenahme einer Leihmutter weniger verheimlichen als der Empfang einer Keimzellspende mit sichtbarer Schwangerschaft und bringe die Wunscheltern deshalb in Erklärungsnot. Hinzu trete die Sorge, dass die Leihmutter das Kind nicht hergeben könnte, wenn sie es geboren hat. Schließlich bestehe das Risiko, dass der Druck und die Erwartungshaltung, sich vor und während der Schwangerschaft mit der Leihmutter gut zu stellen, gerade bei Partnern,

1328 *Golombok/Lycett et al.*, Parenting Infants Conceived by Gamete Donation, J. Fam. Psychol. 2004 (18/3), S. 443-452.

1329 *Golombok/Murray et al.*, Social versus biological parenting, J. Child Psychol. Psychiatry 1999 (40/4), S. 519-527; vgl. auch: *Söderström-Anttlla/Sajaniemi et al.*, Health and development of children born after oocyte donation compared with that of those born after in-vitro fertilization and parents' attitudes regarding secrecy, Hum. Reprod. 1998 (13/7), S. 2009-2015.

1330 *Murray/MacCallum et al.*, Egg donation parents and their children, Fertil. Sterility 2006 (85/3), S. 610-618 (615).

1331 *Walper et al.*, Mutterschaft aus Sicht der Familien-, Kinder- und Jugendforschung, in: Röthel/Heiderhoff, Regelungsaufgabe Mutterstellung, 2016, S. 31-62 (50).

1332 Vgl. ebd. S. 50 m. Verw. a. *Golombok/Tasker*, Socio-emotional development in changing families, in: Lamb/Lerner, Handbook of Child Psychology and Development Science, Vol. 3, 2015, S. 419-463.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

von denen der eine mehr hinter der Leihmutterschaft steht als der andere, zu Beziehungskonflikten führt[1333].

Doch kommen *Walper et al.* mit *Golombok/Murray et al.* überein, dass sich das negative Potenzial dieser Umstände auf die Sorgebeziehung regelmäßig nicht auswirkt. So konnten *Golombok/Murray et al.* in einer Gegenüberstellung von Familien mit Kindern aus Leihmutterschaft, Eizellspende und natürlicher Zeugung eine höhere Zufriedenheit von Eltern mit Leihmutter im Vergleich zu natürlichen Eltern feststellen[1334]. Resümierend *Walper et al.*: „Die Mütter berichteten weniger Stress in der Kinderbetreuung und waren weniger depressiv als Mütter der beiden anderen Gruppen. Zudem zeigten sie mehr Wärme gegenüber dem Kind, hatten mehr Freude in der Elternrolle, genossen stärker die Nähe zum Kind und berichteten höhere Akzeptanz des Kindes [...]."[1335]

Zwar gibt es im Bereich der Samenspende einige wenige Anhaltspunkte dafür, dass sich das Fehlen einer genetischen Verbindung negativ auf das Konfliktpotenzial und den Erziehungsbeitrag des sozialen Vaters auswirkt.[1336] Insgesamt aber lässt mit *Walper et al.* das regelmäßig ausgezeichnete Sorgeverhalten von Eltern mit Kindern aus Keimzellspende, Embryonenspende und Leihmutterschaft eine positive Identitätsentwicklung erwarten. Diese Prognose bestätigen die Autorinnen mit *Golombok/Tasker*, *Golombok/MacCallum et al.*, *MacCallum/Keeley*, *Shelton et al.* und *Ilioi/Golombok* für das frühe Erwachsenenalter, wonach die Herausforderung, der sich diese Kinder dann gegenübersehen, nämlich „das Bewusstsein um ihren Entstehungshintergrund in ihr Selbstbild zu integrieren", ihre Persön-

1333 *Golombok/Murray et al.,* Families Created Through Surrogacy Arrangements: Parent-Child Relationships in the 1st Year of Life, Dev. Psychol. 2004 (40/3), S. 400-411 (401).

1334 Vgl. ebd. S. 404 ff.; *Golombok/Murray et al.*, Non-genetic and non-gestational parenthood: consequences for parent-child relationships and the psychological well-being of mothers, fathers and children at age 3, Hum. Reprod. 2006 (21/7), S. 1918-1924.

1335 *Walper et al.*, Mutterschaft aus Sicht der Familien-, Kinder- und Jugendforschung, in: Röthel/Heiderhoff, Regelungsaufgabe Mutterstellung, 2016, S. 31-62 (51).

1336 Vgl. ebd. S. 52 m. Verw. a. *Golombok/MacCallum et al.,* Families with children conceived by donor insemination: a follow-up at age twelve, Child Dev. 2002 (73/3), S. 952-968; *Freeman/Golombok*, Donor insemination: a follow-up study, Reprod. Biomed. Online 2012 (25/2), S. 193-203.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

lichkeitsentwicklung und Psyche nicht negativ beeinflusst.[1337] Tatsächlich verlaufe ihre „Entwicklung [...] gleichermaßen positiv und unauffällig wie bei Kindern, die auf natürlichem Weg gezeugt und geboren werden" und mit einiger Wahrscheinlichkeit unproblematischer als bei Adoptivkindern, die mitunter eine „belastende Vorgeschichte" mitbringen, etwa durch ein „ungünstiges Gesundheitsverhalten der Mütter während der Schwangerschaft", den „Verlust ihrer Bindungsperson", eine „wechselhafte Betreuungsbiographie" oder das Bewusstsein, „von ihren leiblichen Eltern abgegeben worden zu sein, für die sie ein ungewolltes Kind waren"[1338].

Im Ergebnis lässt sich daher festhalten, dass das Fehlen einer genetischen und/oder biologischen Verbindung der Eltern zu ihrem Kind das Sorgeverhalten nicht negativ beeinflusst. In keiner der vorgestellten Konstellationen „spricht die verfügbare Forschung [...] für vermehrte Probleme in den Familienbeziehungen oder der Entwicklung". Im Gegenteil zeichnen sich diese Beziehungen als „besonders warm und engagiert" aus[1339]. Eine offene Kommunikation über die Zeugungsmodalitäten und Abstammung vorausgesetzt, streiten Kindeswohlargumente nach sozialempirischem Kenntnisstand nicht für eine Verfassungspflicht, die leibliche gegenüber anderen Elternverbindungen zu bevorzugen. Vielmehr spricht im reproduktionsmedizinischen Kontext alles dafür, das Prinzip der Zeugungsverantwortung an die Stelle der biologischen Abstammung treten zu lassen, also die Elternverantwortung den Personen zuzusprechen, die sich durch ihre Entscheidung,

1337 Vgl. ebd. S. 51; *Golombok/Tasker*, Socio-emotional development in Changing families, in: Lamb/Lerner, Handbook of Child Psychology and Developmental Science, Vol. 3, 2015, S. 419-463; *Golombok/MacCallum et al.*, Surrogacy families: parental functioning, parent-child relationships and children's psychological development at age 2, J. Child Psychol. Psychiatry 2006 (47/2), S. 213-222; *MacCallum/Keeley*, Embryo donation families: A follow-up in middle childhood, J. Fam. Psychol. 2008 (22/6), S. 799-808; *Ilioi/Golombok*, Psychological adjustment in adolescents conceived by assisted reproduction techniques, Hum. Reprod. Update 2014 (21/1), S. 84-96; *Golombok/MacCallum/Goodman*, Parent-Child Relationships and the Psychological Well-Being of In Vitro Fertilization Children at Adolescence, Child Dev. 2001 (72/2), S. 599-608.

1338 *Walper et al.*, Mutterschaft aus Sicht der Familien-, Kinder- und Jugendforschung, in: Röthel/Heiderhoff, Regelungsaufgabe Mutterstellung, 2016, S. 31-62, S. 53.

1339 Vgl. ebd. S. 53.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

das Kind in Existenz zu bringen, verbürgt haben, für seine kindeswohlgerechte Entwicklung einzustehen[1340].

bb) Keine Pflicht zum Ausgleich zugunsten von maximal zwei Eltern

In Ausübung seiner Ordnungsfunktion hat der Gesetzgeber auch zu entscheiden, wie vielen Personen er die Elternverantwortung für ein Kind zuspricht. Insoweit ist zu prüfen, ob die Aussage des BVerfG, einfach-rechtlich könnten nur zwei Personen Elternstatus erlangen, als verfassungsrechtliche Maßgabe für die Herstellung praktischer Konkordanz überzeugt. Das BVerfG argumentiert, „schon der Umstand, dass ein Kind nur von einem Elternpaar abstammen kann, [lasse] darauf schließen, dass der Verfassungsgeber auch nur einem Elternpaar das Elternrecht für ein Kind hat zuweisen wollen"[1341]. Daran ist jedoch, wie *Sanders* richtig ausführt, bereits „der rechtsphilosophische Schluss von einem (angeblichen) Sein auf ein normatives Sollen problematisch", ebenso die zu Grunde gelegte Prämisse, dass an der Zeugung eines Kindes stets nur zwei Personen beteiligt sind.[1342] Letzteres widerlegen die Möglichkeiten der Reproduktionsmedizin. Zudem ist, wie *Sanders* fortführt, keinesfalls erwiesen, dass „der Verfassungsgeber historisch davon ausging, eine Zeugung könne nur durch zwei Personen erfolgen". Das erscheine angesichts der Tatsache, dass „die künstliche Befruchtung [...] seit Anfang des 20. Jahrhunderts" in der medizinischen Praxis eine Rolle spielt, eher unwahrscheinlich. Doch selbst dann sei keinesfalls erwiesen, dass der Verfassungsgeber deshalb das Elternrecht auf zwei Personen habe beschränken wollen. Vielmehr seien ihm bei der Ausarbeitung des Grundgesetzes Konstellationen geläufig gewesen, die eine Zuschreibung der Elternstellung an bis zu vier Personen vorsahen.

1340 Zu diesem Ergebnis kommt auch *Hartmann*, Von der Mutterschaft zur Elternschaft, 2020, S. 202: „Werden Kinder frühzeitig über die Umstände ihrer Zeugung aufgeklärt, so können sie diese Information regelmäßig gut in ihre Identität integrieren, insbesondere wenn sie hierbei durch eine qualitative Eltern-Kind-Beziehung unterstützt werden. Auch wenn die genetische Abstammung insbesondere im Jugendalter eine wichtige Rolle spielen kann, so zeigen sich – bei einer qualitativen Eltern-Kind-Beziehung – keine Unterschiede in der kindlichen Entwicklung je nach Umständen der Zeugung".

1341 Urt. v. 9.4.2003 – 1 BvR 1493/96, 1724/01, BVerfGE 108, 82 (101), NJW 2003, S. 2151-2158 (2152).

1342 *Sanders*, Mehrelternschaft, 2018, S. 333.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

So galt es lange Zeit als selbstverständlich, einem unehelichen Kind nur die Mutter als elterliche Bezugsperson zur Seite zu stellen. Zudem war es nach dem Adoptionsrecht von 1900 üblich, neben den Adoptiveltern die leiblichen Eltern in der Elternverantwortung zu belassen.[1343] Abgesehen davon sei, selbst wenn der Verfassungsgeber eine Mehrelternschaft ausschließen wollte, keinesfalls gesetzt, dass diese Entscheidung für die heutige Interpretation Verbindlichkeit beansprucht. Die Verfassung ist, das wurde eingangs beschrieben, ein lebendiges Instrument, das den Fortschritt auf dem Gebiet der Fortpflanzungsmedizin und dessen Begleitumstände in Bedacht nehmen muss. Mit *Sanders* lässt sich dieser Gedanke an der Entscheidung des BVerfG zur Sukzessivadoption nachvollziehen[1344], wo es ausführt: „Zwar ist [...] davon auszugehen, dass bei Abfassung von Art. 6 Abs. 2 GG ausschließlich an verschiedengeschlechtliche Eltern gedacht war. In der Norm liegt deshalb aber nicht eine bewusste Entgegensetzung zur Anerkennung gleichgeschlechtlicher Eltern; vielmehr lag diese schlicht außerhalb des damaligen Vorstellungshorizontes."[1345] Dasselbe lasse sich über die mit der assistierten Fortpflanzung auf den Plan getretene Möglichkeit sagen, dass mehr als zwei Personen die Zeugung eines Kindes zu verantworten haben. Der Verweis auf die natürliche Zeugungskonstellation in der Vorstellung des Verfassungsgebers begründet danach keine verfassungsrechtliche Pflicht, beim Ausgleich der kollidierenden Interessen an einer Persönlichkeitsentwicklung durch Elternschaft auf eine Mehrelternschaft zu verzichten. Daneben argumentiert das BVerfG mit den negativen Auswirkungen einer Mehrelternschaft auf das Kind, dem die „personale und rechtliche Sicherheit" genommen würde zu wissen, „zu wem es gehört, welcher Familie es zugeordnet ist und wer als Mutter oder Vater Verantwortung für es trägt"[1346]. Doch ist mit *Kaufhold* fragwürdig, ob sich aus der Gefahr „von Verantwortungsunklarheiten und Kompetenzkonflikten"[1347] „die allgemeine

1343 Vgl. ebd. S. 333-334.
1344 Vgl. ebd. S. 334.
1345 Urt. v. 19.2.2013 – 1 BvL 1/11, 3247/09, BVerfGE 133, 59 (79), NJW 2013, S. 847-855 (849).
1346 Urt. v. 9.4.2003 – 1 BvR 1493/96, 1724/01, BVerfGE 108, 82 (101), NJW 2003, S. 2151-2158 (2152).
1347 Urt. v. 19.2.2013 – 1 BvL 1/11, 3247/09, BVerfGE 133, 59 (78), NJW 2013, S. 847-855 (849).

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Regel ableiten lässt, dass niemals mehr als zwei verfassungsrechtliche Eltern auch einfach-rechtlich zu Eltern bestimmt werden dürfen“[1348].

Hier sind zwei Ebenen zu unterscheiden: Zum einen lässt sich unter Rekurs auf das Kindeswohl nicht rechtfertigen, dass „bestimmte Eltern iSd Art. 6 Abs.2 GG von vornherein keine Elternrechte aus dieser Position ableiten können“[1349] (vgl. dazu bereits C, II, 2, b). So weit argumentiert wird, dies sei nötig, um die Kinder vor dem mit einer Mehrelternbeziehung verbundenen Konfliktpotenzial zu schützen, hält dies vor dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nicht stand. Zurecht weist nämlich *Sanders* darauf hin, „dass der vollständige Verlust von Grundrechtspositionen nicht in Betracht gezogen werden kann, solange die Regulierung von Konflikten [...] und die Abwägung verschiedener Grundrechtspositionen im Rahmen der Regelungsaufgabe des Gesetzgebers nicht evident und eindeutig aussichtslos oder unmöglich ist“[1350]. Da der Gesetzgeber aber auch im Zwei-Personen-Verhältnis Regelungen zur Sorge und zum Umgang treffe, sei nicht ersichtlich, warum ihm eine solche Interessenabwägung im Mehr-Personen-Verhältnis unmöglich sein sollte[1351]. Vielmehr sei der einfache Gesetzgeber eher als der verfassungsgebende Gesetzgeber imstande, „aktuelle Erkenntnisse der Entwicklungspsychologie“ in seine Abwägung aufzunehmen. *Sanders* mahnt deshalb, einen vorschnellen „Ausschluss bestimmter Eltern aus dem verfassungsrechtlichen Schutz des Elternrechts“ zu vermeiden.[1352] Damit bestätigt sich die zum Zugangsrecht als Teil des Elterngrundrechts auf-

1348 *Kaufhold*, Verfassungsrechtliche Vorgaben für die einfach-rechtliche Regelung der Mutterstellung, in: Röthel/Heiderhoff, 2016, S. 87-116 (110-112).

1349 *Sanders*, Mehrelternschaft, 2018, S. 336.

1350 Vgl. ebd. S. 336.

1351 So auch: *Wedemann*, Konkurrierende Vaterschaften und doppelte Mutterschaft im internationalen Abstammungsrecht, 2006, S. 50 ff. (für Väter) und 131 ff (für Mütter); *Hartmann*, Von der Mutterschaft zur Elternschaft, 2020, S. 56, 117 ff.; 306 ff.; *Jestaedt*, Eltern im Sinne des Grundgesetzes und des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Verfassungsrechtliche (Vor-)Fragen der Elternstellung in der Kinderwunschmedizin, in: Coester-Waltjen/Lipp/Schumann/Veit, “Kinderwunschmedizin“ – Reformbedarf im Abstammungsrecht?, 2015, S. 23-46 (42); *Heiderhoff*, Herausforderungen durch neue Familienformen – Zeit für ein Umdenken, NJW 2016, S. 2629-2634 (2630): „Eine klare Ausrichtung auf das Ziel, stabile rechtliche Beziehungen für das Kind zu schaffen, bringt es nun nicht zwingend mit sich, die Abstammung auf zwei Elternteile zu beschränken. Vielmehr wäre eine Abstammung von mehr als zwei Personen – sei es konsekutiv oder kumulativ – vorstellbar, solange sie verbindlich ausgestaltet ist. Eine solche könnte näher an der Lebenswirklichkeit des Kindes bleiben.“

1352 *Sanders*, Mehrelternschaft, 2018, S. 337.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

gestellte These von einer kongruenten Ausgestaltung des persönlichen und sachlichen Schutzbereichs: Weder ein Rekurs auf das Kindeswohl noch auf den historischen Willen des Verfassungsgebers rechtfertigt eine Präklusion verfassungsrechtlicher Eltern von einer Ausübung ihres Elternrechts bereits auf Verfassungsebene.

Auch der auf zweiter Ebene zu prüfenden These, wonach der Gesetzgeber verfassungsrechtlich zum Wohl des Kindes verpflichtet sei, das Elternrecht einfachrechtlich höchstens zwei Personen zuzusprechen, ist mit gewisser Skepsis zu begegnen[1353]. Denn wie *Hartmann* nach *Reuß* sicherlich zurecht ausführt, „[stehen] [h]inter der abstammungsrechtlichen Zuordnung eines Kindes zu lediglich zwei Elternteilen […] insbesondere rechtspolitische Überlegungen sowie Vorstellungen von dem, was Familie sein sollte"[1354]. So wenig wie es für den Zugang zur Elternschaft durch Reproduktionsmedizin auf Familienstand, Beziehungsstatus und sexuelle Orientierung der Elternanwärter ankommen darf oder auf andere „Gründe, die Personen den Vorwurf einbringen können, suboptimale Eltern in *spe* zu sein – geringer sozioökonomischer oder Bildungs-Status, ein Mangel an Intelligenz oder sozialer Kompetenz, Krankheit, genetische Belastung oder Risiken"[1355], so wenig kann die vermeintlich zu hohe Zahl der sich im Vorfeld einer reproduktionsmedizinischen Behandlung auf die gemeinsame Übernahme der elterlichen Sorge einigenden Personen *per se* als Ausschlusskriterium für eine plurale Elternzuordnung („originäre Mehrel-

1353 In diese Richtung auch: *Hartmann*, Von der Mutterschaft zur Elternschaft, 2020, S. 121: „Da Leitprinzip des Elternrechts das Kindeswohl ist, wäre dessen personale Ausdehnung – beispielsweise auf (nur) soziale Eltern oder mehr als zwei Eltern – insbesondere dann denkbar, wenn dies dem Wohl des Kindes dienen würde. Die Befürchtungen des Bundesverfassungsgerichts im Hinblick auf Verantwortungs- und Rollenkonflikte könnten durch einfach-gesetzliche Regelungen zur pluralen Elternschaft ausgeräumt werden."; *Röthel*, Lebensformen, Rechtsformen und Leitbilder, Familienrecht in europäischer Perspektive, in: Völmicke/Brudermüller, Familie – ein öffentliches Gut?, 2010, S. 119-142 (138 f.); *Schwab*, in: Ders./Vaskovics, Pluralisierung von Elternschaft und Kindschaft, 2011, S. 41-56; *Remus/Liebscher*, Wohnst du noch bei oder sorgst du schon mit? – Das Recht des Samenspenders zu Anfechtung der Vaterschaft, NJW 2013, S. 2558-2561 (2561); *Sanders*, Mehrelternschaft, 2018, S. 410; *Gutmann*, Mutterschaft zwischen Natur und Selbstbestimmung, in: Röthel/Heiderhoff, Regelungsaufgabe Mutterstellung, 2016, S. 63-85 (83).

1354 *Hartmann*, Von der Mutterschaft zur Elternschaft, 2020, S. 55; *Reuß*, Theorie eines Elternschaftsrechts, 2018, S. 161.

1355 *Gutmann*, Mutterschaft zwischen Natur und Selbstbestimmung, in: Röthel/Heiderhoff, Regelungsaufgabe Mutterstellung, 2016, S. 63-85 (81).

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

ternschaft“[1356]) überzeugen. Aus funktionaler Perspektive spricht mehr dafür, dass der Gesetzgeber den präkonzeptionellen Zusammenschluss von Personen, die sich jeweils durch ihre spezifische Beziehung zum Kind – genetischer, biologischer oder initiativer Art[1357] – als Eltern qualifizieren und originär verbindlich darin übereinkommen, die Elternverantwortung gemeinsam zu tragen, zunächst als kindeswohltauglich vermutet und rechtlich durch die Möglichkeit zur vertraglichen Ausgestaltung des Mehrpersonenverhältnisses absichert. Dabei scheint *Sanders* Vorschlag plausibel, grundsätzlich an der Zwei-Elternschaft festzuhalten, für den Fall aber, dass alle Beteiligten dies einvernehmlich befürworten, die Möglichkeit zu notariell beurkundeten Mehrelternvereinbarungen vorzusehen, die nach einer „negative[n] Kindeswohlprüfung auf der Grundlage der vorzulegenden Elternvereinbarungen und der zu erwartenden Elternkonflikte“ durch das Familiengericht Eingang in das Personenstandsregister finden können[1358]. Kritisch hinterfragt werden muss nämlich, „welche Wirkungen sich überhaupt dadurch erreichen lassen, dass die Regelungen zur Abstammung an die veränderte Realität der Familie angepasst werden“[1359]. Wie *Heiderhoff* schreibt: „Am Ende ist es immer die Einigung in der Familie, auf welche es ankommt und die das wesentliche Element für ein unbeschwertes Aufwachsen der Kinder bildet. Das Recht kann allenfalls Rahmenbedingungen schaffen, welche das Zusammenwirken der rechtlichen, sozialen und biologischen Eltern des Kindes ermöglichen und unterstützen“.[1360] Gerade im reproduktionsmedizinischen Kontext tritt der Wunsch nach einer Mehrelternschaft häufig auf, etwa zwischen einem lesbischen Paar und

1356 *Röthel*, Wie viele Eltern verträgt ein Kind? Konzepte für die originäre Mehr-Elternschaft, in: Hilbrig-Lugani/Huber, Moderne Familienformen 2019, S. 129-142 (129).

1357 Als Initiativelternteil eingeschlossen ist auch die in die Fremdbefruchtung des Partners oder der Partnerin einwilligende Person, die mit dem Kind selbst nur sozial verbunden ist.

1358 *Sanders*, Mehrelternschaft, S. 405, 403 ff. Abzulehnen sind hingegen mit *Sanders* privatautonome Elternvereinbarungen, bei denen es um die „Begründung neuer Elternpositionen an Personen ohne eine Elternverbindung im Wege privatautonomer Einigung mit den ‚primär‘ berufenen Eltern“ geht, quasi also um eine „privatrechtliche[…] Adoption“. *Sanders* nennt als Beispiel ein junges Paar, das ein Kind erwartet und „den reichen Onkel durch eine Elternvereinbarung […] zum Miterternteil machen“ möchte (S. 391); zustimmend: *Hartmann*, Von der Mutterschaft zur Elternschaft, 2020, S. 308.

1359 *Heiderhoff*, Was kann, was darf, was will der Staat?, in: Röthel/Heiderhoff, Regelungsaufgabe Vaterstellung, 2014, S. 9-18 (18).

1360 Vgl. ebd. S. 18.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

dem befreundeten Samenspender oder einem schwulen Paar und der befreundeten Leihmutter. Dass in solchen Fällen die rechtliche Anerkennung der tatsächlich gelebten Familie das Wohlergehen des Kindes positiv beeinflusst, führt der *Ontario Court of Appeal* im Fall *A.A. v. B.B.* aus, in dem das Gericht einem lesbischen Paar und seinem Samenspender kumulative Elternverantwortung zusprach[1361]. Als Referenz verwies es unter anderem auf Erfahrungsberichte zur Bedeutung der Anerkennung eines sozialen Elternteils für das Kind in gleichgeschlechtlichen Partnerschaften. Deutliche Worte findet die "Lesbian Parents Project Group":

"[W]e [...] feel that legal recognition of our role as parents to our children is essential for their safety and social well being. It is critical to children that they have reflected back to them the value and integrity of their lives, including the legitimacy of their families [...]. Equal familial status sends a powerfully positive message to all social institutions that have an influence on our children's lives. It obliges them to acknowledge and respect the families our children live in."[1362]

Auch die betroffenen Kinder machen ihr Anliegen deutlich[1363]:

"I just want both my moms recognized as my moms. Most of my friends have not had to think about things like this – they take for granted that their parents are legally recognized as their parents. I would like my family recognized the same way as any other family, not treated differently because both my parents are women."[1364]

Anders als die nachträgliche Mehr-Elternschaft, die „als Phänomen der Nachscheidungs- oder Nachtrennungsfamilie" Konfliktpotenzial erwarten lässt, „weil sie in untrennbarem Zusammenhang mit dem Scheitern der Ursprungsbeziehung steht und zwangsläufig Fragen der Konkurrenz von internen und externen Bezugspersonen, von neuer Familie und Ursprungsfamilie aufwirft"[1365], greift diese Vermutung für die originäre Mehreltern-

1361 Court of Appeal for Ontario, 2nd Feb. 2007 (A.A. v. B.B.); befürwortend auch: *Dethloff*, Gleichgeschlechtliche Paare und Familiengründung durch Reproduktionsmedizin, 2016, S. 53 f.

1362 Court of Appeal for Ontario, 2nd Feb. 2007 (A.A. v. B.B.), S. 6.

1363 Vgl. zu dem Befund, „dass die entwicklungspsychologischen Erkenntnisse zur Bindungsentwicklung von Kindern [nahe legen], dass auch eine rechtliche Zuordnung zu mehr als zwei Personen der kindlichen Entwicklung nicht per se schadet" auch *Hartmann*, Von der Mutterschaft zur Elternschaft, 2020, S. 306, 201.

1364 Court of Appeal for Ontario, 2nd Feb. 2007 (A.A. v. B.B.), S. 6.

1365 *Röthel*, Wie viele Eltern verträgt ein Kind? Konzepte für die originäre Mehr-Elternschaft, in: Hilbrig-Lugani/Huber, Moderne Familienformen 2019, S. 129-142 (129).

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

schaft nicht ohne Weiteres. Denn hier sind die Bezugspersonen des Kindes von vornherein festgelegt. Auch sind keine vernünftigen Gründe in Sicht, den Personen, die sich aufgrund ihrer spezifischen Beziehung zum Kind jeweils als Eltern qualifizieren und denen das Wohl dieses Kindes, dem sie gemeinsam Leben geschenkt haben, daher besonders am Herzen liegt, von vornherein die Befähigung abzusprechen, eine kindeswohlgerechte Verantwortungsverteilung vorzunehmen. Dasselbe Vertrauen bringt der Gesetzgeber Eltern schließlich auch im Zwei-Personen-Verhältnis entgegen[1366]. „Nimmt man den philosophischen Befund ernst, dass die Gründe für die Zuschreibung von Mutterschaft [und Elternschaft] am Ende nur plural gedacht werden können"[1367], so spricht einiges dafür, denselben Vertrauensvorschuss auch im Mehr-Personen-Verhältnis anzulegen. Auch hier sollte sich der Gesetzgeber zu einem Eingreifen in Form von Regelungen zu Sorge- und Umgangsrechten erst veranlasst sehen, wenn es zu Konflikten zwischen den Vertragsparteien oder zu einem Missbrauch der Elternverantwortung kommt. Wollte er hingegen jede Möglichkeit eines Konflikts von vornherein ausschließen, so müsste er die Elternverantwortung immer nur einer Person zuschreiben. Auch die Single-Elternschaft ist für den Gesetzgeber aber nicht bevorzugtes Ziel. Grund für die Favorisierung gerade und ausschließlich der Zahl zwei dürfte damit mehr als alles andere sein, dass er die Entscheidung, was dem Kindeswohl am Ehesten entspricht, vor dem Ideal einer natürlichen Zeugung in der bürgerlichen Kleinfamilie fällt. Da die Realität aber anders aussieht, sollte der Gesetzgeber nicht unreflektiert seine Sicht, was Kindern in diesem Szenario am besten dient, auf die vielfältigen Konstellationen anwenden, in denen sie heute zur Welt kommen und aufwachsen. Vielmehr rechtfertigen andere Lebensumstände auch eine andere Bewertung im Hinblick darauf, was für ein Kind, das diesen veränderten Verhältnissen ausgesetzt ist, das Beste ist. Das dürfte regelmäßig die rechtliche Anerkennung der sich originär zu seinem besten Interesse zusammenfindenden Verantwortungsgemeinschaft sein, in der

1366 So auch *Sanders*, Mehrelternschaft, 2018, S. 403: „Denkbar ist […], dass Eltern, die bereits eine Elternverbindung besitzen, durch eine Vereinbarung ihre Positionen untereinander klären und die Ausübung ihrer elterlichen Rechte und Pflichten bestimmen. Vergleichbare Elternvereinbarungen über die Wahrnehmung der elterlichen Sorge und des Umgangs sind zwischen getrennten und geschiedenen Eltern nicht selten und besitzen eine gewisse Bindungswirkung".

1367 *Gutmann*, Mutterschaft zwischen Natur und Selbstbestimmung, in: Röthel/Heiderhoff, Regelungsaufgabe Mutterstellung 2016, S. 63-85 (83).

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

es später ohnehin aufwachsen wird, mit oder ohne gesetzlich attestiertes Gütesiegel.

Auch *Röthel* kennzeichnet die Vorstellung, dass ein Kind höchstens zwei Eltern haben soll, als „*Dogma*", also als „eine grundsätzliche, axiomatische, ‚stabile Anschauung', die im geltenden Recht verwirklicht und von der Rechtswissenschaft ohne Begründungsbedarf, [...] für richtig gehalten wird"[1368]. Dieses Dogma speise sich einerseits daraus, dass die Zwei-Personen-Elternschaft „lange Zeit der einzig verfügbaren Vorstellung von natürlicher Abstammung" gleichkam und damit der christlich-abendländischen Weltanschauung entsprach, andererseits aber auch „aus Vorbehalten gegenüber den Familienformen und Lebensentwürfen, bei denen sich die Frage nach einer Mehr-Elternschaft überhaupt nur stellt". Das betreffe sowohl die „nachträgliche Mehr-Elternschaft [...], die den Odem des Scheiterns und der Unvollständigkeit in sich tragen", als auch die anfängliche Mehr-Elternschaft, „bei der es nicht zuletzt darum geht, wie wir uns als Gesellschaft zu den Kinderwünschen von gleichgeschlechtlichen Paaren verhalten"[1369]. Denn gerade diese wünschten sich häufig „ein Leben mit ‚eigenen' Kindern [...] und [...] eine fortbestehende, aktive Rolle des Samenspenders, der Eizellspenderin oder der Leihmutter"[1370]. Demgegenüber lässt sich Mehrelternschaft als Chance begreifen, „um der Heterogenität der Lebensverhältnisse und der schweren Generalisierbarkeit von Motivlagen und Lebensverhältnissen Rechnung zu tragen"[1371]. So kann, wie *Röthel* sagt, „Mehr-Elternschaft [...] eine sinnvolle Regulierungsstrategie sein, wenn sich [...] keine plausiblen Aussagen darüber treffen lassen, welchen zwei Personen voraussichtlich die Sorge um das Wohl des Kindes mehr am Herzen liegt und die daher [...] den Vorrang vor anderen Elternprätendenten erhalten sollten". Insofern vermeide Mehrelternschaft eine verfrühte und gegebenenfalls „konfliktträchtige Hierarchisierung zwischen Personen, die prima facie" alle Elternqualität besitzen[1372].

1368 *Röthel*, Wie viele Eltern verträgt ein Kind? Konzepte für die originäre Mehr-Elternschaft, in: Hilbrig-Lugani/Huber, Moderne Familienformen 2019, S. 129-142 (132); vgl. für eine ausführliche Analyse auch: *Kallikat*, Das verfassungsrechtliche Dogma der Zweielternschaft, 2021.

1369 *Röthel*, Wie viele Eltern verträgt ein Kind? Konzepte für die originäre Mehr-Elternschaft, in: Hilbrig-Lugani/Huber, Moderne Familienformen 2019, S. 129-142 (133-134).

1370 Vgl. ebd. S. 131.

1371 Vgl. ebd. S. 137.

1372 Vgl. ebd. S. 140.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Richtungsweisend sind schließlich *Röthels* Überlegungen zum Statusgedanken im Abstammungsrecht. Danach überzeugen allgemeine Ordnungserwägungen nicht als Argument gegen eine Mehrelternschaft, weil sich im Abstammungsrecht einerseits das Verständnis darüber gewandelt hat, „was statusorientiertes Recht ausmacht"[1373], und andererseits statusorientiertes Recht ohnehin an Bedeutung verliert und jedenfalls „im Recht der Eltern-Kind-Beziehungen [...] weniger leistungsfähig ist als im Recht der Paarbeziehungen"[1374]. So dürfe man Status und Autonomie nicht als Gegensatzpaar missverstehen, denn es „würde unser heutiges Verständnis von Ehe, Lebenspartnerschaft, Kindschaft und auch Betreuung verfehlen, das Eigentümliche dieser Verhältnisse in einer institutionellen Unverfügbarkeit zu sehen". Der Statusgedanke beschreibe vielmehr „eine bestimmte *Rechtstechnik* [....], wie Verhältnisse zwischen natürlichen Personen zueinander rechtlich gestaltet werden können"[1375], und verhalte sich „neutral zu seinem Bezugspunkt"[1376].

Zielführender sei es deshalb, Statusverhältnisse wie „Ehe, Lebenspartnerschaft und Kindschaft", die sich als Rechtsverhältnisse von „gewisser Generalität, Ubiquität und Elementarität" auszeichnen, nicht als unverfügbare, der „individuelle[n] Gestaltung entzogene" Ordnungsverhältnisse zu denken, sondern als Ausformulierungen einer „*statusorientiert[en]*" Rahmensetzung[1377]. Also „eine[r] rechtliche[n] Ausgestaltung, die auf eine gewisse Allgemeinheit (Generalität) und Ubiquität angelegt ist und aus diesem Grund typischerweise auf Stabilität, Transparenz und Zertizität orientiert ist"[1378]. Das beste Beispiel dafür biete die eingetragene Lebenspartnerschaft, die „mit identisch ausgeprägter Statusorientierung" die Ehe komplementiere[1379].

Ein pluralistisches Recht auf Zugang zur Elternschaft reflektiert diesen Gedanken, wonach „[s]owohl ein *biologisches* Verständnis der Abstammung

1373 *Röthel*, Der Statusgedanke im Abstammungsrecht, in: Röthel/Heiderhoff, Regelungsaufgabe Vaterstellung, 2014, S. 89-117 (100).
1374 *Röthel*, Wie viele Eltern verträgt ein Kind? Konzepte für die originäre Mehr-Elternschaft, in: Hilbrig-Lugani/Huber, Moderne Familienformen, 2019, S. 129-142 (140).
1375 *Röthel*, Der Statusgedanke im Abstammungsrecht, in: Röthel/Heiderhoff, Regelungsaufgabe Vaterstellung, 2014, S. 89-117 (98).
1376 Vgl. ebd. S. 103.
1377 Vgl. ebd. S. 96-98.
1378 Vgl. ebd. S. 98.
1379 Vgl. ebd. S. 99.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

als auch ein *soziales*, auf die gelebte Beziehung zum Kind gestütztes Verständnis oder ein *relationales*, auf die Beziehung zur Mutter gestütztes Verständnis oder schließlich ein *intentionales*, auf erklärten Wunsch [...] gestütztes Verständnis der Abstammung [...] im Recht mehr oder weniger statusorientiert ausgeführt werden [kann]". Mit *Röthel* kann daher der Statusgedanke schon mal nicht als Argument gegen die rechtliche Absicherung sozialer und intentionaler Elternverbindungen als Alternative zur biologischen Abstammung für eine normative Zuordnung der Elternstellung überzeugen. Denn der Grad „der Statusorientierung zeigt sich nicht primär im gewählten Bezugspunkt, sondern darin, wie unverrückbar das einmal auf den gewählten Bezugspunkt gegründete Rechtsverhältnis ‚durchgehalten' wird (Stabilität) und wie umfassend die Rechtswirkungen des über den Status ausgewiesenen Rechtsverhältnisses sind (Ubiquität)"[1380].

Problematisch werde es daher erst, wenn mehrere Elternverbindungen kumulativ Akzeptanz finden sollen, denn das führe zu einer „Schwächung der Statuswirkungen jeder einzelnen Elternstellung"[1381]. Doch um festzustellen, ob dies als Argument gegen eine Mehrelternschaft überzeugt, müsse man zunächst hinterfragen, „ob und inwieweit die mit statusorientiertem Recht gemeinhin verbundenen Vorzüge auch tatsächlich für die Gestaltung des statusförmigen Eltern-Kind-Verhältnisses [...] verwirklicht werden"[1382]. Im Ergebnis, so *Röthel*, ist die mit einer Mehrelternschaft „verbundene Schwächung des Statusgedankens [...] hinnehmbar"[1383], weil „das Abstammungsverhältnis [...] weniger von statusorientiertem Recht profitiert als das statusförmige Paarverhältnis"[1384]. Zwar sei mit vergleichbaren Einbußen zu rechnen, „soweit es um die hinter dem Statusgedanken stehenden Allgemeininteressen geht" wie „Rechtsklarheit, Transparenz, Adressierbarkeit, Folgerichtigkeit" der Rechtsordnung[1385]. Anderes verhalte es sich jedoch,

1380 Vgl. ebd. S. 103; ähnlich: *Helms*, Abstammungsrecht und Kindeswohl, in: Röthel/Heiderhoff, Regelungsaufgabe Vaterstellung, 2014, S. 19-36 (28).

1381 *Röthel*, Wie viele Eltern verträgt ein Kind? Konzepte für die originäre Mehr-Elternschaft, in: Hilbrig-Lugani/Huber, Moderne Familienformen, 2019, S. 129-142 (136).

1382 *Röthel*, Der Statusgedanke im Abstammungsrecht, in: Röthel/Heiderhoff, Regelungsaufgabe Vaterschaft, 2014, S. 89-117 (107).

1383 *Röthel*, Wie viele Eltern verträgt ein Kind? Konzepte für die originäre Mehr-Elternschaft, in: Hilbrig-Lugani/Huber, Moderne Familienformen, 2019, S. 129-142 (140).

1384 *Röthel*, Der Statusgedanke im Abstammungsrecht, in: Röthel/Heiderhoff, Regelungsaufgabe Vaterschaft, 2014, S. 89-117 (107).

1385 Vgl. ebd. S. 107, 116.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

sobald man in den Blick nimmt, „inwieweit Statusorientierung im Abstammungsrecht den Individualinteressen der Beteiligten und insbesondere den Interessen des Kindes dient“[1386].

Während statusorientiertes Recht für Ehegatten und eingetragene Lebenspartner im Verhältnis zu nichtehelichen Lebensgemeinschaften zu einem Rückgang staatlicher Kontrolle und einem Mehr an persönlicher Freiheit und autonomer Gestaltung im Innenverhältnis geführt habe („Entlastungswirkungen“), sei ein solcher Gewinn angesichts der „Asymmetrie der Eltern-Kind-Beziehung“ und der tendenziell zunehmenden Verrechtlichung von Eltern-Kind-Verhältnissen nicht zu erwarten[1387]. Auch der mit einem Mehr an Statusorientierung assoziierte Vorteil von einer Stabilisierung familienrechtlicher Verhältnisse lasse sich im Recht der Paarbeziehungen fruchtbarer machen als im Abstammungsrecht. *Röthel* vergleicht eine solche „Stabilisierungswirkung [...] in Bezug auf [...] die persönlichen Beziehungen (sozialpsychologische Stabilisierung der Realbeziehung) und die Vermögensbeziehungen (wirtschaftliche Stabilisierung durch nachwirkende Solidarpflichten)“[1388]. Dazu stellt sie fest: Zwar begünstigt eine statusorientierte Abstammung die Eltern-Kind-Beziehung stabilisierend, führt jedoch mit einiger Sicherheit nicht dazu, dass eine einmal lädierte Bindung allein wegen der rechtlichen Zuordnung aufrechterhalten wird[1389]. So stehe „auch der biologische Vater ‚seinem‘ Kind häufig nicht mehr als Bezugsperson“ zur Verfügung, wenn seine biologische Vaterschaft in Zweifel gerät oder die Beziehung zur Mutter scheitert. Anders ausgedrückt: „Dass eine [...] Beziehung durch rechtliche Anerkennung stabilisiert werden *kann*, zeichnet nicht vor, wie stark eine biologisch oder relational gegründete soziale Beziehung allein aufgrund der rechtlichen Anerkennung bleibt, wenn sich das biologische Motiv als Irrtum oder die relationale Verbundenheit zur Mutter als vergänglich erwiesen hat“[1390]. Eine statusförmige Ausgestaltung des Abstammungsrechts garantiere also nicht für eine nachhaltige Sozialbeziehung.

1386 Vgl. ebd. S. 108.
1387 Vgl. ebd. S. 108-110.
1388 Vgl. ebd. S. 110-111; Die Vorstellung einer Stabilisierung im Hinblick „auf das rechtliche Verhältnis (‚Unauflöslichkeit‘ des Verhältnisses als rechtliche Stabilisierung ‚um ihrer selbst willen‘)“ sei dagegen nicht mehr zeitgemäß, da „[d]as Recht [...] weder Selbstzweck noch ‚leere Hülle‘ sein [soll]“ und es daher wenig zielführend wäre, „die Partner einer statusförmigen Paarbeziehung [...] von Rechs wegen in ihrem Statusverhältnis“ zu halten.
1389 Vgl. ebd. S. 111.
1390 Vgl. ebd. S. 112-113.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Daneben beeinträchtige sie möglicherweise die Stabilisierung von Vermögensbeziehungen. So habe eine statusorientierte Ausgestaltung von Paarbeziehungen den Vorteil, dass „die [...] Vermögens- und Verantwortungsgemeinschaft der statusförmig Verbundenen auch nach der Lösung ihres Bandes [...] weitergeführt wird, etwa durch Unterhaltspflichten und Teilhaberechte“[1391]. Doch während „diese Funktion von nachwirkender vermögensmäßiger Stabilisierung“ Ehepartnern und Parteien einer eingetragenen Lebenspartnerschaft grundsätzlich zum Vorteil gereiche und sich lediglich als „Eintrittshürde“ negativ auswirke, gereiche sie dem Kind im Abstammungsrecht zum Nachteil, da sie hier „die ‚Austrittsentscheidung‘ motiviert“, also nicht dazu führt, dass eine Beziehung gar nicht erst eingegangen, sondern ein fest etabliertes Statusverhältnis samt sozialer Bindung zum Kind aufgelöst wird, um „nachwirkende[n] Solidarpflichten“ zu entgehen. So könnte etwa der rechtliche Vater versucht sein, sein Statusverhältnis anzufechten, um die unliebsame Unterhaltszahlung an den biologischen Vater abzutreten, der womöglich sozial im Leben des Kindes noch nie in Erscheinung getreten ist[1392].

Schließlich spreche auch ein Strukturvergleich von Paarbeziehungen und Eltern-Kind-Beziehungen für eine geringere Statusorientierung im Abstammungsrecht als im Ehe- und Partnerschaftsrecht. So gründe „[d]as Dogma der Einehe und die Beschränkung der statusförmig herausgehobenen Beziehungen auf zwei Personen [...] in Symmetrie- und Reziprozitätsüberlegungen sowie letztlich im Gedanken der Gleichberechtigung“. Deshalb werde hierzulande die polygame Ehe „als unerträgliche Zurücksetzung der Frau gegenüber dem Mann“ verurteilt. Im Gegensatz dazu sei das Eltern-Kind-Verhältnis „eine asymmetrische und nicht-reziproke Beziehung“[1393]. In tatsächlicher Hinsicht, weil Kinder mehr auf ihre Eltern angewiesen sind als andersherum, also ein Abhängigkeitsverhältnis besteht, und sie außerdem anders als Beziehungspartner mit mehr als einer Bezugsperson leben können. In rechtlicher Hinsicht zeige sich das Ungleichgewicht an der fremdnützigen Ausprägung des Art. 6 Abs. II S. 1 GG. Deshalb müsse „im Abstammungsrecht anders als im Recht der Paarbeziehungen die Rechtsbeziehung nicht zwangsläufig als eine exklusive Beziehung gedacht werden“[1394].

1391 Vgl. ebd. S. 113.
1392 Vgl. ebd. S. 113-114.
1393 Vgl. ebd. S. 115.
1394 Vgl. ebd. S. 115-116.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

Nach alledem kann der Statusgedanke daher nicht als Argument gegen eine Mehrelternschaft überzeugen. Auch deshalb lässt sich aus dem Festhalten des BVerfG an der Zwei-Personen-Elternschaft im Ergebnis nicht die allgemeine Regel ableiten, dass der Gesetzgeber verfassungsrechtlich gebunden ist, Kollisionen zwischen den Interessen an einer Persönlichkeitsentwicklung durch Elternschaft zwingend zugunsten von höchstens zwei Personen aufzulösen. Ob eine Elternschaft aus maximal zwei Personen einfach-rechtlich zum Schutz des Kindes immer geboten erscheint, oder ob es nicht auch – wie hier vorgestellt und vertreten – Konstellationen gibt, in denen sich eine konsensuelle Begründung originärer Mehrelternschaft verantwortungsvoll gestalten lässt[1395], muss im Zusammenhang mit einem Recht auf Zugang zur Elternschaft zumindest hinterfragt und diskutiert werden[1396].

1395 Vgl. zu dieser Frage aus sozialwissenschaftlicher Sicht mit Fokus auf die Stieffamilie: *Walper*, Wie viele Eltern verträgt ein Kind? Mehrelternfamilien aus sozialwissenschaftlicher Sicht, in: Hilbrig/Lugani/Huber, Moderne Familienformen, 2019, S. 143-152. Dazu hält *Walper* fest, dass eine Begrenzung auf zwei Personen als Eltern „nicht immer dem Wohlergehen der Kinder und der Stabilisierung entwicklungsförderlicher Familiensysteme dient" (S. 150). Für Familien, die durch Keimzellspende entstanden sind, stehe „eine breite Diskussion und gesellschaftliche Verständigung über die Diversität von Elternschaft und das Nebeneinander leiblicher und sozialer Elternschaft in komplexen familiären Konstellationen noch aus." (S. 151).

1396 Vgl. zur Unterscheidung *Helms*, Wie viele Eltern verträgt ein Kind? Mehrelternfamilien aus rechtlicher Sicht, in: Hilbrig/Lugani/Huber, Moderne Familienformen, 2019, S. 125-128 (128). *Helms* weist auf die Notwendigkeit hin, bei den Reformüberlegungen sorgfältig zu unterscheiden zwischen einer „Zuweisung des abstammungsrechtlichen Vollstatus – also eine Mehrelternschaft im engeren Sinne – oder die Gewährung vor allem sorge- und umgangsrechtlicher Teilrechte nach dem Konzept einer Mehrelternschaft im weiteren Sinne". Eine enge Mehrelternschaft begründe „eine in aller Regel lebenslange Verantwortung für ein Kind, aus der grundsätzlich auch dann wechselseitige Rechte und Pflichten resultieren, wenn eine gelebte Eltern-Kind-Beziehung nicht (mehr) besteht". Im Gegensatz dazu erweisen sich *Helms* zufolge „sorge- und umgangsrechtliche Beziehungen als flexibler und können – unter alleiniger Orientierung am Kindeswohl – den Wechselfällen des Lebens leichter angepasst werden". *Helms* steht deshalb „einer echten Mehrelternschaft im engeren Sinne" skeptisch gegenüber, betont aber auch, dass die Diskussion darüber gerade erst begonnen hat. Elemente einer weiten Mehrelternschaft fänden sich hingegen bereits jetzt im geltenden Recht: *Helms*, Gutachten: Rechtliche, biologische und soziale Elternschaft – Herausforderungen durch neue Familienformen, in: Verhandlungen des 71. DJT, Bd. I, 2016, F 5-103 (10).

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

b) Empfehlungen für einen eingriffsneutralen Ausgleich der konkurrierenden Ausübungs- und Verzichtsinteressen an einer Persönlichkeitsentwicklung durch Elternschaft

Die Untersuchung der Frage, ob die Verfassung allgemeine Grundsätze dafür aufstellt, wie der Gesetzgeber den Konflikt zwischen den konkurrierenden Ausübungs- und Verzichtsinteressen an einer Persönlichkeitsentwicklung durch Elternschaft aufzulösen hat, liefert zwei wesentliche Erkenntnisse, aus deren Umsetzung sich Empfehlungen für eine eingriffsneutrale Ausgestaltung des Zugangsrechts im Abstammungsrecht ableiten:

Zum einen verpflichtet die Verfassung nicht dazu, leibliche und rechtliche Elternstellung unbedingt in Einklang zu bringen. Im Gegenteil wird der Gesetzgeber mit Blick auf die gut sondierte Adoptionsforschung auch im reproduktionsmedizinischen Kontext einen funktionalen Elternbegriff zugrunde zu legen haben, der, wie *Gutmann* schreibt, „auf die tatsächliche Übernahme der Elternverantwortung gerade (auch) nach der Geburt und hierdurch zugleich auf die rechtlich geschützten Interessen sowohl der sozialen Eltern als auch der Kinder abhebt“[1397]. Dahinter steht die real-gesellschaftliche Erfahrung, dass die soziale und intentionale Elternverbindung für die Erfüllung der Kernaufgaben von Elternschaft, derentwegen wir diese als notwendigen und wertbehafteten Bestandteil unseres Gesellschaftsgefüges erachten, noch wertvoller ist als die leibliche Elternverbindung. Dies gilt es statusrechtlich als „funktionales Primat der intentionalen und sozialen Elternschaft“ abzusichern.

- Das spricht für eine „Zunahme der Bedeutung konsensueller Formen der Begründung von Elternschaft“ und insofern zunächst für eine unmittelbare Zuordnung des durch Gameten- oder Embryonenspende gezeugten Kindes an seine Initiativeltern mit der Geburt.
- Entschieden ist das bereits für die Samenspende. § 1600 d IV BGB nämlich ordnet ein im offiziellen Verfahren mittels Samenspende gezeugtes Kind „rechtlich von vornherein den Wunscheltern – also den Personen [zu], die sich bewusst für seine Existenz entschieden haben – […], und nicht dem Samenspender“[1398]. Bis vor seinem Inkrafttreten am 1.7.2018 war Lebenspartnerinnen der Zugang zur Elternschaft so gut wie ver-

1397 *Gutmann*, Mutterschaft zwischen Natur und Selbstbestimmung, in: Röthel/Heiderhoff, Regelungsaufgabe Mutterstellung 2016, S. 63-85 (80).

1398 Vgl. ebd. S. 82.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

sperrt, „weil der Samenspender – anders als bei Ehepaaren, bei denen § 1592 Nr. 1 BGB eingreift – nach § 1592 Nr. 3 als Vater festgestellt werden" konnte und „das hierdurch für den Samenspender bzw. die Klinik entstehende Haftungsrisiko" erheblich war. Nach § 1600 d IV BGB kann der offizielle Samenspender nicht mehr als Vater festgestellt werden. Lebenspartnerinnen haben dadurch eine realistischere Chance, Spendersamen zu erhalten und – weil sie für eine Stiefkind-Adoption nicht auf die Zustimmung des konkludent auf seine Elternrechte verzichtenden Samenspenders angewiesen sind – Eltern zu werden. Reformbedarf besteht jedoch nach wie vor für die private Samenspende, zu der sich wegen der restriktiven Vorgaben der Bundes- und Landesärztekammern zur Vergabe reproduktionsmedizinischer Leistungen gleichgeschlechtliche Paare und alleinstehende Frauen nach wie vor nicht selten genötigt sehen. Denn der private Spender kann, da die eingetragene Lebenspartnerin oder die Ehefrau der Mutter nicht automatisch mit der Geburt des Kindes über § 1592 BGB als Elternteil anerkannt wird, einer Stiefkind-Adoption über § 1747 I BGB widersprechen[1399] (dazu ausführlich: Zweiter Hauptteil, A, I).

- Für lesbische Paare ist die Möglichkeit einer Direktzuordnung des Kindes an den sozialen Initiativelternteil, also die in die heterologe Befruchtung ihrer Partnerin einwilligende Frau, als Co-Mutter vorzusehen (dazu ausführlich: Zweiter und dritter Hauptteil A, I).
- Darüber hinaus muss ein Transfer „der Elternstellung in den Fällen [möglich sein], in denen biologische Elternteile die sozialen Elternfunktionen nicht übernehmen können oder wollen" [1400]. Zwar können biologische Eltern auf ihre Elternpflicht nicht zulasten des Kindes verzichten. Das verbietet der dienende Charakter des Art. 6 II S. 1 GG. Denkbar ist aber ein Rechtsausübungsverzicht, „wenn und soweit eine andere zur Sorge bereite und fähige Person in die Rechtsstellung eintritt und

1399 *Heiderhoff*, Die Rechte des Samenspenders bei Adoption des Kindes durch die Lebenspartnerin der Mutter, NJW 2015, S. 1820-1823 (1823); vgl. zu diesem Problem auch: *Markard*, Supreme Court strengthens rights of private sperm donors at the expense of lesbian couples, european Commission on Sexual Orientation Law, 30.3.2015, https://www.sexualorientationlaw.eu/120-supreme-court-strengthens-rights-of-private-sperm-donors-at-the-expense-of-lesbian-couples-germany (4.4.2022).

1400 *Gutmann*, Mutterschaft zwischen Natur und Selbstbestimmung, in: Röthel/Heiderhoff, Regelungsaufgabe Mutterstellung, 2016, S. 63-85 (80).

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

sämtliche Elternpflichten übernimmt“[1401]. In diesem Fall bleiben die biologischen Eltern zwar Grundrechtsträger, sind von einer Grundrechtsausübung aber zurückgetreten, so dass einfachrechtlich allein die Initiativeltern Elternstatus erlangen.

– So kann § 1591 in Leihmutterschaftsfällen zwar als Grundsatz überzeugen. Danach ist Mutter des Kindes die Frau, die es geboren hat. Das Gesetz sollte aber Raum zur Modifikation geben, um wie bei § 1600 IV und 1600 d IV BGB, auch bei der Mutter eine „rechtliche Zuordnung zu der Frau [zu ermöglichen], die [...] aufgrund ihrer Entscheidung für die Zeugung zur Übernahme der Elternrolle bereit ist“ [1402]. Dasselbe gilt selbstverständlich für schwule Paare. Auch hier sollte das Gesetz eine Zuordnung des Kindes an seine Initiativväter vorsehen, wenn die Leihmutter nach der Geburt zum Transfer der Elternverantwortung bereit ist (dazu ausführlich: Zweiter Hauptteil, A, VI).

Zum anderen ist der Verfassung keine allgemeine Regel zu entnehmen, wonach der Gesetzgeber zur Herstellung praktischer Konkordanz nicht mehr als zwei verfassungsrechtlichen Eltern Elternstatus verleihen darf oder dazu verpflichtet wäre, den präkonzeptionellen Zusammenschluss von mehr als zwei Personen zu unterbinden, die sich durch ihre Beziehung zum Kind jeweils als Eltern qualifizieren und verbindlich übereinkommen, die Elternverantwortung gemeinsam zu tragen. Auch insofern ist ein „Ausbau vertraglicher Regelungsinstrumente für eine klare rechtliche Zuordnung der Personen, die die Elternverantwortung (und Unterhaltslasten) intentional und dauerhaft übernehmen“ [1403], angezeigt. Zu erwägen ist insbesondere „die Eröffnung originärer Mehr-Elternschaft in gleichgeschlechtlichen Beziehungen, etwa zugunsten der Partnerin der Mutter und des Samenspenders sowie ggf. auch dessen Partners (‘cross-parenting’)[1404] oder zugunsten des Partners des Vaters und der Leihmutter“[1405].

1401 *Kaufhold*, Verfassungsrechtliche Vorgaben für die einfach-rechtliche Regelung, in: Röthel/Heiderhoff, Regelungsaufgabe Mutterstellung, 2016, S. 87-116 (112-113).

1402 *Dethloff*, Mutterschaft als Regelungsaufgabe, in: Röthel/Heiderhoff, Regelungsaufgabe Mutterstellung, 2016, S. 19-30 (29).

1403 *Gutmann*, Mutterschaft zwischen Natur und Selbstbestimmung, in: Röthel/Heiderhoff, Regelungsaufgabe Mutterstellung 2016, S. 63-85 (82).

1404 Die Co-Elternschaft zwischen einem schwulen und lesbischen Paar bezeichnet man als “Queer-Family”.

1405 *Röthel*, Wie viele Eltern verträgt ein Kind? Konzepte für die originäre Mehr-Elternschaft, in: Hilbrig-Lugani/Huber, Moderne Familienformen, 2019, S. 129-142 (140).

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

4) Ergebnis zum Zugangsrecht als Abwehrrecht, Leistungsrecht und normgeprägtes Grundrecht

Das Recht auf Zugang zur Elternschaft schützt den Einzelnen vor Eingriffen in sein Selbstbestimmungsrecht zu Fragen der eigenen Identitätsbildung- und Entfaltung durch die Beziehung zum Kind. Neben dieser primär abwehrrechtlichen Funktion leitet es in leistungsrechtlicher Hinsicht den Abbau finanzieller Hürden zu reproduktionsmedizinischen Leistungen gerade auch für unvermählte Paare, gleichgeschlechtliche Paare und alleinstehende Personen an. Als normgeprägtes Grundrecht verpflichtet es den Gesetzgeber schließlich zur Schaffung diverser familienrechtlicher Institutionen und Handlungsformen, um den derzeit im Eingriffsbereich liegenden Ausgleich der kollidierenden Ausübungs- und Verzichtsinteressen an einer Persönlichkeitsentwicklung durch Elternschaft im Abstammungsrecht auf die Ebene einer eingriffsneutralen Ausgestaltung des Zugangsrechts zu führen.

V) Eingriffe in das Recht auf Zugang zur Elternschaft durch gesetzesmedizinische Beschränkungen im Bereich der Fortpflanzungsmedizin

Grundsätzlich ist jede gesetzesmedizinische Beschränkung und jede staatliche Indifferenz zu Verfahren der medizinisch assistierten Reproduktion ein Eingriff in das Zugangsrecht auf Persönlichkeitsentwicklung durch Elternschaft. Orientierung bietet die Eingriffsdogmatik des BVerfG zu Art. 2 II S. 1 GG (vgl. C, II, 4). Danach greifen alle „staatliche[n] Regelungen [die] dazu führen, daß einem kranken Menschen eine nach dem Stand der medizinischen Forschung prinzipiell zugängliche Therapie, mit der [...] eine nicht unwesentliche Minderung des Leidens verbunden ist, versagt bleibt", in sein Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit ein[1406]. Übertragen bedeutet das: Sämtliche Maßnahmen, die einem Grundrechtsträger den Zugang zu einer nach dem Stand der medizinischen Forschung grundsätzlich verfügbaren, ihn zur Ausübung seines Selbstbestimmungsrechts in Fragen der eigenen Identitätsentfaltung durch Elternschaft überhaupt erst befähigenden, fortpflanzungsmedizinischen Therapie versagen oder erschweren, haben Eingriffsqualität. Darunter fallen einerseits die Verbote zur Vermei-

1406 Urt. v. 11.8.1999 – 1 BvR 2181/98, BVerfGE, NJW 1999, S. 3399-3403 (3400).

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

dung einer gespaltenen Mutterschaft wie das Verbot der Leihmutterschaft (§ 1 I Nr. 7 ESchG; § 13 c, 14 b AdVermiG; § 134 BGB), das Verbot der Eizellspende (§ 1 I Nr. 1, Nr. 2; § 1 II ESchG) und das Verbot der Spende von auf Vorrat gezeugten Embryonen (§ 1 I Nr. 5 ESchG), andererseits die Beschränkungen im Bereich der Präimplantationsdiagnostik (§ 3a ESchG), IVF bzw. ICSI (§ 1 I Nr. 3 und Nr. 5 ESchG) und Samenspende sowie auch die bereits kritisierten Benachteiligungen bestimmter Personengruppen in ihrem Zugang zur Kinderwunschbehandlung durch berufsständische Normen und unzureichende finanzielle Rahmenbedingungen.

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

Der folgende Abschnitt stellt zur Evaluation einer möglichen verfassungsrechtlichen Rechtfertigung von gesetzesmedizinischen Eingriffen in das Recht auf Zugang zur Elternschaft die kollidierenden Rechte und Rechtsgüter der Eltern in spe, der durch Fortpflanzungsmedizin gezeugten Kinder, des Embryos und der Gesellschaft gegenüber. Ziel soll dabei nicht sein, die Verfassungskonformität der spezifischen Regelung für dieses oder jenes fortpflanzungsmedizinische Verfahren zu prüfen, sondern vielmehr abstrakt einen Richtwert aufzustellen, welchen Rechtfertigungshürden sich reproduktionsmedizinische Eingriffe in das Recht auf Zugang zur Elternschaft generell gegenübersehen. An diesem Maßstab gilt es sodann das Embryonenschutzgesetz zu messen (vgl. zweiter Hauptteil). So viel sei vorweggenommen: Dabei wird sich der Gesetzgeber, um Verfassungskonformität herzustellen, nicht auf eine Novellierung des antiquierten, lückenhaften und in sich widersprüchlichen Embryonenschutzgesetzes beschränken können, sondern vielmehr ein neues, umfassendes und konsistentes Fortpflanzungsmedizingesetz zu schaffen haben. Dieses darf nicht wie bisher einseitig die Rechte des Embryos in den Blick nehmen, sondern muss auch die Rechte der Eltern beachten.

1) Das Recht der Eltern auf Zugang zur Elternschaft

Das berechtigte Interesse der Eltern an einer Persönlichkeitsentwicklung durch Elternschaft wurde bereits eingehend beleuchtet und dabei eine je-

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

weils starke Grundrechtsposition sowohl der genetischen und biologischen Eltern in spe als auch der sozialen und Wunscheltern festgestellt. Konkret stellt die Option auf ein Leben mit Kind und die damit einhergehende Möglichkeit, das eigene Wesen durch Elternschaft zu entfalten, eine so entscheidende Weiche dar, dass sie als Kernaspekt persönlicher Identität in den menschenwürdenahen Exklusivbereich autonomer Entscheidungsmacht fällt. Als solche ist sie kaum Eingriffen durch ein die Entscheidungsoption limitierendes Fortpflanzungsmedizinrecht zugänglich[1407]. Dieses hier so getaufte Recht auf Zugang zur Elternschaft folgt als Menschenrecht aus Art. 8 EMRK und lässt sich als Grundrecht aus Art. 6 II S. 1 GG, Art. 6 I i.V.m. Art. 2 I, Art. 2 II GG und Art. 8 EMRK i.V.m. Art. 20 III GG herleiten sowie als neue Fallgruppe des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts aus Art. 2 I i.V.m. Art. 2 I GG begründen. Dabei gibt seine primär abwehrrechtliche Funktion zugleich die Begründungslastverteilung vor: Der Staat hat jede Beschneidung der individualschützenden Freiheitssphäre zu rechtfertigen

1407 Im Überblick zu den Großbegriffen Freiheit, Selbstbestimmung und Autonomie angewendet auf das Themenfeld der Reproduktionsmedizin, Leihmutterschaft und Familie: *Baer*, Autonomie im Recht – geschlechtertheoretisch vermessen, in: Baer/Sacksofsky, Autonomie im Recht – Geschlechtertheoretisch vermessen, 2018, S. 11-30 (22 ff.); zum Konzept der reproduktiven Autonomie als „realisierbare Autonomie", betrachtet unter anderem vor dem Problem der Beeinflussung von Entscheidungsfreiheit durch Finanzierbarkeit und ‚nudging': *Röthel*, Autonomie als Bezugspunkt für eine Kritik der rechtlichen Regulierung des Zugangs zu reproduktiven Verfahren, in: Baer/Sacksofsky, Autonomie im Recht – Geschlechtertheoretisch vermessen, 2018, S. 215-227 (218 ff.); ausgehend vom Autonomiebegriff im internationalen Kontext für eine Zulassung der Leihmutterschaft nur unter der Bedingung bestimmter Rahmenbedingungen und für den gleichen Zugang zur Reproduktionsmedizin für gleichgeschlechtliche Paare: *Wapler*, Reproduktive Autonomie: rechtliche und rechtsethische Überlegungen, in: Baer/Sacksofsky, Autonomie im Recht – Geschlechtertheoretisch vermessen, 2018, S. 185-214; zur „Frage nach der rechtlichen Rahmung von Autonomie, Selbstbestimmung und Freiheit" mit Blick auf die reproduktive Autonomie und im Einzelnen gegen das Verbot der Eizellspende, für eine Legalisierung der Leihmutterschaft und für eine Stärkung des Prinzips der Zeugungsverantwortlichkeit im Abstammungsrecht: *Dethloff*, Reproduktive Autonomie, in: Baer/Sacksofsky, Autonomie im Recht – Geschlechtertheoretisch vermessen, 2018, S. 229-228; im krassen Gegensatz zu den anderen Autorinnen, die aus ihrem Autonomieverständnis jeweils eine Liberalisierung der Fortpflanzungsmedizin und des gleichen Zugangs zu ihr ableiten, argumentiert *Flügge* gegen eine Erweiterung reproduktiver Rechte und tritt insbesondere der Vorstellung entgegen, es gebe ein Menschenrecht auf ein genetisch eigenes Kind unter Beteiligung reproduktionsmedizinische Hilfe leistender Dritter: *Flügge*, Leihmutterschaft ist kein Menschenrecht, in: Baer/Sacksofsky, Autonomie im Recht – Geschlechtertheoretisch vermessen, 2018, S. 239-250.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

und darf Verbote nach dem Prinzip „in dubio pro libertate" nur restriktiv einsetzen. Fraglich ist also nicht, ob der Zugang zu Verfahren der medizinisch assistierten Reproduktion gewährt werden muss, sondern inwieweit er eingeschränkt werden darf[1408]. Daran sind, als Grundsatzfrage personaler Autonomie, ausgesprochen hohe Rechtfertigungshürden zu stellen. Solche könnten sich gleichwohl durch die Rechte der betroffenen Kinder, der Embryonen sowie gesamtgesellschaftliche Erwägungen überwinden lassen.

2) Das Kindeswohl als Rechtfertigung für reproduktionsmedizinische Eingriffe in das Zugangsrecht der Eltern

Als Rechtfertigung für reproduktionsmedizinische Eingriffe in das Zugangsrecht der Eltern kommen mögliche Belastungen und Nachteile der so gezeugten Kinder in Betracht, die ihren verfassungsrechtlichen Geltungsanspruch vor allem aus Art. 6 II S. 1 GG sowie aus Art. 1 I, 2 I, II GG ableiten. Dass Kindeswohlargumente zur Begründung gesetzesmedizinischer Verbote, Beschränkungen und Ungleichbehandlungen im Bereich der Fortpflanzungsmedizin aus vielerlei Gründen einen eher schwachen Stand haben, wurde bereits argumentiert (für einen Überblick vgl. C, II, 2, a). Dabei führt nach *Röthel* die Frage, ob „die Interessen des Kindes einzustellen sind[1409], […] zurück auf den Gegensatz von individualistisch geprägten Autonomieverständnissen und eher relationalen Autonomieverständnissen, die die Verantwortung für künftige Personen von vornherein in dem Kontext von Autonomie mitdenken"[1410].

a) Das Kindeswohl als Argument zur Vermeidung gespaltener Mutterschaft

Speziell gegen die Eizellspende, Leihmutterschaft und Embryonenspende werden die vermeintlich prekären Auswirkungen einer gespaltenen Mutterschaft, also des Auseinanderfallens von biologischer und genetischer Mut-

1408 Zu dieser Unterscheidung: *Seelmann*, Gutachten für das BAG: Zugang zur Fortpflanzungsmedizin für alle?, https://www.bag.admin.ch/bag/de/home/medizin-und-forschung/fortpflanzungsmedizin/stellungnahmen-gutachten.html (21.3.2022), 2018, S. 15.

1409 Zu den Vertretern der gegensätzlichen Positionen unter C, VI, 2, b.

1410 Zur Diskussion: *Röthel*, Autonomie als Bezugspunkt für eine Kritik der rechtlichen Regulierung des Zugangs zu reproduktiven Verfahren, in: Baer/Sacksofsky, Autonomie im Recht – Geschlechtertheoretisch vermessen, 2018, S. 215-228 (223 ff.)

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

ter auf die kindliche Identitätsbildung und -entfaltung angeführt. Festgestellt wurde bereits, dass das Kindeswohl nach reproduktionsmedizinischer Zeugung, bei der biologische Abstammung und sozial-intentionale Elternschaft häufig auseinanderfallen, keine verfassungsrechtliche Pflicht begründet, die leibliche mit der rechtlichen Elternstellung in Einklang zu bringen. Vielmehr lässt die Sozialempirie eine Zuordnung an die Personen angeraten erscheinen, die kraft ihrer verantworteten Entscheidung zur Zeugung bereit und berufen sind, die soziale Fürsorge und emotionale Verantwortung für das Kind zu übernehmen (vgl. C, IV, 3, a, aa)[1411]. In diesem Zuge dargelegt wurde auch bereits die empirische Evidenz zur Widerlegung der Behauptung, ein Auseinanderfallen von biologischer und genetischer Mutterschaft sei kindeswohlgefährdend[1412]. Insgesamt konnten sich „die wegen der Spaltung der Mutterschaft befürchteten Identitätsfindungsschwierigkeiten" […] nicht empirisch erhärten". Zwar gilt als wissenschaftlich erwiesen, „dass die Identitätsfindung des Kindes durch das Zurückhalten von Informationen über die besonderen Umstände seiner Entstehung und Abstammung negativ beeinflusst werden kann.[1413]" Bevor ein reproduktionsmedizinisches Verfahren deshalb aber verboten werden darf, gilt es mit *Büchler* „im Sinne der Verhältnismäßigkeit […] zunächst, den Anspruch von Kindern auf Aufklärung über seine genetischen Eltern rechtlich abzusichern"[1414]. Auch vor diesem Hintergrund erscheint die derzeitige Ungleichbehandlung von gespaltener Vaterschaft und gespaltener Mutterschaft nicht gerechtfertigt. Denn „[d]er Rückgriff auf das Kindeswohl vermag […] nicht nachvollziehbar begründen, weshalb die Spaltung zwischen sozialer bezie-

1411 Umfassend zur Elternschaft und Kindesentwicklung nach medizinisch unterstützter Fortpflanzung unter Einbeziehung verschiedener europäischer Arbeitsgruppen, u.a. der Studien um *Golombok* (England) und *Ansermet* (Schweiz): *Simoni*, Gutachten im Auftrag des BAG: Sozialwissenschaftliche Grundlagen zu den Konzepten „Kindeswohl, Familie und Elternschaft" im Fortpflanzungsmedizingesetz, 2012, S. 57-67.

1412 Zusammenfassend *Büchler*, Gutachten im Auftrag des schweizerischen Bundesamtes für Gesundheit: Die Eizellspende in der Schweiz de lege lata und de lege ferenda, https://www.bag.admin.ch/bag/de/home/medizin-und-forschung/fortpflanzungsmedizin/stellungnahmen-gutachten.html (29.3.2022), 2014, S. 21 ff., wonach „eine Mehrzahl der vorhandenen Studien […] zum Ergebnis [kam], dass sich die psychische, motorische und soziale Entwicklung künstlich gezeugter Kinder nicht substantiell von derjenigen natürlich gezeugter Kinder unterscheidet".

1413 Vgl. ebd. S. 22.

1414 Vgl. ebd. S. 22.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

hungsweise rechtlicher und genetischer Elternschaft beim Samenspender, nicht aber bei der Eizellspenderin hingenommen wird“[1415] (vgl. C, III, 2, c).

b) Das Problem der Nichtidentität

Im Ergebnis scheitern Vorbehalte gegen fortpflanzungsmedizinische Verfahren wie das der Eizellspende, Embryonenspende und Leihmutterschaft, wie *Gutmann* schreibt, „nicht erst an fehlender empirischer Evidenz, sondern bereits aus argumentationslogischen Gründen“ am „philosophisch gut analysierte[n] ‚Problem der Nichtidentität‘“, wonach man nicht argumentieren kann, ein Kind werde durch eine Handlung geschädigt, ohne die es gar nicht erst in Existenz gekommen wäre[1416]. Das Problem wirft die Frage auf, ob der für eine Person regelmäßig positiv zu beurteilende Akt des sie in Existenzbringens, das negative Faktum eines unvermeidbar mit ihrer Existenz verbundenen Fehlers aufwiegen kann, so dass insgesamt die Zeugungshandlung als zulässig zu erachten ist.[1417]

1415 Vgl. ebd. S. 22.

1416 Gegen eine Einbeziehung der Interessen des künftigen Kindes in die Bewertung reproduktiver Verfahren u.a.: *Gutmann*, Mutterschaft zwischen Natur und Selbstbestimmung, in: Röthel/Heiderhoff, Regelungsaufgabe Mutterstellung 2016, S. 63-85 (84-85); *Gassner et al.*, AME-FMedG 2013, S. 38; *Kuhn*, Recht auf Kinder?, 2008, S. 227; kritisch zur Rechtfertigung der erschwerten Bedingungen für einen Zugang zur Fortpflanzungsmedizin für gleichgeschlechtliche Paare und alleinstehende Frauen mit dem Kindeswohl: *Wapler*, Reproduktive Autonomie: rechtliche und rechtsethische Überlegungen, in: Baer/Sacksofsky, Autonomie im Recht – Geschlechtertheoretisch vermessen, 2018, S. 185-214 (212): „Aus kindesrechtlicher Perspektive ist das Argument schon deswegen problematisch, weil hier noch gar kein Kind gezeugt wurde und die Folge der Beschränkung darin liegt, dass auch keines gezeugt werden wird“; Büchler, Reproduktive Autonomie und Selbstbestimmung, 2017, S. 55 ff.; hingegen für eine Einbeziehung der Interessen des künftigen Kindes in die Bewertung reproduktiver Verfahren: m.w.N. *Seelmann*, Gutachten für das BAG: Zugang zur Fortpflanzungsmedizin für alle?, https://www.bag.admin.ch/bag/de/home/medizin-und-forschung/fortpflanzungsmedizin/stellungnahmen-gutachten.html (21.3.2022), 2018, S. 10-12, der anzweifelt, dass „die Nichtexistenz überhaupt sinnvoller Weise und methodisch korrekt in eine Abwägung“ einfließen darf; *Schumann*, Elternschaft nach Keimzellspende und Embryoadoption, MedR 2014, S. 741 ff.

1417 *Roberts*, The Nonidentity Problem, SEP 2015, Abschnitt 1.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

Das Nichtidentitätsproblem, eingeführt durch *Parfit*[1418], *Woodward*[1419] und *Kavka*[1420] in den 1980er Jahren, stellt, wie *Roberts* zusammenfassend darstellt, drei moralische Prinzipien auf den Prüfstand. Zum einen das Prinzip, dass eine existenzverursachende Handlung nur dann verurteilt werden kann, wenn sie eine lebende oder künftige Person „benachteiligt" oder „verletzt". Handlungen in anderen Worten, die das Wohlergehen aller Menschen steigern, können nicht falsch sein ("*person-affecting* or *person-based* intuition"). Zum anderen das Argument, dass eine Handlung, die einer Person eine imperfekte, doch gleichwohl lebenswerte Existenz beschert, nicht „falsch" sein kann, wenn es diese Person anderenfalls nie gegeben hätte, weil statt ihrer keiner oder jemand anderes ("a *nonidentical* but better off person") geboren worden wäre ("no-harm-done" intuition)[1421]. Und schließlich die Intuition, dass die existenzverursachende Handlung in Nichtidentitätsfällen, trotz der ersten zwei Prinzipien, als verwerflich abgelehnt werden muss.[1422] Das setzt dann entweder eine plausible Erklärung darüber voraus, wie eine Zeugungshandlung falsch sein kann, obwohl sie keine konkrete Person benachteiligt, oder aber eine plausible Erklärung darüber, wie man sich durch die Zeugung eines Kindes diesem gegenüber falsch verhalten kann, obwohl es andernfalls nicht existieren würde.

Nun wird man mit *Roberts* für unmittelbar reproduktionsrelevante Entscheidungen, wie die, mit wem man ein Kind zeugt, der ersten und zweiten Position folgen und entgegen der dritten plausibel vertreten können, dass kein Unrecht begangen wurde ("Even if I suffer from being less tall, strong, smart or healthy than alternate children my parents could have produced with alternate partners in my place, my existence remains worth having. Moreover there is nothing they or anyone else […] could have done to bring *me* into a better existence").[1423]

Zu anderen Ergebnissen gelangt man jedoch möglicherweise, nimmt man Lebensentscheidungen in den Blick, die mit der Frage, ob eine Person statt einer anderen geboren wird, augenscheinlich nichts zu tun haben, die sich im Ergebnis aber doch so auswirken, weil bei einer Veränderung

1418 *Parfit*, Reasons and Persons, 1987, S. 351 ff.
1419 *Woodward*, The Non-Identity Problem, Ethics 1986 (96/4), S. 804-831.
1420 *Kavka*, The Paradox of Future Individuals, Philos. Public Aff. 1981 (11/2), S. 93-112.
1421 "In other words, conferring the existence that is unavoidably flawed and yet not so flawed that it is less than worth having […] is not 'bad for' the person whose existence it is".
1422 *Roberts*, The Nonidentity Problem, SEP 2015, Abschnitt 1.
1423 Vgl. ebd. Abschnitt 1.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

von Zeit und Modalität nicht das gleiche Kind entsteht ("When the act of conceiving a child is moved forward or backward in time [...] or when the manner of conception is itself altered (accomplished, e.g., via in vitro fertilization rather than coitus), the result, very probably, will be the conception of a distinct child altogether.")[1424]. Als problematisch in diesem Sinne kennzeichnet *Roberts* das von *Parfit* konstruierte Ressourcenschwund-Szenario[1425] sowie dessen Beispiel einer 14-jährigen Schwangeren[1426], *Kavkas* Sklavenkind-Fall[1427] , die "Wrongful life" Problematik sowie die Frage nach Kompensationen für historische Gräueltaten[1428]. In einigen dieser Fälle, so *Roberts*, wird man die existenzverursachende Handlung verurteilen wollen. Zum Ob und Wie werden zahlreiche Ansätze vertreten, von denen hier –

1424 Vgl. ebd. Abschnitt 2.

1425 *Parfit*, Reasons and Persons, 1987, S. 362; *Parfit*, On What Matters, Vol. 2, 2011, S. 218: Beim Ressourcenschwund-Szenario entscheidet eine Gemeinschaft, ihre Ressourcen zu verbrauchen. Dadurch verbessern sich ihre Lebensbedingungen kurzzeitig, verschlechtern sich jedoch für alle nachfolgenden Generationen. Zunächst mag die Entscheidung gegen Nachhaltigkeit intuitiv falsch erscheinen, doch lässt sich mit dem Nichtidentitätsproblem argumentieren, dass sie keinem schadet, weil die unter ihren Folgen leidenden Personen ohne sie nie geboren worden wären, hätten sich doch mit einer Entscheidung zugunsten Nachhaltigkeit wahrscheinlich Zeit und Modalität der Konzeption verändert. Die Entscheidung zum Ressourcen-Verbrauch ist also unabdingbar, um gerade diese Menschen in Existenz zu bringen und daher nicht falsch.

1426 *Parfit*, Reason and Persons, 1987, S. 358: Wird ein 14-jähriges Mädchen aus freien Stücken schwanger, so könnte man geneigt sein, ihre Entscheidung zu verurteilen, weil sie zu einem späteren Zeitpunkt möglicherweise besser für das Kind hätte sorgen können. Doch lässt sich mit dem Nichtidentitätsproblem argumentieren, dass dasselbe Kind dann nicht entstanden wäre. Gesetzt also, dass es für das Kind nicht besser ist, überhaupt nicht zu existieren, gibt es gegen die Entscheidung der 14-Jährigen nichts einzuwenden.

1427 *Kavka*, The Paradox of Future Individuals, Philos. Public Aff. 1981 (11/2), S. 93-112 (100): Im Sklavenkind-Fall schließt ein Paar einen Vertrag mit einem Mann, wonach sie ein Kind zeugen, das sie ihm nach der Geburt als Sklaven übergeben. Natürlich wird man die Entscheidung des Paares als falsch verurteilen wollen. Doch hätte das Paar das Kind nicht bekommen oder den Vertrag nicht geschlossen, wäre schon kein Kind entstanden oder jedenfalls nicht dasselbe Kind, da sich mit veränderter Entscheidungsgrundlage wahrscheinlich auch Zeit und Modalität der Zeugung verändert hätte. So gesehen war die in Existenz führende Handlung nicht falsch.

1428 *Cohen*, Compensation for Historic Injustices, Philos. Public Aff. 2009 (37/1), S. 81-102 (81): "[H]ow can any person have a claim to compensation for a wrong that was a condition of her existence?"; vgl. *Herstein*, Historic Justice and the Non-Identity Problem, Law Philos. 2008 (27/5), S. 505-531; vgl. *Sher*, Transgenerational Compensation, Philos. Public Aff. 2005 (33/2), S. 181-200.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

zur folgenden Evaluation des Problems im Kontext der Fortpflanzungsmedizin – nur ein Überblick über die fünf wichtigsten gegeben sei:[1429]

Ein erster Ansatz fragt in Abkehr von dem ersten Prinzip danach, wie eine Entscheidung, die keiner konkreten lebenden oder künftigen Person schadet, gleichwohl falsch sein kann ("impersonal wrongdoing"). Sie nutzt zur Erklärung konsequentialistische Denkmuster wie den des durchschnittlichen oder totalen Utilitarismus, der eine Handlung nach dem Mittel- oder Gesamtnutzen ihrer Konsequenzen für das Wohl der Gemeinschaft als richtig oder falsch beurteilt[1430]. Erläuternd *Roberts*: "On such approach, it is immaterial whether we create additional (average or total) wellbeing (a) by creating additional wellbeing for a particular existing or future person or (b) by bringing a nonidentical but better off person into existence."[1431] Für den Fall der 14-jährigen Schwangeren bedeutet das, so *Singer*, dass ihre Entscheidung, jetzt ein Kind zu bekommen, als falsch zu bewerten ist, weil ein später, nicht-identisches, aber in eine bessere Ausgangslage geborenes Kind, der allgemeinen Präferenz entspricht[1432]. Doch begegnet, wie *Roberts* kritisiert, der totale Utilitarismus dem durch *Parfit* herausgestellten bloßen Additionsparadoxon[1433] und der durchschnittliche Utilitarismus dem durch *Parfit* und *Feldman* pointierten Problem, dass es danach falsch wäre, ein überdurchschnittlich glückliches Kind zu zeugen[1434]. Wie außerdem *Temkin* ausgeführt habe, werde eine Welt, die für alle in ihr Lebenden qualvoll ist, nicht dadurch besser, dass mehr Personen dazu kommen, deren Leben zwar nicht so qualvoll ist wie das der anderen, aber immer noch weniger als lebenswert[1435].

Ein zweiter Ansatz sucht in Abkehr von dem zweiten Prinzip nach einer Erklärung, wie eine Zeugungshandlung falsch sein kann, obwohl ohne sie *dieselbe* Person nicht existieren würde[1436] ("how a choice can make things worse for, or harm, or in some other way be bad for, a given person *despite*

1429 Eine gute Zusammenfassung, auf die im Folgenden umfassend zurückgegriffen wird, findet sich bei *Roberts*, The Nonidentity Problem, SEP 2015, Abschnitt 3.
1430 Vgl. ebd. Abschnitt 3.2.; für weitere Spielarten ebd. Abschnitt 3.2.2.
1431 Vgl. ebd. Abschnitt 3.2.1.
1432 Vgl. ebd. Abschnitt 3.2.1. m. Verw. a. *Singer*, Practical Ethics, 2011, S. 107-119.
1433 Dazu ausführlich: *Arrhenius et al.*, Repugnant Conclusion, SEP 2017.
1434 *Roberts*, The Nonidentity Problem, SEP 2015, Abschnitt 3.2.1; *Parfit*, Reasons and Persons, 1987, S. 420; *Feldman*, Repugnant Conclusion, Utilitas 1995 (7/2), S. 189-206 (192-193).
1435 Vgl. ebd. Abschnitt 3.2 m. Verw. a. *Temkin*, Rethinking the Good, 2012, S. 319-320.
1436 Vgl. ebd. Abschnitt 3.3.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

the fact that it is maximizing for that person"[1437]). Dafür argumentieren zum Beispiel *Woodward* und *Velleman*. Sie führen an, jedes Kind habe das Recht, in eine unbelastete Existenz gebracht zu werden[1438]. Nach diesem deontologischen Ansatz, den *Robers* als "rights-based account" bezeichnet[1439] , kann eine Zeugungshandlung ungeachtet ihrer Folgen aus sich selbst heraus falsch sein[1440]. *Archard* spricht von einer „Schwelle akzeptabler Existenz", wonach es Unrecht sei, ein Kind in dem Wissen zu zeugen, dass es keines bestimmten Standards entsprechendes Leben wird führen können. *Meyer* geht davon aus, dass jedes Kind mit gewissen Anspruchsrechten geboren wird, deren Missachtung eine Pflichtverletzung der Personen begründen, die seine Existenz zu verantworten haben[1441].

Doch weist *Roberts* darauf hin, dass solche Argumente nur bedingt überzeugen, da sich lediglich von einer theoretischen oder konstruierten Rechts- oder Pflichtverletzung sprechen lässt, wenn ein Individuum die Folgen seiner Zeugung im Endeffekt begrüßt[1442]. Auch gelange man zu dem fragwürdigen Ergebnis, dass ansonsten das versklavte Paar aus dem Ausgangsbeispiel keine Kinder bekommen dürfte, weil diese ebenfalls versklavt würden[1443]. Zwar habe *Kavka* einen diesen Einwand entschärfenden Vorschlag vorgebracht, wonach die Zeugungshandlung nur dann als falsch zu werten sei, wenn das Kind im Vergleich zu einer bereits lebenden Person ausgebeutet wird[1444]. Doch bleibe mit *Persson* das Problem, dass wenn man Kindern ein Recht zuspricht, nicht geboren zu werden, man gleichzeitig ihren künftigen Eltern das Recht absprechen muss, sie zur Welt zu bringen; ein unauflösbarer Konflikt ("the offspring's rights and the couple's rights

1437 Vgl. ebd. Abschnitt 1.

1438 *Woodward*, The Non-Identity Problem, Ethics 1986 (96/4), S. 804-831 (811): "an action may […] be wrong […] regardless of how it effects an agent's other interests"; *Velleman*, Persons in Prospect, Philos. Public Aff. 2008 (36/3), S. 221-288 (275): "[…] a child has a right to be born into good enough circumstances, and being born to a fourteen-year old mother isn't good enough"; *Cohen*, Compensation for Historic Injustices: Completing the Boxill and Sher Argument, Philosophy and Public Affairs 2009 (37/1), S. 81-102.

1439 *Roberts*, The Nonidentity Problem, SEP 2015, Abschnitt 3.3.1.

1440 *Woodward*, The Non-Identity Problem, Ethics 1986 (96/4), S. 804-831 (818).

1441 *Archard*, Wrongful Life, Philosophy 2004 (79/309), S. 403-420 (405, 406); *Meyer*, The Claims of Future Persons, Erkenntnis 2018 (83/1), S. 43-59 (49).

1442 *Roberts*, The Nonidentity Problem, SEP 2015; *Parfit*, Reasons and Persons, 1987, S. 364-365, 373-374.

1443 *Roberts*, The Nonidentity Problem, SEP 2015, Abschnitt 3.3.1.

1444 Vgl. ebd. Abschnitt 3.3.1, m. Verw. a. *Kavka*, The Paradox of Future Individuals, Philosophy and Public Affairs 1981 (11), S. 93-112 (106-109).

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

cannot both be respected – a fact that raises the concern that the underlying account of rights may be inconsistent")[1445].

Im Ergebnis überzeugt weder das erste noch das zweite Modell zur Lösung des Identitätsproblems: So wenig nach dem zweiten Ansatz der Schutz von Kindern vor Belastungen und Nachteilen suboptimaler Eltern in spe dazu taugt, einen reproduktionsmedizinischen Eingriff in das Recht auf Zugang zur Elternschaft zu rechtfertigen, lässt sich nach dem ersten Ansatz mit dem Schutz vor Kollektivbelastungen durch sozial-dysfunktionale Kinder vermeintlich ungeeigneter Eltern in spe argumentieren (vgl. bereits B, IV, 1, b, bb, (1), (a)/(b)/(c) und folgend C, VI, 4, b). Weder das Kindeswohl noch gesamtgesellschaftliche Interessen lassen den Schluss zu, dass bestimmte Personen „darauf verzichten (oder gar mit moralischen Argumenten oder rechtlichen Mitteln davon abgebracht werden) sollten", Kinder zu bekommen[1446]. Kriterien wie die sexuelle Orientierung, der Ehestand und Beziehungsstatus der potenziellen Eltern, ihr Alter, ihre physische und psychische Konstitution sowie sonstige persönliche Eigenschaften wie ihre emotionale und soziale Kompetenz, ihre Intelligenz, ihre berufliche Qualifikation und ihre sozioökonomische Lage müssen ungeachtet der positiven oder negativen Auswirkungen auf künftige Generationen außer Acht bleiben. Ansonsten liefe man nämlich mit *Gutmann* Gefahr, einer „breiten sozialeugenischen Diskussion" anheimzufallen, „die mit einem egalitären Verständnis des Grundrechts auf reproduktive Autonomie nicht zu vereinbaren wäre"[1447].

Ein dritter Ansatz sieht in dem ersten und zweiten Argument einen hinreichenden Grund, die unliebsamen Konsequenzen in Nichtidentitätsfällen in Kauf zu nehmen und entgegen der dritten Intuition für moralisch richtig zu erklären ("bite the bullet")[1448]. Davon nehmen Vertreter wie *Boonin* Fälle aus, in denen eine Existenz weniger als lebenswert ist, während andere

1445 Vgl. ebd. Abschnitt 3.3.1, m. Verw. a. *Persson*, Rights and the Asymmetry Between Creating Good and Bad Lives, in: Roberts/Wassermann, Harming Future Persons 2009, S. 29-47.

1446 *Gutmann*, Mutterschaft zwischen Natur und Selbstbestimmung, in: Röthel/Heiderhoff, Regelungsaufgabe Mutterstellung, 2016, S. 63-85 (81).

1447 Vgl. ebd. S. 81.

1448 *Roberts*, The Nonidentity Problem, SEP 2015, Abschnitt 3.1.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

wie *Heyd* den Akt selbst dann nicht als Malus werten[1449]. Doch bleibt mit *Roberts* in Referenz zu *Parfit* bei dem einen wie dem anderen fraglich, warum eine Handlung einzig und allein weil sie zukunftsgerichtet ist, ungeachtet ihrer Folgen immer moralisch richtig sein sollte ("If forced to choose between the person-based intuition and the concrete moral judgment that what the agents have done in the depletion case or slave child case is wrong, we may well opt for the concrete moral judgment")[1450]. Dafür biete auch *Heyd* keine Lösung, der argumentiert, dass der zu einer fehlerhaften Existenz führende Zeugungsakt neben dem Kind nicht selten auch Dritte negativ beeinflusse, deren Existenz nicht davon abhänge, und insofern moralisch falsch sein könne[1451]. Diese Gleichung, so *Roberts*, gehe nämlich nicht in allen Nichtidentitätsfällen auf.

Ein vierter Ansatz sieht die Lösung in einem Kalkulationsirrtum zur Eintrittswahrscheinlichkeit der Zeugungshandlung[1452]. Danach treffe das zweite Prinzip in Fällen wie dem Sklaven-Kind-Fall und dem Ressourcenschwund-Szenario, die auf der Annahme beruhen, dass dieselbe Person ohne den zu ihrer fehlerhaften Existenz führenden Akt ("flawed existence") nicht geboren worden wäre, nicht zu. Genauer gesagt, treffe die Bedingung nicht zu, dass die konkrete Existenz *unvermeidbar* fehlerhaft war. In solchen Fällen lasse sich die Zeugungshandlung deshalb als „falsch" monieren. Dann nämlich, so die Annahme, wäre den Akteuren eine alternative Entscheidung möglich gewesen, die *dasselbe* Kind in eine bessere Existenz gebracht hätte. Erläuternd *Roberts*: "nothing in the laws of physics or metaphysics [...] bars the agents in the slave child case from *not* entering into the slave child contract and still following the *identical* timetable for conception [...] and bringing into existence as a non-slave the very

1449 Vgl. ebd. Abschnitt 3.1., m. Verw. a. *Boonin*, How to Solve the Non-Identity Problem, Public Affairs Quarterly 2008 (22/2), S. 129-159; *Heyd*, The Intractability of the Nonidentity Problem, in: Roberts/Wassermann, Harming Future Persons 2009, S. 3-25.

1450 Vgl. ebd. Abschnitt 3.1; *Parfit*, Future People, the Non-Identity Problem and Person-Affecting Principles, Philos. Public Aff. 2017 (45/2), S. 118-157 (126-129).

1451 Vgl. ebd. Abschnitt 3.1; *Heyd*, Genethics: Moral Issues in the Creation of People, 1992, S. 193-203.

1452 Vgl. für die folgenden Ausführungen: *Roberts*, The Nonidentity Problem, SEP 2015, Abschnitt 3.1; vgl. *Roberts*, Child versus Childmaker, 1998; *Roberts*, The Nonidentity Problem and the Two Envelope Problem, in: Roberts/Wasserman, Harming Future Persons, 2009, S. 201-228; *Roberts/Wasserman*, Dividing and Conquering the Nonidentity Problem, in: Liao/O'Neil, Current Controversies in Bioethics, 2016, S. 81-98.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

same child they in fact brought into existence as a slave"[1453]. Zwar sei es unwahrscheinlich, dass dasselbe Kind geboren werde ("better-for-the-child outcome"). Doch sei für die Berechnung der Wahrscheinlichkeit in beiden Szenarien, dem mit und dem ohne Unterzeichnung des Vertrages, auf den Moment unmittelbar vor der Zeugung abzustellen. So gesehen, sei die biologische Chance, dass gerade das konkrete Kind entsteht, ohnehin gering; gleich ob die Entscheidung für das ein oder andere ausfällt[1454]. So lasse sich auch die Reparationsfrage für historische Gräueltaten zufriedenstellend lösen. Eine Person, deren Vorfahren unter dem Holocaust gelitten haben, müsse sich natürlich nicht deshalb dankbar für diese Gräueltaten zeigen, weil diese unvermeidbar waren, um gerade *sie* in Existenz zu bringen. Vielmehr seien eine Reihe an alternativen Kausalverläufen denkbar, die gerade zu *ihrer* Existenz geführt hätten. Doch wie Vertreter des vierten Ansatzes selbst eingestehen, lässt sich so nicht argumentieren für Fälle, in denen den Akteuren keine Alternativentscheidung zur Verfügung stand, die dasselbe Kind in eine bessere Existenz gebracht hätte ("unavoidably flawed"). Bei genetischen Erkrankungen etwa sei deshalb die Existenz begründende Handlung nicht zu beanstanden. Zu diesen Fällen wird man sodann auch die Kinderwunschbehandlung zählen dürfen, weil ihre Anwender in der Regel keinen anderen Weg kennen, ein Kind in Existenz, geschweige denn in eine bessere Existenz zu bringen.

Ein fünfter Ansatz schließlich bemisst den moralischen Wert einer Handlung nicht anhand ihrer Folgen, sondern danach, ob ihre Akteure unter dem Gebot der gegenseitigen Achtung und des gegenseitigen Respekts gerechtfertigt waren, sie auszuführen[1455]. Nach *Kumar* ist Voraussetzung dafür, dass eine Person einer anderen Unrecht zufügt, dass der Schädiger ohne hinreichende Rechtfertigung bestimmte berechtigte Erwartungen verletzt, deren Einhaltung die geschädigte Partei aufgrund ihres Personseins hätte erwarten dürfen[1456]. In diesem Fall sei es entgegen der zweiten Intuition möglich, die existenzverursachende Handlung als Unrecht zu de-

1453 *Roberts*, The Nonidentity Problem, SEP 2015, Abschnitt 3.5.

1454 "prior to choice, the probability that the couple will follow exactly the timetable they in fact end up following [...] is just as miniscule whether the couple enters into the contract [...] or doesn't."

1455 *Roberts*, The Nonidentity Problem, SEP 2015, Abschnitt 3.6. m. Verw. a. *Kumar*, Risking Future Generations, Ethical Theory and Moral Practice 2018 (21/2), S. 245-257.

1456 *Kumar*, Who Can Be Wronged? Philos. Public Aff. 2003 (31/2), S. 99-118 (107).

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

klarieren[1457]. Doch kann man nicht sinnvoll von einer Würdeverletzung der durch Fortpflanzungsmedizin gezeugten Kinder ausgehen. Auch bleiben, wie *Kumar* eingesteht, einige Konstellationen wie die "Wrongful-life" Problematik schwer zu beurteilen, bei denen Schutzmaßnahmen, die zur Einhaltung der berechtigten Erwartung getroffen werden, dazu führen, dass eine Person gar nicht erst entsteht[1458]. Hier lasse sich schwerlich mit einem Schutzauftrag zugunsten dieser Person argumentieren. Dem begegnet *Kumar*, indem er in Anlehnung an *Scanlon* nicht auf die Erwartungshaltung der in Frage stehenden Person abstellt, sondern auf die repräsentativen Bedürfnisse bestimmter „Personentypen": "The basic 'type' description in contractualism can be understood to be that of the 'person' as an individual capable of rational self-governance in pursuit of a meaningful life"[1459]. *Kumar* zufolge wäre es also moralisch falsch, eine Person in Existenz zu bringen, wenn dadurch eine objektiv berechtigte Erwartung im Hinblick auf die Realisierung gewisser Grundbedürfnisse enttäuscht würde. Doch scheitert *Kumars* Argumentation mit *Roberts* in manchen Fällen. So entspreche es zwar womöglich einer allgemeinen Präferenz, die Nebenwirkungen einer bestimmten Unfruchtbarkeitsbehandlung nicht zu erleiden. Doch wenn diese Behandlung notwendig sei, um die fragliche Person überhaupt in Existenz zu bringen, sei unklar, wie ihr durch diese Behandlung Unrecht angetan werden kann.[1460] Wieder andere wie *Kahane* und *Wasserman* beurteilen den moralischen Wert einer Handlung nicht von der Warte einer durch sie ins Leben gerufenen Person aus, sondern stellen auf die innere Einstellung, die Motivation und die Gründe ab, die ein Akteur hat, sie auszuführen. Moralisch richtig sei jede Entscheidung, die in angemessener Sorge um die Interessen der gezeugten Person getroffen werde[1461]. Dazu *Roberts*: "The parent may have a principled objection against pre-implantation genetic diagnosis bus also have an appropriate level of concern for the child's plight. In that case, the parent's producing the impaired child

1457 Vgl. ebd. S. 109.
1458 Vgl. ebd. S. 110.
1459 Vgl. ebd. S. 111; *Scanlon*, What we owe to each other, 1998.
1460 *Roberts*, The Nonidentity Problem, SEP 2015, Abschnitt 3.6.1.: "A future standpoint may include the 'generic' preference not to suffer the side effects of a particular infertility treatment. But if that treatment is necessary for the person ever to exist at all, it is unclear that the treatment itself wrongs that person."
1461 *Kahane*, Non-identity, Self-defeat, and Attitudes to Future Children, Philos. Stud. 2008 (145/2), S. 193-214 (203); *Wasserman*, The Nonidentity Problem, Disability, and the Role Morality of Prospective Parents, Ethics 2005 (116), S. 132-152.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

in place of the better-off child does not wrong the impaired child. On the other hand, if a parent fails to undergo genetic testing out of laziness [...] then what the parent has done is wrong"[1462]. Da wie die *Leopoldina* hervorhebt, „gerade Eltern, die den Aufwand und die Belastungen assistierter Fortpflanzungstechniken zur Zeugung von ‚Wunschkindern' auf sich nehmen wollen, ihre zukünftige Elternrolle als einen besonders wichtigen Aspekt ihres Lebens ansehen" und daher „eher gute Voraussetzungen für eine gelungene Eltern-Kind-Beziehung" mitbringen, ist auch nach diesem Ansatz die Zeugung eines Kindes durch Fortpflanzungsmedizin nicht zu beanstanden.

Im Ergebnis lässt sich in der Gesamtschau der zum Nichtidentitätsproblem vorgebrachten Lösungsansätze mit *Gutmann* festhalten, dass man „(jedenfalls im Bereich der Fortpflanzungsmedizin) grundsätzlich nicht sinnvoll davon sprechen kann, dass ein Kind durch eine Handlung geschädigt wird, ohne die es gar nicht erst in Existenz käme"[1463]. Zustimmend *Wapler*:

„Das Kindeswohl ist ein unbestimmter Rechtsbegriff, der in einer vagen Art und Weise auf das ‚gute Leben' des Kindes verweist, und damit auf einen Zustand, der den Interessen eines Kindes gerecht wird. Geht es um ein bereits geborenes Kind, so lässt sich aus dessen Eigenschaften und Lebensbedingungen einigermaßen zuverlässig ableiten, wodurch sein Wohl gefördert werden kann und was ihm abträglich ist. Ohne ein konkretes Kind aber bleiben die Überlegungen notwendig abstrakt und müssen sich auf das beschränken, wovon man annimmt, dass jedes Kind es für ein gutes Leben zwingend braucht. Assistierte Reproduktion sollte demnach in Fällen unterlassen werden, in denen das auf diesem Weg erzeugte Kind überhaupt keine oder nur eine minimale Chance auf ein gutes Leben hätte. Das Aufwachsen bei einer alleinstehenden Frau oder mit zwei lesbischen Müttern fällt aber selbstverständlich nicht in diese Kategorie"[1464].

Damit überzeugen Kindeswohlargumente wie insbesondere die gegen eine Eizellspende, Embryonenspende und Leihmutterschaft ins Feld geführten Nachteile gespaltener Mutterschaft auch aus rechtsphilosophischer Perspektive nicht als Rechtfertigung für gesetzesmedizinische Eingriffe in

1462 *Roberts*, The Nonidentity Problem, SEP 2015, Abschnitt 3.6.2.

1463 *Gutmann*, Mutterschaft zwischen Natur und Selbstbestimmung, in: Röthel/Heiderhoff, Regelungsaufgabe Mutterstellung, 2016, S. 63-85 (84).

1464 *Wapler*, Reproduktive Autonomie: rechtliche und rechtsethische Überlegungen, in: Baer/Sacksofsky, Autonomie im Recht – Geschlechtertheoretisch vermessen, 2018, S. 185-214 (212).

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

das Recht auf Zugang zur Persönlichkeitsentwicklung durch Elternschaft. Das Kindeswohlargument wie es im Embryonenschutzgesetz verwendet wird, kann auch deshalb nicht verfangen, weil es logisch impliziert, dass der Gesetzgeber damit gegenüber contra legem in gespaltener Mutterschaft gezeugten Kindern zum Ausdruck bringt, dass es besser wäre, wenn sie nicht existieren würden. Eine solche Implikation könnte man als würdeverletzend begreifen. Insgesamt wiegen daher die Interessen der betroffenen Kinder im Verhältnis zu der auf verfassungsrechtlicher, menschenrechtlicher und rechtsphilosophischer Ebene jeweils stark ausgeprägten Rechtsposition der künftigen Eltern eher schwach.

3) Die Rechte des Embryos als Rechtfertigung für reproduktionsmedizinische Eingriffe in das Zugangsrecht der Eltern

Bei einigen Verfahren wie der Präimplantationsdiagnostik oder Spende überzähliger Embryonen, die etwa dadurch entstehen, dass bei einer PID unerwartet mehr gesunde Embryonen diagnostiziert werden als implantiert werden sollen (vgl. zweiter Hauptteil, A, III, V), kommen die Rechte des Embryos in vitro als Rechtfertigung für gesetzesmedizinische Eingriffe in das Zugangsrecht der Eltern in Betracht. Für einen einschränkten Zugang zu solchen Verfahren spricht möglicherweise die Menschenwürde des Embryos (Art. 1 I GG), sein Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit (Art. 2 II S. 1 GG) und sein allgemeines Persönlichkeitsrecht (Art. 1 I i.V.m. Art. 2 I GG). Inwieweit diese Rechte ein Gegengewicht zum Zugangsrecht der Eltern schaffen, hängt davon ab, ob und inwieweit der Embryo überhaupt Grundrechtsträger ist.

a) Die Menschenwürde des Embryos, Art. 1 I GG

Die Frage, ab welchem Punkt ein im Werden begriffener Mensch Träger der Menschenwürde ist, ist umstritten. Abgestellt wird unterschied-

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

lich auf die Kernverschmelzung[1465], Nidation oder Geburt[1466]. Für einen früh einsetzenden, umfassenden Menschenwürdeschutz sprechen das Spezies-, Kontinuitäts-, Identitäts- und Potenzialität-Argument (SKIP-Argumente)[1467]. Andere gehen von einem abgestuften Würdeschutz des Embryos aus „mit Zäsuren in der embryonalen bzw. fetalen Entwicklung, [...] wie etwa die Einnistung in die Gebärmutter (Nidation), die Entwicklung von Empfindungsfähigkeit im Verlauf der Schwangerschaft, die Überlebensfähigkeit außerhalb der Gebärmutter oder die Geburt"[1468]. Zum Prinzip solcher Stufenmodelle *Bögershausen* in Anlehnung an *Hilgendorf*: „Während Menschen ab dem Zeitpunkt der Geburt einen vollen, unabwägbaren und starken Menschenwürdeschutz genießen, ist die Menschenwürde bei Embryonen und Leichen auf einen schwachen, abgestuften oder gradualistischen Schutz verringert. Der Schutz des Embryos wächst dabei, je näher er der Geburt kommt, bis er mit dieser zum vollen Menschenwürdeschutz erstarkt".[1469] Jedoch geht mit der „Differenzierung von abstufbarer und nicht abstufbarer Menschenwürde" das Problem einher, dass eine „Menschenwürde zweiter Klasse" und damit „ein dogmatischer Bruch" entsteht, weil

1465 *Ferdinand*, Pränatal- und Präimplantationsdiagnostik, 2009, S. 189; *Starck*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, 7. Aufl. 2018, Art. 1, Rn. 19, 21; *Lück*, Neugestaltung der Präimplantationsdiagnostik, 2013, S. 110; *Huber*, Das Ende der Person?, in: Reuter/Dreier, Bioethik und Menschenwürde, 2002, S. 51-66 (62); *Spranger*, Die PID und das Verbot der Behindertendiskriminierung, in: Gethmann/Huster, Recht und Ethik, 2010, S. 155-173 (160); *Böckenförde-Wunderlich*, Präimplantationsdiagnostik als Rechtsproblem, 2002, S. 167.

1466 Zu den verschiedenen Ansätzen: *Giwer*, Rechtsfragen der Präimplantationsdiagnostik, 2001, S. 66-79; gegen den Beginn der Menschenwürde bereits mit Kernverschmelzung und für ein Abstellen auf den Zeitpunkt der Nidation: *Hufen*, Individuelle Rechte und die Zulassung der PID, in: Gethmann/Huster, Recht und Ethik, 2010, S. 130-149 (140 ff.); für ein Abstellen auf den Zeitpunkt der Geburt: *Ipsen*, Der „verfassungsrechtliche Status" des Embryos in vitro, JZ 2001 (20), S. 989-996 (991 f.); für einen objektiv-rechtlichen Schutzgehalt: *Landwehr*, Rechtsfragen der Präimplantationsdiagnostik, 2017, S. 36-43.

1467 Für eine Erläuterung der SKIP-Argumente vgl. *Reiß*, Rechtliche Aspekte der Präimplantationsdiagnostik, 2006, S. 116-121; *Weschka*, Status und Schutz des menschlichen Embryos, 2010, S. 190 ff.; für eine überzeugende Begründung, warum die SKIP-Argumente keine embryonale Grundrechtsfähigkeit zu belegen vermögen vgl. *Bögershausen*, Präimplantationsdiagnostik, 2016, S. 215-219.

1468 *Leopoldina*, Fortpflanzungsmedizin in Deutschland – für eine zeitgemäße Gesetzgebung, 2019, S. 26-27.

1469 *Bögershausen*, Präimplantationsdiagnostik, 2016, S. 222; *Hilgendorf*, Stufungen des vorgeburtlichen Lebens- und Würdeschutzes, in: Gethmann/Huster, Recht und Ethik, 2010, S. 175-188.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

„die Unantastbarkeit gerade eine Abstufung verbietet“[1470]. Mit *Bögershausen* wenig überzeugend sind deshalb die Ansätze von *Herdegen, Schlink* und *Losch*, die am subjektiven Würdeschutz des Embryos festhalten und eine Abstufung aus dem Gewährleistungsgehalt des Art. 1 Abs. I GG ableiten, der eine Parität mit dem Leben nach der Geburt verbiete[1471]. Eine problemvermeidende Strategie unterbreiten hingegen *Merkel*, *Schill*, *Frommel* und *Weschka*, die den Embryo zwar nicht als Träger der Menschenwürde sehen, aber von einer „Ausstrahlungswirkung“ des Grundgesetzes ausgehen, die sich „nicht auf unmittelbare subjektive Rechtsansprüche gründet“, sondern auf der allgemeinen „Achtung der Grundrechte- und Werteordnung“ basiert[1472]. *Schill* erklärt: „Plausibel lassen sich solche Verhaltensanforderungen begründen, wenn man der Menschenwürdegarantie aus Art. 1 I GG eine ‚Vorwirkung‘ zugunsten des werdenden Lebens entnimmt oder die Menschenwürde als Ausdruck der dem Grundgesetz zugrundeliegenden objektiven Wertordnung betrachtet, der Richtlinien für den Umgang mit Embryonen entnommen werden können, noch bevor diese als menschliches Leben anzusehen sind“[1473]. Ähnlich grenzt *Birnbacher* den subjektiven, Individualinteressen dienenden Würdeschutz lebender Menschen von einer mittelbar über Drittinteressen wirkenden Gattungswirkung und schwachen Menschenwürde von Embryonen und Leichen ab[1474]. *Gutmann* indes geht von einer Grundrechtsträgerschaft kraft sekundären Effekts aus: „Es kann [...] eine Form von Achtung des Embryos umschrieben werden, bei der sekundäre Effekte, nämlich Auswirkungen des Umgangs mit Embryonen auf unsere Gefühle und Verhaltensdispositionen, im Mittelpunkt stehen:

1470 *Bögershausen*, Präimplantationsdiagnostik, 2016, S. 223.

1471 Vgl. ebd. S. 223-224, 226-227; *Herdegen*, Die Menschenwürde im Fluß des bioethischen Diskurses, JZ 2001, S. 773-779 (774 f.); *Herdegen*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, 95. EL 2021, Art. 1, Rn. 60, 65; *Schlink*, Aktuelle Fragen des pränatalen Lebensschutzes, 2002, S. 8-13; *Losch*, Lebensschutz am Lebensbeginn, NJW 1992, S. 2926-2932 (2930).

1472 *Bögershausen*, Präimplantationsdiagnostik, 2016, S. 225, 227; *Merkel,* Forschungsobjekt Embryo, 2002, S. 110, 112 ff.; *Schill*, Präimplantationsdiagnostik und Embryonenschutz, J. Reproduktionsmed. und Endokrinol. 2005 (2/1), S. 29-34 (33); *Frommel*, Die Menschenwürde des Embryos in vitro, KJ 2002, S. 411-426 (425); *Weschka,* Status und Schutz des menschlichen Embryos, 2002, S. 248.

1473 *Schill*, Präimplantationsdiagnostik und Embryonenschutz, J. Reproduktionsmed. Endokrinol. 2005 (2/1), S. 29-34 (33).

1474 *Birnbacher*, Menschenwürde und Lebensrecht als Maßstäbe für PGD?, in: Gethmann/Huster, Recht und Ethik, 2010, S. 13-33 (18-22); für eine Kritik an dieser „Dreiteilung“ vgl. *Bögershausen*, Präimplantationsdiagnostik, 2016, S. 227f.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

[...] In diesem Sinn kann man den Embryonenschutz in die Form von Solidaritätspflichten fassen“[1475]. All diesen zuletzt genannten Theorien ist gemein, dass sie „die Würde des Embryos losgelöst von diesem als individuellem Grundrechtsträger begründen und somit neben der für das Individuum direkt wirkenden Würde eine abstraktere Würde“ für den Embryo postulieren, die ihn nicht zu einem „Grundrechtsträger zweiter Klasse“ werden lässt[1476]. Zugleich erscheint es, so die *Leopoldina*, angesichts des „Wertepluralismus in der Statusfrage“, angeraten, „in der Frage des Status des frühen menschlichen Embryos den beteiligten Eltern, Spenderinnen und Spendern sowie Ärztinnen und Ärzten eine angemessene Entscheidungsfreiheit einzuräumen“. Denn: „Im weltanschaulich neutralen Staat sollten sie grundsätzlich das Recht haben, sich nach ihren persönlichen moralischen, religiösen oder weltanschaulichen Überzeugungen zu richten“[1477]. So hätten *Krones et al.* gezeigt, dass zwar die meisten eine IVF in Anspruch nehmenden Paare den Embryo in vitro eher als „eine Ansammlung von Zellen mit bestimmten Schutzrechten (31,5%) oder ein potenzielles menschliches Lebewesen (26,9%)“ denn als „Lebewesen mit Lebensrecht (17%) oder eine Person mit voller Menschenwürde (4,4%)“ begreifen, trotzdem aber „als ihr Kind (62%)“ ansehen. Daraus lasse sich schließen, dass eine „bestimmte Form elterlicher Verantwortungsbeziehung“ schon in der frühen Entwicklungsphase entsteht[1478]. Daher sei es gerechtfertigt, eine „stärker beziehungsorientierte Sicht“ einzunehmen und für die Statusfrage „die intuitiven moralischen Überzeugungen dieser primär für den Embryo verantwortlichen Personen“ nicht außer Acht zu lassen[1479]. Einen Vorstoß macht *Wiesemann*, die in Abkehr von einer im Eltern-Verständnis nach wie vor dominierenden „individualistischen Ethik des Fremden“ den Übergang zu einer durch „Verantwortungs- und Liebesbereitschaft“ geprägten

1475 *Gutmann*, Rechtliche und rechtsphilosophische Fragen der Präimplantationsdiagnostik, in: Gethmann/Huster, Recht und Ethik, 2010, S. 61-102 (81).

1476 *Bögershausen*, Präimplantationsdiagnostik, 2016, S. 227.

1477 *Leopoldina*, Fortpflanzungsmedizin in Deutschland – für eine zeitgemäße Gesetzgebung, 2019, S. 27.

1478 *Krones et al.*, What is the preimplantation embryo? Soc. Sci. Med. 2006 (63/1), S. 1-20.

1479 *Leopoldina*, Fortpflanzungsmedizin in Deutschland – für eine zeitgemäße Gesetzgebung, 2019, S. 28, Fn. 109.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

„Ethik menschlicher Beziehungen" fordert[1480] . Danach wäre „[...] der extrakorporale Embryo nicht mehr primär Objekt staatlicher Schutzinteressen und Gegenspieler seiner potenziellen Eltern, sondern Subjekt elterlicher Verantwortung". Das bedeute indes nicht, dass Eltern willkürlich über das Schicksal ihres Embryos entscheiden könnten. Vielmehr „müssen [sie] ihr Verhalten an einer allgemeinen Bedeutung von Elternschaft messen lassen" und sich „bemühen, dem kulturell verankerten Ideal von Elternschaft gerecht zu werden"[1481]. Da aber aus Sicht der Eltern „[...] die befruchtete Eizelle in moralischer Hinsicht mehr als ein Zellhaufen, aber weniger als ein Kind [ist]", lege „[e]ine Ethik, die diese Phasen ignoriert und jede Eizelle von der Befruchtung an moralisch wie ein geborenes menschliches Individuum behandelt, [...] den potenziellen Eltern ein absurdes Ausmaß an Verantwortung auf"[1482]. Im Endeffekt so *Wiesemann*, müsse „[d]ie Definition des menschlichen Embryos [...] noch einen Eindruck davon vermitteln, um welcher sozialer Beziehung willen wir uns Sorge um eine befruchtete Eizelle machen"[1483]. Nach alledem steht fest, dass der Embryo nicht in den persönlichen Schutzbereich der Menschenwürde fällt, sondern lediglich über eine abstrakte, abgeleitete Form der Menschenwürde geschützt ist, die

1480 *Wiesemann*, Der Embryo im Kontext, in: Bockenheimer-Lucius/Thorn/Wendehorst, Umwege zum eigenen Kind, 2008, S. 81-88; *Dies.* erläuternd am Beispiel des Schwangerschaftsabbruchs: „Bei moralischen Konflikten in der Schwangerschaft fördert die Ethik des Fremden [...] eine einseitige [...] Betrachtungsweise: Die ethischen Auseinandersetzungen drehen sich dann um die Frage, ob und ab wann der Embryo wie ein autonomes Individuum zu behandeln sei, dessen Rechte und Interessen gegen die der Frau in Anschlag zu bringen sind. [...]. [...]. Geht man aber davon aus, dass Eltern schon während der Schwangerschaft bemüht sind, dem Ideal der Elternschaft gerecht zu werden, so wird klar, dass sich ihnen ganz andere moralische Fragen stellen. Die Schwangere wird z.B. überlegen, wie sie der Verantwortung für dieses Kind gerecht werden kann und wie sich eine gute Eltern-Kind-Beziehung realisieren lassen wird. Dies sind Überlegungen, die auf die Beziehung zum Kind und das Gewicht der besonderen Verantwortung ausgerichtet sind und nicht in das Schema eine individualistischen Ethik des Fremden passen" (vgl. ebd. S. 84); *Wiesemann*, Von der Verantwortung, ein Kind zu bekommen. 2006.

1481 *Wiesemann*, Der Embryo im Kontext, in: Bockenheimer-Lucius/Thorn/Wendehorst, Umwege zum eigenen Kind, 2008, S. 81-88 (86).

1482 Vgl. ebd. S. 87 m. Verw. a. *Krones/Richter*, Preimplantation Genetic Diagnosis (PGD): European Perspectives and the German Situation, J. Med. Philos. 2004 (29/5), S. 623-640.

1483 Vgl. ebd. S. 88; zu relationalen Autonomieüberlegungen vgl. *Röthel*, Autonomie als Bezugspunkt für eine Kritik der rechtlichen Regulierung des Zugangs zu reproduktiven Verfahren, in: Baer/Sacksofsky, Autonomie im Recht – Geschlechtertheoretisch vermessen, 2018, S. 215-228 (223 ff.).

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

allenfalls in abgestufter Weise als Rechtfertigung für gesetzesmedizinische Eingriffe in das Zugangsrecht der Eltern überzeugen kann.

b) Das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit des Embryos, Art. 2 II S. 1 GG

Das BVerfG spricht dem Embryo ein Recht auf Leben zu und geht überdies davon aus, dass jeder Eingriff in sein Lebensrecht einen Eingriff in seine Menschenwürde darstellt[1484]. Zwar kann eine Koppelung von Lebensrecht und Menschenwürde schon deshalb nicht überzeugen, weil Art. 1 I GG absolut wirkt, während Art. 2 II S. 1 GG unter einem Gesetzesvorbehalt steht. Wäre also jede Lebensrechtsverletzung zugleich Würderechtsverletzung, liefe der Gesetzesvorbehalt aus Art. 2 II S. 3 GG ins Leere[1485]. Vielmehr muss es möglich sein, den Embryo losgelöst von der Würdefrage in den persönlichen Schutzbereich des Art. 2 II S. 1 GG einzubeziehen. In der Tat befürwortet ein Großteil der Literatur anders als bei der Menschenwürde eine Aufnahme des Embryos in den persönlichen Schutzbereich des Art. 2 II S. 1 GG[1486]. Er geht jedoch wie ebenda regelmäßig nur von einem graduellen, mit näher rückender Geburt steigenden Schutz aus, der sich „als subjektiver Grundrechtsschutz, als objektiv-rechtliche Wirkung oder als Vorwirkung" fassen lässt[1487]. Da es bei Art. 2 II S. 1 GG anders als bei der Menschenwürde „aufgrund des Gesetzesvorbehalts nicht der Konstruktion eines gestuften Grundrechtsschutzes [bedarf], um einen Bruch hinsichtlich der Unabwägbarkeit zu vermeiden", ist selbst ein subjektiver Grundrechtsschutz vertretbar. Deshalb kann die dogmatische Herleitung der Abstufung dahinstehen[1488]. Damit steht fest, dass auch das embryonale Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit nur in abgestufter Form

1484 Urt. v. 25.2.1975 – 1 BvF 1-6/74, BVerfGE 39, 1 (41), NJW 1975, S.573-587 (575): „Wo menschliches Leben existiert, kommt ihm Menschenwürde zu"; Urt. v. 28.5.1993 – 2 BvF 2/90, 4/92, 5/92, BVerfGE 88, 203 (203), NJW 1993, S. 1751-1779 (1751).

1485 Zu diesem und weiteren Argumenten für eine Entkoppelung von Lebensrecht und Menschenwürde, vgl. *Bögershausen*, Präimplantationsdiagnostik, 2016, S. 204-206.

1486 *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG, 3. Aufl. 2013, Art. 2 II, Rn. 40; *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, GG, 16. Aufl. 2020, Art. 2, Rn. 82; *Rixen*, in: Sachs, GG, 9. Aufl. 2021, Art. 2, Rn. 146; *Kunig/Kämmerer*, in: von Münch/Kunig, GG, 7. Aufl. 2021, Art. 2, Rn. 92.

1487 m.w.N. *Bögershausen*, Präimplantationsdiagnostik, 2016, S. 233.

1488 Vgl. ebd. S. 234.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

als Rechtfertigung für gesetzesmedizinische Eingriffe in das Zugangsrecht der Eltern überzeugt[1489].

c) Das Allgemeine Persönlichkeitsrecht des Embryos, Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG

Auch für das Allgemeine Persönlichkeitsrecht ist davon auszugehen, dass der Embryo in abgestufter Form Grundrechtsträger ist[1490]. So spricht etwa *Lück* von einem Eingriff in die „(antizipierte) Schutzpflicht bezüglich des informationellen Selbstbestimmungsrechts der aus den künstlich erzeugten Embryonen entstehenden geborenen Personen"[1491]. Auch das BVerfG akzeptiert eine gewisse Vorwirkung, da Art. 2 I GG lediglich „die Existenz einer wenigstens potenziell oder zukünftig handlungsfähigen Person als unabdingbar voraus [setzt]"[1492]. Geschützt ist das „Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung", „das Recht auf Kenntnis oder Unkenntnis der eigenen genetischen Konstitution"[1493] sowie das Recht, eigenständig über persönliche Informationen zu verfügen[1494]. Bei einer PID etwa erhebt der Arzt genetische Daten ohne die Einwilligung des Embryos und gibt diese an die Eltern weiter. Außerdem wird der ausgewählte Embryo, sofern er später Kenntnis von seiner genetischen Konstitution erlangt, in seinem Recht auf Nichtwissen verletzt[1495].

1489 Sachlich ist die PID ein Eingriff in das abgestufte Recht des Embryos auf körperliche Unversehrtheit, da die „Zellentnahme zur Durchführung der Embryonalzelluntersuchung" die körperliche Integrität des Embryos nicht unerheblich beeinträchtigt, (*Lück*, Neugestaltung der Präimplantationsdiagnostik, 2013, S. 122.). Sein Recht auf Leben ist indes nicht betroffen, da es weder „vor einer Erzeugung als solcher" schützt, noch im Hinblick auf die „Freiheitsrechte der Frau und der [...] Regelung des § 4 I Nr. 2 ESchG" ein Recht auf Einpflanzung begründet, sodass „die Verwerfung keine Verletzung des Lebensrechts" ist, (*Bögershausen*, Präimplantationsdiagnostik, S. 235).

1490 *Lück*, Neugestaltung der Präimplantationsdiagnostik, 2013, S. 123-124; *Ferdinand*, Pränatal- und Präimplantationsdiagnostik, 2009, S. 128.

1491 *Lück*, Neugestaltung der Präimplantationsdiagnostik, 2013, S. 124.

1492 Urt. v. 24.2.1971 – 1 BvR 435/68, BVerfGE 30, 173 (194), NJW 1971, S. 1645-1655 (1647).

1493 *Lück*, Neugestaltung der Präimplantationsdiagnostik, 2013, S. 123.

1494 *Bögershausen,* Präimplantationsdiagnostik, 2016, S. 238.

1495 *Ferdinand*, Pränatal- und Präimplantationsdiagnostik, 2009, S. 188.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

d) Zwischenergebnis zu den Rechten des Embryos als Rechtfertigung für reproduktionsmedizinische Eingriffe in das Zugangsrecht der Eltern

Im Ergebnis überzeugen die Rechte des Embryos in vitro allenfalls in abgestufter Form als Rechtfertigung für gesetzesmedizinische Eingriffe in das Zugangsrecht der Eltern. Darüber hinaus lässt sich mit *Gutmann* „die intrikate Frage, ob die befruchtete menschliche Eizelle widerspruchsfrei als originäres, würdebegabtes Subjekt [...] gedacht werden kann, beiseitelassen, um festzuhalten, dass kein Kind dadurch entwürdigt wird, dass es vermittels einer Eizelle- oder Embryonenspende oder durch eine Leihmutter zur Welt gebracht wird oder seine Geburt von (gegebenenfalls homosexuellen) Wunscheltern oder einer einzelnen Person angestoßen wird“[1496]. Ja, es ist geradezu absurd anzunehmen, „ein Kind würde in solchen Fällen zum ‚bloßen Objekt‘ der Beteiligten gemacht oder es würde hierdurch einer Behandlung ausgesetzt, die seinen Status als Rechtssubjekt prinzipiell in Frage stellt und die Achtung des Wertes vermissen lässt, der jedem Menschen um seiner selbst willen [...] zukommt“[1497].

4) Die Rechte Dritter und Belange der Gesellschaft als Rechtfertigung für reproduktionsmedizinische Eingriffe in das Zugangsrecht der Eltern

Als Rechtfertigung für reproduktionsmedizinische Eingriffe in das Zugangsrecht der Eltern kommen schließlich die Rechte Dritter und Belange der Gesellschaft in Betracht.

a) Schutz vor einer Selbstentwürdigung durch die Anwendung reproduktionsmedizinscher Verfahren

So wie sich bei Kindern, die durch Fortpflanzungsmedizin gezeugt werden, nicht von einer Würdeverletzung derselben sprechen lässt, verbieten „die Grenzen des Menschenwürdearguments“ auch die umgekehrte Annahme, „*Eltern oder Dritte* könnten sich durch die Beteiligung an fortpflanzungs-

1496 *Gutmann*, Rechtsphilosophische Reflexionen, in: Arnold/Bernat/Kopetzki, Das Recht der Fortpflanzungsmedizin 2015, 2016, S. 45-61 (56); *Dethloff*, Reproduktive Autonomie, in: Baer/Sacksofsky, Autonomie im Recht – Geschlechtertheoretisch vermessen, 2018, S. 229-228 (232).

1497 Vgl. ebd. S. 56.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

medizinischen Praktiken (etwa als Eizellspenderin oder Leihmutter) selbst in einem rechtlich fassbaren Sinn entwürdigen“ [1498]. Vielmehr ist die Menschenwürde und sind die Freiheitsrechte des Grundgesetzes im Gegensatz zu dem einst populären „christlichen Würdeverständnis“ als „heteronomes, ausschließlich Pflichten generierendes Konzept“ in ihrer Ausprägung streng antipaternalistisch. Sie erlauben keine Einschränkungen, um den Einzelnen vor sich selbst zu schützen bzw. ihn zu zwingen, seine (Gesundheits-)Interessen vernünftig im Sinne einer objektiven Rationalität wahrzunehmen. Wie jüngst durch das Urteil des BVerfG zum Recht auf selbstbestimmtes Sterben erneut unter Beweis gestellt, hat „die Säkularisierung des Rechts längst ein Verständnis von Menschenwürde als Grundnorm personaler Autonomie durchgesetzt“. Danach kann es keine „rechtlich durchsetzbare ‚Würdepflichten‘ des Einzelnen gegen sich selbst“ geben. Genauso wenig kann der Gedanke standhalten, „eine ‚Selbstentwürdigung‘ löse eine verfassungsrechtliche Schutzpflicht (in Deutschland aus Art. 1 Abs. 1 GG) aus“[1499]. Denn als Element seiner Menschenwürde muss der Mensch in der Lage sein, Entscheidungen zum Kernbereich seiner Persönlichkeit selbstbestimmt auf eigene Verantwortung zu treffen. Dem widerspricht die Idee einer „Gattungsethik als Grenze der Verfügung des Menschen über sich selbst“[1500]. Denn wie im ersten Hauptteil unter anderen mit *Rawls*, *Huster* und *Habermas* ausgeführt und mit *Gutmann* hier noch einmal auf den Punkt gebracht, muss „ausgehend von der zentralen Idee der zeitgenössischen liberal-demokratischen politischen Theorie, der neutrale Staat, soweit er demokratisch verfasst ist und sich für die Einbeziehung konkurrierender Weltanschauungen einsetzt, im Rahmen eines vernünftigen Pluralismus (Rawls), davon absehen, Partei zu ergreifen“[1501]. „Menschenwürde“ darf danach nicht fehlinterpretiert werden als „Würde der menschlichen

1498 Vgl. ebd. S. 56.

1499 Vgl. ebd. S. 56; *Gutmann*, Struktur und Funktion der Menschenwürde als Rechtsbegriff, in: Gethmann, Lebenswelt und Wissenschaft, Bd. II, 2011, S. 309-330 (312); *Dreier*, in Dreier, GG, 3. Aufl. 2013, Art. 1, Rn. 149 f.; *Kunig/Kotzur*, in: von Münch/Kunig, GG, 7. Aufl. 2021, Art. 1, Rn. 51; *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, GG, 16. Aufl. 2020, Art. 1, Rn. 14; *Herdegen*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, 95. EL Juli 2021, Art. 1, Rn. 79; *Neumann*, Die Tyrannei der Würde, ARSP 1998 (84/2), S. 153-166.

1500 *Gutmann*, „Gattungsethik“ als Grenze der Verfügung des Menschen über sich selbst, in: van den Daele, Biopolitik, 2005, S. 235-264.

1501 Vgl. ebd. S. 235, 235-237; *Huster*, Die ethische Neutralität des Staates, 2002, S. 85 ff; 633 ff; *Rawls*, Gerrechtigkeit als Fairneß. Ein Neuentwurf, 2003, S. 63 ff; *Habermas*, Die Zukunft der menschlichen Natur. Auf dem Weg zu einer liberalen Eugenik?, 2002, S. 61, 70 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

Gattung“[1502], ein Verständnis, das mitunter herangezogen wird, um eine individuelle und kollektive Pflicht zu generieren, von Eingriffen in die natürliche Zeugung abzusehen[1503]. Die Gefahr hierfür bestehe, weil sich die Menschenwürde als „ideologieoffenes Konzept“ von Vertretern eines „*bonum commune*“ nur allzu leicht als „Einfallstor für partikulare Moralvorstellungen“ in der Verfassungsinterpretation instrumentalisieren lasse[1504]. Attraktiv sei das Würdeargument auch deshalb, weil die Menschenwürde absolut geschützt ist und damit zum „Gewinnargument par excellence“ wird. Schließlich liege die Besonderheit des Würdearguments darin, dass es selbst dem demokratisch legitimierten Gesetzgeber materielle Grenzen aufzeige, da dieser „keinen Zustand legalisieren oder auch nur dulden […] [darf], in dem Menschen entwürdigt werden“. Für Verfechter einer objektiven Vernunft liege die „Funktion des Menschenwürdearguments […] deshalb nicht zuletzt darin, den betroffenen Gegenstand dem demokratischen Entscheidungsprozess zu entziehen“[1505]. Tatsächlich aber, so *Gutmann*, führt eine Interpretation von der „Würde als Kollektivgut“, dazu, dass danach einerseits Art. 1 I GG „anstelle von Menschen Ideologien“ schützen würde und andererseits seine Schutzwirkung- und Richtung in ihr Gegenteil verkehrt würden, wenn „der bislang absolut geschützten, […] individuellen Menschenwürde ein Kollektivgut gegenübergestellt [würde], das nach seiner Konstruktion dazu geeignet wäre, sich sogar gegen den fundamentalen Achtungsanspruch Einzelner durchzusetzen“[1506]. Genauso wenig verfängt die zweite Version von einer Gattungswürde, nämlich die von einem durchsetzbare Pflichten der Grundrechtsträger generierenden Konzepts gegen-

1502 *Gutmann*, „Gattungsethik“ als Grenze der Verfügung des Menschen über sich selbst, in: van den Daele, Biopolitik, 2005, S. 235-264 (235, 237 ff., 242 ff.).

1503 So aber etwa: *Isensee*, Die alten Grundrechte und die biotechnische Revolution, in: Bohnert et al., Verfassung – Philosophie – Kirche, 2001, S. 243-266 (253); *Isensee*, Der grundrechtliche Status des Embryos. Menschenwürde und Recht auf Leben als Determinanten der Gentechnik, in: Höffe et al., Gentechnik und Menschenwürde, 2002, S. 37-77 (70); *Grimm*, Das Grundgesetz nach 40 Jahren, Neue Juristische Wochenschrift 1989 (42), S. 1305-1312 (1310).

1504 *Gutmann*, „Gattungsethik“ als Grenze der Verfügung des Menschen über sich selbst, in: van den Daele, Biopolitik, 2005, S. 235-264 (237).

1505 Vgl. ebd. S. 238.

1506 Vgl. ebd. S. 243; Kritisch gegenüber einem Verständnis von Würde als Kollektivgut auch: *Neumann*, Die Tyrannei der Würde. Argumentationstheoretische Erwägungen zum Menschenwürdeprinzip, AfRZ (84), S. 153-166 (145).

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

über sich selbst als *Menschen*[1507]. Denn dadurch wird nach *Gutmann* ein „nahezu beliebig ausgefüllter Gemeinwohlbegriff als immanente, internalisierte grundrechtliche Verhaltenspflicht der Einzelnen" implementiert mit der Folge, dass die Menschenwürde von ihrem „subjektiv-freiheitlichen Gehalt" abgekoppelt, ja sogar gegen diesen installiert würde[1508]. Beide Versionen des Gattungswürdearguments begegnen schließlich dem Problem, dass sie eine „Resakralisierung der menschlichen Natur" anleiten, weil sie den schöpfungsgegebenen Zustand als würdekonform unterstellen[1509]. Auch das ist aber problematisch, da wie erläutert Natürlichkeitsargumente keine normative Überzeugungskraft entfalten[1510].

b) Schutz vor Kollektivbelastungen durch sozial-dysfunktionale Kinder suboptimaler Eltern in spe

Wie auf supranationaler Ebene argumentiert und auf nationaler Ebene forciert, bietet der Schutz vor Kollektivbelastungen durch sozial-dysfunktionale Kinder potenziell ungeeigneter Eltern in spe keine Rechtfertigung für gesetzesmedizinische Eingriffe in das Zugangsrecht[1511]. Vertreter sol-

1507 Vgl. ebd. S. 243; Mit *Gutmann* kritisch gegenüber einem pflichtengenerierenden Würdekonzept: *Höfling*, in: Sachs, GG, 9. Aufl. 2021, Art. 1, Rn. 52: „Ein mittels bestimmter Moralauffassungen generierter objektiv-rechtlicher Gehalt der Menschenwürde darf sich nicht gegen konkrete Würdeträger wenden."; *Neumann*, Die Menschenwürde als Menschenbürde – oder wie man ein Recht gegen den Berechtigten wendet, in: Kettner, Biomedizin und Menschenwürde, 2004, S. 42-62; *Dreier*, in: Dreier, GG, 3. Aufl. 2013, Art. 1, Rn. 149 ff; *Enders*, Die Menschenwürde und ihr Schutz vor gentechnologischer Gefährdung, EuGRZ 1986 (13), S. 241-252 (252); *Blankenagel*, Gentechnologie und Menschenwürde, Kritische Justiz 1987 (20), S. 379-393 (385).

1508 *Gutmann*, „Gattungsethik" als Grenze der Verfügung des Menschen über sich selbst, in: van den Daele, Biopolitik, 2005, S. 235-264 (244).

1509 Vgl. ebd. S. 247.

1510 Für eine kritische Auseinandersetzung mit *Habermas* Gattungsethik (*Habermas*, Die Zukunft der menschlichen Natur. Auf dem Weg zu einer liberalen Eugenik?, 2002), vgl. *Gutmann*, „Gattungsethik" als Grenze der Verfügung des Menschen über sich selbst, in: van den Daele, Biopolitik, 2005 (252 ff.). *Habermas* geht der Frage nach, ob wir als moralische Wesen dazu aufgefordert sind, auf Eingriffe in das Erbgut zu verzichten, weil dadurch das paritätische Verantwortungsgefüge der sich im liberal-demokratischen Verfassungsstaat grundsätzlich als frei und gleich begegnender Individuen aus den Angeln gehoben wird.

1511 *Gutmann*, Mutterschaft zwischen Natur und Selbstbestimmung, in: Röthel/Heiderhoff, Regelungsaufgabe Mutterstellung, 2016, S. 63-86 (81).

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

cher Erwägungen[1512] scheitern an denselben sozialeugenischen Differenzierungsverboten wie ihre Kollegen, die Benachteiligungen im Zugang zur Elternschaft mit dem Schutz der Kinder vor möglichen Belastungen durch vermeintlich schlechte Eltern zu rechtfertigen versuchen[1513]. Zurecht weist zudem *Wapler* darauf hin, dass die mit einem Zugangsrecht auf Persönlichkeitsentwicklung durch Elternschaft eng verbundenen reproduktiven Rechte „primär als Ausdruck individueller Freiheit und Selbstbestimmung zu betrachten sind", und nicht etwa „die Ehe, die Familie oder demographische Überlegungen zum Ausgangspunkt" haben dürfen[1514]. Faktoren, die den Zugang zur Elternschaft von Rahmenbedingungen oder Eigenschaften abhängig machen, die objektiv-generell eine angeblich wie auch immer definierte gute Elternschaft kennzeichnen oder einer Person Elterntauglichkeit bescheinigen, verfehlen danach die oben beschriebene „menschenrechtliche Dimension von Fortpflanzung und Familiengründung und drohen, die Individuen zugunsten kollektiver Wertvorstellungen und Prioritäten zu instrumentalisieren". Mit *Wapler* ist deshalb als „Ausgangspunkt einer Ethik reproduktiver Rechte" einzig und allein „das Individuum mit seinen persönlichen Belangen" zu identifizieren[1515]. Das führt zurück zu der im ersten Hauptteil beleuchteten, unter anderen mit *Forst* etablierten These[1516], dass „als letzte Rechtfertigung von Normen, Handlungen und politischen Entscheidungen ausschließlich das Individuum"[1517] überzeugt. Danach darf individuelle Selbstbestimmung „zwar durch notwendige Rücksichten auf die Rechte und Freiheiten anderer, nicht jedoch im Hinblick auf von den individuellen Interessen abgelöste kollektive Belange wie das ‚Wohl der Nation' oder ein überindividuelles Familieninteresse eingeschränkt werden"[1518].

1512 *McFall*, Licensing Parents, 2008; *Brock*, The Moral Bases of a Right to Reproductive Freedom, in: Tittle (Ed.), Should Parents Be Licensed?, 2004, S. 224-229.

1513 *LaFollette*, Licensing Parents Revisited, 2010, J. Appl. Philos. 2010 (27/4), S. 327-343.

1514 *Wapler*, Reproduktive Autonomie: rechtliche und rechtsethische Überlegungen, in: Baer/Sacksofsky, Autonomie im Recht – Geschlechtertheoretisch vermessen, Nomos, Baden-Baden 2018, S. 185-214 (192).

1515 Vgl. ebd. S. 192.

1516 *Forst*, Das Recht auf Rechtfertigung, 2007.

1517 *Wapler*, Reproduktive Autonomie: rechtliche und rechtsethische Überlegungen, in: Baer/Sacksofsky, Autonomie im Recht – Geschlechtertheoretisch vermessen, Nomos, Baden-Baden 2018, S. 185-214 (192).

1518 Vgl. ebd. S. 193.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

c) Schutz vor Wertungswidersprüchen

Als Rechtfertigung für gesetzesmedizinische Eingriffe in das Zugangsrecht der Eltern kommt außerdem das gesamtgesellschaftliche Interesse an einem konsistenten Regelungssystem in Betracht. Doch lässt sich, wie die *Leopoldina* betont, „unerwünschten Wertungswidersprüchen" nur vorbeugen, wenn sich die „Wertehaltungen zu sehr unterschiedlichen Aspekten wie etwa dem Schutz des Lebens früher Embryonen, der Wahrung des Kindeswohls, der Freiheit der Fortpflanzung sowie Gesichtspunkten der Gleichheit und sozialen Gerechtigkeit" die Waage halten; das Gesetz also „die daraus resultierende Vielfalt der Rechtsgüter und Wertebeziehungen [...] umfassend berücksichtigt"[1519]. Deshalb steht ein zugunsten des Embryos unverhältnismäßig stark in die Autonomie- und Persönlichkeitsrechte der Eltern eingreifendes Embryonenschutzgesetz gerade nicht im Allgemeininteresse. Stattdessen würde es Wertungswidersprüche begünstigen, wie sie sich „in den bestehenden rechtlichen Regelungen zur assistierten Fortpflanzung einerseits und zur Zulässigkeit von Nidationshemmern sowie zum Schwangerschaftsabbruch andererseits" äußern[1520]. Angeführt seien nur der eklatante Widerspruch, der sich durch das Verbot der Eizellspende im Vergleich zur Samenspende ergibt, und die ungleichen rechtlichen Rahmenbedingungen für eine Schwangerschaft auf Probe mit Pränataldiagnostik und anschließendem Schwangerschaftsabbruch im Vergleich zur Präimplantationsdiagnostik (vgl. zweiter Hauptteil, V). Zugleich erzeugen soziale und rechtspolitische Dynamiken „wie die Veränderung des Familienbegriffs und die Gleichstellung hetero- und homosexueller Paare" neue Disparitäten, die ihrerseits „bestehende rechtliche Regelungen in Frage [...] stellen"[1521]. In einer Vielzahl fortpflanzungsmedizinischer Verfahren lassen Wertungswidersprüche daher einen Abbau gesetzesmedizinischer Eingriffe in das Zugangsrecht der Eltern geboten erscheinen und nicht umgekehrt einen Ausbau zum Schutz des Embryos.

1519 *Leopoldina*, Fortpflanzungsmedizin in Deutschland – für eine zeitgemäße Gesetzgebung, 2019, S. 31.
1520 Vgl. ebd. S. 31.
1521 Vgl. ebd. S. 31.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

d) Schutz vor Dammbruchgefahren

Nicht selten werden reproduktionsmedizinische Eingriffe in das Zugangsrecht oder Wertentscheidungen für eine ungleiche rechtliche Einordnung bestimmter Verfahren oder für den Ausschluss bestimmter Personen vom Zugang zur Fortpflanzungsmedizin mit „Befürchtungen hinsichtlich eines Dammbruchs (slippery slope)“[1522] aufrechterhalten. Demnach habe „das Aufheben eines Verbots so gut wie zwangsläufig eine Kette von weiteren ethisch bedenklichen Folgen“[1523].

Wie solche Begründungsmuster aussehen können, zeigt beispielhaft die in Deutschland zuletzt um § 3a ESchG entbrannte Diskussion. Danach ist die Präimplantationsidagnostik (PID) mit Wirkung zum 8.12.2011 erlaubt, um zu verhindern, dass eine schwere, genetische Krankheit auf den Embryo übertragen wird und um chromosomale Eigenschaften auszuschließen, die zu einer Tot- oder Fehlgeburt führen könnten. Befürchtet wurde, dass mit der Zeit immer mehr Frauen die PID, entweder als ein der Schwangerschaft „vorgeschaltetes“ oder an die In-vitro-Fertilisation „gekoppeltes Routineverfahren“[1524] in Anspruch nehmen. Außerdem gab es die Sorge, dass sich das Indikationsspektrum auf minder schwere Krankheiten oder multifaktorielle Risikoallele ausdehnen könnte[1525]. Da es die PID potenziell erlaube, beim Embryo bestimmte Wunscheigenschaften auszuwählen, erhöhe ein zu laxes Kontrollverfahren die Wahrscheinlichkeit, dass es mit zunehmend wissenschaftlichem Fortschritt zum „Designerbaby“ komme[1526]. Zudem steige die Gefahr, dass „genetische Informationen für Arbeitsmarkt und Versicherungen“ veruntreut werden könnten[1527]. Wieder andere sehen die PID als Instrument staatlicher Eugenik. Zwar stelle die Entscheidung eines Paares für eine PID noch keine eugenische Handlung dar. Eine solche sei nur anzunehmen, „sofern es sich um ein staatliches Vorgehen handelt, welches die gesellschaftlichen Bedürfnisse nach einer gesunden Bevölkerung über die

1522 Auch genannt „Argument der schiefen Bahn“, vgl. *Merkel*, Forschungsobjekt Embryo, 2002, S. 199.
1523 *Leopoldina*, Fortpflanzungsmedizin in Deutschland – für eine zeitgemäße Gesetzgebung, 2019, S. 31.
1524 *Bögershausen*, Präimplantationsdiagnostik, 2016, S. 295-296.
1525 Vgl. ebd. S. 288.
1526 Vgl. ebd. S. 298.
1527 *Hufen*, PID aus verfassungsrechtlicher Sicht, MedR 2011, S. 440-451 (448).

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

autonome Entscheidung des Einzelnen setzt“[1528]. Möglich sei aber, dass sich die in vielen Einzelfällen getroffene Entscheidung, eine PID vorzunehmen, „im gesellschaftlichen Denken etablieren“ könnte, so dass mit der Zeit auch staatliche Eugenik akzeptiert würde: „Diese mit staatlichem Zwang, Druck oder Anreizen erzielte Verbesserung des Genpools der Bevölkerung (Eugenik im eigentlichen Sinne) würde dann nicht mehr als moralisch nachteilig empfunden“[1529]. Kritiker bemängeln also, dass durch die PID Druck auf die betroffenen Paare ausgeübt werde, ein gesundes Kind zur Welt zu bringen. Befürchtet wurde schließlich eine Diskriminierung und Stigmatisierung behinderter Menschen oder ein Verlust an gesellschaftlicher Solidarität mit Behinderten als Folge der Zulassung der PID[1530].

Vergleichbare Einwände blockieren die Aufhebung gesetzesmedizinischer Verbote auch zu anderen fortpflanzungsmedizinischen Verfahren. Doch ist mit der *Leopoldina* festzuhalten, dass Befürchtungen dieser Art nicht unreflektiert nachgeben werden darf[1531] . So zählen Dammbruch-Argumente wegen ihrer „intuitive[n] Plausibilität“ und „rhetorische[n] Kraft“, ihrem Vermögen „Diskussionsteilnehmer zu diskreditieren“ und Schreckensbilder zu zeichnen, zu den am häufigsten „missbrauchten Überredungsargumenten“ in ethisch brisanten Fragen. Auch weisen sowohl „begrifflich-logische“ als auch „empirisch-psychologische“ Gründe für einen Dammbruch methodische Schwachstellen auf, so dass sie sich rückblickend nicht selten als gegenstandslos herausstellen[1532].

Begrifflich-logische Argumente fußen, wie *Merkel* und *Van der Burg* erklären, einerseits auf der Vorstellung, dass ein bestimmter Vorgang X nicht als moralisch richtig eingestuft werden darf, da man ansonsten auch

---

1528 *Bögershausen*, Präimplantationsdiagnostik, 2016, S.301; *Gutmann*, Rechtlich und rechtsphilosophische Fragen der Präimplantationsdiagnostik, in: Gethmann/Huster, Recht und Ethik, 2010, S. 61-102 (87-88).

1529 *Bögershausen*, Präimplantationsdiagnostik, 2016, S. 301.

1530 *Leopoldina*, Ad-hoc-Stellungnahme: Präimplantationsdiagnostik, 2011, S. 25; Dies ablehnend: *Gutmann*, Rechtliche und rechtsphilosophische Fragen der Präimplantationsdiagnostik, in: Gethmann/ Huster, Recht und Ethik, 2010, S. 61-102 (87-88).

1531 *Leopoldina*, Fortpflanzungsmedizin in Deutschland – für eine zeitgemäße Gesetzgebung, 2019, S. 31; *Guckes*, Das Argument der schiefen Ebene, 1997; *Saliger*, Das Dammbruchargument in Medizinrecht und Medizinethik, in: Byrd, Jahrbuch für Recht und Ethik, Bd. 15, 2007, S. 633-656; *Merkel,* Das Dammbruch-Argument in der Sterbehilfe-Debatte, in: Moghadam/Sellmaier/Vossenkuhl, Grenzen des Paternalismus, 2010, S. 285-300; *Krohmer*, Klonen oder nicht Klonen?, 2007.

1532 Für eine gute Darstellung, auf die im Folgenden umfassend zurückgegriffen wird, vgl. *Bögershausen*, Präimplantationsdiagnostik, 2016, S. 289-294.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

einen anderen Vorgang Y hinnehmen müsste, der sich nach allgemeinem Begriffsverständnis nicht trennscharf von X abgrenzen lässt, so dass eine abweichende moralische Bewertung beliebig wäre. Andererseits auf der Befürchtung, dass ein diffuser Grenzbereich zwischen gebilligtem und missbilligtem Verhalten entsteht, in dem kein eindeutiges Werturteil mehr möglich ist, und der deshalb den Boden bereitet für eine sukzessive Legitimation von Y[1533].

Dem ersten Einwand ist mit *Krohmer* entgegenzuhalten: Der Umstand, dass sich X und Y begriffstechnisch so nahestehen, dass sie dasselbe Werturteil verdienen, kann nicht nur dafürsprechen, beide abzulehnen, sondern auch dafür, beide zu akzeptieren[1534]. Der zweite Einwand lässt sich als Ausdruck des Haufenparadoxons durch gesetzlich klar definierte Grenzen entkräften[1535]. Wie *Bögershausen* außerdem mit *Düwell* betont, „gibt es keinen eindeutig bestimmbaren 'point of no return', so dass nicht nachvollziehbar ist, warum der Rotstift gerade bei X ansetzen sollte statt bei einem früheren oder späteren Verhalten[1536].

Empirisch-psychologische Argumente beruhen dagegen, wie *Merkel* und *Van der Burg* ausführen, auf der Vorstellung, dass X verboten gehört, weil mit seiner Akzeptanz eine allgemeine Desensibilisierung gegenüber unethi-

1533 *Merkel*, Das Dammbruch-Argument in der Sterbehilfe-Debatte, in: Moghadam/Sellmaier/Vossenkuhl, Grenzen des Paternalismus, 2010, S. 288; *Merkel*, Forschungsobjekt Embryo, 2002, S. 201; *van der Burg*, Slippery Slope Argument, Ethics 1991 (102/1), S. 42-65; *van der Burg*, Slippery Slope Arguments, in: Chadwick, Encyclopedia of Applied Ethics, Vol. 4, 1998, S. 129-142 (132); *Krohmer*, Klonen oder nicht Klonen?, 2007, S. 337 f.: „Von einem begrifflichen *slippery slope*-Argument spricht man normalerweise dann, wenn geltend gemacht wird, dass *die für eine moralische Grenzziehung verwendeten Ausdrücke in irgendeiner Weise unscharf oder vage* sind und daher Bewertungen, bei denen auf diese Grenzziehung rekurriert wird, *willkürlich* zu sein drohen. Daraus wird dann geschlossen, dass die betreffende Grenzziehung *grundsätzlich unzulänglich* ist. Soll die Grenzziehung eigentlich einer Unterscheidung von moralisch unbedenklichen und moralisch bedenklichen Handlungen dienen, wird ferner geschlossen, dass *jede* Handlung, die unter den einen oder anderen Begriff subsumiert werden kann, als moralisch bedenklich gelten muss."

1534 *Krohmer*, Klonen oder nicht Klonen?, 2007, S. 338; *Merkel*, Das Dammbruch-Argument in der Sterbehilfe-Debatte, in: Moghadam/Sellmaier/Vossenkuhl, Grenzen des Paternalismus, 2010, S. 288.

1535 *Bögershausen*, Präimplantationsdiagnostik, 2016, S. 291; zum Haufenparadoxon vgl. *Raffmann*, Sorites Paradox, SEP, 2018, https://plato.stanford.edu/entries/sorites-paradox/ (21.6.2021).

1536 *Düwell*, Ethik der genetischen Frühdiagnostik, in: Ders./Mieth, Ethik in der Humangenetik, 1998, S. 26-50 (45).

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

schem Verhalten und eine Erosion moralischer Werte in Gang gesetzt würde, die über kurz oder lang zur Legitimation von Y führt[1537]. Doch können wir von Glück sagen, dass gesellschaftliche Moralvorstellungen nicht in Stein gemeißelt sind, so dass etwas, das einst vertretbar war – Homosexualität unter Strafe stellen, Frauen das Wahlrecht aberkennen, Menschen versklaven – unvertretbar, und etwas, das einst unvertretbar war – Gleichstellung von ehelichen und außerehelichen Kindern, Ehe für gleichgeschlechtliche Paare – vertretbar werden kann. Da Moralvorstellungen korrekturfähig- und bedürftig sind, lässt sich ein moralischer Wandel nicht nur als potenzielle Gefahr, sondern auch als Chance begreifen[1538]. Y kann also auch richtig sein, so dass „eine Verteidigung des heutigen Status quo gegen die davon abweichenden Ansichten künftiger Gesellschaften keine moralphilosophische Selbstverständlichkeit ist", besonders da „sich in der historischen Retrospektive eher eine Zu- als Abnahme der moralischen Sensibilität zeigt"[1539].

Außerdem ist nicht gesagt, dass monokausal gerade und ausschließlich X ein destruktives Umdenken bedingt, da ein solcher Prozess regelmäßig nicht nur eine Ursache hat[1540].

Schließlich ist in Frage zu stellen, ob tatsächlich eine realistische Wahrscheinlichkeit dafür besteht, dass X einen moralischen Verfall mit Ausgang Y verursacht. Damit scheiden Dammbruchargumente aus, die eine Dystopie vorzeichnen, indem sie mit Rückgriff auf übersteigerten Befürchtungen einen fernliegenden oder empirisch sogar bereits widerlegten Ausgang als wahrscheinlich ausgeben[1541].

1537 *Merkel*, Das Dammbruch-Argument in der Sterbehilfe-Debatte, in: Moghadam/Sellmaier/Vossenkuhl, Grenzen des Paternalismus, 2010, S. 287; *Merkel*, Forschungsobjekt Embryo, 2002, S. 204; *van der Burg*, Slippery Slope Arguments, in: Encyclopedia of Applied Ethics,Vol. 4, 1998, S. 129-142 (133).

1538 *van der Burg*, Slippery Slope Arguments, in: Encyclopedia of Applied Ethics, Vol. 4, 1998, S. 129-142 (137); *Merkel,* Forschungsobjekt Embryo, 2002, S. 203 f.; *Bögershausen*, Präimplantationsdiagnostik, 2016, S. 292-293.

1539 *Reichardt,* Verbotene Früchte, 2016, S. 274, nach: *van den Daele*, Gewinnverbot: Die ambivalente Verteidigung einer Kultur der Gabe, in: Taupitz, Kommerzialisierung des menschlichen Körpers, 2007, S. 127-140.

1540 *Merkel,* Forschungsobjekt Embryo, 2002, S. 205 f.; *Düwell*, Ethik der genetischen Frühdiagnostik, in: Ders./Mieth, Ethik in der Humangenetik, 1998, S. 26-50 (45).

1541 *van der Burg*, Slippery Slope Arguments, in: Encyclopedia of Applied Ethics, Vol. 4, 1998, S. 129-142 (134) – "A horrible situation is sketched that is so highly speculative that the cogency of the argument – insofar as it exists – depends more upon horror than upon its likelihood."

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

Doch selbst für Dammbruch-Argumente, bei denen ein dysfunktionaler Wandel der Moral hinreichend wahrscheinlich erscheint, gilt, dass die Gesellschaft eines demokratisch legitimierten Rechtsstaats darauf vorbereitet und dann imstande ist, die Grenze „zwischen mehr und weniger gerechtfertigten Vorgängen" auszuloten. Ebenso verfügt sie bei Fehleinschätzung über „leistungsfähige Instrumente staatlicher Kontrolle", um Korrekturen vorzunehmen[1542].

Zuletzt darf nicht unterschätzt werden, dass Dammbruch-Argumente einer utilitaristischen Moral folgend stets die Interessen der Allgemeinheit den Rechten des Individuums vorziehen[1543] . Das ist, wie *Gutmann,* zu Bedenken gibt problematisch, da „Rechtsordnungen, die den Einzelnen als Einzelnen respektieren, [...] von einem Prima-facie Vorrang individueller Rechte gegenüber kollektiven Gütern und politischen Zielen ausgehen [müssen]"[1544]. Demnach „[haben sich] staatliche Maßnahmen und Normen [...], auch wenn sie dem Gemeinwohl dienen sollen, in ihrer Wirkung vor jedem *einzelnen* betroffenen Bürger zu rechtfertigen"[1545]. Insgesamt haben Dammbruchargumente daher mit Blick auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nur geringe Überzeugungskraft, da es mit *Bögershausen* „unverhältnismäßig ist, ein politisches Ziel a priori als absolut aufzustellen und um jeden Preis gegen Dammbrüche zu schützen"[1546].

Wegen ihrer methodischen Schwächen bieten pauschalisierte Dammbruch-Argumente im Ergebnis keine Rechtfertigung für gesetzesmedizinische Eingriffe in das Zugangsrecht der Eltern *per se*. Soweit aber der Schutz der Allgemeinheit vor den Gefahren eines Dammbruchs im Einzelfall

1542 *Bögershausen*, Präimplantationsdiagnostik, 2016, S. 293; *Gutmann*, „Gattungsethik" als Grenze der Verfügung des Menschen über sich selbst?, in: van den Daele, Biopolitik, 2005, S. 235-264 (258): "[...] die angebotene ‚Verrohungsversion' des Arguments der schiefen Bahn [unterschlägt], dass die normativen Gründe, die zugunsten der Präimplantationsdiagnostik beziehungsweise der Forschung mit embryonalen Stammzellen angeführt werden können, andere und womöglich weit stärkere sind als jene, die für ‚verbessernde' eugenische Eingriffe in das Genom oder der Klonierung zu Fortpflanzungszwecken denkbar sind, und dass einiges dafür spricht, dass unser ‚moralisches Sensorium' diese Differenzierungen nachzuvollziehen imstande sein könnte."

1543 *Merkel*, Forschungsobjekt Embryo, 2002, S. 207, 209; *Merkel*, Das Dammbruch-Argument in der Sterbehilfe-Debatte, in: Moghadam/Sellmaier/Vossenkuhl, Grenzen des Paternalismus, 2010, S. 297.

1544 *Gutmann*, „Gattungsethik" als Grenze der Verfügung des Menschen über sich selbst?, in: van den Daele, Biopolitik, 2015, S. 235-264 (235).

1545 Vgl. ebd. S. 258.

1546 *Bögershausen*, Präimplantationsdiagnostik, 2016, S. 294.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

tatsächlich Grund zur Sorge gibt, kann ihr regelmäßig „durch rechtliche Regelungen, die Etablierung einer staatlichen Aufsicht oder die Mitwirkung von Ethikkommissionen" begegnet werden[1547].

e) Schutz von Hilfeleistenden Dritten vor einer kommerziell erzwungenen Mitwirkung am reproduktionsmedizinischen Verfahren

Als Rechtfertigung für Eingriffe in das Recht auf Zugang zur Elternschaft kommt schließlich der Schutz hilfeleistender Dritter wie Keimzell- und Embryospender/-innen oder Leihmütter in Betracht. Dazu wird vorgetragen, in sozioökonomischer Bedrängnis sei deren Entscheidung nicht freiwillig getroffen, sondern werde faktisch erzwungen. Teilweise wird deshalb bereits eine wirksame Einwilligung nach den Voraussetzungen des "informed consent" verneint. Doch selbst wenn man von einem Eingriff in das Selbstbestimmungsrecht der Keimzellspender/-innen oder Leihmütter durch die jeweiligen reproduktionsmedizinischen Verbote und Beschränkungen ausgeht, werden diese oftmals durch Allgemeininteressen gegen eine Kommerzialisierung der Reproduktions- bzw. Gebärfähigkeit gerechtfertigt. Befürchtet wird auch, dass „Keimzellen oder gar das Kind selbst zu Objekten kommerziellen Handelns und damit gewissermaßen zu einer Ware werden". Deshalb hält die *Leopoldina* lediglich eine „Aufwandsentschädigung für die […] Unannehmlichkeiten materieller und immaterieller Art" gerechtfertigt, ähnlich denen, „die ein Lebendspender bei der Organspende erhält"[1548]. Eine darüberhinausgehende Vergütung wird weithin als Instrumentalisierung und Verstoß gegen die Menschenwürde abgelehnt, weil es unethisch sei, ein soziales Missverhältnis für die eigenen Zwecke auszubeuten. Hinzu treten extrinsische Gründe, die nicht „die moralische Verwerflichkeit der Vergütung" als solche anprangern, sondern sie wegen ihrer „spezifischen Konsequenzen für die Betroffenen" ablehnen[1549]. Ob diese Befürchtungen als Rechtfertigung für reproduktionsmedizinische Eingriffe in das Recht auf Zugang zur Elternschaft überzeugen, soll im Folgenden am Beispiel der Leihmutterschaft (aa) und Keimzell- bzw. Embryonenspende (bb) diskutiert werden. Hier sprechen diese Befürchtungen zunächst für

1547 *Leopoldina*, Fortpflanzungsmedizin in Deutschland – für eine zeitgemäße Gesetzgebung, 2019, S. 31.

1548 Vgl. ebd. S. 31.

1549 *Esser*, Ist das Verbot der Leihmutterschaft in Deutschland noch haltbar?, 2021, S. 188-189.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

ein Verbot der kommerziellen Leihmutterschaft, bzw. der kommerziellen Gameten- und Embryonenspende. Sie lassen sich als empirisch-psychologische Dammbruch-Argumente aber bereits gegen die altruistische Leihmutterschaft bzw. die altruistische Keimzell- und Embryonenspende vorbringen. Dabei wird argumentiert, dass ihre Legalisierung einen moralischen Verfall in Gang setze, der auf Dauer zur Akzeptanz auch der kommerziellen Variante mit all ihren prognostizierten Negativfolgen für Individuum und Gesellschaft führe.

Vorangestellt sei, dass die Diskussion um das Für und Wider der Zulässigkeit einer Kommerzialisierung reproduktionsmedizinischer Maßnahnahmen, gerade bei der Leihmutterschaft, die schon in altruistischer Form äußerst umstritten ist, sehr komplex geführt wird und hier deshalb nur in groben Zügen dargestellt werden kann. Dazu gibt es zwei konträre Grundströme[1550], die sich in der feministischen Debatte zur Leihmutterschaft entwickelt haben. Radikale Feministinnen, allen voran *MacKinnon*[1551], lehnen eine (kommerzielle) Leihmutterschaft ab. Wie die Prostituierte sei die Leihmutter außerstande, eine freiwillige Entscheidung zu treffen. Vielmehr werde sie durch ihre wirtschaftliche und soziale Situation dazu gezwungen, ihre sexuellen oder reproduktiven Fähigkeiten zu verkaufen, um zu überleben[1552]. Teilweise würden Frauen auch deshalb gegen ihr eigenes Interesse handeln, weil sie die männlichen Normen und Standards in ihr Selbstwertbewusstsein integriert haben[1553]. Die Leihmutterschaft genauso

1550 Vgl. im Überblick: *Sera*, Surrogacy and Prostitution: A Comparative Analysis, J. Gender & Law 1997 (5/2), S. 315-342; *Kusum*, Commercial Surrogacy & Feminist Perspectives, 8.10.2016, https://writingsonsurrogacy.wordpress.com/2016/10/18/commercial-surrogacy-feminist-perspectives/ (15.4.2022).

1551 *MacKinnon*, Reflections on Sex Equality under Law, Yale L. J. 1991 (100/5), S. 1281-1328; *MacKinnon*, Toward a Feminist Theory of the State, 1991; vgl. daneben: *Littleton*, Equality and Feminist Legal Theory, U. Pitt. L. Rev. 1987 (48), S. 1043-1059; *Dworkin*, Right-Wing Women 1983; *Field*, Surrogate Motherhood, 1990; *Corea*, The Mother Machine, 1985, S. 192 ff.; *Horsburgh*, Jewish Women, Black Women: Guarding Against the Oppression of Surrogacy, Berkeley Womens's L. J. 1993 (8/1), S. 29-62; *Flügge*, Leihmutterschaft ist kein Menschenrecht, in: Baer/Sacksofsky, Autonomie im Recht – Geschlechtertheoretisch vermessen, 2018, S. 239-250.

1552 *Dworkin*, Right-Wing Women 1983, S. 181-188; *Field*, Surrogate Motherhood: The Legal and Human Issues, 1990, S. 25-32; *Horsburgh*, Jewish Women, Black Women: Guarding Against the Oppression of Surrogacy, Berkeley Womens's L. J. 1993, S. 52; *Rothmann*, Recreating Motherhood: Ideology and Technology in a Patriarchal Society, 1989, S. 229-245; *Pateman*, The Sexual Contract, 1988, S. 209-218.

1553 *MacKinnon*, Toward a Feminist Theory of the State 1989, S. 83-105.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

wie die Prostitution degradiere Frauen zu Sexobjekten[1554] und mache ihren Körper sowie das infolge der Leihmutterschaft entstandene Kind zur Ware[1555]. Leihmutterschaftsverträge seien ein von Männern erdachtes Mittel, um sich Macht über den weiblichen Organismus zu erkaufen, Instrument der sexuellen Ausbeutung und Zeugnis für das Scheitern jahrelanger Bemühungen um Geschlechtergleichstellung[1556].

Liberalere Feministinnen[1557] hingegen begrüßen grundsätzlich – unter bestimmten Voraussetzungen – die Möglichkeit zur (kommerziellen) Leihmutterschaft als Ausdruck reproduktiver Autonomie, weil die Frau dadurch

1554 *Dworkin*, Right-Wing Women 1983, S. 184.

1555 *Radin*, Market Inalienability, Harvard Law Review 1987, S. 1849.

1556 *MacKinnon*, Toward a Feminist Theory of the State 1989, S. 244-249; *Flügge*, Leihmutterschaft ist kein Menschenrecht, in: Baer/Sacksofsky, Autonomie im Recht, 2018, S. 239-250; *Pateman*, The Sexual Contract, 1988, S. 209-218 (209 f.) – "The surrogacy contract also indicates that a further transformation of modern patriarchy may be underway. Father-right is reappearing in a new, contractual form. The political implications of the surrogacy contract can only be appreciated when surrogacy is seen as another provision in the sexual contract, as a new form of access to and use of women's bodies by men."; *Satz*, Why some things should not be for sale, 2010, S. 128: "I think that the strongest argument against contract pregnancy […] is derived from considerations of gender equality. […]. My criticism of contract pregnancy centers on the hypothesis that in our society such contracts will turn women's labor into something that is used and controlled by others and will reinforce gender stereotypes that have been used to justify the unequal status of women."; *Corea*, The Mother Machine 1985, S. 201 f.: "[…] es [war] immer eine Hauptfunktion von Frauen, Männern Söhne zu gebären. Bald dürfte es – dank der Technologie – Männern möglich sein, eine Frau nur zu diesem Zweck und mit dem geringsten zwischenmenschlichen Aufwand dafür einzusetzen. Bald können Frauen endlich als reine Gefäße zum Asubrüten der Söhne von Männern dienen […]".

1557 Vgl. etwa: *Andrews*, Between Strangers: Surrogate Mothers, Expectant Fathers, and Brave New Babies, 1989; *Katz*, Surrogate Motherhood and the Baby-selling Laws, Columbia Journal of Law and Social Problems 1986 (20), S. 1-52; *Shalev*, Birth power: The Case for Surrogacy, Yale University Press 1989; *Shultz*, Reproductive Technology and Intent-Based Parenthood: An Opportunity for Gender Neutrality, Wisconsin Law Review 1990 (2), S. 297-398; *Wapler*, Reproduktive Autonomie: rechtliche und rechtsethische Überlegungen, in: Baer/Sacsofsky, Autonomie im Recht – Geschlechtertheoretisch vermessen, 2018, S. 185-214; *Röthel*, Autonomie als Bezugspunkt für eine Kritik der rechtlichen Regulierung des Zugangs zu reproduktiven Verfahren, in: Baer/Sacksofsky, Autonomie im Recht – Geschlechtertheoretisch vermessen, 2018, S. 215-228; *Dethloff*, Reproduktive Autonomie, in: Baer/Sacksofsky, Autonomie im Recht – Geschlechtertheoretisch vermessen, 2018, S. 229-228; *Dethloff*, Leihmütter, Wunscheltern und ihre Kinder, JZ 2014 (69/19), S. 922-932.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

die gleiche Verfügungsmacht über ihren Körper erlange wie der Mann. Zu den Dimensionen des Autonomiebegriffs in diesem Sinne äußert sich etwa *Wapler*. Danach ist zu unterscheiden zwischen inneren und äußeren Bedingungen von Autonomie. Während die innere Autonomie die Befähigung eines Individuums beschreibe, Entscheidungen autonom zu treffen – „Autonomie als Fähigkeit (innere Bedingungen)" – erfasse die äußere Autonomie „die Optionen, die eine soziale oder politische Gemeinschaft ihren Mitgliedern eröffnet"[1558]. Als Merkmale personaler Autonomie identifiziert *Wapler* die Einsichtsfähigkeit, also die kognitive Fähigkeit, „die eigenen Belange, Entscheidungen und Handlungen mit einem Minimum an Rationalität zu reflektieren", die Steuerungsfähigkeit, also die emotionale Fähigkeit, „seinen Entscheidungen gemäß zu handeln", und schließlich das Bewusstsein, „die Entscheidung selbst getroffen zu haben", sogenanntes „Ich-Bewusstsein"[1559]. In Situationen, in denen diese Voraussetzungen nicht vorliegen, sind nach *Wapler* "[r]echtlich wie ethisch [...] paternalistische Entscheidungen durch Dritte erlaubt, sofern sie sich an den Interessen der betroffenen Person orientieren". Außerdem bestehe die Pflicht, „die Betroffenen nach Möglichkeit zu eigenverantwortlicher Entscheidung zu befähigen oder sie in ihren Entscheidungsprozessen zu unterstützen (‚assistierte Autonomie')"[1560]. Bei der Leihmutterschaft hält *Wapler* weniger das innere Moment der Autonomie für gefährdet. Zu hinterfragen sei die Entscheidung einer Frau, sich als Leihmutter zur Verfügung zu stellen, aber vor den „Optionen, [...], die eine umgebende soziale und politische Gemeinschaft den Individuen eröffnet"[1561]. Danach „[können] Menschen, die in der Wahrnehmung und Abwägung ihrer Interessen aufgrund äußerer Faktoren stark eingeschränkt sind, etwa wegen extremer Armut, starkem sozialem Druck oder rechtlich beschränkten Entfaltungsmöglichkeiten, [...] zwar die Fähigkeit zur Autonomie haben, ihnen fehlt jedoch die Möglichkeit der freien Entscheidung"[1562]. Im Falle des Fehlens „äußere[r] Wahlmöglichkeiten" sei die betroffene Person zwar in der Lage, eigenverantwortliche Entscheidungen zu treffen, „die als solche ethisch wie rechtlich akzeptiert werden müssen". Allerdings müssten dann die Umstände, „unter denen die Entscheidungen

1558 *Wapler*, Reproduktive Autonomie: rechtliche und rechtsethische Überlegungen, in: Baer/Sacsofsky, Autonomie im Recht – Geschlechtertheoretisch vermessen, 2018, S. 185-214 (193).
1559 Vgl. ebd. S. 194.
1560 Vgl. ebd. S. 195.
1561 Vgl. ebd. S. 199.
1562 Vgl. ebd. S. 198.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

getroffen wurden, […] als ungerecht kritisiert werden“[1563]. Vor diesem Hintergrund betont *Wapler*, dass „[i]n einer politischen Gemeinschaft, die allen Mitgliedern im Ausgangspunkt die gleiche Freiheit verspricht, […] jede Beschränkung der individuellen Freiheit grundsätzlich rechtfertigungsbedürftig [ist]“[1564], hält unter äußeren Autonomiegesichtspunkten eine kommerzielle Leihmutterschaft aber nur unter strengen Bedingungen für ethisch vertretbar, die hier im Folgenden geteilt werden. Auch *Dethloff* weist darauf hin, „dass reproduktive Autonomie entscheidend davon abhängt, unter welchen tatsächlichen Bedingungen die je eigene ‚freie‘ Entscheidung getroffen wird[1565]. Diese äußeren Bedingungen ließen sich aber theoretisch rechtlich absichern wie der rechtsvergleichende Blick offenbare. Danach sei es möglich, „die rechtlichen Rahmenbedingung in eine Weise [zu] gestalten[…], die die Selbstbestimmung der Frau bei Übernahme der Leihmutterschaft, während der Schwangerschaft und nach der Geburt sichern und zugleich möglichen Interessenkonflikten entgegenwirken“[1566]. Sowohl *Wapler* als auch *Röthel* betonen ein drittes Element, nämlich die relationale Autonomie, die gefährdet ist, wenn ein Zustand eintritt, „in dem eine Person glaubt, eine eigene reflektierte und freie Entscheidung zu treffen, sich ihre Wahl aber aus einer Außenperspektive als von den äußeren Umständen geprägt, wenn nicht gar determiniert darstellt“[1567]. Damit verbunden sei „die Erwartung nach größerer Aufmerksamkeit des Rechts für beziehungstypische Autonomie-Gefährdungen“[1568] und also im Kontext reproduktionsmedizinischer Verfahren unter Zuhilfenahme Dritter die Forderung nach einer Sicherstellung der Autonomie der Leihmutter oder der Keimzellspender-/in[1569]. *Röthel* weist aber darauf hin, dass relationale Autonomieüberlegungen in der Frage zum Ob und Wie einer Leihmutterschaft

1563 Vgl. ebd. S. 199.
1564 Vgl. ebd. S. 199.
1565 *Dethloff*, Reproduktive Autonomie, in: Baer/Sacksofsky, Autonomie im Recht – Geschlechtertheoretisch vermessen, 2018, S. 229-228 (232).
1566 Vgl. ebd. S. 232.
1567 *Wapler*, Reproduktive Autonomie: rechtliche und rechtsethische Überlegungen, in: Baer/Sacsofsky, Autonomie im Recht – Geschlechtertheoretisch vermessen, 2018, S. 185-214 (200); *Röthel*, Autonomie als Bezugspunkt für eine Kritik der rechtlichen Regulierung des Zugangs zu reproduktiven Verfahren, in: Baer/Sacksofsky, Autonomie im Recht – Geschlechtertheoretisch vermessen, 2018, S. 215-228 (223 ff.).
1568 *Röthel*, Autonomie als Bezugspunkt für eine Kritik der rechtlichen Regulierung des Zugangs zu reproduktiven Verfahren, in: Baer/Sacksofsky, Autonomie im Recht – Geschlechtertheoretisch vermessen, 2018, S. 215-228 (223).
1569 Vgl. ebd. S. 226 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

zu ambivalenten Ergebnissen führen können und deshalb nicht unreflektiert angewandt dürfen und zu vorschnellen Schlüssen verleiten sollten. So stoße die kommerzielle Leihmutterschaft im gesellschaftlichen Bewusstsein regelmäßig auf weniger Kritik als die altruistische Leihmutterschaft, „weil dann sichergestellt sei, dass die Leihmutter nicht aus einer wirtschaftlichen Zwangslage heraus ihren Körper verkaufe und also hinreichend selbstbestimmt in die Schwangerschaftsspende einwillige“[1570]. Doch bedenke man die „höhere Beziehungseinbettung“, die bei der altruistischen Variante den ausschlaggebenden Grund für die Entscheidung zur Leihmutterschaft bilde, sei „das gegenteilige Ergebnis [...] gleichermaßen plausibel“: „Gerade weil die altruistische Leihmutterschaft mit Rücksicht auf bestehende Beziehungen, etwa zu einer Schwester oder zu einer Cousine, übernommen wird, erfolgt die Entscheidung der altruistischen Leihmutter unter Bedingungen, die im Hinblick auf ihre Selbstbestimmung ähnlich prekär erscheinen wie die Übernahme der kommerziellen Leihmutterschaft.“[1571] *Röthel* betont außerdem das Potenzial von Autonomieüberlegungen als Bezugspunkt für eine Rechtskritik unter dem Aspekt der Chancengleichheit zur „Gewährleistung eines tatsächlich realisierbaren Möglichkeitsraumes von Lebensentscheidungen“[1572]. Sie bezieht das vor allem auf die Finanzierbarkeit reproduktionsmedizinischer Leistungen, spricht damit aber zugleich ein Argument an, das liberale Feministinnen regelmäßig verwenden, um die mit der Möglichkeit zur Leihmutterschaft gewährleitstete Geschlechtergleichstellung in puncto Verfügungsmöglichkeit über den eigenen Körper zu betonen.

Dem halten radikale Feministinnen, herausgegriffen sei im Folgenden der Beitrag *Flügges*, entgegen, dass das Gleichberechtigungsargument nur Scheinargument sei. In Wahrheit gehe es darum, die Fortschritte, die Frauen auf dem Weg der Geschlechtergleichstellung genommen haben, zu revidieren: „Viele Männer können es offensichtlich schwer ertragen, dass sie bei der Erzeugung von Kindern auf eine Frau angewiesen sind, die das Kind für sie in ihrem Leib wachsen lässt und zur Welt bringt.“[1573] Danach käme die Einführung einer kommerziellen Leimutterschaft anderen historischen Maßnahmen gleich, „diesen Vorteil der Frau zu eliminieren“, etwa das

1570 Vgl. ebd. S. 226.
1571 Vgl. ebd. S. 226 f.
1572 Vgl. ebd. S. 219.
1573 *Flügge*, Leihmutterschaft ist kein Menschenrecht, in: Baer/Sacksofsky, Autonomie im Recht – Geschlechtertheoretisch vermessen, 2018, S. 239-250.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Keuschheitsgebot, „das absolute Verbot der Abtreibung, die gesetzliche Verpflichtung der Ehefrau, sich schwängern zu lassen und das Alleinentscheidungsrecht des Vaters über die Kinder“[1574]. Über eine kommerzielle Leihmutterschaft jedenfalls lasse sich der Wunsch vieler Frauen, „die für sich die Freiheit eines Mannes ersehenen, also die Möglichkeit der Erzeugung eines genetisch ‚eigenen‘ Kindes ohne die Mühen der Schwangerschaft und Geburt und losgelöst von der ‚biologischen Uhr‘, die so viele Frauen daran hindert, ihre Karriere in einer männerdominierten Arbeitswelt ungestört zu verfolgen“, nicht erreichen[1575]. Vielmehr laufe man damit Gefahr, reproduktive Rechte nicht mehr aus der Warte von Mann und Frau als Individuum, sondern aus ihrer Perspektive als Paar zu bewerten. Dabei gerate „die Schwangere, die die leibliche Menschwerdung erst ermöglicht“ allzu leicht aus dem Fokus, so dass im Ergebnis „dem genetischen Vater ein Mitentscheidungsrecht über die Schwangerschaft und damit über die Schwangere selbst“ eingeräumt werde[1576]. *Flügge* fügt hinzu, dass die „Leihmutterschaft aus Perspektive der Frau […] gerade nicht das Recht auf selbstbestimmte *Reproduktion* [sichere], da die Leihmutterschaft ja gerade nicht darauf gerichtet ist, sich selbst in einem Kind zu reproduzieren“. Relevant sei vielmehr „die Frage, ob sie das Recht dazu hat, sich vertraglich zu verpflichten, *für Andere* ein Kind in ihrem Leib zu produzieren“[1577]. Die Grenzen der Vertragsfreiheit seien bei der Leihmutterschaft noch mehr erreicht als bei der Prostitution, denn anders als die Prostituierte könne die Leihmutter ihren Dienst nicht beliebig unterbrechen und nur durch einen körperlich und psychisch äußerst belastenden Schwangerschaftsabbruch beenden. Insgesamt handele es sich daher um „eine im Laufe der Zeit unentrinnbare, die gesamte Person umfassende Verpflichtung, […] die einer Leibeigenschaft nahe kommt“ und als Zwangsarbeit sittenwidrig ist[1578]. Im Zuge dessen werde das Kind zum Objekt degradiert, da es „für die Leihmutter Mittel zum Zweck [ist], Geld zu verdienen“ und folglich in seiner Würde verletzt[1579]. Gesellschaftlich wäre die Folge, dass sich ein Bewusstsein durchsetzt, wonach Kinder „als Erwerbsquelle produziert und weggegeben werden können“, was schlussendlich zur allgemeinen Akzep-

1574 Vgl. ebd. S. 240.
1575 Vgl. ebd. S. 240.
1576 Vgl. ebd. S. 241.
1577 Vgl. ebd. S. 244.
1578 Vgl. ebd. S. 245.
1579 Vgl. ebd. S. 245.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

tanz von Kinderhandel führen könnte[1580]. Nicht zuletzt sei auch die Leihmutter in ihrer Würde verletzt, da sie als bloße Gebärmaschine verwendet werde. Schließlich werde durch den „Leihmutterschaftsvertrag […] auf die Spitze getrieben, was schon im Kampf gegen das Verbot der Abtreibung kritisiert worden war", nämlich „die fiktive Trennung von schwangerer Frau und Embryo". Denn: „Während die Leihmutter als (noch) unverzichtbare Dienstleisterin für die Erzeugung eines Kindes wahrgenommen wird, wird das durch ihren Körper sich entwickelnde Kind als Person eigenen Rechts definiert, über das dementsprechend die Bestelleltern als Außenstehende verfügen können."[1581]

Im Ergebnis bleibt festzuhalten, dass die Meinungen in der feministischen Debatte darüber, was in Bezug auf die Leihmutterschaft gut oder schlecht für die Frauen ist, weit auseinanderklaffen. Im Spannungsfeld dieser kollidierenden Positionen soll nun der Versuch unternommen werden, zu ermitteln, wie sich die Leihmutterschaft zu einem Recht auf Zugang zur Elternschaft verhalten *könnte*. Alle dabei formulierten Ergebnisse sind aber vorläufig und stehen unter dem Vorbehalt, dass eine vertiefte Auseinandersetzung mit dem Thema hier nicht geleistet werden kann. Dafür bedarf es einer umfassenden Untersuchung in einer eigens darauf zugeschnittenen Arbeit.

aa) Schutz der Leihmütter

Im Grundsatz ist von einem umfassenden Selbstbestimmungsrecht des Einzelnen auszugehen, sein Leben entsprechend seinem Verständnis von Lebensqualität und Sinnhaftigkeit der eigenen Existenz zu führen, Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG. Danach haben Staat und Gesellschaft Lebensentscheidungen zu Kernaspekten persönlicher Identität als Akte autonomer Selbstbestimmung zu respektieren. Das schließt ein Verfügungsrecht des Einzelnen über sein Leben und seinen Körper sowie das Recht ein, anderen zu erlauben, in diese persönliche Freiheitssphäre einzugreifen. Zugleich schützt Art. 2 II GG wie gesagt nicht den Körper, sondern das Selbstbestimmungsrecht über den Körper. Als Freiheitsrecht ist es streng antipaternalistisch ausgestaltet. Der Staat darf nicht verhindern, dass man sich selbst schadet oder objektiv irrational verhält. Die grundrechtlich geschützte Freiheit

1580 Vgl. ebd. S. 246.
1581 Vgl. ebd. S. 246.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

schließt auch die Freiheit zur Krankheit ein sowie das Recht, auf Heilung zielende Eingriffe abzulehnen. Im Medizinrecht wird dem Selbstbestimmungsrecht des Patienten durch das Prinzip des "informed consent" Rechnung getragen (§§ 630 d, 630 e BGB). Danach kann nur eine informierte Einwilligung selbstbestimmt getroffen sein. Jeder ärztliche Heileingriff erfüllt daher grundsätzlich den Tatbestand der Körperverletzung und bedarf der tatbestandsausschließenden Einwilligung des Patienten, die wiederum seine ordnungsgemäße Aufklärung über den Sinn und Zweck der Maßnahme voraussetzt. Denn nur dann ist er in der Lage, eine informierte Entscheidung zu treffen (Selbstbestimmungsaufklärung). Hintergrund der Aufklärung ist es also, dem Patienten die Faktengrundlage zu verschaffen, damit er von seinem Selbstbestimmungsrecht Gebrauch machen bzw. entscheiden kann, ob und in welchem Umfang er einem ärztlichen Heileingriff mit den damit verbundenen Chancen und Risiken für seinen Körper und seine Gesundheit zustimmen will. Für eine wirksame Einwilligung muss der Patient einwilligungsfähig und hinreichend aufgeklärt sein sowie der Behandlung freiwillig zustimmen. Bei der Leihmutterschaft wird letzteres regelmäßig angezweifelt und behauptet, Frauen könnten schon nicht wirksam in die Leihmutterschaft einwilligen. Ein Verbot der Leihmutterschaft sei demnach gerechtfertigt, um das Selbstbestimmungsrecht potenzieller Leihmütter zu wahren und sie vor einer erzwungenen Entscheidung zur Mitwirkung am reproduktionsmedizinischen Verfahren zu schützen.

(1) Kein Ausschluss der freien Entscheidung durch Vergütungsangebot oder sozioökonomisches Setting

Dazu wird vorgebracht[1582], bei dem Angebot zur Leihmutterschaft handele es sich um ein „Angebot mit Zwangswirkung"[1583]. Dahinter steht die Vorstellung, dass bereits das in Aussicht stellen eines hohen Geldbetrages für Frauen in finanzieller Not ein unwiderstehliches und somit mit faktischem Zwang belegtes Angebot darstellt, das sie sich nicht leisten können

1582 *Dodds/Jones*, Surrogacy and Autonomy, Bioethics 1989 (3/1), S. 1-17; *Field*, Surrogate Motherhood, 1990, S. 72 ff.; *Thomale*, Mietmutterschaft: eine international-privatrechtliche Kritik, 2015, S. 10.

1583 Für eine Auseinandersetzung mit „Angeboten mit Zwangswirkung" vgl. *Gutmann*, Freiwilligkeit als Rechtsbegriff, 2001, S. 149-201; *Gutmann*, Zwang und Ausbeutung beim Vertragsschluss, in: Schulze, New Features in Contract Law, 2007, S. 49-66; *Gutmann*, Voluntary consent, in: Müller/Schaber, The Routledge Handbook of the Ethics of Consent, 2018, S. 211-221.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

auszuschlagen. So einleuchtend dieser Gedanke auf den ersten Blick auch erscheinen mag, so fehlgeleitet ist er auf den zweiten. Das wird deutlich, hält man sich den Unterschied von willensbeugenden und bedingten Angeboten und damit von Zwang und Freiwilligkeit vor Augen.

Zwang erfasst einerseits jede unmittelbare physische Gewaltanwendung, die den Widerstand des Genötigten dadurch verhindert, dass seine Willensbildung ausgeschlossen wird (vis absoluta), andererseits aber auch jede erzwungene Willenserklärung, bei der das Opfer zwar noch selbst entscheiden kann, sich dem Willen des Täters aber aus psychischem Zwang unterwirft (vis compulsiva). Letzteres erfasst insbesondere willensbeugende Drohungen, bei denen der Täter ein empfindliches Übel in Aussicht stellt, auf dessen Eintritt er Einfluss zu haben vorgibt und das eintreten soll, wenn der Bedrohte nicht tut, was der Täter verlangt. Davon abzugrenzen sind bedingte Angebote, die dem Empfänger zwar ebenfalls einen Vorteil versprechen, wenn er dem Willen des Anbietenden nachkommt, die aber – und das ist der Unterschied zur willensbeugenden Drohung – den Angebotsempfänger, sollte er ausschlagen, nicht mit weniger zurücklassen als dem *status quo ante* und deshalb keinen Zwang ausüben. Droht man einem Opfer mit „Leben oder Brieftasche", verliert es entweder das eine oder beides. Seine Ausgangssituation verschlechtert sich. Da es zudem berechtigterweise – d.h. nach seinen subjektiven Rechten – erwarten durfte, beides zu behalten, werden seine Optionen verkürzt und wird Zwang ausgeübt. Bietet man hingegen einer Frau die Summe X für den Fall, dass sie sich als Leihmutter bereiterklärt, stellt man ihr ein Mehr an Optionen zur Verfügung. Sie kann annehmen oder ausschlagen, steht aber in keinem Fall schlechter da als zuvor. Da die Wunscheltern nach der subjektiven Rechts- und Werteordnung keine Pflicht trifft, die soziökonomische Situation einer potenziellen Leihmutter zu verbessern bzw. sie dies nicht berechtigterweise erwarten darf, üben sie auch nicht etwa dadurch Zwang aus, dass sie „drohen", dieser „Pflicht" nicht nachzukommen, sollte die Frau das Angebot ausschlagen. Damit liegt ein bedingtes Angebot vor. Das in Aussicht stellen einer Vergütung macht die Einwilligung einer Leihmutter nicht unfreiwillig.

Dagegen wird teilweise eingewandt, zwar nicht das Angebot selbst, wohl aber das Umfeld, also die „schlechte, traurige oder gar ausweglose" Situation, in der sich der Angebotsempfänger befindet, präkludiere ihn von der

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Fähigkeit, eine freiwillige Entscheidung zu treffen[1584]. So zu argumentieren hieße jedoch, jede schwer treffbare Entscheidung mit einer erzwungenen gleichzusetzen. Doch nicht alle „Notlagen" sind „Zwangslagen" und nicht jede in einer Not-oder Drucksituation errungene Entscheidung ist unfreiwillig[1585]. Ansonsten müsste man einem zwar schwerkranken, aber noch einsichtsfähigen Patienten die Entscheidungsfähigkeit über das Ob und Wie seiner Therapie absprechen. Eine freiwillige Entscheidung setzt auch nicht voraus, dass sie intrinsisch motiviert oder aus sich heraus positiv konnotiert bzw. mit affirmativen Gefühlen besetzt ist[1586]. So ist es leider nicht unüblich, dass sich Menschen durch finanziellen Anreiz für mitunter „erniedrigende oder gesundheitsgefährdende" Arbeiten gewinnen lassen, die sie nicht gern ausüben und zu der sie sich unter besseren Lebens- oder Ausbildungsbedingungen nicht bereiterklärt hätten[1587]. Man denke etwa an die Prostitution[1588]. Aber auch der Schüler, der Arzt werden will, doch aus finanzieller Bedrängnis eine Ausbildung zum Krankenpfleger antritt, trifft eine freiwillige Entscheidung. Dass er sich, besser situiert, für das Medizinstudium eingeschrieben hätte, macht seine Berufswahl nicht unfreiwillig. Da wir aber auch sonst kein Problem damit haben, Entscheidungen anzuerkennen, die „durch finanzielle Not motiviert sind", ist nicht ersichtlich, warum die Grenze gerade bei der Leihmutter gezogen werden sollte. Also ihre Einwilligung bereits deshalb für unwirksam erklärt gehört, weil ihr ausschließlich schlechte Entscheidungsalternativen zur Verfügung stehen – einem „ja" zur Leihmutterschaft oder einem Leben in Armut. Auch wür-

1584 Für die folgende Argumentation vgl. zusammenfassend und m.w.N. *Esser*, Ist das Verbot der Leihmutterschaft in Deutschland noch haltbar?, 2021, S. 95-97; 189-206.

1585 Vgl. ebd. S. 96, *Gutmann*, Zwang und Ausbeutung beim Vertragsschluss, in: Schulze, New Features in Contract Law, 2007, S. 49-66 (51ff.).

1586 Vgl. ebd. S. 96, *Gutmann*, Voluntary Consent, in: Müller/Schaber, The Routledge Handbook of the Ethics of Consent, 2018, S. 211-221 (215).

1587 Vgl. ebd. S. 96-97.

1588 Zur Prostitution *Nussbaum*, Sex and Social Justice, 1999, S. 289-290: "a flourishing human life probably requires […] use of one's own reasoning in the planning and execution of one's work. But that is a pervasive problem of labor in the modern world, not a problem peculiar to prostitution as such. It certainly does not help […] to criminalize prostitution – any more than it would be to criminalize factory work or domestic service. A woman will not exactly achieve more control and 'truly human functioning' by becoming unemployed. What we should instead think about are ways to promote more control over choice of activities, and more general humanity in the types of work that are actually available to people with little education and few options. That would be a lot more helpful than removing one of the options they actually have."

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

de es einer gerechten Risikoverteilung widersprechen, jede Entscheidung zwischen zwei unliebsamen Optionen für unwirksam zu deklarieren, da ansonsten stets eine Vertragspartei das Risiko dafür zu tragen hätte, dass sich die andere unter Verweis auf ihre notgedrungene Entscheidungssituation vom Vertrag lossagt. Zwang kann deshalb nur vorliegen, wenn eine Partei die Entscheidungsbedrängnis der anderen zu vertreten hat, nicht aber, wenn sie ebendiese nur antrifft und zum eigenen Vorteil verwendet[1589]. Da Wunscheltern die Ausgangslage potenzieller Leihmütter nicht zu vertreten haben, geht es mit *Esser* weniger „um ein Problem von Zwang und Unfreiwilligkeit" als „vielmehr um ein gesellschaftliches Problem in Form von sozialer Ungleichheit", nicht um *Freiwilligkeit* also, möglicherweise aber um *Ausbeutung*[1590]. Im Ergebnis macht daher weder das Vergütungsangebot an und für sich noch das sozioökonomische Setting der Frauen, denen es zugeht, ihre Einwilligung unfreiwillig, soweit nicht „körperliche Gewalt, Täuschung oder Drohung" im Spiel sind[1591]. Ist das nicht der Fall wird die Frau möglicherweise ausgebeutet, ist aber nicht in ihrem Recht auf reproduktive Autonomie verletzt. In der Praxis wird indes nur schwer zu kontrollieren sein, ob die Leihmutter ihre Entscheidung tatsächlich unbeeinflusst von Täuschung, Drohung oder Zwang getroffen hat. Solange keine hinreichende Gewähr dafür geboten werden kann, dass eine solche Zwangssituation ausgeschlossen ist, muss das Modell in der Abwägung von Chancen und Risiken vorerst eine Vision bleiben. Denn es muss in jedem Fall ausgeschlossen sein, dass Frauen durch zuhälterähnliche Strukturen zu einer Leihmutterschaft genötigt werden. Wenn im Folgenden also die kommerzielle Leihmutterschaft als Modell zugrunde gelegt wird, so immer unter diesem auf die Zukunft gerichteten Gewährleistungsvorbehalt.

(2) Eingriff des kommerziellen Leihmutterschaftsverbots in das Selbstbestimmungsrecht der Leihmütter

Ist die freie Entscheidung der Frau für eine Leihmutterschaft gewährleistet, bietet der Schutz vor einer kommerziell erzwungenen Mitwirkung am reproduktionsmedizinischen Verfahren keine Rechtfertigung für ein Vergü-

1589 *Gutmann*, Zwang und Ausbeutung beim Vertragsschluss, in: Schulze, New Features in Contract Law, 2009, S. 52-56.

1590 *Esser*, Ist das Verbot der Leihmutterschaft in Deutschland noch haltbar?, 2021, S. 97.

1591 Vgl. ebd. S. 109.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

tungsverbot. Vielmehr ist das Verbot der (kommerziellen) Leihmutterschaft dann als Eingriff in das Selbstbestimmungsrecht potenzieller Leihmütter rechtfertigungsbedürftig, die zudem ein berechtigtes Interesse an einer Vergütung haben, „da die Praxis der altruistischen Leihmutterschaft dem Aufwand und den Risiken, denen die Leihmutter während der Schwangerschaft und Geburt"[1592] begegnet, mitunter nicht hinreichend Rechnung trägt.

(3) Mögliche Gemeinwohlbelange zur Eingriffsrechtfertigung

Gleichzeitig ist aber nicht von der Hand zu weisen, dass es vielen als moralisch verwerflich erscheint, in einer Gesellschaft zu leben, in der vermögende Wunscheltern das soziale Gefälle zulasten sozioökonomisch vulnerabler Leihmütter ausnutzen, um ihre eigene Familienplanung voranzutreiben. Deshalb könnte, obwohl Leihmütter unter den dargelegten Voraussetzungen eine freiwillige Entscheidung treffen, aus gesellschaftlicher Perspektive das kommerzielle Leihmutterschaftsverbot gerechtfertigt sein.

(a) Würderechtsverletzung durch Instrumentalisierung der Leihmutter

Teilweise wird argumentiert[1593], eine gesetzlich verankerte Möglichkeit zur rechtsgeschäftlichen Verfügung über die eigene Gebärfähigkeit verstoße gegen das in Art. 1 I GG verbriefte Instrumentalisierungsverbot und damit die Menschenwürde der Leihmutter. Zwar ist eine Leihmutter aus Sicht der Wunscheltern *hauptsächlich* Mittel zur Realisierung ihres Kinderwunsches. Doch während Vertragspartner regelmäßig bestimmte Zwecke verfolgen, heißt das noch nicht, dass sie einander *ausschließlich* als Mittel zu diesem Zweck und nicht *auch* als Person behandeln. Zwar zweifelt die öffentliche Meinung dies bei der Leihmutterschaft regelmäßig an, indem sie Leihmütter als „‚Gebärmaschinen' oder ‚Brutkästen'" bezeichnet. Doch prinzipiell spricht nichts dagegen, dass auch Leihmütter und Wunscheltern sich mit

1592 Vgl. ebd. S. 40.

1593 *Schwarzer*, Leihmutter? Geht gar nicht!, https://www.emma.de/artikel/leihmutter-geht-gar-nicht-330243 (31.3.2022); *Diel*, Leihmutterschaft und Reproduktionstourismus, 2014, S. 72 f.; *Püttner/Brühl*, Fortpflanzungsmedizin, Gentechnologie und Verfassung: Zum Gesichtspunkt der Einwilligung Betroffener, JZ 1987 (11), S. 529-536 (535).

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

Achtung und Respekt begegnen und ihre gegenseitige Rücksichtnahme vertraglich durch ein ordentliches Verfahren und eine faire Vergütung absichern.[1594] Folglich kann nicht die Rede davon sein, dass eine Leihmutterschaft der Frau per se ihrer Subjektqualität beraubt. Würderechtsverletzend kann die genaue „Ausgestaltung der Leihmutterschaftsbeziehung" sein, nicht aber schon die „Durchführung einer Leihmutterschaft" als solche.[1595] Das gilt umso mehr, da die freiwillige Mitwirkung am reproduktionsmedizinischen Verfahren wie ausgeführt keine Selbstentwürdigung und demnach auch keine staatliche Schutzpflicht auslösen kann. Denn da „die Subjektqualität eines Menschen nicht zuletzt in seiner Selbstbestimmung zum Ausdruck kommt", hat der Staat die persönliche Entscheidung des Einzelnen anzuerkennen, welche Handlungen er als „mit der eigenen Würde vereinbar betrachtet und welche nicht"[1596]. In anderen Worten darf er kein bestimmtes Würdeideal oktroyieren, sondern hat seinen Schutz am individuellen Würdekonzept des Einzelnen auszurichten und darauf zu beschränken[1597]. Deshalb muss eine Person auch Handlungen vornehmen dürfen, „die in den Augen anderer entwürdigend sind, sofern Dritte durch diese Entscheidung nicht beeinträchtigt werden"[1598]. Die selbstbestimmte Entscheidung einer Frau, sich als Leihmutter zur Verfügung zu stellen, um eines Anderen Kinderwunsch zu erfüllen, ist als Entscheidung zu einem Kernaspekt persönlicher Identität Ausdruck ihrer persönlichen Würdekonzeption und als solche grundsätzlich zu achten. Der Staat hat indes durch geeignete Rahmenbedingungen sicherzustellen, dass die Vertragsbeziehung würdegerecht ausgestaltet ist. Das setzt insbesondere voraus, dass die Leihmutter sich unter Ausschluss von Täuschung, Drohung oder Zwang frei-

1594 *Esser*, Ist das Verbot der Leihmutterschaft in Deutschland noch haltbar?, 2021, S. 193.

1595 Vgl. ebd. S. 194.

1596 Vgl. ebd. S. 191; *Gutmann*, Struktur und Funktion der Menschenwürde als Rechtsbegriff, in: Gethmann, Lebenswelt und Wissenschaft, Bd. II, 2011, S. 309-330 (312); *Dreier*, in Dreier, GG, 3. Aufl. 2013, Art. 1, Rn. 149 f.; *Kunig/Kotzur*, in: von Münch/Kunig, GG, 7. Aufl. 2021, Art. 1, Rn. 51; *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, GG, 16. Aufl. 2020, Art. 1, Rn. 14; *Herdegen*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, 95. EL Juli 2021, Art. 1, Rn. 79; *Neumann*, Die Tyrannei der Würde, ARSP 1998 (84/2), S. 153-166.

1597 Gutmann, „Gattungsethik" als Grenze der Verfügung des Menschen über sich selbst, in: van den Daele, Biopolitik, 2005, S. 235-264 (235, 237 ff, 242 ff.).

1598 *Esser*, Ist das Verbot der Leihmutterschaft in Deutschland noch haltbar?, 2021, S. 192; so auch *Nussbaum* am Beispiel der Prostitution, Sex and Social Justice, 1999, S. 290: "prostitution is […] not to everyone's taste, and involving a surrender of bodily privacy that some will find repellant – but not for that reason necessarily bad, either for self or others."

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

willig zur Leihmutterschaft entscheidet und ihre Autonomie während der Schwangerschaft und Geburt gewahrt bleibt, sie also ihre Entscheidungshoheit über den eigenen Körper behält (vgl. zweiter Hauptteil, VI).

(b) Degradierung der Zeugungs- und Gebärfähigkeit zur Handelsware

Gegen die kommerzielle Leihmutterschaft wird mitunter eingewandt, sie degradiere die Zeugungs- und Gebärfähigkeit einer Frau zur marktüblichen Handelsware. Doch dürfe um höchstpersönliche Güter nicht gefeilscht, ihre Vermarkung nicht akzeptiert werden. Annehmbar sei allenfalls deren altruistische Darbietung als Geschenk („Kommodifizierungs-Argument")[1599]. Ob die kommerzielle Leihmutterschaft tatsächlich dazu führt, dass die Zeugungs- und Gebärfähigkeit im gesellschaftlichen Bewusstsein den Charakter einer Ware erhält, hängt davon ab, was man unter „Ware" versteht. Aufschluss bietet die Debatte um finanzielle Anreize bei der Lebendorganspende. Danach beurteilen wir eine Ware „nur unter den Gesichtspunkten der Fungibilität und ihres instrumentellen Wertes und eben nicht als integralen Bestandteil einer Person". Damit die Zeugungs- und Gebärfähigkeit also zur Ware wird, müsste sie „gegen Geld austauschbar", ausschließlich nach ihrer Zweckdienlichkeit bemessen werden und „keine Aspekte von Subjektivität" aufweisen, so dass „alles, was an einem Gegenstand mit der Binnenperspektive eines Subjekts verbunden sein könnte, […] für ihre Marktförmigkeit, d.h. ihre Austauschbarkeit und Funktionalität" irrelevant ist[1600]. Allerdings lässt sich die Zeugungs- und Gebärfähigkeit, anders als bei der Organspende, schon deshalb nicht völlig losgelöst von der Leihmutter als Person denken, weil sie sich ihrer nicht *entäußert*. Insofern besteht eher eine Parallele zu der Diskussion um Prostitutionsverbote, für die genauso vorgebracht wird, die Prostituierte veräußere ihre Sexualität und modelliere ihre Sexualorgane- und Handlungen zur Ware. Warum sich so nicht einwandfrei argumentieren lässt, zeigt dieses Statement *Nussbaums*:

1599 *Radin*, Market Inalienability, Harv. L. Rev. 1987 (100/8), S. 1849-1937; *Anderson*, Value in Ethics and Economics, 1993, S. 141 ff., 150 ff., 168 ff.: "[…] contract pregnancy commodifies both women's labor and children in ways that undermine the autonomy and dignity of women and the love parent owe to children. Because the state has a legitimate interest in protecting the autonomy and dignity of women and the integrity of parental love for children, it is justified in prohibiting contract pregnancy."; *Schulte*, Wirtschaftsethik und die Grenzen des Marktes, 2014, S. 120 ff.

1600 *Braig*, Finanzielle Anreize bei der Lebendorganspende, in: Potthast/Hermann, Wem gehört der menschliche Körper?, 2010, S. 243-252 (246).

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

"Does the singer alienate her voice, or the professor her mind? The prostitute still has her sexuality; she can use it on her own, apart from the relationship with the client […]. She can also cease to be a prostitute, and her sexuality will still be with her, and hers, if she does. So she has not even given anyone a monopoly on those services, far less given them over into someone else's hands."[1601]

Auch die Leihmutter entledigt sich durch die Leihmutterschaft nicht ihrer Zeugungs- oder Gebärfähigkeit. Sofern gewährleistet ist, dass sie zu keinem Zeitpunkt „das Selbstbestimmungsrecht über ihren Körper" verliert, sondern im Rahmen einer würdegerechten Leihmutterschaftsbeziehung, Herrin ihrer Entscheidungen auch während der Schwangerschaft und Geburt bleibt, ist eher von einer Dienstleistung denn von einer Ware auszugehen[1602]. Auch das Austauschbarkeitsargument weist Schwachpunkte auf. Denn obwohl es den Wunscheltern primär um die Zeugungs- und Gebärfähigkeit der Leihmutter geht, heißt das nicht, dass sie ihre Person für gänzlich irrelevant in Bezug auf die Marktförmigkeit dieser Fähigkeit und demzufolge für fungibel erachten. Dagegen sprechen bereits Fälle, in denen die Wunscheltern die Leihmutter in die Elternverantwortung einbeziehen wollen. Doch auch außerhalb solcher Konstellation verbinden die Wunscheltern mit der Leihmutter mehr persönliche Sympathie als beispielsweise mit Äpfeln oder Apfelsinen, so dass in aller Regel zumindest zutrifft, was *Nussbaum* zur Prostitution festhält: "Although we may not think that the soul or inner world of a prostitute is of deep concern to the customer, she is usually not regarded as simply a set of units fully interchangeable with other units"[1603]. Wurzel des Unbehagens scheint daher weniger zu sein, dass die Wunscheltern die Leihmutter als austauschbar erachten, sondern eher, dass sie ihre Persönlichkeit nicht gebührend wertschätzen ("What seems to be the real issue is that the woman is not […] considered a special, unique being"). Persönliche Distanz allein ist aber noch kein hinreichender Grund für ein moralisches oder gar gesetzliches Verbot, denn es ist keineswegs üblich und oftmals unmöglich, sich vor jeder zwischenmenschlichen Interaktion vertieft mit der Persönlichkeit seines Gegenübers auseinanderzusetzen ("It may not even be immoral, for […] many of those dealings

1601 *Nussbaum*, Sex and Social Justice, 1999, S. 291.
1602 *Esser*, Ist das Verbot der Leihmutterschaft in Deutschland noch haltbar, 2021, S. 196.
1603 *Nussbaum*, Sex and Social Justice, 1999, S. 292.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

are just fine without deep knowledge")[1604]. Im Ergebnis also lässt sich die Zeugungs- und Gebärfähigkeit nicht unabhängig von der Person der Leihmutter denken und wird daher durch Zahlung einer Vergütung nicht zur Ware im obigen Sinne. Doch selbst wenn man davon ausgehen wollte, stellt sich die Frage, ob die mit dem Warencharakter assoziierten Negativfolgen nicht genauso bei der altruistischen Leihmutterschaft auftreten würden. *Braig* zieht diese Parallele bei der Organspende:

„Bis auf die Entrichtung eines Kaufpreises lässt sich auch die altruistische Spende in Warenbegriffen beschreiben. Entscheidend […] sind ausschließlich die funktionalen Eigenschaften des Organs, […]. Bei Identität […] ist es egal, ob der Empfänger ein Organ von Spenderin A oder Spender B erhält. Auch altruistische Spender machen zumindest einen Teil ihres Körpers […] zur Ware, ohne dass wir deswegen davon ausgehen würden, sie handelten nicht in Übereinstimmung mit der Würde ihrer Person, und ohne dass wir davon ausgehen müssten, die Empfänger altruistisch gespendeter Organe behandelten die Spender ohne den Respekt, den sie als Personen verdienen."[1605]

In anderen Worten macht die Tatsache, dass ein Körperteil oder eine Körperfunktion zur Ware wird, noch nicht die Person selbst zur Ware. Teilweise wird zwar argumentiert, die Zeugungs- und Gebärfähigkeit erhalte allein schon dadurch Warencharakter, dass sie an eine Gegenleistung gebunden ist. Doch selbst wenn man die Sexualität der Prostituierten oder die Zeugungs- und Gebärfähigkeit der Leihmutter unter dieser Prämisse als Ware einstufen wollte, ist damit – in den Grenzen eines streng regulierten Marktes – noch nicht die Verwerflichkeit des Warencharakters erwiesen. So könnte man auch argumentieren, dass eine faire Vergütung zu einem Mehr an persönlicher Freiheit und Unabhängigkeit führt:

"The professor, the singer […] – all accept a fee, and it seems plausible that this is a good state of affairs, creating spheres of freedom. […]. In neither case should we conclude that the existence of a contract has converted the abilities into things to be exchanged and traded separately from the body of the producer; they remain human creative abilities, securely housed in their possessor."[1606]

1604 Vgl. ebd. S. 292.
1605 *Braig*, Finanzielle Anreize bei der Lebendorganspende, in: Potthast/Hermann, Wem gehört der menschliche Körper?, 2010, S. 243-252 (247).
1606 Vgl. ebd. S. 291.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

Wenig plausibel erscheint schließlich die Annahme, eine Gegenleistung führe zu einer allgemeinen Herabwertung der Zeugungs- und Gebärfähigkeit, denn immerhin hat eine Vergütung in jedem anderen gesellschaftlichen Kontext Belohnungscharakter und signalisiert daher eher Hochachtung als Geringachtung[1607].

(c) Mit einer Kommerzialisierung assoziierte Natürlichkeitsargumente

Der kommerziellen Leihmutterschaft wird außerdem vorgeworfen, dass es der mütterlichen Natur widerspreche, ein Kind gegen Geld auszutragen und nach der Geburt in die Obhut eines anderen zu geben. Doch wurde bereits erläutert, warum Natürlichkeitsvorstellungen keine normative Referenz für reproduktionsmedizinische Verbote und Beschränkungen bieten (vgl. B, IV, 1, a, cc). Soweit das Leihmutterschaftsverbot im Allgemeinen und das der kommerziellen Leihmutterschaft im Besonderen unter Rekurs auf „gesellschaftliche Vorstellungen von Moral und/oder traditionelle Bilder von Mutterschaft und Familie“[1608] begründet wird, steht es daher im Widerspruch zu dem aus dem Recht auf gleiche Achtung folgenden Neutralitätsprinzip.

(d) Mit einer Kommerzialisierung assoziierte Dammbruchgefahren

Für ein Verbot der kommerziellen Leihmutterschaft wird teilweise angeführt, moralisch verwerflich sei nicht die Kommerzialisierung als solche, wohl aber seien es die Auswirkungen, die ihre Einführung auf die Gesellschaft hätte. Warum Dammbruchargumenten mit einer gesunden Skepsis zu begegnen ist, wurde bereits erläutert. Das zugrunde gelegt, gilt zu prüfen, ob die mit einer Kommerzialisierung assoziierten Dammbruchgefahren berechtigten Grund zur Sorge geben und ein kommerzielles Leihmutterschaftsverbot als Eingriff in das Zugangsrecht der Wunscheltern auf der einen und das Selbstbestimmungsrecht der potenziellen Leihmütter auf der anderen Seite rechtfertigen. Dafür müssten die befürchteten sozialen Auswirkungen tatsächlich moralisch verwerflich sein und sich empirisch plausibel mit signifikanter Wahrscheinlichkeit als Folge gerade der

1607 *Esser*, Ist das Verbot der Leihmutterschaft in Deutschland noch haltbar?, 2021, S. 197.

1608 Vgl. ebd. S. 199-200.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

kommerziellen Leihmutterschaft ausmachen lassen. Befürchtet wird, dass unsere moralischen Tugenden und Werte als Ganzes einen Prozess der Destabilisierung durchlaufen[1609], etwa im gesellschaftlichen Bewusstsein zur Ware degradiert werden, und daher nicht mehr ohne Eigennutz zur Anwendung kommen könnten. Folge sei eine egozentrierte, korrupte und ungleiche Gesellschaft[1610], die ein Preisschild an jede vormals altruistische Charaktereigenschaft und zwischenmenschliche Interaktion hängt[1611] und schlussendlich den „Verfall von Demokratie und Gemeinwesen" bewirkt[1612]. So lässt sich indes schon deshalb nicht plausibel argumentieren, weil nicht jede Handlung ausschließlich ökonomisch oder altruistisch motiviert ist. Vielmehr ist es möglich, sowohl aus dem einen als auch anderen Grund zu handeln[1613]. So kann eine Leihmutter mit Gewinnerzielungsabsicht operie-

1609 Wegen der „kollektivetischen *Folgen* der Kommerzialisierung des menschlichen Körpers oder seiner Teile […] gegen die Einführung eines Marktes für Organe" argumentiert: *Beckmann*, Ethische Aspekte der Organtransplantation, in: Beckmann/Kirste/Schreiber, Organtransplantation, 2008, S. 133 f.: „Das Selbstverfügungsrecht des Individuums hat […] seine natürliche Grenze am Respekt vor der Werteordnung der Gesellschaft als ganzer. Sofern nämlich die Kommerzialisierung des menschlichen Körpers und seiner Teile in die Gefahr einer Erosion moralischer Werthaltungen der Gesellschaft führt, muss die Freiheit des Einzelnen zur Selbstinstrumentalisierung u.U. dem Schutz der Wertvorstellungen der Gemeinschaft weichen. Zu diesen Wertvorstellungen gehört, dass Staat und Gesetzgeber nicht zulassen dürfen, dass jemand – sei es aus sozialer Not, sei es aus Gewinnstreben – nicht nur seinen Körper oder Teile desselben zur Ware erklärt, sondern darüber hinaus Dritte, nämlich Ärzte und Pflegepersonal, veranlasst, die per se schon schwerwiegende Herausforderung ihres Ethos des ‚Niemals-Schadens' auch noch finanziellen Bedingungen und merkantilen Gesetzmäßigkeiten auszusetzen."

1610 *Sandel*, Was man für Geld nicht kaufen kann, 2012, S. 15 ff., zu seinem „Fairness-Argument" und „Korrumpierungseinwand" vgl. 138 ff.

1611 *Radin*, Market-Inalienability, Harvard Law Review 1987 (100/8), S. 1849-1937; *Herrmann*, Der menschliche Körper zwischen Selbstvermarktung und Unverfügbarkeit, 2011, S. 192 in Bezug auf *Radin*, Market-Inalienability, in: Alpern, The Ethics of Reproductive Technology, 1992, S. 174-194 (182).

1612 Für eine Plausibilitätsprüfung dieses Szenarios vgl. *Reichardt*, Verbotene Früchte, 2016, S. 270-274; für weitere mit einer Kommerzialisierung assoziierte Dammbruch-Gefahren und ihre Einordnung vgl. ebd. S. 263-269.

1613 *Schöne-Seifert*, Kommerzialisierung des menschlichen Körpers, in: Taupitz, Kommerzialisierung des menschlichen Körpers, 2007, S. 37-52 (44): „Finanzielle Anreize können durchaus als Motivationsverstärker oder Ausdruck verdienter Anerkennung verstanden werden, die das belobigte Verdienst nicht schmälern, wie sich beispielsweise an der steuerlichen Absetzbarkeit von Spenden und Fördermaßnahmen zeigen lässt."

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ren und doch zugleich selbstlos aus dem Bedürfnis heraus, einem unglücklich kinderlosen Paar zu einem Kind zu verhelfen[1614].

Auch wäre bei Legalisierung der kommerziellen Leihmutterschaft nicht unbedingt zu erwarten, dass dadurch die altruistische Leihmutterschaft ersetzt würde. Das Argument lautet, dass Frauen nicht länger bereit wären, die Lasten einer Schwangerschaft umsonst zu tragen, sobald andere dafür eine Vergütung erhalten[1615]. Doch ist es unwahrscheinlich, dass eine Frau, die prinzipiell bereit ist, das Kind ihrer gebärunfähigen Schwester auszutragen, sich allein deshalb davon abbringen lassen würde, weil andere Frauen dafür eine Vergütung erhalten. Oder wie *Braig* für die Organspende formuliert: „Wer würde angesichts der Bedürftigkeit eines nahen Angehörigen von einer Lebendspende nur aus dem Grund Abstand nehmen, dass andere […] zu einem solchen Schritt nur durch einen zusätzlichen Anreiz bereit sind?"[1616]. Auch das Beispiel Prostitution zeigt, dass der Umstand, dass Sex gegen Geld zu haben ist, das Bedürfnis nach und die Fähigkeit zu unbezahlten Liebesbeziehungen nicht entfallen lässt, weder für die Prostituierte noch für ihre Kunden.[1617] Schließlich kann das staatliche Ziel, die Rechtssubjekte zu solidarischerem Handeln zu animieren, kein Verbot des weniger favorisierten Verhaltens rechtfertigen. Denn wie *Nussbaum* festhält:

> "For it seems plausible that making rock music illegal would increase the likelihood that people would listen to Mozart and Beethoven; […]; […]; that making television illegal would improve children's reading skills. What is certain, however, is that we […] utterly reject those ideas […] because we do not want to live in Plato's Republic, with our cultural options dictated by a group of wise guardians, however genuinely sound their judgments may be."[1618]

1614 *Walker/van Zyl*, Beyond Altruistic and Commercial Contract Motherhood, Bioethics 2013 (27/7), S. 373-381 (379): "Objections to commercial arrangements lead many people to reject paid contract motherhood altogether. This is a mistake, for even if we accepted the claim that women who are motivated by altruism will be more likely to act in the best interest of the foetus, it does not follow that contract mothers ought not to be paid for their labour. Payment does not preclude altruistic motivation."

1615 So *Nussbaum* am Beispiel der Prostitution in: Sex and Social Justice, 1999, S. 290.

1616 *Braig*, Finanzielle Anreize bei der Lebendorganspende, in: Potthast/Hermann, Wem gehört der menschliche Körper?, 2010, S. 243-252 (249).

1617 *Reichardt*, Verbotene Früchte, 2016, S. 270.

1618 *Nussbaum*, Sex and Social Justice, 1999, S. 291.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Zudem ist nicht garantiert, dass ein kommerzielles Leihmutterschaftsverbot zu einem Mehr an altruistischem Handeln führt. Möglich und sogar naheliegend ist, dass gerade „eine strikte Prohibitionspraxis" zur Etablierung eines „Schwarzmarktes und der damit verbundenen mafiösen Netzwerke" führt, denen sich effektiv nur durch eine staatlich regulierte Vergütungspraxis entgegenwirken lässt[1619]. Auch *Reichardt* kommt zu dem Schluss, dass zwar eine ständige „Prägung unseres Wertempfindens und Selbstverständnisses durch unser Lebensumfeld nicht zu leugnen ist und sich drastische Veränderungen dieses Lebensumfeldes auch auf unser Selbstverständnis und Wertempfinden auswirken". Deshalb sei aber nicht anzunehmen, „dass eine relativ beschränkte und staatlich kontrollierte Liberalisierung finanzieller Anreize […] dominoartig eine universelle Erosion unserer historischen Vernunft und Moralität zur Folge hätte"[1620]. Im Ergebnis ist daher festzuhalten, dass die Sorge vor einem Wert- und Sittenverfall in ihrer derzeitigen Begründungsstruktur nicht ausreicht, um das kommerzielle Leihmutterschaftsverbot zu rechtfertigen.

(e) Teilweise Rechtfertigung durch das Allgemeininteresse an einer Eindämmung der Ausnutzungs- und Zementierungsgefahr sozialer und ökonomischer Machtgefälle bei der Familienplanung

Festgestellt wurde bereits, dass die kommerzielle Leihmutterschaft weniger die Frage aufwirft, ob die Leihmutter aus finanzieller Not heraus außerstande ist, eine *freiwillige* Entscheidung zu treffen, als vielmehr die, ob es „verwerflich erscheint, wenn die Wunscheltern […] ein zugrundeliegendes soziales Gefälle zwischen ihnen und der Leihmutter zum eigenen Vorteil ausnutzen"[1621]. Problematisch ist, dass wohlhabende Personen in die Lage versetzt würden, die Lasten und Risiken einer Schwangerschaft an weniger privilegierte Personen abzutreten, die einerseits selbst nicht die Mittel haben, dasselbe zu fordern und andererseits wegen sozialer und ökonomischer Bedrängnis darauf angewiesen sind, das Angebot anzunehmen. Angesprochen ist damit einerseits eine Ausnutzungs- und Zementierungsgefahr sozialer und ökonomischer Machtgefälle bei der Familienplanung, andererseits eine Ausbeutungsgefahr für die betroffen Frauen. Zurecht moniert *Wapler*,

1619 *Reichardt*, Verbotene Früchte, 2016, S. 272.
1620 Vgl. ebd. S. 274.
1621 *Esser*, Ist das Verbot der Leihmutterschaft in Deutschland noch haltbar, 2021, S. 141.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

dass wenngleich der Umstand, dass eine Leihmutter „ihre reproduktiven Fähigkeiten zu ökonomischen Zwecken strategisch einsetzt und nicht, um eine eigene Familie zu gründen" im Ergebnis keine „Einschränkung der Selbstbestimmung über den Körper und seine reproduktiven Fähigkeiten" zu rechtfertigen vermag, es nichtsdestotrotz „zulässig ist, die politischen, ökonomischen, sozialen und kulturellen Bedingungen zu analysieren und zu kritisieren, unter denen die Entscheidung für eine Leihmutterschaft zustande kommt und Leihmutterschaft praktisch stattfindet"[1622]. Zu fragen sei demnach nicht, „ob die betroffenen Frauen (und Kinder) durch das Leihmutterarrangement *per se* in ihrer Würde beschädigt werden, sondern welche konkreten sozialen und ökonomischen Bedingungen eine Entscheidung für die Leihmutterschaft als ethisch fragwürdig erscheinen lassen"[1623]. Vor diesem Hintergrund wird man, selbst „wenn man die Leihmutterschaft nüchtern als ein grundsätzlich unbedenkliches Dienstleistungsverhältnis betrachtet" mit *Wapler* „die Grenze des Akzeptablen dort ziehen müssen, wo sie unter Bedingungen extremer ökonomischer und sozialer Ungleichheit stattfindet"[1624]. Bedingung für eine „ethisch vertretbare Ausgestaltung der Leihmutterschaft" ist danach, dass der potenziellen Leihmutter „gleichwertige Optionen offenstehen, um ihren Lebensunterhalt zu bestreiten, sie müsste über alle medizinischen, psychologischen, sozialen und rechtlichen Konsequenzen der Entscheidung informiert sein, die Freiwilligkeit ihrer Entscheidung müsste verfahrenstechnisch abgesichert werden, und sie müsste während der Schwangerschaft und Geburt angemessen versorgt sein". Außerdem müsste es ihr möglich sein, „das Leihmutterschaftsverhältnis jederzeit zu beenden, und nach der Geburt des Kindes müsste ihr wie bei der Adoption eine Bedenkzeit eingeräumt werden", in der sie sich entscheiden kann, selbst Mutter des Kindes zu werden[1625]. Der Berufsstand der Leihmütter müsste darüber hinaus nach hier vertretener Ansicht gewerkschaftlich organisiert sein.

Differenziert werden sollte außerdem nach dem Grund, warum jemand eine Frau für das Austragen eines Kindes bezahlt. Denn sicherlich verdient das Setzen eines finanziellen Anreizes durch eine Person, die sich den Kinderwunsch wegen eines genetischen oder organischen Defekts, der

1622 *Wapler*, Reproduktive Autonomie: rechtliche und rechtsethische Überlegungen, in: Baer/Sacksofsky, Autonomie im Recht – Geschlechtertheoretisch vermessen, 2018, S. 185-214 (204).
1623 Vgl. ebd. S. 204.
1624 Vgl. ebd. S. 204.
1625 Vgl. ebd. S. 204.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

sexuellen Orientierung oder mangels Partner nicht selbst erfüllen kann, eine andere Bewertung als durch eine Person, die zwar selbst in der Lage wäre, ein Kind zu bekommen, aus ästhetischen, beruflichen oder Bequemlichkeitsgründen aber nicht gewillt ist, die Risiken und Belastungen einer Schwangerschaft auf sich zu nehmen.

Im ersten Fall erscheint die Ausnutzungs- und Zementierungsgefahr sozioökonomischer Machtgefälle bei der Familienplanung geringer. Denn während sich die Leihmutter aus wirtschaftlicher Not zu ihrer gleichwohl freiwilligen Entscheidung veranlasst sehen mag, sehen sich die Wunscheltern dem dringenden persönlichen und psychisch strapaziösen Bedürfnis nach einem Kind ausgesetzt. Im Ergebnis sind sie daher nicht weniger auf die Leihmutter angewiesen als die Leihmutter auf sie. Ihre aus unterschiedlichen Gründen bestehende Notsituation hebt sich idealerweise gegenseitig auf. Im letzten Fall hingegen ist das Machtgefälle zwischen den Wunscheltern und der Leihmutter erheblich. Denn da die Wunscheltern ihren Kinderwunsch theoretisch auch selbst verwirklichen könnten, sind sie nicht im gleichen Maß auf die Leihmutter angewiesen wie die Leihmutter auf sie.

Aus Seiten der Wunscheltern ist schließlich problematisch, dass bei Einführung der kommerziellen Leihmutterschaft ausschließlich gut situierte Personen in die Lage versetzt würden, sich mittels einer Leihmutter den Kinderwunsch zu erfüllen, so dass „Familienglück […] zu einem ‚Privileg der Wohlhabenden'"[1626] wird. Dem lässt sich nicht pauschal entgegenhalten, dass die Gesellschaft eine ungleiche Risiko- und Lastenverteilung auch in anderen Bereichen hinnimmt, so dass es nicht weiter schlimm wäre, nun auch den Zugang zur Elternschaft in die Zerrkräfte sozialer Ungleichheit zu stellen. Gleichzeitig vermag aber auch ein Leihmutterschaftsverbot das Problem nicht zu beseitigen, da gerade dadurch der Kinderwunsch nur solcher Personen in Erfüllung geht, die es sich leisten können, eine Leihmutter im Ausland zu engagieren.

Deshalb sollte für Fälle, in denen das Setzen eines finanziellen Anreizes nach dem vorgeschlagenen Konzept prinzipiell möglich ist, eine Fixvergütung gesetzlich vorgeschrieben sein. Denn als Leistungsrecht verpflichtet das Zugangsrecht zum Abbau faktischer Hürden im Zugang zur Kinderwunschbehandlung. Dem lässt sich nur durch eine Vergütungsregelung

1626 *Esser*, Ist das Verbot der Leihmutterschaft in Deutschland noch haltbar, 2021, S. 201, zitiert nach: *Beck-Gernsheim*, Ist das Verbot von Leihmutterschaft anachronistisch geworden?, in: Ditzen/Weller, Regulierung der Leihmutterschaft, 2018, S. 52.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

Rechnung tragen, die zwar je nach körperlicher Belastung und gesundheitlichem Risiko der Leihmutter im Einzelfall eine Anpassung im Rahmen fixer Ober- und Untergrenzen erlaubt – und damit für die potenziellen Leihmütter immer noch einen faireren Ausgleich schafft als eine bloße Aufwandsentschädigung, – aber gleichzeitig ein Bieterrennen oder Lohndumping der Wunscheltern verhindert. Rechtspolitisch erwägen ließe sich für den Fall einer Legalisierung der kommerziellen Leihmutterschaft auch eine Kostenbeteiligung der GKV an der Fixvergütung für Leihmütter, sofern diese außer Verhältnis steht zur finanziellen Leistungsfähigkeit der jeweiligen Wunscheltern. Im Übrigen müsste ihre Auszahlung so wie auch das Einhalten der anderen Voraussetzungen, insbesondere die Freiwilligkeit der Entscheidung zur Leihmutterschaft, die Wahrung der Entscheidungshoheit der Leihmutter über ihren Körper während Schwangerschaft und Geburt und die Freiwilligkeit ihrer Entscheidung zum Transfer der Elternverantwortung auf die Wunscheltern nach der Geburt, verfahrenstechnisch abgesichert werden. Dass dies effektiv umgesetzt werden kann, ist dann allerdings auch zwingende Voraussetzung dafür, dass eine kommerzielle Leihmutterschaft verfassungsrechtlich überhaupt vertretbar erscheint.

(4) Zwischenergebnis zum Schutz der Leihmütter

Danach vermag zwar nicht das Selbstbestimmungsrecht der Leihmütter bzw. ihr Schutz vor einer erzwungenen Mitwirkung am reproduktionsmedizinischen Verfahren, wohl aber das gesellschaftliche Interesse an einer Eindämmung der Ausbeutungs- und Zementierungsgefahr sozialer und ökonomischer Machtgefälle bei der Familienplanung das kommerzielle Leihmutterschaftsverbot sowohl als Eingriff in das Selbstbestimmungsrecht potenzieller Leihmütter als auch als Eingriff in das Zugangsrecht der Wunscheltern teilweise zu rechtfertigen.

bb) Schutz der Keimzell- und Embryospender/-in

Bei einer Keimzell- oder Embryospende müssen die Überlegungen schon deshalb einen anderen Ausgang nehmen, weil sie mit deutlich weniger Aufwand und Risiken verbunden ist als eine Leihmutterschaft. Daher stellt die altruistische Spende kein vergleichbares Missverhältnis zum Einsatz der Spender/-innen dar wie die altruistische Leihmutterschaft zum Einsatz der

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Leihmutter. Zwar ist die Ausnutzungs- und Zementierungsgefahr des sozioökonomischen Gefälles bei der Familienplanung zwischen Wunscheltern und Spender/-innen geringer ist als zwischen Wunscheltern und Leihmüttern. Denn da die Empfänger einer Gameten- oder Embryospende das Kind selbst austragen, geht es ihnen nicht darum, die Belastungen einer Schwangerschaft zu umgehen. Sie beantragen eine Spende nur, weil sie sich den Kinderwunsch tatsächlich nicht selbst erfüllen können und sind deshalb ebenso auf die mitunter in Bedrängnis lebenden Spender-/innen angewiesen wie diese auf sie. Das Interesse an einer Eindämmung der Ausbeutungsgefahr spricht deshalb nicht gegen ein Verbot der kommerziellen Spende als Eingriff in das Selbstbestimmungsrecht der Spender/-innen und in das Zugangsrecht der Eltern. Trotzdem ist ein Festhalten an der altruistischen Praxis nicht zu beanstanden, soweit eine Aufwandsentschädigung den Belastungen der Spender/-innen ausreichend Rechnung trägt und für die Wunscheltern keine Notwendigkeit besteht, einen darüberhinausgehenden Anreiz zu setzen.

f) Ergebnis zum Schutz Hilfeleistender Dritter vor einer kommerziell erzwungenen Mitwirkung am reproduktionsmedizinischen Verfahren

Im Ergebnis kann das Selbstbestimmungsrecht reproduktionsmedizinische Hilfe leistender Dritter bzw. ihr Schutz vor einer kommerziell erzwungenen Mitwirkung am reproduktionsmedizinischen Verfahren nicht als Rechtfertigung für gesetzesförmige Eingriffe in das Recht auf Zugang zur Elternschaft überzeugen. Denn weder eine in Aussicht gestellte Vergütung noch das sozioökonomische Setting potenzieller Leihmütter und Spender-/innen präkludiert sie von der Fähigkeit, eine freiwillige Entscheidung zu treffen. Anders sieht das aus für die mit einem Missbrauch durch Kommerzialisierung assoziierten gesellschaftlichen Bedenken. Hier sind zur Eindämmung des sozioökonomischen Gefälles bei der Familienplanung gesetzesmedizinische Eingriffe in das Zugangsrecht der Eltern und in das Selbstbestimmungsrecht der Leihmütter und Spender-/innen teilweise gerechtfertigt.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

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

Mit Rücksicht auf die „Grundrechtspositionen der betroffenen Eltern in spe“[1627] im Verhältnis zu den Rechten der reproduktionsmedizinisch gezeugten Kinder, des Embryos, der fortpflanzungsmedizinische Hilfe leistenden Dritten und der Belange der Gesellschaft spricht alles für eine erweiterte Zulässigkeit der Verfahren assistierter Fortpflanzung und eine Gleichstellung der auf sie Angewiesenen. Dies betrifft unter anderem auch die Angleichung ihrer finanziellen Zugangsvoraussetzungen.

VII) Ergebnis zum Recht auf Zugang zur Elternschaft als deutsches Grundrecht

Im Ergebnis begründet die deutsche Verfassung bei funktional-dynamischer, am Grundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit und Konventionskonformität orientierten Auslegung parallel zu den Rechtsentwicklungen im Menschenrecht ein *pluralistisches* und *gleiches* Recht auf Zugang zur Elternschaft. Dieses erkennt einerseits Elternschaft als Kernaspekt persönlicher Identität an und ist deshalb als besonders menschenwürdenahes Grundrecht kaum Eingriffen durch gesetzesmedizinische Verbote, Beschränkungen und Ungleichbehandlungen im Bereich der Fortpflanzungsmedizin zugänglich (zur Novellierung des Fortpflanzungsmedizinrechts im zweiten Hauptteil). Andererseits setzt es im Familienrecht – für einen eingriffsneutralen Ausgleich der kollidierenden Ausübungs- und Verzichtsinteressen an einer Persönlichkeitsentwicklung durch Elternschaft – eine normative Ausgestaltung nach dem funktionalen Primat der intentionalen und sozialen Elternschaft voraus. Für den Gesetzgeber geht damit die Aufgabe einher, Regelungen für einen Ausübungstransfer der Elternverantwortung in Fällen zu schaffen, in denen genetische, biologische und sozial-intentionale Elternschaft auseinanderfallen; außerdem die Pflicht, die einvernehmliche Entscheidung von zwei oder mehr Personen zu achten und vertragsrechtlich auszugestalten, die sich aufgrund ihrer spezifischen Beziehung zum Kind jeweils als Eltern eignen und präkonzeptionell verbindlich darin

1627 *Gutmann*, Mutterschaft zwischen Natur und Selbstbestimmung, in: Röthel/Heiderhoff, Regelungsaufgabe Mutterstellung, 2016, S. 63-85 (85).

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

übereinkommen, die Elternverantwortung gemeinsam zu tragen (zur Ausgestaltung des Familienrechts im dritten Hauptteil).

Zweiter Hauptteil: Die Auswirkungen des Rechts auf Zugang zur Elternschaft auf das deutsche Fortpflanzungsmedizinrecht

Übersetzt in den Kontext der Fortpflanzungsmedizin hat das Recht auf Zugang zur Elternschaft zur Folge, dass es nicht länger zur Option steht, Personen, die sich für ein Leben mit Kind und damit die Chance auf Persönlichkeitsentwicklung durch Elternschaft entscheiden, diesen Wunsch zu versagen, nur weil er nicht durch natürliche Zeugung realisierbar oder auf Gründung einer bürgerlichen Kleinfamilie gerichtet ist.[1628] Vielmehr gilt es bei einer Reform des Fortpflanzungsmedizinrechts folgendes zu beachten:

Einem Grundrechtsträger, der daran gehindert wird, die eigene Persönlichkeit durch die Elterneigenschaft auszubilden, wird „eine elementare Bedingung seiner Existenz oder Entfaltung verwehrt"[1629]. Gesetzesmedizinische Eingriffe in dieses Recht können die Schranke des Art. 1 I GG auslösen. Jedenfalls sind an ihre Rechtfertigung hohe Anforderungen zu stellen (1). Reproduktionsmedizinische Maßnahmen müssen zudem jedermann zustehen, „verheirateten und unverheirateten Paaren, gleichgeschlechtlichen Paaren und auch einer [...] partnerschaftlich ungebundenen Person"[1630] (2). Voraussetzungen, die den Zugang zu solchen Maßnahmen von „biologische[n] oder sozial konstruierte[n] Vorstellungen von ‚Natürlichkeit'"[1631] abhängig machen, etwa eine biologisch-genetische Beziehung zu dem Kind oder eine heterosexuelle Ehe zwischen den werdenden Eltern, lassen sich nicht aufrechterhalten. Maßstab für den Zugang zur Kinderwunschbehandlung muss allein die Bereitschaft sein, für das so gezeugte Kind Elternverantwortung zu übernehmen (3).

Der zweite Hauptteil widmet sich der Frage, wie ein deutsches Fortpflanzungsmedizinrecht *de lege ferenda* aussehen könnte, um den aus menschenrechtlicher, rechtsphilosophischer und verfassungsrechtlicher Perspektive gebotenen Anforderungen eines pluralistischen und gleichen Rechts auf Zugang zur Elternschaft mit Primat der intentionalen und sozialen Eltern-

1628 *Gutmann*, Rechtsphilosophische Reflexionen, in: Arnold/Bernat/Kopetzki, Das Recht der Fortpflanzungsmedizin 2015, 2016, S. 45-61 (54).

1629 *Gutmann*, Struktur und Funktion der Menschenwürde als Rechtsbegriff, in: Gethmann, Lebenswelt und Wissenschaft, Bd. II, 2011, S. 309-330 (313).

1630 *Gutmann*, Rechtsphilosophische Reflexionen, in: Arnold/Bernat/Kopetzki, Das Recht der Fortpflanzungsmedizin 2015, 2016, S. 45-61 (47).

1631 Vgl. ebd. S. 54.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

schaft gerecht zu werden. Dabei begreifen die folgenden Ausführungen das Grund- und Menschenrecht auf Zugang zur Elternschaft als Prinzip im Sinne *Alexys*, das heißt als ein Optimierungsgebot[1632]. In anderen Worten als eine Norm, die in der Gesetzgebung und -anwendung relativ auf die rechtlichen und tatsächlichen Möglichkeiten und auf gegenläufige Wertungsgesichtspunkte in möglichst hohem Maße realisiert werden muss. Dies ist der Grundgedanke, der die folgende Analyse des deutschen Fortpflanzungsmedizinrechts *de lege lata* und *de lege ferenda* anleitet. Dabei soll es darum gehen, die Voraussetzungen und die Gestalt einer möglichst weitgehenden, nur durch Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkte balancierten Realisierung des Zugangsrechts auf der Ebene des einfachen Rechts zu skizzieren.

A) Reformüberlegungen zur konventions- und verfassungsrechtskonformen Ausgestaltung des Fortpflanzungsmedizinrechts nach Maßgabe des Rechts auf Zugang zur Elternschaft

Im Jahr 2019 hat sich die *Leopoldina* zu den rechtlichen Grundsatzfragen der modernen Fortpflanzungsmedizin geäußert[1633]. Ihre Handlungsempfehlungen zu den einzelnen Verfahren gilt es im Folgenden (I-VII) jeweils nach Darlegung der medizinischen Grundlagen (1) und einer Problemanalyse des Rechtsrahmens *de lege lata* (2) an soeben begründeten Kriterien zu messen und zu bewerten (3). Anhand konkreter "Best Practice" Beispiele, einen ersten Anhaltspunkt bietet die bereits in Bezug genommene ESHRE-Studie, wird außerdem untersucht, welche Lösungen Gesellschaften mit einem ähnlichen Wert- und Moralverständnis gefunden haben (4).

I) Die Samenspende

Die Samenspende ist ein reproduktionsmedizinisches Verfahren zur Infertilitätsbehandlung von Männern, die selbst über keine oder nur vermindert funktionstüchtige Samenzellen verfügen.

1632 *Alexy*, Theorie der Grundrechte, 1994; dazu *Borowski*, Grundrechte als Prinzipien, 2007; *Sieckmann* (Hrsg.), Die Prinzipientheorie der Grundrechte: Studien zur Grundrechtstheorie Robert Alexys, 2007; *Klatt/Schmidt*, Spielräume im Öffentlichen Recht: Zur Abwägungslehre der Prinzipientheorie, 2010.

1633 *Leopoldina*, Fortpflanzungsmedizin in Deutschland - für eine zeitgemäße Gesetzgebung, 2019; vgl. auch: *Gassner et al.*, AME-FMedG 2013.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

1) Medizinische Grundlagen

Bei der heterologen Samenspende spendet ein Mann einem anderen Paar seine Samenzellen. Das kann indiziert sein, wenn der Empfänger selbst keine Spermien weder im Ejakulat noch Hoden hat (Azoospermie), die Beweglichkeit, Konzentration oder Form seiner Spermien eingeschränkt ist (Oligoasthenoteratozoospermie) oder er genetisch vorbelastet ist (z.B. Chromosomenstörung, Mukoviszidose). Aber auch lesbische Paare und alleinstehende Frauen sind zur Realisierung ihres Kinderwunsches auf eine heterologe Samenspende angewiesen. Dafür werden die Samen durch Erguss oder mikrochirurgischen Eingriff aus dem Hoden (Testikuläre Spermienextraktion, TESE) oder Nebenhodengewebe (Mikrochirurgische epididymale Spermienaspiration, MESA) gewonnen und im Rahmen einer In-Vitro-Fertilisation (IVF), Befruchtung von Ei- und Samenzelle im Reagenzglas, einer Intrauterinen Insemination (IUI), Einführung der Samenzelle mittels Katheter direkt in den Uterus der Empfängerin, oder mithilfe einer Intrazytoplasmatischen Spermieninjektion (ICSI) bzw. Injektion der Samenzelle in das Zytoplasma der Eizelle mit den Eizellen entweder der Partnerin des Empfängers oder Spendereizellen befruchtet. Möglich ist auch eine Kinderwunschbehandlung mit den Samenzellen des Wunschvaters (homologe Samenspende). Jährlich werden in Deutschland etwa 1000 Kinder durch ärztlich unterstützte künstliche Befruchtung mittels heterologer Samenspende geboren (offizielle Samenspende)[1634]. Hinzu kommt eine unbekannte Zahl an Geburten durch Samenspende im Ausland sowie nach Selbstinsemination mit Samen von Bekannten oder Fremden (privates Verfahren), zu der sich wegen der restriktiven, demokratisch zweifelhaft legitimierten berufsständischen Normen der Ärztekammern vor allem alleinstehende Frauen und lesbische Paare nach wie vor veranlasst sehen[1635]. Das kritisiert auch der neunte Familienbericht der Bundesregierung „Elternsein in Deutschland"[1636].

1634 *Wehrstedt et al.*, Vorschläge zur Vorgehensweise bei Auskunftsersuchen nach donogener Zeugung, J. Reproduktionsmed. Endokrinol. 2012 (9/3), S. 225-231 (225).

1635 *Helms*, Gutachten: Rechtliche, biologische und soziale Elternschaft – Herausforderungen durch neue Familienformen, in: Verhandlungen des 71. DJT, Bd. I, 2016, F 5-103 (12).

1636 BT-Drucks. 19/27200, Neunter Familienbericht, 2021, S. 80 f.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

2) Problemanalyse des Rechtsrahmens de lege lata

Anders als die Eizellspende erlaubt das Embryonenschutzgesetz die Samenspende. Konkrete Durchführungsvorschriften samt einfachgesetzlichem Auskunftsanspruch für Personen, die durch heterologe Verwendung von Samen bei einer ärztlich unterstützten künstlichen Befruchtung gezeugt worden sind, sind seit dem 1. Juli 2018 im Gesetz zur Regelung des Rechts auf Kenntnis der Abstammung bei heterologer Verwendung von Samen verankert (Gesetz vom 17. Juli 2017, BGBl. I S. 2513ff.). Dieses sieht in Art. 1 den Erlass des Samenspenderregistergesetzes (SaRegG) vor und in Art. 2 die Ergänzung des § 1600 d BGB um seinen derzeitigen Abs. IV, wonach der Samenspender im Falle einer ärztlich unterstützten heterologen Insemination nicht als Vater festgestellt werden kann. Für die Gewinnung und Verwertung von Keimzellen sind diverse Vorschriften des Transplantationsgesetzes anwendbar, so etwa die § § 17, 18 Transplantationsgesetz (TPG) iVm § 4 Abs 30 Arzneimittelgesetz (AMG), die die kommerzielle Samenspende verbieten. Zur Absicherung des verfassungsmäßigen Rechts der mittels Samenspende gezeugten Kinder auf Kenntnis der eigenen Abstammung aus Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG wurde nach § 1 Abs. I SaRegG beim Deutschen Institut für Medizinische Dokumentation und Information (DIMDI) ein Samenspenderregister errichtet, das die Identität aller Spender für die Dauer von mindestens 110 Jahren führt (§ 8 SaRegG). Vermutet eine Person, durch Samenspende gezeugt zu sein, kann sie ihren Auskunftsanspruch ab dem 16. Lebensjahr selbst, davor vertreten durch ihre Eltern geltend machen (§ 10 SaRegG). Das Abstammungsrecht der § § 1591-1600d BGB regelt die familienrechtlichen Beziehungen zwischen den Wunscheltern und dem Samenspender. Mutter ist nach § 1591 BGB die Frau, die das Kind geboren hat. Ihre Mutterschaft ist unanfechtbar. Vater ist entweder der mit der Mutter zum Zeitpunkt der Geburt verheiratete Mann (§ 1592 Nr. 1 BGB) oder ihr Partner, wenn er die rechtliche Vaterschaft mit ihrem Einverständnis vor oder nach der Geburt anerkennt (§ § 1592 Nr. 2, 1594 IV, 1595 BGB). Allerdings muss das Kind zum Zeitpunkt der Anerkennung bereits gezeugt sein. Das führt zu einem Problem: Auch wenn der Partner vor der Kinderwunschbehandlung verspricht, die Vaterschaft anzuerkennen, kann er nach der Befruchtung nicht gezwungen werden, sich an sein Versprechen zu halten. Umgekehrt kann auch die künftige Mutter ihre Einwilligung zur Vaterschaftsanerkennung verweigern (§ 1595 I BGB) oder die Vaterschaft ihres Partners verhindern, indem sie vor

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

der Geburt jemand anderen heiratet (§ 1592 Nr. 1 BGB)[1637]. Mittlerweile ist, sofern das Kind mit Einwilligung des Mannes und der Mutter durch künstliche Befruchtung mittels Samenspende eines Dritten gezeugt worden ist, die Anfechtung der Vaterschaft durch den Mann oder die Mutter ausgeschlossen (§ 1600 IV BGB). Zwar bleibt dem Kind ein Anfechtungsrecht (§ 1600 I Nr. 4 BGB), doch kann der Samenspender nicht wie früher im Anschluss über § 1592 Nr. 3 i.V.m. § 1600 d I, II BGB als rechtlicher Vater festgestellt werden (§ 1600 d IV BGB). Gut und wichtig ist, dass der Samenspender nicht länger auf Unterhalt in Anspruch genommen werden kann. Problematisch bleibt aber, dass das Anfechtungsrecht des Kindes die Rechtsposition des Wunschvaters ungewisser macht, als wenn dieser das Kind selbst gezeugt oder adoptiert hätte[1638]. Dadurch „besteht die Gefahr, dass sich das Damoklesschwert der Vaterschaftsanfechtung, das über den ‚Spenderfamilien' schwebt, nachteilig auf das Wohl der betroffenen Kinder auswirkt"[1639]. Denn obwohl der Samenspender nicht mehr als Ersatzvater zur Verfügung steht, schafft das Anfechtungsrecht des Kindes einen Anreiz für die Wunscheltern, ihm sein genealogisches Erbe zu verschweigen, um die Frage einer Vaterschaftsanfechtung gar nicht erst aufkommen zu lassen. Das ist nicht nur problematisch, weil dadurch das verfassungsmäßige Recht des Kindes auf Kenntnis seiner Abstammung unterlaufen wird, sondern auch, weil dadurch das für die Eltern-Kind-Beziehung konfliktbehaftete Risiko einer versehentlichen Aufklärung durch Dritte wächst (vgl. erster Hauptteil, C, IV, 3, a, aa). Zugleich schürt die unvollständige rechtliche Anerkennung der sozial-intentionalen Elternstellung beim Wunschvater das Gefühl, kein echter oder nur Vater zweiter Klasse zu sein, was sein Selbstverständnis in der Elternrolle negativ beeinflussen und die gelebte Vater-Kind-Beziehung belasten könnte[1640]. Ein weiteres Problem ergibt sich dadurch, dass das Privileg des § 1600 d IV nur für Samenspender gilt, deren

1637 *Helms*, Gutachten: Rechtliche, biologische und soziale Elternschaft – Herausforderungen durch neue Familienformen, in: Verhandlungen des 71. DJT, Bd. I, 2016, F 5-103 (13).

1638 Auf diesen Widerspruch hinweisend: *Wellenhofer*, Die Samenspende und ihre (späten) Rechtsfolgen, FamRZ 2013, S. 825-830 (829); *Schumann*, Familienrechtliche Fragen der Fortpflanzungsmedizin im Lichte des Grundgesetzes, in: Rosenau, Ein zeitgemäßes Fortpflanzungsmedizingesetz für Deutschland, 2012, S. 190 ff.

1639 *Helms*, Gutachten: Rechtliche, biologische und soziale Elternschaft – Herausforderungen durch neue Familienformen, in: Verhandlungen des 71. DJT, Bd. I, 2016, F 5-103 (15).

1640 *Lalos/Gottlieb et al.*, Legislated Right for donor-insemination children to know their genetic origin, Hum. Reprod. 2007 (22/6), S. 1759-1768 (1764).

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

Samen nach Inkrafttreten des Gesetzes zur Regelung des Rechts auf Kenntnis der Abstammung bei heterologer Verwendung von Samen am 1. Juli 2018 verwendet werden. In Fällen aus der Zeit vor diesem Stichtag bleibt der Samenspender als rechtlicher Vater feststellbar. Dasselbe gilt für den privaten Samenspender. Dass dieser als Vater feststellbar bleibt, führt gerade für lesbische Paare und alleinstehende Frauen zu Schwierigkeiten, da das Berufsrecht der Ärzte ihnen eine medizinisch assistierte Samenspende verweigert und deshalb keine andere Wahl lässt als auf die private Spende auszuweichen (vgl. erster Hauptteil, C, III, 2, b). Gleichzeitig stellt sich das Problem, dass der private Samenspender, selbst wenn er die soziale Elternfunktion nicht übernehmen will, nach § 1747 I einer Annahme des Kindes durch die Partnerin der Geburtsmutter im Wege der Stiefkindadoption widersprechen kann. Für den sozialen Elternteil eines lesbischen Paares besteht zudem nach wie vor keine Chance, seine Elternstellung vorgeburtlich abzusichern.

3) Empfehlungen vor dem Hintergrund des Zugangsrechts

Für die Samenspende ist den Empfehlungen der *Leopoldina* in Abgleich mit dem Recht auf Zugang zur Elternschaft insoweit zu folgen, als dass sie:

– durch Gesetz jedem, auch gleichgeschlechtlichen Paaren zugesichert werden muss. Da eine „Normalisierung der Elternschaft lesbischer Paare durch entsprechende rechtliche Elternschaftsregelungen" hilft, die Akzeptanz solcher Familien zu steigern und „eine gesicherte und verbindliche Elternschaft auch im Interesse des Kindes [liegt]", besteht kein Grund „einer lesbischen Partnerin der biologischen Mutter die Möglichkeit vorzuenthalten, das Kind schon vor der Geburt und ohne den Umweg über das komplizierte Adoptionsverfahren anzuerkennen"[1641]. Das empfiehlt auch der neunte Familienbericht der Bundesregierung „Eltern sein in Deutschland": „Bei der Regelung durch den Gesetzgeber ist die ärztlich unterstützte Befruchtung mittels Samenspende unabhängig von dem Bestehen einer Ehe und unabhängig von dem Geschlecht allen Personen zugänglich zu machen, die bereit und in der Lage sind, für das so gezeugte Kind zu sorgen. Dies gilt unzweifelhaft für verschieden- ebenso

1641 *Leopoldina*, Fortpflanzungsmedizin in Deutschland - für eine zeitgemäße Gesetzgebung, 2019, S. 62.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

wie für gleichgeschlechtliche Paare, da Kinder in beiden Konstellationen gleichermaßen gut aufwachsen."[1642]

- sie durch Gesetz auch alleinstehenden Personen zugesichert werden muss[1643]. Dagegen überzeugt nicht der Einwand, „das Kind einer Solomutter [sei] im Hinblick auf die elterliche Sorge sowohl in erzieherischer als auch in ökonomischer Hinsicht weniger gut abgesichert, und das Risiko eines seelischen oder materiellen Nachteils für das so gezeugte Kind [falle] höher aus". Denn mit § 1600 d IV BGB hat der Gesetzgeber selbst bestimmt, dass bei unverheirateten Frauen, die keine Vaterschaft anerkennen, das Kind „nur einen rechtlichen Elternteil" hat. Daher „kann einer Frau kaum mit guten Gründen verwehrt werden, sich ohne einen Partner, der als rechtlicher Vater zur Verfügung steht, fortzupflanzen"[1644].
- den Wunscheltern das Angebot einer unabhängigen psychosozialen Beratung vor Behandlungsbeginn verpflichtend zu unterbreiten ist.
- die Samenverwendung die Einwilligung des Spenders voraussetzt. Dabei erscheint es plausibel, dem Spender ein Widerrufsrecht nur bis zu Beginn der Befruchtung zu gewähren.
- die Dauer der Kryokonservierung von Samenzellen auf feste Zeiträume zu begrenzen ist, die der Spender bei Bedarf reduzieren oder erweitern kann.
- gesetzlich zu prüfen ist, in welcher Form ärztlich dokumentierte Daten aus Samenspenden vor dem 1. Juli 2018 in das Samenspenderregister überführt werden können. Zudem sollte es Spendern von Samenzellen vor Inkrafttreten des SaRegG und privaten Samenspendern ermöglicht werden, ihre Daten dem DIMDI zu übermitteln.
- das Samenspenderregister nicht nur Auskunft über den genetischen Vater, sondern auch Voll- oder Halbgeschwister geben sollte, sofern sie ihrer Identitätsaufdeckung selbst oder vor dem sechzehnten Lebensjahr vertreten durch ihre Eltern zugestimmt haben.
- bei Einvernehmen der Beteiligten ein Kennenlernen des Samenspenders und der Wunscheltern möglich sein sollte, wobei den Kindern, dem Spender und ihren Familien vor der Kontaktaufnahme eine psychosoziale Beratung zu unterbreiten ist.

Für die Samenspende ist den Empfehlungen der *Leopoldina* in Abgleich mit dem Recht auf Zugang zur Elternschaft insoweit nicht zu folgen, als dass:

1642 BT-Drucks. 19/27200, Neunter Familienbericht, 2021, S. 81.
1643 Vgl. ebd. S. 81.
1644 Vgl. ebd. S. 63.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

- weder das Selbstbestimmungsrecht des Spenders noch gesellschaftliche Belange wie das Interesse an einer Eindämmung des sozioökonomischen Gefälles zulasten potenzieller Spender ein Kommerzialisierungsverbot als Eingriff in das Zugangsrecht der Wunscheltern und Selbstbestimmungsrecht der Spender rechtfertigen. Gleichwohl ist im Ergebnis mit der *Leopoldina* ein Festhalten am Verbot der kommerziellen Spende nicht zu beanstanden, da eine Aufwandsentschädigung den Risiken und Belastungen des Spenders hinreichend Rechnung trägt und für die Wunscheltern keine Notwendigkeit besteht, einen zusätzlichen Anreiz zu schaffen (vgl. erster Hauptteil, C, VI, 4, e, bb).
- die Zahl der pro Spender gezeugten Kinder, wenn überhaupt, nur sehr großzügig nach oben hin begrenzt sein darf. Denn grundsätzlich muss ein Mann frei darüber entscheiden dürfen, wie vielen Personen er, reproduktionsmedizinische Hilfe zu leisten bereit ist.
- das Verbot der post-mortem-Insemination (§ 4 I Nr. 3 ESchG) unabhängig davon, ob der Spender vor oder nach Einleitung der Befruchtung verstirbt, bereits für den Fall aufgehoben gehört, dass die postmortale Imprägnation „von den Partnern einvernehmlich so vorgesehen war", weil das Verbot dann „nur auf die Verhinderung alleinerziehender Mutterschaft mit den Mitteln des Strafrechts zielt"[1645].

Hinsichtlich der abstammungsrechtlichen Folgen einer heterologen Samenspende im offiziellen Verfahren ist abweichend von oder ergänzend zu den Handlungsempfehlungen der *Leopoldina* in Abgleich mit dem Recht auf Zugang zur Elternschaft Folgendes geraten[1646]:

- Die Empfängerin der Samenspende und ihr/e Partner-/in sollten unmittelbar mit der Geburt des Kindes dessen rechtliche Eltern werden.

1645 *Gutmann*, Mutterschaft zwischen Natur und Selbstbestimmung, in: Röthel/Heiderhoff, Regelungsaufgabe Mutterstellung, 2016, S. 63-85 (84); für einen vergleichbaren Sachverhalt vgl. OLG Rostock, Urt. v. 7.5.2010 – 7 U 67/09, BeckRS 2010, S. 12238.

1646 Die folgenden Vorschläge zu den abstammungsrechtlichen Folgen einer Keimzellspende im offiziellen und privaten Verfahren basieren auf den Überlegungen von *Prof. Dr. Tobias Helms* zu den Verhandlungen des 71. DJT, Rechtliche, biologische und soziale Elternschaft – Herausforderungen durch neue Familienformen, 2016, Bd. I, F 5-103 (7-37) (vgl. zur Beschlussfassung, Bd. II/1, P 23-P72) und stehen größtenteils in Einklang mit den Forderungen des neunten Familienberichts des Bundesministeriums für Familie, Senioren, Frauen und Jugend (BFSFJ), Eltern sein in Deutschland – Ansprüche, Anforderungen und Angebote bei wachsender Vielfalt, BT-Drucks. 19/27200, 2021.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

- Dafür ist die Vaterschaft unverrückbar dem Partner der Mutter zuzuordnen, der in die künstliche Befruchtung mittels Keimzellspende eines Dritten eingewilligt hat; bzw. die Mit-Mutterschaft ohne Umweg über die Stiefkindadoption der konsentierenden Partnerin. Am Feststellungsausschluss nach § 1600 d IV BGB ist festzuhalten, der Anfechtungsausschluss nach § 1600 IV BGB auf den konsentierenden Teil und das Kind zu erweitern (Umfassender Anfechtungsausschluss).
- Den Stellenwert, den bei der natürlichen Zeugung die genetische Verbindung über den Verweis in § 1592 Nr. 3 BGB auf § 1600 d oder § 182 I des Gesetzes über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit hat, sollte bei der künstlichen Befruchtung die im Einvernehmen mit der Geburtsmutter erklärte „Zustimmung zur medizinisch assistierten Reproduktion" als gleichwertiger Indikator für die Bereitschaft zur Übernahme der sozialen Verantwortung und emotionalen Fürsorge für das Kind einnehmen.
- Eine Zuordnung kraft Einwilligung des konsentierenden Teils sollte erst greifen, wenn keine Vaterschaft oder Mit-Mutterschaft, weder durch Ehe (§ 1592 Nr. 1 BGB) noch Anerkennung (§ 1592 Nr. 2 BGB), besteht.
- Um dem Rechnung zu tragen, sollte der § 1592 BGB dahin gehend erweitert werden, dass Vater oder Mit-Mutter eines Kindes der Mann oder die Frau ist, der oder die zum Zeitpunkt der Geburt mit der Mutter des Kindes verheiratet ist oder in eingetragener Lebenspartnerschaft lebt (Nr. 1), die Vaterschaft oder Mit-Mutterschaft anerkannt hat (Nr. 2) oder bei natürlicher Zeugung nach § 1600 d oder § 182 Abs. 1 des Gesetzes über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit gerichtlich festgestellt ist (Nr. 3) bzw. bei assistierter Zeugung im Einvernehmen mit der Mutter in die Befruchtung mittels heterologer Samenspende eingewilligt hat (Nr. 4).
- Klarstellungshalber sollte hinzugefügt werden: Wenn Empfängerin der Samenspende eine alleinstehende Frau ist, hat das Kind mangels Einwilligung einer weiteren Person in die künstliche Befruchtung keinen zweiten Elternteil.
- Dem konsentierenden Teil ist ein zeitlich begrenztes Anfechtungsrecht gegen eine Zuordnung nach Nr. 1 und 2 einzuräumen. Dabei kann der Anfechtungserfolg nicht davon abhängen, ob der oder die Anfechtende mit dem Kind genetisch verwandt ist. Da nach der soeben vorgeschlagenen Änderung des § 1592 BGB bei assistierter Befruchtung mittels Samenspende eines Dritten der oder diejenige Vater oder Mit-Mutter ist, der/die im Einvernehmen mit der Geburtsmutter zustimmt, dass

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

die Eizelle seiner/ihrer Partnerin mit Spendersamen befruchtet wird, bzw. bei einer Eizellspende Vater oder Mit-Mutter, wer zustimmt, dass sein Samen oder Spendersamen zur Befruchtung einer von seiner/ihrer Partnerin auszutragenden Spendereizelle verwendet wird, besteht eine genetische Verbindung zum konsentierenden Elternteil höchstens im Fall einer reziproken Eizellspende. Voraussetzung für eine Anfechtung des konsentierenden Teils sollte daher sein, dass zwischen dem Kind und seinem Vater oder seiner Mit-Mutter nach Nr. 1 und 2 keine sozial-familiäre Beziehung besteht.

– Die Einwilligung in die künstliche Befruchtung mittels Keimzellspende eines Dritten, die für den konsentierenden Teil einerseits anfechtungsausschließend wirkt (§ 1600 IV BGB) und anderseits „Grundlage für die abstammungsrechtliche Zuordnung des Kindes werden kann", sollte mindestens dem Schriftformerfordernis genügen (§ 126 BGB) müssen.
– Grundsätzlich sollte den Beteiligten eines mittels offizieller Keimzellspende im heterologen Verfahren gezeugten Kindes das Recht eingeräumt werden, sich präkonzeptionell verbindlich, soll heißen dauerhaft und unwiderruflich, auf eine Mehrelternschaft zu einigen. Das kann etwa erwünscht sein, wenn der Freund eines lesbischen Paares seinen Samen spendet, um gerade diesem lesbischen Paar zu einem Kind zu verhelfen oder zur Gründung einer Queer-Family zwischen einem schwulen und lesbischen Paar. Angesichts der rechtlichen und tatsächlichen Tragweite solcher Vereinbarungen, die zudem je nach Bedarf in ihrer Ausgestaltung von einer bloßen Mitsorgeberechtigung bis zu einer gleichberechtigten Elternverantwortung variieren können und deshalb einen erheblichen Aufklärungs- und Beratungsaufwand erfordern, sollte eine Mehrelternschaft bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Teile vor einer zuständigen Stelle wie dem Jugendamt oder einem Notar öffentlich beurkundet werden müssen.

Hinsichtlich der abstammungsrechtlichen Folgen der heterologen Samenspende im privaten Verfahren ist abweichend von oder ergänzend zu den Handlungsempfehlungen der *Leopoldina* in Abgleich mit dem Recht auf Zugang zur Elternschaft Folgendes geraten[1647]:

– Unter der Bedingung, dass gesetzlich verankert wird, dass gleichgeschlechtliche Paare und alleinstehende Personen Anspruch auf eine offi-

1647 Vgl. dazu auch in Teilen: BT-Drucks. 19/27200, Neunter Familienbericht, 2021, S. 83 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

zielle Samenspende haben, sie also nicht länger wegen berufsständischer Normen gezwungen sind, auf eine ausländische oder private Spende zurückzugreifen, sollte der private Samenspender grundsätzlich (zu Ausnahmen sogleich) als rechtlicher Vater feststellbar bleiben. Denn da bei einer privaten Spende das Recht des Kindes auf Kenntnis der eigenen Abstammung Gefahr läuft, untergraben zu werden, besteht ein legitimes Interesse daran, Anreize zur Inanspruchnahme der offiziellen Spende zu setzen. Soweit außerdem im offiziellen Verfahren die gezielte Spende an bestimmte Personen sowie Mehrelternvereinbarungen zwischen dem Samenspender und den Wunscheltern ermöglicht werden, besteht für Kinderwunschpatienten nicht länger die Notwendigkeit, sich für eine private Spende zu entscheiden, um den Samenspender mitsamt seiner Erbanlagen nach eigenen Gesichtspunkten auswählen zu können oder dem Kind eine männliche Bezugsperson zur Seite zu stellen. Zwar lässt sich trotz alledem nicht ausschließen, dass einige Kinderwunschpatienten, denen daran gelegen ist, ihrem Kind zu verheimlichen, dass es durch Samenspende gezeugt wurde, sich für eine anonyme Spende im Ausland entscheiden. Doch lässt sich dem dadurch entgegenwirken, dass deutsche Ärzte-/innen ihre Kinderwunschpatienten über die positiven Effekte unterrichten, die eine frühzeitige Aufklärung auf die Identitätsbildung- und Entwicklung des vermittels Samenspende gezeugten Kindes hat.

- Grundsätzlich also sollte der private Samenspender als Vater feststellbar bleiben. Jedoch sollte ihm im Vorfeld seiner Spende (z.B. Becherspende) die Möglichkeit eingeräumt werden, im Einvernehmen mit der Mutter durch Beurkundung beim Jugendamt oder Notar unwiderruflich auf die Vaterstellung zu verzichten oder mit den Wunscheltern eine Mehrelternschaft zu vereinbaren.
- Bei einer Verzichtserklärung sollten die abstammungsrechtlichen Regeln zur künstlichen Befruchtung mittels Samenspende im offiziellen Verfahren greifen. Insbesondere also wäre der Samenspender nicht als Vater feststellbar, und zwar selbst dann nicht, wenn dem Kind kein zweiter rechtlicher Elternteil zugeordnet werden kann[1648]. Vater oder Mit-Mutter würde diejenige Person, die zum Zeitpunkt der Geburt mit der Mutter des Kindes verheiratet oder durch Lebenspartnerschaft verbunden ist

1648 Anders: Beschlussfassung: Rechtliche, biologische und soziale Elternschaft – Herausforderungen durch neue Familienformen, in: Verhandlungen des 71. DJT, Bd. II/1, 2016, P 7-72 (64).

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

oder die Vaterschaft oder Mit-Mutterschaft anerkannt hat oder die aufgrund seiner/ihrer Zustimmung zur Befruchtung mittels privater Samenspende als Vater oder Mit-Mutter festgestellt ist. Diese Zustimmung muss vor derselben Stelle attestiert werden wie die Verzichtserklärung des Samenspenders. Wie im offiziellen Verfahren, würde damit auch im privaten Verfahren die Einwilligungserklärung des konsentierenden Teils für diesen anfechtungsausschließend wirken und seine abstammungsrechtliche Zuordnung ermöglichen.

– Eine Abweichung von dem Grundsatz, dass der private Samenspender als Vater feststellbar bleibt, erscheint aus drei Gründen gerechtfertigt: Zum einen lässt sich auch durch notariell beurkundete Verzichtserklärung das Recht des Kindes auf Kenntnis der eigenen Abstammung gewährleisten. Zum anderen verspricht eine Zuordnung des Kindes zum konsentierenden Teil kraft Verzichtserklärung des privaten Samenspenders Abhilfe für das akute Problem, dass gleichgeschlechtlichen Paaren und alleinstehenden Personen eine offizielle Samenspende de facto kraft berufsständischer Normen verwehrt bleibt. Bis zum Erlass eines neuen Fortpflanzungsmedizingesetzes, das den gleichen Anspruch auf Zugang zur Fortpflanzungsmedizin absichert, könnte das dargestellte Modell als Zwischenlösung fungieren, um den Betroffenen schon jetzt eine Möglichkeit aufzuzeigen, in den sicheren Hafen unverrückbarer Elternzuordnung einzufahren. Schließlich würde man den Betroffenen so auch die Möglichkeit geben, zwischen einer privaten und medizinisch assistierten Befruchtung zu wählen. So ist es nicht fernliegend, dass manche Wunscheltern eine Becherspende mit anschließender Selbstinsemination einer künstlichen Insemination vorziehen, weil sie ihnen natürlicher oder intimer erscheint. Auch in diesem Fall sollte ein vernünftiger Rechtsrahmen hinsichtlich der abstammungsrechtlichen Folgen gesetzt werden. Immerhin macht es rechtstechnisch wenig Sinn, zwar bei Samenspende im offiziellen Verfahren eine konkludente Verzichtserklärung des Samenspenders auf die Vaterstellung anzunehmen, ihm im privaten Verfahren aber keine ausdrückliche Verzichtsmöglichkeit einzuräumen. Um das Recht des Kindes auf Kenntnis der eigenen Abstammung zu garantieren, ist es dann aber notwendig, die formellen Hürden für einen Feststellungsausschluss des Samenspenders und einen Anfechtungsausschluss des konsentierenden Teils im privaten Verfahren höher zu stellen als im offiziellen Verfahren, wo die Einwilligungserklärung des konsentierenden Teils lediglich der Schriftform, nicht der notariellen Beurkundung genügen muss.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

– Dem Samenspender sollte sodann unter den gleichen Voraussetzungen wie bei der privaten Becherspende ein ausdrücklicher Verzicht auf die Vaterstellung oder eine Mit- bzw. Mehrelternvereinbarung auch bei einer „Samenspende" durch Sexualakt ermöglicht werden. Denn wie *Hufen* ausführt: „Private ‚Becherspenden' und Geschlechtsverkehr mit dem Ziel, einem (gleichgeschlechtlichen) Paar zu einem Kind zu verhelfen, […] unterscheiden sich in ihrem sozialen Gehalt kaum. Dann erscheint es zweifelhaft, daran unterschiedliche familienrechtliche Konsequenzen zu knüpfen"[1649].

4) "Best Practice" Beispiele für eine Umsetzung des Zugangsrechts

Um das Recht des Kindes auf Kenntnis seiner Abstammung zu garantieren, ist in Deutschland die anonyme Samenspende nach Möglichkeit auszuschließen. Insofern scheiden als "Best Practice" Kandidaten[1650] einerseits Staaten wie Spanien[1651] und Griechenland[1652] aus, die zur Anonymität des Spenders verpflichten, andererseits aber auch Staaten wie Belgien, Dänemark und seit Erlass des Bioethikgesetzes am 2.8.2021 auch Frankreich[1653], die den Betroffenen eine Wahl zwischen anonymer und offener Samenspende lassen. Als Vorbild dient das österreichische[1654],

1649 So auch: *Helms*, Gutachten: Rechtliche, biologische und soziale Elternschaft – Herausforderungen durch neue Familienformen, in: Verhandlungen des 71. DJT, Bd. I, 2016, F 5-103 (26-27; 37-38).

1650 Für die folgende Darstellung vgl. im Überblick ebd. F16-17; zur Rechtslage in anderen Ländern vgl. auch: Spenderkinder, https://www.spenderkinder.de/infos/anderelander/ (13.8.2021).

1651 Art. 3 VI, Art. 5 V, Art. 6 IV Ley 14/2006 sobre técnicas de reproducción humana asistida, 26.5.2006.

1652 Art. 1460 ZGB.

1653 Zu den Einzelheiten des neuen Bioethikgesetzes in Frankreich vom 2.8.2021 vgl. *Vie publique*, 29.11.2021, https://www.vie-publique.fr/loi/268659-loi-2-aout-2021-bioethique-pma (16.8.2021); *Agence de la biomédecine*, Le Rapport médicale et scientifique 2020, https://rams.agence-biomedecine.fr/ (1.4.2022); *Agence de la biomédecine*, Rapport sur l'application de la loi de bioéthique, 2018, https://www.agence-biomedecine.fr/IMG/pdf/rapportloi2018.pdf (1.4.2022); *Agence de la biomédecine*, Encadrement juridique international dans les différents domaines de la bioéthique Rapport sur l'application de la loi de bioéthique, 2018, https://www.agence-biomedecine.fr/IMG/pdf/encadrementjuridiqueinternational_actualisation 2018.pdf (1.4.2022).

1654 §§ 15, 20 II FMedG.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

schweizerische[1655], englische[1656], niederländische[1657], norwegische[1658] und schwedische[1659] Recht, wo die Identität des Samenspenders festgehalten und dem Kind später Einsicht gewährt wird. In all diesen Staaten ist außerdem bei einer offiziellen heterologen Keimzellspende die Anfechtung der Elternstellung des Wunschvaters nicht nur durch die Wunscheltern, sondern auch das Kind untersagt[1660]. Zugleich sehen diese Staaten eine abstammungsrechtliche Zuordnung qua Einwilligung in die Befruchtung mittels heterologer Keimzellspende im offiziellen Verfahren vor[1661], die für den konsentierenden Part anfechtungsausschließend wirkt. Beispielgebend, und auch in Deutschland mittlerweile angenommen (§ 1600 IV BGB), ist zudem der weit verbreitete Feststellungsauschluss, wonach eine abstammungsrechtliche Zuordnung zum Samenspender ausscheidet[1662]. Dieser gehört allerdings in einem dem Recht auf Zugang zur Elternschaft gerecht werdenden Abstammungsregime erweitert um die Möglichkeit einer konsensuellen Mehrelternschaft. Obwohl die meisten Staaten „das skizzierte abstammungsrechtliche Sonderregime" nur bei offizieller Samenspenden anwenden[1663], gibt es auch Staaten, die offizielle und private Samenspende in ihrer abstammungsrechtlichen Wirkung gleichschalten: Vorbildwirkung

1655 Art. 24, 27 FMedG, Art. 199 II g BV.

1656 Sect. 31 (4) Human Fertilisation and Embryology Act (HFEA) i.V.m. Human Fertilisation and Embryology Authority (Disclosure of Donor Information) Regulations 2004.

1657 Art. 2 I, Art. 3 II Wet donorgegevens kunstmatige bevruchting (WDKB), 25.4.2002.

1658 § 2-7 Lov om human medisinsk bruk av bioteknologi (bioteknologiloven), 5.12.2003.

1659 Kap. 6 §§ 4, 5, Kap. 7 §§ 6, 7 Lag om genetisk integritet, 18.5.2006.

1660 *Helms*, Gutachten: Rechtliche, biologische und soziale Elternschaft – Herausforderungen durch neue Familienformen, in: Verhandlungen des 71. Deutschen Juristentag, Bd. I, 2016, F 5-103 (16), m. Verw. a. Österreich: §§ 152, 154 I Nr. 2 ABGB; Schweiz: Art. 23 I FMedG, Art. 256 III ZGB; Belgien: Art. 318 § 4 CC; Großbritannien: Sect. 48 (1) HFEA; Spanien: Art. 8 I FMedG; Griechenland: Art. 1471 II ZGB.

1661 m.w.N. vgl. ebd. F 17.

1662 Vgl. ebd. F 17, u.a. Österreich: § 148 IV ABGB; Schweiz: Art. 23 II FMedG; Belgien: Art. 27 II, 56 II FMedG; Großbritannien: Sect. 41 (1) HFEA 2008; Dänemark: § 28 KinderG; Norwegen: § 9 V KinderG; Schweden: Kap. 1 § 5 II ElternG; Spanien: Art. 8 III FMedG; Griechenland: Art. 1479 II ZGB; Frankreich: Sect. 3 Art. 311-19 CC.

1663 Vgl. ebd. F 17, u.a. Österreich: § 148 IV S. 2 AGBG; Schweiz: Art. 23 II HS. 2 FMedG; Großbritannien: Sect. 36 (a), 41 (1), 43 (a) HFEA 2008; Dänemark: § 27 c KinderG.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

haben insofern das schweizerische[1664], niederländische[1665] und belgische[1666] Recht, wo „die Anfechtung der Vaterschaft durch den Ehemann generell ausgeschlossen [ist], wenn er in die Befruchtung seiner Frau eingewilligt hat, unabhängig davon, ob diese im Wege medizinisch assistierter Reproduktion oder auf natürlichem Wege erfolgt"[1667]. Als "Best Practice" Kandidaten überzeugen gerade die Niederlande und Belgien, weil sie „die Regeln über die Co-Mutterschaft auch auf Fälle natürlicher Zeugung erstrecken", also einen Anfechtungsausschluss der Co-Mutter auch bei Einwilligung in die natürliche Befruchtung ihrer Partnerin vorsehen[1668]. Immerhin bei heterologer Samenspende im offiziellen Verfahren ermöglicht inzwischen ein Großteil der europäischen Staaten eine Mit-Mutterschaft ohne Umweg über die Stiefkindadoption, nämlich kraft Einwilligung des konsentierenden Teils in die Keimzellspende[1669].

II) Das Verbot der Spende unbefruchteter Eizellen

Die Eizellspende ist ein reproduktionsmedizinisches Verfahren zur Infertilitätsbehandlung von Frauen, die selbst über keine funktionstüchtigen Eizellen verfügen. Sie ist in Deutschland hauptsächlich zur Vermeidung einer gespaltenen Mutterschaft, also des Auseinanderfallens von genetischer und biologischer Mutterschaft, aber auch zur Vermeidung der Entstehung überzähliger Embryonen verboten.

1664 Art. 256 III S. 1 ZGB.

1665 Art. 1: 200 III BW.

1666 Art. 318 § 4 CC; Art. 330 § 1 CC.

1667 *Helms*, Gutachten: Rechtliche, biologische und soziale Elternschaft – Herausforderungen durch neue Familienformen, in: Verhandlungen des 71. Deutschen Juristentag, Bd. I, 2016, F 5-103 (17).

1668 Vgl. ebd. F 17, 33.

1669 Vgl. ebd. F 32, Österreich: § 144 II Nr. 1-3 ABGB; Belgien: Art. 325-2, 325-4, 325-8, 325-9 CC; Spanien: Art. 7 III FMedG, England: Sect. 42, 43, 44 HFEA 2008; die Niederlande: Art. 1:198 I lit. b-d BW; Dänemark: § 1 a III, §§ 3 a, 27, 27 a II, §§ 3 b, 27, 27 a II KinderG; Norwegen: § 3 II, § 4 VI, § 5 i.V.m. § 4 a III, § 9 IV KinderG; Schweden: Kap. 1 § 9 des Eltern-Kindgesetzes; mit Bioethikgesetz vom 2.8.2021 auch Frankreich: Vie publique, 29.11.2020, https://www.vie- publique.fr/loi/268659-loi-2-aout-2021-bioethique-pma (16.8.2021); Vgl. für einen Überblick außerdem: WD 7 – 3000 – 146/18.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

1) Medizinische Grundlagen

Bei der Eizellspende spendet eine Frau einer anderen ihre Eizelle. Dafür werden die Eierstöcke der Spenderin medikamentös durch Hormonzufuhr stimuliert, um etwa 10-15 Eizellen pro Behandlungsversuch zu gewinnen. Die der Spenderin operativ durch Punktion entnommenen Eizellen können dann auf die Empfängerin übertragen werden. Möglich ist es auch, die entnommene Eizelle vor ihrer Translokation im Rahmen einer In-Vitro-Fertilisation (IVF) oder Intrazytoplasmatischen Spermieninjektion (ICSI) mit den Samen des Partners der Empfängerin oder Spendersamen zu befruchten. In diesem Fall kommt es zu einem Embryotransfer (vgl. III). Möglich ist zudem die Implantation von gespendeten Eizellen, die nach einer IVF-Behandlung übrigbleiben, kryokonserviert und für einen späteren Befruchtungsversuch aufgetaut werden. Da Eizellen jedoch regelmäßig erst nach ihrer Imprägnation eingefroren werden und die Wunschmutter eine Befruchtung mit den Samen ihres Partners wünscht, scheidet diese Variante in der Praxis eher aus. Für die Spenderin ist die Hormonbehandlung und Eizellentnahme zwar belastend, doch konnten „durch die hormonelle Stimulation bedingte Risiken und kurz- oder langfristige gesundheitliche Folgen […] erheblich reduziert werden“[1670]. So liegt nach Aussage der *Bundesärztekammer (BÄK)* die „Komplikationsrate bei der Eizellentnahme zur homologen Verwendung […] bei etwa 1,1%, wobei nur ein geringer Teil der Patientinnen (unter 0,2%) von einer schwerwiegenden Komplikation wie Darmverletzung oder intraabdomineller Blutung betroffen ist“[1671]. Auch wirkt sich die Hormonbehandlung nicht negativ auf die Fertilität der Spenderin und Erfüllung ihres eigenen Kinderwunsches aus oder bewirkt eine vorschnelle Alterung der Eierstöcke[1672]. Zudem lassen sich durch angepasste Stimulationsverfahren, „die Risiken für schwerwiegende Nebenwirkungen (wie das Überstimulationssyndrom) […] von bis zu 16% auf annähernd 0% minimieren“[1673]. Die Notwendigkeit für eine Eizellspende entsteht zum Beispiel bei genetischer (z.B. Monosomie X, fehlende Eierstöcke) oder bio-

1670 *BÄK*, Memorandum für eine Reform des Embryonenschutzgesetzes, 14.2.2020, https://www.bundesaerztekammer.de/fileadmin/user_upload/downloads/pdf-Ordner/MuE/2020-09-11_Memorandum_DAEB_final.pdf (17.2.2022), A 5-6.

1671 Vgl. ebd. A 6.

1672 Vgl. ebd. A 6; *Leopoldina*, Fortpflanzungsmedizin in Deutschland – für eine zeitgemäße Gesetzgebung, 2019, S. 67.

1673 Vgl. ebd. A 6; *Leopoldina*, Fortpflanzungsmedizin in Deutschland – für eine zeitgemäße Gesetzgebung, 2019, S. 67.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

logischer Ganz- oder Teilinfertilität (z.B. wegen operativen Eingriffs bei Eierstockkrebs, rezidivierenden Zysten, Endometriose), verfrüht einsetzender Menopause oder geringer Erfolgsquote bei der Stimulation im IVF-Verfahren. Nach der *Leopoldina* besteht „in Deutschland bei etwa 1000-3000 Patientinnen pro Jahr ein Interesse an einer Eizellspende aus medizinischer Indikation vor Erreichen der Wechseljahre", wobei die Geburtswahrscheinlichkeit bei 32-57% pro Behandlung liegt. Die *BÄK* schätzt den Bedarf auf 3000 bis 5000 Therapiezyklen pro Jahr, die Erfolgsquote auf 32-55% pro Embryoübertragung. Beide setzen die Geburtenrate nach heterologer Eizellspende im Vergleich zur Behandlung mit eigenen Eizellen deutlich höher an, da gerade bei älteren Frauen das durchschnittliche Menopausen-Eintrittsalter liegt bei 51,9 Jahren die fremden Eizellen jünger, gesünder und damit erfolgsversprechender sind als die eigenen. Für die Empfängerin besteht ein im Vergleich zur natürlichen Insemination leicht erhöhtes Risiko für einen komplizierten Schwangerschaftsverlauf im Hinblick etwa auf Bluthochdruck, Präeklampsie und Frühgeburt, das besonders mit einer Mehrlingsschwangerschaft steigt[1674].

2) Problemanalyse des Rechtsrahmens de lege lata

Während Deutschland die Eigeneizellspende (homologe Eizellspende) erlaubt, verbietet § 1 I Nr. 1 ESchG i.V.m. § 1 I Nr. 2 ESchG die heterologe Eizellspende. Danach wird „bestraft, wer auf eine Frau eine fremde unbefruchtete Eizelle überträgt" (Nr. 1) oder „es unternimmt, eine Eizelle zu einem anderen Zweck künstlich zu befruchten, als eine Schwangerschaft der Frau herbeizuführen, von der die Eizelle stammt" (Nr. 2). Ebenso wird nach § 1 II ESchG „bestraft, wer künstlich bewirkt, daß eine menschliche Samenzelle in eine menschliche Eizelle eindringt, oder eine menschliche Samenzelle in eine menschliche Eizelle künstlich verbringt, ohne eine Schwangerschaft der Frau herbeiführen zu wollen, von der die Eizelle stammt". Danach ist auch „eine Kombination aus Eizellspende und Samenspende, insbesondere die gezielte Herstellung von Vorkernstadien und Embryonen unter Verwendung einer Eizelle, die nicht von der austragenden

1674 *Leopoldina*, Fortpflanzungsmedizin in Deutschland – für eine zeitgemäße Gesetzgebung, 2019, S. 65-67; *BÄK*, Memorandum für eine Reform des Embryonenschutzgesetzes, 14.2.2020, https://www.bundesaerztekammer.de/fileadmin/user_upload/downloads/pdf-Ordner/MuE/2020-09-11_Memorandum_DAEB_final.pdf (17.2.2022), A 5-6.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Mutter stammt, verboten, wenn dies mit der Absicht einer späteren Spende geschieht“[1675]. Straffrei bleiben allerdings nach § 1 III Nr. 1 ESchG sowohl die Eizellspenderin- als auch Empfängerin. Strafbar machen sich also nur die Ärzte.

Die Begründung zum Entwurf des ESchG von 1989 verweist für das Verbot der Eizellspende vor allem auf die negativen Konsequenzen, die durch eine gespaltene Mutterschaft auf die kindliche Identitätsentwicklung zu erwarten seien. So lägen „keine Erkenntnisse darüber vor, wie junge Menschen – etwa in der Pubertätszeit – seelisch den Umstand zu verarbeiten vermögen, daß genetische wie austragende Mutter gleichsam seine Existenz mitbedingt haben“. Dazu sei „eine erhebliche – insbesondere auch die seelische Entwicklung des Kindes beeinträchtigende – Belastung der betroffenen Personen“ zu befürchten, „wenn zwar die Empfängerin der Eizellspende ein Kind zu gebären vermag, der Spenderin selbst aber die Geburt eines Kindes versagt geblieben ist“[1676]. Wegen des Verbots der Eizellspende wenden sich deutsche Frauen jedes Jahr für mehrere tausend Behandlungszyklen an ausländische Kinderwunschzentren[1677]. Die BÄK schätzt, dass jährlich 2000 bis 3000 Frauen, „häufig mit Kinderlosigkeit aufgrund erschöpfter Eizellreserve“ gezwungen sind, für eine Eizellspende ins Ausland zu gehen[1678]. Für sie gilt dann die jeweilige Landesgesetzgebung zur Eizellspende. Zwar machen sich nach deutschem Recht auch bei einer ausländischen Eizellspende weder die Eizellspenderinnen noch Eizell-empfängerinnen strafbar. Doch trauen sich viele Kinderwunschpatienten nicht, ihre heimischen Ärzte darüber zu informieren, dass sie eine Kinderwunschbehandlung im Ausland vornehmen lassen. Denn deutsche Reproduktionsmediziner/-innen, die medizinische Vorfeldbehandlungen für eine im Ausland vorzunehmende Eizellspende treffen, eine solche vermitteln oder auch nur den expliziten Rat erteilen, ein dortiges Kinderwunschzentrum aufzusuchen, machen sich wegen Anstiftung oder Beihilfe strafbar (§ 9 II S. 2 StGB). Neben dem dadurch hervorgerufenen Vertrauensverlust im Arzt-Patienten-Verhältnis ist „die implizite Verweisung“ von Wunscheltern ins Ausland vor allem deshalb problematisch, weil wegen der dort mitunter

1675 *Leopoldina*, Fortpflanzungsmedizin in Deutschland – für eine zeitgemäße Gesetzgebung, 2019, S. 67.

1676 BT-Drucks. 11/5460, S. 7.

1677 *Shenfield et al.*, Cross border reproductive care in six European countries, Hum. Reprod. 2010 (25/6), S. 1361-1368.

1678 *Richter-Kuhlmann*, Embryonenschutzgesetz. Das Dilemma der Reproduktionsmedizin, Deutsches Ärzteblatt 2020 (37), A 1666-1674 (1668).

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

angeordneten Anonymität der Spenderin das in Deutschland verfassungsrechtlich verbriefte Recht des Kindes auf Kenntnis der eigenen Abstammung nicht eingehalten werden kann[1679].

3) Empfehlungen vor dem Hintergrund des Zugangsrechts

Mit Blick auf das zugunsten der Wunscheltern wirkende Recht auf Zugang zur Elternschaft besteht eine menschenrechtliche und verfassungsrechtliche Notwendigkeit, das Verbot der Eizellespende aufzuheben. Das Argument, die gespaltene Mutterschaft gefährde das Kindeswohl, läuft nicht nur argumentationslogisch wegen des rechtsphilosophisch gut analysierten Problems der Nichtidentität ins Leere, sondern scheitert auch am rechtssoziologischen Forschungsstand (vgl. erster Hauptteil, C, VI, 2). Zu diesem Ergebnis gelangen auch *Leopoldina* und *BÄK*:

Danach tritt dasselbe Problem erstens auch bei der Samenspende und Adoption sowie der Spende überzähliger Embryonen auf, wo es zur gespaltenen Vaterschaft und sogar Elternschaft kommt, ohne dass deshalb ein Verbot gerechtfertigt wäre. Zweitens ist empirisch belegt, dass über „die Qualität des konkreten Familienlebens" nicht die biologische oder genetische Beziehung entscheidet, sondern das soziale „Eltern-Kind-Verhältnis nach der Geburt" (vgl. C, IV, 3, a, aa). Das gilt umso mehr, als es sich um absolute „Wunschkinder [handelt], deren Eltern in aller Regel zuvor große Anstrengungen unternommen haben, selbst ein Kind zu zeugen". Auch die schon eher fundierte Befürchtung, durch Eizellspende gezeugte Kinder könnten im Fall einer ungeplanten Drittaufklärung eine Identitätskrise durchlaufen und einen Vertrauensverlust zu ihren Eltern erleiden, lässt sich durch „eine einfühlsame altersgemäße, von den Eltern gestaltete Aufklärung" entkräften.[1680]

1679 *BÄK*, Memorandum für eine Reform des Embryonenschutzgesetzes, 14.2.2020, https://www.bundesaerztekammer.de/fileadmin/user_upload/downloads/pdf-Ordner/MuE/2020-09-11_Memorandum_DAEB_final.pdf (17.2.2022), A 6.

1680 Vgl. ebd.; *Leopoldina,* Fortpflanzungsmedizin in Deutschland – für eine zeitgemäße Gesetzgebung, 2019, S. 70; *Golombok/Ilioi et al.* A Longitudinal Study of Families Formed Through Reproductive Donation: Parent-Adolescent Relationships and Adolescent Adjustment at Age 14, Dev. Psychol. 2017 (53/10), S. 1966-1977; *Imrie/Golombok*, Long-term outcomes of children conceived through egg donation and their parents: a review of the literature, Fertil. Steril. 2018 (110/7), S. 1187-1193.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

Vielmehr spricht gerade der Umstand, dass „eine frühzeitige Aufklärung der Kinder über die Zeugungsart durch ihre Eltern" ihre persönliche Entwicklung positiv beeinflusst, für eine Legalisierung der Eizellspende, da gerade ihr gesetzliches Verbot einen „offeneren gesellschaftlichen Umgang mit diesem Thema" verhindert.[1681]

Im Ergebnis ist das Verbot der Eizellspende auch in gleichheitsrechtlicher Hinsicht nicht haltbar, führt es doch dazu, dass „das ESchG die […] gespaltene Mutterschaft gegenüber der […] gespaltenen Vaterschaft schlechter [stellt]".[1682] Eine solche Geschlechterdiskriminierung verbietet sich aber vor dem Hintergrund des Rechts auf Zugang zur Elternschaft, das den Abbau diskriminierender Tendenzen bei der Anwendung fortpflanzungsmedizinischer Methoden umfassend absichert (vgl. erster Hauptteil, C, III).

Insgesamt ist daher der *BÄK* beizupflichten, dass „das ausnahmslose Verbot der Eizellspende verfassungsmäßige Rechte – insbesondere die Grund- und Menschenrechte der Wunscheltern – verletzt" und insgesamt „die Chancen, den Schutz der Gesundheit der Kinderwunschpatientin sowie des ungeborenen Kindes zu verbessern", für eine Legalisierung der Eizellspende sprechen[1683]. Mit dem Recht auf Zugang zur Elternschaft duldet dieser Schritt keinen weiteren Aufschub.

Hinsichtlich der konkreten Ausgestaltung ist den Empfehlungen der *Leopoldina* und *BÄK* in Abgleich mit dem Recht auf Zugang zur Elternschaft insoweit zu folgen, als dass:

- den Wunscheltern das Angebot einer unabhängigen psychosozialen Beratung vor Behandlungsbeginn verpflichtend zu unterbreiten ist.
- die Empfängerin über die im Vergleich zur natürlichen Insemination erhöhten Risiken einer durch Eizellspende generierten Schwangerschaft aufzuklären ist.
- die Eizellspende selbstverständlich die freiwillige und informierte Einwilligung der Spenderin voraussetzt. Insbesondere ist die Eizellspenderin über die mit der Hormonbehandlung und Eizellentnahme verbundenen Risiken und Belastungen aufzuklären. Aus praktischen Erwägungen er-

1681 *BÄK*, Memorandum für eine Reform des Embryonenschutzgesetzes, 14.2.2020, https://www.bundesaerztekammer.de/fileadmin/user_upload/downloads/pdf-Ordner/MuE/2020-09-11_Memorandum_DAEB_final.pdf (17.2.2022), A 5.

1682 *Leopoldina*, Fortpflanzungsmedizin in Deutschland – für eine zeitgemäße Gesetzgebung, 2019, S. 41.

1683 *BÄK*, Memorandum für eine Reform des Embryonenschutzgesetzes, 14.2.2020, https://www.bundesaerztekammer.de/fileadmin/user_upload/downloads/pdf-Ordner/MuE/2020-09-11_Memorandum_DAEB_final.pdf (17.2.2022), A 6.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

scheint es plausibel, ihr ein Widerrufsrecht nur bis zu Beginn der Befruchtung zu gewähren.
- die Dauer der Kryokonservierung von Eizellen auf feste Zeiträume zu begrenzen ist, die die Spenderin bei Bedarf reduzieren oder erweitern kann.
- das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung der durch Eizellspende gezeugten Kinder durch ein Eizellspenderregister zu sichern ist, das dem nach obigen Vorschlägen erweiterten Samenspenderregister entspricht.
- Bei Einvernehmen ein Kennenlernen der Eizellspenderin und der Wunscheltern möglich sein sollte, wobei den Kindern, der Spenderin und ihren Familien vor der Kontaktaufnahme eine psychosoziale Beratung verpflichtend anzubieten ist.

Hinzuzufügen ist, dass die Eizellspende durch formelles Gesetz jedem, auch unvermählten und gleichgeschlechtlichen Personen – lesbischen Paaren ohne funktionstüchtige Eizellen genauso wie schwulen Paaren für eine anschließende Leihmutterschaft – und alleinstehenden Frauen zugesichert werden muss.

Für die Eizellspende ist den Empfehlungen der *Leopoldina* und *BÄK* in Abgleich mit dem Recht auf Zugang zur Elternschaft insoweit nicht zu folgen, als dass:

- weder das Selbstbestimmungsrecht der Spenderin noch gesellschaftliche Belange wie das Interesse an einer Eindämmung des sozioökonomischen Gefälles bei der Familienplanung ein Kommerzialisierungsverbot als Eingriff in das Zugangsrecht der Wunscheltern und Selbstbestimmungsrecht der Spenderin rechtfertigt[1684]. Gleichwohl ist im Ergebnis mit der *Leopoldina* am Verbot der kommerziellen Eizellspende festzuhalten, da eine Aufwandsentschädigung den Risiken und Belastungen der Spenderin hinreichend Rechnung trägt und für die Wunscheltern keine Notwendigkeit besteht, einen zusätzlichen Anreiz zu schaffen (vgl. erster Hauptteil, C, VI, 4, e, bb).
- die Zahl der durch Eizellspende pro Spenderin gezeugten Kinder, wenn überhaupt nur sehr großzügig nach oben begrenzt sein sollte. Denn grundsätzlich muss eine Frau frei darüber entschieden dürfen, wie vielen Kinderwunsch-patienten sie reproduktionsmedizinische Hilfe leisten möchte.

1684 Das Verbot der kommerziellen Samenspende folgt aus §§ 17, 18 TPG i.V.m. § 4 XXX AMG.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

– es für die Empfängerin keine feste Altersobergrenze geben sollte. Entscheidend ist vielmehr, dass sie über die Risiken einer Schwangerschaft im fortgeschrittenen Alter aufgeklärt wird. Danach sollte die Entscheidung im Arzt-Patienten-Gespräch individuell ausfallen dürfen. Denn ob sich eine Frau die körperlichen Belastungen und gesundheitlichen Risiken einer Schwangerschaft und das spätere Aufziehen des Kindes zutraut, obliegt ihrer freien Entscheidung. Trotzdem kann für das Beratungsgespräch „im Regelfall" festgehalten werden, dass die Empfängerin nicht älter als 50 Jahre sein sollte, „da die gesundheitlichen Risiken für Mutter und Kind altersabhängig zunehmen"[1685].
– die post-mortem-Insemination, also die Befruchtung der Eizelle nach dem Tod der Spenderin, nicht verboten sein sollte, wenn sich die Spenderin vor ihrem Tod ausdrücklich mit der postmortalen Verwendung einverstanden erklärt hat.

Hinsichtlich der abstammungsrechtlichen Folgen der heterologen Eizellspende ist das gleiche geraten wie nach heterologer Samenspende im offiziellen Verfahren: Die Empfängerin der Eizellspende und ihr/e Partnerin sollten unmittelbar mit der Geburt des Kindes dessen rechtliche Eltern werden. Dafür ist die Vaterschaft unverrückbar dem Partner der Mutter zuzuordnen, der im gegenseitigen Einvernehmen der Befruchtung einer durch sie auszutragenden Spendereizelle mit seinem oder dem Samen eines Dritten zugestimmt hat; bzw. die Mit-Mutterschaft der konsentierenden Partnerin. Der Feststellungsausschluss nach § 1600 d IV BGB ist auf die Eizellspenderin zu erweitern, der Anfechtungsausschluss nach § 1600 IV BGB auf den konsentierenden Teil und das Kind. Ist die Eizellspenderin zugleich Leihmutter, müssen indes die abstammungsrechtlichen Regeln zur Leihmutterschaft greifen (vgl. in diesem Hauptteil, A, VI, 3). Den Stellenwert, den bei der natürlichen Zeugung die biologische Abstammung über den Verweis in § 1592 Nr. 3 BGB auf § 1600 d BGB oder § 182 I des Gesetzes über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit hat, sollte bei der künstlichen Befruchtung mittels heterologer Eizellspende die im Einvernehmen mit der Geburtsmutter erklärte Zustimmung des konsentierenden Teils in die künstliche Befruchtung einnehmen. Diese Willenserklärung, die für den konsentierenden Teil einerseits anfechtungsausschließend wirkt (§ 1600 IV BGB) und anderseits abstammungsrechtliche Zuordnungswirkung begründet, sollte mindestens dem Schriftformerforder-

1685 *Leopoldina*, Fortpflanzungsmedizin in Deutschland – für eine zeitgemäße Gesetzgebung, 2019, S. 71.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

nis genügen (§ 126 BGB). Wie bei der Samenspende sollte auch bei der Eizellspende die Zuordnung kraft Einwilligung erst greifen, wenn keine Vaterschaft oder Mit-Mutterschaft, weder durch Ehe (§ 1592 Nr. 1 BGB) noch Anerkennung (§ 1592 Nr. 2 BGB), besteht. Klarstellungshalber sollte gesetzlich normiert werden, dass wenn Empfängerin der Eizellspende eine alleinstehende Frau ist, das Kind schlicht keinen zweiten Elternteil hat. Dem konsentierenden Teil ist ein zeitlich begrenztes Anfechtungsrecht gegen eine Zuordnung nach § 1592 Nr. 1 und 2 einzuräumen. Obwohl der konsentierende Teil mitunter genetisch mit dem Kind verwandt ist, etwa bei Befruchtung der Spendereizelle mit seinem Samen oder bei einer Fremdbefruchtung von Eizellen der Mit-Mutter zur Implantation in die Geburtsmutter (reziproke Eizellspende, "Reception of Oocytes from Partner", ROPA), darf sein Anfechtungserfolg nicht davon abhängen. Ansonsten würde man den konsentierenden Teil eines lesbischen Paares, das mangels funktionstüchtiger Eizellen auf eine heterologe Eizellspende angewiesen ist, in seinem Anfechtungsrecht schlechter stellen als den konsentierenden Teil eines heterosexuellen Paares, weil ersterer im Gegensatz zu letzterem keine Möglichkeit hat, eigene Samen oder Eizellen zur reziproken Verwendung beizusteuern. Dasselbe gilt für heterosexuelle Paare, bei denen beide Partner unfruchtbar sind und die deshalb sowohl Eizell- als auch Samenspende benötigen, gegenüber Paaren, die zur Überwindung ihrer Kinderlosigkeit lediglich auf eine Eizellspende angewiesen sind. Für die assistierte Befruchtung mittels Keimzellspende eines Dritten müsste also das für die natürliche Zeugung vorgesehene Anfechtungsrecht des leiblichen Vaters (§ 1600 I Nr. 2 BGB) um ein Anfechtungsrecht des konsentierenden Teils erweitert werden, für dessen Erfolg es darauf ankommt, dass zwischen dem Kind und seinem Vater oder seiner Mit-Mutter nach § 1592 Nr. 1 und 2 BGB keine sozial-familiäre Beziehung besteht. Präkonzeptionell sollte den Wunscheltern und der Eizellspenderin zudem das Recht eingeräumt werden, sich verbindlich, soll heißen dauerhaft und unwiderruflich, bei gleichzeitiger Anwesenheit vor einer zuständigen Stelle wie dem Jugendamt oder einem Notar auf eine Mehrelternschaft zu einigen. Das gilt erst recht, wenn die Eizellspenderin zugleich Leihmutter ist, und kann etwa erwünscht sein, wenn eine Frau einem schwulen Paar zu einem Kind verhelfen oder ein schwules und lesbisches Paar eine Queer-Family gründen möchten. Anders als bei der Samenspende muss hinsichtlich der abstammungsrechtlichen Folgen einer Eizellspende nicht zwischen offizieller und privater Spende unterschieden werden, da sich Eizellen nicht im Becher übergeben lassen. Eine private Eizellspende ist höchstens denkbar über Sexualkontakt, wenn beispielsweise eine Frau und ein Mann allein zu dem

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Zweck Geschlechtsverkehr haben, ihm und seinem Partner den Kinderwunsch zu erfüllen oder die Partner eines schwulen und lesbischen Paares Geschlechtsverkehr haben, um sich gegenseitig zu einem Kind zu verhelfen. Dabei handelt es sich dann aber nicht mehr nur um eine private Eizellspende, sondern vielmehr auch eine privat vollzogene Leihmutterschaft. In diesem Fall müssen deshalb die abstammungsrechtlichen Regeln zur Leihmutterschaft greifen. Dabei sollte, soweit die medizinisch assistierte Leihmutterschaft unter Verwendung eigener Eizellen der Leihmutter legalisiert wird, den Beteiligten die Möglichkeit zum optionalen Transfer der Elternverantwortung auf die Wunscheltern nicht auch bei privatem Vollzug gestattet werden. Denn die Freiwilligkeit der Entscheidung einer Frau zur Leihmutterschaft, die Wahrung ihres Selbstbestimmungsrechts während der Schwangerschaft und Geburt sowie die Freiwilligkeit ihrer Entscheidung, das Kind nach der Geburt in die Hände der Wunscheltern zu geben, muss verfahrenstechnisch abgesichert werden. Deshalb kommt allein die Legalisierung der medizinisch assistierten Leihmutterschaft in Betracht (vgl. in diesem Hauptteil, A, VI).

4) "Best Practice" Beispiele für eine Umsetzung des Zugangsrechts

Die Eizellspende ist außer in Deutschland, Luxemburg und der Schweiz europaweit erlaubt[1686]. Zuletzt hat Norwegen mit Gesetzesänderung vom 26. Mai 2020 die Eizellspende zugelassen und darüber hinaus die assistierte Befruchtung auch für Frauen ohne Partner/-in[1687]. Wie Norwegen erlauben viele Staaten die Eizellspende mittlerweile nicht mehr nur heterosexuellen Paaren, sondern auch lesbischen Paaren und alleinstehenden

1686 *Leopoldina*, Fortpflanzungsmedizin in Deutschland – für eine zeitgemäße Gesetzgebung, 2019, S. 71; für einen rechtsvergleichenden Blick auf die Eizellspende in Belgien, Finnland, Frankreich, Spanien, Großbritannien und den USA vgl. *Bühler*, Social Science Report, Egg Donation and IVF with Donated Eggs. Lessons to be Learned from Other Countries, abrufbar unter: https://www.bag.admin.ch/bag/de/home/medizin-und-forschung/fortpflanzungsmedizin/stellungnahmen-gutachten.html (29.3.2022), 2014, S. 55-57.

1687 Eizellspende und assistierte Befruchtung erlaubt – auch für alleinstehende Frauen, Deutsche Hebammen Zeitschrift, 26.5.2020, https://www.dhz-online.de/news/detail/artikel/eizellspende-und-assistierte-befruchtung-erlaubt-auch-fuer-alleinstehende-frauen/ (5.8.2021).

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Frauen[1688]. So seit neustem auch Frankreich[1689]. Fortschrittlich sind die Regelungen zur Eizellspende in den Niederlanden, Großbritannien, Belgien, Rumänien und Malta insofern, als dass sie dort auch homosexuellen Paaren zusteht[1690]. Um das Recht des Kindes auf Kenntnis der eigenen Abstammung zu gewährleisten, darf es in Deutschland keine anonyme Eizellspende geben. Als "Best Practice" Kandidaten scheiden daher einerseits Staaten wie Spanien und Griechenland[1691] aus, die eine strikte Anonymität der Eizellspenderin anordnen, andererseits aber auch Staaten wie Belgien[1692], Dänemark[1693] und Frankreich[1694], die eine Wahlmöglichkeit zwischen anonymer und offener Eizellspende vorsehen. Vorbildwirkung

1688 *ESHRE*, Survey on ART and IUI, 6.2.2020, https://www.eshre.eu/Data-collection-and-research/Consortia/EIM/Legislation-for-ART-and-IUI-treatments (17.2.2022) i.V.m. Table I: Legislation on ART in European countries – third party donation, 2020, S.4: Bulgarien, Dänemark, Estland, Finnland, Island, Irland, Lettland, Portugal und Spanien.

1689 Vie publique, 29.11.2021, https://www.vie-publique.fr/loi/268659-loi-2-aout-2021-bioethique-pma (17.2.2022).

1690 *ESHRE*, Survey on ART and IUI, 6.2.2020, https://www.eshre.eu/Data-collection-and-research/Consortia/EIM/Legislation-for-ART-and-IUI-treatments (17.2.2022) i.V.m. Table I: Legislation on ART in European countries – third party donation, 2020, S. 4-5.

1691 Spanien: Art. 3 VI, Art. 5 V, Art. 6 IV Ley 14/2006 sobre técnicas de reproducción humana Asistida; Griechenland: Art. 1460 ZGB; Anonymität gilt auch in: Albanien, Zypern, Tschechien, Estland, Italien, Lettland, Litauen, Makedonien, Moldawien, Montenegro, Polen, Serbien, Russland, Slovakai und Slowenien, wobei einige dieser Länder die Möglichkeit vor sehen, die Anonymität aufzuheben für den Fall, dass das aus Keimzellspende geborene Kind an schweren Gesundheitsproblemen leidet. Estland, Polen und Russland stellen den Empfängern der Keimzellspende und den daraus gezeugten Kindern allgemeine Informationen über den/die Spender/-in zur Verfügung wie Nationalität, Alter, Gewicht, Größe und Ausbildung; für diese und weitere Informationen vgl. *ESHRE*, Survey on ART and IUI, 6.2.2020, https://www.eshre.eu/Data-collection-and-research/Consortia/EIM/Legislation-for-ART-and-IUI-treatments (17.2.2022) i.V.m. Supplementary Table S II: Anonymity regimen in third-party donation, 2020, S. 3, 9.

1692 Art. 57 Gesetz über die medizinisch assistierte Fortpflanzung und die Bestimmung der überzähligen Embryonen und Gameten, 6.7.2007.

1693 § 16 S. 1 Verordnung Nr. 672 über assistierte Reproduktion.

1694 Gesetz Nr. 2021-1017 zur Bioethik vom 2.8.2021, Vie publique, 29.11.2021, https://www.vie-publique.fr/loi/268659-loi-2-aout-2021-bioethique-pma (17.2.2022).

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

haben das österreichische[1695], englische[1696] und niederländische Recht[1697], wo die Identität der Keimzellspender/-innen protokolliert und später dem Kind, mitunter auch seinen Eltern, Einsicht gewährt wird[1698]. Im Hinblick auf die Voraussetzungen, die eine Eizellspenderin mitbringen sollte, um zur Spende legitimiert zu sein, scheiden als "Best Practice" Beispiele sogleich Länder aus, die vorschreiben, dass die Spenderin mindestens ein eigenes Kind haben muss[1699]. Sofern man die Zahl der pro Spenderin gezeugten Kinder oder die Zahl der Familien mit Kindern, die von derselben Spenderin abstammen, begrenzen will, sollte sich Deutschland ein Beispiel an den Ländern nehmen, die die Obergrenze im europäischen Vergleich am höchsten ansetzen. Dazu gehören Frankreich, Griechenland, Italien, Kasachstan und Polen mit maximal 10 Kindern aus Eizellspende derselben Frau und Großbritannien mit maximal 10 Familien mit Kindern aus Eizellenspende derselben Frau [1700]. In jedem Fall sollten auch im Hinblick darauf die Regelungen zur Samen- und Eizellspende einander gleichen.

III) Das Verbot der Spende von auf Vorrat erzeugten Embryonen

Festgestellt wurde bereits, dass es nach § 1 I Nr. 1 ESchG verboten ist, einer Frau eine fremde Eizelle zu übertragen. Bei der Embryospende stellt sich die Frage, ob auch die Übertragung einer Eizelle nach ihrer Befruchtung verboten ist.

1695 §§ 15, 20 II FMedG; nach § 20 II S. 2 FMedG ist zum Wohl des Kindes in medizinisch begründeten Ausnahmefällen auch der Person, die mit der gesetzlichen Vertretung für die Pflege und Erziehung betraut ist, Einsicht und Auskunft zu gewähren.

1696 Sect. 31 (4) HFEA i.V.m. Human Fertilisation and Embryology Authority (Disclosure of Donor Information) Regulations 2004.

1697 Art. 2 I, Art. 3 II Wet donorgegevens kunstmatige bevruchting (WDKB), 25.4.2002.

1698 *ESHRE*, Survey on ART and IUI, 6.2.2020, https://www.eshre.eu/Data-collection-and-research/Consortia/EIM/Legislation-for-ART-and-IUI-treatments (17.2.2022) i.V.m. Supplementary Table S II: Anonymity regimen in third-party donation, 2020, S. 3, 9.

1699 So: Belarus, Bulgarien, Ungarn und die Ukraine; Schweden und Rumänien stellen keine Pflicht auf, bevorzugen aber Spenderinnen, die bereits ein eigenes Kind geboren haben; vgl. *ESHRE*, Survey on ART and IUI, 6.2.2020, https://www.eshre.eu/Data-collection-and-research/Consortia/EIM/Legislation-for-ART-and-IUI-treatments (17.2.2022) i.V.m. Table III: Legal limits in third-party donation, where permitted, 2020, S. 7-8.

1700 Vgl. ebd. S. 7-8.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

1) Medizinische Grundlagen

Bei der Embryospende, aus Sicht der Wunscheltern auch Embryoadoption, wird ein Embryo – als solchen bezeichnet man die befruchtete entwicklungsfähige menschliche Eizelle vom Zeitpunkt der Kernverschmelzung an (§ 8 ESchG) – in die Gebärmutter einer Frau implantiert, die nicht Erzeugerin der Eizelle ist. Grundsätzlich kann eine Embryospende aus den gleichen Gründen notwendig sein wie eine heterologe Eizellspende, ist aber insbesondere hilfreich, wenn beide Partner unfruchtbar sind. Für die Empfängerin besteht ein im Vergleich zur natürlichen Befruchtung ähnlich erhöhtes Risiko für einen komplizierten Schwangerschaftsverlauf aufgrund von Bluthochdruck, Präeklampsie und Frühgeburt wie nach heterologer Eizellspende. Leidet die Empfängerin an Ovarialinsuffizienz, kann zudem eine externe Hormonbehandlung erforderlich sein, um die Gebärmutterschleimhaut auf die Nidation vorzubereiten. Auch insofern ergeben sich keine wesentlichen Unterschiede zur heterologen Eizellspende, weder was die Hormonzufuhr noch Allokation in die Gebärmutter betrifft. Zugleich verspricht die Embryospende im Vergleich zur natürlichen Zeugung ebenso erhöhte Schwangerschafts- und Lebendgeburtenraten wie die heterologe Eizellenspende. Auch für die Embryospende gilt nämlich, dass die fremden Eizellen in der Regel jünger und seltener fehlerbehaftet sind als die eigenen. So zeigen US-amerikanische Daten, dass der Erfolg einer Embryospende weniger vom Alter der Empfängerin als vielmehr dem der Eizellspenderin abhängt und mit zunehmendem Altem sinkt. Da in Deutschland die Spende von auf Vorrat erzeugten Embryonen verboten ist und nur überzählige Embryonen gespendet werden dürfen (vgl. dazu: 2), kommen als Embryonenspender ausschließlich Paare in Betracht, die selbst Kinderwunschpatienten waren und deren Embryonen demnach mit erhöhter Wahrscheinlichkeit Auffälligkeiten aufweisen. Da Kinder, die mittels Embryospende gezeugt werden, mit keinem Wunschelternteil genetisch verwandt sind, gleicht ihre Situation am ehesten der von Adoptivkindern[1701], wobei der Vergleich hinkt, da es einem Kind schwerer fallen dürfte, sich mit dem Gedanken anzufreunden, dass es nach der Geburt von seinen Eltern aufgegeben worden ist, nicht schon als Embryo[1702]. Auch sonst ist

1701 Bis hierhin m.w.N. *Leopoldina*, Fortpflanzungsmedizin in Deutschland – für eine zeitgemäße Gesetzgebung, 2019, S. 73-75.

1702 *Deutscher Ethikrat*, Embryospende, Embryoadoption und elterliche Verantwortung, 2016, S. 123.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

der Begriff der Embryospende missverständlich, die die Elternzuordnung bei einer Adoption durch staatlichen Hoheitsakt (§ 1752 ESchG), bei einer Embryospende hingegen unmittelbar durch die Geburt des Kindes (§ 1591 BGB) begründet wird. Gleichzeitig erscheint es fehlgeleitet, den Begriff der Embryospende auf die verbotene Erschaffung von Embryonen in Spenderabsicht zu beschränken und den Begriff der Embryoadoption für die erlaubte Rettung überzähliger Embryonen vorzubehalten, denn auch bei der Organ- oder Blut*spende* wird „etwas bereits Existierendes, nicht erst gezielt Erzeugtes übertragen“[1703]. Im Folgenden werden die Begriffe deshalb synonym verwendet.

2) Problemanalyse des Rechtsrahmens de lege lata

Neben den § 1 I Nr. 1, 2 und § 1 II ESchG, die die Eizellspende verbieten, ist es nach § 1 I Nr. 5 ESchG unter Strafe verboten, mehr Eizellen einer Frau zu befruchten, als ihr innerhalb eines Zyklus übertragen werden sollen. In Ergänzung hierzu ist es Mediziner/-innen nach § 1 I Nr. 3 ESchG untersagt, einer Frau innerhalb eines Zyklus mehr als drei Embryonen zu übertragen. Aus dem Zusammenwirken beider Vorschriften wird geschlossen, dass Ärzte und Ärztinnen innerhalb eines Zyklus nicht mehr als drei Eizellen befruchten und der Frau implantieren dürfen, ein Umstand, der gemeinhin als „Dreierregel“ bekannt ist[1704]. Mit der Dreierregel hatte der Gesetzgeber ursprünglich vermeiden wollen, dass überzählige Embryonen entstehen, auch um eine missbräuchliche Verwendung im Sinne des § 2 I ESchG abzuwehren[1705]. Über die Vorschriften zur Samenspende und zum Verbot der Eizellspende ist damit unstreitig die gezielte Erzeugung von Embryonen auf Vorrat bzw. die Imprägnation (Eindringen des Spermiums in die Eizelle) in Spenderabsicht untersagt. Denn § 1 I Nr. 2 ESchG verbietet es, eine Eizelle zu einem anderen Zweck künstlich zu befruchten, als eine Schwangerschaft der Frau herbeizuführen, von der die Eizelle stammt.

Ob das ESchG indes auch das Auftauen und die extrakorporale Weiterentwicklung von kryokonservierten, zwischen Imprägnation (Befruchtung) und Konjugation (Zellkernverschmelzung) begriffener Eizellen im

1703 *Taupitz/Hermes*, Embryonenspende erlaubt?, NJW 2015, S. 1802-1807 (1803).
1704 *Bögershausen*, Präimplantationsdiagnostik, 2016, S. 96; *Deutscher Ethikrat*, Präimplantationsdiagnostik, 2011, S. 31 ff.
1705 *Landwehr*, Rechtsfragen der Präimplantationsdiagnostik, 2017, S. 104; *Braun*, in: Prütting, Medizinrecht Kommentar, 6. Aufl. 2022, § 1 ESchG, Rn. 17.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Vorkernstadium (Formatierung des Genmaterials in den Gameten zum Pronucleus; 2-PN-Stadium) zum Zwecke der Implantation in eine Frau verbietet, von der die Eizelle nicht stammt, wird unterschiedlich beurteilt. Problematisch ist diese Konstellation, wenn „eine ohne ‚Spendeabsicht' imprägnierte Eizelle zunächst kryokonserviert wird, bevor man sie zu einem späteren Zeitpunkt auftaut und weiterkultiviert – nun allerdings in der Absicht, den dadurch später entstandenen Embryo auf eine Frau zu übertagen, von der die Eizelle nicht stammt"[1706]. In dieser Konstellation ist fraglich, ob § 1 I Nr. 2 ESchG das Auftauen und Weiterkultivieren der Eizelle im 2-PN-Stadium zum Zwecke der Embryospende erfasst. Sofern nämlich die 2-PN-Zelle bereits als befruchtete Eizelle anzusehen ist, wäre ein Auftauen und Weiterkultivieren in Spendeabsicht unbedenklich, da die Eizelle nicht zu diesem Zweck imprägniert worden ist. Wird die 2-PN-Zelle hingegen erst mit Kernverschmelzung zur befruchteten Eizelle im Rechtssinne, lösen das Auftauen und die Weiterkultivierung der 2-PN-Zelle den Straftatbestand des § 1 I Nr. 2 ESchG aus, weil dadurch die Eizelle in Spendeabsicht befruchtet würde. Entscheidend ist also, was unter „befruchten" im Sinne des § 1 I Nr. 2 ESchG zu verstehen ist bzw., ob der Befruchtungsvorgang bereits mit Imprägnation und Ausbildung der Vorkerne[1707] oder erst mit Konjugation beendet ist[1708].

1706 *Taupitz/Hermes*, Embryonenspende erlaubt?, NJW 2015, S. 1802-1807 (1904).

1707 *Frommel*, Gutachten zur Frage der Freigabe kryokonservierter 2-PN-Zellen, des Auftauens und extrakorporalen Weiterkultivierens in Spenderabsicht, 2011, https://www.netzwerk-embryonenspende.de/recht/Gutachten-Prof-Dr-Frommel.pdf (17.2.2022); *Frommel*, Oozyten im 2-PN-Stadium für die Embryonenspende?, J. Reproduktionsmed. Endokrinol. 2015 (12/2), S. 42-56 (52 f.); *Dorneck*, Netzwerk Embryonenspende und das längst veraltete ESchG, Medstra 2018 (4/1), S. 259-264; wohl auch: *Hufen*, Oozyten im 2-PN-Stadium für die Embryonenspende?, J. Reproduktionsmed. Endokrinol. 2015 (12/2), S. 42-56 (54).

1708 OLG Karlsruhe, Urt. v. 17.6.2016 – 14 U 165/15, BeckRS 2016, 106673; *Deutscher Ethikrat*, Embryospende, Embryoadoption und elterliche Verantwortung, 2016, S. 37 ff.; *Leopoldina*, Fortpflanzungsmedizin in Deutschland – für eine zeitgemäße Gesetzgebung, 2019, S.73, 76; *Frister*, Oozyten im 2-PN-Stadium für die Embryonenspende?, J. Reprdoktionsmed. Endokrinol. 2015 (12/2), S. 42-56 (53); *Taupitz*, Oozyten im 2-PN-Stadium für die Embryonenspende?, J. Reprdoktionsmed. Endokrinol. 2015, S. 42-56 (53); *Taupitz/Hermes*, Embryonenspende erlaubt?, NJW 2015, S. 1802-1807; *Deuring*, Die „Mitochondrienspende" im deutschen Recht, MedR 2017 (35), S. 215-220; *Günther*, in: Günther/Taupitz/Kaiser, ESchG, CII § 1 I Nr. 2, Rn. 10, 11, 15; *Taupitz*, in: Günther/Taupitz/Kaiser, ESchG, CII § 1 I Nr. 1, Rn. 19; *Höfling/Engels*, in: Prütting, Medizinrecht Kommentar, 4. Aufl. 2016, § 1 ESchG, Rn. 14; *Müller-Terpitz*, in: Spickhoff, Medizinrecht, 3. Aufl. 2018, § 1 ESchG, Rn. 10; *Krüger*, Das Verbot der postmortem-Befruchtung, 2010, S. 6 f.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

Vertreter der letzten Ansicht argumentieren, dass der Befruchtungserfolg nach dem allgemeinen Sprachgebrauch erst mit der Kernverschmelzung eintritt, so dass das Auftauen und Weiterkultivieren der ursprünglich nicht zum Zweck der Spende imprägnierten 2-PN-Zelle in nunmehriger Spendeabsicht bei grammatischer Auslegung des § 1 I Nr. 2 ESchG genauso verboten ist wie die Imprägnation in anfänglicher Spendeabsicht. Dem halten Anhänger der ersten Ansicht, vor allem *Frommel*, entgegen, das ESchG verwende einen „bereichsspezifisch auszulegenden Begriff […] der ‚Befruchtung'"[1709]. So habe das OLG Rostock mit Urteil vom 7.5.2010[1710] entschieden, dass es sich beim Auftauen und Weiterkultivieren einer imprägnierten Eizelle nicht um eine verbotene postmortale Befruchtung im Sinne des § 4 I Nr. 3 ESchG handelt. Entsprechend lege auch § 1 I Nr. 2 ESchG als Tatobjekt eine unbefruchtete, d.h. nicht imprägnierte, Eizelle zugrunde. Jedoch ist, wie der *Deutsche Ethikrat* moniert, „[d]ie Übertragung einer Begriffsbedeutung aus einer Norm (§ 4 Abs. 1 Nr. 3 ESchG) auf eine andere (§ 1 Abs. 1 Nr. 2 ESchG) bei gleichzeitiger Betonung der Notwendigkeit einer bereichsspezifischen Auslegung […] wenig konsistent"[1711]. Zudem habe das OLG Rostock seine Auslegung des Befruchtungsbegriffs selbst auf § 4 I Nr. 3 ESchG beschränkt[1712], weil § 4 I Nr. 3 ESchG ein anderes Telos zugrunde liegt als § 1 I Nr. 3 ESchG. Deshalb spricht vieles gegen eine begriffliche Reduzierung von „zu befruchten" auf „zu imprägnieren"[1713].

Auch die systematische Auslegung des § 1 I Nr. 2 ESchG legt dieses Ergebnis nahe. Denn würde § 1 I Nr. 2 ESchG allein auf die Imprägnation als strafbare Handlung abstellen, wäre § 1 II ESchG als Tatbestand obsolet. Tatsächlich hätte der Gesetzgeber dann, wie *Taupitz/Hermes* anmerken „nicht nur ein und denselben Tatbestand doppelt geregelt. Er hätte dabei auch noch die Begrifflichkeiten ‚bewirken, dass eine Samenzelle […] eindringt' und ‚Samenzelle […] verbringen' einerseits (§ 1 II ESchG) sowie ‚befruchten'

1709 *Frommel*, Gutachten zur Frage der Freigabe kryokonservierter 2-PN-Zellen, des Auftauens und extrakorporalen Weiterkultivierens in Spenderabsicht, 2011, https://www.netzwerk-embryonenspende.de/recht/Gutachten-Prof-Dr-Frommel.pdf (17.2.2022), S. 2

1710 OLG Rostock, Urt. v. 7.5.2010 – 7 U 67/09, BeckRS 2010, 12238.

1711 *Deutscher Ethikrat*, Embryospende, Embryoadoption und elterliche Verantwortung, 2016, S. 38-39; so auch: *Taupitz/Hermes*, Embryonenspende erlaubt?, NJW 2015, S. 1802-1807 (1804).

1712 Vgl. ebd. S. 39; vgl. ebd. S. 1805; *Frister*, Oozyten im 2-PN-Stadium für die Embryonenspende?, J. Reprdoktionsmed. Endokrinol. 2015 (12/2), S. 42-56 (54).

1713 *Taupitz/Hermes*, Embryonenspende erlaubt?, NJW 2015, S. 1802-1807 (1805).

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

andererseits (§ 1 I Nr. 2 ESchG) völlig synonym verwendet". Wahrscheinlicher sei, „dass § 1 II ESchG Handlungen im Vorfeld des Anwendungsbereichs von § 1 I Nr. 2 ESchG erfasst, die Verbotstatbestände im Verlauf des Befruchtungsvorgangs nahtlos aneinander anschließen und beide Tatbestände übereinstimmend Handlungen im Vorfeld einer späteren (durch Transfer zu erfolgenden) Embryonenspende erfassen"[1714]. Auch führt die Gleichsetzung von „zu befruchten" mit „zu imprägnieren" laut *Frister* zu dem zweifelhaften Ergebnis, dass es nach § 1 I Nr. 5 ESchG verboten wäre, überzählige Eizellen im Vorkernstadium zu erzeugen und einzufrieren[1715]; eine in der Praxis fest etablierte und vom Gesetzgeber willkommen geheißene Alternative zur Erzeugung überzähliger Embryonen[1716].

Schließlich ergibt sich nach *Frister* die Zulässigkeit der Spende von 2-PN-Zellen auch nicht als „wesensgleiches Minus" aus § 2 I ESchG. Denn insofern habe der Gesetzgeber lediglich auf die „notstandsähnliche Lage'" reagieren wollen, die sich bei einem bereits erzeugten Embryo daraus ergibt, dass der embryonale Lebensschutz gegen das Gemeinwohlinteresse an einer Vermeidung gespaltener Mutterschaft abzuwägen ist und im Ergebnis für einen Erhalt des Embryos spricht. Bei 2-PN-Zellen fehle es hingegen an solch einem Notstand, da noch kein Embryo existiert[1717].

Daneben spricht nach *Taupitz/Hermes* schließlich auch die teleologische Auslegung des § 1 I Nr. 2 ESchG dafür, „dass das Fortsetzen eines begonnenen Befruchtungsvorgangs als ‚befruchten' im Sinne dieser Vorschrift anzusehen ist"[1718]. Selbst wenn nämlich, wie *Frommel* geltend macht[1719], Sinn und Zweck des § 1 I Nr. 2 ESchG allein darin bestünde, eine Instrumentalisierung der Frau als Eizellbank zu verhindern, sei nicht klar, warum zwar die Imprägnation, nicht aber die übrigen Befruchtungsvorgänge strafbar sein sollen. Denn „das Imprägnieren folgt der *Gewinnung* der Eizelle erst nach – ebenso wie auch das anschließende Auftauen und Weiterkulti-

1714 Vgl. ebd. S. 1805; *Deutscher Ethikrat*, Embryospende, Embryoadoption und elterliche Verantwortung, 2016, S. 40.

1715 *Frister*, Oozyten im 2-PN-Stadium für die Embryonenspende?, J. Reprdoktionsmed. Endokrinol. 2015 (12/2), S. 42-56 (54).

1716 *Günther*, in: Günther/Taupitz/Kaiser, ESchG, C II § 1 I Nr. 5, Rn. 3

1717 *Frister*, Oozyten im 2-PN-Stadium für die Embryonenspende?, J. Reprdoktionsmed. Endokrinol. 2015 (12/2), S. 42-56 (54).

1718 *Taupitz/Hermes*, Embryonenspende erlaubt?, NJW 2015, S. 1802-1807 (1805); *Deutscher Ethikrat*, Embryospende, Embryoadoption und elterliche Verantwortung, 2016, S. 40-41.

1719 *Frommel*, Oozyten im 2-PN-Stadium für die Embryonenspende?, J. Reproduktionsmed. Endokrinol. 2015 (12/2), S. 42-56 (52).

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

vieren“[1720]. Wenig überzeugend ist laut *Taupitz/Hermes* zudem *Frommels* Schluss[1721], die Vermeidung gespaltener Mutterschaft sei als auslegungsrelevanter Zweck des § 1 I Nr. 2 ESchG zu vernachlässigen, da § 1591 BGB nur eine Frau als Mutter bestimme; nämlich die Frau, die das Kind ausgetragen hat. Denn aus den Gesetzesmaterialien gehe deutliche hervor, dass nicht die befürchteten negativen Auswirkungen einer gespaltenen Mutterschaft nach einem familienrechtlichen, sondern vielmehr biologischen Begriffsverständnis Anlass für den Erlass des § 1 I Nr. 2 ESchG waren[1722]. Danach müsse § 1 I Nr. 2 ESchG auch das Auftauen und Weiterkultivieren imprägnierter Eizellen erfassen, denn „erst dadurch kommt es zur Entwicklung eines Embryos, der auf eine Frau übertragen und von ihr ausgetragen werden kann, mit der anschließenden Folge, dass das Wohl des geborenen Kindes durch Kenntnis seiner biologisch diversifizierten Abstammung gefährdet sein kann“[1723]. Auch soweit § 1 I Nr. 2 ESchG die Entstehung überzähliger Embryonen zu verhindern suche, um deren missbräuchlicher Verwendung im Sinne des § 2 I ESchG vorzubeugen[1724], könne sich § 1 I Nr. 2 ESchG nicht in der Imprägnation als einzig strafbarer Handlung erschöpfen, da erst mit der Zellkernverschmelzung ein Embryo entstehe, dessen Verwendung zu „einem anderen Zweck“ zu befürchten stehe[1725]. Zwar sei bei Unternehmensdelikten wie dem § 1 I Nr. 2 ESchG nicht auf das Erfolgs-, sondern auf das Handlungsunrecht abzustellen, doch gerate man „zu dem erforderlichen, auf die Handlung bezogenen Unwerturteil […] auch bezüglich des Auftauens und Weiterkultivierens, die ebenfalls zur Erzeugung eines Embryos führen“[1726]. Soweit *Frommel* argumentiert, „dem Wortlaut des § 2 ESchG sei im Umkehrschluss zu entnehmen, dass ‚das Verwenden von Embryonen zum Zwecke ihrer Erhaltung ausdrücklich erlaubt sei‘“ und daher „nach Vollendung der Befruchtung, aber vor der Beendigung des Befruchtungsvorgangs“ kein Spendenverbot greife, halten

1720 *Taupitz/Hermes*, Embryonenspende erlaubt?, NJW 2015, S. 1802-1807 (1805).
1721 *Frommel*, Gutachten zur Frage der Freigabe kryokonservierter 2-PN-Zellen, des Auftauens und extrakorporalen Weiterkultivierens in Spenderabsicht, 2011, https://www.netzwerk-embryonenspende.de/recht/Gutachten-Prof-Dr-Frommel.pdf (17.2.2022), S. 2 f.
1722 *Taupitz/Hermes*, Embryonenspende erlaubt?, NJW 2015, S. 1802-1807 (1806); BT-Drucks. 11/5460, S. 7 f.; KG, Urt. v. 8.11.2013 – 5 U 143/11, BeckRS 2014, 15250, Rn. 41.
1723 *Taupitz/Hermes*, Embryonenspende erlaubt?, NJW 2015, S. 1802-1807 (1806).
1724 *Günter*, in: Günther/Taupitz/Kaiser, ESchG, C II § 1 I Nr. 2, Rn. 1, 4, § 1 II, Rn. 4.
1725 *Taupitz/Hermes*, Embryonenspende erlaubt?, NJW 2015, S. 1802-1807 (1806).
1726 Vgl. ebd. S. 1806.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Taupitz/Hermes dem entgegen, dass zum Zeitpunkt des Auftauens und Weiterkultivierens noch kein Embryo existiert, dessen Lebensschutz zu achten wäre[1727]. Nicht zuletzt sei es dem Gesetzgeber darum gegangen, den „Betätigungsbereich der Ärzte (als Anbieter ihrer Dienstleistungen im Bereich der Reproduktionsmedizin) rechtssicher" zu regeln und „für den Umgang mit menschlichem Leben von seinem Beginn an ‚klare Grenzen [zu] setzen'", auch um den „Arzt bei künftigen Ansinnen Dritter zu schützen (durch einen dann möglichen abwehrenden schlichten Hinweis auf geltendes Recht)"[1728]. Daher sei „davon auszugehen, dass sich der legislative Regelungswille auf alle zu einer Befruchtung führenden Dienstleistungen erstreckt, die ein Reproduktionsmediziner möglicherweise vornimmt", da „eine auf die Eizellimprägnierung beschränkende Normauslegung […] der umfassenden Regelungsabsicht des Gesetzgebers entgegen[liefe]"[1729]. Schließlich sei es auch ein Gebot der Logik, „dass der Gesetzgeber die Verwendung zunächst kryokonservierter imprägnierter Eizellen nicht von seiner Normierung ausnehmen wollte". Denn „die vollständig untersagte Eizellspende und die Embryonenspende [weichen] nur hinsichtlich des Fortschritts des Befruchtungsvorgangs" voneinander ab. Deshalb sei nicht anzunehmen, „dass der Gesetzgeber Konstellationen, die im späteren Stadium des Befruchtungsvorgangs entstehen, gegenüber zeitlich vorgelagerten Situationen nicht regeln wollte, obwohl jene vergleichsweise näher am Entstehen eines Embryos […] liegen und damit dem missbilligten Erfolg viel näher stehen"[1730].

Im Ergebnis steht jedenfalls fest: Wer „eine imprägnierte kryokonservierte Eizelle auftaut und weiterkultiviert und dabei die Absicht hat, den später entstehenden Embryo auf eine Frau zu übertragen, von der die Eizelle nicht stammt, geht ein erhebliches Strafbarkeitsrisiko ein"[1731].

Das zeigt der Fall um das „Netzwerk Embryonenspende", einen Verein, in dem sich überwiegend süddeutsche Kinderwunschkliniken zusammengeschlossen haben, um die „Vermittlung von zur Spende freigegebenen Embryonen an ungewollt kinderlose Paare, die medizinisch und biologisch nicht in der Lage sind, auf natürliche oder reproduktionsmedizinische Art Kinder zu zeugen", zu fördern. Die dazu offenbar auch praktizierte Spende

1727 Vgl. ebd. S. 1806.
1728 KG, Urt. v. 8.11.2013 – 5 U 143/11, BeckRS 2014, 15250, Rn. 44.
1729 *Taupitz/Hermes*, Embryonenspende erlaubt?, NJW 2015, S. 1802-1807 (1806).
1730 Vgl. ebd. S. 1806.
1731 Vgl. ebd. S. 1807.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

von 2-PN-Zellen zur Weiterkultivierung und Implantation in eine Frau, von der die Eizelle nicht stammt, führte zur strafrechtlichen Verfolgung. Am 20.3.2018 entschied das *Amtsgericht Dillingen*, dass das Weiterkultivieren von 2-PN-Zellen in Spendeabsicht gegen § 1 I Nr. 2 ESchG verstößt[1732]. Das *Landgericht Augsburg* hingegen wies mit Urteil vom 20.3.2018 den Vorwurf der missbräuchlichen Verwendung fortpflanzungsmedizinischer Methoden ab[1733]; unter Verweis auf eine „moderne" Auslegung des ESchG, wonach die Befruchtung im 2-PN-Stadium beendet sei[1734]. Diese Einschätzung teilte das *Bayerische Oberlandesgericht* nicht und konstatierte mit Urteil vom 4.11.2020 die Strafbarkeit der Verantwortlichen des Netzwerks Embryonenspende[1735].

Unstreitig erlaubt ist indes die Spende von Embryonen, die „für die fortpflanzungsmedizinische Behandlung des Paares, für das sie erzeugt wurden, endgültig nicht mehr verwendet werden können […] oder sollen" (Spende überzähliger Embryonen)[1736]. Dabei handelt es sich etwa um Embryonen, die in Anwendung des sogenannten „Deutschen Mittelweges" entstehen und außerplanmäßig nicht implantiert werden können. Vertreter des Deutschen Mittelweges legen § 1 I Nr. 3 und Nr. 5 ESchG flexibel aus: Der Gesetzgeber habe in § 1 I Nr. 5 ESchG bewusst darauf verzichtet, eine bestimmte Anzahl an Embryonen festzulegen und „eine flexible Regel geschaffen, welche auf den jeweiligen Stand der Forschung und Erfahrung abstellt"[1737]. Zudem könne es nicht Sinn und Zweck der Vorschrift gewesen sein, die Ärzte zu einer „ineffizienten und für die Patientin belastenden Behandlungsmethode zu zwingen". Ein Arzt dürfe deshalb so viele Befruch-

1732 AG Dillingen, Urt. v. 20.3.2018 – 306 Cs 202 Js 143548/17.

1733 LG Augsburg, Urt. v. 13.12.2018 – 16 Ns 202 Js 143548/14.

1734 Für eine berechtigte Kritik an dem Urteil des LG Augsburg vgl. *Taupitz*, Verbot der Eizellspende – „modern" interpretiert?, NJW 2019, S. 337-340 (340): „Das […] Verbot der Eizellspende einschließlich der 2-PN-Spende ist zwar im höchsten Maße rechtspolitisch zweifelhaft. Rechtspolitik ist jedoch allein Sache des Gesetzgebers […]. Dass das LG Augsburg […] meint, die […] Aufgabe des Gesetzgebers übernehmen zu müssen, ist ein deutliches Zeichen dafür, in welchem Ausmaß in der Praxis der Unmut darüber steigt, dass der Gesetzgeber den zahllosen Forderungen, ein zeitgemäßes Fortpflanzungsmedizingesetz zu schaffen, immer noch nicht nachgekommen ist."

1735 OLG München, Urt. v. 4.11.2020 – 206 St RR 1459/19-1461/19.

1736 *Leopoldina*, Fortpflanzungsmedizin in Deutschland – für eine zeitgemäße Gesetzgebung, 2019, S. 72.

1737 *Frommel*, Deutscher Mittelweg, J. Reproduktionsmed. Endokrinol. 2007 (4/1), S. 27-33.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

tungsversuche vornehmen, wie er seiner Einschätzung nach benötigt, um letztlich ein bis drei entwicklungsfähige Embryonen zu erhalten[1738]. Ihm müsse also in anderen Worten eine „Einschätzungsprärogative hinsichtlich einer Misserfolgsquote bei Befruchtungsversuchen" zukommen[1739]. Maßgeblich sei die Intention des Reproduktionsmediziners. Nur wenn dieser „zum Zeitpunkt der Befruchtung beabsichtigt, mehr Embryonen zu erzeugen, als er der Frau innerhalb eines Zyklus übertragen darf", mache er sich nach § § 1 I Nr. 3 und Nr. 5 ESchG strafbar[1740]. Daneben können überzählige Embryonen entstehen, „wenn nach Etablierung einer oder mehrerer Schwangerschaften die Familienplanung abgeschlossen ist, der Kinderwunsch aus anderen Gründen nicht mehr aktuell ist, beispielsweise aufgrund des Lebensalters, die Paarbeziehung aufgegeben wurde und damit kein gemeinsamer Kinderwunsch mehr besteht, wenn medizinische Gründe gegen eine weitere Schwangerschaft sprechen oder die Patientin gar gestorben ist". Auch die Kosten der Kryokonservierung können ein Paar dazu verleiten, die Kinderwunschbehandlung abzubrechen.[1741]

Wenn eine Frau die Implantation verweigert – die Übertragung des Embryos ohne ihre Einwilligung ist strafbar (§ 4 I Nr. 2 ESchG) – ist das Einsetzen in eine andere Frau zulässig, sofern diese nicht als Ersatzmutter dient (§ 1 I Nr. 7 ESchG) und „wenn die Transferabsicht erst nach dem Moment gefasst wird, in dem aufgrund abgeschlossener Befruchtung („Kernverschmelzung") gem. § 8 ESchG bereits ein Embryo vorhanden ist", wenn also „der Embryo durch den Transfer vor dem Absterben bewahrt werden soll"[1742]. Dass in diesem Fall der Lebensschutz des Embryos Vorrang hat vor dem Interesse, eine gespaltene Mutterschaft zu verhindern, ergibt sich im Umkehrschluss aus Art. 2 I ESchG, wonach die Verwendung des Embryos nur für solche Zwecke verboten ist, die nicht seiner Erhaltung dienen. Gleichzeitig erfasst das Verbot des § 6 I Nr. 6 ESchG, der die Entnahme eines Embryos vor Abschluss seiner Einnistung in die Gebärmutter

1738 *Deutscher Ethikrat*, Präimplantationsdiagnostik, 2011, S. 31.
1739 *Landwehr*, Rechtsfragen der Präimplantationsdiagnostik, 2017, S. 106.
1740 Vgl. ebd. S. 106; *Krüger*, Präimplantationsdiagnostik de lege lata et ferenda, in: Rosenau, Ein zeitgemäßes Fortpflanzungsmedizingesetz für Deutschland, 2013, S. 69-95 (87).
1741 *Leopoldina*, Fortpflanzungsmedizin in Deutschland – für eine zeitgemäße Gesetzgebung, 2019, S. 72.
1742 *Taupitz/Hermes*, Embryonenspende erlaubt?, NJW 2015, S. 1802-1807 (1807); *Müller-Terpitz*, in: Spiekhoff, Medizinrecht, 3. Aufl. 2018, § 1 ESchG, Rn. 8; *Günther*, in: Günther/Taupitz/Kaiser, ESchG, C II § 2, Rn. 44.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

zur Übertragung auf eine andere Frau verbietet, bewusst nicht auch die Spende von *in vitro* Embryonen[1743].

Gleichwohl ist über § 34 StGB auch die Entnahme und der anschließende Transfer eines Embryos *in vivo* auf eine andere Frau zulässig, wenn dies unumgänglich ist, um das Leben des Embryos zu retten, etwa weil „die Frau, von der die Eizelle stammt und auf die der Embryo bereits übertragen wurde, den Embryo nicht (weiter) austragen kann"[1744].

3) Empfehlungen vor dem Hintergrund des Zugangsrechts

Im Hinblick auf ein Recht auf Zugang zur Elternschaft ist den Empfehlungen der *Leopoldina*[1745], *Bundesärztekammer*[1746] und des *Deutschen Ethikrats*[1747] zu folgen. Sie führen dazu, die Zulässigkeit der Spende überzähliger Embryonen und Fragen im Hinblick auf „die Voraussetzungen […], das Verfahren und die damit verbundenen Rechte sowie Rechtsfolgen (z.B. Elternschaft, Unterhalt, Erbrecht)", die bislang „nicht ausdrücklich gesetzlich geregelt sind und zum Teil analog zur heterologen Verwendung von Keimzellen bestehen", einer eigenständigen Regelung zuzuführen[1748].

– Dabei sollten nicht in Spendeabsicht erzeugte 2-PN-Zellen und Embryonen bezüglich einer möglichen Spende gleichgestellt werden. Denn argumentationslogisch ist es widersinnig, dass weniger weit entwickelte „Vorkernstadien nicht gespendet werden dürfen", wohl aber voll ausgebildete Embryonen. Da die imprägnierte Eizelle „oft schon als befruchtet angesehen und einem Embryo gleichgestellt [wird]", ist damit zu rechnen,

1743 BT-Drucks. 11/5460, S. 9.

1744 *Taupitz/Hermes*, Embryonenspende erlaubt?, NJW 2015, S. 1802-1807 (1803); *Taupitz*, in: Günther/Taupitz/Kaiser, EschG, C II § 1 I Nr. 6, Rn. 7.

1745 *Leopoldina*, Fortpflanzungsmedizin in Deutschland – für eine zeitgemäße Gesetzgebung, 2019, S. 76-78.

1746 *BÄK*, Memorandum für eine Reform des Embryonenschutzgesetzes, 14.2.2020, https://www.bundesaerztekammer.de/fileadmin/user_upload/downloads/pdf-Ordner/MuE/2020-09-11_Memorandum_DAEB_final.pdf (17.2.2022), A 6-7.

1747 *Deutscher Ethikrat*, Embryospende, Embryoadoption und elterliche Verantwortung, 2016.

1748 Vgl. ebd. S. 126 ff.; *BÄK*, Memorandum für eine Reform des Embryonenschutzgesetzes, 14.2.2020, https://www.bundesaerztekammer.de/fileadmin/user_upload/downloads/pdf-Ordner/MuE/2020-09-11_Memorandum_DAEB_final.pdf (17.2.2022), A 6-7; *Leopoldina*, Fortpflanzungsmedizin in Deutschland – für eine zeitgemäße Gesetzgebung, 2019, S. 76 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

dass die Beteiligten ihr Verwerfen im 2-PN-Stadium als nicht weniger belastend empfinden wie nach der Kernverschmelzung. Daher sollte den Betroffenen in beiden Befruchtungsstadien eine Alternative zur Verwerfung an die Hand gegeben werden[1749].

- Zudem „sollte gesetzlich festgelegt werden, dass die Vermittlung zur Spende freigegebener Vorkernstadien und Embryonen nach transparenten und sachgerechten Kriterien" über „entsprechend autorisierte Einrichtungen" erfolgt[1750], die eine Zuordnung wohlgemerkt – anders als der *Deutsche Ethikrat* nahelegt[1751] – unabhängig von der sexuellen Orientierung, dem Personenstand und Beziehungsstatus der die Elternschaft anstrebenden Person vornehmen.
- Um zu vermeiden, dass die Wunscheltern den Embryo selektiv nach bestimmten Eigenschaften auswählen, sollten Spender- und Wunscheltern im Auswahlprozess entgegen der Empfehlung des *Deutschen Ethikrates* füreinander anonym bleiben, es sei denn, die Spendereltern begrenzen ihre Spenderbereitschaft von vornherein auf einen konkreten Kinderwunschpatienten, etwa ein bekanntes oder verwandtes Paar.
- Im Übrigen darf dem Wunsch der Spenderpaare, „Bedingungen an bestimmte Verhältnisse bei den Empfängern"[1752] zu stellen, nur nachgekommen werden, soweit kein Diskriminierungsverbot, etwa in Bezug auf vorgenannte Kriterien, entgegensteht. Die Empfänger sollten ausschließlich gesundheitsspezifische Informationen erhalten wie Blutgruppe, Rhesusfaktor, Erbkrankheiten und Alter der Spender, um Komplikationen im Schwangerschaftsverlauf vorzubeugen.
- In jedem Fall muss Voraussetzung für die Spende überzähliger Embryonen und 2-PN-Zellen die vor Embryotransfer vorgelegte Einwilligung der Personen sein, von denen die Ei- und Samenzelle stammen. Um den Spendereltern im Rahmen ihres umfassenden Verfügungsrechts eine selbstbestimmte Entscheidung zu ermöglichen, „ob ein Embryo verworfen, kryokonserviert oder zur Embryospende freigegeben wird, sind

1749 *Leopoldina*, Fortpflanzungsmedizin in Deutschland – für eine zeitgemäße Gesetzgebung, 2019, S. 76.
1750 Vgl. ebd. S. 77.
1751 *Deutscher Ethikrat,* Embryospende, Embryoadoption und elterliche Verantwortung, 2016, S. 126-127.
1752 Vgl. ebd. S. 26.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

medizinische Informationen sowie eine kompetente Aufklärung notwendig“[1753].

– Auch die Empfängereltern müssen eine umfassende medizinische Aufklärung und Beratung erhalten. Anders als die *Leopoldina* nahelegt, spricht grundsätzlich nichts gegen eine postmortale Spende überzähliger Embryonen und 2-PN Zellen zur Weiterkultivierung und Implantation in eine andere Frau als die, von der die Eizelle stammt. Voraussetzung ist, dass die Spendereltern zu Lebzeiten einer postmortalen Verwendung zugestimmt haben. Verstirbt nur eine der Personen, von denen der Embryo abstammt, sollte der überlebende Teil nach dem Angebot einer psychosozialen Beratung in die Spende einwilligen können, wenn „kein entgegenstehender Wille des Verstorbenen erkennbar ist“[1754].
– Im Übrigen sollte die Embryospende den gleichen Bestimmungen unterliegen wie die heterologe Samen- und Eizellspende. So auch im Hinblick auf die abstammungsrechtlichen Folgen. Insbesondere sollten die Wunscheltern unmittelbar und unverrückbar mit der Geburt des Kindes dessen rechtliche Eltern werden[1755]. Fehlgeleitet wäre eine Anlehnung an die Vorschriften des Adoptionsrechts[1756], denn das „Kind wird […] in die Empfängerfamilie hineingeboren und muss keinen Wechsel der Bezugspersonen oder Umstände erleben“, wird also „die Abgabe durch seine genetischen Eltern anders bewerten“[1757].
– Zum Schutz des Kindes auf Kenntnis seiner Abstammung sollte das Register für Samen- und Eizellspenden um Embryonenspenden erweitern werden, wobei die Identität beider biologischer Elternteile zu dokumentieren ist. Hinsichtlich der Auskunftsansprüche muss das gleiche gelten wie bei der Eizell- und Samenspende: Das Kind sollte Auskunft verlangen können, zunächst vertreten durch seine Eltern und ab dem 16.

1753 *BÄK*, Memorandum für eine Reform des Embryonenschutzgesetzes, 14.2.2020, https://www.bundesaerztekammer.de/fileadmin/user_upload/downloads/pdf-Ordner/MuE/2020-09-11_Memorandum_DAEB_final.pdf (31.3.2022), A 6.

1754 *Leopoldina*, Fortpflanzungsmedizin in Deutschland – für eine zeitgemäße Gesetzgebung, 2019, S. 77; *Deutscher Ethikrat*, Embryospende, Embryoadoption und elterliche Verantwortung, 2016, S. 127.

1755 Zur Übertragbarkeit der für die Eizell- und Samenspende entwickelten abstammungsrechtlichen Grundsätze auf die Embryospende: *Helms*, Gutachten: Rechtliche, biologische und soziale Elternschaft – Herausforderungen durch neue Familienformen, in: Verhandlungen des 71. DJT, Bd. I, 2016, F 5-103 (27).

1756 Anders: *Deutscher Ethikrat*, Embryospende, Embryoadoption und elterliche Verantwortung, 2016, S. 119.

1757 Vgl. ebd. S. 124.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Lebensjahr selbst. Neben der Identität seiner genetischen Eltern sollte es Kenntnis von der Existenz etwaiger Halb- oder Vollgeschwister erhalten, sofern diese einer Identitätsaufdeckung zugestimmt haben.
- Spenderpaare sollten Auskunft darüber erhalten, ob ihre Spende erfolgreich war und wie viele Kinder daraus in welchem Jahr, mit welchem Geschlecht geboren wurden. In gegenseitigem Einvernehmen sollte ein Kennenlernen des Spenderpaares und der Empfängereltern möglich sein; bei Bedarf begleitet durch psychosoziale Beratung. Mit der *Leopoldina* erscheint es vernünftig, für den Fall, dass nur einer der Partner die Kryokonservierung beenden will, diesem Wunsch nach kurzer Bedenkzeit stattzugeben.
- Da die Spende überzähliger Embryonen und 2-PN-Zellen „für das spendende Paar weder einen zusätzlichen Aufwand noch zusätzliche medizinische Risiken" bedeutet[1758], ist es gerechtfertigt, dafür keine Aufwandsentschädigung oder Vergütung zu gewähren.
- Anders als die *Leopoldina* vorschlägt, sollte die Zahl der Embryospenden pro Spenderpaar oder die Zahl der Familien mit Kindern aus Embryospenden desselben Spenderpaares analog zur Eizell- und Samenspende nur wenig bis gar nicht begrenzt sein.
- Nach Zulassung der Samenspende, Spende unbefruchteter Eizellen, überzähliger Embryonen und imprägnierter Eizellen drängt sich außerdem ein offener Diskurs um die Frage einer kontrollierten Zulassung der gezielten Herstellung von Embryonen zur Spende auf. Solange Embryonen nicht auf Vorrat hergestellt, sondern erst in dem Moment gezeugt werden, in dem konkrete, die Elternschaft für diesen Embryo anvisierende Kinderwunschpatienten bereitstehen, wird dem Ziel des ESchG, die Entstehung überzähliger Embryonen zu vermeiden, hinreichend Rechnung getragen. Das gilt umso mehr, da die Rechte des Embryos als Rechtfertigung für gesetzesmedizinische Eingriffe in das Zugangsrecht nur in abgestufter Form greifen (vgl. erster Hauptteil, C, VI, 3).

4) "Best Practice" Beispiele für eine Umsetzung des Zugangsrechts

Die Spende überzähliger Embryonen ist in einer ganzen Reihe von Staaten erlaubt, von denen einige, darunter Belgien, Malta, Rumänien, die Nieder-

1758 *Leopoldina*, Fortpflanzungsmedizin in Deutschland – für eine zeitgemäße Gesetzgebung, 2019, S. 74 f.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

lande und Großbritannien, auch die gezielte Erzeugung von Embryonen aus gespendeten Ei- und Samenzellen zur Embryospende gestatten[1759]. In Großbritannien unterliegt die Embryospende den gleichen Bedingungen wie die Samen- und Eizellspende[1760]. So können nach dem 31. März 2005 aus einer Embryospende gezeugte Kinder ab dem 16. Lebensjahr bei der "Human Fertilisation and Embryology Authority (HFEA)" umfassende nicht identifizierende Spenderdaten und ab dem 18. Lebensjahr auch identitätspreisgebende Informationen erlangen. Eine anonyme Spende ist nicht möglich[1761]. Vor einer Embryospende sind umfassende Aufklärungs- und Beratungsgespräche für Spender- und Empfänger sowie die Durchführung einer medizinischen Untersuchung verpflichtend[1762]. Die durch die HFEA lizensierten fortpflanzungsmedizinischen Zentren nehmen sodann, die erklärte Einwilligung zur Spende vorausgesetzt, eine zumeist an phänotypischen Ähnlichkeiten orientierte Zuordnung von Spendern und Empfängern vor[1763]. Dabei qualifizieren sich sowohl unfruchtbare heterosexuelle Paare als auch lesbische und homosexuelle Paare und alleinstehende Frauen für eine Embryospende[1764]. Die Spender können ihre Einwilligung bis zum Embryotransfer widerrufen und werden ermutigt, den Empfängern und dem aus ihrer Spende resultierenden Kind eine Nachricht zu hinterlassen[1765]. In den Grenzen des Diskriminierungsverbotes können die Spender bestimmte Bedingungen an die Verhältnisse bei den Empfängern stellen[1766]. Sie erhalten Auskunft darüber, ob ihre Spende erfolgreich war und wie

1759 *ESHRE*, Survey on ART and IUI: legislation, regulation, funding and registries in European countries, Table I: Legislation on ART in European countries – third-party donation, 2020, S. 4-5.

1760 *Deutscher Ethikrat*, Embryospende, Embryoadoption und elterliche Verantwortung, 2016, S. 24-26.

1761 *HFEA* (Disclosure of Donor Information) Regulations 2004 (No. 1511), 14.6.2004, https://www.legislation.gov.uk/uksi/2004/1511/pdfs/uksi_20041511_en.pdf (27.8.2021).

1762 Human Fertilisation and Embryology Act 1990 (Sec. 9-19); Human Fertilisation and Embryology Act 2008 (Sec. 11-21).

1763 *Seed Trust: Sperm, Egg & Embryo Donation*, Donation Process, https://seedtrust.org.uk/embryo-donor/donation-process/ (27.8.2021).

1764 *HFEA*, Fertility treatment for LGBT+ people, https://www.hfea.gov.uk/i-am/fertility-treatment-for-lgbt-people/ (27.8.2021); *HFEA*, Single Woman, https://www.hfea.gov.uk/i-am/single-women/ (17.2.2022).

1765 *Seed Trust: Sperm, Egg & Embryo Donation*, Donation Process, https://seedtrust.org.uk/embryo-donor/donation-process/ (17.2.2022).

1766 *Deutscher Ethikrat*, Embryospende, Embryoadoption und elterliche Verantwortung, 2016, S. 26.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

viele Kinder daraus in welchem Jahr, mit welchem Geschlecht geboren wurden[1767]. Die Empfänger erhalten Informationen über phänotypische Merkmale und das Alter der Spender, können sich ihren Embryo aber nicht nach bestimmten Wunscheigenschaften zusammenstellen[1768]. Mit der Geburt des Kindes werden sie unmittelbar dessen rechtliche Eltern[1769].

IV) Die Dreierregel und der Elective-Single-Embryo-Transfer

1) Medizinische Grundlagen

Um die Zweckmäßigkeit der Dreierregel (vgl. dazu bereits in diesem Hauptteil, A, III, 2) für den damit verfolgten Schutz entwicklungsfähiger Embryonen zu überprüfen und den Ablauf der PID-Verfahren (vgl. dazu im Folgenden V) zu verstehen, ist es notwendig, die wichtigsten Entwicklungsschritte des Embryos zu kennen: Dringt ein Spermium in eine Eizelle ein, spricht man von Befruchtung (Imprägnation). Bei der natürlichen Insemination geschieht dies im Eileiter, bei der künstlichen Befruchtung (In-vitro-Fertilisation, IVF) durch Spontanfertilisation in der Petrischale und bei der Intrazytoplasmatischen Spermieninjektion (ICSI) durch Mikroinjektion des Spermiums in die Eizelle. Dabei sind sowohl Spermium als auch Eizelle haploid, haben also einen einfachen Chromosomensatz (23 Chromosomen)[1770]. Das weibliche und männliche Genmaterial in der Eizelle formiert sich jeweils zu einem Vorkern (Pronucleus), sogenanntes 2-PN-Stadium. Die Kernmembranen lösen sich erst in etwa 17 Stunden nach der Imprägnation auf. Sobald dies geschieht und die Chromosomen von Ei- und Samenzelle miteinander verschmelzen (Syngamie, Kernverschmelzung), entsteht ein neues menschliches Genom, die Zygote. Sie ist diploid, hat also einen doppelten Chromosomensatz (46 Chromosomen). Ab diesem Zeitpunkt spricht man von einem Embryo im Sinne des § 8

1767 *HFEA*, Donating your embryos, https://www.hfea.gov.uk/donation/donors/donating-your-embryos/ (17.2.2022).

1768 *Deutscher Ethikrat*, Embryospende, Embryoadoption und elterliche Verantwortung, 2016, S. 26, m. Verw. a. *HFEA*, Code of practice 2015, S. 101.

1769 *Seed Trust: Sperm, Egg & Embryo Donation*, Legal Parenthood, https://seedtrust.org.uk/intended-parent/finding-a-donor-embryo-recipient/legal-parenthood/ (22.2.2022).

1770 *Bögershausen*, Präimplantationsdiagnostik, 2016, S. 21;
Leopoldina, Ad-hoc-Stellungnahme, Präimplantationsdiagnostik, 2011, S. 8.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

I ESchG[1771]. Am ersten Tag nach der Imprägnation teilt sich die Zelle zum ersten Mal und bildet zwei sich gleichende Tochterzellen, die Blastomeren. Über das 4-Zell-Stadium am zweiten Tag bis zum 8-Zellstadium (Morulastadium) am dritten Tag nach der Befruchtung besteht der Embryo noch aus einer Anzahl an Zellen, die sich theoretisch jeweils zu einem vollständigen Menschen entwickeln könnten, sogenannten totipotenten Zellen[1772]. Diese gelten nach § 8 I ESchG selbst als Embryo. In späteren Teilungsstadien werden die Zellen pluripotent. Sie können dann zwar noch zu jedem Zelltyp, Organ oder Gewebetyp differenzieren, jedoch anders als die totipotenten Zellen keinen vollständigen Organismus mehr ausbilden. Spätestens ab dem 16-Zellstadium sind die Zellen multipotent, das heißt so weit spezialisiert, dass sie nur noch den Zelltyp eines bestimmten Gewebes hervorbringen können[1773]. Schließlich gruppieren sich die Zellen zu einer äußeren und inneren Zellgruppe. Die äußere Zellgruppe bezeichnet man als Trophoblast. Sie besteht aus multipotenten Zellen, die sich später zur Plazenta entwickeln. Der Embryo selbst entwickelt sich nur aus der inneren Zellgruppe, dem Embryoblast (Epiblast). Er besteht aus pluripotenten embryonalen Stammzellen. Ab dem 60-Zellstadium (Blastozystenstadium) am vierten Tag nach der Imprägnation bildet sich die Blastozyste (Blastogenese, Blastulation), die bei einer natürlichen Fortpflanzung vom Eileiter in die Gebärmutter wandert. Am sechsten Tag nach der Befruchtung kommt es zur Einnistung, der sogenannten Nidation[1774].

2) Problemanalyse des Rechtsrahmens de lege lata

Wie ausgeführt ist es nach § 1 I Nr. 5 ESchG verboten, mehr Eizellen einer Frau zu befruchten als ihr innerhalb eines Zyklus übertragen werden sollen. Dazu ist es Mediziner/-innen nach § 1 I Nr. 3 ESchG untersagt, einer Frau innerhalb eines Zyklus mehr als drei Embryonen zu übertragen. Insgesamt wird daraus geschlossen, dass Ärzte und Ärztinnen innerhalb eines Zyklus nicht mehr als drei Eizellen befruchten und der Frau implantieren dürfen. Diese Dreierregel soll ausweislich der Gesetzesbegründung zum ESchG die Entstehung überzähliger Embryonen verhindern[1775]. Sowohl für die regulä-

1771 Vgl. ebd. S. 21-22; Vgl. ebd. S. 8.
1772 Vgl. ebd. S. 22-23; Vgl. ebd. S. 8.
1773 Vgl. ebd. S. 23; Vgl. ebd. S. 8.
1774 Vgl. ebd. S. 23-24; Vgl. ebd. S. 9.
1775 BT-Drucks. 11/5460.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

re IVF/ICSI-Behandlung als auch gerade für die seit dem 21.11.2011 mit Wirkung zum 8.12.2011 nach § 3a ESchG zulässige Präimplantationsdiagnostik (PID) (vgl. dazu im Folgenden V) erweist sie sich jedoch als äußerst problematisch[1776]. So bedarf es zur Durchführung einer PID relativ vieler Embryonen, um einen zu finden, der nicht Krankheitsträger ist, und auch die IVF ohne anschließende PID setzt oftmals mehr als drei befruchtete Eizellen voraus, um Erfolg zu versprechen.

Der *Deutsche Ethikrat* hat deshalb bereits 2011 davor gewarnt, dass die „PID unter Einhaltung der Dreierregel […] als kaum praktikabel eingeschätzt [wird], da statistisch gesehen – wenn man nur drei Eizellen befruchtet – bei jedem zweiten PID-Versuch kein transferierbarer Embryo verfügbar sein dürfte"[1777]. Auch *Röspel/Hinz* hatten in ihrem Entwurf für ein neues PID-Gesetz empfohlen, die Dreierregel zu liberalisieren. In der Begründung hieß es: „Nach übereinstimmender Auffassung von Experten ist für die Durchführung einer PID die Befruchtung von rund acht bis neun Eizellen erforderlich. Mithin müssen für eine Erfolg versprechende PID mehr menschliche Embryonen hergestellt werden, als später auf die Frau übertragen werden sollen. Hieraus ergibt sich, dass eine PID nach der bisher vorherrschenden Interpretation der Vorgaben des Embryonenschutzgesetzes […] unzulässig wäre."[1778] Die *Bundesärztekammer* schätzt den Bedarf für eine erfolgsversprechende PID-Behandlung auf durchschnittlich sieben Embryonen[1779]. Kinderwunschpatientinnen bleibt nur die Alternative, sich immer wieder einer belastenden Hormonbehandlung zur Erzeugung von maximal drei Embryonen zu unterziehen, bis endlich ein Embryo produziert ist, der nicht Krankheitsträger ist. Um dem Problem zu begegnen, dass streng nach Gesetzeswortlaut die PID zwar rechtlich zulässig, faktisch aber nicht durchführbar wäre, werden verschiedene Ansätze vertreten:

1776 *BÄK*, Memorandum für eine Reform des Embryonenschutzgesetzes, 14.2.2020, https://www.bundesaerztekammer.de/fileadmin/user_upload/downloads/pdf-Ordner/MuE/2020-09-11_Memorandum_DAEB_final.pdf (31.3.2022), A 3.

1777 *Deutscher Ethikrat*, Präimplantationsdiagnostik, 2011, S. 32.

1778 BT-Drucks. 17/5452, S. 5.

1779 *BÄK*, Memorandum zur Präimplantationsdiagnostik (PID), Deutsches Ärzteblatt 2011 (108/31-32), A 1701-1708.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

Vertreter des Deutschen Mittelweges[1780] legen § 1 I Nr. 3, 5 ESchG wie gesagt (vgl. III, 2) so aus, dass die/der Behandelnde „aufgrund einer Prognose abschätzen [darf], mit wie vielen Eizellen sie/er abhängig von den individuellen Besonderheiten des Paares einen Befruchtungsversuch unternehmen muss, um so viele entwicklungsfähige Embryonen zu erhalten, wie transferiert werden sollen". Es genüge „die Absicht, einen ‚Überschuss' an tauglichen Embryonen zu vermeiden"[1781]. Andere halten § 3a ESchG für die gegenüber der Dreierregel aktuellere Norm und deshalb für lex specialis zu § 1 I Nr. 3, 5 ESchG[1782]. *Frister/Lehmann* führen hierzu aus: „Um diesen Vorrang zu gewährleisten, ist die rechtfertigende Wirkung des § 3a II ESchG jedenfalls insoweit auf den Straftatbestand des § 1 I Nr. 5 ESchG zu erstrecken, wie dessen Verwirklichung mit der Vorname einer PID notwendigerweise verbunden ist, so dass die Absicht wegen der zu erwartenden Zahl geschädigter Embryonen insgesamt eine größere Anzahl von Embryonen zu befruchten als der Frau übertragen werden sollen, keine Strafbarkeit nach § 1 I Nr. 5 ESchG begründet."[1783] In Praxis und Rechtsprechung hat sich der Deutsche Mittelweg etabliert[1784]. Nichtsdestotrotz machen sich Mediziner/-innen, die dieser Interpretation folgen, potenziell strafbar. *Günther* liegt daher richtig, wenn er sagt: Die Tatsache, dass „inzwischen niemand mehr zuverlässig beantworten" kann, wie viele Eizellen ein Arzt zur Vermeidung überzähliger Embryonen befruchten darf, ist „für

1780 *Frommel*, Der Streit um die Auslegung des Embryonenschutzgesetzes, in: Neumann/Herzog, Festschrift für Winfried Hassemer, S. 831-849; *Taupitz/Hermes*, „Dreierregel" oder „Deutscher Mittelweg"?, Der Gynäkologe 2015 (48/2), S. 169-174.

1781 *Leopoldina*, Fortpflanzungsmedizin in Deutschland – für eine zeitgemäße Gesetzgebung, 2019, S. 69.

1782 *Frister/Lehmann*, Die gesetzliche Regelung der Präimplantationsdiagnostik, JZ 2012 (67/13), S. 659-667 (664); *Schroth*, Die gesetzliche Regelung der PID, ZStW 2013, S. 627-646 (634).

1783 *Frister/Lehmann*, Die gesetzliche Regelung der Präimplantationsdiagnostik, JZ 2012 (67/13), S. 659-667 (664).

1784 *Leopoldina*, Fortpflanzungsmedizin in Deutschland – für eine zeitgemäße Gesetzgebung, 2019, S. 55, m. Verw. a. BFH, Urt. v. 17.5.2017 – VI R 34/15; OLG Hamburg, Urt. v. 14.9.2017 – 9 U 71/15, StA Darmstadt, Einstellungsbescheid v. 26.11.2013 – 300 Js 11580/13; StA München, Einstellungsbescheid v. 22.4.2014 – 124 Js 20236. In einem Verfahren verneinte die StA Düsseldorf schon den Anfangsverdacht und sah von einem Ermittlungsverfahren ab, Bescheid v. 8.5.2013 – 10 Js 196/13.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

die Praxis der deutschen Reproduktionsmedizin untragbar, sie kollidiert mit dem Bestimmtheitsgebot des Art. 103 Abs. 2 GG"[1785].

Hinzu kommt, dass in Deutschland der sogenannte "Elective Single Embryo Transfer" (e-SET) verboten ist. Bei dieser Methode werden mehrere Eizellen künstlich befruchtet und bis ins Blastozystenstadium extrakorporal kultiviert. Bei der IVF ohne anschließende PID werden sie morphologisch anhand „Zellteilungsgeschwindigkeit, Multinukleation, Zellsymmetrie, Fragmentation und Morphologie der Blastozysten"[1786], bei der IVF mit anschließender PID genetisch auf den Grad ihrer Entwicklungsfähigkeit hin untersucht. Im Anschluss daran implantiert ein Arzt der Frau nicht alle hergestellten Embryonen auf einmal, sondern zunächst nur den, der ein optimales Entwicklungspotenzial aufweist. Die übrigen entwicklungsfähigen Embryonen werden für eine spätere Verwendung kryokonserviert, etwa für den Fall, dass der erste Nidationsversuch fehlschlägt. Der e-SET soll eine für Mutter und Kind risikoreiche Mehrlingsschwangerschaft verhindern, die unter Umständen zum Tod des Fötus im Mutterleib führen kann (intrauteriner Fetozid), gleichzeitig aber eine hohe Schwangerschaftsrate ermöglichen[1787]. Als abgeschwächte Version kommt der "Elective Double Embryo Transfer" (e-DET) in Betracht, bei dem einer Frau nicht ein „optimaler", sondern die zwei entwicklungsstärksten Embryonen implantiert werden[1788]. Zwar verpflichtet das ESchG nicht dazu, alle in einem Zyklus erzeugten Embryonen zu implantieren. Vielmehr ist es Sache der Frau zu entscheiden, wie viele von maximal drei Embryonen sie sich tatsächlich einsetzen lässt (§ 4 ESchG). Geklärt ist außerdem, dass die „bloße Betrachtung des Embryos und seiner Entwicklung in vitro unter dem Mikroskop"[1789] keine verbotene Verwendung im Sinne des § 2 I ESchG

1785 *Günther*, in: Günther/Taupitz/Kaiser, ESchG, C.II., § 1 I Nr. 5, Rn. 11.
1786 *BÄK*, Memorandum für eine Reform des Embryonenschutzgesetzes, 14.2.2020, https://www.bundesaerztekammer.de/fileadmin/user_upload/downloads/pdf-Ordner/MuE/2020-09-11_Memorandum_DAEB_final.pdf (31.3.2022), A 4.
1787 *Taupitz*, in: Günther/Taupitz/Kaiser, ESchG, C.II. § 1 I Nr. 3, Rn. 5;
1788 *Günther*, in: Günther/Taupitz/Kaiser, ESchG, C.II. § 1 I Nr. 5, Rn. 12.
1789 *Günther*, in: Günther/Taupitz/Kaiser, ESchG, C.II. § 2, Rn. 31.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

darstellt[1790], und dass der Arzt nach morphologischer Untersuchung nicht entwicklungsfähige Embryonen aus der Kultur nehmen darf. Denn weder kann einer Frau die Implantation arretierter Embryonen zugemutet werden noch stehen sie unter dem Schutz des ESchG[1791]. Ob das ESchG hingegen auch „eine Differenzierung zwischen gut und weniger gut entwicklungsfähigen Embryonen erlaubt (Embryo-Scoring)", ist umstritten[1792]. Sicher ist indes, dass ein „eSET im eigentlichen Sinne, nämlich die Erzeugung mehrerer Embryonen zum Zweck der Auswahl des geeignetsten Embryos", verboten ist. Denn in Deutschland dürfen nur überzählige Embryonen kryokonserviert werden. Als überzählig gelten sie aber nur, wenn zwar ursprünglich geplant war, der Mutter alle hergestellten Embryonen (maximal drei) noch im selben Zyklus zu implantieren, dieser Plan aber wider Erwarten nicht in die Tat umgesetzt werden kann (vgl. III, 2)[1793]. Eine „Vorratshaltung" hingegen würde einer streng am Wortlaut orientierten Auslegung der § 1 I Nr. 3, 5 ESchG entgegenlaufen[1794]. Dazu *Taupitz*: „Da der Arzt – um eine Auswahl zu haben – schon bei der Befruchtung gezielt mehr Embryonen gewinnen will, als später in einem Zyklus auf seine Pati-

1790 BGH, Urt. v. 6.7.2010 – 5 StR 386/09, NJW 2010, S. 2672-2677 (2675), Rn. 33: Danach wäre die morphologische Untersuchung des Embryos nur dann als strafbar zu qualifizieren, wenn man zur Konkretisierung des Verwendungsverbots allein auf den „in der Vorschrift […] vorausgesetzten Alternativzweck" seiner Nichterhaltung abstellen würde. Eine ausschließlich darüber vorgenommene Abgrenzung läuft aber, so der BGH, dem „Übermaßverbot staatlichen Strafens" entgegen; m.w.N. *Leopoldina*, Fortpflanzungsmedizin in Deutschland – für eine zeitgemäße Gesetzgebung, 2019, S. 55; vgl. u.a. *Brunhöber*, In dubio pro libertate, HRRS 2010 (9), S. 412-417 (415); *Reiß*, Eine Zellentnahme ohne Berührung, HRRS 2010 (9), S. 418-423 (421 f.), die jeweils eine Substanzverletzung voraussetzen.

1791 *Leopoldina*, Fortpflanzungsmedizin in Deutschland – für eine zeitgemäße Gesetzgebung, 2019, S. 55.

1792 m.w.N. vgl. ebd. S. 55. u.a. *Taupitz/Geisthövel*, 2. Mannheimer Juristisch-Reproduktionsbiologisch/-medizinischer DVR-Workshop, J. Reproduktionsmed. Endokrinol. 2005 (2/3), S. 198-202; *Kreß*, PID. Ethische, soziale und rechtliche Aspekte, Bundesgesundheitsblatt 2007 (50/2), S. 157-167 (164 f.); *Frommel*, Embryonenselektion – Ethische, verfassungsrechtliche und strafrechtliche Problematik, Reproduktionsmedizin 2002 (18/4), S. 158-182 (158 ff.); *Frommel*, Der Streit um die Auslegung des Embryonenschutzgesetzes, in: Neumann/Herzog, Festschrift für Winfried Hassemer, S. 831-849 (834 ff.); *Neidert,* „Entwicklungsfähigkeit" als Begrenzung des Embryonenschutzgesetzes, MedR 2007 (25/5), S. 279-286 (282 ff.); *Vogt*, Methoden der künstlichen Befruchtung: „Dreierregel" versus „Single Embryo Transfer", 2008, S. 30 ff.

1793 *Deutscher Ethikrat*, Präimplantationsdiagnostik 2011, S. 32;

1794 *Taupitz*, in: Günther/Taupitz/Kaiser, Embryonenschutzgesetz, C.II. § 1 I Nr. 3, Rn. 6.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

entin übertragen werden sollen, verstoßen der eSET wie der eDET de lege lata gegen § 1 I Nr. 5 ESchG."[1795] Deshalb, „und um der Frau wiederholte IVF-Behandlungen zu ersparen, werden in Deutschland häufig zwei oder drei Embryonen in die Gebärmutter der Frau übertragen". Dadurch ist das Risiko einer für Mutter und Kind gefährlichen Mehrlingsschwangerschaft bei IVF-Behandlungen in etwa zwanzigmal höher als bei Spontangeburten[1796]. Gleichzeitig ist zu fragen, ob das mit der Dreierregel und dem Verbot des e-SET verfolgte Ziel, nämlich entwicklungsfähige Embryonen zu schützen, in einem noch angemessenen Verhältnis zu den „Belastungen und Risiken für die zukünftigen Mütter und Kinder" steht[1797]. Das ist, soweit man wie der Gesetzgeber durch Zulassung der PID und Ablehnung einer Pflicht zur Spende überzähliger Embryonen von einem abgestuften Grundrechteschutz des Embryos ausgeht, mehr als zweifelhaft[1798]. Auch lässt sich, wie die *Bundesärztekammer* anmerkt, aus medizinischer Sicht nicht genau sagen, ab welchem Stadium in der Embryogenese ein entwicklungsfähiger und damit schützenswerter Embryo vorliegt. Die als Zäsur vom Gesetzgeber in § 8 ESchG vorgegebene Kernverschmelzung biete hierfür jedenfalls keine Garantie. Denn „nicht jede Fusion von Eizelle und Samenzelle" erzeuge einen entwicklungsfähigen Embryo. So „[erreichen] weniger als 50% der Zygoten […] im Rahmen der In-vitro-Kultur das Blastozystenstadium, und selbst unter optimalen Bedingungen nistet sich nur etwa jeder dritte Embryo in der Gebärmutter ein und führt zu einer Schwangerschaft, wovon dann 15% bis zur 12. Schwangerschaftswoche als frühe Fehlgeburten enden". Insofern schieße die Dreierregel über ihr erklär-

1795 Vgl. ebd. Rn. 12.

1796 *Leopoldina*, Fortpflanzungsmedizin in Deutschland – für eine zeitgemäße Gesetzgebung, 2019, S. 57; *BÄK*, Memorandum für eine Reform des Embryonenschutzgesetzes, 14.2.2020, https://www.bundesaerztekammer.de/fileadmin/user_upload/downloads/pdf-Ordner/MuE/2020-09-11_Memorandum_DAEB_final.pdf (20.2.2022), A 3.

1797 Vgl. ebd. A 3.

1798 *Leopoldina*, Fortpflanzungsmedizin in Deutschland – für eine zeitgemäße Gesetzgebung, 2019, S. 57: „Aus ethischer Sicht ist zu betonen, dass aus der Zeugung des Kindes […] eine besondere Verantwortung auch für das geborene Kind resultiert. Daher ist dessen Wohl bereits vorwirkend zu beachten. Das Gebot des Nicht-Schadens gegenüber der Frau und die Schutzpflicht für das Kind wiegen aus hier vertretener Sicht so schwer, dass die Entstehung sogenannter überzähliger Embryonen in Kauf genommen werden darf. Dies gilt umso mehr als einem frühen – ggf. überzähligen – Embryo noch nicht der gleiche Schutzanspruch zuzuschreiben ist, der einem weiter entwickelten Embryo, dem […] Fetus und dann dem geborenen Kind zusteht."

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

tes Ziel hinaus, entwicklungsfähige Embryonen zu schützen. Juristisch ist sie damit nicht mildestes Mittel zum Zweck, so dass nach dem Grundsatz des Interventionsminimismus Zweifel an ihrer Erforderlichkeit bestehen. Geboten ist daher „eine gesetzliche Regelung, die Methoden zur besseren Identifizierung von sicher nicht entwicklungsfähigen versus wahrscheinlich entwicklungsfähigen Embryonen erlaubt und die damit der graduellen Embryogenese und [...] Verwirklichung der Entwicklungspotenz Rechnung trägt“[1799]. Der dazu im europäischen Ausland angewandte e-SET reduziert das Risiko einer Mehrlingsschwangerschaft bei gleicher, mitunter sogar besserer Geburtenrate (vgl. “Best Practice” Beispiele)[1800].

3) Empfehlungen vor dem Hintergrund des Zugangsrechts

Vor dem Hintergrund des Rechts auf Zugang zur Elternschaft darf sich der Gesetzgeber im Interesse sowohl der Wunscheltern und Reproduktionsmediziner als auch der mittels Fortpflanzungsmedizin gezeugten Kinder nicht länger auf eine liberale Auslegung der Dreierregel verlassen, sondern muss endlich durch klar definiertes Gesetz selbst Rechtssicherheit schaffen[1801]. Insofern ist der *Leopoldina* zuzustimmen, dass der Gesetzgeber, um dem Ziel einer funktionstauglichen, die Gesundheitsrisiken für Mutter und Kind minimierenden reproduktionsmedizinischen Praxis bei gleichzeitig maximaler Reduzierung der Entstehung überzähliger Embryonen gerecht zu werden, keine feste Obergrenze für die zu entwickelnden Embryonen festsetzen, sondern erlauben sollte, dass diese Entscheidung „aufgrund einer individuellen medizinischen und psychosozialen Anamnese und Beratung“ zwischen Arzt und Patient getroffen wird[1802]. Entsprechend fordert die *Bundesärztekammer*, „die mit dem sog. ‚Deutschen Mittelweg‘ bereits auf einer unsicheren rechtlichen Basis praktizierte Abkehr von der sog. ‚Dreierregel‘ [...] gesetzlich dem Stand der Erkenntnisse der medizinischen Wis-

1799 *BÄK*, Memorandum für eine Reform des Embryonenschutzgesetzes, 14.2.2020, https://www.bundesaerztekammer.de/fileadmin/user_upload/downloads/pdf-Ordner/MuE/2020-09-11_Memorandum_DAEB_final.pdf (20.2.2022), A 3.

1800 Vgl. ebd. A 4; *Leopoldina*, Fortpflanzungsmedizin in Deutschland – für eine zeitgemäße Gesetzgebung, 2019, S. 56.

1801 So auch: *Krüger*, Präimplantationsdiagnostik de lege lata et ferenda, in: Rosenau, Ein zeitgemäßes Fortpflanzungsmedizingesetz für Deutschland, 2013, S. 69-95 (83); *Torbohm*, Genetische Informationen im Familienverbund, 2014, S. 67.

1802 *Leopoldina*, Fortpflanzungsmedizin in Deutschland – für eine zeitgemäße Gesetzgebung, 2019, S. 57.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

senschaft entsprechend anzupassen". Dabei sollte keine „allgemein gültige Zahl an pränidativen Embryonen" festgesetzt, sondern in Anerkennung „der graduellen Embryogenese und der graduellen Verwirklichung der Entwicklungspotenz […] die Anzahl pränidativer Embryonen im individuellen Fall danach bestimmt werden, dass der Single Embryo Transfer nach Möglichkeit angestrebt wird und maximal zwei Embryonen transferiert werden"[1803]. Anhaltspunkte für die zu entwickelnde Anzahl an Embryonen böten „das Alter und die Anamnese der Frau sowie die individuell unterschiedliche Anzahl der entnommenen Eizellen, der zur Verfügung stehenden Vorkernstadien und die Entwicklung der pränidativen Embryonen".

Zwar liegt die Anzahl der für ICSI-Behandlungen in Deutschland von 2012 bis 2016 extrahierten Eizellen bei durchschnittlich 9,7%. Jedoch sank diese Rate mit zunehmendem Alter auf 9,3% mit 35-39 Jahren und nur noch 5% mit 40-45 Jahren. Gleichzeitig kann die „durchschnittliche Rate an pränidativen Embryonen, die bei entsprechender Kultivierung das Blastozystenstadium erreichen" (60-65%), „bei Patientinnen mit individuell schlechterer Prognose deutlich geringer sein (ca. 43%)". Um also „einen Embryo im Blastozystenstadium transferieren zu können, ohne weitere Blastozysten entstehen zu lassen" kann es nach Aussage der *BÄK* „bei einer Patientin mit guten Prognosekriterien sinnvoll sein, vier pränidative Embryonen zu kultivieren, bei einer Patientin mit schlechten Prognosekriterien" hingegen zehn[1804]. Beizupflichten ist der *Leopoldina* darin, dass der e-SET gefördert werden sollte, etwa durch eine „Verknüpfung der Kostenübernahme mit einer möglichst niedrigen Zahl der transferierten Embryonen in Abhängigkeit vom Alter der Frau und der Anzahl bisheriger erfolgloser Versuche". Für den Umgang mit überzähligen Embryonen, die mit Einführung des e-SET vermehrt auftreten könnten[1805], sind rechtliche Rahmenbedingungen zu schaffen. Den Betroffenen sollte die Möglichkeit gewährt werden, zwischen der Verwerfung ihrer Embryonen, einer Fortsetzung der Kryokonservierung für einen späteren Transfer oder der Freigabe zur Embryonenspende zu wählen[1806]. Wie ausgeführt, sollte die

1803 *BÄK*, Memorandum für eine Reform des Embryonenschutzgesetzes, 14.2.2020, https://www.bundesaerztekammer.de/fileadmin/user_upload/downloads/pdf-Ordner/MuE/2020-09-11_Memorandum_DAEB_final.pdf (20.2.2022), A 4.

1804 Vgl. ebd. A 4.

1805 Vgl. ebd. A 4: „Beim eSET kommt es in etwa der Hälfte der Fälle zur Entstehung von überzähligen pränidativen Embryonen (meist Blastozysten), die für spätere Behandlungen kryokonserviert werden können."

1806 Vgl. ebd. A 4.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Dauer der Kryokonservierung auf feste Zeitfenster begrenzt sein, die auf Wunsch derer, von denen Ei- und Samenzelle stammen, verlängert werden können. Dabei ist die Entscheidung nur einer der Beteiligten, die Kryokonservierung abzubrechen, zu achten[1807]. Anders als die *Leopoldina* nahelegt, spricht nichts gegen eine post-mortem Insemination und Implantation, soweit die Personen, von denen die Keimzellen stammen, zu Lebzeiten ihre Einwilligung zu deren postmortalen Verwendung erteilt haben. Handelt es sich hingegen um Keimzellen des Partners/der Partnerin, sollte der überlebende Teil erst nach einer psychosozialen Beratung, und nur wenn kein zuwiderlaufender Wille des verstorbenen Teils feststeht, der Verwendung zustimmen können[1808].

4) "Best Practice" Beispiele einer Umsetzung des Zugangsrechts

Als "Best Practice" Beispiele für den e-SET überzeugen Großbritannien, Belgien, vor allem aber Schweden und die skandinavischen Länder im Allgemeinen[1809]. In Großbritannien wird in 46%, in Belgien in 57% und in Schweden in 80% der IVF und ICSI-Behandlungen nur ein Embryo transferiert. Bei nahezu gleichbleibender Geburtenrate pro Eizellpunktion (Großbritannien: 28%, Belgien: 19%, Schweden: 24%), liegt die Zwillingsrate pro Geburt in Großbritannien bei 14%, in Belgien bei 10% und in Schweden bei sogar nur 4%. Die Abnahme der Zwillingsrate korreliert also mit der Zunahme an Ein-Embryo-Transfers. In Deutschland kommt es hingegen in lediglich 19% der IVF und ICSI-Behandlungen zur Übertragung einzelner pränidativer Embryonen. Das führt zu einer vergleichsweise niedrigen Geburtenrate von 21% pro Eizellpunktion und einer hohen Zwillingsrate pro Geburt von ebenfalls 21%. Zum Vergleich: Die Zwillingsrate bei natürlichen Schwangerschaften liegt bei 1%[1810]. Belgien, Schweden, die Tschechien, Slowenien und die Niederlande fördern die Vornahme eines e-SET zudem dadurch, dass sie die Kostenübernahme der GKV für eine

1807 *Leopoldina*, Fortpflanzungsmedizin in Deutschland – für eine zeitgemäße Gesetzgebung, 2019, S. 59.

1808 Vgl. ebd. S. 59.

1809 *Taupitz/Geisthövel*, 2. Mannheimer Juristisch-Reproduktionsbiologisch/-medizinischer DVR-Workshop, J. Reproduktionsmed. Endokrinol. 2005 (2/3), S. 198-202; im Überblick *Vogt*, Methoden der künstlichen Befruchtung: „Dreierregel" versus „Single Embryo Transfer", 2008, S. 30 ff.

1810 *Leopoldina*, Fortpflanzungsmedizin in Deutschland – für eine zeitgemäße Gesetzgebung, 2019, S. 56;

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

IVF und ICSI-Behandlungen an die Zahl der transferierten Embryonen in Abhängigkeit vom Alter der Frau und Summe der Behandlungsversuche binden. Voraussetzung ist dabei in der Regel ein e-SET in den ersten zwei Behandlungszyklen bei Frauen bis zu 35 (in den Niederlanden bis 37 Jahren)[1811].

V) Die Präimplantationsdiagnostik im Rechtsvergleich zwischen Deutschland und der Schweiz

Die Präimplantationsdiagnostik (PID) ist die Untersuchung von Zellen eines Embryos in vitro vor seinem intrauterinen Transfer[1812]. Sie nimmt in der Reproduktionsmedizin in Deutschland eine Sonderstellung ein: Sie ist der einzige Bereich, in dem der Gesetzgeber seit 1990 eine wesentliche Änderung am Embryonenschutzgesetz (ESchG) vorgenommen und damit explizit einen wenn auch restriktiven Zugang zu einer reproduktionsmedizinischen Maßnahme eröffnet und geregelt hat. Die PID dient der Früherkennung möglicher Schädigungen von Embryonen. Sofern sie eingesetzt wird, um entwicklungsfähige Embryonen für eine erfolgreiche künstliche Befruchtung zu finden, dient sie außerdem der Infertilitätsbehandlung. Deshalb gehört die PID zu den Instrumenten, die im Zusammenhang dieser Arbeit für das Recht auf Zugang zur Elternschaft zu diskutieren sind.

Auch wenn der deutsche Gesetzgeber das ESchG im Hinblick auf die PID reformiert hat, steht die Reform doch exemplarisch für den zaghaften und defizitären Ansatz bei der Anpassung des deutschen Rechts an die Möglichkeiten der Reproduktionsmedizin. Deshalb soll an dieser Stelle nicht nur in kurzer Form auf "Best Practice" Beispiele verwiesen werden. Die PID und die entsprechende Reform des ESchG verdient eine genauere Betrachtung und soll deshalb in einem ausführlichen Exkurs mit einem Rechtsvergleich zwischen deutschem und Schweizer Recht eingeordnet werden. Da die Schweiz erst 2014 und damit nicht nur nach Deutschland, sondern auch als eines der letzten europäischen Länder überhaupt eine

BÄK, Memorandum für eine Reform des Embryonenschutzgesetzes, 14.2.2020, https://www.bundesaerztekammer.de/fileadmin/user_upload/downloads/pdf-Ordner/MuE/2020-09-11_Memorandum_DAEB_final.pdf (20.2.2022), A 4.

1811 *ESHRE*, Survey on ART and IUI, 6.2.2020, https://www.eshre.eu/Data-collection-and-research/Consortia/EIM/Legislation-for-ART-and-IUI-treatments (20.2.2022), S. 12.

1812 Legaldefinition, § 3a I ESchG.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

PID-Regelung getroffen hat, also ausreichend Gelegenheit hatte, die Erfahrungen ihrer Nachbarländer umzusetzen, ist ein Rechtsvergleich mit der Schweiz besonders sinnvoll. Das gilt nicht zuletzt auch deshalb, weil die Schweiz die PID zum Anlass genommen hat, ihre Regelungen zur Fortpflanzungsmedizin grundlegend zu reformieren. Dafür trägt die Schweiz seit einiger Zeit wichtige Diskussionsbeiträge aus anderen Ländern, darunter Deutschland, Frankreich, Großbritannien und den USA, zusammen und stellt sich viele der Fragen, die im Zusammenhang mit einem Recht auf Zugang zur Persönlichkeitsentwicklung durch Elternschaft auf die Agenda treten[1813]. So die Frage nach einer erweiterten Zulässigkeit reproduktionsmedizinischer Verfahren, insbesondere einer Legalisierung der Eizellspende, nach dem Zugang zur Fortpflanzungsmedizin für alle, nach der Rolle des Kindeswohls im reproduktionsmedizinischen Kontext und nach dem Recht auf Fortpflanzungsmedizin als Versicherungsleistung in der obligatorischen Krankenversicherung. Aber auch die Möglichkeit des "Social Egg Freezing" und des "Gene editing" an menschlichen Embryonen werden diskutiert[1814].

Der folgende Abschnitt zeigt die Mängel der deutschen PID-Regelung auf und untersucht, inwieweit das Schweizer Gesetz Verbesserungsansätze bereiterhält. Er gliedert sich in zehn Teile: Der erste Teil beschäftigt sich mit den medizinischen Grundlagen. Es wird erläutert, worum es sich bei der PID handelt, an wen sie sich richtet, wie sie abläuft und was die verschiedenen PID-Verfahren unterscheidet (1). Der zweite Teil vergleicht das Gesetzgebungsverfahren zur PID in beiden Staaten und gibt einen ersten Überblick über die rechtliche Lage vor und nach der jeweiligen Gesetzesreform sowie über die bis heute offen gebliebenen Fragen (2). Der dritte Teil vergleicht die Indikationen, unter denen eine PID in beiden Staaten zulässig ist, und erörtert die Probleme, die sich aus den jeweiligen Tatbestandsmerkmalen ergeben (3). Der vierte Teil vergleicht, welche Rahmenbedingungen Deutschland und die Schweiz für die erfolgreiche Durchführung einer PID installiert haben (4). Der fünfte Teil vergleicht, wie beide Staaten mit Zufallsbefunden umgehen, die bei den genetischen Un-

1813 Die internationalen Diskussionsbeiträgen sind abrufbar unter: Bundesamt für Gesundheit, https://www.bag.admin.ch/bag/de/home/medizin-und-forschung/fortpflanzungsmedizin/stellungnahmen-gutachten.html#-524668232 (1.4.2022).

1814 Bundesamt für Gesundheit, Stellungnahmen, Gutachten und Empfehlungen, abrufbar unter: https://www.bag.admin.ch/bag/de/home/medizin-und-forschung/fortpflanzungsmedizin/stellungnahmen-gutachten.html (1.4.2022).

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

tersuchungen anfallen, aber von keinem gesetzlichen Rechtfertigungsgrund für eine PID gedeckt sind (5). Der sechste Teil vergleicht das Verhältnis der Regelungen von Präimplantationsdiagnostik (PID) und Pränataldiagnostik (PND) in Deutschland und der Schweiz (6). Der siebte Teil beschäftigt sich mit der in Deutschland offen gebliebenen Frage, für welche PID-Verfahren das neue Gesetz (§ 3a ESchG) in welchem Umfang Anwendung findet. Dazu wird der § 3a ESchG einfachgesetzlich ausgelegt und geprüft, ob man ihn teleologisch reduzieren sollte, um Widersprüche zwischen den Regelungen von PID und PND zu beheben und ein wertungskonsistentes fortpflanzungsmedizinisches Regelwerk herzustellen. Sodann wird geprüft, ob das Schweizer Gesetz die gleichen PID-Verfahren im selben Umfang zulässt wie das deutsche (7). Der achte Teil vergleicht die durch die PID betroffenen Grundrechte in Deutschland und der Schweiz. Es wird erörtert, wie die Abwägungsentscheidung zwischen den Autonomierechten der Frau auf der einen und den Schutzinteressen des Embryos auf der anderen Seite jeweils ausfällt (8). Der neunte Teil zieht ein Fazit. Schon an dieser Stelle sei das wichtigste Ergebnis der Untersuchung vorweggenommen: Die Schweiz hat im Vergleich zu Deutschland eine in vielerlei Hinsicht problemvermeidende Regelung der PID gefunden und bietet deshalb eine wichtige Orientierungshilfe, sollte es zu einer Novelle des deutschen PID-Gesetzes kommen (9). Der zehnte Teil gleicht die Ergebnisse des Rechtsvergleichs mit den Empfehlungen der *Leopoldina* für ein zeitgemäßes Fortpflanzungsmedizingesetz ab und stellt fest, inwieweit ihren Empfehlungen mit Blick auf das Recht auf Zugang zur Elternschaft zu folgen ist (10).

1) Medizinische Grundlagen

a) Anwendungsfelder

Die PID kommt bei Eizellen zum Einsatz, die im Rahmen einer IVF künstlich befruchtet wurden. Bevor der Arzt den sich daraus entwickelnden Embryo in den Mutterleib einsetzt, wird er genetisch untersucht[1815]. Die Medizin kennt zwei Ziele. Erstens: Paaren, die an einer genetischen Krankheit leiden, den Kinderwunsch zu erfüllen, ohne dass sie fürchten

1815 *Deutscher Ethikrat*, Präimplantationsdiagnostik, 2011, S. 10 ff.; *Landwehr*, Rechtsfragen der Präimplantationsdiagnostik, 2017, S. 10.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

müssen, ihre genetische Disposition zu vererben[1816]. Zweitens: Paaren, die auf natürlichem Weg keine Kinder bekommen können, zu einem Kind zu verhelfen. Für Erstere verwendet man die PID, um monogene Erbkrankheiten[1817] ("preimplantation genetic testing for monogenic gene disorders", PGT-M) und strukturelle Chromosomenaberrationen[1818] ("preimplantation genetic testing for chromosome structural rearrangements", PGT-SR) auszuschließen. Für Letztere verwendet man das "preimplantation genetic testing for aneuploidies" (PGT-A), ehemals "Preimplantation Genetic Screening" (PGS), eine Art der PID, bei der nicht gezielt nach einer Krankheit gesucht, sondern die gesamte DNS der Embryonen nach Mutationen gescannt wird, um für die Einpflanzung in den Mutterleib den Embryo mit dem besten Entwicklungspotenzial zu finden[1819]. Da der Ausschluss von Chromosomenanomalien Tod- und Fehlgeburten vorbeugt, dient das Aneuploidie-Screening auch der Infertilitätsbehandlung. Um die Erfolgsaussichten der IVF zu erhöhen, werden nur Embryonen in den Uterus implantiert, die einen normalen Chromosomensatz aufweisen[1820]. Zu den Fachbegriffen: Bei numerischen Chromosomenaberrationen (Aneuploidie) kommt ein Chromosom statt zweimal in jeder Körperzelle dreifach (Trisomie) oder einfach (Monosemie) vor. Während Mono- und Trisomien bei Geschlechtschromosomen in der Regel nicht letal verlaufen – die geläufigste ist die Trisomie-21 (Down-Syndrom) – verursacht ihr Auftreten bei Autosomen zumeist Fehlgeburten[1821]. Bei strukturellen Chromosomenaberrationen kommt es zu Translokationen „bestimmter Chromosomenabschnitte zwischen den Chromosomen, ohne dass sich die Menge des Erbguts verändert". Zwar sind Träger solcher Aberrationen „phänotypisch gesund, jedoch leiden ihre Nachkommen unter einer Vermehrung oder Verringerung des genetischen Materials, was in der Regel letal ist". An struktureller Chromosomenaberration leidende Menschen haben deshalb eine unter 10-prozentige Chance, ein Kind auf natürlichem Weg zu zeugen. Auch für sie kann deshalb „die gezielte Embryonenauswahl" als Inferti-

1816 *Deutscher Ethikrat*, Stellungnahme: Präimplantationsdiagnostik, 2011, S. 16-17.
1817 *Bögershausen*, Präimplantationsdiagnostik, 2016, S. 34 f.
1818 Vgl. ebd. S. 36 f.; *Deutscher Ethikrat*, Präimplantationsdiagnostik, 2011, S. 18-19.
1819 *Deutscher Ethikrat*, Präimplantationsdiagnostik, S. 20-23; *Landwehr*, Rechtsfragen der Präimplantationsdiagnostik, 2017, S. 11; zur Unterscheidung und spezifischen Anwendungsfelder der Verfahren vgl. *SAMW*, Präimplantative genetische Testverfahren (PGT), 2020, S. 8 ff.
1820 *Landwehr*, Rechtsfragen der Präimplantationsdiagnostik, 2017, S. 15.
1821 *Deutscher Ethikrat,* Präimplantationsdiagnostik, 2011, S. 18 f.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

litätsbehandlung sinnvoll sein[1822]. In manchen Staaten ist die PID auch zulässig, um genetische Merkmale wie das Geschlecht festzustellen oder das humane Leukozyten-Antigen-System zu typisieren (HLA-Typisierung)[1823]. Die HLA-Typisierung ermöglicht unter anderem, für ein erkranktes Kind ein Geschwisterkind als kompatiblen Blut-oder Gewebespender auszuwählen[1824]. In begrenztem Rahmen kann die PID auch verwendet werden, um multifaktorielle Erkrankungen auszuschließen[1825], Krankheiten also wie Depression, Diabetes oder Asthma, bei denen nicht nur Risikoallele vorliegen, sondern auch gewisse Umweltfaktoren hinzutreten müssen, damit die Krankheit ausbricht[1826]. Kritiker befürchten, dass sich der Anwendungsspielraum der PID auf Wunscheigenschaften wie Intelligenz, Aussehen und Veranlagung ausbreiten könnte und warnen vor der Möglichkeit, Designer-Babys zu schaffen[1827].

b) Die Entwicklung des Embryos

Für die wichtigsten Schritte der Embryogenese vgl. in diesem Hauptteil, A, IV, 1.

c) Die verschiedenen Verfahren: frühe und späte PID

Je nach Zeitpunkt der Untersuchung und Entwicklungspotenzial der Zelle unterscheidet man zwei Formen der PID[1828]: Bei der frühen PID entnimmt der Arzt dem Embryo bereits am dritten Tag nach der Befruchtung Zellen (Blastomerenbiopsie). Zu diesem Zeitpunkt hat der Embryo noch eine Anzahl an totipotenten Zellen, die sich theoretisch zu einem vollständigen

1822 *Bögershausen*, Präimplantationsdiagnostik, 2016, S. 37.
1823 *Deutscher Ethikrat*, Präimplantationsdiagnostik, 2011, S. 19-20.
1824 Vgl. ebd. S. 20; *Reiß*, Rechtliche Aspekte der Präimplantationsdiagnostik, 2007, S. 30.
1825 Vgl. ebd. S. 17-18; *Landwehr*, Rechtsfragen der Präimplantationsdiagnostik, 2017, S. 9.
1826 *Bögershausen*, Präimplantationsdiagnostik, 2016, S. 36.
1827 Vgl. ebd. S. 37; für eine Zusammenfassung über mögliche Anwendungsfelder vgl. auch: *Böckenförde-Wunderlich*, Präimplantationsdiagnostik als Rechtsproblem, 2002, S. 27-31.
1828 *Landwehr*, Rechtsfragen der Präimplantationsdiagnostik, 2017, S. 16.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Menschen entwickeln könnten, die frühen Blastomeren[1829]. Bei der späten PID entnimmt der Arzt dem Embryo die Zellen erst am fünften bis achten Tag nach der Befruchtung (Blastozystenbiopsie). Dabei werden Zellen der äußeren Zellschicht, des Trophoblasts, untersucht. Diese multipotenten Zellen sind so spezialisiert, dass sie sich nur noch zu Nährgewebe entwickeln können, nicht mehr zu einem vollständigen Organismus. Die frühe PID ist also aus ethischer Sicht problematischer als die späte PID, weil in ihrem Verlauf Zellen, die selbst als Embryo im Sinne des § 8 I ESchG gelten, zerstört werden[1830].

d) Die Pränataldiagnostik

Bei der Pränataldiagnostik (PND) untersucht der Arzt den Fötus erst nach der Nidation etwa mittels Fruchtwasseruntersuchung, Nabelschnurpunktion oder Ultraschall. Bei negativem Befund kann die Frau gegebenenfalls eine Abtreibung vornehmen lassen[1831].

2) Gesetzgebungsverfahren: Die Regelung der PID in Deutschland und der Schweiz

a) Die gesetzliche Regelung in Deutschland

In Deutschland ist die PID seit dem 21.11.2011 mit Wirkung zum 8.12.2011 in § 3a ESchG normiert. Am 1.2.2014 ist die zugehörige PIDV in Kraft getreten[1832].

1829 *Deutscher Ethikrat*, Präimplantationsdiagnostik, 2011, S. 14; *Landwehr*, Rechtsfragen der Präimplantationsdiagnostik, 2017, S. 16.
1830 *Deutscher Ethikrat*, Präimplantationsdiagnostik, 2011, S. 14; *Landwehr*, Rechtsfragen der Präimplantationsdiagnostik, 2017, S. 17-18.
1831 *Bögershausen*, Präimplantationsdiagnostik, 2016, S. 3; *Landwehr,* Rechtsfragen der Präimplantationsdiagnostik, 2017, S. 20.
1832 *Taupitz*, in: Günther/Taupitz/Kaiser, ESchG, C.II. § 3 a, Rn. 1; *Bögershausen*, Präimplantationsdiagnostik, 2016, S. 43.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

aa) Die Rechtslage vor Erlass des § 3a ESchG

Vor Erlass des neuen PID-Gesetzes hatte das ESchG die PID nur implizit geregelt. Einhellige Meinung war, dass die PID gegen geltendes Recht verstößt[1833]. Umstritten war allerdings die Begründung. infrage kam ein Verstoß gegen § 1 I Nr. 2 ESchG (Befruchtung einer Eizelle zu einem anderen Zweck als der Herbeiführung einer Schwangerschaft), § 1 I Nr. 5 ESchG (Befruchtung von mehr Eizellen, als einer Frau innerhalb eines Zyklus übertragen werden können), § 2 I ESchG (missbräuchliche Verwendung des Embryos) und § 6 I ESchG (Erschaffung eines Klons)[1834]. Den Verfassern des ESchG war nur die frühe PID bekannt gewesen, so dass sie sich auch nur mit dem Verfahren an möglicherweise noch totipotenten Zellen beschäftigt hatten[1835]. Die Rechtslage war so unklar, dass die PID, ob früh oder spät, praktisch nicht zur Anwendung kam[1836]. Erst 2009 beschäftigte sich das Landgericht Berlin mit der Frage nach der Zulässigkeit der späten PID, nachdem sich ein Berliner Mediziner selbst angezeigt hatte, weil er das Verfahren an drei Frauen durchgeführt hatte[1837]. Der BGH bestätigte die Entscheidung des Landgerichts Berlin in seinem Urteil vom 6.7.2010[1838]. Die späte PID verstoße weder gegen § 1 I Nr. 2 ESchG noch gegen § 2 I ESchG. Wenn auch unter der Bedingung, dass die PID keine Anomalie zum Vorschein bringt, habe der Arzt doch eine Schwangerschaft bewirken wollen. Dass er hierfür genetisch-kranke Embryonen verworfen habe, sei nur eine „unerwünschte Nebenfolge" des eigentlichen Ziels gewesen[1839]. Auch lasse sich dem ESchG ein Verbot der späten PID nicht mit der nach Art. 103 II GG nötigen Bestimmtheit entnehmen. Zudem sei die Konfliktlage bei einer späten PID vergleichbar mit der, die sich bei dem positiven Befund einer PND mit folgendem Schwangerschaftsabbruch auftue[1840]. Schließlich wäre ein absolutes Verbot der PID nach dem Urteil des EGMR in der Sache

1833 *Taupitz*, in: Günther/Taupitz/Kaiser, Embryonenschutzgesetz, C.II. § 3 a, Rn. 2.
1834 *Bögershausen*, Präimplantationsdiagnostik, 2016, S. 44; *von Wietersheim*, Strafbarkeit der Präimplantationsdiagnostik, 2014, S. 83-88.
1835 *Torbohm*, Genetische Informationen im Familienverbund, 2014, S. 26.
1836 *Taupitz*, in: Günther/Taupitz/Kaiser, ESchG, C.II., § 3 a, Rn. 2; *Bögershausen*, Präimplantationsdiagnostik, 2016, S. 44.
1837 *von Wietersheim*, Strafbarkeit der Präimplantationsdiagnostik, 2014, S. 90; LG Berlin, Urt. v. 14.5.2009 – (512) 1 Kap Js 1424-06 KLs (26/08).
1838 BGH, Urt. v. 6.7.2010 – 5 StR 386/09, NJW 2010, S. 2672-2677.
1839 *Landwehr*, Rechtsfragen der Präimplantationsdiagnostik, 2017, S. 69.
1840 *von Wietersheim*, Strafbarkeit der Präimplantationsdiagnostik, 2014, S. 90-91.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Costa und Pavan vom 28.8.2012[1841] ohnehin nicht mehr haltbar gewesen[1842]. Das Urteil des BGH beurteilte zwar die späte PID als zulässig, äußerte sich jedoch nicht zur frühen PID. Damit galt für die frühe PID das implizite Verbot des ESchG fort, nämlich aus § 2 I ESchG und § 6 I ESchG[1843]. Nach der BGH-Entscheidung wurden drei fraktionsübergreifende Gesetzentwürfe eingebracht[1844]. Der erste Entwurf von *Röspel* wollte die Untersuchung an Embryonen in vitro nur zur Ermittlung einer Schädigung zulassen, die zur Tot- oder Fehlgeburt oder zum Kindstod im ersten Lebensjahr führt[1845]. Der zweite Entwurf von *Göring-Eckardt* sah ein komplettes Verbot der PID vor[1846]. Angenommen wurde der liberalste Entwurf von *Flach*/*Hintze*[1847].

bb) Die Rechtslage nach Erlass des § 3a ESchG

§ 3a ESchG besteht aus einem strafrechtlichen (§ 3a I, II ESchG) und einem verwaltungsrechtlichen Teil (§ 3a III, IV ESchG). Grundsätzlich verbietet § 3a I ESchG die Untersuchung der Zellen eines Embryos, nennt jedoch zwei Bedingungen, unter denen die Durchführung einer PID ausnahmsweise doch zulässig ist. Erstens, das durch die genetische Disposition der Eltern verursachte Risiko einer schwerwiegenden Erbkrankheit (§ 3a II Satz 1). Zweitens, die schwerwiegende Schädigung des Embryos, die mit hoher Wahrscheinlichkeit zu einer Tot- oder Fehlgeburt führt (§ 3a II Satz 2). Da § 3a ESchG lediglich von „Zellen eines Embryos" spricht, ist umstritten, ob er nur die totipotenten Zellen der frühen, die multipotenten Zellen der späten PID oder die Zellen beider PID-Verfahren einschließt. Unklar bleibt also, ob und in welchem Umfang § 3a ESchG in Bezug auf die Voraussetzungen an das jeweilige PID-Verfahren zwischen früher und später PID differenziert. § 3a III Nr. 1 ESchG statuiert eine Einwilligungs- und Beratungspflicht. Die Mutter muss in die ärztliche Behandlung eingewilligt

1841 ECHR No. 54270/10, 28th Aug. 2012 (Costa and Pavan vs. Italy), https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-112993 (1.1.2022).
1842 *Taupitz*, in: Günther/Taupitz/Kaiser, ESchG, B.II., Rn. 12.
1843 *Bögershausen*, Präimplantationsdiagnostik, 2016, S. 58; *Landwehr*, Rechtsfragen der Präimplantationsdiagnostik, 2017, S. 91; *Deutscher Ethikrat*, Präimplantationsdiagnostik, 2011, S. 14; *Reiß*, Rechtliche Aspekte der Präimplantationsdiagnostik, 2006, S. 31.
1844 *Spieker*, in: Spieker/Hillgruber/Gärditz, Die Würde des Embryos, 2012, S. 33 ff.
1845 BT-Drucks. 17/5452.
1846 BT-Drucks. 17/5450.
1847 BT-Drucks. 17/5451.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

haben; sie ist über die medizinischen, psychischen und sozialen Folgen der PID aufzuklären. Nach § 3a II Nr. 2 ESchG muss eine interdisziplinär zusammengesetzte Ethikkommission die Einhaltung der materiellen Voraussetzungen des § 3a II ESchG geprüft und bewilligt haben. Schließlich muss nach 3a III Nr. 3 ESchG ein qualifizierter Arzt die PID in einem dafür zugelassenen Zentrum nach dem „allgemein anerkannten Stand der Wissenschaft und Technik" (§ 3a II ESchG) durchführen.

b) Die gesetzliche Regelung in der Schweiz

In der Schweiz war die PID spätestens seit Inkrafttreten des Art. 5 III FMedG im Jahr 2001 ausdrücklich verboten. Seitdem gab es drei Entwürfe und zwei Volksabstimmungen zur Legalisierung der PID. Das nunmehr revidierte FMedG trat zusammen mit der zugehörigen Verordnung am 1. September 2017 in Kraft[1848].

aa) Die Rechtslage vor Erlass des Art. 119 II BVneu, Art. 5a FMedG

Anders als in Deutschland war und ist die PID in der Schweiz auch auf verfassungsrechtlicher Ebene geregelt. Auf einfachgesetzlicher Ebene bestimmte Art. 5 III $FMedG_{2001}$: „Das Ablösen einer oder mehrerer Zellen von einem Embryo in vitro und deren Untersuchung sind verboten"[1849]. Damit waren die frühe und späte PID untersagt. Ob außerdem ein verfassungsrechtliches Verbot der frühen und oder späten PID bestand, ist umstritten[1850].

1848 *BAG*, Rechtsetzungsarbeiten zur Fortpflanzungsmedizin, 2017, https://www.bag.admin.ch/bag/de/home/medizin-und-forschung/fortpflanzungsmedizin/rechtsetzungsarbeiten-fortpflanzungsmedizin.html (20.2.2022).

1849 *Tag*, Die Präimplantationsdiagnostik in der Schweiz, ZSTW 2013 (125/3), S. 609-626 (613).

1850 Dafür: *Bögershausen*, Präimplantationsdiagnostik, 2016, S.312; *Lück*, Neugestaltung der Präimplantationsdiagnostik, 2013, S. 77; *Böckenförde-Wunderlich*, Präimplantationsdiagnostik als Rechtsproblem, 2002, S.36; Dagegen: *Tag*, Die Präimplantationsdiagnostik in der Schweiz, ZSTW 2013 (125/3), S. 609-626 (616); *Bundesamt für Justiz*, Gutachten: Vereinbarkeit genetischer und morphologischer Untersuchungen von Embryonen in vitro mit Art. 119 II c BV, 2007, https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/publiservice/publikationen/berichte-gutachten/2008-14.html (22.2.2022), S. 4-8.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

(1) Verfassungsrechtliches Verbot der frühen PID (Art. 119 II a BValt)

Einige deutsche Rechtspraktiker sehen in dem Klonverbot aus Art. 119 II a BV_{alt} ein verfassungsrechtliches Verbot der frühen PID. Diese Ansicht ist der Annahme geschuldet, dass unter das Klonen, genau wie nach deutschem Recht[1851], auch die Abspaltung einer totipotenten Zelle fällt, sprich die frühe PID[1852]. Mehrere Schweizer Autoren widersprechen dieser Einschätzung[1853]. So untersuchte das Bundesamt für Justiz in seinem Gutachten aus dem Jahr 1995 die Vereinbarkeit der PID mit Art. 24^{novis}, der wortlautidentischen Vorgängernorm von Art. 119 BV_{alt}. Dabei stellte es sich die Frage, ob Art. 119 II a BV_{alt} lediglich „Eingriffe in das Erbgut von Embryonen" verbiete (dann wäre die PID zulässig) oder jeden physischen „Eingriff in die embryonale Zellsubstanz" (dann würde die PID gegen Art. 119 II a BV_{alt} verstoßen)[1854]. Das Bundesamt für Justiz befand: „Das Herauslösen einer einzelnen Zelle aus dem embryonalen Zellverband zu Diagnosezwecken kann für sich alleine keinen Eingriff im Sinne von Bst. a darstellen. Schutzgut [...] ist nicht die physische Integrität des Zellverbandes, sondern die durch die DNS […] individuell determinierte Erbinformation des Embryos, welche vor Veränderungen bewahrt werden muss"[1855]. Art. 119 II a BV_{alt} verbiete nicht „analytische Methoden", die Aufschluss geben können über genetische Defekte, sondern nur die „gentechnische Korrektur" dieser Defekte[1856]. Zwar umfasse der Schutzanspruch grundsätzlich auch totipotente Zellen, die im Verlauf der frühen PID abgespalten und zerstört würden, jedoch sei schwer feststellbar, bis zu welchem Entwicklungsstadium die Totipotenz reiche. Auch habe der Verfassungsgeber den rechtlich zulässigen Umgang mit totipotenten Zellen nicht ausdrücklich geregelt[1857].

1851 *Weschka*, Status und Schutz des menschlichen Embryos, 2010, S. 52.

1852 *Lück*, Neugestaltung der Präimplantationsdiagnostik, 2013, S. 77; *Bögershausen*, Präimplantationsdiagnostik, 2016, S. 312.; *Böckenförde-Wunderlich*, Präimplantationsdiagnostik als Rechtsproblem, 2002, S. 36.

1853 *Bundesamt für Justiz*, Gutachten: Vereinbarkeit genetischer und morphologischer Untersuchungen von Embryonen in vitro mit Art. 119 II c BV, 2007, https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/publiservice/publikationen/berichte-gutachten/2008-14.html (22.2.2022), S. 5; *Bundesamt für Justiz*, Gutachten Art. 24^{novis}: Verfassungsrechtlicher Status von Embryonen, 1995, https://entscheidsuche.ch/direkt_bund%2Fvpb%2F60-67.html (22.2.2022), Rn. 4.1 ff.

1854 Vgl. ebd. Rn. 4.1.

1855 Vgl. ebd. Rn. 4.1.

1856 Vgl. ebd. Rn. 4.1.

1857 Vgl. ebd. Rn. 4.1.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Grundsätzlich schließe Art. 119 II a BV_{alt} die PID an möglicherweise totipotenten Zellen also nicht aus. Vielmehr sei es Aufgabe des Gesetzgebers, über die Zulässigkeit solcher Untersuchungsmethoden zu urteilen[1858]. Insgesamt ist also davon auszugehen, dass sich kein verfassungsrechtliches Verbot der frühen PID aus Art. 119 II a BV_{alt} ergeben hat.

(2) Verfassungsrechtliches Verbot der frühen und späten PID (Art. 119 II c S. 3 BValt)

Diskutiert wurde ferner, ob sich aus Art. 119 II c S. 3 BV_{alt} ein implizites Verbot der frühen und späten PID ableiten ließ[1859]. Buchstabe c) sah vor, dass nur so viele menschliche Eizellen außerhalb des Körpers der Frau zu Embryonen entwickelt werden dürfen, wie ihr sofort eingepflanzt werden können. Sinn und Zweck dieser Norm war, die Entstehung überzähliger Embryonen zu verhindern, um ihrer missbräuchlichen Verwendung vorzubeugen. Bei einer PID werden jedoch Embryonen erstellt, die, sofern sie Träger einer unvorteilhaften genetischen Veranlagung sind, gerade nicht implantiert werden und damit überzählig sind[1860]. Dennoch leitete das *Bundesamt für Gesundheit* (BAG) aus der beschränkten Anzahl herzustellender Embryonen kein PID-Verbot ab. Denn dann könnten genetisch belastete Paare „ihren Kinderwunsch de facto gar nicht erfüllen"[1861]. Dies sei ein „zu schwerwiegender Eingriff in deren persönliche Freiheit", als dass er gerechtfertigt werden könnte[1862]. Somit konnte vor der Gesetzgebungsreform auch aus Art. 119 II c S. 3 BV kein verfassungsrechtliches PID-Verbot abgeleitet werden.

(3) Verfassungsrechtliche Einschränkung (Art. 119 II c S. 3 BValt)

Obwohl Art. 119 II c S. 3 BV_{alt} also kein verfassungsrechtliches Verbot der PID darstellte, enthielt diese Vorschrift doch eine erhebliche Einschrän-

1858 Vgl. ebd. Rn. 4.1.
1859 *BAG*, Erläuterungen zur Änderung von Art. 119 BV sowie des Fortpflanzungsmedizingesetzes, 2011, abrufbar unter: https://www.bag.admin.ch/bag/de/home/medizin-und-forschung/fortpflanzungsmedizin/rechtsetzungsarbeiten-fortpflanzungsmedizin.html (22.2.2022).
1860 Vgl. ebd. S. 40.
1861 Vgl. ebd. S. 40.
1862 Vgl. ebd. S. 40.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

kung für die frühe und späte PID. Wie gesagt, sah Buchstabe c) vor, dass nur so viele menschliche Eizellen außerhalb des Körpers der Frau zu Embryonen entwickelt werden dürfen, wie ihr sofort eingepflanzt werden können[1863]. Einfachgesetzlich lag die Höchstgrenze bei drei zu entwickelnden Embryonen (Art.17 I $FMedG_{2001}$). Die Herstellung aller drei Embryonen wäre aber nur verfassungskonform gewesen, wenn die Frau einverstanden gewesen wäre, sich alle drei Embryonen, sofern entwicklungsfähig und nicht Träger einer genetischen Krankheit, implantieren zu lassen[1864]. Entsprechend der deutschen Dreierregel (vgl. in diesem Hauptteil, A, IV) wäre es ihr also verboten gewesen, überzählige Embryonen zur späteren Verwendung einzufrieren, es sei denn, dass diese Embryonen „zwar rechtmäßig im Rahmen eines Fortpflanzungsverfahrens erzeugt wurden, entgegen dem ursprünglichen Plan aber nicht transferiert werden konnten"[1865]. Auch durfte der Arzt nicht einen Embryo nach dem anderen einsetzen (e-SET). Art. 119 II c S. 3 BV_{alt} hätte die Patientin also dazu gezwungen, sich wieder und wieder einer Hormonbehandlung zu unterziehen, bis endlich ein Embryo entsteht, der nicht Krankheitsträger ist. Damit erschwerte Art. 119 II c S. 3 BV_{alt} die Durchführung einer PID erheblich.

(4) Verfassungsrechtliche Einschränkung (Art. 119 II c S. 1 BValt)

Eine letzte verfassungsrechtliche Einschränkung für frühe als auch späte PID ließ und lässt sich bis heute Art. 119 II c BV_{alt} entnehmen. Hiernach dürfen Verfahren der assistierten Fortpflanzung nur angewandt werden, „wenn die Unfruchtbarkeit oder die Gefahr der Übertragung einer schweren Krankheit nicht anders behoben werden kann", nicht aber, um beim Kind bestimmte Eigenschaften herbeizuführen oder um Forschung zu betreiben[1866]. Diese Regel grenzt den Anwendungsbereich für Untersuchungen am Embryo in vitro ein. Nicht erlaubt ist die PID demnach mit dem Ziel, eine Aneuploidie des Embryos bei Unfruchtbarkeit oder erhöhtem Alter der Mutter zu erkennen. Sie ist zudem unzulässig zur Bestimmung des Geschlechts oder Gewebetyps zur Schaffung eines Retterbabys[1867].

1863 Vgl. ebd. S. 40.
1864 Vgl. ebd. S. 42.
1865 Vgl. ebd. S. 43.
1866 Vgl. ebd. S. 41.
1867 Vgl. ebd. S. 41.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

bb) Ergebnis: Die Rechtslage vor Erlass des Art. 119 II BVneu, Art. 5a FMedG

Vor der Reform ließ sich aus der Schweizer Verfassung kein Verbot der frühen oder späten PID ableiten. Art. 119 II c S.3 BV_{alt} hätte die Durchführung einer PID zwar erschwert, aber nicht verboten. Auch die Einschränkung in Art. 119 II c S.1 BV_{1999} stellt kein Verbot der PID dar, solange sie dem Nachweis schwerer Krankheitsveranlagungen dient[1868]. In der Praxis blieb die verfassungsrechtliche Möglichkeit jedoch irrelevant, denn beide PID-Verfahren waren einfachgesetzlich durch Art. 5 $FMedG_{2001}$ verboten.

cc) Die Rechtslage nach Erlass des Art. 119 II BVneu, Art. 5a FMedG

(1) Vorentwurf 2009

Der Entwurf 2009 hob das PID-Verbot auf einfachgesetzlicher Ebene auf, sah aber keine Verfassungsänderung vor. Damit blieb sowohl die enge Indikationenregelung aus Art. 119 II c S. 1 BV_{alt} als auch die restriktive Rahmenbedingung nach Art. 119 II c S. 3 BV_{alt} erhalten, wonach nur so viele Embryonen entwickelt werden dürfen, wie der Frau sofort eingepflanzt werden können (Art. 17 I $FMedG_{2009}$). Auch an dem Verbot zur Aufbewahrung von Embryonen änderte sich nichts. Hinzu kam Art. 5a $FMedG_{2009}$. Er lässt die Untersuchung von Embryonen in vitro zu, wenn:

a) die Gefahr, dass sich ein Embryo mit der Veranlagung für eine schwere Krankheit in die Gebärmutter einnistet, nicht abgewendet werden kann,
b) es wahrscheinlich ist, dass die Krankheit vor dem 50. Lebensjahr ausbrechen wird,
c) keine wirksame und zweckmäßige Therapie zur Bekämpfung der schweren Krankheit zur Verfügung steht,
d) das Paar gegenüber der Ärztin oder dem Arzt schriftlich geltend macht, dass ihm die Gefahr nach a) nicht zumutbar ist.

1868 *Bundesamt für Justiz*, Gutachten Art. 24^{novis} BV: Verfassungsrechtlicher Status von Embryonen, 1995, https://entscheidsuche.ch/direkt_bund%2Fvpb%2F60-67.html (22.2.20222), Rn. 4.1.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

(2) Vorentwurf 2011

Der überarbeitete Entwurf 2011[1869] sah dagegen auch eine Verfassungsänderung vor, allerdings nur von Art. 119 II c S. 3 BV_{alt}, nicht auch von Art. 119 II c S. 1 BV_{alt}. Damit blieb die PID weiterhin nur zulässig, wenn sie dazu diente, eine Unfruchtbarkeit zu behandeln oder die Übertragung einer schweren Krankheit zu verhindern. Der neue Art. 119 II c BV wurde am 14. Juni 2015 von der Schweizer Stimmbevölkerung angenommen und sieht vor, dass „nur so viele menschliche Eizellen außerhalb des Körpers der Frau zu Embryonen entwickelt werden dürfen, als für die medizinisch unterstützte Fortpflanzung notwendig sind". Fortan war es also möglich, mehr als drei Embryonen in vitro zu entwickeln, sofern sich das aus den technischen Zwängen des PID-Verfahrens ergibt. Nicht sofort eingesetzte Embryonen konnten für eine spätere Behandlung eingefroren und außerdem einer nach dem anderen in die Frau implantiert werden[1870]. Parallel dazu wurde auf einfachgesetzlicher Ebene Art. 17 I $FMedG_{2011}$ angepasst. Bei einer IVF mit PID durften fortan maximal acht, bei einer IVF ohne PID maximal drei Embryonen entwickelt werden.

(3) Vorentwurf 2014

Noch während sich die mit dem Vorentwurf 2011 geplante Verfassungsänderung im Abstimmungsverfahren für die Volksabstimmung befand, legte das Schweizer Parlament einen weiteren Entwurf für ein revidiertes

1869 *Schweizerischer Bundesrat*, Erläuterungen (Abstimmungsbüchlein), 2015, abrufbar unter: https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/abstimmungen/20150614/praeimplantationsdiagnostik.html (22.2.2022), S. 4-13; *BAG*, Faktenblatt: Verfassungsänderung, 2015, abrufbar unter: https://www.bag.admin.ch/bag/de/home/medizin-und-forschung/fortpflanzungsmedizin/rechtsetzungsarbeiten-fortpflanzungsmedizin/volksabstimmung-2015.html (22.2.2022); *BAG*, Faktenblatt: Anpassungen Fortpflanzungsmedizingesetz, 2017, abrufbar unter: https://www.bag.admin.ch/bag/de/home/medizin-und-forschung/fortpflanzungsmedizin/rechtsetzungsarbeiten-fortpflanzungsmedizin/volksabstimmung-2015.html (22.2.2022).

1870 *Schweizerischer Bundesrat*, Botschaft zur Änderung von Art. 119 BV sowie des Fortpflanzungsmedizingesetzes, 2013, https://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2013/5853.pdf (22.2.2022), S. 5918.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

FMedG vor. Der Entwurf 2014[1871] hob die Höchstgrenze der zu entwickelnden Embryonen für die IVF mit und ohne PID auf zwölf Embryonen an (Art. 17 I $FMedG_{2014}$). Eingefügt wurde außerdem Art. 5a III $FMedG_{2014}$. Dieser lässt die Untersuchung des Erbguts von Embryonen in vitro auch zur „Erkennung chromosomaler Eigenschaften zu, die die Entwicklungsfähigkeit des Embryos beeinträchtigen können", erlaubt also die PID in Form eines Aneuploidie-Screenings für Paare, die auf natürlichem Weg keine Kinder bekommen können. Das Gesetz wurde schließlich im Juni 2016 in zweiter Volksabstimmung deutlich angenommen[1872].

dd) Ergebnis: Die Rechtslage nach Erlass des Art. 119 II BVneu, Art. 5a FMedG

Ebenso wie Deutschland lässt die Schweiz mit Art. 5a II, III FMedG i.V.m. Art. 119 II BV die PID grundsätzlich zu. Wie in Deutschland bleibt aber auch in der Schweiz zu prüfen, ob der Gesetzgeber genauere Angaben über die Zulässigkeit von Untersuchungen in vitro an totipotenten Zellen gemacht hat. Und wenn ja, ob und wie die neue Regelung zwischen früher und später PID differenziert, wenn es um die Voraussetzungen geht, die für die Zulässigkeit des jeweiligen Verfahrens eingehalten werden müssen.

c) Bewertung: Die gesetzliche Regelung der PID in Deutschland und der Schweiz

Bevor geprüft wird, für welche PID-Verfahren der § 3a ESchG und der Art. 5 II, III $FMedG_{2014}$ i.V.m. Art.119 II BV_{neu} gelten, sollen zunächst die Voraussetzungen erläutert werden, unter denen eine PID in beiden Län-

1871 *BAG*, Faktenblatt: Die Änderungen des Fortpflanzungsmedizingesetzes (FMedG) im Überblick, 2016, abrufbar unter: https://www.bag.admin.ch/bag/de/home/medizin-und-forschung/fortpflanzungsmedizin/rechtsetzungsarbeiten-fortpflanzungsmedizin/volksabstimmung-2016.html (22.2.2022); *Schweizerischer Bundesrat*: Erläuterungen (Abstimmungsbüchlein), 2016, abrufbar unter: https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/abstimmungen/20160605/Anderung-des-Bundesgesetzes-uber-die-medizinisch-unterstutzte-Fortpflanzung.html (22.2.2022), S. 32-36.

1872 *BAG*, Ergebnis der Volksabstimmung vom 5.5.2026, https://www.bk.admin.ch/ch/d/pore/va/20160605/index.html (22.2.2022).

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

dern zulässig ist, sowie die Probleme, die sich aus den einzelnen Tatbestandsmerkmalen ergeben.

3) Indikationen in Deutschland und der Schweiz

a) Indikationen in Deutschland

§ 3a II ESchG enthält zwei Rechtfertigungsgründe für die Durchführung einer PID. Erstens das durch die genetische Disposition der Eltern bedingte hohe Risiko einer schwerwiegenden Erbkrankheit (§ 3a II Satz 1). Zweitens die schwerwiegende Schädigung des Embryos, die mit hoher Wahrscheinlichkeit zu einer Tot- oder Fehlgeburt führt (§ 3a II Satz 2). Beide Indikationen enthalten unbestimmte und in hohem Maße auslegungsbedürftige Tatbestandsmerkmale. Kritiker bemängeln, dass dem Norm-Anwender somit eine hohe Interpretationsfreiheit bleibt, die zu Rechtsunsicherheit führt[1873].

aa) Rechtfertigung nach § 3a II S. 1 ESchG

(1) Tatbestandsmerkmal: Hohes Risiko einer Erbkrankheit

Die Gesetzesbegründung definiert Erbkrankheiten als monogene Erkrankungen, Krankheiten also, die durch die Mutation eines einzelnen Gens hervorgerufen werden, sowie durch erbliche Chromosomenaberrationen[1874]. Dagegen würden multi-faktorielle Symptome und spontane, nicht durch die Eltern weitergegebene Mutationen wie Trisomie-21 nicht erfasst[1875]. Das Gesetz verzichtet auf eine Auflistung von Krankheiten, um einer Stigmatisierung behinderter Menschen vorzubeugen[1876]. Bei der Krankheit muss ein „hohes genetisches Risiko" vorliegen, eine Wahrscheinlichkeit also, die vom „üblichen Risiko [...] wesentlich abweicht"[1877]. Die

1873 *von Wietersheim*, Strafbarkeit der Präimplantationsdiagnostik, 2014, S. 111; *Taupitz*, in: Günther/Taupitz/Kaiser, Taupitz, ESchG, C.II. § 3a, Rn. 28; *Landwehr*, Rechtsfragen der Präimplantationsdiagnostik, 2017, S. 91; *Höfling/Engels*, in: Prütting, Medizinrecht, 4. Aufl. 2016, § 3a ESchG, Rn. 6.

1874 BT-Drucks. 17/5451, S. 8.

1875 *Frister/Lehmann*, Die gesetzliche Regelung der Präimplantationsdiagnostik, JZ 2012 (67/13), S. 659-667 (660).

1876 *Taupitz*, in: Günther/Taupitz/Kaiser, ESchG, C.II. § 3a, Rn. 12.

1877 BT-Drucks. 17/5451, S. 8.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Gesetzesbegründung nennt eine Wahrscheinlichkeit von 25-50%, die bei jeder monogen vererbten Krankheit, rezessiv oder dominant, vorliegt[1878]. Allerdings führt das BVerwG aus, dass „auch bei einem Risiko für eine schwerwiegende Erbkrankheit, das sich nicht mit mindestens 25% beziffern lässt, die Voraussetzungen des § 3a II S. 1 ESchG erfüllt sein können". In diesem Fall sei das Risiko „ein ‚hohes', wenn es vom üblichen Risiko der Bevölkerung abweicht"[1879].

(2) Tatbestandsmerkmal: Schwerwiegend

Schon in der Plenarsitzung im Bundestag kam Kritik auf, dass das Gesetz den Begriff „schwerwiegend" nur unzureichend konkretisiere[1880]. Die Gesetzesbegründung sehe zwar eine schwere Krankheit als gegeben an, wenn sie sich durch eine „geringe Lebenserwartung oder Schwere des Krankheitsbildes und schlechte Behandelbarkeit von anderen Erbkrankheiten wesentlich unterscheidet"[1881]. Darüber hinaus habe es der Gesetzgeber aber versäumt, der Entscheidung über den Schweregrad objektive Kriterien zu Grunde zu legen[1882]. Auch § 3 S. 2 ESchG, der laut Gesetzesbegründung als Orientierungshilfe für die Auslegung des Begriffs „schwerwiegend" heranzuziehen sei, benenne nur eine Krankheit, nämlich „Muskeldystrophie vom Typ Duchenne" [1883]. Dass das als Vergleichsgrundlage nicht ausreicht, hat mit Urteil vom 5. November 2020 nun auch das BVerwG bestätigt. Danach ist die Annahme verfehlt, „schwerwiegend im Sinne von § 3a Abs. 2 Satz 1 ESchG seien nur Erbkrankheiten, die den Schweregrad der Muskeldystrophie vom Typ Duchenne erreichen". Stehe in Frage, „ob eine Erbkrankheit bereits wegen der nach der genetischen Disposition jedenfalls eines Elternteils zu erwartenden Krankheitsausprägung bei den Nachkommen als schwerwiegend einzustufen ist", seien über die in der Gesetzesbegründung präsentierte Definition hinaus „auch mit der geneti-

1878 Vgl. ebd. S. 8; BVerwG, Urt. v. 5.11.2020 – 3 C 12.19, NVwZ 2021, S. 1068-1074 (1074), Rn. 48.
1879 BVerwG Urt. v. 5.11.2020 – 3 C 12/19, NVwZ 2021, S. 1068-1074 (1074), Rn. 49.
1880 BT-Plenarprotokoll 17/120, S. 13885.
1881 BT-Drucks.17/5451, S. 8.
1882 *Torbohm*, Genetische Informationen im Familienverbund, 2014, S. 47; *Landwehr*, Rechtsfragen der Präimplantationsdiagnostik, 2017, S. 91.
1883 *Taupitz*, in: Günther/Taupitz/Kaiser, ESchG, C.II. § 3a, Rn. 27; *Landwehr*, Rechtsfragen der Präimplantationsdiagnostik, 2017, S. 90.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

schen Disposition in Zusammenhang stehende weitere Belastungen der betroffenen Frau bzw. des Paares zu berücksichtigen“[1884]. Damit bringt das BVerwG zugleich Licht in das Dunkel der seit Inkrafttreten des § 3a ESchG umstrittenen Frage, aus wessen Sicht sich der Schweregrad beurteilt. So gab die Abgeordnete *Kathrin Vogler* (Die LINKE) zu bedenken: „Was schwerwiegend ist, das bestimmen dann auch nicht die Frauen selbst, sondern die Ethikkommissionen und im Zweifelsfall wieder Gerichte.“[1885] In anderen Worten, es bleibe zweifelhaft, ob die prognostizierte Belastung der Mutter in die Entscheidung nach § 3a II ESchG einfließt. Der Wortlaut lege ein solches Verständnis nicht nahe, stelle er doch ausschließlich auf den Embryo ab und erinnere damit an die abgeschaffte medizinische Indikation beim Schwangerschaftsabbruch[1886]. So hatte in der Vorinstanz zum Urteil des BVerwG vom 5. November 2020 der Verwaltungsgerichtshof München noch argumentiert: „Aus der unterschiedlichen Normgestaltung [von § 3a ESchG und § 218 a II StGB] kann […] zur Auflösung dieses Wertungswiderspruches nicht abgeleitet werden, dass im Rahmen des § 3a Abs. 2 Satz 1 ESchG subjektive Belange der Betroffenen im Wege einer individuellen Unzumutbarkeitsentscheidung zu beachten wären.“[1887] Für die Legitimität der PID „sei daher allein auf die Schwere der Erkrankung abzustellen, die im Sinne einer typisierenden Betrachtung die Unzumutbarkeit für die Eltern indiziere. Dagegen gebe es für eine Berücksichtigung der konkreten familiären Situation […] keinen normativen Ansatzpunkt“[1888].

Einem solch generalisierenden Maßstab hat das BVerwG nun eine Absage erteilt und entschieden, dass auch die prognostizierte Belastung der Eltern Beachtung finden muss. Allerdings beurteilt sich diese Belastung anders als bei der PND mit anschließendem Schwangerschaftsabbruch nicht nach der persönlichen Einschätzung der Mutter, sondern aus Sicht einer Ethikkommission. Sie entscheidet, ob der Frau die durch Geburt des Kindes entstehende Belastung in emotionaler, körperlicher und zeitlicher Hinsicht zumutbar ist (zum Verhältnis PID/PND vgl. 6). Problematisch bleibt zudem, dass der Begriff „schwerwiegend“ keine Anhaltspunkte im

1884 BVerwG Urt. v. 5.11.2020 – 3 C 12/19, BeckRS 2020, 42613, Rn. 9, 26 ff.
1885 BT-Plenarprotokoll 17/120, S. 13885.
1886 *Landwehr*, Rechtsfragen der Präimplantationsdiagnostik, 2017, S. 98; *Höfling/Engels*, in: Prütting, Medizinrecht, 4. Aufl. 2016, § 3a ESchG, Rn. 6; Anders: *Taupitz*, in: Günther/Taupitz/Kaiser, ESchG, § 3a, Rn. 26.
1887 VGH München Urt. v. 14.3.2019 – 20 BV 17.1507, BeckRS 2019, 3721, Rn. 55.
1888 Zusammenfassung der Haltung des VGH durch BVerwG Urt. v. 5.11.2020 – 3 C 12/19, BeckRS 2020, 42613, Rn. 5.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

„Hinblick auf die Reichweite der Indikationen", also für den Umgang mit spätmanifestierenden Krankheiten liefert[1889]. Deshalb wurde eine Altersgrenze diskutiert, bis zu der die Krankheit aller Wahrscheinlichkeit nach ausbrechen wird. Für eine Altersgrenze wurde angeführt, dass sonst auch Krankheiten, die erst im hohen Alter ausbrechen, wie zum Beispiel Morbus Alzheimer, als schwerwiegend gelten könnten. Eine Rechtsposition aufzubauen, wonach ein vielleicht „jahrzehntelanges gesundes und glückliches Leben" verhindert werde[1890], erscheine aber wenig vertretbar. Dass eine Altersgrenze fehlt, stehe zudem im Widerspruch zu § 15 II S. 2 GenDG, der eine PND nur für Krankheiten zulässt, die voraussichtlich vor dem 18. Lebensjahr ausbrechen[1891]. Dieser Wertung müsse auch in § 3a ESchG Folge geleistet werden. Immerhin sei eine Krankheit, die erst im späten Lebensalter auftritt, für die Mutter schwerlich mit den gleichen körperlichen und seelischen Belastungen verbunden wie eine früh in Erscheinung tretende Krankheit[1892]. Auch der deutsche Ethikrat hatte sich ursprünglich für eine Altersgrenze und gegen eine PID für spätmanifestierende Krankheiten ausgesprochen[1893]. Kinder mit einer Vererbungsanlage für eine spätmanifestierende Krankheit sollten im Erwachsenenalter die Möglichkeit haben, selbst zu entscheiden, ob sie von ihrer Veranlagung wissen wollen oder nicht[1894]. Gegen eine Altersgrenze hatten sich hingegen die *BÄK* und *Leopoldina* ausgesprochen[1895]. Man könne dem Kind und seinen Eltern keine „Pflicht zum Nichtwissen" auferlegen[1896]. Zudem könnten Krankheiten schon früher als prognostiziert auftreten, es sei unmöglich, einen festen „Stichtag" festzulegen[1897]. Wieder andere führen an, dass auch der Tod eines Kindes im frühen Erwachsenenalter für die Eltern belastend ist[1898]. Die Vor- und Nachteile einer Altersgrenze sind zwar im Laufe der Gesetzge-

1889 *Landwehr*, Rechtsfragen der Präimplantationsdiagnostik, 2017, S. 91; *Schroth*, Die gesetzliche Regelung der PID, ZStW 2013 (125/3), S. 627-646 (635).
1890 *Landwehr*, Rechtsfragen der Präimplantationsdiagnostik, 2017, S. 95.
1891 *Frister/Lehmann*, Die gesetzliche Regelung der Präimplantationsdiagnostik, JZ 2012 (67/13), S. 659-667 (660).
1892 *Landwehr*, Rechtsfragen der Präimplantationsdiagnostik, 2017, S. 94-95.
1893 *Deutscher Ethikrat*, Präimplantationsdiagnostik, 2011, S. 97.
1894 Vgl. ebd. S. 97.
1895 *Leopoldina*, Präimplantationsdiagnostik, 2011, S. 27; *BÄK*, Memorandum zur PID, 17.2.2011, https://www.bundesaerztekammer.de/fileadmin/user_upload/downloads/Memorandum-PID_Memorandum_17052011.pdf (22.2.2022), S. 7.
1896 Vgl. ebd. S. 7.
1897 Vgl. ebd. S. 7; *Leopoldina*, Präimplantationsdiagnostik, 2011, S. 16.
1898 *Bögershausen*, Präimplantationsdiagnostik, 2016, S. 62.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

bungsarbeiten diskutiert worden, der angenommene Gesetzentwurf enthält aber keine Altersgrenze. Das BVerwG geht nunmehr davon aus, dass auch „schwere Erbkrankheiten, die sich jenseits des Kindesalters manifestieren, die Voraussetzungen des § 3a Abs. 2 Satz 1 ESchG […] erfüllen können". Danach „[sind] Grundlage für die Beurteilung der Schwere der zu erwartenden Krankheitsausbildung […] alle krankheitsausprägenden Faktoren, wie insbesondere Art und Schwere des Krankheitsbildes, Zeitpunkt der Manifestation von Krankheitssymptomen (Kindes-/Jugend-/Erwachsenenalter), Krankheitsverlauf, Behandelbarkeit der Erkrankung und Lebenserwartung". Besonders in den Blick zu nehmen seien Paare, „die bereits ein schwer krankes, vielleicht schon verstorbenes Kind haben oder bei denen die Frau nach einer Pränataldiagnostik […] einen Schwangerschaftsabbruch […] hat vornehmen lassen"[1899].

bb) Rechtfertigung nach § 3a II S. 2 ESchG

In Deutschland darf ein Aneuploidie-Screening (PGS) vorgenommen werden, wenn es der Feststellung einer schwerwiegenden Schädigung des Embryos dient, die mit hoher Wahrscheinlichkeit zu einer Tot- oder Fehlgeburt führt. Dieser zweite Rechtfertigungsgrund ist noch unbestimmter als der erste, da er keine genetische Erkrankung der Mutter oder des Vaters und auch sonst keine klinisch-medizinischen Indikationen voraussetzt[1900]. Folglich könnte theoretisch jeder „mit der bloßen Behauptung, sich – wenn auch unbegründet – vor einer entsprechenden Krankheit zu fürchten", einen Anspruch auf PID geltend machen[1901]. Allgemein wird deshalb angenommen, § 3a II S. 2 ESchG sei dahin gehend zu reduzieren, dass er spezifische Anhaltspunkte für eine schwerwiegende, mit hoher Wahrscheinlichkeit zu einer Tot- oder Fehlgeburt führende Schädigung des Embryos voraussetzt[1902]. infrage kämen etwa eine Schwangerschaft im fortgeschrittenen Alter, Tot- oder Fehlgeburten und vorangegangene erfolglose IVF[1903].

1899 Urt. v. 5.11.2020 – BVerwG 3 C 12/19, BeckRS 2020, 42613, Rn. 40.
1900 *Taupitz*, in: Günther/Taupitz/Kaiser, ESchG, C.II. § 3a, Rn. 26; *Schroth*, Die gesetzliche Regelung der PID, ZStW 2013, S. 627-646 (636).
1901 *Bögershausen*, Präimplantationsdiagnostik, 2016, S. 63; *Frister/Lehmann*, Die gesetzliche Regelung der Präimplantationsdiagnostik, JZ 2012 (67/13), S. 659-667 (662).
1902 Vgl. ebd. S. 662.
1903 *Bögershausen*, Präimplantationsdiagnostik, 2016, S. 63.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Umstritten ist vor allem, ob schon das höhere Alter der Mutter ausreicht, um auf die Gefahr einer Tot- oder Fehlgeburt zu schließen[1904]. Das BVerwG hat dazu unlängst festgestellt, weder Wortlaut noch Gesetzesmaterialien schlössen aus, „dass die Durchführung eines Chromosomen-Screenings zur Minderung eines wegen des Alters der Frau bestehenden Risikos von Chromosomenfehlverteilungen beim Embryo gerechtfertigt sein kann". Das Gericht hat aber auch den Regelungsbedarf in dieser Hinsicht angedeutet[1905]: „Es ist dem Gesetzgeber vorbehalten, zu prüfen, ob im Hinblick auf Erfahrungen mit Anträgen auf Durchführung einer Präimplantationsdiagnostik wegen des höheren Alters der Frau weiterer Regelungsbedarf besteht."[1906] Der Gesetzgeber selbst hat kein Kriterium etabliert, um § 3a II S. 2 ESchG einzuschränken.

cc) Die Auslegung der Tatbestandsmerkmale: Die Rolle der Ethikkommission

In Deutschland entscheidet eine Ethikkommission darüber, ob die Voraussetzungen des § 3a II ESchG erfüllt sind. Kritiker befürchten eine „Exparlamentarisierung politischer Entscheidungen"[1907]. Die Ethikkommission prüfe nicht die ethische Vertretbarkeit des PID-Verfahrens, sondern dessen Rechtmäßigkeit[1908]. Denn die Kommission subsumiere nicht nur einen Sachverhalt unter ein ihr vorgegebenes, klar definiertes Gesetz. Vielmehr sei sie in entscheidender Funktion an der Ausgestaltung der unbestimmten Tatbestandsmerkmale beteiligt und treffe somit als „Ersatzparlament"[1909] wichtige legislative Entscheidungen. Nach der Wesentlichkeitstheorie müsse der Gesetzgeber jedoch Entscheidungen mit „starker Grundrechtsrelevanz" selbst treffen, darunter auch die, für welche Krankheiten das PID-Verfahren zulässig sein soll[1910]. Mit ihrer Kompetenz, unbestimmte Rechtsbegriffe auszulegen und darüber zu entscheiden, ob eine PID erlaubt ist, komme der Kommission die Funktion einer Behörde zu, allerdings mit un-

1904 *Höfling/Engels*, in: Prütting, Medizinrecht, § 3a ESchG, Rn. 7.
1905 BVerwG Urt. v. 2.12.2020 – 3 C 6/19, BeckRS 2020, 44095, Rn. 36.
1906 Vgl. ebd. Rn. 38.
1907 *Bögershausen*, Präimplantationsdiagnostik, 2016, S. 249, 256.
1908 *von Wietersheim*, Strafbarkeit der Präimplantationsdiagnostik, 2014, S. 284; *Schroth*, Die gesetzliche Regelung der PID, ZStW 2013 (125/3), S. 627-646 (637).
1909 *Bögershausen*, Präimplantationsdiagnostik, 2016, S. 251.
1910 Vgl. ebd. S. 256.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

zureichend demokratischer Legitimation[1911]. Zudem erlaubt § 3a ESchG jedem Bundesland, seine eigene Kommission einzurichten[1912]. Das begünstigt einen PID-Tourismus innerhalb der Bundesrepublik[1913]. Zwar verpflichtet § 3a VI ESchG die Bundesregierung dazu, alle vier Jahre einen Bericht zur PID zu erstellen. Die Kommissionen sind aber gemäß § 8 II PIDV weder dazu verpflichtet, ihre Entscheidungsmaßstäbe zu übermitteln, noch die von ihnen zugelassenen oder abgewiesenen Krankheiten mitzuteilen. Dies macht eine einheitliche Auslegung der unbestimmten Tatbestandsmerkmale nahezu unmöglich[1914]. Immerhin hat das BVerwG inzwischen festgestellt, dass die Entscheidungen der Ethikkommission „der vollen verwaltungsgerichtlichen Überprüfung unterliegen" und dass ihnen „in Bezug auf das Vorliegen der Voraussetzungen des hohen Risikos einer schwerwiegenden Erbkrankheit [...] kein Beurteilungsspielraum eingeräumt [ist]"[1915]. Somit stellt wenigstens die Beurteilungskompetenz der Ethikkommission im Rahmen des verwaltungsgerichtlichen Rechtswegs keine allzu große Einschränkung der elterlichen Autonomierechte dar (zu den bleibenden Einschränkungen vgl. 8, c, aa). Das ändert jedoch nichts an der Tatsache, dass man wohl auch künftig einen verlässlichen Anhaltspunkt für die zur Vornahme einer PID ermächtigenden Sachverhalte nur anhand solcher Indikationen wird finden können, die dafür im Wege des verwaltungsgerichtlichen Rechtswegs im Einzelfall als zulässig befunden wurden. Im Zweifel steht den durch unerfüllten Kinderwunsch und genetische Disposition ohnehin belasteten Eltern also nicht nur ein von ihnen als beschämend empfundenes Verfahren vor der Ethikkommission ins Haus, sondern zusätzlich noch ein zermürbender und kostenrisikobehafteter Verwaltungsgerichtsprozess durch mitunter mehrere Instanzen.

b) Indikationen in der Schweiz

Auch das Schweizer Gesetz enthält unbestimmte Tatbestandsmerkmale. Anders als Deutschland bietet die Schweiz aber einen ganzen Katalog

1911 Vgl. ebd. S. 255.
1912 Vgl. ebd. S. 257.
1913 Vgl. ebd. S. 257.
1914 Vgl. ebd. S. 259.
1915 BVerwG Urt. v. 5.11.2020 – 3 C 12/19, BeckRS 2020, 42613, Rn. 13-23.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

möglicher Parameter, um „eine Grauzone unklarer Indikationsstellungen zu vermeiden“[1916].

aa) Rechtfertigung nach Art. 5a II FMedGneu

Die Spiegelnorm zu § 3a II S.1 ESchG ist Art. 5a II $FMedG_{2014}$. Dieser erlaubt die PID, um die Gefahr abzuwenden, dass sich ein Embryo mit einer vererbbaren Veranlagung für eine schwere Krankheit einnistet.

(1) Hohe Gefahr einer Erbkrankheit (Art. 5a II a FMedGneu)

Ebenso wie das deutsche Gesetz verzichtet die Schweiz auf eine feste Krankheitsliste. Auch in der Schweiz genügt zudem eine Wahrscheinlichkeit von 25-50%, dass die Krankheit zum Ausbruch kommt. Wie in Deutschland erfasst der Begriff „Erbkrankheit“ monogene Krankheiten und erbliche Chromosomenaberrationen, nicht jedoch spontan auftretende Mutationen wie Trisomie-21 und multifaktorielle Krankheiten[1917].

(2) Schwere Krankheit (Art. 5a II a FMedGneu)

Anders als Deutschland bemüht sich die Schweiz in ihren Gesetzesmaterialien, den unbestimmten Rechtsbegriff der „schweren Krankheit“ zu konkretisieren[1918]. So heißt es in der Botschaft zur Änderung der Verfassungsbestimmung zur Fortpflanzungsmedizin und Gentechnologie im Humanbereich (Art. 119 BV) sowie des Fortpflanzungsmedizingesetzes: „Zur inhaltlichen Bestimmung der schweren Krankheit sind konkrete Parameter gefordert, die nach einschlägiger [...] Auffassung eine schwere Erkrankung des Kindes und so eine unzumutbare Belastung der Eltern in emotionaler, körperlicher, zeitlicher oder anderer Hinsicht ausmachen können“[1919]. Genannt sind therapieresistente Schmerzen, schwerwiegende Einschränkun-

1916 *Schweizerischer Bundesrat*, Botschaft zur Änderung von Art. 119 BV sowie des Fortpflanzungsmedizingesetzes, 2013, https://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2013/5853.pdf (22.2.2022), S. 5924.
1917 Vgl. ebd. S. 5923.
1918 Vgl. ebd. S. 5921.
1919 Vgl. ebd. S. 5921.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

gen in der Motorik (z.B.: durch Lähmungen) und/oder der Bewegungsfreiheit (z.B.: Bindung an große Versorgungsgeräte), in der Kognition (z.B.: IQ unter 60), der Emotionalität und der Affektregulierung. Diese müssen zu einer Unselbstständigkeit führen, die über die Kindheit hinausgeht und „Unterstützung bei allen [...] wichtigen alltäglichen Verrichtungen“[1920] erforderlich macht. Die Symptome müssten einen Großteil der Lebensspanne andauern oder die zu erwartende Lebensdauer erheblich verkürzen[1921]. Die genannten Voraussetzungen müssen nicht kumulativ vorliegen, sondern können für sich allein ausreichen, um eine PID zu rechtfertigen, sofern die Gefahr besteht, „dass den Eltern durch die bei ihnen zu erwartende Belastung erhebliche seelische, gesundheitliche oder andere Beeinträchtigungen drohen würden“[1922].

(3) Ausbruch vor dem 50. Lebensjahr (Art. 5a II b FMedGneu)

Anders als Deutschland sieht die Schweiz in Art. 5a II b $FMedG_{2014}$ eine Altersgrenze von 50 Jahren vor, bis zu der die Krankheit mutmaßlich ausbrechen muss. Die Altersgrenze soll als Barriere gegen „ethisch unzulässige Beweggründe“[1923] fungieren und als Stütze, um den Schweregrad einer Krankheit zu klassifizieren. Ferner muss es „wahrscheinlich“ sein, dass die Krankheit tatsächlich ausbrechen wird. Mit der Manifestationswahrscheinlichkeit soll dem Umstand Rechnung getragen werden, dass nicht jede Mutation auch in Erscheinung tritt. Daher sollen nur solche Mutationen eine PID rechtfertigen, bei denen die Symptome mit einer Wahrscheinlichkeit von 25 Prozent auch tatsächlich auftreten[1924]. Eine solche Wahrscheinlichkeit fehlt bei multifaktoriell bedingten Erkrankungen[1925].

(4) Kriterium der Nichttherapierbarkeit (Art. 5a II c FMedGneu)

Anders als Deutschland verlangt die Schweiz in Art. 5a II c $FMedG_{neu}$, dass es keine wirksame und zweckmäßige Therapie gibt. Die Therapie

1920 Vgl. ebd. S. 5921-5922.
1921 Vgl. ebd. S. 5922.
1922 Vgl. ebd. S. 5921.
1923 Vgl. ebd. S. 5922.
1924 Vgl. ebd. S. 5922.
1925 Vgl. ebd. S. 5923.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ist wirksam, wenn sie zu dem Ziel führt, „eine signifikante Linderung zu erreichen“[1926]. Zweckmäßig ist sie, wenn sie das Ziel in einem „vertretbaren Verhältnis zwischen Ergebnis und Aufwand oder Wirkungen und Nebenwirkungen“[1927] erreicht. Der Schweizer Gesetzgeber erkennt, dass dieses scheinbar subjektive Tatbestandsmerkmal zu Rechtsunsicherheit führen könnte und stellt auch hier Richtlinien zur Objektivierung auf. So verweist er auf die Parameter zur Auslegung von Art.5a $FMedG_{2014}$. Nur wenn die Therapie hilft, die Symptome einer schweren Krankheit erheblich zu mildern und ihrerseits keine ähnlich schweren Begleiterscheinungen verursacht, ist von einer wirksamen und zweckmäßigen Therapie auszugehen[1928].

bb) Rechtfertigung nach Art. 5a III FMedGneu

Art. 5a III $FMedG_{2014}$ entspricht § 3a II S. 2 ESchG und lässt die Untersuchung von Embryonen in vitro zur „Erkennung chromosomaler Eigenschaften zu, die die Entwicklungsfähigkeit des Embryos beeinträchtigen könnten“. Damit erlaubt auch die Schweiz das PGS, allerdings in anderem Umfang als Deutschland. Für das PGS gibt es grundsätzlich zwei Zielgruppen: Zum einen wird es fruchtbaren Frauen im fortgeschrittenen Alter angeboten. Bei ihnen besteht ein erhöhtes Risiko, Kinder mit einer Chromosomenanomalie wie Trisomie-21 zu bekommen. In diesem Fall soll das PGS helfen, Embryonen mit einem veränderten Chromosomensatz auszusortieren[1929]. Zum anderen wird das PGS infertilen Paaren angeboten, um die Erfolgsaussichten der Unfruchtbarkeitsbehandlung zu verbessern. Chromosomenaberrationen verursachen häufig Tot- oder Fehlgeburten. In diesem Fall soll das PGS helfen, die aufgrund dieser Anomalien entwicklungsunfähigen Embryonen auszusortieren[1930]. Ob das höhere Alter der Frau als Begründung zur Vornahme eines Screenings reicht oder ob noch weitere Indikationen, etwa vorherige Tot- oder Fehlgeburten hinzutreten müssen, entscheidet in Deutschland die Ethikkommission. Das Gesetz selbst enthält keine Anhaltspunkte, ob die PID nur zur Unfruchtbarkeitsbehandlung oder auch für Frauen im fortgeschrittenen Alter zulässig ist. Die Schweiz hinge-

1926 Vgl. ebd. S. 5923.
1927 Vgl. ebd. S. 5923.
1928 Vgl. ebd. S. 5923-5924.
1929 Vgl. ebd. S. 5871 ff.
1930 Vgl. ebd. S. 5902.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

gen hat die PID in Form des Screenings von Anfang an kritischer betrachtet als Deutschland. Befürchtet wurde, dass mit dem Screening die Grenze zwischen der zulässigen Intention, „entwicklungsunfähige Embryonen im Interesse der Erfüllung des Kinderwunsches *als solchen* auszusortieren", mit jener unzulässigen Intention, „genetisch belastete Embryonen zu verwerfen im Interesse, ein *gesundes* Kind zur Welt zu bringen", verwischt würde[1931]. Letzteres mit der Folge, dass die PID auch dazu genutzt werden könnte, ein Kind mit einer „Spontanmutation" wie Trisomie-21 auszusortieren[1932]. Beide Zwecksetzungen stünden in unterschiedlichen Wertkontexten, ließen sich in der praktischen Durchführung aber kaum trennen, da ein Screening nicht zwischen „entwicklungsverhindernden, schweren und unbedeutenden Abweichungen"[1933] unterscheide.

Daher wurde in der Schweiz befürchtet, dass sich durch Zulassung des Screenings die Perspektive verschiebe „von der Suche nach einem isolierten, klar krankheitsverursachenden Merkmal hin zu einem pauschalen ‚Normalitätstest'"[1934]. Naturwissenschaftlich sei nicht bewiesen, dass sich das PGS tatsächlich positiv auf die Unfruchtbarkeitsbehandlung auswirke[1935]. Überhaupt sei es schwierig, Paare, bei denen die Unfruchtbarkeit auf eine chromosomale Störung zurückzuführen ist, von solchen zu trennen, bei denen sie auf anderen Faktoren beruht. Schließlich wurde angeführt, dass das PGS zu einer erhöhten Anzahl an PID-Verfahren führe, da es deutlich mehr unfruchtbare Paare gebe als solche mit einer genetischen Krankheit[1936]. Trotz dieser Befürchtungen ist das Screening in der Schweiz in das neue FMedG eingefügt worden. Anders als in Deutschland ist jedoch das Alter der Frau gesetzlich eindeutig durch Art.119 II c S.1 BV als Indikation ausgeschlossen[1937]. Hiernach dürfen die Verfahren der medizinisch unterstützten Fortpflanzung nur angewendet werden, wenn die Unfruchtbarkeit oder die Gefahr der Übertragung einer schweren Krankheit nicht anders behoben werden kann. Art. 5a III FMedG erlaubt ein Screening also nur für unfruchtbare Paare. Nicht zulässig ist hingegen das Screening

1931 Vgl. ebd. S. 5902-5903.
1932 Vgl. ebd. S. 5903.
1933 Vgl. ebd. S. 5903.
1934 Vgl. ebd. S. 5903.
1935 Vgl. ebd. S. 5903.
1936 Vgl. ebd. S. 5902.
1937 Vgl. ebd. S. 5944.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

für ältere, aber noch fruchtbare Frauen, die wegen ihres fortgeschrittenen Alters etwa eine Trisomie-21 bei ihrem Embryo befürchten[1938].

cc) Die Auslegung der Tatbestandsmerkmale

Anders als in Deutschland gibt es in der Schweiz keine Ethikkommission zur Auslegung der Tatbestandsmerkmale. Vielmehr prüft der behandelnde Arzt oder die Ärztin das Vorliegen der Indikationen nach Art. 5a II, III $FMedG_{2014}$. Für die Untersuchung des Embryos in vitro muss der Arzt zusätzlich zu den generellen Informations- und Beratungspflichten für eine „nichtdirektive, fachkundige genetische Beratung" seiner Patientin sorgen (Art. 6a $FMedG_{neu}$). Gemäß Art. 9 III $FMedG_{neu}$ müssen sich Ärzte, die eine PID vornehmen wollen, zudem über hinreichende Kenntnisse im Bereich der medizinischen Genetik ausweisen und gewährleisten, dass das „Verfahren und die Zusammenarbeit mit den beteiligten Laboratorien dem Stand von Wissenschaft und Praxis" entspricht.

c) Bewertung: Die Indikationen in Deutschland und der Schweiz

aa) Die unklare Indikationsstellung

Beide Gesetze enthalten auslegungsbedürftige Tatbestandsmerkmale; in beiden Fällen delegiert der Gesetzgeber die Auslegung: In der Schweiz an die Ärzte, in Deutschland an eine Ethikkommission. Eine 100-prozentige Objektivierung des Entscheidungsprozesses ist dem Gesetzgeber nicht möglich. Dafür ist die Lebenswirklichkeit zu differenziert, so dass weder die Ärzte in der Schweiz noch die Ethikkommissionen in Deutschland durch gesetzgeberische Vorgaben komplett determiniert werden können oder sollen. Eine feste Krankheitsliste wurde nämlich in beiden Ländern abgelehnt. Allerdings ist eine Annäherung an eine objektivierbare Entscheidungsfindung wünschenswert. Diese wird in der Schweiz durch die höhere Dichte an Vorgaben eher erreicht als in Deutschland. Anders als der deutsche Gesetzgeber gibt der Schweizer Gesetzgeber dem Rechtsanwender nämlich ausführliche Hinweise zur Konkretisierung der unbestimmten Rechtsbegriffe an die Hand und schafft somit die Grundlage für eine lan-

1938 Vgl. ebd. S. 5944.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

desweit einheitliche Auslegungspraxis. Der deutsche Gesetzgeber hingegen überlässt die Auslegung viel weitgehender regionalen Ethikkommissionen, die für den Umfang des Regelungsbereichs nur unzureichend demokratisch legitimiert sind. Er hat es versäumt, den Tatbestandsmerkmalen objektive Kriterien zu Grunde zu legen, so dass die jeweilige Ethikkommission praktisch nach eigenen Maßstäben entscheiden kann, ob eine PID gerechtfertigt ist oder nicht, insbesondere im Hinblick auf welche Krankheit. Die schiere Anzahl an Kommissionen und der Mangel an einheitlichen Leitlinien zur Einschätzung des Schweregrads einer Krankheit macht eine kohärente Auslegung innerhalb des eigenen Landes nahezu unmöglich[1939].

bb) Die Belastung der Mutter als Zulässigkeitskriterium für eine PID

Anders als Deutschland hat die Schweiz sehr deutlich gemacht, dass die prognostizierte Belastung der Eltern wesentlicher Bestandteil der Entscheidung ist. In Deutschland dagegen kann man dergleichen zumindest dem Gesetzeswortlaut nicht entnehmen. Die Belastung beurteilt sich in der Schweiz auch nicht aus Sicht Dritter, sondern nach der persönlichen Einschätzung der Mutter im privaten Gespräch mit dem Arzt ihres Vertrauens und ihrer Wahl. Sie allein entscheidet, ob ihr die durch das Kind entstehende Belastung in emotionaler, körperlicher, zeitlicher oder anderer Hinsicht zumutbar ist oder nicht (Art. 5 II d FMedG). Die Schweiz schreibt den Autonomieinteressen der Frau also bereits an dieser Stelle einen weitaus höheren Stellenwert zu als der deutsche Gesetzgeber.

cc) Die Altersgrenze

Es lässt sich darüber streiten, ob eine Altersgrenze für spätmanifestierende Krankheiten von Vorteil ist oder nicht. Tatsache ist aber, dass eine Regelung in die ein oder andere Richtung besser ist als keine. Während die Schweiz den Umgang mit spätmanifestierenden Krankheiten klar regelt, schweigt das deutsche Gesetz zu der Thematik und öffnet auch in dieser Hinsicht Tür und Tor für Rechtsunsicherheit und willkürliche Fall-zu-Fall-Entscheidungen.

1939 Ähnliche Argumentation: *Bögershausen,* Präimplantationsdiagnostik, 2016, S. 257 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

4) Rahmenbedingungen in Deutschland und der Schweiz

a) Rahmenbedingungen in Deutschland

Für eine Analyse und Bewertung der Rahmenbedingungen im Hinblick auf die Dreierregel (§ 1 I Nr. 3 und Nr. 5 ESchG) und das Verbot des eSET vgl. in diesem Hauptteil, A, IV.

b) Rahmenbedingungen in der Schweiz

aa) Die Dreierregel (Art. 119 II c S. 3alt i.V.m. Art. 17 I FMedGalt)

Wie bereits erläutert, schränkte der ehemalige Art. 119 II c S. 3 BV sowohl die IVF mit als auch ohne PID erheblich ein[1940]. Er sah vor, dass nur so viele Embryonen entwickelt werden dürfen, wie der Frau sofort eingepflanzt werden können. Einfachgesetzlich lag die Höchstgrenze bei drei Embryonen (Art.17 I $FMedG_{2001}$). Die Wahrscheinlichkeit, innerhalb eines Zyklus einen entwicklungsfähigen und genetisch gesunden Embryo zu erhalten, war damit gering. Die Frau hätte sich über mehrere Zyklen hinweg einer Hormonbehandlung unterziehen müssen, um wenigstens einen transferierbaren Embryo zu erhalten. Wie erläutert, hat die Schweiz im Zuge der PID-Reform auch eine Verfassungsänderung von Art. 119 II c S. 3 BV durchgesetzt. Damit dürfen nun so viele Eizellen extrakorporal befruchtet werden, wie für die medizinisch unterstützte Fortpflanzung notwendig sind. Einfachgesetzlich wurde die Höchstgrenze an zu entwickelnden Embryonen für eine IVF mit und ohne PID auf zwölf Embryonen angehoben (Art. 17 I $FMedG_{neu}$).

bb) Der Elective-Single-Embryo-Transfer

Wie bis heute in Deutschland war auch in der Schweiz nach alter Rechtslage der e-SET verboten. Die Herstellung dreier Embryonen wäre nur verfas-

1940 *BAG*, Erläuterungen zur Änderung von Art. 119 BV sowie des Fortpflanzungsmedizingesetzes, 2011, abrufbar unter: https://www.bag.admin.ch/bag/de/home/medizin-und-forschung/fortpflanzungsmedizin/rechtsetzungsarbeiten-fortpflanzungsmedizin.html (22.2.2022), S. 42-43.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

sungskonform gewesen, wenn die Frau einverstanden gewesen wäre, sich alle drei Embryonen implantieren zu lassen – immer vorausgesetzt, dass sie nicht Träger einer genetischen Krankheit sind[1941]. Sofern die Frau aber wegen des Risikos einer Mehrlingsschwangerschaft nur der Implantation eines Embryos zugestimmt hätte, hätte der Arzt auch nur einen Embryo kultivieren dürfen. In diesem Fall wäre die Chance auf einen erblich unbelasteten Embryo noch weiter gesunken. Die Verfassungsänderung von Art. 119 II c BV macht es bei der IVF mit und ohne PID möglich, „nur noch einen Embryo pro Behandlung auszuwählen und einzusetzen"[1942].

cc) Die Kryokonservierung

Die Schweiz leitete zudem aus Art. 119 II c BV_{alt} ein Verbot der Kryokonservierung ab, sofern diese dem Ziel dient, eine risikoreiche Mehrlingsschwangerschaft zu verhindern[1943]. Der Frau war es also verboten, überzählige Embryonen für eine spätere Verwendung einzufrieren, es sei denn, dass diese „zwar rechtmäßig im Rahmen eines Fortpflanzungsverfahrens erzeugt wurden, entgegen dem ursprünglichen Plan aber nicht transferiert werden konnten"[1944]. Mit Art. 119 II c BV_{neu} dürfen nunmehr überzählige Embryonen für eine eventuelle spätere Verwendung eingefroren werden[1945]. Gemäß Art. 16 I $FMedG_{neu}$ dürfen sowohl imprägnierte Eizellen als auch Embryonen in vitro für eine Dauer von maximal fünf Jahren aufbewahrt werden. Eine Verlängerung um weitere fünf Jahre ist möglich, sofern der Kinderwunsch fortbesteht.

1941 Vgl. ebd. S. 42.

1942 *Schweizerischer Bundesrat*, Erläuterungen (Abstimmungsbüchlein), 2015, https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/abstimmungen/20150614/praeimplantationsdiagnostik.html (22.2.2022), S. 7.

1943 *BAG*, Erläuterungen zur Änderung von Art. 119 BV sowie des Fortpflanzungsmedizingesetzes, 2011, abrufbar unter: https://www.bag.admin.ch/bag/de/home/medizin-und-forschung/fortpflanzungsmedizin/rechtsetzungsarbeiten-fortpflanzungsmedizin.html (22.2.2022), S. 42-43.

1944 Vgl. ebd. S. 43.

1945 *Schweizerischer Bundesrat*, Erläuterungen (Abstimmungsbüchlein), 2015, https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/abstimmungen/20150614/praeimplantationsdiagnostik.html (22.2.2022), S. 7.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

dd) Forschung an überzähligen Embryonen

In der Schweiz können gemäß Art. 16 IV ESchG i.V.m Art. 5 ff. SzFG überzählige Embryonen unter strengen Voraussetzungen zur Gewinnung von embryonalen Stammzellen und zu Forschungszwecken verwendet werden. Dies gilt für die im Rahmen einer IFV erzeugten Embryonen, die nicht zur Herbeiführung einer Schwangerschaft verwendet werden dürfen und deshalb keine Überlebenschance haben (Art. 2 b StFG). Zum Vergleich: In Deutschland dürfen die bei einer PID anfallenden überzähligen Embryonen gemäß § 2 I ESchG nicht zu einem anderen als dem ihrer Erhaltung dienenden Zweck verwendet werden. Verboten ist hiernach auch die Entnahme von totipotenten Zellen zur Stammzellforschung[1946]. Ergänzend lässt das Stammzellgesetz in § § 4 ff. StZG den Import, die Verwendung und Forschung an pluripotenten embryonalen Stammzellen nur unter strengen Bedingungen zu. Lediglich den multipotenten Zellen kommt kein besonderer Schutzstatus zu, so dass an ihnen uneingeschränkt geforscht werden darf[1947]. In Deutschland ist die Forschung an embryonalen Stammzellen somit nur in sehr begrenztem Rahmen möglich. Das ist inkonsistent, führt man sich vor Augen, dass die Forschung an importierten embryonalen Stammzellen – also Stammzellen, die im Ausland eben solchen Embryonen entnommen wurden, die bei einer PID überzählig sind – unter Auflage möglich ist[1948].

c) Bewertung: Rahmenbedingungen in Deutschland und der Schweiz

Deutschland hat sich kaum mit den Rahmenbedingungen der PID beschäftigt. Unklar bleibt, ob und in welchem Umfang die Dreierregel gültig ist. Die Rechtsunsicherheit führt dazu, dass Ärzte, die kein rechtliches Risiko eingehen wollen, weiterhin höchstens drei Eizellen pro Zyklus befruchten und der Frau gleichzeitig einpflanzen[1949]. Eine zu geringe Zahl, um eine realistische Chance auf einen erblich unbelasteten Embryo zu erhalten;

1946 *Günther*, in: Günther/Taupitz/Kaiser, ESchG, C.II. § 2, Rn. 30; *Bögershausen*, Präimplantationsdiagnostik, 2016, S. 50.
1947 *Bögershausen*, Präimplantationsdiagnostik, 2016, S. 171.
1948 So im persönlichen Gespräch mit der Verfasserin: Herr Prof. Dr. rer. nat. Schlatt, Direktor des "Centre of Reproductive Medicine and Andrology" in Münster.
1949 So im persönlichen Gespräch mit der Verfasserin: Herr Prof. Dr. rer. nat. Schlatt, Direktor des "Centre of Reproductive Medicine and Andrology" in Münster.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

gleichzeitig aber eine zu hohe Zahl, um eine Zwillings- oder Drillingsschwangerschaft und die damit einhergehenden Risiken auszuschließen, (vgl. in diesem Hauptteil, A, IV). Anders der Schweizer Gesetzgeber: Er hat erkannt, dass eine konsistente gesetzliche Regelung der PID nicht möglich ist, ohne ihren Einfluss auf andere Regelungsmaterien zu berücksichtigen. Nicht nur hat er die Dreierregel reformiert, sondern auch den e-SET erlaubt. Anders als Deutschland hat die Schweiz also nicht nur die PID liberalisiert, sondern auch sichergestellt, dass sie dem medizinischen Standard entsprechend durchgeführt werden kann.

5) Der Umgang mit Zufallsbefunden in Deutschland und der Schweiz

Im Folgenden gilt es zu untersuchen, wie Deutschland und die Schweiz mit Zufallsbefunden umgehen; Informationen also, die im Verlauf der genetischen Untersuchung anfallen, aber von keinem gesetzlichen Rechtfertigungsgrund zur Vornahme einer PID gedeckt sind. Diese Überschussinformationen sind vor allem beim Aneuploidie-Screening zu erwarten, da man dabei nicht gezielt nach einer Krankheit sucht, sondern die gesamte DNS des Embryos scannt, um eventuelle Chromosomenanomalien auszuschließen[1950]. Es stellt sich die Frage, ob der Arzt den Eltern auch solche Zufallsbefunde mitteilen darf.

a) Der Umgang mit Zufallsbefunden in Deutschland

In Deutschland ist umstritten, wie zu verfahren ist, wenn der Arzt im Rahmen eines Screenings zwar keine Krankheit feststellt, die zu einer Tot- oder Fehlgeburt führt, aber eine weniger schwere wie zum Beispiel Trisomie-21 oder eine Rot-Grün- Schwäche, die eigentlich keine Vornahme einer PID rechtfertigt[1951]. Der *Deutsche Ethikrat* hat bereits 2011 ausgeführt, dass es widersprüchlich wäre, „die Durchführung der PID zwar eng zu begrenzen, die anlässlich einer PID mehr oder weniger zufällig erzielten Informationen dann aber ohne Begrenzung zur Grundlage einer Auswahl

1950 *Torbohm*, Genetische Informationen im Familienverbund, 2014, S. 74; *Taupitz*, in: Günther/Taupitz/Kaiser, ESchG, C.II. § 3a, Rn. 57.

1951 *Krüger*, Präimplantationsdiagnostik de lege lata et ferenda, in: Rosenau, Ein zeitgemäßes Fortpflanzungsmedizingesetz für Deutschland, 2013, S. 69-95 (95); *von Wietersheim*, Strafbarkeit der Präimplantationsdiagnostik, 2014, S. 115.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

unter den Embryonen zu verwenden“[1952]. Trotzdem regelt § 3a ESchG weder, wie mit Überschussinformationen umzugehen ist, noch wie „ihr Auftreten bereits auf technischer Ebene durch die Wahl spezieller Untersuchungsmethoden bei der Generierung der genetischen Daten vermieden werden könnte“[1953]. Einige Autoren argumentieren, der Arzt müsse seiner Patientin die Zufallsbefunde einer PID mitteilen[1954]. Vernachlässige er es, seine Patientin über Zufallsbefunde aufzuklären, mache er sich einer „fehlerhaften genetischen Beratung“ und damit einer „vertraglichen Pflichtverletzung“ schuldig (Prinzip des “informed consent”)[1955]. Andere führen an, dieses Hindernis lasse sich umgehen, indem der Arzt seine Patientin vor der PID darauf hinweist, dass er ihr nur solche Informationen mitteilen wird, die auch eine Indikation nach § 3a ESchG begründen[1956]. *Frister/Lehmann* geben an, eine Verheimlichung der Überschussinformationen stehe im Widerspruch zu § § 8, 11 GenDG, wonach es einer Patientin bei einer PND erlaubt ist, selbst darüber zu entscheiden, ob sie die Ergebnisse der genetischen Untersuchungen erfahren möchte[1957]. Außerdem stelle es einen erheblichen Eingriff in das „Selbstbestimmungsrecht der Frau“ und das „Vertrauensverhältnis zu ihrem Arzt“ dar, wenn dieser die Informationen für sich behalten müsste[1958]. Ein solcher Eingriff lasse sich auch nicht durch § 3a II ESchG als vermeintliche gesetzliche Grundlage rechtfertigen. Der Frau komme mithin auch bei der PID das Recht zu, vor Beginn des Verfahrens selbst zu entscheiden, ob sie Überschussinformationen erfahren möchte[1959]. Zustimmend merkt *Taupitz* an, dass es „gemäß § 4 I Nr. 2 ESchG allein der Selbstbestimmung der Frau obliegt, ob ihr ein Embryo übertragen werden soll“ und dass ihre Einwilligung unwirksam sein kann, „wenn ihr keine hinreichende Information über den (genetischen) Zustand des zu transferierenden Embryo zugrunde lag“[1960]. *Schroth* gibt zu bedenken, dass aus dem Fehlen eines Verbots nicht auf „eine generel-

1952 *Deutscher Ethikrat*, Präimplantationsdiagnostik, 2011, S. 97.
1953 *Torbohm*, Genetische Informationen im Familienverbund, 2014, S. 72.
1954 Vgl. ebd. S. 75.
1955 Vgl. ebd. S. 75.
1956 Vgl. ebd. S. 76; *Stockter*, in: Prütting, Medizinrecht, 4. Aufl. 2016, § 9 GenDG, Rn. 14;
von Wietersheim, Strafbarkeit der Präimplantationsdiagnostik, 2014, S. 117.
1957 *Frister/Lehmann*, Die gesetzliche Regelung der Präimplantationsdiagnostik, JZ 2012 (67/13), S. 659-667 (664).
1958 Vgl. ebd. S. 664.
1959 Vgl. ebd. S. 664.
1960 *Taupitz*, in: Günther/Taupitz/Kaiser, ESchG, C.II. § 3a, Rn. 59.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

le Zulässigkeit der Mitteilung von Überschussinformationen" geschlossen werden könne. Hierdurch werde das Recht auf Nicht-Wissen verletzt[1961]. Der deutsche Ethikrat wiederum macht geltend, der Arzt sei nur dann dazu verpflichtet, Überschussinformationen preiszugeben, wenn sie zu einer Einschränkung führen, die auch eine medizinische Indikation für einen Schwangerschaftsabbruch begründen würden[1962]. Andere widersprechen: „Eine solche Lösung bereitet Schwierigkeiten, da hinsichtlich einer Rechtfertigung des Schwangerschaftsabbruchs nach § 218a II StGB auf den Gesundheitszustand der Frau abgestellt werden muss und es gerade nicht auf den Grad und die Wahrscheinlichkeit einer Behinderung des Kindes ankommt."[1963]

b) Der Umgang mit Zufallsbefunden in der Schweiz

In der Schweiz lassen sich die gleichen Unstimmigkeiten finden wie in Deutschland. So ist unklar, ob ein Arzt, der bei einer PID nach Art. 5a III FMedG feststellt, dass der Embryo an einer schweren Krankheit leidet, die aber möglicherweise erst nach dem 50. Lebensjahr ausbricht (z.B.: Chorea-Huntington oder Morbus Alzheimer), die Mutter über diesen Befund aufklären muss. Der Art. 6 b $FMedG_{neu}$ regelt zwar den „Schutz und die Mitteilung genetischer Daten", verweist aber lediglich auf Art. 7 und Art. 19 des Bundesgesetzes über genetische Informationen beim Menschen (GUMG), die keine konkrete Aussage über den Umgang mit Überschussinformationen treffen. Allenfalls Art. 14 III c GUMG bietet Aufschluss. Hiernach muss die „betreffende Person oder, falls sie urteilsunfähig ist, ihr gesetzlicher Vertreter" über „die Möglichkeit eines unerwarteten Untersuchungsergebnisses" informiert werden. Vor diesem Hintergrund hält es das schweizerische Gesundheitsamt für gerechtfertigt, einen Embryo, bei dem man im Rahmen eines Aneuploidie-Screenings zur Unfruchtbarkeitsbehandlung zufällig Trisomie-21 erkannt hat, auf Wunsch der Mutter

1961 *Schroth*, Die gesetzliche Regelung der PID, ZStW 2013 (125/3), S. 627-646 (637); so auch: *Taupitz* in: Günther/Taupitz/Kaiser, ESchG, C.II. § 3a, Rn. 59.

1962 *Deutscher Ethikrat*, Präimplantationsdiagnostik, 2011, S. 83.

1963 *von Wietersheim*, Strafbarkeit der Präimplantationsdiagnostik, 2014, S. 116; so auch: *Frister/Lehman*, Die gesetzliche Regelung der Präimplantationsdiagnostik, JZ 2012 (67/13), S. 659-667 (664).

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

nicht zu implantieren[1964]. Dennoch fehlt es in der Schweiz, ebenso wie in Deutschland, bislang an einer gesetzlichen Grundlage. Unter anderem deshalb findet zurzeit eine Überarbeitung des GUMG statt. Am 15. Juni 2018 hat das Parlament das revidierte GUMG verabschiedet; vom 9. Mai bis zum 9. Oktober 2020 haben die Vernehmlassungen zu den Verordnungen stattgefunden. Die Inkraftsetzung des GUMG und seiner Verordnungen ist im Verlauf des Jahres 2022 geplant. Zur Mittelung von Überschussinformationen heißt es in Art. 27 I $GUMG_{neu}$: „Die betreffende Person entscheidet, welche Überschussinformationen ihr mitgeteilt werden sollen"[1965]. Zwar schränkt Art. 27 III GUMG ein, dass bei pränatalen genetischen Untersuchungen Überschussinformationen nur bei direkten Beeinträchtigungen der Gesundheit des Embryos oder Fötus, bei einer schweren Erbkrankheit in der Familie oder einer Anlageträgerschaft weitergegeben werden dürfen. Diskutiert wird deshalb teilweise, ob auch Überschussinformationen, die im Rahmen einer PID anfallen, unter Absatz III zu fassen sind[1966]. Der Bundesrat verneint das, führt aber in seiner Botschaft zum revidierten Bundesgesetz über genetische Untersuchungen beim Menschen vom 5.6.2017 aus, dass der Reproduktionsmediziner „dem Verhältnismäßigkeitsprinzip des Datenschutzrechts" entsprechend möglichst vermeiden soll, dass es bei der „Sequenzierung, technischen Auswertung und Interpretation der Daten" zu Überschussinformationen kommt[1967]. Entsprechend verlautbart Art. 9 $GUMG_{neu,}$ auf den Art. 6 b FMedG verweist: „Bei der Durchführung von genetischen Untersuchungen muss die Entstehung von Überschussinformationen so weit wie möglich vermieden werden". Sollten dennoch Zufallsbefunde anfallen, „müssen die Möglichkeit des Auftretens von Überschussinformationen und die Frage, ob die betreffende Person sie zur Kenntnis nehmen will, schon vor der Durchführung der Untersuchung

1964 So im Gespräch mit der Verfasserin: Herr Dr. Buergin, Leiter des Gesetzgebungsprojekts Präimplantationsdiagnostik, Eidgenössisches Department des Inneren (EDI), Bundesamt für Gesundheit (BAG).

1965 *BAG*, Revision Gesetz über genetische Untersuchungen beim Menschen, https://www.bag.admin.ch/bag/de/home/medizin-und-forschung/genetische-untersuchungen/aktuelle-rechtsetzungsprojekte1.html (22.2.2022).

1966 *Seelmann*, Gutachten im Auftrag des BAG: Was spricht gegen die Verwendung von Überschussinformationen bei einer PID und wo könnte eine einschränkende Regelung zu lokalisieren sein?, 2021, S. 9.

1967 *Schweizerischer Bundesrat*, Botschaft: zum GUMG, 2017, https://www.bag.admin.ch/bag/de/home/medizin-und-forschung/genetische-untersuchungen/aktuelle-rechtsetzungsprojekte1.htm (22.2.2022), S. 5622.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

bei der Aufklärung thematisiert werden“[1968]. Entsprechend sieht Art. 6 d und e $GUMG_{neu}$ vor, dass die betreffende Person aufgeklärt werden muss, sowohl „über die Möglichkeit, dass Überschussinformationen entstehen“ als auch über „die Fälle, in denen Überschussinformationen nicht mitgeteilt werden dürfen (Art. 17 Abs. 2, 27, 33)“. Aus Art. 9 $GUMG_{neu}$ i.V.m. Art. 6 b FMedG, sogenannte „Zurückhaltungsklausel“, wird teilweise abgeleitet, dass sie „nicht nur beim Entstehenlassen, sondern auch bei der Weitergabe von Überschussinformationen“ Zurückhaltung gebietet, so dass Überschussinformationen im Ergebnis vor dem Hintergrund des im Datenschutz wichtigen Zweckprinzips nur weitergegeben werden dürfen, „wenn sie unter die indizierten Informationen fallen“[1969]. Diese Interpretation wird aber jedenfalls vom Wortlaut des Art. 9 GUMG nicht zwingend getragen, der allein auf das Entstehen von Überschussinformationen abstellt. Sofern die genetische Untersuchung im medizinischen Bereich vollzogen wird, soll der Betreffende eigenständig darüber entscheiden können, welche Zufallsbefunde er erfahren möchte und welche nicht. Insofern sieht Art. 7 $GUMG_{neu}$ ein Recht auf Information und Art. 8 $GUMG_{neu}$ ein Recht auf Nichtwissen vor. Wie mit solchen Überschussinformationen umzugehen ist, könne von „deren klinischer Bedeutung sowie von Behandlungs- oder Prophylaxemöglichkeit“ abhängig gemacht werden[1970]. Hingegen soll der Arzt Überschussinformationen, die „außerhalb des medizinischen Bereichs“ und bei „DNA-Profilen“ anfallen, für sich behalten[1971]. Das hat Niederschlag gefunden in Art. 33 $GUMG_{neu}$. Diskutiert wird schließlich eine Informationsbeschränkung aus dem „Recht auf eine offene Zukunft“, bei dem es darum geht, „dass man dem Kind eine sog ‚offene Zukunft‘ ermöglichen, es also im Hinblick auf seine genetischen Eigenschaften in einem gewissen Umfang nicht dem elterlichen Willen, sondern dem Zufall anheimgestellt lassen sollte“ [1972]. Welchen Ausgang diese Diskussion in der Schweiz nehmen wird, ist noch ungewiss. Die Schweizerische Akademie der Medizinischen Wissenschaften (SAMW) empfiehlt „schriftliche Abmachungen mit dem Paar

1968 Vgl. ebd. S. 5622.
1969 *Seelmann*, Gutachten im Auftrag des BAG: Was spricht gegen die Verwendung von Überschussinformationen bei einer PID und wo könnte eine einschränkende Regelung zu lokalisieren sein?, 2021, S. 15-16.
1970 Vgl. ebd. S. 5623.
1971 Vgl. ebd. S. 5623.
1972 *Seelmann*, Gutachten im Auftrag des BAG: Was spricht gegen die Verwendung von Überschussinformationen bei einer PID und wo könnte eine einschränkende Regelung zu lokalisieren sein?, 2021, S. 16.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

einerseits und Vereinbarungen mit den Laboratorien andererseits" zu treffen, wonach Informationen „nicht an die behandelnde Ärztin und das Paar weitergegeben werden", sofern sie das Geschlecht oder einen Trägerstatus betreffen, der zu keiner gesundheitlichen Beeinträchtigung des Embryos führt. Das gleiche soll für Auffälligkeiten gelten, die nicht die PGT-Zulassungskriterien erfüllen, also weder Anzeichen für eine schwere Erbkrankheit sind noch die Entwicklungsfähigkeit des Embryos hemmen[1973].

c) Bewertung: Der Umgang mit Zufallsbefunden in Deutschland und der Schweiz

In Deutschland ist der Umgang mit Überschussinformationen nicht explizit geregelt. Wird einer Frau ein Screening etwa aufgrund fortgeschrittenen Alters gestattet und stellt der Arzt fest, dass das Kind an Trisomie-21 leidet, gerät er in einen erheblichen Rechts- und Gewissenskonflikt. Grundsätzlich ist er verpflichtet, seiner Patientin diese Information mitzuteilen. Dieselbe Frau könnte also eine Chromosomen-Mutation zur Grundlage ihrer Auswahlentscheidung machen, obwohl diese durch das PID-Gesetz eigentlich ausgeschlossen ist. Anders als Deutschland hat die Schweiz das Problem erkannt und durch eine umfassende Revision des GUMG reagiert. Zwar scheint der jetzige Gesetzesentwurf einer Frau nach Art. 27 S. 1 $GUMG_{neu}$ auf den ersten Blick zu erlauben, die strengen Voraussetzungen des Art. 5a FMedG zu umgehen. Denn danach müssen die im Laufe einer PID angefallenen Zufallsbefunde nicht Aufschluss geben über eine schwere Krankheit des Embryos. Es reicht, wenn sie nahelegen, dass die Gesundheit des Embryos in irgendeiner Art und Weise belastet ist. Die Empfehlungen der SAMW und die angeführten Diskussionsbeiträge zum Thema „Überschussinformationen" bei PGT zeigen jedoch, dass noch nicht ganz klar ist, zu welcher konkreten Anwendungen das revidierte GUMG in der Praxis führen wird, und ob danach eine Frau vor Beginn des Verfahrens tatsächlich selbst bestimmen darf, welche Befunde sie erfahren möchte und welche nicht. Trotzdem ist zu begrüßen, dass sich der Schweizer Gesetzgeber des Problems angenommen hat und dem Selbstbestimmungsrecht der Frau scheinbar einen vergleichbaren Stellenwert einräumt wie bei der PND, so dass er in dieser Hinsicht Wertungswidersprüche vermeidet. In

1973 *SAMW*, Präimplantative genetische Testverfahren (PGT), 2020, S. 12-13.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

Deutschland besteht nach wie vor Rechtsunsicherheit; die Ärzte müssen das Strafbarkeitsrisiko auf sich nehmen[1974].

6) Das Verhältnis der Regelungen von Präimplantationsdiagnostik (PID) und Pränataldiagnostik (PND) in Deutschland und der Schweiz

a) Das Verhältnis der Regelungen von PID und PND in Deutschland

Für einige Kritiker des § 3a ESchG steht die Norm im Widerspruch zur Regelung der Pränataldiagnostik (PND) mit anschließendem Schwangerschaftsabbruch[1975]. Für eine Frau sei es wesentlich einfacher, schwanger zu werden und den Embryo nach dem positiven Befund einer PND abzutreiben, als noch vor der Implantation des Embryos in den Mutterleib eine PID zu beantragen[1976]. Andere wiederum schätzen das Missbrauchspotenzial einer PID höher ein als das einer PND und sehen deshalb in einer strengeren Handhabung der PID im Vergleich zur PND gerade keinen Wertungswiderspruch. Zu untersuchen ist also, inwiefern die PID strenger geregelt ist als die PND und ob in der unterschiedlichen Handhabung beider Verfahren tatsächlich ein Wertungswiderspruch liegt.

aa) Weniger Informationspreisgabe bei der PID im Vergleich zur PND

Bei der PND mit anschließendem Schwangerschaftsabbruch darf der Embryo gemäß § 15 GenDG auf alle genetischen Krankheiten unabhängig von ihrer Schwere untersucht werden, auch auf Trisomie-21[1977]. Mit einer PID darf der Embryo hingegen nur auf schwere Krankheiten untersucht werden. Auch ein Antrag, der mit einem Verdacht auf Trisomie-21 begrün-

1974 So im persönlichen Gespräch mit der Verfasserin: Herr Prof. Dr. rer. nat. Schlatt, Direktor des "Centre of Reproductive Medicine and Andrology" in Münster. Die Ärzte des Reproduktionsmedizinischen Zentrums in Münster informieren ihre Patienten vor der Behandlung über möglicherweise anfallende Überschussinformationen.

1975 *Frommel*, Die Neuregelung der PID durch § 3a ESchG, JZ 2013 (68/10), S. 488-495 (493);
Bögershausen, Präimplantationsdiagnostik, 2016, S. 154-168;
Schroth, Die gesetzliche Regelung der PID, ZStW 2013 (125/3), S. 627-646 (642).

1976 *Bögershausen*, Präimplantationsdiagnostik, 2016, S. 154-168 (158).

1977 *Torbohm*, Genetische Informationen im Familienverbund, 2014, S. 163.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

det wird, einer der wichtigsten Gründe für die Vornahme einer PND, kann über die PID nicht berücksichtigt werden[1978]. Als Spontanmutation fällt die Trisomie 21 nicht unter den Rechtfertigungsgrund aus § 3a II S.1 ESchG. Auch § 3a II S.2 ESchG greift nicht, denn Trisomie-21 führt nicht mit ausreichend hoher Wahrscheinlichkeit zu einer Tot- oder Fehlgeburt. Zudem ist nicht unbedingt eine schwerwiegende Schädigung des Embryos gegeben, da die Lebenserwartung von Menschen mit Trismoie-21 bei durchschnittlich 60 Jahren liegt[1979].

bb) Strengere Kontrolle über das Verfahren der PID im Vergleich zur PND

Gemäß § 218 a I StGB kann eine Frau ihre Schwangerschaft innerhalb der ersten drei Monate ohne Angabe von Gründen beenden. Auch danach kann sie die Schwangerschaft gemäß § 218 a I StGB noch bis kurz vor der Geburt abbrechen, indem sie geltend macht, der Abbruch sei notwendig, um die Gefahr einer schwerwiegenden Beeinträchtigung ihres körperlichen oder seelischen Gesundheitszustandes abzuwenden. In jedem Fall trifft der Arzt die Entscheidung im persönlichen Gespräch mit der Patientin. Anders bei der PID: Hier fällt eine Ethikkommission die Entscheidung darüber, ob die Eltern bestimmte genetische Eigenschaften ihres Kindes erfahren dürfen. Der Kommission wird somit eine „weitreichende Einschränkung individueller Freiheitsrechte überantwortet, die beim [...] wesentlich schwerwiegenderen Konflikt des späten Schwangerschaftsabbruchs nicht besteht“[1980].

b) Das Verhältnis der Regelungen von PID und PND in der Schweiz

aa) Weniger Informationspreisgabe bei der PID im Vergleich zur PND

In der Schweiz finden sich die gleichen Unstimmigkeiten wie in Deutschland. Bei der PND mit anschließendem Schwangerschaftsabbruch darf der Embryo gemäß Art. 11 GUMG (Art. 17 $GUMG_{neu}$, Art. 27 III $GUMG_{neu}$) nicht nur wie bei der PID auf schwere und nicht therapierbare Krankheiten

1978 *von Wietersheim*, Strafbarkeit der Präimplantationsdiagnostik, 2014, S. 114.
1979 *Torbohm*, Genetische Informationen im Familienverbund, 2014, S. 44.
1980 Vgl. ebd. S. 144.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

im Sinne des Art. 5a II a), c) FMedG untersucht werden, sondern auf alle Eigenschaften, die seine Gesundheit direkt beeinträchtigen. Insbesondere gibt es bei der PND keine Altersgrenze, bis zu der eine festgestellte Krankheit mutmaßlich ausbrechen muss. Sollte also in der Schwangerschaft festgestellt werden, dass das Kind an einer schweren Krankheit leiden wird, die aller Wahrscheinlichkeit erst nach dem 50. Lebensjahr ausbricht, dürfte die Frau abtreiben. Eine PID dürfte sie wegen Verdachts auf dieselbe Krankheit nicht vornehmen. Schließlich darf auch in der Schweiz der Embryo nur im Rahmen einer PND auf Trisomie-21 untersucht werden, nicht im Rahmen einer PID. Das *Schweizerische Bundesamt für Gesundheit* (BAG) führt hierzu aus: „Trisomien werden in der Regel nicht übertragen, sondern es handelt sich dabei meist um numerische Chromosomenaberrationen, die sich spontan bilden. Die Anwendung der PID zu diesem Zweck kann weder unter die Indikation der Behandlung der Unfruchtbarkeit noch unter jene der Verhinderung der Übertragung einer schweren Krankheit gefasst werden“[1981].

bb) Keine strengere Kontrolle über das Verfahren der PID im Vergleich zur PND

Auch in der Schweiz gibt es in Bezug auf den Schwangerschaftsabbruch eine Fristenlösung bis zur 12. Schwangerschaftswoche (Art. 118 I, Art. 119 II StGB). Selbst danach kann die Frau die Schwangerschaft noch bis kurz vor der Geburt abbrechen, um einer schwerwiegenden körperlichen Schädigung oder einer schweren seelischen Notlage zu entgehen (Art. 118 III, Art. 119 I StGB). Hinsichtlich des Verfahrens besteht in der Schweiz aber kein Unterschied zwischen der PID auf der einen und PND auf der anderen Seite. Anders als in Deutschland muss die Frau in der Schweiz nämlich nicht auf den positiven Bescheid einer Ethikkommission hoffen. Die Entscheidung zur Durchführung einer PID erfolgt genau wie bei der PND im Vertrauensverhältnis zwischen Arzt und Patientin – bei freier Arztwahl der Patientin. Damit dürfte die Bewilligung einer PID leichter zu erreichen sein als vor einer Ethikkommission. Im Vorentwurf 2009 hatte man noch angedacht, die Ärzte zu verpflichten, dem Bundesamt für Gesundheit jede

1981 *Schweizerischer Bundesrat*, Botschaft zur Änderung von Art. 119 BV sowie des Fortpflanzungsmedizingesetzes, 2013, https://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2013/5853.pdf (22.2.2022), S. 5944.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

PID mit ihren Zulässigkeitsvoraussetzungen vor Beginn des Verfahrens zu melden. Das Bundesamt hätte innerhalb von 60 Tagen Einspruch erheben können[1982]. Eine solche Vollzugsregelung geriet aber heftig in Kritik. Sie sei „im Vergleich zu Verfahren in ähnlichen Bereichen (GUMG, Schwangerschaftsabbruch) unverhältnismäßig streng und trage dem Selbstbestimmungsrecht der Betroffenen nicht genügend Rechnung"[1983]. Als Reaktion enthält der angenommene Entwurf 2014 weder die Meldepflicht noch die Einzelfallkontrolle durch das BAG. Beides war aus „Praktikabilitätserwägungen" und aus „Gründen der Verhältnismäßigkeit" als übermäßiger Eingriff in die Autonomierechte der Frau abgelehnt worden[1984]. Ärzte, die eine PID durchführen wollen, benötigen nunmehr nach Art. 8 I FMedG nicht mehr für jedes einzelne PID-Verfahren die Bewilligung des BAG, sondern nur noch die Bestätigung des Kantons, dass sie generell zugelassen sind, Fortpflanzungsverfahren durchzuführen. Außerdem müssen die Ärzte dem BAG auch nicht mehr jede PID melden, sobald das Paar in die Behandlung eingewilligt hat. Art. 11 FMedG sieht vielmehr vor, dass die Ärzte der kantonalen Bewilligungsbehörde jährlich zusammenfassend Bericht erstatten. Diese leitet die Daten dem Bundesamt für Statistik zur Auswertung und Veröffentlichung weiter. Das BAG evaluiert anhand der Daten gemäß Art. 14a II a FMedG, ob die gemeldeten Indikationen mit den Zulässigkeitsvoraussetzungen nach Art. 5a II FMedG übereinstimmen.

c) Bewertung: Das Verhältnis der Regelungen von PID und PND in Deutschland und der Schweiz

Beide Länder regulieren die PID strenger als die PND. Trotzdem regulieren sie die PID im Verhältnis zur PND unterschiedlich stark: Deutschland regelt sowohl Indikationsspektrum als auch Verfahren bei der PID strenger

1982 Vgl. ebd. S. 5894.

1983 *BAG*, Vernehmlassungsbericht zur Änderung des Fortpflanzungsmedizingesetzes, 2010, abrufbar unter: https://www.bag.admin.ch/bag/de/home/medizin-und-forschung/fortpflanzungsmedizin/rechtsetzungsarbeiten-fortpflanzungsmedizin.html (22.2.2022), S.10.

1984 *BAG*, Vernehmlassungsbericht zur Änderung von Art. 119 BV sowie des Fortpflanzungsmedizingesetzes, 2012, abrufbar unter: https://www.bag.admin.ch/bag/de/home/medizin-und-forschung/fortpflanzungsmedizin/rechtsetzungsarbeiten-fortpflanzungsmedizin.html (22.2.2022), S. 18; *Schweizerischer Bundesrat*, Botschaft zur Änderung von Art. 119 BV sowie des Fortpflanzungsmedizingesetzes, 2013, https://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2013/5853.pdf (22.2.2022), S. 5896.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

als bei der PND; die Schweiz hingegen lediglich das Indikationsspektrum. Der Schweiz gelingt auf diese Weise ein harmonischerer Ausgleich zwischen der Regelung der PID auf der einen und der PND mit anschließendem Schwangerschaftsabbruch auf der anderen Seite. Indem sie bewusst auf eine Einzelfallbewilligung durch das BAG oder eine Ethikkommission verzichtet, vermeidet sie zudem einen zu starken Eingriff in die Autonomierechte der betroffenen Frau.

7) Frühe und späte PID in Deutschland und der Schweiz

Zu prüfen bleibt, für welche PID-Verfahren der § 3a ESchG in Deutschland und der Art. 5a $FMedG_{neu}$ sowie der Art. 119 II BV_{neu} in der Schweiz gelten.

a) Die frühe und späte PID in Deutschland

In Deutschland war lange Zeit unklar, ob § 3a ESchG nur die totipotenten Zellen der frühen PID, die multipotenten Zellen der späten PID oder beide Zellarten und Verfahren erfasst.

aa) Der Zellbegriff des § 3a ESchG: Die zu prüfenden Auslegungsmöglichkeiten

Der deutsche § 3a ESchG spricht von „Zellen eines Embryos" und lässt grundsätzlich Raum für drei Auslegungsvarianten[1985]. Vertreter der einheitlichen Auslegung führen an, dass der § 3a ESchG nicht zwischen früher und später PID unterscheide, sondern vielmehr für beide Verfahren gleichermaßen gelte[1986]. Folgt man dieser Auffassung, wäre sowohl die frühe PID an möglicherweise noch totipotenten Zellen als auch die späte PID an multipotenten Zellen nur unter den strengen Bedingungen des § 3a ESchG zulässig. Vertreter der liberalen Auslegung wollen § 3a ESchG nur auf die

1985 *Bögershausen*, Präimplantationsdiagnostik, 2016, S. 65-66.

1986 *Taupitz*, Oozyten im 2-PN-Stadium für die Embryonenspende?, J. Reproduktionsmed. Endokrinol. 2015 (12/2), S. 47-48; *Czerner*, Kodifizierung der PID, MedR 2011 (29), S. 783-789 (differenziert nicht zwischen früher und später PID); *Haskamp*, Embryonenschutz in vitro, 2012, S. 275; *Hufen*, Untersuchungsformen, J. Reproduktionsmed. Endokrinol. 2015 (12/2), S. 49-50.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

möglicherweise noch totipotenten Zellen der frühen PID anwenden. Die späte PID an multipotenten Zellen soll wie bisher ohne die Voraussetzungen des § 3a ESchG nach den anderen Vorschriften des ESchG zulässig sein[1987]. Vertreter der strengen Auslegung wollen den § 3a ESchG nur auf die multipotenten Zellen der späten PID anwenden. Die frühe PID soll verboten bleiben[1988].

bb) Der § 3a ESchG als lex-specialis: Verstoß der strengen Auslegung gegen Art. 103 II GG

Vertreter der strengen Auslegung führen die Systematik des ESchG ins Feld: Sie argumentieren, dass die übrigen Normen des ESchG wegen ihres höheren Strafrahmens dem § 3a ESchG als lex specialis vorgehen. Die frühe PID bleibe also gemäß § § 2 I, 6 I ESchG verboten und lasse sich unter Einhaltung der Voraussetzungen des § 3a II ESchG nicht rechtfertigen[1989]. Eine umgekehrte Auslegung, wonach § 3a ESchG lex specialis zu den übrigen Normen des ESchG ist, sei vor dem Hintergrund, dass sich auch aus der Untersuchung multipotenter Zellen vielversprechende Ergebnisse ableiten lassen, nicht haltbar[1990]. Weiter führen Vertreter der strengen Auslegung an, dass § 8 ESchG eine totipotente Zelle als „Embryo" definiere. Sofern der Gesetzgeber also auch totipotente Zellen vom Anwendungsbereich des § 3a ESchG hätte umfasst sehen wollen, hätte er nicht die Worte „Zellen eines Embryos", sondern vielmehr den Begriff „Embryo" verwendet[1991]. Schließlich habe auch der Verordnungsgeber totipotente Zellen nicht vom Begriff „Zellen eines Embryos" umfasst gesehen. In § 2 Nr. 3 PIDV definiere

1987 *Frommel*, Die Neuregelung der PID durch § 3a ESchG, JZ 2013 (68/10), S. 488-495; *Frommel*, Untersuchungsformen, J. Reproduktionsmed. Endokrinol. 2015 (12/2), S. 42-56 (46-47); *Schroth*, Die gesetzliche Regelung der PID, ZStW 2013 (125/3), S. 627-646 (633).

1988 *Taupitz/Hermes*, Neuregelung der PID, MedR 2015 (33), S. 244-248; *Frister*, Untersuchungsformen, J. Reproduktionsmed. Endokrinol, 2015 (12/2), S. 42-56 (48-49); *Frister,* Zum Anwendungsbereich des § 3a EschG, in: Festschrift Tolksdorf, 2014, S. 227-233 (227-228); *Frister/Lehmann*, Die gesetzliche Regelung der PID, JZ 2012 (13), S. 659-667; *von Wietersheim*, Strafbarkeit der Präimplantationsdiagnostik, 2014, S. 107.

1989 *Frister/Lehmann*, Die gesetzliche Regelung der PID, JZ 2012 (13), S. 659-667 (660).

1990 *von Wietersheim*, Strafbarkeit der Präimplantationsdiagnostik, 2014, S. 107.

1991 *Frister*, Zum Anwendungsbereich des § 3a ESchG, in: Festschrift Tolksdorf, 2014, S. 227-233 (227-228).

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

er Zellen nämlich als „Stammzellen, die sich (...) zu Zellen unterschiedlicher Spezialisierung, jedoch nicht zu einem Individuum zu entwickeln vermögen“[1992]. Auch *Hintze*, der Initiator des § 3a ESchG, habe klargestellt, dass sich die Norm lediglich auf die Untersuchung multipotenter Zellen beziehe, und somit die frühe PID vom Anwendungsbereich des § 3a ESchG ausgenommen[1993].

Vertreter der anderen Auslegungsmöglichkeiten argumentieren dagegen, der § 3a ESchG sei sehr wohl lex specialis zu den übrigen Paragrafen des ESchG[1994]. Auch die frühe PID könne also unter Einhaltung des § 3a II ESchG gerechtfertigt sein und werde gerade nicht durch die § § 2 I, 6 I ESchG verboten. Zudem führen sie an, dass sich aus der Begrenzung des Zellbegriffs auf die späte PID, die lex specialis Wirkung des § 3a ESchG vorausgesetzt, ein Verstoß gegen das Analogieverbot ergebe[1995]. Demnach kann eine Tat nur bestraft werden, wenn die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt war, bevor sie begangen wurde (Art. 103 II GG). Reduziere man nach der strengen Auslegung den Anwendungsbereich des § 3a ESchG auf die späte PID, würde der frühen PID die Rechtfertigungsmöglichkeit des § 3a II, III ESchG entzogen. Eine Interpretation, wonach die frühe PID gemäß § § 2 I, 6 I ESchG strafbar bleibt, sei aber unzulässig, komme sie doch einer für den Bürger „nachteiligen Strafbarkeitsausdehnung durch Eingrenzung eines Rechtfertigungsgrundes“ gleich[1996]. Für eine Auslegung des § 3a ESchG als lex specialis spreche, dass dieser nach den gängigen Kollisionsregeln spezieller und aktueller sei als die übrigen Normen des ESchG.[1997] Einer solchen Interpretation stünden auch nicht so „wichtige Schutzzwecke“ der verdrängten Normen (§ § 2 I, 6 I ESchG) entgegen, als dass sie nicht zu rechtfertigen wäre[1998]. Zudem sei es keinesfalls zwingend, die Wertung des § 8 I ESchG, wonach alle totipotenten Zellen nicht „Zellen“, sondern „Embryonen“ sind, auf § 3a ESchG zu übertragen. Viel wahrscheinlicher sei es anzunehmen, dass totipotente Zellen beides sind, „Zellen“ und „Embryonen“, und dass sich der Zellbegriff des § 3a ESchG auch auf die totipotenten

1992 Vgl. ebd. S. 227.
1993 *Bögershausen*, Präimplantationsdiagnostik, 2016, S. 91.
1994 So etwa: *Frommel*, Die Neuregelung der PID durch § 3a ESchG, JZ 2013 (68/10), S. 488-658 (490).
1995 *Bögershausen*, Präimplantationsdiagnostik, 2016, S. 69.
1996 Vgl. ebd. S. 72.
1997 Vgl. ebd. S. 73.
1998 Vgl. ebd. S. 73.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Zellen in ihrer Funktion als „Zelle" erstreckt[1999]. Auch *Schroth* geht von einer lex-specialis Wirkung des § 3a ESchG aus. Zumindest bestehe ein Vorrang vor § 1 I Nr. 3 und Nr. 5 ESchG. Ansonsten könne man die PID gar nicht erfolgversprechend durchführen. Insofern müsse § 3a ESchG auch lex specialis zu § 2 I, 6 I ESchG sein: „Es macht jedenfalls wenig Sinn, für manche Normen des Embryonenschutzgesetzes § 3a als lex specialis anzusehen, für andere Normen wie das Verwendungsverbot von totipotenten Zellen hingegen nicht."[2000]

Die besseren Argumente sprechen dafür, § 3a ESchG als lex specialis zu den übrigen Vorschriften des ESchG zu sehen. Insbesondere, weil nach den gängigen Kollisionsregeln der höhere Strafrahmen einer Norm keinen Vorrang vor einer anderen zu rechtfertigen vermag[2001]. Die strenge Auslegungsmöglichkeit, wonach § 3a ESchG nur auf die späte PID anwendbar ist, scheidet somit wegen Verstoßes gegen Art. 103 II GG aus.

cc) Ausschluss der differenzierenden Auslegung durch das Bundesverwaltungsgericht mit Entscheidung vom 2.12.2020

Hinsichtlich der übrigen Auslegungsmöglichkeiten hat das Bundesverwaltungsgericht mit Urteil vom 2.12.2020[2002] inzwischen klargestellt, dass auch die späte PID an multipotenten Zellen unter § 3a ESchG fällt. Schon vorher sprachen die besseren Argumente in der Literatur gegen eine differenzierende Auslegung und für eine einheitliche Bewertung beider Verfahren[2003]. Das Bundesverwaltungsgericht zeichnet die für eine einfachgesetzliche Auslegung in diese Richtung streitenden Argumente nach. Diese sind hier zusammengefasst[2004].

1999 Vgl. ebd. S. 75.

2000 *Schroth*, Die gesetzliche Regelung der PID, ZStW 2013 (125/3), S. 627-646 (634); so auch: *Frister/Lehmann*, Die gesetzliche Regelung der PID, JZ 2012 (13), S. 659-667 (664).

2001 Mit ähnlicher Argumentation vgl. *Bögershausen*, Präimplantationsdiagnostik, 2016.

2002 BVerwG Urt. v. 2.12.2020 – 3 C 6/19, BeckRS 2020, 44095.

2003 Vgl. bereits: *Bögershausen*, Präimplantationsdiagnostik, 2016, S. 77 ff.

2004 im Wesentlichen gleichlautend: BVerwG Urt. v. 2.12.2020 – 3 C 6.19, BeckRS 2020, 44095, Rn. 18-31.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

(1) Grammatische Auslegung

Der § 3a ESchG spricht von „Zellen eines Embryos". Vertreter der differenzierenden Auslegung argumentieren, der Wortlaut umfasse nur die Zellen des Embryoblasten (totipotente Zellmasse der Blastozyste, aus denen später der eigentliche Embryo entsteht – frühe PID), nicht aber die Zellen des Trophoblasten (multipotente Zellmasse der Blastozyste, aus denen sich später das Nährgewebe entwickelt – späte PID)[2005]. Auf die räumliche Zugehörigkeit beider Zelltypen komme es nicht an, da auch § 8 ESchG ausschließlich auf die Entwicklungsfähigkeit der totipotenten Zelle abstelle[2006]. Vertreter der einheitlichen Auslegung wenden ein, dass der Wortlaut gerade keine Differenzierung zwischen den Zellen der späten PID und den Zellen der frühen PID nahe lege[2007]. Sie argumentieren, dass im allgemeinen Sprachgebrauch wie auch in der medizinischen Fachsprache unter den Begriff „Zelle" alle Zellarten gefasst würden, unabhängig von ihrer Potenz[2008]. Zudem sei es abwegig anzunehmen, ein Mediziner übertrage der Frau mit den Trophoblastzellen auf der einen und den Embryoblastzellen auf der anderen Seite „zwei verschiedene Entitäten"[2009]. Vielmehr habe der Gesetzgeber den Begriff „Embryo" in § 3a ESchG auf die ganze Blastozyste bezogen[2010]. Dafür spreche auch, dass sich die Trennung zwischen Embryoblast- und Trophoblastzellen erst zu einem späteren Zeitpunkt vollziehe, auf jedem Fall aber nach dem Zeitpunkt der Zellentnahme[2011]. *Frister* drückt es so aus: „Solange die Trennung von Organismus und Plazenta nicht tatsächlich stattgefunden hat, gehören auch die Trophoblastzellen unzweifelhaft zu dem Zellverband des Embryos. Erst sie ermöglichen es dem Embryo, [...] den doktrinen, nutritiven, metabolischen und immunologischen Kontakt

2005 *Frommel*, Untersuchungsformen, J. Reproduktionsmed. Endokrinol. 2015 (12/2), S. 42-56 (46).
2006 Vgl. ebd. S. 46.
2007 *Hufen*, Untersuchungsformen, J. Reproduktionsmed. Endokrinol. 2015 (12/2), S. 42-56 (49);
Schroth, Die gesetzliche Regelung der PID, ZStW 2013 (125/3), S. 627-646 (633).
2008 *Bögershausen*, Präimplantationsdiagnostik, 2016, S. 80.
2009 *Taupitz/Hermes*, Neuregelung der PID, MedR 2015 (33), S. 244-248 (246);
Taupitz, Untersuchungsformen, J. Reproduktionsmed. Endokrinol. 2015 (12/2), S. 42-56 (47).
2010 *Taupitz*, in: Günther/Taupitz/Kaiser, ESchG, C.II. § 3a, Rn. 26.
2011 *Bögershausen*, Präimplantationsdiagnostik, 2016, S. 80

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

mit dem mütterlichen Organismus herzustellen“[2012]. Sprachlogisch wäre die Annahme, unter den Begriff „Zellen eines Embryos“ fielen nur die totipotenten Zellen des Embryoblasten, nicht aber die multipotenten Zellen des Trophoblasten, tatsächlich abwegig. Nicht einmal Fachkundige würden davon ausgehen, dass letztere nicht Teil der Entität „Embryo“ sind. Zwar ist es richtig, dass sich der eigentliche Embryo nur aus den Embryoblastzellen entwickelt, während die Trophoblastzellen lediglich zu Nährgewebe werden. Auch diese sind in ihrer Funktion aber Teil der Entität „Embryo“, denn ohne sie könnte sich Leben gar nicht erst entwickeln. Es ist ferner abwegig anzunehmen, dass die Abgeordneten, ohne vertiefende naturwissenschaftliche Kenntnisse den Begriff „Embryo“ in § 3a ESchG bewusst auf nur einen Teil der Blastozyste bezogen haben[2013]. Damit spricht der Wortlaut für eine einheitliche Anwendung des § 3a ESchG nach der ersten Auslegungsmöglichkeit.

(2) Historische Auslegung und Wille des Gesetzgebers

Der § 3a ESchG entstand als Reaktion auf die Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 6.7.2010. Vertreter der einheitlichen Auslegung führen an, der Gesetzgeber habe nach dem Urteil des BGH selbst eine umfassende und abschließende Regelung zur PID treffen wollen[2014]. Diesem Willen würde aber nur dann entsprochen, wenn der § 3a ESchG alle möglichen Anwendungsformen erfasst, das heißt beide PID-Verfahren[2015]. Dagegen werde durch die differenzierende Auslegung gerade keine abschließende Regelung erreicht. Denn hiernach sei die späte PID ja nach wie vor durch die übrigen Vorschriften des ESchG zu regeln[2016]. *Taupitz/Hermes* führen zudem an, der Gesetzgeber habe eine Regelung beabsichtigt, „die nicht von einer – ohne Mitwirkung des Parlaments abänderbaren – höchstrichterlichen Auslegung abhängig ist“[2017]. Es sei ferner abwegig anzunehmen, der Gesetzgeber habe lediglich eine Regelung schaffen wollen, um die Lücke

2012 *Frister*, Zum Anwendungsbereich des § 3a EschG, in: Festschrift Tolksdorf, 2014, S. 223-233 (226).
2013 Mit ähnlicher Argumentation vgl. *Bögershausen*, Präimplantationsdiagnostik, 2016, S. 92.
2014 Vgl. ebd. S. 83.
2015 Vgl. ebd. S. 84.
2016 Vgl. ebd. S. 85.
2017 *Taupitz/Hermes*, Neuregelung der PID, MedR 2015 (33), S. 244-248 (246).

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

der vom BGH offen gelassenen Sachverhalte zu füllen (frühe PID an Blastomerenzellen). Vielmehr habe der Gesetzgeber die Notwendigkeit erkannt, auch den vom BGH bereits entschiedenen Fall (späte PID an Trophoblastzellen) abzusichern und hierfür eine gesetzliche Grundlage zu schaffen[2018]. Tatsächlich habe der Gesetzgeber in keiner Weise zum Ausdruck gebracht, dass die Voraussetzungen des § 3a ESchG nicht für die späte PID zur Anwendung kommen sollen[2019]. Schließlich könne es auch nicht im Sinne des Gesetzgebers gewesen sein, nur die frühe PID zu regeln, ein Verfahren, das ohnehin nicht mehr "state of the art" ist und nur noch selten zur Anwendung kommt[2020]. Zwar spreche der angenommene Gesetzesentwurf von *Flach/Hintze* von der „Entnahme von ein bis zwei Zellen ca. drei Tage nach der Befruchtung"[2021]. Da nur die Zellen der frühen PID am dritten Tag nach der Befruchtung entnommen werden, stütze diese Formulierung auf den ersten Blick die liberale Auslegung, wonach die Zellen der späten PID (Entnahme am fünften bis achten Tag) nicht vom Anwendungsbereich des § 3a ESchG umfasst sind. Dieser Formulierung dürfe jedoch nicht zu viel Bedeutung beigemessen werden[2022]. Wie bereits festgestellt, hatte *Hintze* (CDU) im Gesundheitsausschuss im Gegensatz dazu gerade betont, dass sich der Gesetzentwurf lediglich auf die späte PID bezieht und gerade nicht auf die totipotenten Zellen der frühen PID.[2023] Zudem werde an keiner anderen Stelle des Gesetzentwurfs zwischen früher und später PID unterschieden. Die Annahme liege also nahe, dass sich die Abgeordneten an dieser Stelle schlicht und einfach unpräzise ausgedrückt haben[2024]. Zwar habe die Abgeordnete *Kathrin Vogler* (Die LINKE) die Mahnung in die Diskussion im Bundestag eingeworfen, dass weiterhin unklar bleibe, ob der § 3a ESchG hinsichtlich früher und später PID unterscheide[2025]. Dieser Einwand ist jedoch unbeachtet geblieben[2026]. Im Vordergrund der Diskussion standen vielmehr die Frage nach dem zulässigen Indikationsspektrum sowie gesellschaftliche Probleme wie die befürchtete Diskriminierung

2018 *Taupitz*, in: Günther/Taupitz/Kaiser, ESchG, C.II. § 3a, Rn. 26.
2019 *Taupitz/Hermes*, Neuregelung der PID, MedR 2015 (33), S. 244-248 (247).
2020 *Taupitz*, Untersuchungsformen, J. Reproduktionsmed. Endokrinol. 2015 (12/2), S. 42-56 (47).
2021 BT-Drucks. 17/5451, S. 7.
2022 *Bögershausen*, Präimplantationsdiagnostik, 2016, S. 86.
2023 BT-Plenarprotokoll 17/120, S. 13885.
2024 *Bögershausen*, Präimplantationsdiagnostik, 2016, S. 86.
2025 Vgl. ebd. S. 86.
2026 BT-Plenarprotokoll 17/120, 7.7.2011, S. 13885.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Behinderter oder der durch die Legalisierung der PID vermeintlich auf die Eltern ausgeübte Druck, ein gesundes Kind zur Welt zu bringen[2027]. Vertreter der zweiten Auslegungsmöglichkeit, welche die späte PID nicht von § 3a ESchG umfasst sehen wollen, argumentieren, dass nach einem einheitlichen Normverständnis § 3a ESchG eine Einschränkung der späten PID darstelle. Das sei widersprüchlich, habe der BGH dieses Verfahren doch explizit legitimiert[2028]. Zudem habe der Gesetzgeber den § 3a ESchG ausschließlich für den vom BGH offen gelassenen Fall einer frühen PID erlassen. Das bisher erlaubte Verfahren müsse auch erlaubt bleiben[2029]. Doch im Ergebnis bleibt festzuhalten: Der historische Gesetzgeber hat in den Gesetzesmaterialien kaum oder gar nicht zwischen früher und später PID unterschieden. Entweder fehlte den Abgeordneten das medizinische Fachwissen, um zwischen früher und später PID zu entscheiden, oder sie haben die Frage um die Entwicklungsfähigkeit der jeweiligen Zelle im Diskurs um die gesellschaftlichen Folgen einer PID schlicht aus den Augen verloren[2030]. Somit spricht auch die historische Auslegung des § 3a ESchG für die erste Auslegungsmöglichkeit im Sinne einer einheitlichen Handhabung von früher und später PID.

(3) Systematische Auslegung

Systematisch war zu prüfen, ob sich aus den übrigen Normen des ESchG, insbesondere § § 2 I, 6 I ESchG, ein Hinweis für die einheitliche oder differenzierende Auslegung ergibt. Wie festgestellt, setzt die einheitliche Auslegung voraus, dass § 3a ESchG lex specialis zu den übrigen Vorschriften des ESchG ist. Nur dann lässt sich nämlich auch die frühe PID unter den Voraussetzungen des § 3a II ESchG rechtfertigen und wird nicht schon durch § § 2 I, 6 I ESchG unzulässig wegen Verstoßes gegen das Analogieverbot (Art. 103 GG). Die lex-specialis Wirkung des § 3a ESchG wurde bereits festgestellt. Die differenzierende Auslegung setzt voraus, dass die späte PID auch ohne den lex specialis Charakter des § 3a ESchG zulässig ist. Wäre sie das nicht, müsste die differenzierende Auslegung ebenso wie die strenge

2027 Vgl. ebd. S. 13885 ff.; *Bögershausen*, Präimplantationsdiagnostik, 2016, S. 94.
2028 *Hufen*, Untersuchungsformen, J. Reproduktionsmed. Endokrinol., 2015 (12/2), S. 49-50 (49).
2029 *Frommel*, Die Neuregelung der PID durch § 3a ESchG, JZ 2013 (68/10), S. 488-495 (489).
2030 Mit ähnlicher Argumentation vgl. *Bögershausen*, Präimplantationsdiagnostik, 2016, S. 93-94.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Auslegung wegen Verstoßes gegen das Analogieverbot (Art.103 III GG) ausscheiden. Der BGH hat bereits entschieden, dass die späte PID auch nach den übrigen Vorschriften des ESchG zulässig ist. Somit verstößt die differenzierende Auslegung nicht gegen das Analogieverbot, nimmt sie doch die späte PID von den strengen Voraussetzungen des § 3a II, III ESchG aus und lässt sie nach den weniger strengen Voraussetzungen des ESchG zu. Damit sind sowohl die einheitliche als auch die differenzierende Auslegung systemlogisch grundsätzlich möglich. Die § § 2 I, 6 I ESchG liefern kein Ausschluss-Argument gegen die eine oder die andere Auslegung.

Einen Anhaltspunkt zur Bestimmung des Zellbegriffs bietet außerdem die Ermächtigungsgrundlage in § 2 Nr. 3 PIDV. Die Verordnung definiert Zellen als „Stammzellen, die sich selbst [...] zu Zellen unterschiedlicher Spezialisierung, jedoch nicht zu einem Individuum zu entwickeln vermögen" (§ 2 Nr. 3 PIDV). Diese Formulierung könnte entweder für die allerdings wegen Verstoßes gegen das Analogieverbot bereits abgelehnte strenge Auslegung sprechen, wonach die totipotenten Zellen der frühen PID vom Anwendungsbereich des § 3a ESchG ausgenommen sind und dieses Verfahren deshalb gemäß § § 2 I, 6 I ESchG verboten bleibt. Die Verordnung wird aber auch von Vertretern der differenzierenden Auslegung zur Stütze ihres Zellbegriffs angeführt: So erfasse der Verordnungstext nur Zellen mit der „Potenzialität, sich zu menschlichen Organen und Gewebe zu entwickeln"[2031]. Die Verordnung setze also voraus, dass die Zellen noch über eine gewisse Entwicklungsfähigkeit verfügen, das heißt pluripotent sind. Die späte PID untersuche aber nur ausdifferenzierte, weiter spezialisierte, multipotente Zellen. Der Verordnungsgeber habe deshalb nur die frühe PID, nicht auch die späte PID vom Anwendungsbereich des § 3a ESchG umfasst gesehen[2032]. Vertreter der strengen und der einheitlichen Auslegung führen dagegen an, das Prinzip der Normhierarchie verbiete es, den Zellbegriff in § 3a ESchG durch die PIDV zu bestimmen, da eine Verordnung im Rang unter einem Parlamentsgesetz steht (Art. 80 I S. 2 GG)[2033]. *Taupitz/Hermes* präzisieren: „Dies gilt erst recht für die PIDV, da sich die Verordnungsermächtigung in § 3a ESchG überhaupt nicht auf

2031 *Frommel*, Untersuchungsformen, J. Reproduktionsmed. Endokrinol 2015 (12/2), S. 46-47 (47).

2032 *Frommel*, Die Neuregelung der PID durch § 3a ESchG, JZ 2013 (68/10), S. 488-495 (490).

2033 *Taupitz/Hermes*, Neuregelung der PID, MedR 2015 (33), S. 244-248 (247); *Schroth*, Die gesetzliche Regelung der PID, ZSTW 2013 (125/3), S. 627-646 (634); *Bögershausen*, Präimplantationsdiagnostik, 2016, S. 104.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

die Definition der PID in § 3a I ESchG [...] erstreckt"[2034]. *Bögershausen* geht davon aus, dass die PIDV auch nicht zur Auslegung des Zellbegriffs in § 3a ESchG herangezogen werden kann. Es sei nämlich unerheblich, ob der Verordnungsgeber versucht habe, mit der Bestimmung des Zellbegriffs dem Willen des Gesetzgebers zu entsprechen. Der Exekutive fehle es schlicht und einfach an der Befugnis zur Auslegung der Legislative. Zudem sei völlig ungewiss, ob sich der parlamentarische Wille bei Erlass des § 3a ESchG auch auf den Zellbegriff der PIDV erstreckt habe. Wenn der Gesetzgeber es vergessen oder absichtlich vermieden habe, dem § 3a ESchG einen klaren Zellbegriff zuzuführen, könne diese Aufgabe nicht auf den Verordnungsgeber abgewälzt werden[2035]. Schließlich wird angeführt, der Verordnungsgeber habe fälschlicherweise alle Zellen, die nicht totipotent sind, als pluripotent angesehen, also eigentlich auch die multipotenten Trophoblastzellen vom Verordnungswortlaut umfasst sehen wollen[2036].

Im Ergebnis wird man zu dem Schluss kommen: Die PIDV kann im Rahmen der systematischen Auslegung nicht zur Bestimmung oder Auslegung des Zellbegriffs in § 3a ESchG herangezogen werden. Auch die übrigen Normen des ESchG bieten keine Anhaltspunkte, weder für einheitliche noch differenzierende Auslegung[2037].

(4) Zwischenergebnis: Einfachgesetzliche Auslegung des § 3a ESchG

Der Wortlaut des § 3a ESchG ebenso wie der Wille des Gesetzgebers und die Einbettung des Paragrafen in seinen systematischen Normzusammenhang zeigen, dass die einheitliche Auslegung, wonach frühe und späte PID unter den Zellbegriff des § 3a ESchG fallen, am wahrscheinlichsten erscheint. Vertreter der differenzierenden Auslegung argumentieren dagegen zum einen mit dem Schutzzweck des § 3a ESchG, zum anderen mit der Notwendigkeit, ein konsistentes fortpflanzungsmedizinisches Regelungswerk zu schaffen.

2034 *Taupitz/Hermes*, Neuregelung der PID, MedR 2015 (33), S. 244-248 (247).
2035 *Bögershausen*, Präimplantationsdiagnostik, 2016, S. 105-109.
2036 *Taupitz*, Untersuchungsformen, J. Reproduktionsmed. Endokrinol. 2015 (12/2), S. 47-48 (48).
2037 Für eine ähnliche Bewertung vgl. *Bögershausen*, Präimplantationsdiagnostik, 2016.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

(5) Teleologische Auslegung

Vertreter der differenzierenden Auslegung argumentieren, Sinn und Zweck des § 3a ESchG sei es, Embryonen vor einer missbräuchlichen Verwendung oder Schaden zu bewahren[2038]. Durch Untersuchung der Trophoblastenzellen werde die „Unversehrtheit des Embryos [aber gerade] nicht tangiert, dieses Rechtsgut also nicht verletzt"[2039]. Zudem seien diese Zellen, anders als totipotente Zellen, auch nicht schon an sich schützenswert. Vertreter der anderen Auslegungsmöglichkeiten halten dagegen, Schutzzweck des § 3a ESchG sei gerade nicht, „das Leben oder die körperliche Integrität des noch nicht implantierten Embryos zu schützen"[2040]. Zu schützen sei vielmehr, die „Verhinderung der unbegrenzten Selektion von Embryonen in Anschluss an eine PID"[2041]. Oder in *Fristers* Worten: Die Sorge, dass „eine vollständige Freigabe der Präimplantationsdiagnostik zu die objektive Garantie der Menschenwürde verletzenden Selektionsentscheidungen führen und damit das menschliche Zusammenleben grundlegend verändern oder schädigen würde"[2042]. Für den Schutz vor Selektion sei es aber unerheblich, ob die PID an den totipotenten Zellen der Blastomeren, den möglicherweise totipotenten Embryoblastzellen oder den multipotenten Trophoblastzellen erfolge[2043]. So auch die Bundesregierung in ihrem ersten Erfahrungsbericht zur Präimplantationsdiagnostik: „Sie (die Bundesregierung) vertritt die Auffassung, dass auch die PID an durch Trophektodermbiopsie gewonnenen Zellen dem Anwendungsbereich des § 3a ESchG unterfällt, da die Methode, mit der embryonale Zellen zur Durchführung

2038 *Frommel*, Die Neuregelung der PID durch § 3a ESchG, JZ 2013 (68/10), S. 488-495 (488-489); *Bögershausen*, Präimplantationsdiagnostik, 2016, S. 175.

2039 *Frommel*, Untersuchungsformen, J. Reproduktionsmed. Endokrinol. 2015 (12/2), S. 46-47 (47).

2040 *Frister*, Zum Anwendungsbereich des § 3a EschG, in: Festschrift Tolksdorf, 2014, S. 223-233 (229).

2041 *Taupitz*, Untersuchungsformen, J. Reproduktionsmed. Endokrinol. 2015 (12/2), S. 47-48 (47).

2042 *Frister*, Zum Anwendungsbereich des § 3a EschG, in: Festschrift Tolksdorf, 2014, S. 223-233 (230).

2043 *Taupitz*, Untersuchungsformen, J. Reproduktionsmed. Endokrinol. 2015 (12/2), S. 47-48 (47);
Frister, Zum Anwendungsbereich des § 3a EschG, in: Festschrift Tolksdorf, 2014, S. 223-233 (229).

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

einer PID gewonnen werden, für die Frage der Anwendbarkeit des ESchG unerheblich ist“[2044].

(6) Teleologische Reduktion zur Vermeidung von Wertungswidersprüchen

Vertreter der differenzierenden Auslegung wollen den § 3a ESchG zur Vermeidung von Wertungswidersprüchen zwischen PID und PND teleologisch reduzieren, so dass die späte PID bereits unter den weniger strengen Voraussetzungen des ESchG zulässig ist[2045]. Nachdem nunmehr feststeht, dass Deutschland die PID strenger regelt als die PND, gilt es zu untersuchen, ob in der unterschiedlichen Handhabung tatsächlich ein Wertungswiderspruch liegt oder eine strengere Regelung der PID nicht vielmehr gerechtfertigt erscheint.

(a) Argumente für einen Wertungswiderspruch

Vertreter der differenzierenden Auslegung argumentieren, es sei unlogisch, dem viel weiter entwickelten Embryo im Mutterleib einen niedrigeren Schutz zukommen zu lassen als dem weniger weit entwickelten Embryo in der Petrischale[2046]. Zumindest sollte der Mutter in beiden Verfahren die gleiche autonome Entscheidungsmacht zugebilligt werden, zwischen den Schutzinteressen des Embryos und ihrer eigenen physischen und psychischen Gesundheit abzuwägen[2047].

2044 BT-Drucks. 18/7020, S. 5.

2045 Zu weiteren Wertungswidersprüchen zwischen § 3a ESchG und sonstigen fortpflanzungsmedizinischen Regelungen vgl. *Weschka*, Status und Schutz des menschlichen Embryos, 2010, S. 113 ff; *Bögershausen*, Präimplantationsdiagnostik, 2016, S. 148-175; Zu Wertungswidersprüchen zwischen dem EschG und der Regelung des Schwangerschaftsabbruchs vgl. *Henking*, Wertungswidersprüche, 2010.

2046 *Schroth*, Die gesetzliche Regelung der PID, ZStW 2013 (125/3), S. 627-646 (639); *Deutscher Ethikrat*, Präimplantationsdiagnostik, 2011, S. 87; für mehr Argumente vgl. *Fumagalli*, Rechtsprobleme vorgeburtlicher Diagnoseverfahren, 2005, S. 275 ff.

2047 *Frommel*, Die Neuregelung der PID durch § 3a ESchG, JZ 2013 (68/10), S. 488-495 (488); für mehr Argumente vgl. *Fumagalli*, Rechtsprobleme vorgeburtlicher Diagnoseverfahren, 2005, S. 275 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

(b) Argumente gegen einen Wertungswiderspruch

Vertreter der einheitlichen Auslegung sehen in einer strengeren Regelung der PID keinen Wertungswiderspruch: Sie argumentieren, dass der „Embryo in vitro" wegen der fehlenden körperlichen Verbindung zur Mutter schutzbedürftiger sei als der „Embryo in vivo". Die Hemmschwelle eine Abtreibung vornehmen zu lassen, liege deutlich höher als die, eine Petrischale wegzukippen. *Frister* führt aus, bei der PID sei der „Verzicht auf die Implantation [...] mit keinerlei körperlichen Beeinträchtigungen verbunden, so dass eine zu missbilligende Selektionsentscheidung hier ungleich leichter erfolgen kann"[2048]. *Taupitz/Hermes* schätzen die Gefahr einer „missbräuchlichen Selektion" bei der PID höher ein als bei der PND, weil es bei Ersterem um die Auswahl mehrerer, bei Letzterem um die Auswahl eines Embryos gehe[2049]. So auch der *Deutsche Ethikrat*: „Anders als die PND, die den Eltern auch eine Entscheidung für die Annahme eines möglicherweise behinderten Kindes in der schon bestehenden Schwangerschaft offenhält, erfordert die PID schon vor der Zeugung die Bereitschaft zur Aussonderung der genetisch geschädigten Embryonen"[2050].

(c) Argumente für eine vermittelnde Auslegung

Bögershausen wählt einen Mittelweg: Sie möchte die späte PID nicht wie Vertreter der differenzierenden Auslegung ganz vom Anwendungsbereich des § 3a ESchG ausnehmen, sondern schlägt eine teleologische Reduktion zugunsten einer teilweisen Anwendung des § 3a ESchG auf die späte PID vor[2051]. Für die späte PID solle zwar die Indikations- und Beratungsregel des § 3a ESchG greifen, das Verfahren vor der Ethikkommission jedoch entfallen. Die Argumente der „verringerten Hemmschwelle" und „Missbrauchsgefahr" könnten lediglich im Hinblick auf das Indikationsspektrum eine strengere Regelung der PID begründen[2052]. So sei eine „Verwerfung aufgrund von Trivialitäten" bei der PID „leichter möglich und daher auch die Gefahr der Auswahl anhand nicht krankheitsrelevanter Merkmale oder

2048 *Frister*, Zum Anwendungsbereich des § 3a EschG, in: Festschrift Tolksdorf, 2014, S. 223-233 (232).
2049 *Taupitz/Hermes*, Neuregelung der PID, MedR 2015 (33), S. 244-248 (247).
2050 *Deutscher Ethikrat*, Präimplantationsdiagnostik (Minderheitsvotum), 2011, S. 116.
2051 *Bögershausen*, Präimplantationsdiagnostik, 2016, S. 176.
2052 Vgl. ebd. S. 164.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

leichterer Erkrankungen wesentlich konkreter“[2053]. Was das Verfahren angeht, lasse sich aber „die verringerte Hemmschwelle“ bei der PID mit dem „höhere[n] Entwicklungsstadium“ bei der Abtreibung aufwiegen[2054]. Bereits eine strengere Handhabung der Indikationen genüge, um der Missbrauchsgefahr der PID zu begegnen. Zumindest verfahrenstechnisch sollten sich die Regelungen von PID und PND deshalb gleichen[2055].

(7) Bewertung: Teleologische Reduktion des § 3a ESchG

Zunächst ist festzuhalten: Die Rechtslage in der Schweiz entspricht genau dem, was Vertreter der vermittelnden Auslegung durch eine teleologische Reduktion des § 3a ESchG für Deutschland fordern: nämlich die verfahrensrechtliche Angleichung von PID und PND. Indem die Schweiz nur das Indikationsspektrum, nicht auch das Verfahren für die PID strenger regelt als für die PND, gelingt ihr ein im Vergleich zu Deutschland harmonischerer Ausgleich zwischen den Regelungsmaterien von PID und PND mit anschließendem Schwangerschaftsabbruch und als Konsequenz daraus ein in sich schlüssigeres fortpflanzungsmedizinisches Gesamtregelungswerk. Eine verfahrensrechtliche Angleichung der Regelungen der PID an jene der PND stärkt zudem das Selbstbestimmungsrecht der betroffenen Frau, ermöglicht es ihr doch, bei Durchführung einer PID oder PND gleichermaßen eigenständig ihr eigenes körperliches und seelisches Wohlbefinden gegen das des Embryos abzuwägen. Dennoch: So vorzugswürdig der Schweizer Lösungsansatz auch erscheint, kann er in Deutschland nicht etwa durch eine teleologische Reduktion des § 3a ESchG im Sinne der differenzierenden Auslegung erreicht werden, sondern allenfalls durch ein neues, vom parlamentarischen Willen des Gesetzgebers getragenes Gesetz[2056]. Bei der unterschiedlichen gesetzlichen Handhabung von PID und PND handelt es sich nämlich eindeutig nicht um einen Wertungswiderspruch, sondern eine bewusste Wertentscheidung des Gesetzgebers zugunsten einer strengeren Regelung der PID. Dafür spricht, dass der deutsche Gesetzgeber sich bei der Schaffung des § 3a ESchG der Parallele zu § § 218 ff StGB sehr wohl bewusst war. Hauptgrund für die Legalisierung der PID war

2053 Vgl. ebd. S. 164.
2054 Vgl. ebd. S. 164.
2055 Vgl. ebd. S. 164.
2056 Mit ähnlicher Argumentation vgl. *Hufen*, Untersuchungsformen, J. Reproduktionsmed. Endokrinol. 2015 (12/2), S. 49-50 (50).

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

ja gerade der Wunsch nach einer Beseitigung des Wertungswiderspruchs zwischen dem totalen PID-Verbot und der liberalen Regelung des Schwangerschaftsabbruchs. Darauf hatte der BGH in seiner Entscheidung vom 6.7.2010 explizit gedrängt, um die Frau nicht zu einer „Schwangerschaft auf Probe" zu zwingen. Man kann also davon ausgehen, dass der Gesetzgeber durch Erlass des § 3a ESchG nicht einen Wertungswiderspruch aufheben wollte, nur um ihn durch einen neuen zu ersetzen. Ferner kann man davon ausgehen, dass der Gesetzgeber sich im Vorfeld zu § 3a ESchG ausführlich mit dem Problem auseinandergesetzt, folglich eine gut informierte und wohl bedachte Entscheidung getroffen hat. So hatte sich etwa der deutsche Ethikrat schon 2011 in seiner Stellungnahme zur PID mit dem Verhältnis der Regelung von PID und PND befasst und sich dafür ausgesprochen, dass „bei der PID nicht auf grundsätzlich andere Weise in das Lebensrecht des Embryos eingegriffen wird als bei einem Schwangerschaftsabbruch"[2057]. In der Gesetzesbegründung des Entwurfs von *Röspel/Hintz* heißt es: „Eine Zulassung der PID analog zur vorgeburtlichen genetischen Untersuchung (Pränataldiagnostik – PND) ist nicht vertretbar"[2058]. Die Konfliktlage, die sich bei einer PND mit anschließendem Schwangerschaftsabbruch auftue, sei nicht vergleichbar mit der, die sich bei einer PID ergebe[2059]. Der deutsche Gesetzgeber hat sich also nicht etwa aus Versehen, sondern ganz bewusst für eine strengere Regelung der PID entschieden und darin offensichtlich auch keinen Widerspruch gesehen. Dass eine solche Wertung nicht unüblich ist, zeigt der internationale Vergleich. Auch die Schweiz hat sich nämlich bewusst, aus den gleichen Gründen wie Deutschland, für eine strengere Handhabung der PID entschieden[2060].

Auch der Vorschlag von *Bögershausen*, die sich für eine teleologische Reduktion zugunsten einer nur teilweisen Anwendung des § 3a ESchG auf die späte PID ausspricht, kann, so anerkennenswert ihre Beweggründe auch erscheinen, nicht überzeugen. Es ist Aufgabe des Gesetzgebers, nicht der Rechtsprechung, einzuschätzen, ob er in der PID ein Verfahren sieht, das im Verhältnis zur PND ein höheres Missbrauchspotenzial für den Embryo

2057 *Deutscher Ethikrat*, Präimplantationsdiagnostik, 2011, S. 86.
2058 BT-Drucks. 17/5452, S. 5.
2059 Vgl. ebd. S. 5.
2060 *Zimmermann-Acklin*, Gutachten für das BAG: Sollte die Präimplantationsdiagnostik (PID) unter den gleichen Voraussetzungen zulässig sein wie die Pränataldiagnostik (PND)?, 2012, abrufbar unter: https://www.bag.admin.ch/bag/de/home/medizin-und-forschung/fortpflanzungsmedizin/stellungnahmen-gutachten.html (22.2.2022), S. 7 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

aufweist und welche rechtlichen Schritte er in Bezug auf das Indikationsspektrum auf der einen und welche verfahrensrechtlichen Schritte er auf der anderen Seite gehen möchte, um diesem Umstand Rechnung zu tragen. Der deutsche Gesetzgeber hat sich, ob man das rechtspolitisch begrüßt oder nicht, für eine strengere Handhabung von Indikationen und Verfahren entschieden. Diese Wertentscheidung muss von der Rechtsprechung gebührend akzeptiert werden. Sie kann nicht dem Wunsch nach einer rechtspolitischen Korrektur folgend, durch eine wie weit auch immer geartete teleologische Reduktion untergraben werden. Weder die grammatikalische noch die historische oder die systematische Auslegung des § 3a ESchG legen eine Teilung der Norm in zwei Einheiten nahe, eine mit dem strengen „Verfahren vor der Ethikkommission" für die frühe PID und eine andere mit den „Indikationen und der Beratung" für die späte PID[2061]. Zudem kann es auch nicht im Sinne des Gesetzgebers gewesen sein, eine Vorschrift zu schaffen, die erst nach einer komplizierten teleologischen Modifikation anwendbar ist. Damit würde nämlich eine Situation geschaffen, in der die rechtliche Regelung der PID nach wie vor im Bereich des Richterrechts liegen würde – ein Umstand, dem man ja gerade durch die Neuregelung begegnen wollte[2062]. Stattdessen hatte der Gesetzgeber mit § 3a ESchG beabsichtig, Rechtssicherheit zu schaffen. Das setzt aber voraus, dass ein Durchschnittsbürger den Regelungsinhalt zumindest ohne Rechtsbeistand verstehen kann. Die Wertentscheidung des Gesetzgebers zugunsten einer strengeren Regelung der PID in Bezug auf Indikationslage und Verfahren ist folglich hinzunehmen und kann mit dem Bundesverwaltungsgericht keine teleologische Reduktion des § 3a ESchG rechtfertigen. *Hufen* trifft es, wenn er sagt: „Auch Trophektodermzellen (Zellen in der äußeren Schicht des Trophoblasten) sind [...] Zellen eines Embryos. Die Schlussfolgerung ‚Das kann nicht richtig sein' verfängt leider nicht gegen diesen Befund. § 3a ESchG in der derzeitigen Formulierung ist zwar verfassungsrechtlich nicht geboten und möglicherweise sogar verfassungswidrig, ist aber geltendes Recht [...]".[2063]

2061 So *Bögershausen* selbst in: Präimplantationsdiagnostik, 2016, S. 310.

2062 Vgl. mit ähnlichem Einwand ebd. S. 326.

2063 *Hufen*, Untersuchungsformen, J. Reproduktionsmed. Endokrinol. 2015 (12/2), S. 49-50 (49-50).

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

dd) Ergebnis: Die frühe und späte PID in Deutschland

Auch die Frage nach dem Sinn und Zweck des § 3a ESchG hat gezeigt, dass die einheitliche Auslegung, wonach frühe und späte PID gleichermaßen unter den Zellbegriff des § 3a ESchG fallen, den anderen Auslegungsvarianten vorgeht. Aus diesen Gründen überzeugt die Argumentation des Bundesverwaltungsgerichts, dass die späte PID unter § 3a ESchG fällt. In Deutschland sind frühe und späte PID gleichermaßen unter den Voraussetzungen des § 3a ESchG zulässig[2064]. Die Frage, ob auch die frühe PID an möglicherweise noch totipotenten Zellen vom Anwendungsbereich des § 3a ESchG erfasst ist, hat das Gericht zwar offengelassen[2065]. Davon ist aber auszugehen, da eine strenge Auslegung, wonach § 3a ESchG nur auf die späte PID anwendbar ist, gegen Art. 103 II GG verstößt.

b) Die frühe und späte PID in der Schweiz

Auch in der Schweiz ist zu prüfen, ob der Gesetzgeber im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens genauere Angaben über die Zulässigkeit von Untersuchungen in vitro an totipotenten Zellen gemacht hat. Und wenn ja, ob und wie die neue Regelung auf verfassungsrechtlicher und einfachgesetzlicher Ebene zwischen früher und später PID differenziert.

aa) Frühe und späte PID auf verfassungsrechtlicher Ebene

(1) Nach der Novelle: Verbot der frühen PID durch Art. 119 II a BV

Wie bereits erläutert, hatte das Schweizerische Bundesamt für Justiz in seinem Gutachten zu Art. 24[novis] aus dem Jahr 1995 festgestellt, dass die Methoden der Präimplantationsdiagnostik keinen Eingriff in Art. 119 II a BV

2064 BVerwG Urt. v. 2.12.2020 – 3 C 6.19, BeckRS 2020, 44095, Rn. 10: „Die Untersuchung muraler Trophektodermzellen eines in vitro erzeugten Embryos auf chromosomale Fehlverteilungen (Chromosomen-Screening) ist eine Präimplantationsdiagnostik im Sinne von § 3a Abs. 1 ESchG. Die Klägerin darf die Untersuchung daher gemäß § 3a Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 ESchG nicht ohne die zustimmende Bewertung der Bayerischen Ethikkommission für Präimplantationsdiagnostik vornehmen."

2065 Vgl. ebd. Rn. 17, 18.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

darstellen[2066]. Die Verfassung verbiete nicht schlechthin jeden physischen Eingriff in die „embryonale Zellsubstanz", sondern lediglich Eingriffe in das „Erbgut von Embryonen"[2067]. Sinn und Zweck des Art. 119 II a BV sei es, „Eingriffe im Sinne von bewusst und willentlich vorgenommenen Veränderungen des menschlichen Erbgutes zu verbieten, die sich in den nachfolgenden Generationen fortsetzen"[2068]. Der Verfassungsgeber unterbinde mithin nicht die PID als „analytische Methode" als solche, um eventuelle im Erbgut angelegte Fehler aufzudecken, sondern lediglich die „gentechnische Korrektur" dieser Defekte[2069]. Da Schutzgut des Art. 119 II a BV nicht die „physische Integrität des Zellverbundes", sondern vielmehr die „individuell determinierte Erbinformation des Embryos ist, welche vor Veränderungen bewahrt werden muss", könne das Abspalten einer Zelle allein keinen verfassungsrechtlichen Eingriff begründen[2070]. Das gelte auch für die Abspaltung, Untersuchung und ggf. Zerstörung totipotenter Zellen. Zwar erstrecke sich grundsätzlich der verfassungsrechtliche Schutzanspruch des Embryos auch auf totipotente Zellen, es sei aber schwer, den genauen Zeitpunkt zu bestimmen, an dem eine Zelle ihre Totipotenz verliert. Zudem habe sich der Verfassungsgeber bislang nicht zu der „Frage des rechtlich zulässigen Umgangs mit totipotenten Zellen" geäußert[2071].

Aus den gleichen Gründen lässt sich auch nach der Reform aus Art. 119 II a BV kein Verbot der frühen PID ableiten. Nach wie vor hat der Verfassungsgeber den rechtlich zulässigen Umgang mit totipotenten Zellen nicht eindeutig festgelegt. Geschweige denn, dass er sich dahin gehend geäußert hätte, dass von nun an bereits ein Eingriff in die physische Integrität des Zellverbundes, nämlich das Abspalten einer totipotenten Zelle, das Klonverbot verletzt[2072]. Vielmehr bestätigt das Bundesamt für Justiz in einem neuen Gutachten zur Vereinbarkeit genetischer und morphologischer Untersuchungen von Embryonen in vitro mit Art. 119 II c BV seine

2066 *Bundesamt für Justiz*, Gutachten: Art. 24[novis] Verfassungsrechtlicher Status von Embryonen, 1995, https://entscheidsuche.ch/direkt_bund%2Fvpb%2F60-67.html (22.2.20222).
2067 Vgl. ebd. Rn. 4.1.
2068 Vgl. ebd. Rn. 4.1.
2069 Vgl. ebd. Rn. 4.1.
2070 Vgl. ebd. Rn. 4.1.
2071 Vgl. ebd. Rn. 4.1.
2072 Im persönlichen Gespräch mit der Verfasserin: Herr Dr. iur. et dipl. biol. Buergin, Leiter des Gesetzgebungsprojekts zur PID in der Schweiz.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Rechtsauffassung von 1995[2073]: „Die PID führt zu keinen Veränderungen des individuellen Erbgutes und wird damit durch Art. 119 II a BV nicht ausgeschlossen"[2074]. Zudem ist mit der Verfassungsänderung nur Art. 119 II c BV, nicht auch Art. 119 II a BV geändert worden. Sinn und Zweck der Verfassungsänderung von Buchstabe c war es aber gerade, die PID nicht nur rechtlich, sondern auch faktisch möglich zu machen. Wenn der Gesetzgeber also schon in den strengen Rahmenbedingungen des Art. 119 II c BV ein Hindernis für die erfolgsversprechende Durchführung einer PID gesehen hat, hätte er ein solches Hindernis erst recht im Klonverbot aus Art. 119 II a BV sehen müssen. Immer vorausgesetzt, dass er davon ausgegangen ist, dass diese Bestimmung eines der beiden PID-Verfahren unmöglich macht[2075]. Das Klonverbot wurde aber von keinem der Teilnehmer der Vernehmlassung zur Änderung von Art. 119 BV als Hindernis zur Durchführung einer PID, ob früh oder spät, angesehen. Die Gesetzesmaterialien weisen zwar ausdrücklich darauf hin, dass im Zusammenhang mit der Regelung der PID Art. 119 II c BV zu untersuchen ist, welcher die Voraussetzungen für die Anwendung der Verfahren der medizinisch unterstützten Fortpflanzung festhält. Art. 119 II a BV hingegen, der das Klonverbot verbietet, wird nur am Rande erwähnt und scheint keine Bedeutung für die Frage nach der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit der PID zu haben.

(2) Bewertung: Kein Verbot der frühen PID durch Art. 119 II a BV

Aus Art. 119 II a BV lässt sich daher auch nach der Novelle des Art. 119 II BV kein Hindernis für die Durchführung der frühen PID ableiten. Ein Verständnis, wonach die frühe PID auf verfassungsrechtlicher Ebene durch Art. 119 II a BV verboten bleibt, während die Neuregelung die späte PID auf einfachgesetzlicher Ebene zulässt, ist nicht möglich[2076]. Dieses Ergebnis wurde der Verfasserin auch im Gespräch mit Herrn Dr. Buergin, Leiter des Gesetzgebungsprojektes der Präimplantationsdiagnostik in der Schweiz,

2073 *Bundesamt für Justiz,* Gutachten: Vereinbarkeit genetischer und morphologischer Untersuchungen von Embryonen in vitro mit Art. 119 II c BV, 2007, https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/publiservice/publikationen/berichte-gutachten/2008-14.html (22.2.2022)

2074 Vgl. ebd. S. 205.

2075 Im persönlichen Gespräch mit der Verfasserin: Herr Dr. iur. et dipl. biol. Buergin, Leiter des Gesetzgebungsprojekts zur PID in der Schweiz.

2076 Anders: *Bögershausen*, Präimplantationsdiagnostik, 2016, S. 312-313.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

und Herrn Prof. Dr. Schaber, Professor für Angewandte Ethik am Philosophischen Seminar der Universität Zürich, bestätigt.

(3) Differenzierung zwischen früher und später PID in Art. 119 II c BV

Zu prüfen ist, ob sich der Verfassungsgeber im Änderungsverfahren zu Art. 119 II c BV so geäußert hat, dass er zwischen früher und später PID hinsichtlich der Voraussetzungen an das jeweilige PID-Verfahren differenziert. Dem ist nicht so. Weder unterscheidet das Bundesamt für Gesundheit in seinem Vernehmlassungsbericht zur Änderung von Art. 119 BV zwischen früher und später PID, noch geht der Bundesrat in seiner Botschaft zur Änderung der Verfassungsbestimmung darauf ein[2077]. Auch das Faktenblatt zur PID, das vor der Volksabstimmung über die Änderung der Bundesverfassung herausgegeben wurde, legt nicht nahe, dass es sich bei früher und später PID um Verfahren handelt, die wegen ihren jeweiligen ethischen Anforderungen rechtlich unterschiedlich zu behandeln sein könnten[2078]. In den Erläuterungen zur Änderung von Art. 119 II BV schließlich werden beide Verfahren, also die Blastomerenbiopsie an möglicherweise noch totipotenten Zellen und die Blastozystenbiopsie an multipotenten Zellen, unter den Begriff „Embryobiopsie" gefasst und festgestellt, dass nicht erwiesen ist, welches Verfahren vorzugswürdig ist[2079].

2077 *BAG*, Vernehmlassungsbericht: Änderung von Art. 119 BV sowie des Fortpflanzungsmedizingesetzes, 2012, abrufbar unter: https://www.bag.admin.ch/bag/de/home/medizin-und-forschung/fortpflanzungsmedizin/rechtsetzungsarbeiten-fortpflanzungsmedizin.html (22.2.2022); *Schweizerischer Bundesrat*, Botschaft zur Änderung von Art. 119 BV sowie des Fortpflanzungsmedizingesetzes, 2013, https://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2013/5853.pdf (22.2.2022).

2078 *BAG*, Faktenblatt: Verfassungsänderung, 2015, abrufbar unter: https://www.bag.admin.ch/bag /de/home/medizin-und-forschung/fortpflanzungsmedizin/rechtsetzungsarbeiten-fortpflanzungsmedizin/volksabstimmung-2015.html (22.2.2022).

2079 *BAG*, Erläuterungen zur Änderung von Art. 119 BV sowie des Fortpflanzungsmedizingesetzes, 2011, abrufbar unter: https://www.bag.admin.ch/bag/de/home/medizin-und-forschung /fortpflanzungsmedizin/rechtsetzungsarbeiten-fortpflanzungsmedizin.html (22.2.2022), S. 12.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

(4) Bewertung: Differenzierung zwischen früher und später PID in Art. 119 II c BV

Der Unterschied zwischen früher und später PID ist während der gesamten Arbeiten zur Änderung von Art. 119 II c BV nicht angesprochen worden. Daraus lässt sich nur schließen, dass sich die Verfassungsänderung des Art. 119 c BV auf beide Verfahren erstreckt.

bb) Frühe und späte PID auf einfachgesetzlicher Ebene

Anders als der § 3a ESchG in Deutschland spricht Art. 5a FMedG nicht von „Zellen eines Embryos", sondern von der „Untersuchung des Erbguts von Embryonen in vitro". Was ein Embryo ist, definiert die Schweiz in Art. 2 i FMedG: „Embryo ist die Frucht von der Kernverschmelzung bis zum Abschluss der Organentwicklung". Nach dieser Definition umfasst der Begriff „Embryo" in der Schweiz totipotente, pluripotente und multipotente Zellen gleichermaßen, da sie alle Teil der Frucht von der Kernverschmelzung bis zum Abschluss der Organentwicklung sind. In Deutschland argumentieren Vertreter der differenzierenden Auslegung, dass die Formulierung „Zellen eines Embryos" nur die möglicherweise noch totipotenten Embryoblastzellen umfasse, nicht aber die multipotenten Trophoblastzellen, da sich letztere nicht zum eigentlichen Embryo entwickeln. Ein solches Verständnis ist in der Schweiz aber gerade nicht möglich, denn sowohl Embryoblastzellen als auch Trophoblastzellen enthalten das „Erbgut von Embryonen". Dem Wortlaut entsprechend lässt Art. 5a FMedG somit sowohl die frühe PID an den möglicherweise noch totipotenten Zellen des Embryoblasten als auch die späte PID an den multipotenten Zellen des Trophoblasten unter den gleichen Voraussetzungen zu. Da der Wortlaut die Grenze der Auslegung bildet[2080], ist in der Schweiz anders als in Deutschland überhaupt kein Verständnis möglich, wonach entweder die frühe oder die späte PID nicht oder nur teilweise unter die Voraussetzungen des Art. 5a FMedG fällt.

Auch der Gesetzgeber hat ein solches Verständnis nie auch nur in Betracht gezogen. Keiner der Vorentwürfe für ein revidiertes FMedG differenziert zwischen früher und später PID. Zudem ist keiner der Teilnehmer, die an den Vernehmlassungen zu den Vorentwürfen eines revidierten Fortpflanzungsmedizingesetzes mitgewirkt haben, auf den Unterschied

2080 *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 1992, S. 210.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

zwischen früher und später PID eingegangen. Weder der Bundesrat noch das Bundesamt für Gesundheit haben im Laufe der Gesetzgebungsarbeiten angedeutet, dass es sich um zwei Verfahren handeln könnte, die wegen ihrer unterschiedlich stark ausgeprägten ethischen Relevanz verschiedene gesetzliche Voraussetzungen erfordern. Auch in den Erläuterungen des Bundesrates zur Volksabstimmung über die Änderung des Fortpflanzungsmedizingesetzes im Jahr 2016 wird nicht hinsichtlich der Voraussetzungen differenziert, die an das jeweilige PID-Verfahren zu stellen sind.

Unter keinen Umständen kann man in der Schweiz so weit gehen, den Art. 5a FMedG zur Vermeidung von Wertungswidersprüchen zwischen PID und PND teleologisch zu reduzieren, so dass die strenge Indikationsregelung des Art. 5a FMedG nur auf die multipotenten Zellen der frühen PID Anwendung finden würde. Zunächst wäre schon fraglich, ob die Einbettung des Art. 5a FMedG in seinen systematischen Normzusammenhang ein solches Verständnis überhaupt zulässt. Dafür müsste das Verfahren nämlich auch ohne Art. 5a FMedG nach den übrigen Normen des FMedG zulässig sein. Nur dann würde eine Einschränkung des Anwendungsbereichs des Art. 5a FMedG auf die frühe PID keinen Verstoß gegen das Analogieverbot (Art. 1 Schweizerisches Strafgesetzbuch) durch eine für den Bürger nachteilige Einschränkung eines Rechtfertigungsgrundes begründen. Ob dem so ist, kann aber dahinstehen, denn auch der Schweizer Gesetzgeber hat sich ganz bewusst gegen eine Angleichung der PID-Regelung an jene der PND entschieden: „[...] Vielmehr rechtfertigt sich die strenge Regulierung der in-vitro-Phase angesichts der erheblich größeren Verfügungsmacht, die über Embryonen *in vitro* gegeben ist, wohingegen der Umgang mit der Schwangerschaft primär der Verantwortung der betroffenen Frau unterstellt bleiben soll“[2081]. Eine teleologische Reduktion in der Schweiz zugunsten einer Eingrenzung des Anwendungsbereichs von Art. 5a FMedG auf die frühe PID käme deshalb, noch weitaus mehr als in Deutschland, einer rechtspolitischen Korrektur gleich und ist somit unzulässig.

2081 *Schweizerischer Bundesrat*, Botschaft zur Änderung von Art. 119 BV sowie des Fortpflanzungsmedizingesetzes, 2013, https://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2013/5853.pdf (22.2.2022), S. 5901.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

cc) Ergebnis: Die frühe und späte PID auf verfassungsrechtlicher und einfachgesetzlicher Ebene

Weder die Verfassung noch das einfache Gesetz lassen in der Schweiz ein Verständnis zu, wonach entweder die frühe oder die späte PID nicht oder nur teilweise unter die Voraussetzungen des Art. 5a FMedG fallen. Beide Verfahren sind gleichermaßen unter den Voraussetzungen des Art. 5a FMedG zulässig.

c) Bewertung: Frühe und späte PID in Deutschland und der Schweiz

Sowohl Deutschland als auch die Schweiz lassen grundsätzlich beide PID-Verfahren zu und differenzieren hinsichtlich der Voraussetzungen nicht zwischen früher und später PID. Während Deutschland jedoch einen äußerst unbestimmten Zellbegriff verwendet, der viel Anlass für Kritik gegeben und für erhebliche Rechtsunsicherheit gesorgt hat, wählt die Schweiz eine Formulierung, die zweifelsfrei festlegt, welches PID-Verfahren unter welchen Voraussetzungen erlaubt ist. Seit Inkrafttreten des § 3a ESchG haben sich gewichtige Stimmen dafür ausgesprochen, den § 3a ESchG teleologisch zu reduzieren: Zum einen, um Wertungswidersprüchen zwischen PID und PND zu vermeiden, zum anderen, um einen zu stark paternalistischen Eingriff der Ethikkommission in die Autonomierechte der Frau zu vermeiden. Erst jüngst, mit Urteil vom 2.12.2020, hat das BVerwG solchen Überlegungen einen Riegel vorgeschoben. Danach fällt jedenfalls die späte PID an multipotenten Zellen unter § 3a ESchG[2082].

8) Grundrechtseingriffe in Deutschland und der Schweiz

Zu prüfen ist, wie die Abwägungsentscheidung zwischen den Autonomierechten der Frau und den Schutzinteressen des Embryos in Deutschland und der Schweiz jeweils ausfällt.

2082 BVerwG Urt. v. 2.12.2020 –3 C 6.19, BeckRS 2020, 44095.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

a) Grundrechtseingriffe in Deutschland

In Deutschland argumentieren Vertreter der differenzierenden Auslegung, der Telos des § 3a ESchG spreche dafür, die Norm lediglich auf die möglicherweise noch totipotenten Zellen der frühen PID anzuwenden. In diesem Ergebnis sehen sie sich durch das Grundgesetz bestätigt. Das Verfahren vor der Ethikkommission stelle im Verhältnis zu den Schutzinteressen des Embryos einen zu großen Eingriff in die Autonomierechte der Frau dar. Deshalb fordern sie, in Ergänzung zu einer teleologischen Reduktion des § 3a ESchG, die Norm einer verfassungsrechtlichen Korrektur zu unterwerfen. Vertreter der differenzierenden Auslegung wollen den § 3a ESchG gar nicht mehr auf die späte PID anwenden. Vertreter der vermittelnden Auslegung hingegen sprechen sich für eine nur teilweise Anwendung des § 3a ESchG auf die späte PID aus. Zwar gelte für diese Untersuchungsmethode der „Verbotstatbestand des § 3a I ESchG, die Indikationen nach § 3a II ESchG und die Beratung nach § 3a III S. 1 Nr. 1 ESchG", nicht aber das „aufwendige Verfahren" vor der Ethikkommission[2083]. Eine verfassungskonforme Auslegung ist jedoch nur möglich, wenn Wortlaut, Historie, Systematik und Telos der Norm „mehrere teils verfassungswidrige, teils verfassungskonforme Deutungen" zulassen[2084]. Insofern wäre die Auslegungsversion zu wählen, die mit der Verfassung vereinbar ist[2085]. Wie gezeigt, stützt die einfachgesetzliche Auslegung aber nur die einheitliche, nicht auch die differenzierende oder vermittelnde Auslegung. Insbesondere kann das Telos keine differenzierende Auslegung begründen. Eine teleologische Reduktion in Verbindung mit einer verfassungskonformen Korrektur würde mithin einen „Eingriff in die Kompetenzen des Gesetzgebers darstellen"[2086] und ist deshalb abzulehnen. Im Folgenden wird das Ergebnis der einfachgesetzlichen Auslegung, wonach der § 3a ESchG auf frühe und späte PID anwendbar ist, verfassungsrechtlich überprüft. Es ist abzuwägen, ob das Verfahren vor der Ethikkommission zum Schutz des Embryos sowie der gesellschaftlichen Interessen angemessen oder wegen eines zu großen Eingriffs in die Autonomierechte der betroffenen Frau abzulehnen ist. Im ersten Fall wäre § 3a ESchG verfassungskonform, im zweiten verfassungswidrig.

2083 *Bögershausen*, Präimplantationsdiagnostik, 2016, S. 322.
2084 Vgl. ebd. S. 182.
2085 Vgl. ebd. S. 182.
2086 Vgl. ebd. S. 183.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

aa) Die Rechte der Eltern

In Deutschland betrifft § 3a ESchG folgende Grundrechte zugunsten der Eltern: das Allgemeine Persönlichkeitsrecht als Recht auf informationelle Selbstbestimmung oder reproduktive Autonomie (Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG), den Schutz von Ehe und Familie (Art. 6 I GG), die Menschenwürde der Mutter (Art. 1 I GG) und das Recht auf körperliche Unversehrtheit (Art. 2 II GG)[2087] sowie insgesamt das Recht auf Zugang zur Persönlichkeitsentwicklung durch Elternschaft (vgl. erster Hauptteil, C, II).

(1) Das Allgemeine Persönlichkeitsrecht (Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG)

Ob der Embryo als Bestandteil der Mutter zählt und deshalb das Recht der Eltern auf informationelle Selbstbestimmung das Recht umfasst, die Daten des Embryos zu erfahren, kann dahinstehen[2088]. Zumindest muss eine so höchstpersönliche Entscheidung wie die, ob man sich einen Embryo implantieren lässt oder nicht, jede Frau für sich allein treffen dürfen (zum Recht auf reproduktive Autonomie auch unter b)[2089]: „Eigenverantwortliche Entscheidung ist hier nicht nur grundrechtlich geschützt, sie setzt ihrerseits zuverlässige Informationen über den äußeren Vorgang der IVF und die bestehenden Risiken voraus“[2090]. Dazu gehört, dass die Frau über die genetische Beschaffenheit ihres Embryos Bescheid weiß: „Nur bei voller Aufklärung ist die Einwilligung in die Implantation [...] selbstbestimmt und damit wirksam“[2091]. Der § 3a ESchG stellt strenge Bedingungen an die Bekanntgabe dieser Befunde und bedeutet deshalb einen Eingriff in das Allgemeine Persönlichkeitsrecht der Frau.

2087 *Hufen*, PID aus verfassungsrechtlicher Sicht, MedR 2001 (9), S. 442-451 (442).
2088 Dies bejahend: *Hufen*, PID aus verfassungsrechtlicher Sicht, MedR 2001 (9), S. 442-451 (442); Dies verneinend: *Lück*, Neugestaltung der Präimplantationsdiagnostik, 2013, S. 127-128; *Ferdinand*, Pränatal- und Präimplantationsdiagnostik, 2009, S. 196.
2089 *Bögershausen*, Präimplantationsdiagnostik, 2016, S. 199.
2090 *Hufen*, PID aus verfassungsrechtlicher Sicht, MedR 2001 (9), S. 442-451 (443).
2091 Vgl. ebd. S. 444.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

(2) Der Schutz von Ehe und Familie (Art. 6 I GG)

Gutmann betont, dass die Eltern zwar kein „Recht auf ein gesundes Kind" hätten[2092], wohl aber das Recht, eigenständig zu entscheiden, „ob sie ein genetisches Risiko eingehen wollen, d.h. ob sie sich in der Lage sehen, ein absehbar schwerstbehindertes Kind aufzuziehen oder nicht"[2093]. Die PID durchzuführen, um eine informierte Entscheidung treffen zu können, falle in den Schutzbereich des Rechts auf reproduktive Autonomie[2094]. Angesichts der Tatsache, dass die Eltern gemäß Art. 6 II GG eine Fürsorgepflicht für den Fötus haben, müsse ihnen auch die Verantwortung für die im Rahmen einer IVF mit PID entstehenden Embryonen zugeschrieben werden[2095]. So auch *Hufen*: „Sie (Die Eltern) allein haben im Benehmen mit dem Arzt darüber zu entscheiden, ob eine Implantation vorgenommen und welches Risiko dabei in Kauf genommen wird [...]. Art. 6 II 1 GG und die daraus fließende Fürsorgepflicht umfasst also auch das Recht zu entscheiden, ob die Bereitschaft zur Annahme eines etwa behinderten Kindes besteht, wenn eine bestimmte genetische Veranlagung schon im Embryo manifestiert ist"[2096]. Damit greift § 3a ESchG in Art. 6 I GG ein.

(3) Das Recht der Mutter auf körperliche Unversehrtheit (Art 2 II S. 1 GG)

Eine Schwangerschaft kann sehr belastend sein, insbesondere, wenn beim Embryo genetisch bedingte Fehlbildungen vorliegen, die zu einem Schwangerschaftsabbruch verleiten oder möglicherweise zu Tot- oder Fehlgeburten führen. Auch die spätere Pflege eines schwerbehinderten Kindes kann für die Mutter sehr belastend sein[2097]. Im Verlauf einer Schwangerschaft tritt das Selbstbestimmungsrecht der Frau keineswegs gänzlich hinter die Schutzrechte des Embryos zurück. Vielmehr haben „Leben und Gesund-

2092 *Gutmann*, Rechtliche und rechtsphilosophische Fragen der Präimplantationsdiagnostik, in: Gethmann/Huster, Recht und Ethik der Präimplantationsdiagnostik, 2010, S. 61-102 (63).

2093 Vgl. ebd. S. 64; zustimmend: *Hufen*, PID aus verfassungsrechtlicher Sicht, MedR 2001 (9), S. 442-451 (443).

2094 *Gutmann*, in: Rechtliche und rechtsphilosophische Fragen der Präimplantationsdiagnostik, in: Gethmann/Huster, Recht und Ethik, 2010, S. 61-102 (64).

2095 *Hufen*, Individuelle Rechte und die Zulassung der PID, in: Gethmann/Huster, Recht und Ethik, 2010, S. 130-149 (133-134).

2096 Vgl. ebd. S. 134.

2097 *Bögershausen*, Präimplantationsdiagnostik, 2016, S. 197.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

heit“ der Mutter „im Konfliktfall den Vorrang vor der Pflicht des Staates zum Schutz des ungeborenen Lebens“[2098]. Eben deshalb sieht das Recht die Möglichkeit vor, den Embryo abzutreiben. Die *Leopoldina* konkretisiert: „Die auch in Deutschland rechtmäßige Alternative einer ‚Schwangerschaft auf Probe‘ mit späterer genetischen Diagnostik (PND) und einem nachfolgenden Schwangerschaftsabbruch ist für die Eltern physisch, psychisch und vor allem auch ethisch deutlich problematischer als eine PID“[2099]. *Hufen* stellt klar: „Über das Elternrecht und das Persönlichkeitsrecht hinaus hat das ‚Recht auf Wissen‘ also gleichsam einen in den Bereich des Gesundheitsschutzes ‚hineinragenden‘ und das Grundrecht auf Leben und Gesundheit sichernden Schutzgehalt, soweit dieses Wissen erforderlich ist, um der Frau eine eigenbestimmte Entscheidung durch die Aufnahme des Embryos und damit über mögliche Risiken und Belastungen ihrer eigenen Gesundheit zu geben.“[2100] Zustimmend *Bögershausen,* die ausführt, dass eine Frau deshalb nicht zu einer „Implantation ohne Kenntnis“ gezwungen werden dürfe[2101]. Somit ist § 3a ESchG Eingriff in Art. 2 II S. 1 GG.

(4) Die Menschenwürde der Mutter (Art. 1 I GG)

Ob durch § 3a ESchG ein Eingriff in die Menschenwürde der Mutter vorliegt, ist umstritten. *Hufen* führt aus: „Alle Entscheidungen über natürliche oder assistierte Verwirklichung des Kinderwunsches, Schwangerschaft und Geburt“ fallen in den „durch Art. 1 I GG geschützten Kern der persönlichen Intimsphäre und den Schutz der persönlichen Identität“[2102]. So komme es einer Verdinglichung der Frau gleich, ihr einen Embryo gegen ihren Willen einzupflanzen[2103]. Ob der Schutzbereich dagegen auch die informierte Entscheidung umfasst, ist umstritten. *Hufen* etwa geht davon aus, dass die Frau nur dann eine „der Menschenwürde entsprechende selbstbestimmte Entscheidung“ treffen kann, sofern ihr alle relevanten Informationen über den

2098 *Hufen,* PID aus verfassungsrechtlicher Sicht, MedR 2001 (9), S. 442-451 (444).
2099 *Leopoldina,* Präimplantationsdiagnostik, 2011, S. 24.
2100 *Hufen*, PID aus verfassungsrechtlicher Sicht, MedR 2001 (9), S. 442-451 (444).
2101 *Bögershausen*, Präimplantationsdiagnostik, 2016, S. 198.
2102 *Hufen*, Individuelle Rechte und die Zulassung der PID, in: Gethmann/Huster, Recht und Ethik in der Präimplantationsdiagnostik, 2010, S. 130-149 (138).
2103 *Bögershausen*, Präimplantationsdiagnostik, 2016, S. 196;
Ferdinand, Pränatal- und Präimplantationsdiagnostik, 2009, S. 199.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Embryo an die Hand gegeben werden[2104]. Mit Art. 1 Abs. I GG sei es unvereinbar, der Mutter zwar „das Recht über Implantation oder Nichtimplantation zuzustehen", die „Voraussetzungen für die Ausübung dieses Rechts, nämlich Kenntnis über Risiken und Eigenschaften des Embryos, aber [...] zu verweigern"[2105]. Andere halten dagegen, ein Verstoß gegen Art. 1 I GG sei nicht schon durch die Verweigerung von Informationen zu begründen. Die Frau könne nämlich der Implantation jederzeit widersprechen, also eine Verletzung ihrer Menschenwürde vermeiden[2106]. So auch *Bögershausen*: „Eine Entscheidung in Unkenntnis treffen zu müssen, hat [...] nichts mit einer Infragestellung der Subjektqualität der Mutter zu tun"[2107]. Da Art. 1 I GG ein absolutes Grundrecht ist, dessen Verletzung nicht gerechtfertigt werden kann, sollte man einen Eingriff nicht vorschnell bejahen, um eine „Flucht in die Menschenwürde"[2108] zu vermeiden. Folglich begründet § 3a ESchG keinen Eingriff in den Schutzbereich des Art. 1 I GG[2109].

(5) Das Recht auf Zugang zur Elternschaft

Soweit die PID der Infertilitätsbehandlung dient, greift § 3a ESchG, insbesondere seine strengen Verfahrensvoraussetzungen, schließlich in das Recht auf Zugang zur Elternschaft ein. Als Recht, das die selbstbestimmte Entscheidung zum Ob und Wie der eigenen Fortpflanzung vor allem wegen der mit der Elternrolle verbundenen Möglichkeit schützt, das eigene Wesen durch die Beziehung zum Kind – als Kernaspekt persönlicher Identität – zu formen und zu entwickeln, schützt es vor reproduktionsmedizinischen Verboten und Beschränkungen als Eingriffe in die Ausübung dieser Option.

2104 *Hufen*, Individuelle Rechte und die Zulassung der PID, in: Gethmann/Huster, Recht und Ethik in der Präimplantationsdiagnostik, 2010, S. 130-149 (138).
2105 Vgl. ebd. S. 138.
2106 *Ferdinand*, Präntal- und Präimplantationsdiagnostik, 2009, S. 199-200; *Bögershausen*, Präimplantationsdiagnostik, 2016, S. 196.
2107 Vgl. ebd. S. 196.
2108 *Gutmann*, Rechtliche und rechtsphilosophische Fragen der Präimplantationsdiagnostik, in: Gethmann/Huster, Recht und Ethik in der Präimplantationsdiagnostik, 2010, S. 61-102 (66).
2109 So auch: *Ferdinand*, Pränatal- und Präimplantationsdiagnostik, 2009, S. 200.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

bb) Die Rechte des Embryos

Die Eingriffe in die Elternrechte können nur gerechtfertigt werden, wenn sie vor dem Hintergrund der kollidierenden Interessen des Embryos oder zur Verwirklichung wichtiger Gemeinwohlbelange geeignet, erforderlich und zumutbar sind. Im Hinblick auf den Embryo sind den Elternrechten die Garantie seiner Menschenwürde, sein Recht auf körperliche Unversehrtheit sowie sein Persönlichkeitsrecht (jeweils in abgestufter Form entgegenzusetzen (vgl. erster Hauptteil, C, IV, 3)[2110].

b) Grundrechtseingriffe in der Schweiz

Art. 119 Abs. II BV schützt den Menschen vor Missbräuchen in Fortpflanzungsmedizin und Gentechnologie und nennt drei Rechtsgüter, deren Schutz diesbezüglich besonders wichtig erscheint: Die Menschenwürde, die Persönlichkeit und die Familie. Galten diese Schutzgüter vor der Ausarbeitung des Art. 119 BV und der Verfassungsnovelle von 1999 noch als ungeschriebenes Verfassungsrecht, sind sie heute ausdrücklich im Schweizer Grundgesetz verankert[2111]. Zu beachten sind im Zusammenhang mit der PID zudem Art. 8 II BV (Diskriminierungsverbot) und Art. 11 BV (Schutz der Kinder und Jugendlichen) sowie Art. 41 I c BV i.V.m. Art. 116 I BV (Der Schutz der Familie als Staatsziel)[2112].

aa) Die Rechte der Eltern

Für die Eltern kommt durch Art. 5a FMedG ein Eingriff in Art. 10 II BV (Recht auf Leben und persönliche Freiheit) sowie Art. 13 i.V.m. Art. 14 BV (Schutz der Privatsphäre und Recht auf Ehe und Familie) in Betracht.

2110 Für eine ausführliche Darstellung vgl. *Bögershausen*, Präimplantationsdiagnostik, 2016, S. 201-243.

2111 *Schweizerischer Bundesrat,* Botschaft zur Änderung von Art. 119 BV sowie des Fortpflanzungsmedizingesetzes, 2013, https://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2013/5853.pdf (22.2.2022), S. 5946.

2112 Vgl. ebd. S. 5946.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

(1) Recht auf persönliche Freiheit sowie körperliche und geistige Unversehrtheit (Art. 10 II BV)

Gemäß Art. 10 II BV hat jeder Mensch das „Recht auf persönliche Freiheit, insbesondere auf körperliche und geistige Unversehrtheit". Damit scheint Art. 10 II BV eine Mischung aus dem deutschen Recht auf körperliche Unversehrtheit (Art. 2 II 2 S. 1 GG) und dem Allgemeinen Persönlichkeitsrecht (Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG) zu sein. Das Schweizer Bundesgericht fasst unter das Recht auf persönliche Freiheit „alle elementaren Erscheinungen der Persönlichkeitsentfaltung"[2113]. Der Bundesrat präzisiert in seiner Botschaft zur Änderung der Verfassungsbestimmung: „Im Sinne des Schutzes der individuellen Selbstbestimmung sind darunter auch die Verfügungsfreiheit über den eigenen Körper und die Gestaltung des eigenen Lebens zu verstehen, worunter auch die Fragen der (medizinisch unterstützten) Fortpflanzung fallen"[2114]. Die persönliche Freiheit umfasse zwar nur die wesentlichsten Merkmale der Persönlichkeitsentwicklung. Der Wunsch aber, eine schwere genetische Krankheit nicht an den Nachwuchs zu vererben, genetische Unregelmäßigkeiten wie Aneuploidien auszuschließen oder ein Retterbaby für ein erkranktes Geschwisterkind zu erschaffen, all dies entspreche einer eben solchen „elementaren Erscheinung der Persönlichkeitsentfaltung"[2115]. Ebenso wie in Deutschland kann der „Schutz der individuellen Selbstbestimmung" nur dann greifen, wenn die Frau alle Informationen zur Hand hat, um eine informierte Entscheidung über Implantation oder Nichtimplantation treffen zu können. Der Schweizer Verfassungsgeber macht aber deutlich, dass es letztlich dem Gesetzgeber obliegt, zu entscheiden, „wie weit im konkreten Fall der Schutz der persönlichen Freiheit im Hinblick auf den Wunsch der Eltern nach einem Kind mit bestimmten genetischen Merkmalen geht"[2116]. Aus dem Grundrecht auf geistige und körperliche Unversehrtheit lasse sich zudem ein Recht auf eine verfahrenstechnische Durchführung der PID ableiten, die der Frau nicht unnötige Bürden auferlegt. Dies wäre etwa durch die wiederholte hormonelle Stimulation bei Beibehaltung der Dreierregel der Fall[2117]. Der Art. 5a ESchG bindet die Bekanntgabe genetischer Befunde an strenge Bedingungen und

2113 Vgl. ebd. S. 5950.
2114 Vgl. ebd. S. 5950.
2115 Vgl. ebd. S. 5950.
2116 Vgl. ebd. S. 5950.
2117 Vgl. ebd. S. 5950.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ist deshalb ein Eingriff in ihr Recht auf persönliche Freiheit in Form der individuellen Selbstbestimmung.

(2) Schutz der Privatsphäre und Recht auf Ehe und Familie (Art. 13 I, Art. 14 BV)

Ebenso wie Art. 6 GG in Deutschland, schützt Art. 14 BV das Recht auf familiäres Zusammenleben und Familiengründung. Laut Bundesrat schließt dieses Grundrecht in Kombination mit Art. 10 II BV auch das Recht auf Zugang zu künstlichen Fortpflanzungsmethoden wie der IVF oder der PID ein[2118]. Während sich auf Art. 14 BV nur verheiratete Paare stützen können, umfasst der Familienbegriff in Art. 13 I BV auch "Beziehungsformen wie Einelternfamilien, Großfamilien, nichteheliche Kinder oder auch Konkubinate, nicht aber gleichgeschlechtliche Paare"[2119]. Auch diese Familien haben gemäß Art. 13 I BV i.V.m. Art. 10 II BV ein Recht auf „Familiengründung und die Anwendung von Methoden der Fortpflanzungsmedizin“[2120]. Ebenso wie in Deutschland haben die Eltern also auch in der Schweiz ein Recht darauf, die PID durchzuführen, um das genetische Risiko abschätzen und eine informierte Entscheidung über die Verwirklichung des Kinderwunsches treffen zu können. Der Art. 5a FMedG greift folglich in das Recht auf selbstbestimmte Familiengründung aus Art. 13 I und Art. 14 BV ein.

bb) Zwischenergebnis: Die Rechte der Eltern

Der Art. 5a FMedG stellt für die Eltern einen Eingriff in den Schutzbereich der Art. 10 II und Art. 13 I und Art. 14 BV dar. Auch für die Schweiz ist zudem ein Eingriff in das aus Art. 8 EMRK begründete Recht auf Zugang zur Elternschaft begründet, der in der Schweiz unmittelbare Geltung beansprucht.

2118 Vgl. ebd. S. 5951.
2119 Vgl. ebd. S. 5951.
2120 Vgl. ebd. S. 5951.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

cc) Die Rechte des Embryos

Auch in der Schweiz ist die Frage umstritten, ob ein Embryo Grundrechtsträger ist und damit die persönlichen Schutzbereiche der „Garantie der Menschenwürde, dem Recht auf Leben und der Garantie der persönlichen Freiheit" eröffnet sind[2121]. Größtenteils werden in der Schweiz hierzu die gleichen Theorien angeführt wie in Deutschland, letztlich geht aber der Schweizer Bundesrat von einem abgestuften Menschenwürdeschutz aus. Der Embryo habe zwar keinen „Individualanspruch auf Leben und Menschenwürde", gleichzeitig leite sich sein Recht aber auch nicht lediglich aus dem Recht geborener Menschen ab. Der Embryo habe vielmehr „einen partiellen Lebens- und Gesundheitsschutz um seiner selbst willen, der durch den Gesetzgeber zu konkretisieren" ist[2122]. Der Schweizerische Bundesrat führt hierzu aus: „Ab dem Zeitpunkt der Befruchtung, der Verschmelzung des weiblichen und männlichen Zellkerns, ist die genetische Ausstattung eines neuen menschlichen Wesens, das sich aus dem Embryo entwickeln kann, vorgegeben, weshalb mit einem Embryo *in vitro* nicht nach Belieben umgegangen werden darf. Dennoch lässt sich eine eigentliche Grundrechts*trägerschaft* von Embryonen *in vitro* nicht aus der Verfassung ableiten, so dass dem Embryo *in vitro* der Grundrechtsschutz nicht im gleichen Maß zukommt wie einem geborenen Menschen"[2123].

(1) *Die Menschenwürde (Art. 7 BV)*

Art. 7 BV legt fest: „Die Würde des Menschen ist zu achten und zu schützen". Anders als in Deutschland bedarf es in der Schweiz keiner Konstruktion, um eine abgestufte Menschenwürde zu begründen. In der Schweiz ist die Garantie der Menschenwürde nämlich kein absolutes Grundrecht. Hierzu führte der Bundesrat 1997 in seiner Botschaft über eine neue Bundesverfassung aus: „Eine Formulierung, wonach die Menschenwürde unantastbar sei, [könnte] den Eindruck erwecken, der Staat müsse jeder-

2121 Vgl. ebd. S. 5946.

2122 *Pärli/Naguib*, Gutachten für das BAG: PID und Diskriminierung, 2016, abrufbar unter: https://www.bag.admin.ch/bag/de/home/medizin-und-forschung/fortpflanzungsmedizin/stellungnahmen-gutachten.html (22.2.2022), S. 9.

2123 *Schweizerischer Bundesrat*, Botschaft zur Änderung von Art. 119 BV sowie des Fortpflanzungsmedizingesetzes, 2013, https://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2013/5853.pdf (22.2.2022), S. 5946.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

zeit einen umfassenden und absoluten Schutz der Menschenwürde bieten, was so nicht der Realität entspricht“[2124]. Das Bundesgericht versteht unter Menschenwürde das „letztlich nicht fassbare Eigentliche des Menschen und der Menschen“, worunter vor allen Dingen die „Anerkennung des Einzelnen in seiner eigenen Werthaftigkeit und individuellen Einzig- und allfälligen Andersartigkeit“ fällt[2125]. Art. 7 BV habe „allgemein die Bedeutung eines Leitgrundsatzes für jegliche Staatstätigkeit, bildet als innerster Kern zugleich die Grundlage der Freiheitsrechte, dient deren Auslegung und Konkretisierung und ist Auffanggrundrecht“[2126]. Das Bundesgericht hält Art. 7 BV zudem nicht für direkt anwendbar, vielmehr stelle es „einen Grundwert dar, ein Rechtsgut, welches es im Rahmen der persönlichen Freiheit zu respektieren gilt“[2127]. Ein Eingriff in Art. 7 BV kann folglich ganz normal im Rahmen einer Güterabwägung gerechtfertigt werden. Der Bundesrat führt hierzu aus: „Der Embryo *in vitro* hat Anteil an der Menschenwürde und darf deshalb nicht wie eine bloße Sache behandelt werden. Dieser Anteil nimmt im Laufe der Schwangerschaft stetig zu, bis das Kind nach seiner Geburt schließlich den umfassenden Schutz seiner Menschenwürde genießt. Wie groß der Anteil ist, der dem Embryo vom Moment der Kernverschmelzung zusteht, (...) ist durch eine Güterabwägung zu entscheiden“[2128]. Der Bundesrat beruft sich zur Konkretisierung der zulässigen Indikationen auf Art. 119 BV. Die Durchführung einer PID sei „unter der Berücksichtigung der Menschenwürde als Grundrecht und als Verfassungsprinzip“ zumindest zulässig, sofern sie zur Behandlung der Unfruchtbarkeit oder Verhinderung der Übertragung einer schweren Krankheit ausgeführt werde[2129]. Darüber hinaus obliege es dem Gesetzgeber, „die Auswirkungen der Menschenwürde im Bereich der Fortpflanzungsmedizin“ zu konkretisieren[2130]. Somit liegt auch in der Schweiz hinsichtlich des Embryos, wenn

2124 *Schweizerischer Bundesrat*, Botschaft über eine neue Bundesverfassung, 1997, https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/staat/gesetzgebung/archiv/bundesverfassung/bot-neue-bv-d.pdf (22.2.2022), S. 141.
2125 BGE Urt. v. 25.1.2006 – 132 I 49, S. 55.
2126 BGE Urt. v. 25.1.2006 – 132 I 49, S. 54.
2127 *Schweizerischer Bundesrat*, Botschaft über eine neue Bundesverfassung, 1996, https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/staat/gesetzgebung/archiv/bundesverfassung/bot-neue-bv-d.pdf (22.2.2022), S. 140.
2128 *Schweizerischer Bundesrat*, Botschaft zur Änderung von Art. 119 BV sowie des Fortpflanzungsmedizingesetzes, 2013, https://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2013/5853.pdf (22.2.2022), S. 5947.
2129 Vgl. ebd. S. 5947.
2130 Vgl. ebd. S. 5948.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

auch nur in abgestufter Form, ein Eingriff in Art. 7 BV in Kombination mit dem Recht auf persönliche Freiheit (Art. 10 I BV) vor.

(2) Das Recht auf Leben und persönliche Freiheit (Art. 10 I BV)

Hinsichtlich des Rechts auf Leben sieht der Schweizerische Bundesrat den Schutzbereich des Art. 10 I BV nicht eröffnet. Art. 119 II d BV liefere einen klaren Hinweis, dass der Lebensschutz bei vorgeburtlichem Leben nicht gleich stark ausgeprägt ist wie nach der Geburt. Dieser verbiete nämlich die Embryonenspende, auch für „(gesunde) überzählige Embryonen"[2131]. Zudem zeige die Regelung zum Schwangerschaftsabbruch, dass das Recht auf Leben sogar für Embryonen *in vivo* nicht unumstößlich gilt. Dies müsse erst recht für die wesentlich weniger weit entwickelten Embryonen *in vitro* gelten[2132].

(3) Das Recht auf persönliche Freiheit sowie körperliche und geistige Unversehrtheit (Art. 10 II BV)

Grundsätzlich schützt Art. 10 II BV die körperliche Integrität des Embryos in vitro. Verstärkt wird dieses Recht durch Art. 11 BV, wonach „Kinder und Jugendliche einen Anspruch auf besonderen Schutz ihrer Unversehrtheit und auf Förderung ihrer Entwicklung haben". Der Schweizerische Bundesrat sieht jedoch beim Recht auf körperliche und geistige Unversehrtheit den persönlichen Schutzbereich nicht eröffnet. Da der Embryo nicht Grundrechtsträger ist, lasse sich aus diesem Recht keinerlei Anspruch ableiten[2133]. Anders als soeben für Deutschland festgestellt, nimmt der Schweizer Bundesrat einen Eingriff in die geistige und körperliche Unversehrtheit des Embryos also nicht schon deshalb an, weil ihm Zellen zur Untersuchung entnommen werden. Der Bundesrat merkt jedoch an, dass ein Eingriff in Form einer Vorwirkung zu bejahen wäre, sofern die PID „später gesundheitsschädigende Auswirkungen auf das Leben des Kindes" hat[2134]. Der Bundesrat schweigt zu der Frage, ob sich für den Embryo aus dem Recht auf persönliche Freiheit unter das, wie soeben festgestellt, auch die indivi-

2131 Vgl. ebd. S. 5948.
2132 Vgl. ebd. S. 5949.
2133 Vgl. ebd. S. 5949.
2134 Vgl. ebd. S. 5949.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

duelle Selbstbestimmung fällt, ähnlich wie in Deutschland ein Recht auf informationelle Selbstbestimmung ableiten lässt. In Deutschland versteht man hierunter „das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung sowie das Recht auf Kenntnis oder Unkenntnis der eigenen genetischen Konstitution“[2135]. Nähme man ein solches Recht auch in der Schweiz an, könnte sich aus Art. 10 II BV ebenso wie in Deutschland eine antizipierte Schutzpflicht bezüglich des informationellen Selbstbestimmungsrechts ergeben. Tatsächlich ist in der Schweiz das „Recht auf Nichtwissen“ zumindest in Art. 6 GUMG verankert. Hiernach hat „jede Person das Recht, die Kenntnisnahme von Informationen über ihr Erbgut zu verweigern“. Da der Schweizer Bundesrat einen Eingriff in Form einer Vorwirkung für das Recht auf körperliche Unversehrtheit gelten lässt, ist von einem solchen auch beim Recht auf persönliche Freiheit auszugehen. Somit greift die PID in Form einer Vorwirkung in Art. 10 II BV ein.

(4) Das Diskriminierungsverbot (Art. 8 II BV)

Nach Art. 8 II BV darf niemand wegen einer „körperlichen, geistigen oder psychischen Behinderung“ diskriminiert werden. Ebenso wie in Deutschland kein Eingriff in das Recht des Embryos auf Nichtdiskriminierung wegen Behinderung aus Art. 3 III S. 2 GG in Betracht kommt, sieht auch der Schweizer Gesetzgeber den personalen Schutzbereich nicht eröffnet[2136]. Der Embryo sei nicht Grundrechtsträger und könne deshalb aus Art. 8 II BV keine Ansprüche für sich geltend machen: „Sonst müsste auch Art. 119 StGB als diskriminierend eingestuft werden, insofern als dabei nach Durchführung einer PND wegen Vorliegens einer gesundheitlichen Fehlbildung des Embryos ein Schwangerschaftsabbruch durchgeführt werden darf.“[2137]

dd) Zwischenergebnis: Die Rechte des Embryos

Der Art. 5a FMedG stellt für den Embryo einen Eingriff in den Schutzbereich des Art. 7 BV sowie vorwirkend in Art. 10 II BV dar.

2135 *Lück*, Neugestaltung der Präimplantationsdiagnostik, 2013, S. 123.

2136 *Schweizerischer Bundesrat*, Botschaft zur Änderung von Art. 119 BV sowie des Fortpflanzungsmedizingesetzes, 2013, https://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2013/5853.pdf (22.2.2022), S. 5949.

2137 Vgl. ebd. S. 5949; *Pärli/Naguib*, Gutachten für das BAG: PID und Diskriminierung, 2016, S. 9 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

c) Güterabwägung zwischen den Selbstbestimmungsrechten der Eltern und den Schutzinteressen des Embryos in Deutschland

Die kollidierenden Verfassungsgüter, also die Selbstbestimmungsrechte der Eltern auf der einen Seite und die Schutzinteressen des Embryos auf der anderen Seite, sind im Wege der „praktischen Konkordanz" in einen Ausgleich zu bringen[2138]. Grundsätzlich kommt dem Gesetzgeber hinsichtlich der Frage, wie dies zu geschehen hat, eine Einschätzungsprärogative zu. Es ist zu klären, ob die gesetzgeberische Wertung, wonach frühe wie späte PID gleichermaßen unter die Voraussetzungen des § 3a ESchG fallen, haltbar ist[2139]. Hierfür müsste der Eingriff in die Elternrechte durch § 3a ESchG verhältnismäßig sein. Das ist er, wenn § 3aESchG einem legitimen Zweck dient und zu dessen Erreichung geeignet, erforderlich und angemessen ist. Der Gesetzgeber wollte durch § 3a ESchG der missbräuchlichen Produktion, genetischen Begutachtung und Benutzung menschlichen Lebens vorbeugen[2140]. Insofern dienen die strengen Voraussetzungen des § 3a ESchG in abgestufter Form dem Schutz der Menschenwürde, dem Recht auf Leben sowie dem Allgemeinen Persönlichkeitsrecht des Embryos und mithin einem legitimen Zweck. Eine strikte Regelung, insbesondere das Verfahren vor der Ethikkommission, führt dazu, dass die PID nicht ausufernd, sondern lediglich bei Vorliegen einer bestimmten Indikationslage durchgeführt wird; sie ist also geeignet, die Schutzinteressen des Embryos zumindest zu fördern. Ferner müssten die strengen Voraussetzungen des § 3a ESchG erforderlich sein. Das sind sie, wenn sich der Zweck nicht auch durch ein gleich wirksames, aber weniger belastendes Mittel erreichen lässt. In Betracht käme zwar eine mildere Regelung, wonach nicht eine Ethikkommission, sondern ein Arzt im Vertrauensverhältnis mit seiner Patientin darüber entscheidet, ob eine PID im konkreten Einzelfall durchzuführen ist. Eine solche Regelung würde den Embryo jedoch nicht im gleichen Maße schützen, wäre also weniger effektiv. Somit sind die strengen Voraussetzungen des § 3a ESchG auch erforderlich[2141]. Fraglich ist aber, ob die mit § 3a ESchG verfolgten Ziele noch in einem angemessenen Verhältnis zur Bedeutung und Dringlichkeit des gesetzgeberischen Ziels stehen.

2138 *Lück*, Neugestaltung der Präimplantationsdiagnostik, 2013, S. 133.
2139 Vgl. ebd. S. 133.
2140 *Hufen*, PID aus verfassungsrechtlicher Sicht, MedR 2001 (9), S. 440-451 (448).
2141 Mit ähnlicher Argumentation vgl. *Bögershausen*, Präimplantationsdiagnostik, 2016, S. 247-248.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Diese Frage lässt sich nicht lapidar in einem Satz, wie es das BVerwG in seiner jüngsten Grundsatzentscheidung zur PID vom 2.12.2020 getan hat, zugunsten der Angemessenheit des Verfahrens vor der Ethikkommission bejahen, sondern bedarf einer eingehenden Prüfung[2142].

aa) Argumente für die Autonomierechte der Eltern

Die Autonomierechte der Eltern sprechen zunächst für eine im Vergleich zu § 3a ESchG weniger strenge Regulierung der PID. Unverständlich erscheint, warum sich die Eltern in einer so höchstpersönlichen Angelegenheit wie der Frage, ob sie mit der Geburt ihres Kindes ein genetisches Risiko eingehen wollen, dem Urteil einer Ethikkommission unterwerfen müssen. Sofern die Einführung von Ethikkommissionen „nicht zu einer von der materiellen Prüfung losgelösten ethischen Vertretbarkeitsprüfung führen" kann[2143], stellt sich die Frage, wofür es einer solchen Kommission überhaupt bedarf[2144].

Tatsächlich dürfen nach dem staatlichen Neutralitätsgebot verwaltungsrechtliche Entscheidungen nicht davon abhängen, ob einzelne Interessengruppen einen Sachverhalt als ethisch vertretbar oder verboten einschätzen. *Von Wietersheim* bringt es auf den Punkt, wenn sie sagt: „Die Untersuchung der ethischen Vertretbarkeit [kann] nicht über die rechtlichen Kriterien hinausgehen, die ethischen Momente [müssen] vielmehr in den rechtlichen Kriterien aufgehen"[2145]. Oder in *Gutmanns* Worten: „Der weltanschaulich neutrale Staat, der die Bürger und ihre ethischen Überzeugungen mit gleicher Rücksicht und gleichem Respekt zu behandeln hat, muss sich im Prozess der Normenbegründung auf Gründe beschränken, die im Prinzip jedermann diskursiv einsichtig gemacht werden können"[2146]. Die Tatsache, dass eben keine ethische Vertretbarkeitsprüfung stattfinden darf, macht das Argument, durch ein interdisziplinär zusammengesetztes Gremium

2142 BVerwG Urt. v. 2.12.2020 – 3 C 6.19, BeckRS 2020, 44095, Rn. 41.

2143 *Bögershausen*, Präimplantationsdiagnostik, 2016, S. 252; so auch: *Schroth*, Die gesetzliche Regelung der PID, ZStW 2013 (125/3), S. 627-646 (637); *Frister/Lehmann*, Die gesetzliche Regelung der PID, JZ 2012 (13), S. 659-667 (665).

2144 *von Wietersheim*, Die Strafbarkeit der Präimplantationsdiagnostik, 2014, S. 284.

2145 *Frommel*, Die Neuregelung der PID durch § 3a ESchG, JZ 2013 (68/10), S. 488-495 (492).

2146 *Gutmann*, Rechtlich und rechtsphilosophische Fragen der Präimplantationsdiagnostik, in: Gethmann/Huster, Recht und Ethik, 2010, S. 61-102 (64).

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

könne „am ehesten die pluralistische Meinungsvielfalt wiedergespiegelt und so eine ethisch vertretbare Lösung des Einzelfalls ermittelt werden" hinfällig[2147].

Zwar stimmt es, dass eine Ethikkommission die Ärzte entlastet, weil sie sich nicht mehr in der Pflicht sehen müssen, die Rechtslage auf eigene Gefahr hin richtig zu beurteilen[2148]. Auch garantieren die Kommissionen den Embryonen einen größeren Schutz, da „nicht nur erfolgte Verletzungen sanktioniert", sondern Verfahren, die die „Interessen des Embryos übermäßig belasten, gar nicht erst durchgeführt werden"[2149]. Fraglich ist aber, ob die Ethikkommissionen überhaupt dazu befugt sind, zu entscheiden, wegen welcher Krankheiten das PID-Verfahren zulässig ist. Kritiker befürchten berechtigterweise eine „Exparlamentarisierung politischer Entscheidungen"[2150] (s.o.). Sie argumentieren, dass die Kommission maßgeblich an der Konkretisierung der unbestimmten Tatbestandsmerkmale beteiligt sei und dem Gesetzgeber als „Ersatzparlament"[2151] wichtige legislative Entscheidungen abnehme (s.o.). Dies widerspreche dem Rechtsstaatsprinzip und der Wesentlichkeitstheorie, wonach der Gesetzgeber alle Entscheidungen mit starker Grundrechtsrelevanz selbst treffen muss[2152]. Insofern komme der Kommission die Funktion einer Behörde mit nur unzureichend demokratischer Legitimation zu[2153] (s.o.). *Frommel* sagt zutreffend: „Völlig neu und ungewöhnlich ist daher die Konstruktion, dass eine Ethikkommission zum Hoheitsträger wird [...] Sie wird ermächtigt, in höchst sensible Grundrechte wie die Reproduktionsfreiheit eines Paares einzugreifen, noch dazu unter höchst unklaren und auslegungsbedürftigen Voraussetzungen"[2154].

Im Hinblick auf die Autonomierechte der Eltern kritisch zu bewerten ist gerade auch die Tatsache, dass der Gesetzgeber keine zentrale Kommission etabliert hat. Trotz der Möglichkeit, länderübergreifende Ethikkommissionen zu etablieren, besteht daher die Gefahr, dass es zu einem PID-Touris-

2147 *Landwehr*, Rechtsfragen der Präimplantationsdiagnostik, 2017, S. 132.
2148 *von Wietersheim*, Die Strafbarkeit der Präimplantationsdiagnostik, 2014, S. 285.
2149 Vgl. ebd. S. 286.
2150 *Bögershausen*, Präimplantationsdiagnostik, 2016, S. 251.
2151 Vgl. ebd. S. 256.
2152 *Torbohm*, Genetische Informationen im Familienverbund, 2014, S. 135-143.
2153 *Taupitz*, in: Günther/Taupitz/Kaiser, ESchG, C.II., § 3a, Rn. 60 ff.
2154 *Frommel/Geishövel et al.,* Welche Untersuchungsmethoden betreffen die Neuregelung der PID?, J. Reproduktionsmed. Endokrinol. 2013 (10/1), S. 6-17 (16).

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

mus in der Bundesrepublik kommt[2155]. *Bögershausen* hat Recht, wenn sie anführt, dies mache eine einheitliche Auslegung der Tatbestandsmerkmale unmöglich und erschwere das Erstellen einer faktischen Krankheitsliste[2156]. Für die Eltern führt dies zu erheblicher Rechtsunsicherheit, kann die Entscheidung über Vornahme oder Nicht-Vornahme einer PID doch von Kommission zu Kommission ganz unterschiedlich ausfallen[2157]. Zudem ist es für die Eltern, die aufgrund ihrer Krankheit unter Umständen bereits einen „langen Leidensweg hinter sich haben", psychisch extrem belastend, ihre „Krankheitsgeschichte Dritten (...) offenbaren" zu müssen, „in der Hoffnung, dass diese ihre persönliche Entscheidung zugunsten der Durchführung der PID" akzeptieren[2158].

Auch die Zusammensetzung der Kommissionen ist im Hinblick auf die Elternrechte kritisch zu beurteilen. Gemäß § 4 I S. 3 PIDV bestehen die Kommissionen aus „vier Sachverständigen der Fachrichtung Medizin, jeweils einem oder einer Sachverständigen der Fachrichtungen Ethik und Recht sowie jeweils einem Vertreter der für die Wahrnehmung der Interessen der Patientinnen und Patienten und der Selbsthilfe behinderter Menschen auf Landesebene maßgeblichen Organisationen". Die Frau muss ihre Entscheidung womöglich also Theologen und Behindertenvertretern gegenüber rechtfertigen, die sie „in Anbetracht des höchst sensiblen Themas mit impliziten Vorwürfen belegen" könnten[2159]. *Schroth* befürchtet zudem, dass die Zusammensetzung der Kommission „dazu führt, dass hier nicht nur rechtliche Voraussetzungen geprüft, sondern – obwohl es nicht zulässig ist – ethische Maßstäbe zur Überprüfung verwendet werden"[2160]. *Landwehr* kritisiert, dass nicht ersichtlich sei, „welche Funktion eine interdisziplinäre Besetzung hat, wenn es letztlich allein die Mediziner sein werden, die feststellen können, ob eine Krankheit als ‚schwerwiegend' einzustufen ist oder ob eine Tot- oder Fehlgeburt des Kindes droht"[2161].

2155 *Landwehr*, Rechtsfragen der Präimplantationsdiagnostik, 2017, S. 130.
2156 *Bögershausen*, Präimplantationsdiagnostik, 2016, S. 257.
2157 Vgl. ebd. S. 259.
2158 Vgl. ebd. S. 261.
2159 Vgl. ebd. S. 261.
2160 *Schroth*, Die gesetzliche Regelung der PID, ZStW 2013 (125/3), S. 627-646 (637).
2161 *Landwehr*, Rechtsfragen der Präimplantationsdiagnostik, 2017, S. 135; ähnlich: *von Wietersheim*, Strafbarkeit der Präimplantationsdiagnostik, 2014, S. 287.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

bb) Argumente zum Schutz des Embryos und gesellschaftliche Belange

Die Schutzinteressen des Embryos sowie die gesamtgesellschaftlichen Belange sprechen hingegen für eine durch § 3a ESchG vorgesehene strenge Regulierung der PID. Zum einen ist für den Embryo das Problem der Überschussinformationen relevant, wegen derer er aussortiert werden könnte, obwohl die festgestellte genetische Krankheit keine Indikation nach § 3a ESchG begründet[2162]. Durch die Masse der beim PGS ermittelten Informationen werde der Embryo praktisch „gläsern"[2163]. So könnten im Rahmen eines Screenings etwa Risikoallele für multifaktorielle Erkrankungen ermittelt werden. Informationen also, die sich, sollten sie in die Hände der Krankenkasse oder des späteren Arbeitgebers gelangen, für den Embryo im Verlauf seines Lebens negativ auswirken könnten[2164]. Wegen des Risikos, dass im Rahmen einer PID eben solche Zufallsbefunde anfallen, die erheblich in das antizipierte Recht des Embryos auf informationelle Selbstbestimmung eingreifen, erscheint eine strenge Regelung der PID durchaus begründet. Für eine strenge staatliche Kontrolle durch das Verfahren vor der Ethikkommission sprechen auch gesamtgesellschaftliche Belange (zu den dafür vorgebrachten Dammbruch-Argumenten vgl. C, VI, 4, d)[2165]. Da Kritiker in der Schweiz die gleichen Bedenken äußern, sei an dieser Stelle auf die Stellungnahmen und Gutachten verwiesen, die das Schweizerische Bundesamt für Gesundheit im Zusammenhang mit den Rechtssetzungsarbeiten zum Fortpflanzungsmedizingesetz unter anderem bei deutschen Professoren in Auftrag gegeben hat[2166].

2162 Siehe unter: „Der Umgang mit Zufallsbefunden".

2163 *Bögershausen*, Präimplantationsdiagnostik, 2016, S. 287.

2164 Vgl. ebd. S. 287.

2165 Für eine Einordnung der gegen eine PID vorgebrachten Dammbruch-Argumente vgl. *Bögershausen*, Präimplantationsdiagnostik, 2016, S. 288-306.

2166 *Pärli/Naguib*, Gutachten für das BAG: PID und Diskriminierung, 2016, S. 9 ff;
Lemke/Rüppel, Gutachten für das BAG: Gesellschaftliche Implikationen der PID, 2016;
Seelmann/Demko, Gutachten für das BAG: Präimplantationsdiagnostik und Eugenik, 2013;
Seelmann/Demko, Gutachten für das BAG: Welche eugenischen Tendenzen bei der PID sind abzulehnen und aus welchen Gründen?, 2014;
Schaber, Gutachten für das BAG: Wie soll die PID geregelt werden?, 2013.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

d) Güterabwägung zwischen den Selbstbestimmungsrechten der Eltern und den Schutzinteressen des Embryos in Deutschland

Im Ergebnis ist festzuhalten, dass die verfassungsrechtliche Auslegung das Ergebnis der einfachgesetzlichen Auslegung stützt, wonach der § 3a ESchG auf frühe und späte PID gleichermaßen anwendbar ist. Wie bereits beschrieben, kommt dem Gesetzgeber ein großer Gestaltungsspielraum zu, wenn es um die Entscheidung geht, wie er kollidierende Rechtsgüter miteinander zum Ausgleich bringt. Der deutsche Gesetzgeber hat sich wegen der aufgezeigten Gefahren für eine enge Indikationslage und eine strenge behördliche Überwachung durch eine Ethikkommission entschieden. Zwar könnte man argumentieren, dass bereits eine eingeschränkte Indikationsregelung ausreicht, um der Missbrauchsgefahr der PID entgegenzuwirken. Tatsächlich zeigen aber Länder wie Großbritannien, dass die Sorge, das Indikationsspektrum könnte sich auch auf minder schwere Krankheiten ausweiten, nicht allzu fernliegend ist[2167]. Das gilt umso mehr in Deutschland, hat der deutsche Gesetzgeber doch keine festen Anhaltspunkte zur Konkretisierung der unbestimmten Rechtsbegriffe und somit zur Klarstellung der Indikationslage gegeben. Angesichts der hohen ethischen Brisanz des Themas und der potenziellen Missbrauchsgefahr der PID erscheint es deshalb durchaus gerechtfertigt, wenn sich der Gesetzgeber für ein strenges Verfahren entscheidet, um die Einhaltung der Voraussetzungen und deren effiziente Kontrolle zu gewährleisten. Jedenfalls erscheint diese Wertentscheidung nicht so fernliegend, als dass von einer Verfassungswidrigkeit zuungunsten der Autonomierechte der Frau ausgegangen werden könnte. In anderen Worten: Das Gesetz ist nicht so verfassungskritisch zulasten der Frau, als dass es als verfassungswidrig eingestuft werden könnte[2168]. Damit ist der § 3a ESchG *de lege lata* verfassungskonform.

e) Bewertung zur Güterabwägung in der Schweiz

In der Schweiz kommen die gleichen Argumente für die Elternrechte und die Schutzinteressen des Embryos in Betracht. Die Abwägungsentschei-

2167 *Latsiou*, Rechtsvergleichung und bioethische Fragestellungen, 2008, S. 54-59; siehe auch: *Bögershausen*, Präimplantationsdiagnostik, 2016.

2168 *Frister*, Zum Anwendungsbereich des § 3a ESchG, in: Festschrift Tolksdorf, 2014, S. 223-233 (232).

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

dung ist trotzdem unterschiedlich: Wie bereits gezeigt, regelt Deutschland sowohl Indikationsspektrum als auch Verfahren bei der PID strenger als bei der PND; die Schweiz hingegen lediglich das Indikationsspektrum. Nicht zu Unrecht hatte der Bundesrat die Einführung einer so liberalen Vollzugsregelung im Vorfeld kritisiert: „Unter Berücksichtigung der ethischen Brisanz und der Missbrauchsgefahren bietet diese Lösung [...] nicht genügend Gewähr für die Einhaltung der Voraussetzungen und deren effiziente Kontrolle“[2169]. In Anbetracht der Tatsache jedoch, dass die Schweiz im Gegensatz zu Deutschland den Ärzten eine hohe Dichte an Vorgaben an die Hand gibt, damit sie so objektiv wie möglich entscheiden können (s.o.), erscheint der letztlich angenommene Gesetzentwurf, wonach schon ein engeres Indikationsspektrum der höheren Missbrauchsgefahr eines PID-Verfahrens vorzubeugen vermag, durchaus schlüssig. Der Schweiz gelingt auf diese Weise ein harmonischerer Ausgleich zwischen der Regelung der PID auf der einen und den Regelungsmaterien der PND mit anschließendem Schwangerschaftsabbruch auf der anderen Seite. Zudem vermeidet sie, indem sie bewusst auf eine Einzelfallbewilligung durch das BAG oder eine Ethikkommission verzichtet, einen mitunter zu starken Eingriff in die Autonomierechte der Frau.

f) Bewertung zu Grundrechtseingriffen in Deutschland und der Schweiz

Auch in Deutschland wäre eine Regelung, wonach nur das Indikationsspektrum, nicht auch das Verfahren der PID strenger geregelt ist als das der PND, *de lege ferenda* zu begrüßen. Grundsätzlich hat *von Wietersheim* nämlich Recht, wenn sie sagt, dass „alleine die betroffene, vom Arzt aufgeklärte Frau Aussagen über ihren gesundheitlichen Zustand, insbesondere ihre psychische Verfassung“ treffen kann: „Für die Durchführung der Präimplantationsdiagnostik darf daher nicht mehr gefordert werden als ebenfalls (wie bei der Pränataldiagnostik mit anschließendem Schwangerschaftsabbruch) das Angezeigtsein nach ärztlicher Erkenntnis, die sich zum einen auf die krankhaften Veränderungen des Embryos und zum anderen auf die konkrete Lebenssituation der Betroffenen stützen muss“[2170]. Allerdings müsste Deutschland hierfür zuvor die Indikationslage klarer

2169 *Schweizerischer Bundesrat*, Botschaft zur Änderung von Art. 119 BV sowie des Fortpflanzungsmedizingesetzes, 2013, https://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2013/5853.pdf (22.2.2022), S. 5905.

2170 *von Wietersheim*, Strafbarkeit der Präimplantationsdiagnostik, 2014, S. 288-289.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

gestalten, also die unbestimmten Rechtsbegriffe durch eine höhere Dichte an Vorgaben konkretisieren. Wenn wie in der Schweiz weitgehend Rechtssicherheit herrscht, kann eine engere Indikationslage ausreichen, um dem vermeintlich höheren Missbrauchspotenzial einer PID zu begegnen. Diese Erkenntnis bietet Anlass genug für einen rechtspolitischen Rat an den deutschen Gesetzgeber: Es erscheint sinnvoll, die Indikationslage durch Ausgestaltung der unbestimmten Rechtsbegriffe zu konkretisieren. Sodann wäre zu überlegen, ob die strengen Voraussetzungen des § 3a ESchG nach wie vor zum Schutz des Embryos geboten sind. Oder ob nicht vielmehr wie in der Schweiz die Autonomierechte der Frau gestärkt werden sollten, indem zumindest hinsichtlich der späten PID auf das Verfahren vor der Ethikkommission verzichtet wird.

9) Fazit zur Präimplantationsdiagnostik im Rechtsvergleich zwischen Deutschland und der Schweiz

Die Schweiz hat eine im Vergleich zu Deutschland problemvermeidende Regelung der PID gefunden:

a) Zu den Indikationen

Beide Staaten lassen die PID grundsätzlich zu, um zu vermeiden, dass eine schwere, genetische Krankheit auf den Embryo übertragen wird, außerdem um chromosomale Eigenschaften zu erkennen, die die Entwicklungsfähigkeit des Embryos beeinträchtigen (Schweiz) oder zu einer Tot- oder Fehlgeburt führen könnten (Deutschland).

aa) Zum Umgang mit spätmanifestierenden Krankheiten

Anders als in Deutschland ist in der Schweiz die Untersuchung von Embryonen *in vitro* nur zulässig, wenn es wahrscheinlich ist, dass die schwere Krankheit vor dem 50. Lebensjahr ausbrechen wird. Zudem darf keine wirksame und zweckmäßige Therapie zur Bekämpfung der schweren Krankheit zur Verfügung stehen. Es lässt sich darüber streiten, ob eine feste Altersgrenze von Vorteil ist oder nicht. Zumindest aber äußert sich der Schweizer Gesetzgeber explizit zu der Frage, wie mit spätmanifestieren-

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

den Krankheiten zu verfahren ist, und schafft damit im Vergleich zum deutschen Gesetzgeber Rechtssicherheit.

bb) Zu den prognostizierten Belastungen der Eltern

Anders als in Deutschland hat die Schweiz in Art. 5a II d FMedG gesetzlich verankert, dass es bei der Entscheidung über die Zulässigkeit einer PID wesentlich um die prognostizierte Belastung der Eltern geht. Zwar hat auch in Deutschland das BVerwG inzwischen entschieden, dass für die Zulässigkeit der PID die prognostizierte Belastung der Eltern Beachtung finden muss. Allerdings beurteilt sich diese Belastung nicht wie in der Schweiz nach der persönlichen Einschätzung der Mutter, sondern aus Sicht einer Ethikkommission. Sie entscheidet, ob ihr die durch Geburt des Kindes entstehende Belastung in emotionaler, körperlicher und zeitlicher Hinsicht zumutbar ist. Bereits an dieser Stelle schreibt die Schweiz den Autonomieinteressen der Frau einen höheren Stellenwert zu als Deutschland.

cc) Zu den unbestimmten Rechtsbegriffen

In beiden Fällen delegiert der Gesetzgeber die Auslegung der unbestimmten Tatbestandsmerkmale; in der Schweiz an die Ärzte, in Deutschland an eine Ethikkommission. Eine vollständige Objektivierung des Entscheidungsprozesses ist nicht möglich. Dafür ist die Lebenswirklichkeit zu differenziert, so dass weder die Ärzte in der Schweiz noch die Ethikkommissionen in Deutschland durch gesetzgeberische Vorgaben komplett gebunden werden können oder sollen. Allerdings ist eine Annäherung an eine objektivierbare Entscheidungsfindung wünschenswert. Diese wird in der Schweiz durch die höhere Dichte an Vorgaben eher erreicht als in Deutschland. Das schafft die Grundlage für eine landesweit einheitliche Auslegungspraxis. Zwar hat das BVerwG den Begriff „schwerwiegend" i.S.d. § 3a II S. 1 ESchG inzwischen näher umrissen. Darüber hinaus besteht aber weiter Rechtsunsicherheit. So ist es in Deutschland nach wie vor umstritten und letztlich Sache der jeweiligen Ethikkommissionen zu entscheiden, ob das fortgeschrittene Alter der Frau die „hohe Wahrscheinlichkeit" einer „Tot- oder Fehlgeburt" des Embryos begründet und ein Screening aus diesem

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Grund gerechtfertigt ist[2171]. Die Schweiz hingegen erlaubt ein Screening nur für unfruchtbare Paare. Nicht für Paare, die wegen ihres Alters eine beschränkte Entwicklungsfähigkeit des Embryos wie etwa Trisomie-21 befürchten. Das führt dazu, dass obwohl in beiden Staaten ein Screening wegen des konkreten Verdachts auf Trismomie-21 verboten ist, durch Überschussinformationen aber dennoch zur Grundlage der Auswahlentscheidung gemacht werden kann und die Wahrscheinlichkeit für den Eintritt dieses Umgehungseffekts in Deutschland größer ausfällt als in der Schweiz.

b) Zu den Rahmenbedingungen

Deutschland hat sich kaum mit den Rahmenbedingungen der PID beschäftigt. Zwar lässt sich die Dreierregel liberal auslegen, trotzdem fehlt es an einer Rechtsgrundlage. Das führt zu allgemeiner Rechtsunsicherheit und bedeutet ein erhebliches Strafbarkeitsrisiko für die Ärzte, die mitunter, um sich rechtlich abzusichern, weiterhin nur drei Eizellen pro Zyklus befruchten. Eine zu geringe Zahl, um eine realistische Chance auf einen erblich unbelasteten Embryo zu erhalten; gleichzeitig aber eine zu hohe Zahl, um das mit einer Mehrlingsschwangerschaft einhergehende Risiko auszuschließen. Der Schweizer Gesetzgeber hingegen hat nicht nur die Dreierregel reformiert, sondern auch den e-SET erlaubt.

c) Zum Umgang mit Zufallsbefunden

In Deutschland kann eine Frau theoretisch genetische Merkmale, die von keinem gesetzlichen Rechtfertigungsgrund zur Vornahme einer PID gedeckt sind, zur Grundlage ihrer Auswahlentscheidung machen. Anders als Deutschland hat die Schweiz das Problem der Überschussinformationen erkannt und durch eine umfassende Revision des Bundesgesetzes über genetische Informationen beim Menschen reagiert.

2171 Das BVerwG spricht der Ethikkommission die für diese Entscheidung erforderliche Sachkompetenz ausdrücklich zu: Urt. v. 2.12.2020 – BVerwG 3 C 6.19, BeckRS 2020, 44095, Rn. 41.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

d) Zum Verhältnis der Regelungen von PID und PND

Sowohl Deutschland als auch die Schweiz regulieren die PID strenger als die PND. Allerdings regelt Deutschland sowohl Indikationsspektrum als auch Verfahren bei der PID strenger als bei der PND; die Schweiz hingegen lediglich das Indikationsspektrum. Der Schweiz gelingt auf diese Weise ein harmonischerer Ausgleich zwischen der Regelung der PID auf der einen und den Regelungsmaterien der PND mit anschließendem Schwangerschaftsabbruch auf der anderen Seite.

e) Frühe und späte PID in Deutschland und der Schweiz

Sowohl Deutschland als auch die Schweiz lassen grundsätzlich beide PID-Verfahren zu und differenzieren hinsichtlich der Voraussetzungen nicht zwischen früher und später PID. Während Deutschland jedoch einen äußerst unbestimmten Zellbegriff verwendet, wählt die Schweiz eine Formulierung, die zweifelsfrei festlegt, welches PID-Verfahren unter welchen Voraussetzungen erlaubt ist. Seit Inkrafttreten des § 3a ESchG haben sich gewichtige Stimmen dafür ausgesprochen, den § 3a ESchG teleologisch zu reduzieren und verfassungskonform auszulegen: Zum einen, um Wertungswidersprüchen zwischen PID und PND zu vermeiden, zum anderen, um einen zu stark paternalistischen Eingriff der Ethikkommission in die Autonomierechte der betroffenen Frau zu vermeiden. Die Motive dieser Rechtsauffassung mögen lobens- und erstrebenswert sein, können jedoch nicht überzeugen. Dass hier aus politischen Gründen eine andere Lösung bevorzugt wird, ändert nichts daran, dass die bestehende gesetzliche Regelung für vertretbar erklärt werden muss: Bei dem Verhältnis der Regelungen von PID und PND handelt es sich nicht um einen Wertungswiderspruch, sondern um eine bewusste Wertentscheidung des Gesetzgebers. Eine solche kann nicht im Wege einer teleologischen Reduktion und verfassungskonformen Korrektur zugunsten einer nur teilweisen Anwendung des § 3a ESchG auf die totipotenten Zellen der frühen PID unterlaufen werden. Solchen Überlegungen hat das BVerwG nun auch mit Urteil vom 2.12.2020 eine Absage erteilt, wonach die späte PID an multipotenten Zellen unter § 3a ESchG fällt[2172]. Offen gelassen hat es indes die Frage, ob auch die frühe PID an möglicherweise noch totipotenten Zellen durch § 3a ESchG

2172 BVerwG Urt. v. 2.12.2020 –3 C 6/19, BeckRS 2020, 44095.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

erfasst ist. Davon ist aber wegen sonstigen Verstoßes gegen Art. 103 II GG auszugehen.

f) Grundrechtseingriffe in Deutschland und der Schweiz

Sowohl der § 3a ESchG in Deutschland als auch der Art. 5a FMedG in der Schweiz sind verfassungskonform. Allerdings gelingt der Schweiz, indem sie nur das Indikationsspektrum, nicht auch das Verfahren der PID strenger regelt als das der PND, ein schonenderer Ausgleich zwischen den Schutzinteressen des Embryos auf der einen Seite und den Autonomieinteressen der Frau auf der anderen Seite.

10) Empfehlungen vor dem Hintergrund des Zugangsrechts

Der § 3a ESchG mag gesetzmäßig und verfassungskonform sein, weist aber Mängel auf. So könnte die vorgenommene Grundrechtsabwägung, wonach der § 3a ESchG gerade noch verfassungsgemäß ist, mit guten Gründen auch anders ausfallen. Dies gilt vor allem im Hinblick auf das bürokratisch aufwändige und für die Eltern, da sie „Fremden gegenüber sehr persönliche gesundheitliche und psychosoziale Angelegenheiten offenlegen müssen“[2173], äußerst belastende Verfahren vor demokratisch nur unzureichend legitimierten Ethikkommissionen, die zu allem Überfluss in diverser Auslegungsmanier „gleiche Erkrankungslagen unterschiedlich einschätzen“[2174]. In jedem Fall sollte eine Norm, die auf der Grenze zur Verfassungswidrigkeit liegt, für den deutschen Gesetzgeber Anlass sein, im Zuge der Überlegungen zu einem neuen Fortpflanzungsmedizingesetz die PID-Regelung zu novellieren. Es ist seine Aufgabe, geeignete Rahmenbedingungen zu schaffen und die unbestimmten Rechtsbegriffe in § 3a ESchG, in Ergänzung zu der jüngst durch das BVerwG für § 3a II S. 1 ESchG vorgenommenen Eingrenzung auch im Hinblick auf § 3a II S. 2 ESchG zu konkretisieren. Sodann dürfte, wie die Erfahrungen in der Schweiz zeigen, bereits eine enge Indikationsregelung ausreichen, um der Missbrauchsgefahr der PID

2173 *Leopoldina*, Fortpflanzungsmedizin in Deutschland – für eine zeitgemäße Gesetzgebung, 2019, S. 91.

2174 Vgl. ebd. S.90, m. Verw. a. *Weiske et al.,* PID in Deutschland: Die Instanzen der Ethikkommissionen, J. Reproduktionsmed. Endokrinol. 2017 (14/3), S. 107-112.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

zu begegnen[2175]. Eine solche Lösung wäre vorzugswürdig, könnte dann doch zugunsten der Autonomierechte der Eltern auf das unnötig belastende Verfahren vor der Ethikkommission und das gegebenenfalls im Anschluss daran langwierige, mit einem erheblichen Kostenrisiko einhergehende Verwaltungsgerichtsverfahren verzichtet werden. Denn wie *Gutmann* sagt: „Soweit die Rechtfertigung der Präimplantationsdiagnostik in elterlichen Selbstbestimmungsrechten zu suchen ist, erscheint es sinnvoll, über nichtpaternalistische, institutionelle Vorkehrungen zur Stärkung elterlicher Autonomie nachzudenken"[2176]. Insofern ist der *Leopoldina* zuzustimmen, die anmerkt: „Im Fall der PID ist zu fragen, ob die Mitglieder einer wie auch immer zusammengesetzten Ethikkommission besser als die betroffenen Eltern und der […] sie beratende Arzt bzw. Ärztin qualifiziert sind, um einzuschätzen wann eine erbliche Erkrankung als schwerwiegend […] einzustufen ist". Das dem so ist, sei unwahrscheinlich, denn das würde voraussetzen, „dass die bewertende Person 1. *anschauliches Wissen* über die konkreten Auswirkungen der in Frage stehenden Erkrankung im Leben eines Menschen hat, 2. über Erfahrungen verfügt, was es bedeutet, diese spezifische Erkrankung in einem *bestimmten Lebenskontext* bewältigen zu müssen, und 3. Erfahrungen mit den Auswirkungen familiärer erblicher Belastungen auf *weitere nahestehende Personen* gesammelt hat". Daher sei eine Ethikkommission, obwohl sie über „praktisches Wissen zu den Auswirkungen von Erbkrankheiten" verfügt und durch Anhörung der Betroffenen Kenntnis über die „subjektive Erfahrung und Verarbeitung von Krankheit" erlangen kann, zur Bewertung des Sachverhalts gleichwohl ungeeignet. Maßgeblich sei nämlich, „ob die entscheidende Person von den Folgen der Entscheidung unmittelbar betroffen ist oder nicht, ob sie also aus einer theoretischen Warte entscheidet oder persönlich die sich – teils über Jahrzehnte erstreckenden – Auswirkungen aus eigener Kraft tragen, bewältigen und verantworten muss" [2177]. Ausgehend von einem Recht auf Zugang

2175 So auch: *Leopoldina*, Fortpflanzungsmedizin in Deutschland – für eine zeitgemäße Gesetzgebung, 2019, S. 91: „Wenn man die Entscheidung über eine PID in der individuellen Arzt-Patienten-Beziehung verankert, ist […] ausgehend von den internationalen Erfahrungen und vor dem Hintergrund der im deutschen Embryonenschutzgesetz enthaltenen Beschränkungen der Indikationen für eine PID nicht mit einer unkontrollierten Ausweitung zu rechnen."

2176 *Gutmann*, Rechtlich und rechtsphilosophische Fragen der Präimplantationsdiagnostik, in: Gethmann/Huster, Recht und Ethik, 2010, S. 61-102 (80).

2177 *Leopoldina*, Fortpflanzungsmedizin in Deutschland – für eine zeitgemäße Gesetzgebung, 2019, S. 90

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

zur Elternschaft mit Primat der intentionalen und sozialen Elternschaft muss die elterliche Einschätzungsprärogative zum Kindeswohl „auch bei Fragen der Prävention schwerwiegender erblicher Erkrankungen" greifen, „da Eltern in der Regel besser als andere in der Lage sind, die Interessen der Kinder im Kontext ihrer konkreten lebensgeschichtlichen und familiären Situation zu interpretieren und wahrzunehmen"[2178]. Schließlich ist der Leopoldina im Hinblick auf ein *gleiches* Recht auf Zugang zur Elternschaft in seiner Funktion als Leistungsrecht (vgl. erster Hauptteil, C, III, 2 und IV, 2) auch darin zuzustimmen, dass die mit einer PID verbundenen Kosten von der gesetzlichen Krankenversicherung zu tragen sind. Es kann nicht sein, dass zwar „ein Schwangerschaftsabbruch nach Pränataldiagnostik von der GKV übernommen wird", nicht aber die Kosten für eine PID. Die einzelnen Kommissionen fordern hierfür Gebühren in unterschiedlicher Höhe von bis zu 5000€[2179]. Dazu kommt die „Etablierung der genetischen Diagnostik (Herstellung einer Gen-Sonde) noch vor Durchführung eines PID-Behandlungszyklus", die dem Antrag an die Kommission beizufügen ist und „je nach Ausmaß und Komplexität der Testung" Kosten von über 5000€ verursachen kann. Das führt dazu, „dass finanziell schlechter gestellte Paare noch nicht einmal die Prüfung ihres möglichen Anspruchs auf Durchführung einer PID erwirken können"[2180]. Diese Situation ist vor dem Hintergrund des Rechts auf Zugang zur Elternschaft, das Elternschaft als Kernaspekt persönlicher Identitätsentwicklung- und Entfaltung anerkennt und zum Abbau faktischer Hürden beim Zugang zur Kinderwunschbehandlung verpflichtet, nicht hinnehmbar.

VI) Das Verbot der Leihmutterschaft

1) Medizinische Grundlagen

Bei der Leihmutterschaft trägt eine Frau ein Kind aus, um es nach der Geburt den Wunscheltern zu übergeben, die als seine rechtlichen Eltern fungieren. Eine Leihmutterschaft kann der Infertilitätsbehandlung dienen, etwa wenn eine Frau ohne Gebärmutter geboren wird (Mayer-Rokitansky-Küster-Syndrom), ihr die Gebärmutter entnommen werden muss, ihre

2178 Vgl. ebd. S. 90.
2179 Vgl. ebd. S. 91.
2180 Vgl. ebd. S. 91.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Gebärmutterschleimhaut durch Verwachsungen oder Nabengewebe dysfunktional ist (z.B. Asherman-Syndrom) oder wenn eine eigene Schwangerschaft aus sonstigen Gründen lebensgefährlich ist (z.B. schwere Herzinsuffizienz). Für homosexuelle Paare ist die Leihmutterschaft in Verbindung mit einer Eizellspende die einzige Möglichkeit, ein Kind zu zeugen, das genetisch mit wenigstens einem der Partner verwandt ist. Mitunter wird eine Leihmutterschaft aber auch geplant, um aus beruflichen, ästhetischen oder sonstigen „‚Lifestyle'-Gründen" die Risiken und Belastungen einer Schwangerschaft zu umgehen[2181]. Im Verlauf dieser Arbeit ist zwischen altruistischer und kommerzieller Leihmutterschaft unterschieden worden. Die altruistische Leihmutter erhält höchstens eine Aufwandsentschädigung. Gängige Form ist die Leihmutterschaft unter Verwandten oder Bekannten, wo zwischen Wunscheltern und Leihmutter ein persönliches Näheverhältnis besteht. Bei der kommerziellen Variante erhält die Leihmutter ein Entgelt für die Dienstleistung, das als echte Vergütung über eine bloße Aufwandsentschädigung hinausgeht. Die kommerzielle Leihmutterschaft beruht in der Regel auf einem Leihmutterschaftsvertrag zwischen vorher Unbekannten und kommt über eine Vermittlungsstelle oder unmittelbar über das reproduktionsmedizinische Zentrum zustande. Allerdings ist eine trennscharfe Abgrenzung zwischen altruistischer und kommerzieller Leihmutterschaft nicht immer möglich. Während manche kommerzielle Leihmütter auch altruistische Motive verfolgen, ist es auch in typisch altruistischen Verhältnissen etwa zwischen Schwestern denkbar, dass Geld fließt, um „z.B. Verdienstausfälle zu kompensieren oder den körperlichen Einsatz zu würdigen"[2182]. Zu unterscheiden ist ferner zwischen der Ersatzmutterschaft (teilweise Leihmutterschaft), bei der die Leihmutter ihr genetisch eigenes Kind austrägt, und der Tragemutterschaft (umfängliche Leihmutterschaft), bei der die Leihmutter den Embryo austrägt, der aus dem genetischen Material der Wunscheltern oder eines Samen- bzw. einer Eizellspenderin stammt[2183].

2181 Vgl. ebd. S. 78.

2182 Vgl. ebd. S. 78; vgl. auch: *Esser*, Ist das Verbot der Leihmutterschaft in Deutschland noch haltbar?,
2020, S. 31-33.

2183 Vgl. ebd. S. 78; *Walper et al.*, Mutterschaft aus Sicht der Familien-, Kinder- und Jugendforschung, in: Röthel/Heiderhoff, Regelungsaufgabe Mutterstellung, 2016, S. 31-62 (31).

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

2) Problemanalyse des Rechtsrahmens de lege lata

Nach § 1 I Nr. 7 ESchG wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft, wer es unternimmt, auf eine Frau, welche bereit ist, ihr Kind nach der Geburt Dritten auf Dauer zu überlassen (Ersatzmutter), eine künstliche Befruchtung durchzuführen oder auf sie einen menschlichen Embryo zu übertragen. Damit ist jede Form von Leihmutterschaft verboten. Dazu ist nach § 13 c und § 14 Adoptionsvermittlungsgesetz (AdVermiG) die Ersatzmuttervermittlung untersagt und nach § 134 BGB ein Leihmutterschaftsvertrag nichtig. Rechtliche Mutter des Kindes wäre zudem nach § 1591 BGB die Leihmutter. Für deutsche Ärzte und Ärztinnen gilt, dass sie sich der Beihilfe oder Anstiftung zu § § 1 I Nr. 7 ESchG, 13 c, 14 AdVermiG strafbar machen, wenn sie eine Leihmutterschaft im Ausland durch eine Behandlung vorbereiten oder empfehlen, dazu eine ausländische Kinderwunschklinik aufzusuchen. Westeuropäische Länder, in denen eine Leihmutterschaft erlaubt ist, gestatten sie ausschließlich auf altruistischer Basis. Für EU-Mitgliedsstaaten verstößt die kommerzielle Leihmutterschaft gegen Art. 3 II c EU-Grundrechtecharta (GRCh)[2184], wonach „Im Rahmen der Medizin und Biologie […] insbesondere folgendes beachtet werden [muss]: das Verbot, den menschlichen Körper und Teile davon als solche zur Erzielung von Gewinnen zu nutzen". In seiner Entschließung vom 17. Dezember 2015 verurteilt das Europäische Parlament „die Praxis der Ersatzmutterschaft, die die Menschenwürde der Frau herabsetzt, da ihr Körper und seine Fortpflanzungsfunktion als Ware genutzt werden". Es „ist der Auffassung, dass die Praxis der gestationellen Ersatzmutterschaft, die die reproduktive Ausbeutung und die Nutzung des menschlichen Körpers – insbesondere im Fall von schutzbedürftigen Frauen in Entwicklungsländern – für finanzielle oder andere Gewinne umfasst, untersagt werden und dringend im Rahmen der Menschenrechtsinstrumente behandelt werden sollte". [2185]

2184 *Leopoldina*, Fortpflanzungsmedizin in Deutschland – für eine zeitgemäße Gesetzgebung, 2019, S. 80.

2185 EP 2015/2229 (INI), Erwägungsgrund Nr. 115, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:52015IP0470&from=PT (9.9.2021).

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

3) Empfehlungen vor dem Hintergrund des Zugangsrechts

Sowohl das Recht auf Zugang zur Elternschaft als auch das Selbstbestimmungsrecht potenzieller Leihmütter könnten für eine, wenn auch streng regulierte, Zulassung der Leihmutterschaft in Deutschland sprechen. Es geht dabei auch darum, dass Bedürftige nicht gezwungen sind, für eine Leihmutterschaft ins Ausland zu gehen[2186], wo eine würdegerechte Ausgestaltung der Leihmutterschaftsbeziehung nicht unbedingt gewährleistet ist[2187] und in deren Nachgang sich rechtliche Zuordnungsprobleme des Kindes zu den Wunscheltern im Inland ergeben[2188]. Zumindest erscheint es sinnvoll, über die Leihmutterschaft den offenen Diskurs zu eröffnen[2189], denn wie die *Leopoldina* richtig sagt, kann allein der Umstand, „dass ein breiter gesellschaftlicher Konsens in dieser Frage kaum in Sichtweite" ist, „kein Grund dafür sein, einer angemessenen Würdigung der Problematik auszuweichen"[2190].

2186 Vgl. *Harbarth*, Leihmutterschaft und Reproduktionstourismus. Die rechtspolitische Perspektive, in: Ditzen/Weller, Regulierung der Leihmutterschaft, 2018, S. 81-92.

2187 Zwar gibt es nach Aussage der *Leopoldina* „keine belastbaren Zahlen" zu deutschen Kinderwunschpatienten, die für eine Leihmutterschaft ins Ausland reisen, so geborener Kinder oder den Zielländern. Jedoch lasse sich laut Aussage deutscher Auslandsvertretungen eine „Zunahme der Inanspruchnahme von Leihmüttern durch deutsche Paare in den USA und der Ukraine, in Kanada, Brasilien, Großbritannien, Russland und Georgien" beobachten (m. Verw. a. Tagesspiegel, Weniger Adoptionen in Deutschland, aber mehr Kinder von „Leihmüttern", 20.2.2018). Auch mache der mitunter deutschsprachige Internetauftritt ausländischer Kinderwunschkliniken deutlich, dass gerade deutsche Kinderwunschpatienten angesprochen sind.

2188 *Leopoldina*, Fortpflanzungsmedizin in Deutschland – für eine zeitgemäße Gesetzgebung, 2019, S. 83; EGMR Nr. 25358/12, Urt. v. 24.1.2017 (Paradiso u. Campanelli/Italien), NJW 2017, S. 941-946

2189 Für eine streng regulierte Zulassung jedenfalls der altruistischen Leihmutterschaft in Deutschland spricht sich auch der neunte Familienbericht aus, BT-Drucks. 19/27200, S. 88: „Gerade der Umstand, dass die Selbstbestimmung der Leihmutter in Ländern, in denen die Leihmutterschaft erlaubt ist, nicht immer gewährleistet ist, insbesondere die Gefahr einer Ausnutzung sozialer Notlagen besteht, und dass auch in Deutschland lebende Paare in diese Länder ausweichen, stellt einen Grund dafür dar, die Leihmutterschaft unter bestimmten Voraussetzungen künftig auch hierzulande zuzulassen. Im Inland könnte eine Leihmutterschaft weitaus regulierter und kontrollierter ablaufen als im Ausland."

2190 *Leopoldina*, Fortpflanzungsmedizin in Deutschland – für eine zeitgemäße Gesetzgebung, 2019, S. 82 f.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Dabei sollte man die Erwägung einer kommerziellen Leihmutterschaft aus den dargelegten Gründen nicht vorschnell verwerfen (Zweiter Hauptteil, C, VI, 4, e, aa). Denn entgegen der Annahme des Europäischen Parlaments und der Leopoldina[2191], überzeugt wie ausgeführt der Schutz der Leihmütter vor einer kommerziell erzwungenen Mitwirkung am reproduktionsmedizinischen Verfahren nicht als Rechtfertigung für reproduktionsmedizinische Eingriffe in das Recht auf Zugang zur Elternschaft. Weder die Vergütung an sich noch das sozioökonomische Setting potenzieller Leihmütter präkludiert sie von der Fähigkeit, eine *freiwillige* Entscheidung zu treffen, soweit nicht Gewalt, Täuschung oder Drohung hinzutreten. Vielmehr greift das (kommerzielle) Leihmutterschaftsverbot in das Selbstbestimmungsrecht potenzieller Leihmütter ein, und ist als solches rechtfertigungsbedürftig.

Für ein Verbot der kommerziellen Leihmutterschaft sprechen aber mitunter die mit einer Kommerzialisierung assoziierten gesellschaftlichen Negativfolgen. So sind, um einer Ausnutzungs- und Zementierungsgefahr des sozialen Gefälles bei der Familienplanung entgegenzuwirken, gesetzesmedizinische Eingriffe sowohl in das Recht der Wunscheltern als auch in das Selbstbestimmungsrecht der potenziellen Leihmütter teilweise gerechtfertigt.

Zwar laufen die meisten der für ein Vergütungsverbot vorgebrachten gesellschaftlichen Belange bei näherer Untersuchung ins Leere: So ist bei würdegerechter Ausgestaltung der Leihmutterschaftsbeziehung weder eine Instrumentalisierung der Leihmütter zu befürchten noch davon auszugehen, dass gerade die kommerzielle Leihmutterschaft die Zeugungs- und Gebärfähigkeit zur Ware werden lässt, oder wenn doch, dies in den Grenzen eines streng regulierten Marktes verwerflich wäre. Den gegen eine Leihmutterschaft angeführten Natürlichkeitsargumenten mangelt es an normativer Schlagkraft, und die prominentesten der mit einer Leihmutterschaft assoziierten Dammbruchgefahren lassen sich nicht mit hinreichender Wahrscheinlichkeit empirisch-plausibel als Folge gerade der Kommerzialisierung ausmachen.

Jedoch ist nicht von der Hand zu weisen, dass die Freigabe der kommerziellen Leihmutterschaft problematisch wäre, weil einerseits aus Sicht der Wunscheltern nur noch gut situierte Personen in die Lage versetzt würden, ihren Kinderwunsch mithilfe einer Leihmutter zu erfüllen, und andererseits aus Sicht der Leihmütter, wohlhabende Personen die Lasten und

2191 Vgl. ebd. S. 84.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Risiken einer Schwangerschaft an weniger privilegierte Personen abtreten könnten, die nicht die Mittel haben, dasselbe zu fordern und gleichzeitig – wenngleich freiwillig – darauf angewiesen sind das Angebot anzunehmen, wobei sie Gefahr laufen, ausgebeutet zu werden.

Unter welchen Bedingungen eine kommerzielle Leihmutterschaft eventuell trotzdem als ethisch vertretbar ausgestaltet werden könnte, wurde dargelegt: Der Leihmutter müssten „gleichwertige Optionen offenstehen, um ihren Lebensunterhalt zu bestreiten, sie müsste über alle medizinischen, psychologischen, sozialen und rechtlichen Konsequenzen der Entscheidung informiert sein, die Freiwilligkeit ihrer Entscheidung müsste verfahrenstechnisch abgesichert werden, und sie müsste während der Schwangerschaft und Geburt angemessen versorgt sein". Außerdem müsste es ihr möglich sein, „das Leihmutterschaftsverhältnis jederzeit zu beenden, und nach der Geburt des Kindes müsste ihr wie bei der Adoption eine Bedenkzeit eingeräumt werden", in der sie sich entscheiden kann, selbst Mutter des Kindes zu werden[2192]. Der Berufsstand der Leihmütter müsste darüber hinaus gewerkschaftlich organisiert sein.

Entscheidend ist darüber hinaus nach hier vertretener Ansicht der Grund, warum jemand eine Frau für das Austragen seines Kindes bezahlt: Danach erscheint eine Vergütung weniger bedenklich, wenn die Wunscheltern wegen medizinischer Indikation, sexueller Orientierung oder mangels Partner keine andere Möglichkeit haben, ein Kind zu bekommen. Denn während die Leihmutter wirtschaftliche Not leiden mag, sehen sich die Wunscheltern dem dringenden Wunsch zur Verwirklichung eines Kernaspekts persönlicher Identität ausgesetzt, den sie sich selbst nicht erschließen können und der, für den Fall, dass er unerfüllt bleibt, erhebliches psychisches und soziales Leid verursacht. Ausscheiden muss umgekehrt die kommerzielle Leihmutterschaft in Fällen, in denen sich die Wunscheltern ihren Kinderwunsch selbst verwirklichen könnten, aber eine andere Frau damit beauftragen, weil ihnen die Schwangerschaft aus ästhetischen, beruflichen oder „Life-Style" Gründen nicht passt.

Zwar mag es auf den ersten Blick widersprüchlich erscheinen, dass danach jemand, der seinen Kinderwunsch nur mithilfe einer Leihmutter realisieren kann, zur Zahlung einer Vergütung verpflichtet sein soll, während jemand, der lediglich den Unannehmlichkeiten einer Schwangerschaft

2192 *Wapler*, Reproduktive Autonomie: Rechtliche und Rechtsethische Überlegungen, in: Baer/Sacksofsky, Autonomie im Recht – Geschlechtstheoretisch vermessen, 2018, S. 185-214 (204).

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

aus dem Weg gehen will, lediglich eine Aufwandsentschädigung zu leisten hat. Doch wird sich bei letzter Motivlage ohnehin kaum eine Frau finden lassen, die sich ohne Bezahlung aus rein altruistischen Gründen als Leihmutter bereitstellt. Falls aber doch, wird der Staat ihre – wohlgemerkt verfahrenstechnisch abzusichernde freiwillige – Entscheidung wohl oder übel zu achten haben. In anderen Worten: Der Staat kann einer Frau schlecht verbieten, sich zu diesem Zweck zu verwenden, er sollte ihr aber keine Anreize schaffen, das zu tun.

Soweit es den Wunscheltern danach erlaubt sein könnte, einen finanziellen Anreiz zu setzen, sollte eine Fixvergütung gesetzlich festgeschrieben sein. Denn als Leistungsrecht verpflichtet das Recht auf Zugang zur Elternschaft auch zum Abbau faktischer Hürden beim Zugang zur Kinderwunschbehandlung. Dem lässt sich nur durch eine Vergütungsregelung Rechnung tragen, die je nach erlebter Belastungssituation zwar eine Anpassung im Rahmen fester Ober- und Untergrenzen erlaubt, aber gleichzeitig ein Bieterrennen oder auch Lohndumping der Wunscheltern verhindert.

Eine kommerzielle Leihmutterschaft ist allerdings nur unter dem Vorbehalt vertretbar, dass eine effektive Möglichkeit gefunden wird, die Freiwilligkeit der Entscheidung zur Leihmutterschaft, verfahrenstechnisch abzusichern, also auszuschließen, dass eine Frau durch Täuschung, Drohung oder Zwang dazu genötigt wird, sich als Leihmutter bereitzustellen. Ohne das, bleibt die altruistische Leihmutterschaft alternativlos.

In jedem Fall muss die würdegerechte Ausgestaltung der Beziehung zu den Wunscheltern verfahrensrechtlich abgesichert und „[d]as Verfahren der Leihmutterschaft in eine umfassende medizinische und psychosoziale Vorbereitung und Begleitung eingebettet sein“[2193]. Denn nach der *Leopoldina* ist „die Art und Weise der rechtlichen Regelung und der medizinischen und psychosozialen Betreuung“ entscheidend dafür, dass sich die Negativerfahrungen von Leihmutterschaft in Entwicklungsländern „nicht unmittelbar auf die Situation einer geregelten Leihmutterschaft in Europa oder den USA“ übertragen lassen[2194]. Für die Maßstäbe einer standardgerechten Be-

2193 *Leopoldina*, Fortpflanzungsmedizin in Deutschland – für eine zeitgemäße Gesetzgebung, 2019, S. 86.

2194 Vgl. ebd. S. 79.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ratung gibt es inzwischen Direktiven diverser Fachgremien, an denen sich der deutsche Gesetzgeber orientieren könnte[2195].

Mit der *Leopoldina* muss außerdem die „sorgsame Auswahl der Leihmutter nach medizinischen und psychosozialen Kriterien" gewährleistet sein. Jedoch sollte eine Frau nicht erst eigene Kinder haben müssen, um sich als Leihmutter zu qualifizieren. Zwar ist zu empfehlen, dass die Leihmutter selbst bereits Mutter ist. Zum einen, damit sie „die Belastungen durch Schwangerschaft und Geburt einschätzen"[2196] und sich eine Vorstellung davon machen kann, was es bedeutet, ein Kind nach der Geburt abzugeben. Zum anderen, um der psychisch sicherlich äußerst strapaziösen Situation vorzubeugen, dass eine Leihmutter zunächst den Kinderwunsch eines anderen erfüllt, dann aber Schwierigkeiten hat, ihre eigene Familienplanung zu verwirklichen. Trotzdem darf der Staat keine Pflicht zum eigenen Kind installieren. Denn dadurch würde er die Entscheidung solcher Frauen untergraben, die sich bewusst gegen ein Kind entscheiden, aber trotzdem oder vielleicht gerade deshalb anderen helfen wollen, die kein Kind bekommen können. Dasselbe gilt für die Anzahl von Schwangerschaften pro Leihmutter. Auch insofern sollte der Staat keine feste Grenze aufstellen, sondern die Entscheidung der Leihmutter und den Wunscheltern nach eingehender medizinischer Aufklärung und Beratung durch und in Absprache mit dem Arzt überlassen.

Erforderlich wäre es, „Begleitforschung aus medizinischer und psychosozialer Perspektive"[2197] anzustellen, um die Folgen einer Leihmutterschaft auf das Wohlbefinden der Leihmütter, Wunscheltern und Kinder ständig zu evaluieren und gegebenenfalls darauf abgestimmte Rechtsanpassungen vornehmen zu können. Zwar scheinen sich die durch eine Leihmutter geborenen Kinder nach bisherigem Erkenntnisstand psychologisch und

2195 *ESHRE*, Task Force on Ethics and Law 10: Surrogacy, Hum. Reprod. 2005 (20/10), S. 2705-2707; Ethics Committee of the ASRM, Consideration of the gestational carrier, Fertil. Steril. 2013 (99/7), S. 1838-1841; *UK – Department of Health and Social Care*, Care in Surrogacy, updated 23.7.2021, https://www.gov.uk/government/publications/having-a-child-through-surrogacy/care-in-surrogacy-guidance-for-the-care-of-surrogates-and-intended-parents-in-surrogate-births-in-england-and-wales (22.2.2022).

2196 *Leopoldina*, Fortpflanzungsmedizin in Deutschland – für eine zeitgemäße Gesetzgebung, 2019, S. 86.

2197 Vgl. ebd. S. 86.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

sozial unauffällig zu entwickeln[2198]. Dasselbe gilt für die eigenen Kinder der Leihmütter[2199] sowie bei entsprechender Ausgestaltung der Leihmutterschaftsbeziehung auch für die Wunscheltern und Leihmütter[2200]. Allerdings ist „der Forschungsstand zu den Folgen von Leihmutterschaft" noch ausbaubedürftig[2201].

Es lässt sich anhand der Forschung zur Eizellspende aber bereits mit hinreichender Gewissheit sagen, dass jedenfalls die befürchteten Negativfolgen einer gespaltenen Mutterschaft nicht als Grund für ein Leihmutterschaftsverbot überzeugen. Zumindest nicht, solange dem Recht der Kinder auf Kenntnis der eigenen Abstammung durch ein dem Samen- und Eizellspende gleichendes Leihmutterschaftsregister Rechnung getragen wird und die Wunscheltern ihre Kinder frühzeitig über die Zeugungs- und Geburtsumstände aufklären[2202].

Zu erwägen wäre, im Gegensatz zur teilweisen Leihmutterschaft, bei der die Leihmutter ihre eigene Eizelle verwendet, nur die vollumfängliche Leihmutterschaft zu erlauben, bei der die Leihmutter das genetische Material der Wunscheltern oder das eines Keimzell-/oder Embryospenders austrägt.

Sowohl die Wunscheltern als auch die Leihmutter sollten deutsche Staatsbürger sein und einen Wohnsitz im Inland haben müssen, um einerseits einen Fortpflanzungstourismus nach Deutschland zu unterbinden

---

2198 *Golombok*, Studies of Surrogate Families, in: Ditzen/Weller, Regulierung der Leihmutterschaft. Aktuelle Entwicklungen und interdisziplinäre Herausforderungen, 2018, S. 35-46.

2199 *Jadva/Blake et al.,* Surrogacy families 10 years on, Hum. Reprod. 2012 (27/10), S. 3008-3014; *Golombok*, Modern Families, 2015.

2200 Vgl. für einen Erfahrungsbericht aus Sicht einer Wunschmutter: *Meyer-Spendler*, Leihmutterschaft – Die persönliche Perspektive, in: Ditzen/Weller, Regulierung der Leihmutterschaft, 2018, S. 29-34; m.w.N. *Leopoldina*, Fortpflanzungsmedizin in Deutschland – für eine zeitgemäße Gesetzgebung, 2019, S. 79, vgl. u.a. *Finkelstein et al.,* Surrogacy Law and Policy in the U.S.: A National Conversation Informed by Global Lawmaking, Sexuality & Gender Law 2016; *Ciccarelli/Beckman*, An Overview of Psychological Aspects of Surrogacy, J. Soc. Issues 2005 (61/1), S. 21-43; *Söderström-Anttila/Wennerholm et al.*, Surrogacy: outcomes for surrogate mothers, children and the resulting families, Hum. Reprod. Update 2016 (22/2), S. 260-276; *van den Akker*, Psychological aspects of surrogate motherhood, Hum. Reprod. Update 2007 (13/1), S. 53-62; *Jadva et al.*, A longitudinal study of psychological wellbeing and relationships with the parents and child, Hum. Reprod. 2015 (30/2), S. 373-379;

2201 *Leopoldina*, Fortpflanzungsmedizin in Deutschland – für eine zeitgemäße Gesetzgebung, 2019, S. 83.

2202 Vgl. ebd. S. 83-84.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

und andererseits zu verhindern, dass Leihmütter aus Entwicklungs- oder Niedriglohnländern ihre Dienste in Deutschland anbieten.

Zu prüfen bleibt, inwieweit es nach der Entscheidung des EGMR zu *Paradiso und Campanelli vs. Italien* und der Rechtsprechung des BGH, wonach ein Verstoß gegen den Ordre-Public (Art. 6 EGBGB i.V.m. § 109 Art. 1 Nr. 4 FamFG)[2203] jedenfalls dann ausscheidet, wenn „ein Wunschelternteil – im Unterschied zur Leihmutter – mit dem Kind genetisch verwandt ist"[2204], Not tut, eine Leihmutterschaft nur zuzulassen, wenn wenigstens einer der Wunscheltern genetischer Elternteil ist. Von einer solchen Einschränkung ist jedoch abzuraten, da sie sich diskriminierend auf Paare auswirkt, bei denen beide Partner unfruchtbar sind.

Zwar könnte man die Durchführung der Leihmutterschaft an eine vorherige gerichtliche Erlaubnis oder die Genehmigung einer zentralen Ethikkommission binden. Eine solche Instanz dürfte dann aber lediglich prüfen, ob hinreichend plausibel dargetan ist, dass eine Leihmutterschaft den Antragsstellern die einzige Chance auf ein Kind bietet und dass die übrigen formalen Voraussetzungen erfüllt sind (würdegerechte Ausgestaltung der Leihmutterschaftsbeziehung, umfassende medizinische und psychosoziale Vorbereitung und Beratung, Gesundheitstauglichkeit der Leihmutter in körperlicher und seelischer Hinsicht, ggf. Wohnsitz eines Wunschelternteils im Inland, ggf. genetische Verbindung zu einem Wunschelternteil). Eine abstrakte Prüfung der Eignung als Eltern muss dagegen unterbleiben, denn der Staat kann seine Entscheidung nicht an objektiven, nach Auffassung einer gesellschaftlichen Mehrheit das Kindeswohl garantierenden Kriterien ausrichten, ohne sich den Vorwurf einzuhandeln, eine sozial-eugenisch motivierte Auswahl zu treffen. Ob eine Leihmutterschaft indiziert ist, wird am ehesten der behandelnde Arzt oder die behandelnde Ärztin einschätzen können.

Vieles spricht nach dem Vorbild Großbritanniens für gemeinnützige Vermittlungsagenturen[2205], die unter Einhaltung formal-rechtlicher Kriterien

2203 Gemäß § 109 Nr. 4 FamFG ist die Anerkennung einer ausländischen Entscheidung ausgeschlossen, „wenn die Anerkennung der Entscheidung zu einem Ergebnis führt, das mit wesentlichen Grundsätzen des deutschen Rechts offensichtlich unvereinbar ist, insbesondere wenn die Anerkennung mit den Grundrechten unvereinbar ist".

2204 BGH, Urt. v. 10.12.2014 – XII ZB 463/13, NJW 2015, S. 479-485 (481), Rn. 34.

2205 *HFEA*, Surrogacy, https://www.hfea.gov.uk/treatments/explore-all-treatments/surrogacy/ (22.2.2022); *COTS*, Legal Information https://www.surrogacy.org.uk/legal-po-nfo (22.2.2022);

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

(z.B. öffentliches Werbeverbot) Leihmütter an Wunscheltern vermitteln und durch eine medizinische, psychosoziale und rechtliche Vorbereitung und Beratung das Leihmutterschaftsverfahren umfassend begleiten. Insbesondere sollten Wunscheltern und Leihmütter eine Leihmutterschaftsvereinbarung aufsetzen. Diese sollte rechtlich nicht bindend sein, sondern als eine Art Absichtserklärung fungieren, in der die Beteiligten ihren guten Willen und Respekt füreinander versichern sowie Hoffnungen, Erwartungen und Wünschen Ausdruck verleihen[2206].

Die Leihmutter muss während der Schwangerschaft und Geburt die volle Entscheidungsmacht über ihr Handeln und ihren Körper behalten. Das heißt, sie entscheidet bei gesundheitlichen Gefahren für sich oder das Kind, „etwa, wenn aufgrund einer behandelbaren kindlichen Behinderung ein Eingriff am Fetus angezeigt wäre" oder wenn sie „oder die Auftraggeber einen Schwangerschaftsabbruch vornehmen möchten, jeweils gegen den Willen der anderen Seite". Zwar können im Leihmutterschaftsvertrag Wünsche an einen bestimmten Lebensstil festgehalten werden, zum Beispiel, dass die Leihmutter keinen Alkohol oder Drogen konsumiert. Erzwingbar sind diese jedoch nicht. Denn ein Vertrag, dem „zufolge den Wunscheltern ein Entscheidungsrecht über den Körper und das Verhalten der schwangeren Leihmutter eingeräumt werden würde, ist ethisch und rechtlich nicht vertretbar" [2207]. Jedoch kann über die Auswahl der Leihmutter nach medizinischen und psychosozialen Kriterien sowie die begleitende medizinische und psychosoziale Beratung während der Schwangerschaft die Chance erhöht werden, dass die Leihmutter einen verantwortungsvollen Umgang mit dem Fötus pflegt. Durch das gemeinsame Aufstellen eines

brilliantbeginnings, Creating and supporting families through surrogacy https://www.brilliantbeginnings.co.uk/ (22.2.2022); *My Surrogacy Journey*, https://www.mysurrogacyjourney.com/ (22.2.2022).

2206 Zu den Schlüsselkomponenten einer solchen Leihmutterschaftsvereinbarung vgl. *UK – Department of Health and Social Care*, The surrogacy pathway, updated 23.7.2021, https://www.gov.uk/government/publications/having-a-child-through-surrogacy/the-surrogacy-pathway-surrogacy-and-the-legal-process-for-intended-parents-and-surrogates-in-england-and-wales (22.2.2022).

2207 *Leopoldina*, Fortpflanzungsmedizin in Deutschland – für eine zeitgemäße Gesetzgebung, 2019, S. 85.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Geburtsplans[2208] kann zudem Konfliktsituationen zwischen der Leihmutter und den Wunscheltern vorgebeugt werden.

Zum Schutz der Leihmutter erscheint es in der Tat sinnvoll, ihr nach der Geburt ein Widerrufsrecht von wenigen Wochen einzuräumen, während derer sie entscheiden kann, das Kind zu behalten[2209]. Denn es ist schwer zu prognostizieren, „wie die Schwangerschaft ihre Bindung zum ungeborenen Kind, ihre Lebenssituation und ihr körperliches Wohlbefinden verändern wird"[2210]. Damit wäre prima facie vom Grundsatz des § 1591 BGB auszugehen. Obwohl die Herausgabe des Kindes nicht erzwingbar ist[2211], muss jedoch nach der Geburt durch öffentliche Beurkundung beim Jugendamt oder Notar oder wie in Großbritannien durch "parental order" die Möglichkeit gegeben werden, die rechtliche Elternstellung auf die Wunscheltern zu übertragen[2212]. Die Möglichkeit zur Adoption genügt nicht. Vielmehr ist für die Leihmutterschaft ein eigenes Transferregime zur Übertragung der rechtlichen Elternstellung zu schaffen (vgl. "Best Practice"). In diesem Rahmen wäre auch eine Mehrelternschaft vorstellbar, etwa wenn ein schwules Paar die Elternverantwortung gemeinsam mit der Leihmutter übernehmen möchte, oder zur Gründung einer Queer-Family.

Umgekehrt sollten sich die Wunscheltern nach der Geburt nicht von der Leihmutterschaftsvereinbarung lösen dürfen, wonach sie die Elternverantwortung für das Kind übernehmen werden. Denn so wie der Samenspender nicht als Vater und die Eizellspenderin nicht als Mutter des Kindes feststellbar ist bzw. sein sollte, muss die Leihmutter darauf vertrauen können, dass sie nicht plötzlich Mutter eines Kindes wird, das sie weder vor der Geburt haben wollte noch danach haben will. Eine solche Zuordnung läge auch nicht im Interesse des Kindes. Die Wunsch-eltern hingegen haben

2208 *UK – Department of Health and Social Care*, The surrogacy pathway, updated 23.7.2021, https://www.gov.uk/government/publications/having-a-child-through-surrogacy/the-surrogacy-pathway-surrogacy-and-the-legal-process-for-intended-parents-and-surrogates-in-england-and-wales, (22.2.2022).

2209 *Leopoldina*, Fortpflanzungsmedizin in Deutschland – für eine zeitgemäße Gesetzgebung, 2019, S. 86.

2210 Vgl. ebd. S. 84.

2211 Zu der Diskussion um die ethische Vertretbarkeit eines solchen Herausgabeanspruchs vor dem Hintergrund der Menschenwürde der Leihmutter und des Kindes vgl. *Thomale*, Mietmutterschaft: eine international-privatrechtliche Kritik, 2015.

2212 Zu den abstammungsrechtlichen Folgen der Leihmutterschaft in Großbritannien vgl. "Best Practice". Anders als in Großbritannien bei der Zuordnung via "parental order" praktiziert, sollte jedoch eine abstrakte Elterntauglichkeitsprüfung unterbleiben.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

mit ihrer Einwilligung in die künstliche Befruchtung und Insemination der Leihmutter den rechtlich verbindlichen, unwiderruflichen und unanfechtbaren Willen geäußert, rechtliche Eltern dieses Kindes zu werden, ungeachtet seiner körperlichen oder geistigen Eigenschaften.

Eltern des Kindes würden also zunächst die Leihmutter, und falls sie verheiratet ist, ihr Mann oder ihre Frau. Allerdings sollte der Ehepartner sein Nichteinverständnis mit der Leihmutterschaft bekunden und so seine Elternstellung verhindern können. In diesem Fall, oder wenn die Leihmutter unverheiratet ist, sollte sie bereits vorgeburtlich einen zweiten rechtlichen Elternteil bestimmen können, etwa die Wunschmutter oder den Wunschvater. Der andere Wunschelternteil sollte dann nach der Geburt durch öffentliche Beurkundung beim Jugendamt, Notar oder Gericht im Einverständnis mit der Leihmutter die Übertragung der rechtlichen Elternverantwortung erwirken oder das Kind adoptieren können. Auf keinen Fall sollte Bedingung für eine Leihmutterschaft die Einwilligung des Ehemannes der Leihmutter sein, denn es leuchtet nicht ein, warum eine Frau in einer so höchstpersönlichen Frage die Zustimmung ihres Mannes einholen müssen sollte.

Unabhängig davon, ob und in welchem Umfang eine Leihmutterschaft in Deutschland legalisiert wird, muss, wie die *Leopoldina* zurecht anmerkt, „für im Ausland nach dortigem Recht legalerweise von einer Leihmutter geborene, jedoch in Deutschland aufwachsende Kinder eine rechtlich sichere Zuordnung des Kindes zu den Wunscheltern ermöglicht werden. Schließlich hängen davon zahlreiche Rechtsfolgen wie die elterliche Sorge, Unterhaltsansprüche und die Staatsangehörigkeit ab[2213]. Dafür sollte im Hinblick auf ein Zugangsrecht mit Primat der intentionalen und sozialen Elternschaft eine genetische Verbindung des Kindes zu einem Wunschelternteil nicht zwingend erforderlich sein.

Zudem sollten Ärzte über die Möglichkeiten und Risiken einer Leihmutterschaft im Ausland aufklären und dazu psychosozial beraten dürfen, ohne sich strafbar zu machen. So könnten sie ihren Patienten wenigstens eine „informierte und verantwortungsvolle Entscheidung" zu einer eventuellen Behandlung im Ausland ermöglichen[2214].

2213 *Leopoldina*, Fortpflanzungsmedizin in Deutschland – für eine zeitgemäße Gesetzgebung, 2019, S. 85.

2214 Vgl. ebd. S. 85.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

4) "Best Practice" Beispiele einer Umsetzung des Zugangsrechts

Weltweit – so in den USA[2215], Australien, Neuseeland, Kanada, Brasilien, und Indien – aber auch auf europäischer Ebene, ist die Leihmutterschaft in einer ganzen Reihe an Ländern unter verschiedenen Voraussetzungen erlaubt[2216]. Eine altruistische Leihmutterschaft ist möglich in Belgien[2217], den

2215 Vgl. dazu *Hall*, From European Theory to American Practice: The United States as a Laboratory for Surrogacy Law, in: Ditzen/Weller, Regulierung der Leihmutterschaft: Aktuelle Entwicklungen und interdisziplinäre Herausforderungen, 2018, S. 69-80; *Engelhardt*, Die Leihmutterschaft im US-amerikanischen Recht am Beispiel von Kalifornien und New Hampshire, in: Ditzen/Weller, Regulierung der Leihmutterschaft: Aktuelle Entwicklungen und interdisziplinäre Herausforderungen, 2018, S. 133-146.

2216 Für einen Überblick, vgl. BT, Leihmutterschaft im europäischen und internationalen Vergleich, 22.8.2018, WD 9 – 3000 – 039/18; *Diel*, Leihmutterschaft und Reproduktionstourismus, 2014, S. 136 f..; *Engel*, Internationale Leihmutterschaft und Kindeswohl, ZEuP 2014 (3), S. 538-561 (542); *Dethloff*, Leihmutterschaft in rechtsvergleichender Perspektive, in: Ditzen/Weller, Regulierung der Leihmutterschaft: Aktuelle Entwicklungen und interdisziplinäre Herausforderungen, 2018, S. 55-68; *Helms*, Leihmutterschaft – ein rechtsvergleichender Überblick, in: Das Standesamt, 2013, S. 114-119; *Engelhardt/Zimmermann*, Die Leihmutterschaft im Spiegel nationaler und internationaler Rechtsprechung, in: Ditzen/Weller, Regulierung der Leihmutterschaft: Aktuelle Entwicklungen und interdisziplinäre Herausforderungen, 2018, S. 1-8.

2217 Zur Rechtslage in Belgien vgl. m.w.N. WD 9 – 3000 – 039/18, S.33ff.: In Belgien ist eine Leihmutterschaft weder erlaubt noch verboten. Sie ist schlicht nicht geregelt, weder in dem am 27. Juli 2007 in Kraft getretenen „Gesetz vom 6. Juli 2007 über die medizinisch begleitete Fortpflanzung in Fertilitätszentren und die Bestimmung von überzähligen Embryonen und Gameten" noch in sonstigen Gesetzen, und wird deshalb – legal – von einigen Reproduktionszentren nach den Ethikvorgaben der Ärzteschaft praktiziert. Die kommerzielle Variante ist wegen Verstoßes gegen den Ordre-public verboten.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

Niederlanden[2218], Großbritannien[2219], Griechenland und Portugal. Einige osteuropäische Staaten wie Russland, Georgien und die Ukraine gestatten auch die kommerzielle Leihmutterschaft.

Die wichtigste Orientierungshilfe für eine eventuelle Legalisierung der Leihmutterschaft in Deutschland bieten grundsätzlich wegen ihres ähnlichen Wert- und Moralverständnisses die west- und südeuropäischen Staaten. Soweit dort eine Leihmutterschaft erlaubt ist, gilt dies, wie gesagt, nur für die altruistische Form, so dass auch in Deutschland höchstens mit Einführung der altruistischen Variante zu rechnen ist. Schon deshalb, aber auch, weil kein osteuropäisches Land ein vertretbares Kommerzialisierungskonzept verfolgt, ist das Vorbild in West- und Südeuropa zu suchen.

Im Vordergrund steht dabei Großbritannien. Denn anders als Belgien und die Niederlande hat Großbritannien die Leihmutterschaft nicht nur nicht verboten, sondern dezidiert und umfassend, auch hinsichtlich ihrer abstammungsrechtlichen Folgen, geregelt. Dazu hat es die erforderlichen Institutionen eingerichtet, stellt Informationen für Leihmütter, Wunscheltern und Mediziner/-innen bereit, erhebt ständige Evaluationen und nimmt

2218 Zur undurchsichtigen Rechtslage in den Niederlanden vgl. m.w.N. WD 9 – 3000 – 039/18, S. 43 ff.: Dort ist eine Leihmutterschaft nur zulässig, „um kinderlosen Eltern die Realisierung ihres Kinderwunsches als ‚ultima ratio' zu ermöglichen". Die kommerzielle Leihmutterschaft ist durch eine Vielzahl an Gesetzen verboten, „die die geschäftsmäßige oder gewerbliche Vermittlung von Leihmutterschaften, das Werben für eine solche Vermittlung, ein öffentliches Anbieten, als Leihmutter zu fungieren, und die illegale Aufnahme von Pflegekindern im Alter von unter sechs Monaten bzw. das Fördern entsprechender Handlungen unter Strafe stellen". Staatliche Vorschriften zur Zulässigkeit der Leihmutterschaft finden sich lediglich in einem Ministerialerlass von 1997, wonach eine Leihmutterschaft zulässig ist, wenn sie „den Anforderungen der Richtlinie zur sog. ‚hochtechnologischen Leihmutterschaft' der Niederländischen Vereinigung für Geburtshilfe und Gynäkologie vom Januar 1999 entspricht". Danach ist Leihmutterschaft u.a. nur bei medizinischer Indikation erlaubt und nur, wenn das genetische Material beider Wunscheltern verwendet wird; also nicht für homosexuelle Paare;
vgl. aber *niederlandenet,* Leihmutterschaft für homosexuelle Paare vereinfacht, 13.11.2018, https://www.uni-muenster.de/NiederlandeNet/aktuelles/archiv/2018/1113-Leihmutterschaft-Homosexuelle.html (22.2.2022), wonach es einige Kliniken inzwischen ausreichen lassen, dass nur einer der Wunscheltern mit dem Kind genetisch verwandt ist. Zugleich berät man über die Ausweitung des Leihmutterschaftsangebots auf homosexuelle Paare.

2219 Vgl. *Schwind*, Regulierung der Leihmutterschaft im Vereinigten Königreich, in: Ditzen/Weller, Regulierung der Leihmutterschaft: Aktuelle Entwicklungen und interdisziplinäre Herausforderungen, 2018, S. 117-132.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

auf dieser Grundlage nötigenfalls Rechtsanpassungen vor[2220]. So ist es mit neuester Gesetzesänderung vom 3. Januar 2019 nunmehr auch alleinstehenden Personen möglich, die Elternschaft für ein durch Leihmutterschaft geborenes Kind via "parental order" zu beantragen, sofern eine genetische Verbindung zum Kind besteht[2221]. Damit setzt Großbritannien das Recht auf Zugang zur Elternschaft konsistenter um als Portugal[2222] und Griechen-

2220 Zum Ablauf der Leihmutterschaft in Großbritannien vgl. *UK. – Department of Health and Social Care*, The surrogacy pathway, updated 23.7.2021, https://www.gov.uk/government/publications/having-a-child-through-surrogacy/the-surrogacy-pathway-surrogacy-and-the-legal-process-for-intended-parents-and-surrogates-in-england-and-wales (22.2.2022);
HFEA, Surrogacy, https://www.hfea.gov.uk/treatments/explore-all-treatments/surrogacy/ (22.2.2022); *COTS*, Legal Information, https://www.surrogacy.org.uk/legal-po-nfo (22.2.2022); *brilliantbeginnings*, Creating and supporting families through surrogacy, https://www.brilliantbeginnings.co.uk/ (22.2.2022); *My Surrogacy Journey*, https://www.mysurrogacyjourney.com/ (22.2.2022).

2221 The Human Fertilisation and Embryology Act 2008 (Remedial) Order 2018, Section 54 A, Parental orders: one applicant, https://www.legislation.gov.uk/uksi/2018/1413/contents/made (22.2.2022), als Reaktion auf: High Court declaration of incompatibility with the Human Rights Act 1998 in the case of Re Z (A Child) (No 2) [2016] EWHC 1191 (Fam); *Law Commission*, Surrogacy: Is the law governing surrogacy keeping pace with social change?, https://www.lawcom.gov.uk/surrogacy/ (22.2.2022); *Jarett*, Children: surrogacy – single people and parental orders, 3.4.2019, https://commonslibrary.parliament.uk/research-briefings/cbp-8076/ (22.2.2022).

2222 Zur Rechtslage in Portugal vgl. m.w.N. WD 9 – 3000 – 039/18, S. 45 ff.: Portugal erlaubt die Leihmutterschaft mit Gesetz Nr. 25/2016 vom 22.8.2016. Danach ist die Leihmutterschaft zulässig für vermählte und unvermählte heterosexuelle Paare sowie für jede Frau, ungeachtet ihres Beziehungsstatus und ihrer sexuellen Orientierung. Die Leihmutterschaft muss jedoch medizinisch indiziert sein (Art. 8 II des Gesetzes Nr. 32/2006). Zudem muss mindestens ein Wunschelternteil genetisch mit dem Kind verwandt sein, wobei es nach Art. 8 III des Gesetzes Nr. 32/2006 verboten ist, die Eizellen der Leihmutter zu verwenden (Art. 8 V des Gesetzes Nr. 32/2006). Der Leihmutterschaftsvertrag darf nur eine Aufwandsentschädigung, keine Vergütung vorsehen. Zwischen den Vertragsschließenden darf kein wirtschaftliches Abhängigkeitsverhältnis bestehen (Art. 8 VI des Gesetzes Nr. 32/2006). Jedes Verfahren bedarf der Genehmigung durch den Nationalen Rat für medizinisch unterstützte Fortpflanzung (Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida), (Art. 8 V des Gesetzes Nr. 32/2006).

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

land[2223], wo alleinstehenden und in homosexueller Partnerschaft lebenden Männern eine Leihmutterschaft versagt bleibt. Jedenfalls deshalb, aber auch, weil beide Länder zu resolut sind in ihrer unmittelbaren Zuordnung des Kindes an die Wunscheltern[2224], überzeugen sie nicht als "Best Prac-

2223 Zur Rechtslage in Griechenland vgl. m.w.N. WD 9 – 3000 – 039/18, S. 38 ff.: Griechenland regelt die Fortpflanzungsmedizin, darunter auch die Leihmutterschaft, durch das zum 23.12.2002 in das vierte Buch des griechischen Zivilgesetzbuches (ZGB) zum Familienrecht (Art. 1455-1460 ZGB) eingefügte Gesetz Nr. 3089/2002 zur „medizinischen Assistierung bei der Humanreproduktion". In Ergänzung dazu gilt das am 27.1.2005 in Kraft getretene Gesetz Nr. 3305/2005 zur „Anwendung der medizinisch unterstützten Fortpflanzung". Danach sind die Verfahren der medizinisch assistierten Fortpflanzung nur erlaubt, „wenn dadurch der physischen Unfähigkeit zur Kindererzeugung begegnet oder die Übertragung einer schweren Krankheit an das Kind vermieden werden soll (Art. 1455 Abs. 1 Satz 1 ZGB)". Eine Antragstellerin „muss verheiratet sein oder mit einem Mann in einer nichtehelichen Gemeinschaft leben oder alleinstehend sein (arg. e contrario aus Art. 1456 Abs. 1 Satz 2 und 1458 Satz 1 ZGB)". Das nimmt gleichgeschlechtliche Paare und alleinstehende Männer vom Kreis der Berechtigten aus; vgl. m.w.N. zur Rechtslage in Griechenland: *Duden*, Leihmutterschaft im Internationalen Privat- und Verfahrensrecht, 2015, S. 8 f.; *Kyritsis*, in: Rieck/Lettmaier, Ausländisches Familienrecht, Griechenland, 2021, Rn. 29.

2224 Zur Direktzuordnung des Kindes an die Wunscheltern vgl. WD 9 – 3000 – 039/18, S. 41: Nach Art. 1463 S. 1 ZGB ist Mutter eines Kindes die Frau, die es geboren hat. „Dieser Grundsatz wird im Falle der Leihmutterschaft jedoch durch die Regelung in Art. 1464 Abs. 1 ZGB durchbrochen: Wenn vor Durchführung der Leihmutterschaft die erforderliche gerichtliche Genehmigung im Sinne des Art. 1548 ZGB eingeholt worden ist, wird das von der Leihmutter geborene Kind kraft gesetzlicher Vermutung rechtlich nicht ihr sondern direkt der Wunschmutter zugerechnet". Ihr Ehemann wird automatisch rechtlicher Vater (Art. 1465 ZGB). Ist die Wunschmutter unverheiratet, kann ihr Partner mit ihrer Zustimmung die Vaterschaft anerkennen (Art. 1475 ZGB). Verweigert die Leihmutter die Herausgabe, lässt sich „nach den allgemeinen Vorschriften der griechischen Zivilprozessordnung das Recht auf Übergabe des Kindes auch mit den Mitteln der Zwangsvollstreckung durchsetzen".
Art. 1464 I ZGB erlaubt der Leihmutter und Wunschmutter eine Mutterschaftsanfechtung bis zu sechs Wochen nach der Geburt. Gelingt der Nachweis, dass eine genetische Verbindung zu der Leihmuttervorliegt, gilt ab der Geburt die Leihmutter als rechtliche Mutter ex-tunc (Art. 1464 III ZGB).

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

tice“ Beispiele[2225]. Positiv hervorzuheben an der griechischen Regelung ist jedoch, dass die Zuordnung der rechtlichen Elternstellung an die Wunscheltern nicht unter der Prämisse einer abstrakten Elterntauglichkeitsprüfung nach Kindeswohlaspekten steht[2226], wodurch dem von Art. 6 II GG und dem Recht auf Zugang zur Elternschaft garantierten Entscheidungsspielraum der Eltern bei der Bestimmung des Kindeswohls Rechnung getragen wird.

Die westeuropäischen Länder bestimmen zunächst die Leihmutter als rechtliche Mutter des Kindes, räumen den Wunscheltern aber mit ihrem

---

Zur Rechtslage in Portugal vgl. m.w.N. WD 9 – 3000 – 039/18, S.46: Nach Art. 8 VII des Gesetzes Nr. 32/2006 werden die vertragsschließenden Wunscheltern mit der Geburt des durch die Leihmutter ausgetragenen Kindes unmittelbar dessen rechtliche Eltern. „Das gilt auch, wenn der Vertrag unwirksam ist, und sogar dann, wenn sich die Eltern dadurch strafbar gemacht haben, dass sie mit der Leihmutter ein Entgelt zu deren Gunsten vereinbart haben“. Zwar kann die Erfüllung des Leihmutterschaftsvertrages gerichtlich nicht eingefordert werden. Nach der Geburt haben die Wunscheltern aber einen durchsetzbaren Anspruch gegen die Leihmutter auf Herausgabe des Kindes.

2225 Eine unmittelbare Zuordnung an die Wunscheltern sehen u.a. auch die Ukraine (Art. 123 II Ukrain. FamGB), Georgien und Kasachstan vor; vgl. *Leopoldina*, Fortpflanzungsmedizin in Deutschland – für eine zeitgemäße Gesetzgebung, 2019, S. 80; *Diel*, Leihmutterschaft und Reproduktionstourismus, 2014, S. 138 ff.

2226 Vgl. WD 9 – 3000 – 039/18, Fn.1984, S.38ff.: Nach Art. 1458 S. 1 ZGB setzt die Leihmutterschaft eine gerichtliche Genehmigung voraus, der auf Antrag der Wunschmutter nur stattgegeben wird, wenn die Leihmutterschaft medizinisch indiziert ist (Art. 1458 S. 2 i.V.m. Art. 1455 I ZGB), wenn ferner nicht die Eizellen der Leihmutter, sondern das genetische Material der Wunscheltern oder das eines Samen/Embryonenspenders, bzw. einer Eizellspenderin verwendet wird (Art. 1458 S. 1 ZGB) [zweifelhaft, warum eine Frau nicht zugleich Eizellspenderin und Leihmutter sein darf], wenn der zwischen den Parteien zu schließende Leihmutterschaftsvertrag keine Entschädigung von über 10.000€ vorsieht (Art. 1458 S. 1 ZGB i.V.m. Art. 13 IV des Gesetzes Nr. 3305/2005) und wenn die Leihmutter nach einem medizinischen Gutachten körperlich und seelisch in der Verfassung ist, ein Kind auszutragen (Art. 1458 S. 2 ZGB i.V.m. Art. 13 II des Gesetzes Nr. 3305/2002). Ist die Leihmutter verheiratet, bedarf es der Zustimmung ihres Ehemannes [zweifelhaft, warum eine Frau in einem so hochpersönlichen Kernbereich privater Lebensführung die Zustimmung ihres Ehemannes einholen sollen muss]. Nach Art. 17 des Gesetzes Nr. 4272/2014 muss entweder die Leihmutter oder Wunschmutter ihren Wohnsitz oder vorübergehenden Aufenthalt in Griechenland haben. Liegen diese Voraussetzungen vor, hat das Gericht die Leihmutterschaft zu genehmigen. Ihm kommt insofern kein Ermessen zu.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Einverständnis nach der Geburt das Recht zur Adoption (so Belgien[2227] und die Niederlande[2228]) oder sonstigen Form der Übertragung der Elternverantwortung ein (so Großbritannien). Da ein Adoptionsprozess aber sehr lange dauern kann, in den Niederlanden mindestens ein Jahr[2229], ist es sinnvoll, für die Leihmutterschaft ein eigenes Transferregime zu schaffen. So können Wunscheltern in Großbritannien unmittelbar nach der Geburt eine "parental order" beim Familiengericht beantragen, durch die die Elternschaft auf die Wunscheltern übergeht, sofern die Leihmutter und gegebenenfalls ihr Partner dem zustimmen (nicht früher als sechs Wochen nach der Geburt) und das Gericht dem Antrag auf Anraten eines Sozialarbeiters stattgibt[2230]. Voraussetzung ist, dass das Kind durch medizinisch assistierte Befruchtung gezeugt wurde, mindestens ein Wunschelternteil genetisch mit ihm verwandt ist und ein Elternteil seinen Wohnsitz in Großbritannien hat. Zwar wird grundsätzlich auch in Großbritannien zunächst der Ehemann der Leihmutter rechtlicher Vater des Kindes. Anders als in Belgien und den Niederlanden kann dieser die rechtliche Vaterstellung aber ablehnen,

2227 Vgl. WD 9 – 3000 – 039/18, S. 33: In Belgien ist nach Art. 312 § 1 BGB Mutter des Kindes die Frau, die es geboren hat. Ist die Leihmutter verheiratet, gilt nach Art. 315 BGB ihr Ehemann als Vater des Kindes. Mit Einverständnis der Leihmutter können die Wunscheltern das Kind gemeinsam adoptieren. Ist die Leihmutter unverheiratet oder wurde die Vaterschaft ihres Mannes erfolgreich angefochten, so kann an seiner der Wunschvater die Elternschaft anerkennen. Die Wunschmutter kann sodann ihrerseits einen Antrag auf Adoption stellen. Da Leihmutterschaftsverträge nach Art. 1128 BGB nichtig sind, weil ein Kind nicht Vertragsgegenstand sein darf, läuft ein Herausgabeverlangen gegen den Willen der Leihmutter ins Leere.

2228 Vgl. WD 9 – 300 – 039/18, S. 44: Auch in den Niederlanden ist Mutter eines Kindes die Frau, die es geboren hat, also die Leihmutter. „In Abhängigkeit davon, ob die Leihmutter selbst verheiratet ist und ihr Ehemann deshalb als rechtlicher Vater des Kindes gilt, ist eine Anerkennung der Elternschaft durch einen Wunschelternteil in Kombination mit einer Stiefkindadoption des Kindes durch den anderen Wunschelternteil (bei unverheirateter Leihmutter) oder eine gemeinschaftliche Adoption des Kindes durch die Wunscheltern (bei verheirateter Leihmutter) erforderlich."

2229 Vgl. ebd. S. 44.

2230 Zum "parental order process" in Großbritannien vgl. *Cafcass*, Surrogacy, https://www.cafcass.gov.uk/grown-ups/parents-and-carers/surrogacy/ (22.2.2022); *UK – Department of Health and Social Care,* The surrogacy pathway, updated 23.7.2021, https://www.gov.uk/government/publications/having-a-child-through-surrogacy/the-surrogacy-pathway-surrogacy-and-the-legal-process-for-intended-parents-and-surrogates-in-england-and-wales (22.2.2022); *Diel*, Leihmutterschaft und Reproduktionstourismus, 2014, S. 146; *Helms*, Die künstliche Befruchtung aus familienrechtlicher Sicht, in: Röthel/Löhnig/Helms, Ehe, Familie, Abstammung – Blicke in die Zukunft, 2010, S. 49-70 (68 f.).

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

indem er die Leihmutterschaft seiner Frau ausdrücklich ablehnt. In diesem Fall oder wenn die Leihmutter unverheiratet ist, wird, deren Einverständnis vorausgesetzt, automatisch der Mann rechtlicher Vater, dessen Samen zur Zeugung des Kindes verwendet wurde. Alternativ kann die Leihmutter einen zweiten rechtlichen Elternteil bestimmen, etwa die Wunschmutter oder den mit dem Kind nicht verwandten Wunschvater. Dafür müssen die Leihmutter und der zu nominierende Wunschelternteil die Einwilligung erteilen, bevor die Samenzelle, Eizelle oder der Embryo übertragen wird. Der andere Wunschelternteil kann dann nach der Geburt eine "parental order" beantragen oder das Kind adoptieren[2231]. Stimmt die Leihmutter der Adoption nicht zu, kann weder in Belgien[2232] noch den Niederlanden[2233] die Herausgabe des Kindes erzwungen werden. In Großbritannien trifft im Konfliktfall das Gericht eine Zuordnung nach dem besten Interesse des Kindes[2234]. Damit hat Großbritannien auch hinsichtlich der abstammungsrechtlichen Folgen der Leihmutterschaft dem Primat der intentionalen und sozialen Elternschaft am ehesten entsprochen.

VII) Die finanziellen Rahmenbedingungen der Kinderwunschbehandlung

Warum der Gesetzgeber eine Finanzierung der Kinderwunschbehandlung durch die GKV derzeit nur unzureichend vorsieht und welche Hürden sich daraus für die Betroffenen ergeben, wurde bereits erläutert (vgl. erster Hauptteil, C, IV, 2, a). Viele Kinderwunschpatienten sehen deshalb von vornherein keine Chance sich den Zugang zur Elternschaft reproduktionsmedizinisch zu erschließen.

2231 *HFEA*, Surrogacy, https://www.hfea.gov.uk/treatments/explore-all-treatments/surrogacy/(22.2.2022); *HFEA*, SWP form, https://www.hfea.gov.uk/media/3039/swp-form-v5-16-december-2019.pdf (22.2.2022); *HFEA*, SPP form, https://www.hfea.gov.uk/media/3037/spp-form-v5-16-december-2019.pdf (22.2.2022).

2232 *Leopoldina*, Fortpflanzungsmedizin in Deutschland – für eine zeitgemäße Gesetzgebung, 2019, S. 80; *Diel*, Leihmutterschaft und Reproduktionstourismus, 2014, S. 143 f.

2233 Vgl. WD 9 – 300 – 039/18, Rn.1983, S. 44

2234 *Gov.UK*, Surrogacy: legal rights of parents and surrogates, https://www.gov.uk/legal-rights-when-using-surrogates-and-donors (22.2.2022).

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

a) Problemanalyse des Rechtsrahmens de lege lata

Wie ebendort ausgeführt, erstattet die GKV nach § 27 a SGB V die „Leistungen für Insemination mit Stimulation, IVF und ggf. ICSI" lediglich zur Hälfte für höchstens drei Behandlungszyklen und nur, wenn die Antragssteller verheiratet sind und ausschließlich Ei- und Samenzellen der Ehegatten verwendet werden, wobei weibliche Versicherte unter 25 und über 40 Jahre und männliche Versicherte über 50 Jahre „unabhängig von medizinischen Diagnosen und Erfolgsaussichten" vom Anspruch auf Teilfinanzierung ausgenommen sind[2235]. Diese Beschränkungen sind mittlerweile höchstrichterlich geprüft und für rechtmäßig befunden worden. *De lege lata* übernimmt die GKV auch nicht die Kosten für eine Kryokonservierung von Eizellen, 2-PN-Zellen und Embryonen, was die Betroffenen wiederum animiert, sich mit dem Risiko einer Mehrlingsschwangerschaft mehrere Embryonen implantieren zu lassen (vgl. IV). Nicht erfasst sind zudem Kosten, wie sie etwa im Rahmen einer PID durch die genetische Diagnostik und Gebühr an die jeweilige Ethikkommission anfallen (vgl. V). Die Finanzierung hat sich im Vergleich zu der bis 2003 geltenden Rechtslage sogar noch verschlechtert; zuvor war die Versichertengemeinschaft für immerhin vier Behandlungszyklen aufgekommen. Wie hoch die faktischen Hürden für Kinderwunschpatienten tatsächlich sind, zeigt sich daran, dass bereits 2004, also im ersten Jahr nach der Gesetzesänderung, nur noch rund die Hälfte der IVF-und ICSI Behandlungen durchgeführt wurden. Das kann kaum verwundern, bewegen sich die Kosten pro Behandlungszyklus doch regelmäßig im höheren vierstelligen Bereich[2236]. Hinzu kommen regionale Diskrepanzen. So sind inzwischen einige Bundesländer der Initiative des Bundesministeriums für Familie, Senioren, Frauen und Jugend (BMFSFJ) gefolgt, wonach sie im Einklang mit der „Richtlinie über die Gewährung von Maßnahmen der assistierten Reproduktion vom 29. März 2012" einen Bundeszuschuss erhalten, wenn sie sich an der Förderung der Kinderwunschbehandlung „mit einem eigenen Landesförderprogramm in mindestens der gleichen Höhe wie der Bund beteiligen"[2237]. Jede Kosten-

2235 *Leopoldina*, Fortpflanzungsmedizin in Deutschland – für eine zeitgemäße Gesetzgebung, 2019, S. 98.

2236 Vgl. ebd. S. 99.

2237 *BMFSFJ*, Hilfe und Unterstützung bei ungewollter Kinderlosigkeit, https://www.informationsportal-kinderwunsch.de/kiwu/finanzielle-foerderung/finanzielle-unterstuetzung/unterstuetzung-von-bund-und-laendern-147124 (22.2.2022).

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

übernahme ist zwar grundsätzlich zu begrüßen, führt aber in diesem Fall zu einem Flickenteppich. Dies erst recht, da in den Bundesländern unterschiedliche Voraussetzungen gelten und auch die Höhe der finanziellen Unterstützung divergiert. Hinzu kommt, dass es den gesetzlichen Krankenkassen freisteht[2238], mehr als den hälftigen Kostenanteil zu tragen oder für mehr als drei Behandlungszyklen aufzukommen. Zum Ungleichgewicht trägt schließlich bei, dass private Krankenversicherungen eher bereit sind, höhere Kosten zu tragen als die GKV. Damit wird *de lege lata* ein Leben mit Kind zu einem Privileg der Wohlhabende und der Heterosexuellen. Denn als § 27 a SGB V erlassen wurde, war es Heterosexuellen noch nicht möglich zu heiraten, weshalb sie nach dem historischen Willen des Gesetzgebers auch keine finanzielle Förderung erhalten sollte. Ihr Bedarf ist außerdem selten medizinisch indiziert, sondern entspringt dem Wunsch, mit einem Partner gleichen Geschlechts ein Kind zu bekommen. Daher kommt für sie keine homologe Keimzellspende in Betracht. Das gilt umso mehr, da gleichgeschlechtliche Paare und Alleinstehende fortpflanzungsmedizinische Leistungen nach Standesrecht der Ärzteschaft gar nicht erst erhalten sollen.

b) Empfehlungen vor dem Hintergrund des Zugangsrechts

Betont wurde bereits die Qualität des Rechts auf Zugang zur Elternschaft in seiner Funktion als Leistungsrecht und die sich daraus ergebende gesetzgeberische Pflicht, die Kinderwunschbehandlung jeder Person nicht nur unabhängig von ihrer sexuellen Orientierung, ihrem Ehestand und Beziehungsstatus zugänglich zu machen, sondern auch weitgehend losgelöst von ihrer ökonomischen Leistungsfähigkeit.

Der Forderung, dass die GKV bei der künstlichen Befruchtung höhere Kostenanteile übernehmen und mehr Zeugungsversuche als bisher mitfinanzieren sollte, lässt sich das Argument knapper Ressourcen entgegenhalten. Da die Mittel der GKV nicht unerschöpflich sind, sind Abstriche an einer unbeschränkten Finanzierung aller wünschenswerten Behandlungen unvermeidlich. Das lenkt den Blick auf die Frage, ob gerade bei der künstlichen Befruchtung mehr als die bisher zulässigen drei Versuche teilfinanziert werden sollten. Allerdings hält das Kosten-Argument nur einer kurzsichti-

2238 GKV-Versorgungsstrukturgesetz v. 22.12.2011, Bundesgesetzblatt 2011, Teil I Nr. 70, S. 2983-3022. Mit Stand vom 16.3.2018 haben insgesamt 56 gesetzliche Krankenkassen ihre Bezuschussung auf bis zu 100% angepasst – vgl. *Leopoldina*, Fortpflanzungsmedizin in Deutschland – für eine zeitgemäße Gesetzgebung, 2019, S. 98.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

gen Betrachtung stand. Die Kosten weiterer Versuche relativieren sich nicht nur mit Blick auf die Bedeutung des Rechts auf Zugang zur Elternschaft, sondern wirtschaftlich auch im Hinblick auf den Ertrag eines erfolgreichen Versuchs. Den fünfstelligen Kosten steht im Erfolgsfall nämlich ein künftiges Wirtschaftssubjekt gegenüber, das im Schnitt ein Vielfaches seiner Zeugungskosten zum Bruttosozialprodukt beitragen, ein Vielfaches davon an Steuern zahlen, und die Gesellschaft durch seine Lebensleistung noch in vielfacher Hinsicht monetär wie ideell bereichern wird. Das gilt im Übrigen auch als Beitragszahler für die Gesundheitssysteme. Dem eingeschränkten Blick auf eine zunächst unvertretbar erscheinende Kostensteigerung steht daher im Durchschnitt ein wirtschaftlich und gesellschaftlich gewünschter und in seiner Höhe weit überragender Mehrertrag gegenüber.

Auch deshalb sind *de lege ferenda* sämtliche Verfahren der medizinisch assistierten Fortpflanzung sowie die zu ihrer Durchführung jeweils erforderlichen Vor- und Nachbereitungsbehandlungen möglichst umfassend von der Solidargemeinschaft zu tragen. Die Pflicht, für solche Leistungen aufzukommen, ergibt sich für die GKV aus der begriffsnotwendigen Subsumption von genetisch oder organisch verursachter Infertilität unter den Terminus Krankheit bzw. für gleichgeschlechtliche Paare und alleinstehende Personen aus dem Recht auf Gleichberechtigung im Hinblick auf ein Leben mit Kind. Anders ausgedrückt, fordert die normative Wirkkraft des Anspruchs auf gleiche Achtung vor der Würde des Einzelnen Chancengleichheit auf ein Leben mit Kind und daher zwingend eine Erweiterung des Leistungskatalogs der GKV auf die gesamte Bandbreite reproduktionsmedizinischer Leistungen ein. Einfachrechtlich ist dieser grundrechtlich verankerte Leistungsanspruch durch eine Novellierung des § 27 a SGB V abzusichern. Die wichtigsten Punkte sind hier noch einmal zusammengefasst.

Danach sollten künftig auch unvermählte Paare mit medizinischer Indikation, gleichgeschlechtliche Paare, die aufgrund ihrer sexuellen Orientierung sowie alleinstehende Personen, die mangels Partner auf fortpflanzungsmedizinische Hilfe angewiesen sind, der Höhe nach denselben Anspruch auf Finanzierung ihrer Kinderwunschbehandlung haben.

Statt wie bisher eine hälftige Kostenbeteiligung sollte eine Vollfinanzierung vorgesehen werden, die weder an eine feste Altersgrenze noch Zykluszahl gebunden ist, möglicherweise aber unter die Voraussetzung zu stellen ist, dass je nach Alter der Frau und Anzahl erfolgloser Vorversuche ein e-SET vorgenommen wird.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Aufkommen sollte die GKV ferner nicht nur für die Kosten der Insemination, Stimulation und IVF oder ICSI sondern auch für sonstige verfahrenstypische Kostenpunkte, wie sie bei einer PID durch die Gendiagnostik und Gebühr an die Ethikkommission anfallen. Rechtspolitisch erwägen ließe sich für den Fall einer Legalisierung der kommerziellen Leihmutterschaft auch eine Kostenbeteiligung der GKV an der dann angeratenen Fixvergütung für Leihmütter, sofern diese außer Verhältnis steht zur finanziellen Leistungsfähigkeit der jeweiligen Wunscheltern.

Von der GKV spätestens mit Legalisierung der Embryospende und des e-SETs übernommen werden, sollten außerdem die Kosten für eine Kryokonservierung von 2-PN-Zellen und Embryonen, „um die Möglichkeit einer Schwangerschaft für die Patientin zu erhöhen und deren Belastung durch eine erneute Stimulation zu verhindern“[2239].

Schließlich sollte die Versichertengemeinschaft künftig für fertilitätsprotektierende Maßnahmen aufkommen, etwa wenn die Therapie einer Krankheit die Zeugungsfähigkeit beschränkt. So hat es sich bewährt, einem Krebspatienten vor der Chemotherapie Keimzellen, Eizellen- oder Hodengewebe zu entnehmen und für eine spätere Verwendung zu kryokonservieren.

c) “Best Practice” Beispiele einer Umsetzung des Zugangsrechts

Laut der vormals erwähnten ESHRE-Studie aus dem Jahr 2019 sehen 39 der 43 europäischen Teilnehmerstaaten, in denen ART praktiziert wird, mindestens eine partielle Kostenübernahme durch die Solidargemeinschaft vor. Lediglich Albanien, Armenien, Georgien und die Schweiz offerieren keinen Zuschuss[2240]. 29 Staaten machen ihre (Teil)-Finanzierung außer vom Vorliegen der generellen Zugangsvoraussetzungen (vgl. erster Hauptteil, B, VI, 1, c, bb) von weiteren Faktoren abhängig, dem Alter oder Körpergewicht des Antragsstellers, dem Vorliegen einer bestimmten medizinischen Indikation, der Anzahl bereits vorhandener Kinder, der Verfahrensart oder von konkreten Kostenpositionen (z.B. Arzneimittel, nicht aber Arzt- und Labor-

2239 Vgl. ebd. S. 102.

2240 Zur Situation der Kostenübernahme für fortpflanzungsmedizinische Behandlungen in Deutschland, Frankreich, Österreich, Liechtenstein und Italien vgl. *Seelmann*, Gutachten für das BAG über Rechte auf Versicherungsleistungen in der obligatorischen Krankenversicherung, 2021, S. 42-45.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

kosten)[2241]. Von den 29 Staaten, die eine (Teil-)Finanzierung an zusätzliche Bedingungen knüpfen, stellen alle außer Island eine Altersobergrenze für Frauen auf, ab der eine Unterstützung durch das öffentliche Gesundheitssystem ausscheidet. Diese rangiert zwischen 38 Jahren in Lettland und 49 Jahren in Tschechien. Finnland sieht keine gesetzliche Altersobergrenze vor, stellt die öffentliche Förderung aber in der Praxis regelmäßig ab einem Alter von 40 bis 45 Jahren ein; zugleich ist das die gesetzlich zwar nicht normierte, aber in der Praxis anerkannte Grenze für den Zugang zu einer ART-Behandlung überhaupt. In Großbritannien und Italien divergieren die Altersvorgaben für Antragsstellerinnen regional. In Frankreich haben seit Inkrafttreten des Bioethikgesetzes am 2.8.2020 alle Frauen unter 43 Jahren Anspruch auf künstliche Befruchtung als Kassenleistung. Auffällig ist, dass beinahe allein Deutschland die Finanzierung an ein Mindestalter für Frauen bindet. Eine Altersobergrenze für Männer legen Deutschland und Österreich (Finanzierung bis 49 Jahre), Schweden und Spanien (Finanzierung bis 55 Jahre) sowie Portugal und Finnland (Finanzierung bis 60 Jahre) fest, wobei Finnland auch für Männer keine gesetzliche Altersobergrenze zieht, sondern eine praxisorientierte Entscheidung zulässt. Keine über die allgemeinen Zugangsvoraussetzungen hinausgehenden Anforderungen an eine (Teil)-Finanzierung stellen unter anderem Griechenland, Zypern und Norwegen. Doch während Griechenland und Zypern den Zugang zu ART für Frauen nicht unter mindestens 18 und nicht über 50 Jahren gewähren, stellt Norwegen weder für den Zugang zur noch die Finanzierung der ART-Behandlung Altersgrenzen auf. Hinsichtlich der Altersvorgabe überzeugen daher am ehesten Norwegen, Island und Finnland als "Best Practice" Beispiele, da der Gesetzgeber der medizinischen Praxis dort Raum für Einzelfallentscheidungen lässt, um eine öffentliche Förderung auch außerhalb eines Alterskorridors zu gewähren[2242].

In sieben Ländern scheidet eine kassengeförderte ART-Behandlung aus, wenn das Paar oder die Antragstellerin bereits ein Kind (Dänemark, Malta, Rumänien, Türkei, Schweden, Spanien, Island) oder zwei Kinder (Montenegro) hat. In Dänemark gilt diese Einschränkung nur für die IVF, nicht auch die intrauterine Insemination (IUI) und auch für die IVF-Behand-

2241 *ESHRE*, Survey on ART and IUI, 6.2.2020, https://www.eshre.eu/Data-collection-and-research/Consortia/EIM/Legislation-for-ART-and-IUI-treatments (22.2.2022), S. 9.

2242 Vgl. ebd. S. 9, 12 i.V.m. Table IV: Legal limits for public funding in ART; Table II: Legal limits for ART access.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

lung dann nicht, wenn das Kind aus einer vorherigen Beziehung einer der Partner stammt. In Portugal fördert die öffentliche Gesundheitskasse nur die Behandlung für ein einziges durch ART gezeugtes Kind. Allerdings bezuschusst Portugal auch die ART-Behandlung zur Zeugung weiterer Kinder, wenn die kryokonservierten Embryonen aus vorherigen Behandlungen aufgetaut und implantiert werden ("frozen embryo replacement", FER)[2243]. Ob dieses Kriterium auch in Deutschland Maßstab für eine Finanzierung durch die GKV werden sollte, bleibt zu prüfen, ist aber im Hinblick auf das Recht auf Zugang zur Elternschaft wohl zu verneinen. Schließlich würde dadurch einem finanzschwachen Kinderwunschpaar faktisch vorgegeben, mit wie vielen Kindern es seine Familienplanung beenden muss.

Fünf Länder setzen für eine Förderung durch die öffentliche Gesundheitskasse voraus, dass die Antragstellerin einen bestimmten Body-Mass-Index (BMI) nicht überschreitet (Schweden, Großbritannien, Spanien, Rumänien, Serbien). Um zu gewährleisten, dass die ART-Behandlung eine realistische Aussicht auf Erfolg hat, erscheint es jedoch sinnvoller, die Förderzusage an die Durchführung eines e-SET zu binden. Vorbildwirkung haben deshalb Staaten, die die (Teil-)Finanzierung von einem klinischen Richtwert abhängig machen. Er bestimmt die Anzahl an zu implementierenden Embryonen in Relation zum Alter der Frau und der Anzahl an erfolglosen Vorversuchen und setzt in der Regel die Durchführung eines e-SET in den ersten zwei Behandlungszyklen bei Frauen bis zu 35 Jahren (Belgien, Schweden, Tschechien, Slowenien) bzw. 38 Jahren in den Niederlanden voraus[2244].

Einige Länder verlangen für eine Förderung, dass die ART-Behandlung medizinisch indiziert ist. So kommt eine Förderung in Österreich nur bei einer „bilateralen tubulären Dysfunktion, Endometriose und/oder einem polyzystischen Ovarialsyndrom und/oder Unfruchtbarkeit des Mannes" in Betracht[2245]. Eine solche Einschränkung erfüllt indes keine Vorbildfunktion, da das Recht auf Zugang zur Elternschaft gerade auch gleichgeschlechtlichen Paaren und alleinstehenden Personen effektive Chancengleichheit im Hinblick auf ein Leben mit Kind garantiert.

2243 Vgl. ebd. S. 9 i.V.m. Table IV: Legal limits for public funding in ART.
2244 Vgl. ebd. S. 9, 12 i.V.m. Table IV: Legal limits for public funding in ART.
2245 Vgl. ebd. S. 12.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

In 16 Teilnehmerstaaten fördert die Allgemeinheit lediglich drei Behandlungszyklen[2246]. Moldawien und Rumänen fördern maximal einen, Bosnien und Herzegowina, Lettland und Litauen zwei, Österreich, Bulgarien (keine Begrenzung für FER-Zyklen), Kroatien, Frankreich[2247] und Island vier, Ungarn fünf und Belgien und Slowenien höchstens sechs Zyklen[2248]. Vorbildwirkung hat erneut Finnland, wo die Entscheidung von Fall zu Fall ausfällt, aber regelmäßig auf eine Finanzierung von drei bis fünf Zyklen hinausläuft.

Viele Staaten nehmen bestimmte ART-Verfahren von der Kassenförderung aus wie das PGT (Bulgarien, Griechenland, Italien, Russland, Spanien bei wiederholtem Fehlgehen der Implantation und Belgien[2249]), die Gameten- oder Embryonenspende (Estland, Montenegro und Russland, in Spanien wird die Eizellspende nur gefördert bei Ovarialversagen vor 36 Jahren) oder die Kryokonservierung (Tschechien, Litauen, Montenegro und Russland). Andere bezuschussen ausschließlich Standardmaßnahmen wie die IVF (Tschechien, Slovakei) oder ICSI (Island, Ukraine)[2250]. Um Gleichheit zu gewährleisten, sollte hingegen kein Verfahren per se von der finanziellen Förderung ausgenommen werden, da sonst Kinderwunschpatienten, die sich der einen statt anderen Methode bedienen müssen, benachteiligt würden.

Auch was die größten Kostenpunkte angeht, die bei einer ART-Behandlung anfallen, nämlich Arzt- und Laborkosten sowie Kosten für Medikamente, nehmen viele Länder Einschränkungen vor. In 23 Ländern fördert die Solidargemeinschaft alle drei Kostenpunkte, unabhängig davon, ob die

2246 Vgl. ebd. S. 12 i.V.m. Supplementary Table SVII: Public funding for ART; Förderung für maximal drei Zyklen: Zypern, Tschechien (erhöht sich auf vier, wenn die ersten zwei Versuche in einem e-SET resultieren), Dänemark (keine Begrenzung für FER-Zyklen), Deutschland, Italien, Mazedonien (jeweils drei für die ersten drei Kinder), Malta, Polen, Montenegro, Portugal, Serbien, Slowakei, Spanien, Schweden, die Niederlande (FER-Zyklen inbegriffen), Türkei (FER-Zyklen inbegriffen).

2247 Mit Bioethikgesetz von 2.8.2021 können sich Frauen unter 43 Jahren auf Kosten der Krankenkasse bis zu sechsmal künstlich befruchten lassen.

2248 Frankreich, Ungarn und Slowenien fördern vier zusätzliche Zyklen beim zweiten Kind.

2249 Belgien fördert aber die im Rahmen der PID anfallenden Kosten für die IVF/ICSI-Behandlung (Laborkosten, Embryokultivierung und den Embryotransfer sowie Kosten für Medikamente).

2250 *ESHRE*, Survey on ART and IUI, 6.2.2020, https://www.eshre.eu/Data-collection-and-research/Consortia/EIM/Legislation-for-ART-and-IUI-treatments (22.2.2022), S. 12.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Behandlung in einer öffentlichen oder privaten Klinik erfolgt (1. Kategorie). Sechs Länder übernehmen die Kosten für Medikamente in öffentlichen wie privaten, die Arzt- und Laborkosten jedoch ausschließlich in öffentlichen Kliniken (2. Kategorie). Zwei Länder übernehmen die Kosten für Medikamente nicht, wohl aber die Arzt- und Laborkosten in öffentlichen und privaten Kliniken (3. Kategorie). Zwei weitere Länder bezuschussen ausschließlich Arzt- und Laborkosten in öffentlichen Kliniken (4. Kategorie). Drei Länder sorgen nur für einen Kostenausgleich, wenn die Behandlung in einer öffentlichen Klinik stattfindet (5. Kategorie). Drei Länder erstatten ausschließlich Kosten für Medikamente; davon zwei nur bei Behandlung in einer öffentlichen Klinik (6. Kategorie)[2251]. Vorbildwirkung haben Staaten der ersten Kategorie[2252]. Denn Ziel muss wie gesagt eine möglichst umfassende Finanzierung unabhängig vom Kassenstatus sein.

B) Ergebnis zur konventions- und verfassungsrechtskonformen Ausgestaltung des Fortpflanzungsmedizinrechts nach Maßgabe des Rechts auf Zugang zur Elternschaft

Zur verfassungsgemäßen Umsetzung des Rechts auf Zugang zur Elternschaft im einfachen Recht ist die Ablösung des antiquierten, lückenhaften und in sich widersprüchlichen Embryonenschutzgesetzes durch ein neues Fortpflanzungsmedizingesetz, das den genannten Aspekten Rechnung trägt, nicht mehr länger nur eine Option, sondern eine rechtspolitische Notwendigkeit.

2251 Vgl. ebd. S. 12 i.V.m. Supplementary Table SVIII: What is public funding available for?.

2252 Vgl. ebd. S. 12 i.V.m. Supplementary Table SIX: Must patients pay a proportion of costs of ART cycles that are publicly funded?.

https://doi.org/10.5771/9783748917496-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY