Recht auf Fortpflanzung und medizinischer Fortschritt

Dissertation

zur Erlangung des akademischen Grades des Doktors der Rechtswissenschaft (Dr. jur.) an der Universität Konstanz Fachbereich Rechtswissenschaft

vorgelegt von:

Susanne Knoop

Tag der mündlichen Prüfung: 25.05.2004
Referent: Prof. Dr. Dieter Lorenz
Referent: Prof. Dr. Martin Ibler

Die Dissertation wurde im März 2005 über die KOPS-Datenbank (Konstanzer Online-Publikations-System) veröffentlicht. Zu diesem Zweck wurde der Universität Konstanz das Recht übertragen, die Dissertation elektronisch zu speichern und in Datennetzen öffentlich zugänglich zu machen.

Alle sonstigen Rechte zur Verwertung liegen bei der Autorin

Inhaltsübersicht

Inhaltsverzeichnis II

Einleitung 1
Untersuchungskonzept 1

Teil 1: Was ist Fortpflanzung? 2
1.1. Begriffsbestimmung 2
1.2. Zahlen und Fakten zur ungewollten Kinderlosigkeit 19
1.3. Geschichte der medizinisch assistierten Fortpflanzung 36
1.4. Das Recht der medizinisch assistierten Fortpflanzung in Deutschland 40
1.5. Der Stand der Diskussion zur medizinisch assistierten Fortpflanzung zur Jahrtausendwende - Ethik, Moral, Theologie und Recht 63
1.6. Ergebnis zu Teil 1 67

Teil 2: Grundrecht auf Fortpflanzung? 69
2.1. Rechtsgeschichte: Behandlung der Fortpflanzung zwischen 1871 und 1933 70
2.2. Gibt es ein Grundrecht auf Fortpflanzung im Grundgesetz? 115
2.3. Einzelne Grundrechte 124
2.4. Ergebnis zu Teil 2 246

Teil 3: Verfassungsmäßigkeit der Fortpflanzungsregelungen in Deutschland 253
3.1. Untersuchungskonzept 253
3.2. Kollisionen mit anderen Verfassungsgütern bei Ausübung von Fortpflanzungsgrundrechten 254
3.3. Einschränkung von Fortpflanzungsgrundrechten durch das ESchG 288
3.4. Einschränkung von Fortpflanzungsgrundrechten durch ärztliches Standesrecht 315
3.5. Ergebnis zu Teil 3 367

Teil 4: Zusammenfassung und Ausblick 369
4.1. Ergebnisse in Thesenform 369
4.2. Ausblick 375

Index der verwendeten Fachbegriffe 379
Literaturverzeichnis 383

Inhaltsverzeichnis

Einleitung 1
Untersuchungskonzept 1

Teil 1: Was ist Fortpflanzung? 2

1.1. Begriffsbestimmung 2

1.1.1. Fortpflanzung 2
1.1.1.1. Medizinisch assistierte Fortpflanzung - Begriffsbestimmung und Methoden im Überblick 6
1.1.1.2. Komponenten der normalen Fortpflanzung 9
1.1.1.3. Komponenten der medizinisch assistierten Fortpflanzung 10

1.1.2. Elternschaft 11
1.1.2.1. Normale Elternschaft 11
1.1.2.2. Elternschaft bei medizinisch assistierter Fortpflanzung 15

1.1.3. Zwischenergebnis 18

1.2. Zahlen und Fakten zur ungewollten Kinderlosigkeit 19
1.2.1. Sterilität 21
1.2.2. Genetische Motivation 28

1.3. Geschichte der medizinisch assistierten Fortpflanzung 36

1.4. Das Recht der medizinisch assistierten Fortpflanzung in Deutschland 40
1.4.1. Embryonenschutzgesetz 41
1.4.2. Ärztliches Berufsrecht 44
1.4.3. Zivilrechtliche Regelungen 45
1.4.4. Regelungen im Sozialgesetzbuch 52
1.4.5. Recht der privaten Krankenversicherung 59
1.4.6. Steuerliche Behandlung von Kosten der medizinisch assistierten Fortpflanzung 62

1.5. Der Stand der Diskussion zur medizinisch assistierten Fortpflanzung zur Jahrtausendwende - Ethik, Moral, Theologie und Recht 63

1.6. Ergebnis zu Teil 1 67

Teil 2: Grundrecht auf Fortpflanzung? 69

2.1. Rechtsgeschichte: Behandlung der Fortpflanzung zwischen 1871 und 1933 70

2.1.1. Die Rechtsstellung der Fortpflanzung zwischen 1871 und 1933 in Bezug auf Ehe und Familie (Familienrecht, Polizeirecht, Strafrecht) 72
2.1.1.1. Eherecht 75
2.1.1.1.1. Recht der Eheschließung 75
2.1.1.1.2. Rechtsstellung der Ehegatten untereinander 77
2.1.1.1.3. Recht der Ehescheidung 79
2.1.1.1.4. Strafrechtliche Regelungen mit Bezug zur Ehe 82
2.1.1.1.5. Zusammenfassung und Bewertung der eherechtlichen und der hiermit korrespondierenden strafrechtlichen Regelungen in Bezug auf die staatliche Haltung zur Fortpflanzung 84

2.1.1.2. Recht der nichtehelichen Mutter und des nichtehelichen Kindes 85
2.1.1.3. Die nichteheliche Lebensgemeinschaft (sog. „Konkubinat“) 88
2.1.1.4. Zusammenfassung: Die Rechtsstellung der Fortpflanzung im Familienrecht, sowie im zum Schutz familienrechtlicher Institutionen ergangenen Polizei- und Strafrecht 92

2.1.2. Der staatliche Umgang mit Verhütungsmitteln 93
2.1.3. Regelungen zum Schwangerschaftsabbruch 100
2.1.4. Die Diskussion um die Zwangssterilisation 109
2.1.5. Zusammenfassung: Staatlicher Umgang mit der Fortpflanzung zwischen 1871 und 1933 112

2.2. Gibt es ein Grundrecht auf Fortpflanzung im Grundgesetz? 115
2.2.1. Untersuchung des Schutzes der normalen Fortpflanzung durch das GG 115
2.2.2. Untersuchung des Schutzes der medizinisch assistierten Fortpflanzung durch das GG 116

2.3. Einzelne Grundrechte 124

2.3.1. Würde des Menschen (Art. 1 Abs. 1 GG) 124
2.3.1.1. Schutzbereich 125
2.3.1.1.1. Der Begriff der Menschenwürde im Grundgesetz 126
2.3.1.1.2. Umfasst der Schutzbereich der Menschenwürde auch die Tätigkeit Fortpflanzung? 131
2.3.1.1.3. Recht auf die Möglichkeit der Inanspruchnahme von Methoden der medizinisch assistierten Fortpflanzung aus Art. 1 Abs. 1 GG bei homologer Fortpflanzung? 140
2.3.1.2. Zwischenergebnis 142

2.3.2. Allgemeines Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 GG) 143
2.3.2.1. Schutzbereich 144
2.3.2.1.1. Schutz der persönlichen Lebenssphäre 144
2.3.2.1.2. Schutz der Fortpflanzung als Bestandteil des allgemeinen Persönlichkeitsrechts? 146
2.3.2.1.3. Recht auf die Möglichkeit der Inanspruchnahme von Methoden der medizinisch assistierten Fortpflanzung bei homologer Fortpflanzung? 159
2.3.2.1.4. Recht auf die Möglichkeit der Hinzuziehung von Eizellenspenderinnen oder Samenspendern? 161
2.3.2.1.5. Recht auf die Möglichkeit der Beauftragung einer „Leihmutter“ oder „Tragemutter“? 170
2.3.2.1.6. Sind auch Eizellenspenderinnen, Samenspender, Leih- und Tragemütter im Schutzbereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts? 172
2.3.2.1.7. Haben Personen ohne gegengeschlechtlichen fortpflanzungswilligen Partner/Partnerin ein Recht auf Fortpflanzung? 175
2.3.2.2. Zwischenergebnis 177

2.3.3. Allgemeine Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) 179
2.3.3.1. Schutz der Fortpflanzung durch die allgemeine Handlungsfreiheit? 179
2.3.3.2. Zwischenergebnis 180

2.3.4. Recht auf körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG) 181
2.3.4.1. Schutzbereich 181
2.3.4.1.1. Beeinträchtigungen der Fortpflanzungsfähigkeit durch direkten staatlichen Eingriff 181
2.3.4.1.2. Recht auf die Möglichkeit der Inanspruchnahme von Methoden der medizinisch assistierten Fortpflanzung bei organisch bedingter Sterilität? 184
2.3.4.1.3. Recht auf die Möglichkeit der Inanspruchnahme von Methoden der medizinisch assistierten Fortpflanzung bei Kinderlosigkeit aufgrund ungeklärter Ursache (idiopathische Sterilität)? 189
2.3.4.1.4. Recht auf die Möglichkeit der Inanspruchnahme von Methoden der medizinisch assistierten Fortpflanzung bei ungewollter Kinderlosigkeit aufgrund psychischer Ursachen der Sterilität? 190
2.3.4.1.5. Recht auf die Möglichkeit der Inanspruchnahme von Methoden der medizinisch assistierten Fortpflanzung bei ungewollter Kinderlosigkeit aufgrund genetischer Motivationen? 190
2.3.4.1.6. Recht auf die Möglichkeit der Inanspruchnahme von Methoden der medizinisch assistierten Fortpflanzung wegen psychischer Folgen der ungewollten Kinderlosigkeit? 193
2.3.4.1.7. Schutzpflicht des Staates gegenüber Eingriffen Dritter in die körperliche Unversehrtheit? 198
2.3.4.1.8. Recht auf finanzielle Förderung der Fortpflanzung durch den Staat? 200
2.3.4.2. Zwischenergebnis 202

2.3.5. Schutz der Ehe (Art. 6 Abs. 1, 1. Alt. GG) 203
2.3.5.1. Schutzbereich 203
2.3.5.1.1. Der Begriff der Ehe im Grundgesetz 203
2.3.5.1.2. Fortpflanzung als Bestandteil der Eheführung? 205
2.3.5.1.3. Grundrecht auf Inanspruchnahme von Methoden der medizinisch assistierten Fortpflanzung bei homologer ehelicher Fortpflanzung? 216
2.3.5.1.4. Recht auf Inanspruchnahme weiterer Personen mit Elterneigenschaft (heterologe Fortpflanzung)? 216
2.3.5.2. Zwischenergebnis 217

2.3.6. Schutz der Familie (Art. 6 Abs. 1, 2. Alt. GG) 218
2.3.6.1. Schutzbereich 218
2.3.6.1.1. Der Begriff der Familie im Grundgesetz 218
2.3.6.1.2. Ist die Fortpflanzung vom Schutz der Familie umfasst? 227
2.3.6.2. Zwischenergebnis 233

2.3.7. Elternrecht (Art. 6 Abs. 2 GG) 234
2.3.7.1. Schutzbereich 234
2.3.7.2. Zwischenergebnis 237

2.3.8. Schutz der Mutter (Art. 6 Abs. 4 GG) 237
2.3.8.1. Schutzbereich 237
2.3.8.2. Zwischenergebnis 238

2.3.9 Spezielle Elternrechte (Art. 7 GG) 238

2.3.10. Religionsfreiheit (Art. 4 Abs. 1 und 2 GG) 239
2.3.10.1. Schutzbereich 239
2.3.10.1.1. Schutz der normalen Fortpflanzung durch die Religionsfreiheit? 240
2.3.10.1.2. Schutz der medizinisch assistierten Fortpflanzung durch die Religionsfreiheit? 241
2.3.10.2. Zwischenergebnis 244

2.3.11. Sonstige Grundrechte und weitere Vorschriften des GG 245
2.3.11.1. Berufsfreiheit 245
2.3.11.2. Schutz der Fortpflanzung durch Staatsziele? 245

2.4. Ergebnis zu Teil 2 246
2.4.1. Die Fortpflanzungsgrundrechte des GG 246
2.4.1.1. Schutz der normalen Fortpflanzung 246
2.4.1.2. Schutz der medizinisch assistierten Fortpflanzung 249
2.4.1.3. Konkurrenzen 250
2.4.2. "Grundrecht auf Fortpflanzung" als Mosaikgrundrecht? 251

Teil 3: Verfassungsmäßigkeit der Fortpflanzungsregelungen in Deutschland 253

3.1. Untersuchungskonzept 253

3.2. Kollisionen mit anderen Verfassungsgütern bei Ausübung von Fortpflanzungsgrundrechten 254
3.2.1. Kollidierende Grundrechte der beteiligten erwachsenen Personen 254
3.2.2. Kollidierende Verfassungsgüter in Bezug auf den Embryo, bzw. das Kind 260
3.2.2.1. Das potentielle Kind und der objektiv-rechtliche Gehalt der Menschenwürde als kollidierendes Verfassungsprinzip 265
3.2.2.2. Grundrechte des Embryos nach Kernverschmelzung, bzw. des Kindes 276
3.2.2.2.1. Würde des Menschen 277
3.2.2.2.2. Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit 283
3.2.2.2.3. Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung (allg. Persönlichkeitsrecht) 284
3.2.3. Zwischenergebnis 287

3.3. Einschränkung von Fortpflanzungsgrundrechten durch das ESchG 288
3.3.1. Verbot der Eizellenspende 288
3.3.1.1. Eingriff in Fortpflanzungsgrundrechte 288
3.3.1.1.1. Generelles Verbot einer gespaltenen Mutterschaft 288
3.3.1.1.2. Verbot der fremdnützigen Tragemutterschaft 295
3.3.1.1.3. Ergebnis 296
3.3.1.2. Ungleichbehandlung von Mann und Frau 296
3.3.2. Verbot der Ersatzmutterschaft (synonym: Leihmutterschaft) 306
3.3.3. Verbot des Klonens von Menschen 309
3.3.4. Verbot der Chimären- und Hybridbildung 310
3.3.5. Verbot der wissentlichen Befruchtung einer Eizelle mit dem Samen eines Toten 310
3.3.6. Verbot der Selektion nach dem Geschlecht bei Spermazellen 311
3.3.7. Verbot der Präimplantationsdiagnostik 312

3.4. Einschränkung von Fortpflanzungsgrundrechten durch ärztliches Standesrecht 315
3.4.1. Zulässigkeit eines Grundrechtseingriffs durch Satzungsrecht? 315
3.4.1.1. Ärztliches Satzungsrecht als Rechtsquelle 315
3.4.1.2. Satzungsrecht als Grundlage von Eingriffen in Fortpflanzungsgrundrechte 318

3.4.2. Bindung der Inanspruchnahme ärztlicher Hilfe an die bürgerlich-rechtliche Ehe 329
3.4.2.1. Nichteheliche gegengeschlechtliche Lebensgemeinschaften 331
3.4.2.2. Einzelpersonen und nichteheliche gleichgeschlechtliche Lebensgemeinschaften 351
3.4.3. Überprüfung der Kinderwunschmotivation durch den Arzt 354
3.4.4. Beschränkung der Samenspende auf Fälle der physischen Sterilität 363
3.4.5. Entscheidung einer Ethikkommission über die Zulässigkeit der Samenspende 365

3.5. Ergebnis zu Teil 3 367

Teil 4: Zusammenfassung und Ausblick 369

4.1. Ergebnisse in Thesenform 369
4.2. Ausblick 375

Index der verwendeten Fachbegriffe 379
Literaturverzeichnis 383

Einleitung

Im Jahr 2003 feiert Louise Brown, der erste im Reagenzglas gezeugte Mensch, bereits ihren fünfundzwanzigsten Geburtstag. Seit der ersten erfolgreichen extrakorporalen Befruchtung ist somit inzwischen ein Vierteljahrhundert vergangen, in dem sich die Fortpflanzungsmedizin entscheidend weiterentwickelt hat. Die extrakorporale Erzeugung eines Menschen, 1978 ein "reproduktionsmedizinisches Experiment", ist heutzutage eine Standardmethode der Fortpflanzungsmedizin. In den 80er Jahren war das Thema Fortpflanzungsmedizin ein Novum und wurde in der Öffentlichkeit und in der Rechtslehre umfassend diskutiert. Der Schwerpunkt der gesellschaftlichen Diskussion lag bei der Frage, ob und in welchem Umfang man „missbräuchliche" Anwendungen dieser neuen wissenschaftlichen Erkenntnisse verhindern müsse. Seitens des deutschen Gesetzgebers wurde es letztlich für notwendig gehalten, mittels strafrechtlicher Verbote die Nutzung der Fortpflanzungsmedizin zu regeln. In Deutschland trat am 01.01.1991 das Gesetz zum Schutz von Embryonen (ESchG) vom 13.12.1990 in Kraft. Die juristische Diskussion des Themas ist nach Erlass des Embryonenschutzgesetzes zurückgegangen, obwohl bestimmte Wertungen dieses Gesetzes und die in Bezug auf die Fortpflanzungsmedizin ergangenen Regelungen im ärztlichen Standesrecht verfassungsrechtliche Bedenken aufwerfen, die nicht in allen Punkten die gebührende Beachtung fanden. Nahezu die gesamte juristische Literatur ist auf die Frage konzentriert: Was muss man zum Schutz von Leben und Würde des Embryos bzw. des Kindes - oder zum Schutz der Menschenwürde im allgemeinen - alles verbieten.[1] Nur am Rande wurde dabei die Frage behandelt: Was darf der deutsche Gesetzgeber verbieten, ohne in verfassungswidriger Weise in die Rechte der (Wunsch-)Eltern einzugreifen?

Untersuchungskonzept

Für den Bereich der Fortpflanzungsmedizin soll überprüft werden, in welchem Umfang die Rechtsetzungskompetenz des deutschen Gesetzgebers durch das Grundgesetz eingeschränkt wird. Der Schwerpunkt dieser Arbeit liegt bei der Untersuchung der folgenden Punkte:

Frage 1: Gibt es ein (Grund-)Recht auf Fortpflanzung?
Frage 2: Umfasst dieses Grundrecht auch die Fortpflanzung mit den neuen medizinischen Möglichkeiten und wenn ja, in welchem Umfang?

Auf eine umfangreiche naturwissenschaftliche Einführung wird verzichtet. Am Ende dieser Arbeit befindet sich ein Index mit Erläuterungen zu Fachbegriffen. Rechtsprechung und Literatur wurden für die als Doktorarbeit angenommene Fassung umfassend bis 31.01.2003 berücksichtigt. Die Arbeit wurde zum Zweck der Publikation in einigen wichtigen Punkten aktualisiert, und hat insoweit den Stand Oktober 2004.

---

[1] sog. „Embryozentrismus", PELKNER, Eva: Gott, Gene, Gebärmütter - Anthropologie und Frauenbild in der evangelischen Ethik zur Fortpflanzungsmedizin; 2001, S. 262

Teil 1: Was ist Fortpflanzung?

Bevor man das Grundgesetz im Hinblick darauf untersuchen kann, ob es ein Grundrecht auf Fortpflanzung gibt, muss man sich die Fragen stellen: Was ist überhaupt Fortpflanzung? Wodurch wird man Mutter oder Vater eines Kindes?

1.1. Begriffsbestimmung

Das menschliche Reproduktionsgeschehen ist eine Mischung aus biologisch motivierten und sozialen Verhaltensweisen, die sich gegenseitig beeinflussen.[2] Üblicherweise werden im täglichen Leben wegen des Zusammenhangs biologischer und sozialer Vorgänge Fortpflanzung und Elternschaft gedanklich miteinander verbunden oder synonym verwendet, beide Begriffe bezeichnen aber ganz verschiedene Dinge:

> **Fortpflanzung** ist eine TÄTIGKEIT, sie umfasst die notwendigen Handlungen, die zur Entstehung eines Kindes führen.
>
> **Elternschaft** ist ein ZUSTAND, der mit Entstehung eines Kindes oder mit der rechtlichen Zuordnung eines Kindes zu einer Person (z.B. Adoption) beginnt und bezeichnet das Verhältnis zu einem bestimmten Kind.

1.1.1. Fortpflanzung

Eine Person kann sich bezüglich ihrer Fortpflanzung grundlegend wie folgt entscheiden: Zum einen kann sie beschließen, sich fortpflanzen zu wollen (positive Fortpflanzungsentscheidung), zum anderen kann sie eine bewusste Entscheidung gegen die Fortpflanzung treffen (negative Fortpflanzungsentscheidung). Auf eine solche positive oder negative Fortpflanzungsentscheidung müssen die zur erfolgreichen Umsetzung dieses Entschlusses erforderlichen Handlungen folgen.

Der tatsächliche Vorgang der Fortpflanzung besteht daher aus zwei Komponenten:

- Entscheidungskomponente
- Handlungskomponente

Zum Bereich der Handlungskomponente bei positiver Fortpflanzungsentscheidung gehören alle auf die Verwirklichung der Fortpflanzungsentscheidung gerichteten Handlungen (= generatives Verhalten). Generatives Verhalten umfasst nach einer sozialwissenschaftlichen Definition jedes die geschlechtliche Fortpflanzung betreffende Verhalten, auch wenn es nicht zwangsläufig zur Realisierung der Fortpflanzung führt.[3] Zu

[2] VOLAND, Eckart (Hg.): Fortpflanzung: Natur und Kultur im Wechselspiel; 1992, ders. S. 350-362

[3] CROMM, Jürgen: Bevölkerung, Individuum, Gesellschaft - Theorien und soziale Dimensionen der Fortpflanzung; 1988, S. 23

solchen Verhaltensweisen zählen u.a. die Aufnahme von Geschlechtsverkehr und das Unterlassen der Anwendung von Verhütungsmitteln. Dabei sind bestimmte Grundmuster der normalen Fortpflanzung biologisch vorgegeben: Das Kind muss durch Vereinigung einer männlichen Spermazelle und einer weiblichen Eizelle gezeugt werden, was üblicherweise im Rahmen eines Geschlechtsaktes erfolgt. Danach muss das Kind von der Frau ausgetragen, zur Welt gebracht und ggf. gestillt werden. Dementsprechend gehören zur menschlichen Fortpflanzung zwingend zwei **gegengeschlechtliche** Personen.

Auch eine negative Fortpflanzungsentscheidung bedarf der Umsetzung durch Handeln oder Unterlassen, diese Fortpflanzungsentscheidung hat dementsprechend ebenfalls eine Handlungskomponente. Neben dem Unterlassen von Geschlechtsverkehr kommen als Handlungen zur Umsetzung eines solchen Entschlusses z.B. der Einsatz von Verhütungsmitteln oder eine freiwillige Sterilisation in Betracht.

Zeitlich kommt die Entscheidungskomponente theoretisch vor der Handlungskomponente, eine positive Fortpflanzungsentscheidung wird aber in der Praxis nicht immer bewusst getroffen. Die Entscheidung kann allerdings auch konkludent in der Handlungskomponente enthalten sein, z.B. bei einverständlichem Geschlechtsverkehr. Der BGH geht in ständiger Rechtsprechung davon aus, dass bei einverständlichem Geschlechtsverkehr, selbst bei Verwendung von Verhütungsmitteln, immer auch die mögliche Entstehung eines Kindes vom Willen der Beteiligten umfasst ist.[4] Im Interesse der Unterhaltsansprüche des entstehenden Kindes ist diese Haltung des BGH ausgesprochen sinnvoll, sie wird allerdings den tatsächlichen Verhältnissen des Sexualverhaltens der deutschen Bevölkerung nicht in jedem Fall gerecht. Die Verbindung von Geschlechtsakt und Fortpflanzungswille wird heutzutage nicht mehr als zwingend angesehen. In einer Zeit, in der Verhütungsmittel allgemein zugänglich und relativ sicher verwendbar sind[5], ist eher das Gegenteil der Fall: Ein Großteil der geschlechtlichen Aktivitäten der deutschen Bevölkerung ist gerade nicht auf Fortpflanzung gerichtet, sondern anders motiviert. Kommt es dennoch zu einer Schwangerschaft (z.B. wegen unterlassener Verhütung, fehlgeschlagener Sterilisation, Versagen von Verhütungsmitteln oder Anwendungsfehlern bei der Verwendung von Verhütungsmitteln), so fehlt oft die Entscheidungskomponente vollständig, weil keiner der Sexualpartner sich über diese Möglichkeit Gedanken gemacht hat. Im Falle einer ungewollten Schwangerschaft trifft das Paar oder die Frau eine bewusste Entscheidung für oder gegen ein Kind erst nach Entstehung des Kindes. Der ohne den entsprechenden Fortpflanzungswillen in Gang gesetzte Handlungsverlauf wird im Falle einer Entscheidung für das Kind um die Willenskomponente ergänzt (positive Fortpflanzungsentscheidung). Beim Durchschnitt der im Rahmen wissenschaftlicher Studien untersuchten Frauen kann man die psychologischen Phasen einer Schwangerschaft extrem vereinfacht wie folgt beschreiben: Nach Bekanntwerden der Schwangerschaft tritt eine bis ca. zur 12. Woche

[4] BGH, Urteil vom 17.04.1986, Az.: IX ZR 200/85, BGHZ 97, 372 ff.

[5] vgl. hierzu: KUHL, Herbert/JUNG-HOFFMANN, Claudia: Kontrazeption, 1999, S. 16 ff.

andauernde Phase der Verunsicherung ein (zeitgleich liegt die Frist für einen möglichen legalen, nicht medizinisch indizierten Schwangerschaftsabbruch), danach wird der Kinderwunsch kontinuierlich stärker und erreicht seinen Höhepunkt kurz vor der Geburt.[6] Die Verstärkung des Kinderwunsches bis hin zur Geburt ist vermutlich auch durch den Faktor mitbedingt, dass sich die Frau bis zum Ablauf der Frist für eine legale Abtreibung endgültig für das Kind entschieden haben muss. Überraschenderweise waren selbst in den 80er Jahren, trotz der allgemeinen Zugänglichkeit von Verhütungsmitteln nur ca. 5 % der entstandenen Schwangerschaften bewusst geplant. Ein Drittel bis die Hälfte der Schwangerschaften war zwar nicht bewusst geplant, aber durchaus erwünscht.[7]

Können sich die Eltern nach Entstehung des Kindes nicht dazu durchringen, sich für das ohne ihren bewussten Willen entstandene Kind zu entscheiden, so kann der in Gang gesetzte Handlungsverlauf durch Abbruch der Schwangerschaft - soweit gesetzlich zulässig - gestoppt werden. Der Schwangerschaftsabbruch ist daher Ausdruck einer negativen Fortpflanzungsentscheidung, allerdings wird dieser Entschluss erst nach Entstehung eines Embryos und dessen Einnistung in die Gebärmutter getroffen, somit nachdem ein Teil der Handlungskomponente der Fortpflanzung bereits durchgeführt wurde. Dass das Fehlen der Willenskomponente der Fortpflanzung ein ernstzunehmendes Problem darstellt, zeigen die zahlreichen Schwangerschaftsabbrüche, die in Deutschland durchgeführt werden. Im Jahr 1999 wurden 130.471 Abtreibungen gemeldet, im Jahr 1998 waren es 131.795.[8] Es muss davon ausgegangen werden, dass die tatsächliche Anzahl der durchgeführten Abtreibungen noch höher liegt, da zum einen nicht alle im Inland durchgeführten Schwangerschaftsabbrüche gemeldet werden und zum anderen im Ausland durchgeführte Abtreibungen nicht nachvollzogen werden können.[9] Die Literatur zum Recht des Schwangerschaftsabbruchs in Deutschland ist umfangreich[10], die mit ihm verbundenen rechtlichen Regelungen und Wertentscheidungen sind allerdings nur in begrenztem Umfang für die in dieser Arbeit behandelten Fragestellungen nutzbar. Dies liegt darin begründet, dass das Recht des Schwangerschaftsabbruchs in erster Linie auf einer Güterabwägung zwischen Grundrechten der Eltern (in erster Linie der Mutter) und Grundrechten des bereits entstandenen Kindes beruht und festlegt, in welchem Umfang in diesem späten Stadium

---

[6] RAUH, Hellgard in: OERTER, Rolf/MONTADA, Leo (Hg.): Entwicklungspsychologie, 1998, S. 170-171

[7] RAUH, Hellgard in: OERTER, Rolf/MONTADA, Leo (Hg.): Entwicklungspsychologie, 1998, S. 170

[8] Bericht der Ärztezeitung „Zahl der Aborte ist leicht gesunken“ vom 13.04.2000, S. 5

[9] Bericht der Ärztezeitung „34458 Frauen ließen im ersten Quartal abtreiben“ vom 09.11.1999, S. 6

[10] z.B.: STÜRNER, Rolf: Der straffreie Schwangerschaftsabbruch in der Gesamtrechtsordnung - Rechtsgutachten für das Bundesverfassungsgericht mit seiner Vorgeschichte und einer Stellungnahme zur Entscheidung, 1994; ESER, Albin: Schwangerschaftsabbruch: Auf dem verfassungsgerichtlichen Prüfstand - Rechtsgutachten im Normenkontrollverfahren zum Schwangeren- und Familienhilfegesetz von 1992, 1994; HOERSTER, Norbert: Abtreibung im säkularen Staat - Argumente gegen den § 218, 1995; JÜTTE, Robert (Hg.): Geschichte der Abtreibung - Von der Antike bis zur Gegenwart, 1993; DUDEN, Barbara: Der Frauenleib als öffentlicher Ort - Vom Missbrauch des Begriffs Leben, 1991

der Fortpflanzung noch eine negative Fortpflanzungsentscheidung zulässig ist. Da aber der Schwerpunkt dieser Arbeit die Frage betrifft, ob und in welchem Umfang nach der **bewussten, vor Entstehung eines Kindes getroffenen, positiven Fortpflanzungsentscheidung** einer Person untersagende oder regelnde Eingriffe des Staates zulässig sind, wird der Problemkreis der negativen Fortpflanzungsentscheidung nicht vertieft behandelt.[11] Auf die Rechtsgeschichte des Schwangerschaftsabbruchs und die Rechtsprechung zu den §§ 218 ff. StGB wird nur insoweit zurückgegriffen, wie sich hieraus Grundentscheidungen für den Umgang des Staates mit der menschlichen Fortpflanzung ableiten lassen.

Seitens der Betroffenen ist mit der Entscheidung, ob überhaupt eine Fortpflanzung durchgeführt werden soll, in der Regel unmittelbar die Überlegung verbunden, unter welchen äußeren Umständen diese erfolgen wird. Solche äußeren Umstände können z.B. soziales und familiäres Umfeld, finanzielle Situation, Familienstand, Art und bisherige Dauer der Paarbeziehung, Ausbildungsstand, Berufstätigkeit und Karriere, Wohnsituation, Lebensalter und Gesundheitszustand sein. Dabei ist der soziale Rahmen, in dem die Fortpflanzung erfolgt, nicht biologisch vorgegeben. Die Kultur entscheidet darüber, in welchem äußeren Rahmen die Fortpflanzung konkret durchgeführt wird, was als üblich und was als unüblich einzustufen ist[12]. Sozial besonders relevante äußere Umstände der Fortpflanzung sind:

1. Die Fortpflanzung innerhalb einer auf Dauer angelegten gegengeschlechtlichen Partnerschaft (Ehe oder nichteheliche Gemeinschaft).

2. Die Fortpflanzung außerhalb einer auf Dauer angelegten gegengeschlechtlichen Partnerschaft.

An diese äußeren Umstände knüpfen einige rechtliche Regelungen der medizinisch assistierten Fortpflanzung unmittelbar an: z.B. ist die Inanspruchnahme ärztlicher Hilfe im Regelfall davon abhängig, dass die fortpflanzungswilligen Personen verheiratet sind, und in der gesetzlichen Krankenversicherung besteht nur ein Anspruch auf Kostenübernahme, wenn die Sterilität eines Ehepaares überwunden werden soll (vgl. zu den Details nachfolgend Abschnitt 1.4.).

---

[11] vgl. hierzu z.B.: RICHTER, Ingo: „Von der Freiheit, Kinder zu haben - Verfassungsfragen der gesellschaftlichen Reproduktion“, in: NAUCK, Bernhard/ONNEN-ISEMANN (Hg.): Familie im Brennpunkt von Wissenschaft und Forschung, 1995, S. 37-46 (42)

[12] CROMM, Jürgen: Bevölkerung, Individuum, Gesellschaft - Theorien und soziale Dimensionen der Fortpflanzung; 1988, S. 11

1.1.1.1. Medizinisch assistierte Fortpflanzung - Begriffsbestimmung und Methoden im Überblick

Die neuen Methoden der medizinisch assistierten menschlichen Fortpflanzung entstanden durch den Fortschritt in der medizinischen Wissenschaft der Humanbiotechnik. Dieser Begriff umfasst Reproduktionsmedizin, Klonungstechniken und Gentechnologie. Im Vordergrund dieser Abhandlung steht die Reproduktionsmedizin, die anderen Zweige der Humanbiotechnik werden nur insoweit behandelt, wie sie als Hilfswissenschaften der Reproduktionsmedizin von Bedeutung sind. Der Begriff Reproduktionsmedizin umfasst alle durch medizinische Methoden unterstützten Fortpflanzungsmöglichkeiten beim Menschen. Die bekannteste Definition für den Begriff „assistierte Reproduktion“ lautet:

> „Ärztliche Hilfe zur Erfüllung des Kinderwunsches eines Paares, der auf anderem, einfacherem Wege nicht erfüllt werden kann.“[13]

Man kann die derzeit in der ärztlichen Praxis üblichen Methoden der Reproduktionsmedizin in fünf Gruppen unterteilen, bei denen der Eingriff in den Vorgang der Fortpflanzung unterschiedlich intensiv ist (beginnend mit dem geringsten Eingriff):

1. Hormonbehandlung
2. Insemination
3. Gametentransfer (künstliche Befruchtung in vivo)
4. Befruchtung in vitro (IVF) und Embryotransfer
5. Mikroinjektion in vitro (ICSI) und Embryotransfer

In Abgrenzung zur medizinisch assistierten Fortpflanzung ist der **Begriff der normalen Fortpflanzung** für diese Arbeit zu verstehen als

> „Fortpflanzung eines gegengeschlechtlichen Paares im Wege einer durch Geschlechtsverkehr hervorgerufenen Schwangerschaft, d.h. eine Fortpflanzung ohne Inanspruchnahme ärztlicher Hilfe zur Hervorrufung der Schwangerschaft und ohne Rückgriff auf weitere Personen die ebenfalls Fortpflanzungsfunktionen wahrnehmen (Z.B. Samenspender)“.

Die der normalen Fortpflanzung am nächsten stehende Methode der medizinisch assistierten Fortpflanzung ist die Hormonbehandlung. Diese zeichnet sich dadurch aus, dass die Ärztin oder der Arzt am unmittelbaren Zeugungsakt nicht beteiligt ist. Vielmehr dient die medizinische Behandlung der Behebung hormoneller Störungen, welche die Zeugung und Empfängnis eines Kindes verhindern. Zeugung und Austragung des Kindes erfolgen durch die genetischen Eltern, die auch die späteren sozialen Eltern des Kindes sein wollen.

---

[13] DIEDRICH, K. in: KREBS, Dieter/VAN DER VEN, Hans (Hg.): Aktuelle Reproduktionsmedizin - Gegenwart und Zukunft der IVF und ICSI, 1999, S. 104

Bei Insemination, Gametentransfer, der unmanipulierten Befruchtung im Reagenzglas (in-vitro-Fertilisation) und ICSI fehlt der Zeugungsakt und zusätzlich besteht die Möglichkeit, Spenderkeimzellen Dritter (Ei- oder Samenzellen) zu verwenden.

Soweit in dieser Abhandlung die Begriffe "medizinisch assistierte Fortpflanzung" und „Reproduktionsmedizin“ verwendet werden, sind hiermit ausschließlich die o.g. Methoden gemeint, bei denen Ei- und Samenzelle nicht genetisch manipuliert, sondern nur mit medizinischer Hilfe zusammengebracht werden und gegebenenfalls der Embryo zur Einpflanzung in eine Gebärmutter angeregt wird. Dies ist auch zur Zeit der Hauptanwendungsfall der Reproduktionsmedizin.

Das Thema der medizinisch assistierten Fortpflanzung ist sehr emotionsbeladen, bei vielen Menschen besteht eine grundsätzliche Ablehnung dieser Technologie, da damit Vorstellungen von geklonten und manipulierten Kindern verbunden werden, wie sie in Zukunftsromanen auftauchen (z.B.: Aldous Huxleys "Schöne neue Welt"). Allerdings ist wegen der Kompliziertheit der genetischen Vererbung menschlicher Merkmale die Vorstellung, die moderne Medizin erlaube es, Kinder so zu „planen“, dass diese bestimmte Eigenschaften aufweisen, derzeit (noch) unrealistisch. Nur wenige Eigenschaften eines Kindes werden durch einzelne Gene geprägt. Die meisten Merkmale werden durch mehrere genetische Anlagen determiniert (z.B. Gewicht, Größe, Haarfarbe, Intelligenz, Persönlichkeitsfaktoren).[14] Die konkrete Ausprägung dieser genetischen Faktoren wird zusätzlich durch die Umwelt einer Person modifiziert, was eine weitere Varianz im Erscheinungs- und Persönlichkeitsbild dieser Person erzeugt.[15] Daher ist die Befürchtung der gezielten Menschenzüchtung mittels Genmanipulationen und der Nutzung reproduktionsmedizinischer Methoden im Moment unbegründet.

Man muss genau zwischen den einzelnen Verfahren, die der Wissenschaft inzwischen möglich sind, unterscheiden und sie getrennt voneinander auf ihre Vereinbarkeit mit unserer Rechtsordnung überprüfen. Insbesondere muss man sich die Grenze zwischen den praktizierten Methoden der Fortpflanzungsmedizin und anderen Biowissenschaften verdeutlichen, um aus der Diskussion um ein Grundrecht auf Fortpflanzung in Verbindung mit der medizinisch assistierten Fortpflanzung einige ethisch höchst umstrittene Bereiche von vornherein auszuscheiden. Von den vorgenannten Methoden der medizinisch assistierten Fortpflanzung sind zu diesem Zweck die Bereiche Gentechnologie, Klonungstechniken und Forschung an menschlichen Embryonen abzugrenzen.

Aus dem Bereich der Gentechnologie stammen zahlreiche Verfahren, die im Umfeld der Fortpflanzungsmedizin eingesetzt werden können, insbesondere zu Untersuchungen und Manipulationen am Erbgut von Ei- und Spermazellen oder Embryonen, z.B. die Auswahl nach erwünschten Merkmalen oder die Verbindung menschlichen Erbgutes mit

[14] MONTADA, Leo in: OERTER, Rolf/MONTADA, Leo (Hg.): Entwicklungspsychologie, 1998, S. 35
[15] MONTADA, Leo in: OERTER, Rolf/MONTADA, Leo (Hg.): Entwicklungspsychologie, 1998, S. 48

artfremdem Erbgut. Techniken der Manipulation von Ei- und Samenzellen oder Embryonen befinden sich weltweit überwiegend noch im experimentellen Stadium, Anwendungen für die ärztliche Praxis sind kaum verfügbar. Techniken, die der Untersuchung von Ei- und Samenzellen oder Embryonen dienen (z.B. zur Untersuchung auf Gendefekte) sind demgegenüber bereits in erheblichem Umfang für die ärztliche Praxis verfügbar und werden insbesondere im Rahmen der pränatalen Diagnostik (PND), d.h. der Untersuchung eines Embryonen im Mutterleib, angewendet. Die Technik der pränatalen Diagnostik ist jedoch kein zwingender Bestandteil der medizinisch assistierten Fortpflanzung. PND wird gleichermaßen bei natürlich gezeugten Kindern wie bei mit medizinischer Hilfe gezeugten Kindern eingesetzt.[16]

Klonungstechniken fallen begrifflich ebenfalls unter die Gentechnologie und nicht unter die Reproduktionsmedizin. Die Möglichkeit der Klonung eines Menschen ist bislang nur bis zum Blastozystenstadium experimentell bewiesen; es gibt derzeit keinen verlässlichen Beweis dafür, dass irgendwo auf der Welt ein geklontes Kind geboren wurde.[17] Wegen dem damit verbundenen hohen technologischen Aufwand, der äußerst geringen Erfolgsquote und den unabsehbaren Gesundheitsrisiken[18] für den entstehenden Menschen ist das reproduktive Klonen auf jeden Fall keine Methode der Reproduktionsmedizin. Ggf. wäre das (in Deutschland verbotene) reproduktive Klonen eines Menschen dem experimentellen Bereich der Biomedizin und der Gentechnologie zuzuordnen.

---

[16] vgl. hierzu die „Richtlinien zur pränatalen Diagnostik von Krankheiten und Krankheitsdispositionen“ vom 29.03.2002 (DÄBl. 95, Heft 50 [11.12.1998], S. A-3236, 3238-3242 und 99, Heft 13 [29.03.2002], S. A-875)

[17] Die Gründe hierfür sind inzwischen allein rechtlicher Natur. Seit das erste höhere Säugetier, das inzwischen weltberühmte Schaf „Dolly“ im Frühjahr 1997 als Ergebnis eines reproduktiven Klonungsversuches zur Welt kam, ist die biologisch-technische Möglichkeit der reproduktiven Klonung eines Menschen deutlich wahrscheinlicher geworden. Das entsprechende Interesse einzelner Wissenschaftler, diesen Schritt zu wagen, ist bereits in der Presse publik gemacht worden (vgl. Bericht der Ärztezeitung „Der Geist ist aus der Flasche beim Thema Menschenklonen - Forscherteam bekräftigt sein Ziel, Menschen zu duplizieren“ vom 12.03.2001).
Von den Gerüchten, die über bereits existierende geklonte Kinder seit 2002 kursieren (vgl. z.B. Bericht der Ruhr Nachrichten vom 02.12.2002 „Erstes Klonbaby ist ein Mädchen - UFO-Sekte: Geburt noch dieses Jahr“; Bericht der Frankfurter Rundschau online „Klon-Baby angekündigt - US-Forscher Zavos will Leihmutter Embryo eingepflanzt haben“ vom 19.01.2004), wurde bislang keines durch zuverlässige wissenschaftliche Quellen bestätigt.
Demgegenüber ist seit Februar 2004 bekannt, dass es in Korea zum Zweck des therapeutischen Klonens gelungen ist, Embryonen bis zum Blastozystenstadium (danach wurden sie zerstört, um Stammzellen zu gewinnen) durch Klonung entstehen zu lassen (Berichte (u.a.): Science „Scientists Take Step Toward Therapeutic Cloning“ vom 13.02.2004; The Washington Post „Mature Human Embryos Cloned“ vom 12.02.2004; Stern „Koreas Klon-Coup“ vom 19.02.2004; Frankfurter Allgemeine Zeitung „Klonpremiere“ vom 13.02.2004; Süddeutsche Zeitung „Erstmals menschliche Embryos geklont“ vom 13.02.2004; Die Welt „Stammzellen aus geklonten menschlichen Embryonen“ vom 13.02.2004; Der Spiegel „Da explodiert gerade etwas“ vom 16.02.2004; Focus „Hochgekochtes Klon-Konzept“ vom 16.02.2004)

[18] vgl. z.B. Bericht der Berliner Zeitung „Warum Dolly so krank war - Reproduktionsmediziner warnen vor dem Menschenkopieren und werben für das therapeutische Klonen“ vom 01.07.2004

Abzugrenzen von der Reproduktionsmedizin sind weiterhin die Fragen, die den Umgang mit nicht - oder nicht mehr - zur Fortpflanzung bestimmten menschlichen Embryonen oder aus diesen gewonnenen embryonalen Stammzellen betreffen. Sie sind nicht zwingend bei allen reproduktionsmedizinischen Techniken relevant. Überschüssige Embryonen können zwar als „Nebenprodukt" der medizinisch assistierten Fortpflanzung entstehen (was zur verfassungsrechtlichen Bedenklichkeit einiger Fortpflanzungstechnologien führt, vgl. Teil 3), Embryonen können aber auch bewusst zu Forschungszwecken erzeugt worden sein, sowie durch Fehlgeburten oder Abtreibungen anfallen.[19]

1.1.1.2. Komponenten der normalen Fortpflanzung

Bei normaler Fortpflanzung können Entscheidungs- und Handlungskomponente in beliebiger Reihenfolge auftreten. Im Extremfall entscheidet sich ein Paar oder eine Frau erst nach Eintritt der Schwangerschaft bewusst für das bereits vorhandene Kind (vgl. Abschnitt 1.1.1.). Entscheidende Handlungskomponente für die Entstehung eines Kindes ist hier die Zeugung in einem Geschlechtsakt ohne Anwendung von Methoden zur Verhütung einer Schwangerschaft. Danach beginnen die biologisch vorgegebenen Vorgänge der Entstehung eines Kindes abzulaufen, die in folgende Abschnitte unterteilt werden können:

1. Einnistung der befruchteten Eizelle in die Gebärmutter der Frau (Nidation)

2. Entwicklung und Wachstum des Embryos in der Gebärmutter

3. Geburt des Kindes

Geschlechtsverkehr führt allerdings nicht zwangsläufig zur Zeugung eines Embryos und auch die Zeugung des Embryos führt nicht zwangsläufig zum Eintritt einer Schwangerschaft oder zur Geburt eines Kindes. Bei der normalen Zeugung nistet sich nicht jede befruchtete Eizelle in die Gebärmutter ein und selbst wenn eine Einnistung erfolgt, kann es - erkannt oder unerkannt - dazu kommen, dass der Embryo zu einem Zeitpunkt geboren wird, an dem er noch nicht lebensfähig ist (Fehlgeburt).

Bei bewusster positiver Fortpflanzungsentscheidung ist die den Wunscheltern zur Verfügung stehende Handlungskomponente sehr begrenzt, sie beschränkt sich auf einvernehmlichen Geschlechtsverkehr. Die biologischen Vorgänge der Befruchtung einer Eizelle, der Einnistung in die Gebärmutter, sowie der ordnungsgemäßen Entwicklung des Kindes im Mutterleib sind dem Zugriff der Wunscheltern entzogen. Sie können lediglich versuchen, die äußeren Umstände so zu gestalten, dass die biologischen Vorgänge

[19] vgl. zum hohen Interesse an Forschung mit menschlichen Embryonen und den erhofften Nutzungsmöglichkeiten: SCHNEIDER, Ingrid: Föten - Der neue medizinische Rohstoff, 1995

positiv beeinflusst werden (z.B. Kontrolle der fruchtbaren Tage der Frau, gesunde Lebensweise vor und während der Schwangerschaft). Die biologische Fortpflanzung ist abgeschlossen, wenn ein lebensfähiges Kind zur Welt gekommen ist. Zwar dauert der physiologische Teil der Fortpflanzung bei der Mutter an, solange sie das Kind stillt, mit der Geburt ist aber bereits ein neuer Mensch entstanden, d.h. der mit der Tätigkeit Fortpflanzung bezweckte Erfolg ist eingetreten.

Da der biologische Vorgang der Fortpflanzung mit der Geburt eines Kindes abgeschlossen wird, ist für die im Teil 2 dieser Arbeit folgende Prüfung eines möglichen Grundrechtsschutzes zu beachten, dass der soziale Kontakt zum Kind nach der Geburt nicht mehr unter den Begriff Fortpflanzung fällt. Dies ist insbesondere für die Abgrenzung zwischen Rechten auf Fortpflanzung und Elternrechten ein entscheidendes Kriterium.

1.1.1.3. Komponenten der medizinisch assistierten Fortpflanzung

Im Gegensatz zur normalen Fortpflanzung ist bei medizinisch assistierter Fortpflanzung die Reihenfolge von Entscheidungs- und Handlungskomponente nicht beliebig. Die Inanspruchnahme von Methoden der medizinisch assistierten Fortpflanzung erfolgt vielmehr aufgrund der Natur der Sache erst dann, wenn eine Person den Entschluss gefasst hat, sich fortpflanzen zu wollen und dann feststellen muss, dass sie nicht in der Lage ist, diesen Entschluss mit einem von ihr gewählten gegengeschlechtlichen Partner zu verwirklichen. Eine zunächst unbewusste oder gar unerwünschte Fortpflanzung scheidet aus. Wegen des körperlichen und psychischen Stresses, der mit der Inanspruchnahme von Methoden der medizinisch assistierten Fortpflanzung verbunden ist und der hohen, oft nicht erstattungsfähigen, finanziellen Kosten, kann man wohl auch davon ausgehen, dass sich eine Person sehr klar über ihren Fortpflanzungswunsch ist, wenn sie sich dieser Prozedur unterzieht. Der Wunsch nach einem Kind genießt in diesem Fall in der Lebensplanung eine sehr hohe Priorität, gegenüber der alle negativen Faktoren als nachrangig beurteilt werden.[20] Zum Handlungsaspekt der Fortpflanzung gehört hier - zusätzlich zu den bei normaler Fortpflanzung genannten Handlungen - die Inanspruchnahme ärztlicher Hilfe, soweit notwendig, sowie ggf. auch die Inanspruchnahme weiterer Personen (z.B. Samenspender oder Leihmutter). Neben den ausführenden Ärzten und Wissenschaftlern lassen sich bei den Beteiligten an Vorgängen der medizinisch assistierten Fortpflanzung zwei weitere Gruppen unterscheiden: Die Handlungen der einen Gruppe zielen auf das, was den Hauptzweck der Fortpflanzung ausmacht: Ein - soweit als möglich - eigenes Kind bekommen und aufziehen zu können. Die Angehörigen dieser Gruppe sind in der Regel die Initiatoren des Geschehens und tragen (ggfs. über ihre Krankenversicherung) die Kosten. Man kann

[20] ONNEN-ISEMANN, Corinna: „Ungewollte Kinderlosigkeit und moderne Reproduktionsmedizin“ , in: NAUCK, Bernhard/ONNEN-ISEMANN (Hg.): Familie im Brennpunkt von Wissenschaft und Forschung, 1995, S. 478; beispielhafte Berichte zur Wahrnehmung der zahlreichen Probleme einer Fertilitätstherapie durch die Betroffenen: „Hoffen auf ein Baby“, Brigitte Nr. 14/1999, S. 158 f. und „Streng dich mal an!“, Brigitte 12/2004, S. 101

diese Gruppe als "**Wunscheltern**" bezeichnen, wobei dieser Begriff die Möglichkeit umfasst, dass es tatsächlich nur um eine Person geht, welche nach Geburt des Kindes die soziale Elternstellung übernehmen möchte. Liegen bei den Wunscheltern Defekte vor, welche die Verwendung der eigenen Keimzellen und/oder die Austragung eines Kindes unmöglich machen, so werden weitere Personen benötigt. Zu dieser zweiten Gruppe Beteiligter gehören: **Samenspender, Eizellenspenderin und/oder Leih- bzw. Tragemutter**. Diese Personen werden im Interesse der Wunscheltern hinzugezogen, ohne dass bei ihnen der Wille besteht, Verantwortung für ein zukünftiges Kind zu übernehmen. Sie handeln entweder aufgrund eigener finanzieller Interessen oder zugunsten der Wunscheltern aus altruistischen Motiven (z.B. nahe Verwandte[21]).

1.1.2. Elternschaft

Die Elternschaft beginnt grundsätzlich mit der Geburt eines Kindes und dauert solange das Kind lebt. Gleichwohl ist bereits während der Schwangerschaft eine Vorstufe der Elternschaft vorhanden, die zum Teil bereits als Beginn der Elternschaft angesehen wird. Die Elternschaft kann neben der Begründung im Wege der Fortpflanzung auch durch Rechtsakt begründet werden (z.B. Adoption eines bereits existierenden Kindes) oder durch Rechtsakt beendet werden (z.B. nach Adoption). Sie ist durch einen tatsächlichen Zustand charakterisiert, nämlich die Beziehungen zwischen verschiedenen Individuen (Eltern und Kind).

Dieser tatsächliche Zustand wird durch Gebräuche und aus diesen hervorgegangene juristische Zuordnungen (z.B. Vater und Mutter im Sinne des Abstammungsrechts, Sorgerecht, Ergänzungspflegschaft) geregelt. Das Rechtsverhältnis zwischen Eltern und Kind, das die Verteilung von Rechten und Pflichten regelt, wird (in der Regel in Anlehnung an die biologische und physiologische Elternschaft) eigenständig normativ begründet.[22] Da der Gesetzgeber bei der rechtlichen Ausgestaltung der Elternschaft an die durch biologische Faktoren oder soziale Bräuche bestimmte Beziehung eines Kindes zu seinen Eltern angeknüpft hat, stellt sich die Frage, welche verschiedenen äußeren Umstände für diese Zuordnung eines Kindes als beachtlich anzusehen sind.

1.1.2.1. Normale Elternschaft

Ein Kind wird gezeugt, ausgetragen, zur Welt gebracht und erzogen. Komponenten der normalen Elternschaft sind dementsprechend:

---

[21] So wird z.B. laut einem Bericht der Ärztezeitung vom 06.12.2000 („Vater zeugt eigenen Enkel - verwerflich?“) nach einer Schätzung der zuständigen IVF-Aufsichtsbehörde in Großbritannien, der Human Fertilisation and Embryology Authority (HFEA), bei zwölf von 1000 IVF-Behandlungen in England zur Zeugung des Kindes Samen des Vaters des infertilen Patienten verwendet, was nach der dortigen Rechtslage legal ist.

[22] BERNAT, Erwin: Statusrechtliche Probleme im Gefolge medizinisch assistierter Zeugung, MedR 1986, S. 245-253 (245)

1. Zeugung und Austragung eines Kindes (biologische Elternschaft)
   Anknüpfungspunkt für die biologische Elternschaft ist bei normaler Fortpflanzung die Zeugung des Kindes in einem Geschlechtsakt und die Austragung durch die am Geschlechtsakt beteiligte Frau;

2. Erziehung und Kontakt zum Kind (soziale Elternschaft)
   Anknüpfungspunkt für die soziale Elternschaft ist, durch welche Personen ein Kind versorgt und erzogen wird, mithin das Bestehen einer speziellen sozialen Beziehung zu einem Kind;

3. Rechtliche Elternschaft
   Anknüpfungspunkt für die rechtliche Elternschaft sind die auf biologischen Gegebenheiten und/oder Aspekten des Kindeswohls beruhenden gesetzlichen Regelungen in Bezug auf Abstammung eines Kindes oder die Annahme als Kind.

Als **Kinder** werden, unabhängig von der Beziehung zu einer Person mit Elternfunktion, im allgemeinen Sprachgebrauch natürliche Personen bezeichnet, die ein bestimmtes Lebensalter noch nicht überschritten haben. Hier geht der allgemeine Sprachgebrauch mit der Regelung des § 2 BGB einher, wonach der Übergang vom Kind zu einer erwachsenen Person mit der Volljährigkeit (= Vollendung des 18. Lebensjahres) eintritt.

Völlig anders als diese an das Lebensalter anknüpfenden Definition des Begriffs Kind, der dem Minderjährigenschutz dient, ist die abstammungsrechtliche Definition dieses Begriffes im Eltern-Kind-Verhältnis: Für die rechtlichen Eltern bleiben ihre Kinder, unabhängig vom Lebensalter immer Kinder (Ausnahme: Adoption).

Im Anschluss an diese Feststellung der Definition eines „Kindes“ ist zu prüfen, wie der Begriff der „Eltern“ bzw. **Person mit Elternfunktion** definiert werden kann. Hier gibt es im Gegensatz zur Definition eines Kindes keine rein altersabhängige Definition. Der Begriff der Eltern kann nur über das Eltern-Kind-Verhältnis definiert werden, somit über die Beziehung einer Elternperson zu einem bestimmten Kind. Zunächst ist festzuhalten, dass ein Kind stets biologische Eltern hat, es ist allerdings nicht zwingend, dass diese auch die soziale Elternstellung einnehmen. Ein wichtiges, natürlich vorgegebenes Charakteristikum der sozialen Elternschaft ist die materielle Versorgung des Kindes. Weiterhin ist die spezifische emotionale Eltern-Kind-Beziehung, die auf Erziehung und Fürsorge beruht, eine natürliche Erscheinung der Elternschaft. Dieser soziale Kontakt zwischen Eltern und Kind ist dadurch gekennzeichnet, dass sich eine Beziehung entwickelt, die auf zwischenmenschlicher Interaktion beruht, welche bereits während der Schwangerschaft anfängt. Das Kind beginnt bereits zu diesem Zeitpunkt, auf äußere Reize zu reagieren (insbesondere auf Tastreize, Bewegungen der Schwangeren, Stimmen und Geräusche)

und baut eine Beziehung zu der Frau auf, die es austrägt.[23] Die soziale Elternschaft kann daher bereits vor der Geburt einsetzen, eine feste soziale Bindung zwischen Eltern und Kindern entsteht aber in der Regel erst nach der Geburt, da vorher die Möglichkeiten der Interaktion stark eingeschränkt sind.

Die biologisch vorgegebene Abstammung des Kindes und die Betreuung des Kindes sind die entscheidenden Anknüpfungspunkte, die der Gesetzgeber seit jeher für die Gestaltung der rechtlichen Elternschaft berücksichtigt hat. Bestimmende Faktoren für die Gestaltung der gesetzlichen Regelungen rund um das Eltern-Kind-Verhältnis sind daher die folgenden biologisch-soziologisch vorgegebenen Umstände: Zum einen, dass das Kind aufgrund seiner besonderen Situation (völlige Hilflosigkeit im Säuglingsalter, langsam abnehmender Grad der Hilflosigkeit bis zum Erreichen des Erwachsenenalters) Schutz und Fürsorge durch die Eltern benötigt, was eine stabile Beziehung zu den Eltern voraussetzt, dass es aber andererseits bei Versagen der Eltern Schutz durch den Staat vor den eigenen Eltern benötigt.

Als rechtlich relevante Begründungsmerkmale von Elternschaft können die folgenden Kriterien angeführt werden:

- Ehe;
- Abstammung (welche auf der genetischen Abstammung und dem Zeugungshandeln beruht);
- Wille zur Elternschaft;
- sozial-affektive Beziehung (= real gelebte Beziehung).[24]

Im vom Gesetzgeber bei der Gestaltung des Eltern-Kind-Verhältnisses zugrunde gelegten Regelfall der Elternschaft fallen biologische, soziale und rechtliche Elternschaft zusammen. Im Anschluss an normale Fortpflanzung ist allerdings die Einheit von biologischer, sozialer und rechtlicher Elternschaft nicht immer gegeben. Dies lässt sich anschaulich anhand der folgenden Beispiele belegen:

- Kinder, die als ehelich aufwachsen, deren Erzeuger aber nicht identisch mit dem Ehemann der Mutter ist. Hier ist der rechtliche und soziale Vater nicht der biologische Vater;

---

[23] NIELSSON, Lennart/HARMBERGER, Lars: Ein Kind entsteht, 1990, S. 114, S.135; BERNAT, Erwin: Statusrechtliche Probleme im Gefolge medizinisch assistierter Zeugung, MedR 1986, S. 245-253 (252); SELB, Walter: Rechtsordnung und künstliche Reproduktion des Menschen; 1987, S. 75-76 m.w.N.

[24] WANITZEK, Ulrike: Rechtliche Elternschaft bei medizinisch unterstützter Fortpflanzung, 2002, S. 22 ff. 424-425; vgl. auch zu den Anknüpfungspunkten der rechtlichen Elternschaft beim biologischen Vater und zum diesbezüglichen Gestaltungsspielraums des Gesetzgebers die Ausführungen des BVerfG im Beschluss vom 09.04.2003 (1 BvR 1493/96 und 1 BvR 1724/01), NJW 2003, S. 2151-2158

- Nichteheliche Kinder, die bei einem Elternteil aufwachsen, und zum Teil den Namen des anderen Elternteils nicht kennen, sowie Kinder, die aufgrund von Vergewaltigungen gezeugt wurden. Hier fehlt ein sozialer Elternteil, zum Teil auch ein rechtlicher Elternteil, nahezu immer der rechtliche Vater;
- Kinder, die adoptiert wurden. Hier sind die rechtlichen und sozialen Eltern nicht die biologischen Eltern;
- Findelkinder (heute selten). Solange keine Annahme als Kind erfolgt, haben diese Kinder keine rechtlichen Eltern. Die Funktion der rechtlichen Eltern wird durch einen Vormund übernommen. Die Funktion der sozialen Eltern wird durch eine betreuende Institution (z.B. Kinderheim, Pflegefamilie übernommen). Das Kind hat zudem keine Kenntnis von den biologischen Eltern;
- Kinder aus anderen Ländern, die zu Adoptionszwecken nach Deutschland gebracht werden. Hier sind die rechtlichen und sozialen Eltern nicht die biologischen Eltern, zum Teil besteht keine Kenntnis über die biologischen Eltern. Es kommt hinzu, dass aufgrund des äußeren Erscheinungsbildes von Kind und Adoptiveltern für das Kind und Dritte erkennbar sein kann, dass die rechtlichen und sozialen Eltern nicht die biologischen Eltern sind;
- Es kann auch vorkommen, dass ein Kind zwar rechtliche, aber keine sozialen Eltern hat (z.B. Kinder, die in Heimen oder Pflegefamilien aufwachsen, nachdem ihren Eltern die Erziehungsberechtigung entzogen wurde oder Strassenkinder[25], die von Zuhause fortgelaufen sind) oder dass die sozialen Bezugspersonen von Kindern keine Elternstellung einnehmen (z.B. Kinder, deren rechtliche Eltern wegen häufiger oder permanenter Abwesenheit die Erziehung Dritten wie z.B. älteren Geschwistern, Nachbarn oder Freunden überlassen).

Diesen tatsächlichen Gegebenheiten sind bestimmte gesetzliche Begriffsdefinitionen zugeordnet worden (z.B.: Erziehungsberechtigter, Vormund, Pflegeeltern, Adoptiveltern) und es existieren Gesetze, die die Verteilung von Elternfunktionen auf bestimmte Personen regeln (z.B. §§ 1591 ff. BGB, Adoptionsvermittlungsgesetz). Der rechtliche Handlungsspielraum des Gesetzgebers ist dabei begrenzt auf die grundsätzliche Regelung der Zuordnung der rechtlichen Elternschaft (in Anlehnung an biologische Vorgaben), sowie die im Interesse des Kindeswohls erforderliche Überwachung und ggf. Umgestaltung der sozialen Elternschaft durch Bestimmung von Personen, die bei Versagen der rechtlichen Eltern bei der Betreuung des Kindes diese Funktionen übernehmen (z.B. Vormund, Pflegeeltern). Die biologischen Eltern eines Kindes sind ein naturwissenschaftliches Faktum, das nicht verändert werden kann.

[25] Um 1997 lebten nach ungenauen Schätzungen in Deutschland ca. 7.000-8.000 Kinder zwischen 14 und 18 Jahren auf der Straße (SCHIMKE, Hans-Jürgen: Das neue Kindschaftsrecht; 1998, S. 15 m.w.N.)

Zum Verständnis normaler Fortpflanzung gehört mithin nicht zwingend, dass die Wahrnehmung von Elternfunktion (rechtliche und soziale Elternschaft) ausschließlich auf die biologischen Eltern beschränkt ist. Zwar ist die Einheit von biologischer, rechtlicher und sozialer Elternschaft der vom Gesetzgeber zugrunde gelegte Regelfall, Ausnahmen sind aber, wie dargestellt, nicht selten.

1.1.2.2. Elternschaft bei medizinisch assistierter Fortpflanzung

Auch eine Elternschaft, die sich an die Inanspruchnahme von Methoden der medizinisch assistierten Fortpflanzung anschließt, lässt sich in die Komponenten rechtliche, soziale und biologische Elternschaft aufspalten. Allerdings kommt hier ein weiteres Differenzierungskriterium hinzu: Aufgrund der Methoden der medizinisch assistierten Fortpflanzung ist es möglich, die biologische Elternschaft in zwei zusätzliche Komponenten aufzuspalten. Es ist nicht mehr - wie bei normaler Elternschaft - zwingend, dass ein Mann, der als einziger Geschlechtsverkehr mit der Mutter hatte, auch der genetische Vater des Kindes dieser Frau ist oder dass eine Frau, die ein Kind austrägt und zur Welt bringt, die genetische Mutter ist. Zum Beispiel besteht mittels einer gespendeten Eizelle die Möglichkeit, dass eine Frau ein Kind austrägt, dessen genetische Mutter die Spenderin der Eizelle ist.

Diese Aufspaltung der biologischen Elternschaft wird für diese Arbeit mit den Begriffen genetische und physiologische Elternschaft belegt.[26]

Physiologische Elternschaft bezeichnet das Verhältnis zu einem Kind in Anknüpfung an die Nutzung eigener körperlicher Möglichkeiten bei der Entstehung des Kindes, unabhängig von der genetischen Herkunft des Kindes. Für die physiologische Vaterschaft ist alleiniger Anknüpfungspunkt der geschlechtliche Zeugungsakt, dementsprechend ist physiologischer Vater derjenige, der ein Kind selbst gezeugt hat. Der Geschlechtsakt entfällt in der Regel bei medizinisch assistierter Fortpflanzung (Ausnahme: Hormonbehandlung), es gibt dann keinen physiologischen, sondern nur einen genetischen Vater. Dennoch kann es im Zusammenhang mit der Inanspruchnahme von Methoden der medizinisch assistierten Fortpflanzung ein relevantes Kriterium sein, ob der genetische Vater des Kindes grundsätzlich der Sexualpartner der Mutter ist, oder ob eine männliche Person außerhalb einer Paarbeziehung der genetische Vater ist (sog. Samenspender). Bei der Frau ist neben dem Geschlechtsakt der Hauptanknüpfungspunkt für die physiologische Mutterschaft die Schwangerschaft, diese endet mit Geburt des Kindes. Fehlt es bei medizinisch assistierter Fortpflanzung an

[26] Diese Begriffe verwendet auch *Selb* (SELB, Walter: Rechtsordnung und künstliche Reproduktion des Menschen; 1987, S. 73), die Nomenklatur ist aber insoweit nicht einheitlich. Was für diese Arbeit als physiologische Mutterschaft bezeichnet wird, findet sich u.a. auch unter den Bezeichnungen "körperliche Mutterschaft" oder "biologische Mutterschaft". Der Begriff der genetischen Mutterschaft wird dagegen einheitlich verwendet. Da auch die genetische Mutterschaft ein biologisches Faktum darstellt, ist die Bezeichnung "physiologische Mutterschaft" für die zweite Komponente der biologischen Mutterschaft am besten geeignet, Verwirrungen vorzubeugen.

einem Geschlechtsakt, so liegt allein bei der Frau physiologische Elternschaft vor, die das Kind austrägt (physiologische Mutter).

Anknüpfungspunkt für die **genetische Elternschaft** ist die genetische Abstammung eines Kindes von zwei verschiedengeschlechtlichen Personen. Die Person, von deren Körpersubstanz die Samenzelle stammt, ist der genetische Vater und die Person, von deren Körpersubstanz die Eizelle stammt, ist die genetische Mutter. Ei- und Samenzelle sind menschliche Keimzellen, auch "Gameten" oder "Keimbahnzellen" genannt. Sie unterscheiden sich von normalen Körperzellen dadurch, dass sie keinen doppelten, sondern lediglich einen einfachen Chromosomensatz enthalten. Erst bei Kernverschmelzung von Ei- und Samenzelle entsteht wieder ein doppelter Chromosomensatz und damit ein neuer, durch eine individuelle genetische Struktur gekennzeichneter Mensch.

Sofern es in der Zukunft möglich wird, dass Menschen auch in anderer Weise als durch die Vereinigung von Ei- und Samenzelle verschiedengeschlechtlicher Personen entstehen, ist die genetische Abstammung voneinander ein Kriterium, das weiterhin für die Zuordnung von Elternschaft verwendet werden kann. Dies gilt allerdings nur, wenn die Erbinformation bestimmter Personen unverändert für die Kinder übernommen wurde (z.B. aus Zellkernen von Körperzellen). Wenn man jemals in der Lage sein sollte, die Erbinformation eines neuen Menschen frei festzulegen, sozusagen eine individuelle genetische Disposition aus den Grundbausteinen der menschlichen Erbinformation zu „designen“, so versagt die Zuordnung zu einer anderen Person aufgrund genetischer Elternschaft.

Die drei Komponenten der Elternschaft (genetisch, physiologisch, sozial) können in Bezug auf die Entstehung eines Kindes nach medizinisch assistierter Fortpflanzung inzwischen vollständig auseinanderfallen, so dass im nachfolgend dargestellten Extremfall fünf Personen in irgendeiner Weise Elternfunktion erfüllen:

- Der soziale Vater und die soziale Mutter (= Wunscheltern) haben nichts zur Entstehung des Kindes beigetragen

- Es erfolgte eine Ei- und Samenspende durch zwei weitere Personen (genetischer Vater und genetische Mutter)

- Das Kind wurde von einer weiteren Person ausgetragen, der die befruchtete Eizelle eingepflanzt wurde (physiologische Mutter)

Dies ist allerdings nicht zwingend. Wird einem Paar mittels in vitro Fertilisation dazu verholfen, ein eigenes genetisches Kind zu bekommen, das von der Frau ausgetragen

wird, so handelt es sich um die Inanspruchnahme von Methoden der medizinisch assistierten Fortpflanzung, an der nur zwei Personen beteiligt sind, die alle Elternfunktionen ausüben (wie bei natürlicher Fortpflanzung). In Bezug auf die mögliche Anzahl von Personen mit Elternfunktion sind zwischen dem Vorhandensein von zwei Personen mit Elternfunktion und dem Extremfall von fünf (in besonderen Ausnahmefällen sogar noch mehr[27]) Personen zahlreiche weitere Konstellationen möglich.

Auch Personen, die ausdrücklich "allein" Kinder bekommen und als Einzelperson alle Elternfunktionen wahrnehmen wollen, benötigen zur Verwirklichung dieses Ziels eine gegengeschlechtliche Person, die aus ihrer Körpersubstanz eine Keimzelle zur Verfügung stellt, um ein Kind zu zeugen. Entscheidendes Merkmal der geschlechtlichen Fortpflanzung (und der Grund für die Entwicklung geschlechtlicher Fortpflanzung in der Evolution) ist die Kombination des Erbgutes von zwei verschiedenen Individuen mit dem Ziel, durch Kombination verschiedenartigen Erbgutes eine höhere Varianz der genetisch vorgegebenen Merkmale zu erreichen. Eine Person alleine kann sich nicht geschlechtlich fortpflanzen. Dementsprechend wird von diesen Einzelpersonen lediglich angestrebt, alleinige rechtliche und soziale Eltern eines Kindes zu werden.

In Anknüpfung daran, wer später die rechtlichen und sozialen Eltern eines Kindes sein sollen, wurden für die Inanspruchnahme medizinischer Methoden zur Erreichung dieses Ziels die Begriffe "homologe" und "heterologe" Fortpflanzung geprägt.

Bei **homologer Fortpflanzung** beabsichtigt ein Paar - unterstützt durch medizinische Hilfe - mit den eigenen Genen und allein mit Hilfe seiner eigenen körperlichen Möglichkeiten (= genetische und physiologische Fortpflanzung) Kinder zu bekommen und später zusammen die soziale Elternfunktion auszuüben. Dies umfasst Ehepaare ebenso wie dauerhafte nichteheliche Lebensgemeinschaften. Teilweise wird in der Literatur für die homologe Fortpflanzung bei einem unverheirateten Paar auch der Begriff „quasi-homolog“ verwendet.[28]

Der Begriff **heterologe Fortpflanzung** bezeichnet die Inanspruchnahme ärztlicher Hilfe zu Fortpflanzungszwecken, die darauf abzielt, dass die soziale Elternfunktion später von Personen wahrgenommen wird, die nicht die vollständigen genetischen und physiologischen Eltern des Kindes sind. Dies umfasst auch Singles, welche allein die soziale Elternfunktion wahrnehmen wollen.

---

[27] z.B. wenn das Kind genetisch von mehr als zwei Personen abstammt (vgl. hierzu die Ausführungen im Abschnitt 1.3., tabellarische Auflistung der Geschichte der medizinisch assistierten Fortpflanzung, Unterpunkt Mai 2001)

[28] GÜNTHER in: KELLER, Rolf/GÜNTHER, Hans-Ludwig/KAISER, Peter: Embryonenschutzgesetz, 1992, Einführung S. 91, RN 5

Die Benutzung dieser Begriffe ist in der Literatur nicht einheitlich, z.B. wird teilweise auch medizinisch assistierte Fortpflanzung innerhalb einer nichtehelichen Gemeinschaft als Unterfall der heterologen Fortpflanzung betrachtet. Im Rahmen dieser Arbeit werden die Begriffe ausschließlich im Sinne der o.g. Definition verwendet.

1.1.3. Zwischenergebnis

Fortpflanzung ist eine Tätigkeit, während Elternschaft ein Zustand ist. Abgesehen von der Möglichkeit der Annahme eines bereits existierenden Kindes beginnt die Elternschaft mit der Entstehung eines Embryos bei Befruchtung einer Eizelle. Zu diesem Zeitpunkt ist der Vorgang "Fortpflanzung" bereits in Gang gesetzt, aber noch nicht abgeschlossen. Elternschaft kann aufgrund folgender Anknüpfungspunkte vorliegen:

1. Genetische Abstammung des Kindes von einer Person (genetische Elternschaft);

2. Zeugung des Kindes in einem Geschlechtsakt, Austragung eines Kindes (physiologische Elternschaft);

3. Sozialer Umgang mit dem Kind, Erziehung und Pflege (soziale Elternschaft);

4. Abstammungsrechtliche Zuordnung des Kindes zu einer Mutter und einem Vater (rechtliche Elternschaft).

Bei normaler Elternschaft fallen die genetische und die physiologische Elternschaft immer zusammen (= biologische Elternschaft). Für diese Arbeit wird daher der **Begriff der normalen Elternschaft** definiert als Elternschaft im Anschluss an eine im Wege der Zeugung in einem Geschlechtsakt entstandene Schwangerschaft und die Geburt eines Kindes ohne Inanspruchnahme von Methoden der medizinisch assistierten Fortpflanzung. Bei Elternschaft nach medizinisch assistierter Fortpflanzung können genetische und physiologische Eltern auseinanderfallen.

Unter dem Begriff Fortpflanzung ist allein der biologische Vorgang der Fortpflanzung zu verstehen. Hierzu gehören

1. Weitergabe von eigenem Erbgut (genetische Fortpflanzung); und/oder

2. Zeugung und Austragung eines Kindes (physiologische Fortpflanzung)

Sozialer Kontakt zu einem geborenen Kind ist nur die Folge, aber kein Bestandteil der Tätigkeit Fortpflanzung.

1.2. Zahlen und Fakten zur ungewollten Kinderlosigkeit

Die Geburtenrate in Deutschland ist rückläufig.[29] Nach ständigen Steigerungen der Geburtenzahlen von 1945 bis 1964 hat sich die Zahl der Neugeborenen von 1964 bis 1978 etwa halbiert. Die Nettoreproduktionsrate in Deutschland lag

1950 bei 0,93;
1966 bei 1,19;
1985 bei 0,60.[30]

Dieser Geburtenrückgang ist unabhängig davon, ob Menschen körperlich dazu in der Lage sind, Kinder zu bekommen. Der Geburtenrückgang beruht vielmehr darauf, dass sich viele Menschen dagegen entscheiden, Kinder zu bekommen[31] und die Entwicklung moderner Verhütungsmethoden (z.B. Markteinführung der Anti-Baby-Pille in Deutschland in den 60er Jahren[32]) die Umsetzung dieses Entschlusses erleichtert hat.[33] Es gibt zwar keine Methode der Empfängnisverhütung, die absolut zuverlässig ist, keine Nebenwirkungen aufweist und bequem anzuwenden ist, die Vielzahl moderner Verhütungsmethoden erlaubt es den Partnern in einer Geschlechtsgemeinschaft aber bei deren richtiger Anwendung und bei Abstimmung der Methode auf die besonderen Umstände der Partnerschaft mit relativ großer Wahrscheinlichkeit eine gezielte Familienplanung zu betreiben.[34] Die Entscheidung, freiwillig keine Kinder in die Welt zu setzen, kann am besten mit dem Begriff "**gewollte Kinderlosigkeit**" beschrieben werden. Der Anteil der bewusst kinderlosen Paare, bei denen die Kinderlosigkeit freiwillig ist und auf einer grundsätzlichen Entscheidung gegen Kinder beruht, wird auf ca. 8-10 % geschätzt (Bezugsjahr: 1992).[35] Die gewollte Kinderlosigkeit hat zahlreiche Ursachen, die oft nicht präzise zu fassen sind, da ihnen in der Regel ein Motivbündel einer Person oder eines Paares zugrunde liegt (z.B. Wahrung des Lebensstandards, Interesse beider Partner an ihrer beruflichen Karriere, Mangel an Wohnraum, Angst vor Verantwortung,

[29] Um eine Bevölkerung durch Selbstreproduktion konstant zu halten, muss jede Frau mindestens zwei Kinder bekommen, zum Ausgleich der Sterblichkeit vor Erreichen des Reproduktionsalters sind jedoch, je nach Umfang der Sterblichkeit in einer Gesellschaft, etwas mehr Geburten erforderlich: z.B. heute ca. 2,1 Kinder pro Frau, 1900 ca. 3 Kinder pro Frau (DIENEL, Christiane: Kinderzahl und Staatsräson - Empfängnisverhütung und Bevölkerungspolitik in Deutschland und Frankreich bis 1918, 1995, S. 25).

[30] CROMM, Jürgen: Bevölkerung, Individuum, Gesellschaft - Theorien und soziale Dimensionen der Fortpflanzung; 1988 S. 10

[31] HAMMER, Margot: Häufigkeit, Ursachen und Folgen der kinderlosen Ehen, unter Berücksichtigung der gewollten Kinderlosigkeit, 1964, S. 43

[32] 1961 kam als erste „Anti-Baby-Pille“ das Arzneimittel „Anovlar“ in Deutschland auf den Markt, das erste Zweiphasenpräparat (Sequenzpräparat) zur hormonellen Empfängnisverhütung kam 1964 und das erste Dreistufenpräparat 1979 auf den Markt; vgl. hierzu: KUHL, Herbert/JUNG-HOFFMANN, Claudia: Kontrazeption, 1999, S. 22 ff.

[33] vgl. hierzu: KUHL, Herbert/JUNG-HOFFMANN, Claudia: Kontrazeption, 1999, S. 16 ff.

[34] KUHL, Herbert/JUNG-HOFFMANN, Claudia: Kontrazeption, 1999, S. 16

[35] OLBRICH, Erhard/BRÜDERL, Leokadia in: OERTER, Rolf/MONTADA, Leo (Hg.): Entwicklungspsychologie, 1998, S. 411

Bequemlichkeit, Angst der Frau vor Schwangerschaft und Geburt, Verlust von Freiheit, politische und ökologische Unsicherheit, Probleme in der Partnerschaft, gesundheitliche Gründe, Mangel an familiärer Unterstützung, finanzielle Schwierigkeiten).[36] Die gewollte Kinderlosigkeit ist ein gesellschaftliches Phänomen, das insbesondere in Industrienationen und dort vermehrt in den Städten auftritt.[37] Die gewollte Kinderlosigkeit wird derzeit immer mehr als Problem der Bevölkerungsentwicklung in Deutschland diskutiert, da sie zu einer erheblichen Verschiebung der Alterspyramide geführt hat, auf deren unverändertem Bestand einige gesetzliche Regelungen aufbauen, wie z.B. das auf dem Generationenvertrag basierende Rentensystem. Die gewollte Kinderlosigkeit ist allerdings nicht der zentrale Untersuchungsgegenstand dieser Arbeit. Sie wird dementsprechend in Bezug auf Fortpflanzungsgrundrechte nicht vertieft untersucht.

Ungewollte Kinderlosigkeit liegt vor, wenn sich eine Person dafür entscheidet, Kinder auf normalem Wege in die Welt zu setzen und dann feststellt, dass sie nicht in der Lage ist, diesen Entschluss zusammen mit ihrem gegengeschlechtlichen Partner oder ihrer Partnerin zu verwirklichen (organisch oder psychisch bedingte Sterilität oder ungeklärte Sterilität). Ungewollte Kinderlosigkeit liegt auch dann vor, wenn sich eine Person fortpflanzen möchte, aber erfährt, das aufgrund ihrer genetischen Disposition oder der genetischen Disposition ihres Partners ein erhöhtes Fehlbildungsrisiko für das Kind besteht und sie deshalb von ihrer Fortpflanzungsentscheidung Abstand nimmt (genetische Motivation).

Die beiden Hauptursachen der ungewollten Kinderlosigkeit, Sterilität und genetische Motivation, werden nachfolgend genauer erläutert. Gleichzeitig werden die Hauptargumente behandelt, die in der öffentlichen Diskussion moderner reproduktionsmedizinischer Behandlungsmethoden für oder gegen den Einsatz der medizinisch assistierten Fortpflanzung zur Behebung der ungewollten Kinderlosigkeit angeführt werden.

---

[36] HAMMER, Margot: Häufigkeit, Ursachen und Folgen der kinderlosen Ehen, unter Berücksichtigung der gewollten Kinderlosigkeit, 1964, S. 39-40, 65, 87; SCHNEEWIND, Klaus: „Bewußte Kinderlosigkeit: Subjektive Begründungsfaktoren bei jungverheirateten Paaren“, in: NAUCK, Bernhard/ONNEN-ISEMANN (Hg.): Familie im Brennpunkt von Wissenschaft und Forschung, 1995, S. 457-472

[37] HAMMER, Margot: Häufigkeit, Ursachen und Folgen der kinderlosen Ehen, unter Berücksichtigung der gewollten Kinderlosigkeit, 1964, S. 48-57

1.2.1. Sterilität

Ein Paar gilt als steril, wenn nach ein bis zwei Jahren ungeschützten Geschlechtsverkehrs keine Schwangerschaft eingetreten ist.[38] In den Industrienationen bleiben heute ca. 15-20 % aller neuen Ehen zumindest zeitweilig ungewollt kinderlos.[39] Bei 3-9 % erfüllt sich der Kinderwunsch auch langfristig nicht.[40] In Deutschland stellte sich im Jahr 1999 in jeder sechsten Ehe, also bei ca. zwei Millionen Ehepaaren, der ersehnte Nachwuchs nicht ein[41].

Sterilität ist nicht zwingend ein Dauerzustand. Sie kann verschiedene Ursachen haben und dementsprechend mit oder ohne ärztliche Behandlung irgendwann enden. Als Ursachen kommen sowohl physische wie auch psychische Faktoren in Frage.

Sterilitätsfaktoren können z.B. sein:

Beide Partner: Alter, Sterilitätsdauer, Immunologische Faktoren, psychogene Faktoren, ungeklärte Sterilität

Frau: Vorausgegangene Schwangerschaften, Störungen im Funktionskreis der Ovarien (Ovar = Eierstock), Tubare Faktoren (Tuben = Eileiter), Extragenitale Endometriose[42] , Uterine Faktoren (Uterus = Gebärmutter), Zervikale Faktoren (Zervix = Gebärmutterhals), Vaginale Faktoren (Vagina = Scheide)[43]

Mann: Erektionsstörungen, Verschluss des Samenleiters, verminderte Spermienqualität und Spermienquantität.[44]

---

[38] KAHLKE, Winfried und REITER-THEIL, Stella (Hg.): Ethik in der Medizin; 1995, dies. im Kapitel „Fortpflanzungsmedizin“, S. 35

[39] KROLZIK, Volker/SALZMANN, Werner: Kind um jeden Preis? Beiträge zur ethischen Diskussion der neuen Reproduktionstechniken; 1989, ALLNER, Günter, S. 16-17 (diese Zahlen umfassen nur ungewollte Kinderlosigkeit aufgrund von Sterilität); BT-Drucksache 11/1856, S. 3

[40] ITTNER, Edith/HIMMEL, Wolfgang/KOCHEN, Michael: „Ungewollte Kinderlosigkeit als primärärztliches Beratungsproblem – Handlungsempfehlungen für Hausärzte, Internetpublikation: „http://www.allgemeinmedizin.med.uni-goettingen.de/“ unter dem Schlagwort „Kinderwunsch“, Zugriff: Mai/2001, Punkt 2. „Häufigkeit“

[41] Bericht der Ärztezeitung vom 10./11.09.1999, „Vielen kinderlosen Paaren kann heute geholfen werden“, S. 12

[42] Endometriose = Vorkommen von endometriumähnlichem Gewebe außerhalb der physiologischen Schleimhautauskleidung der Uterushöhle, das ähnlichen zyklischen Veränderungen unterworfen ist wie das Endometrium (Endometrium = Schleimhaut des Gebärmutterkörpers); Definition entnommen aus: RÖMER, Thomas/STRAUBE, Wolfgang (Hg.): Pschyrembel Wörterbuch Gynäkologie und Geburtshilfe, 1999

[43] Übersetzungen der medizinischen Fachbegriffe entnommen aus: RÖMER, Thomas/STRAUBE, Wolfgang (Hg.): Pschyrembel Wörterbuch Gynäkologie und Geburtshilfe, 1999

[44] WINKHAUS in: KAISER, Rolf/SCHUMACHER, Gebhard F.B. (Hg.): Menschliche Fortpflanzung - Fertilität-Sterilität-Kontrazeption, 1981, S. 291

Neben Fällen, in denen die Ursache auf psychischen Faktoren beruht oder nicht feststellbar ist, können dementsprechend zahlreiche körperliche Defekte bei einem oder bei beiden Partnern die Entstehung eines Kindes auf normalem Wege unmöglich machen. Bei 60-80 % der sterilen Paare liegt die Ursache für die Sterilität bei einem Partner, bei 10-20 % bei beiden. Es verbleiben bis zu ca. 20 %, bei denen die Ursache der Kinderlosigkeit des Paares nicht festgestellt werden kann.[45]

Für ungefähr die Hälfte der ungewollt kinderlosen Paare ist der Nichteintritt einer Schwangerschaft kein Anlass, ärztliche Hilfe in Anspruch zu nehmen. Es wird davon ausgegangen, dass dieser Teil der kinderlosen Paare mit der Kinderlosigkeit gut zurecht kommt und keine weitergehenden Beratungs- und Hilfsangebote bei der Entwicklung neuer Lebensperspektiven benötigt.[46] Die andere Hälfte der ungewollt kinderlosen Paare nimmt ärztliche Beratung und Hilfe in Anspruch. Bei diesen Paaren besteht i.d.R. die Hoffnung, mit ärztlicher Hilfe in die Lage versetzt zu werden, soweit als möglich eigene Kinder zu bekommen. Es gibt somit bei ungewollter Kinderlosigkeit die folgenden, grundlegenden Entscheidungsalternativen: Ob ein Paar bereit ist, die Kinderlosigkeit zu akzeptieren und eine andere Lebensperspektive zu entwickeln oder ob ein Paar durch zusätzliche Maßnahmen versucht, die Kinderlosigkeit zu überwinden (insbesondere mit Hilfe der medizinisch assistierten Fortpflanzung). Bereits an dieser Stelle ist anzumerken, dass die Entscheidung für die eine oder die andere dieser zwei Entscheidungsalternativen ohne Hinzutreten besonderer Umstände kein Indiz für eine irgendwie geartete psychische Auffälligkeit darstellt.[47]

Wenn die Entscheidung für Kinder innerhalb eines Paares aufrechterhalten bleibt, obwohl es zu Schwierigkeiten bei der Verwirklichung dieses Ziels kommt, kann es zu mannigfaltigen psychischen und sozialen Problemen kommen:

Molinski schildert die psychologischen und sozialen Probleme eines sterilen Ehepaares wie folgt:

> „Kinderlosigkeit kann eine ernste Beeinträchtigung des Lebensglücks bedeuten. Das Ausmaß der Lebenskrise kann der Außenstehende einschließlich des Arztes mitunter kaum nachvollziehen. Dabei geht es nicht nur um die Enttäuschung, dass der Wunsch nach einem Kind und die vielseitigen Quellen des Wunsches nach einem Kind unerfüllt bleiben. Vielmehr geht es

[45] BERTAZZONI, Umberto/FASELLA, Paolo/KLEPSCH, Andreas/LANGE, Peter (Hg.): Human Embryos and Research - Proceedings of the European Bioethics Conference in Mainz, 7-9 November 1988; 1990, CROSIGNANI, P.G.: Medicaly assisted procreation, S. 54

[46] ITTNER, Edith/HIMMEL, Wolfgang/KOCHEN, Michael: „Ungewollte Kinderlosigkeit als primärärztliches Beratungsproblem – Handlungsempfehlungen für Hausärzte, Internetpublikation: „http://www.allgemeinmedizin.med.uni-goettingen.de/“ unter dem Schlagwort „Kinderwunsch“, Zugriff: Mai/2001, Punkt 10.

[47] vgl. hierzu die detaillierten Ausführungen in Teil 3, Abschnitt 3.4.3.

auch um eine narzisstische Beeinträchtigung. Als erste Reaktion ist das Paar meist äußerst verblüfft und bestürzt und will es gar nicht glauben, wenn es merkt, dass ein Konzeptionsproblem besteht. Denn fast jedermann hält es emotional für selbstverständlich, dass er selber fruchtbar ist. Insbesondere der sogenannte schuldige Partner fühlt sich in seinem Selbstbild und Selbstwertgefühl getroffen; er fühlt sich hilflos und inadäquat. Nicht selten ist die Stellung innerhalb der Familie, Gesellschaft oder Gruppe beeinträchtigt. Um so mehr wird die Sterilität als Makel erlebt. Dieses Gefühl des Makels aber stellt eine tiefe Kränkung dar. Das Gefühl der Kränkung aber führt leicht zu aggressiven Gefühlen, zu Ärger, Empörung gegen das Schicksal, Selbstvorwürfen und Schuldgefühlen, die freilich zunächst meist unterdrückt gehalten werden.“[48]

Onnen-Isemann beschreibt weitere, mit ungewollter Kinderlosigkeit einhergehende Probleme wie folgt:

„Im Vergleich zu freiwillig Kinderlosen, die eine gewisse Form der ‚Güterabwägung‘ treffen können zwischen den Vor- und Nachteilen des Familie-Habens und den Alternativen, die ein Leben ohne Familie beinhalten kann, die also eine vermeintliche Kontrolle über ihre eigenen Lebensziele haben, fehlt den unfreiwillig Kinderlosen diese Kontrollmöglichkeit. Sie sind häufiger frustriert aufgrund der nicht-erhaltenen Befriedigung durch Erfahrungen mit eigenen Kindern und haben es deutlich schwerer, sich eigene Lebensalternativen vorzustellen bez. zu entwickeln (vgl. Menning 1980). Stauber (1984) stellte fest, daß der nicht erfüllte Kinderwunsch vor allem bei Frauen oft mit einer Störung des Selbstwertgefühls einhergeht und depressive Stimmungen auslöst: Externe Sanktionen lösen sich ab mit internen Frustrationen und begünstigen ein negatives Selbst-labeling der infertilen Frau und versetzen sie somit in Streß (vgl. Fiegl & Kemeter 1989). Hölzle (1990:203) stellt in Ergänzung dazu bei IvF-Patientinnen eine besondere Idealisierung von Schwangerschaft, Geburt und Elternschaft fest. Diese Idealisierung kann als eine Reaktion auf den vergeblichen Kinderwunsch gelten oder als eine Bewältigungsstrategie zur Erhöhung der Streßtoleranz in Bezug auf die Behandlung gewählt werden: je notwendiger, wichtiger und unverzichtbarer ein Kind zur Klärung der eigenen Zukunftsperspektiven, als Schutz vor Einsamkeit und Bereicherung der Partnerschaft erscheint, desto weniger problematisch wird die psychische Bewältigung der medizinischen Behandlung erlebt.“[49]

Der Vorsitzende der Patientenselbsthilfeorganisation „Wunschkind e.V.“ 1999, *Janz* beschreibt die Folgen der ungewollten Kinderlosigkeit wie folgt:

„Ungewollte Kinderlosigkeit verändert das Leben der betroffenen Paare oft in einer Weise, die so tiefgreifend ist, wie es natürlich im Voraus in keinster Weise erahnt werden kann. Tabuisierung und Ausgrenzung treffen die meisten unvorbereitet, so daß sie oft wie ein Schock wirken und sogleich ein Gefühl großer Hilflosigkeit hinterlassen. [...] bevor wir in die Situation kommen, uns nach einer erfolgreichen IVF/ICSI vor unserem sozialen Umfeld zu outen, hat sich dieses oft schon radikal verändert. Dieser Prozeß ist oft komplexer und schwieriger zu bestehen als die reproduktionsmedizinische Behandlung. Fast alle Lebensbereiche sind von der ungewollten Kinderlosigkeit betroffen.“[50]

Kinderlosigkeit ist, unabhängig davon, ob diese gewollt oder ungewollt vorliegt, auch heute noch ein Grund für Diskriminierung innerhalb der Gesellschaft, speziell innerhalb des

[48] MOLINSKI in: KAISER, Rolf/SCHUMACHER, Gebhard F.B. (Hg.): Menschliche Fortpflanzung - Fertilität-Sterilität-Kontrazeption, 1981, S. 281

[49] ONNEN-ISEMANN, Corinna: „Ungewollte Kinderlosigkeit und moderne Reproduktionsmedizin“ , in: NAUCK, Bernhard/ONNEN-ISEMANN (Hg.): Familie im Brennpunkt von Wissenschaft und Forschung, 1995, S. 479

[50] JANZ, L. in: KREBS, Dieter/VAN DER VEN, Hans (Hg.): Aktuelle Reproduktionsmedizin - Gegenwart und Zukunft der IVF und ICSI, 1999, S. 89

sozialen Umfeldes und innerhalb der Familie.[51] Bei der Behandlung der ungewollten Kinderlosigkeit besteht das Problem, dass bei den meisten Paaren beide Partner (ca. 86 % der Frauen und 97 % der Männer) erwerbstätig sind, aber ihren Arbeitgeber aus Angst vor Diskriminierung nicht über die Behandlung in Kenntnis setzen wollen.[52] Da die Behandlung zum Teil sehr zeitaufwendig ist, müssen sich die Wunscheltern dementsprechend kreativ in der Begründung häufiger Abwesenheiten gegenüber ihrem Arbeitgeber werden. Dies schafft eine nicht unerhebliche weitere Stressbelastung für Wunscheltern.

Den hohen psychischen, physischen und (oft nicht erstattungsfähigen) finanziellen Belastungen eines ungewollt kinderlosen Paares steht eine relativ geringe Erfolgswahrscheinlichkeit pro Behandlung mit Methoden der medizinisch assistierten Fortpflanzung gegenüber. Die Erfolgsaussichten der Überwindung ungewollter Kinderlosigkeit mit ärztlicher Unterstützung variieren je nach den Umständen des Einzelfalls und können mit Hilfe allgemeiner und individueller Kriterien abgeschätzt werden. Nach statistischen Erhebungen sind allgemeine, für die Erfolgsprognose relevante Faktoren das Alter der Partner, insbesondere der Frau (günstigste Fertilität bei ca. 20-25 Jahren)[53], sowie die Dauer der ungewollten Kinderlosigkeit in einer Partnerschaft (je länger einer Partnerschaft bereits steril geblieben ist, desto geringer ist die Wahrscheinlichkeit, dass noch ein Kind empfangen und geboren wird)[54]. Neben diesen allgemeinen Prognosefaktoren können die Erfolgsaussichten weiterhin in Abhängigkeit von der körperlichen Verfassung eines fortpflanzungswilligen Paares bestimmt werden. Dabei sind die Aussichten auf Erfolg abhängig von den individuellen Ursachen der ungewollten Kinderlosigkeit und vom angewendeten Verfahren. Z.B. sind die Erfolgschancen von Methoden wie in vitro Fertilisation oder intratubarer Gametentransfer bei Frauen unter 35 Jahren vergleichbar mit den natürlichen Chancen, innerhalb eines Zyklus der Frau (ca. 28 Tage) schwanger zu werden. Die Chance pro Zyklus liegt nach positiven Einschätzungen und bei maximal günstigen Bedingungen bei höchstens ca. 20-25 %, was mehrere Behandlungszyklen erforderlich machen kann[55]. Nach den vom

---

[51] ONNEN-ISEMANN, Corinna: „Ungewollte Kinderlosigkeit und moderne Reproduktionsmedizin“ , in: NAUCK, Bernhard/ONNEN-ISEMANN (Hg.): Familie im Brennpunkt von Wissenschaft und Forschung, 1995, S. 473

[52] RIEGL, G. F. in: KREBS, Dieter/VAN DER VEN, Hans (Hg.): Aktuelle Reproduktionsmedizin - Gegenwart und Zukunft der IVF und ICSI, 1999, S. 97, 99

[53] HAMMER, Margot: Häufigkeit, Ursachen und Folgen der kinderlosen Ehen, unter Berücksichtigung der gewollten Kinderlosigkeit, 1964, S. 21-27

[54] HAMMER, Margot: Häufigkeit, Ursachen und Folgen der kinderlosen Ehen, unter Berücksichtigung der gewollten Kinderlosigkeit, 1964, S. 27-30

[55] ITTNER, Edith/HIMMEL, Wolfgang/KOCHEN, Michael: „Ungewollte Kinderlosigkeit als primärärztliches Beratungsproblem – Handlungsempfehlungen für Hausärzte, Internetpublikation: „http://www.allgemeinmedizin.med.uni-goettingen.de/“ unter dem Schlagwort „Kinderwunsch“, Zugriff: Mai/2001, Punkt 12

Deutschen IVF-Register[56] , für das Jahr 1997 gesammelten und ausgewerteten Daten aus 75 reproduktionsmedizinischen Zentren lag die Schwangerschaftsrate bei IVF pro Embryonentransfer bei 24,4 % (1996: 24,1 %), bei ICSI lag die Schwangerschaftsrate pro Embryonentransfer bei 23,3 %.[57] Die Geburtenrate pro Behandlung (sog. Baby-take-home-Rate) lag 1998 in Deutschland für die IVF bei 13,6 % und für die ICSI bei 15,1 %.[58] Für England wird die Geburtenrate pro Behandlung im Jahr 2000 für die IVF mit ca. 14-15 % angegeben und für die ICSI mit 20-21 %.[59] Bei Ausschöpfung aller therapeutischen Möglichkeiten der medizinisch assistierten Fortpflanzung können ca. 60-80 % aller ungewollt kinderlosen Paare doch noch Eltern werden.[60] Es kann auch vorkommen, dass die Sterilität endet, ohne dass eine Fertilitätsbehandlung durch eine Medizinerin oder einen Mediziner vorgenommen wurde. Bei psychischen Ursachen der Sterilität gibt es z.B. vier unterschiedliche Situationen, in denen es nach Erfahrungen aus der Fertilitätssprechstunde häufig zu einer sog. „spontanen“ Schwangerschaft kommt:

(a) Die Durchführung rein diagnostischer Maßnahmen durch Ärztin/Arzt;
(b) nach nur kurzen therapeutischen Gesprächen;
(c) nach Adoption eines Kindes;
(d) in einer neuen Partnerschaft.[61]

Selbst nach erfolglosen Therapieversuchen mit IVF bleiben ca. 80 % der fortpflanzungswilligen Paare gegenüber der extrakorporalen Befruchtung positiv eingestellt. Häufig kommt es zum Wunsch nach einer weiteren Behandlung. Ungefähr 12 % der erfolglos behandelten Patientinnen haben im Anschluss an die Behandlung Beschwerden (meist Unterbauchbeschwerden), in ca. 4 % der Fälle halten diese Beschwerden länger als einen Monat an. Hinzu kommen oft schwerwiegende psychische Reaktionen (verlängerte Trauerarbeit, depressive Krisen) bei Therapieversagen.[62] Bei der reproduktionsmedizinischen Behandlung steht in aller Regel der Aspekt der

---

[56] das Deutsche IVF-Register ist eine Einrichtung der Deutschen Gesellschaft für Gynäkologie und Geburtshilfe (DGGG) und wird getragen von der Arbeitsgemeinschaft Gynäkologische Endokrinologie und Fortpflanzungsmedizin (AGGEF) und dem Bundesverband Reproduktionsmedizinischer Zentren in Deutschland (BRZ)

[57] FELBERBAUM, R. in: KREBS, Dieter/VAN DER VEN, Hans (Hg.): Aktuelle Reproduktionsmedizin - Gegenwart und Zukunft der IVF und ICSI, 1999, S. 6-8

[58] Bericht der Ärztezeitung „Das deutsche Recht zwingt Ärzte zu suboptimaler Therapie“ vom 11.12.2000

[59] Bericht der Ärztezeitung „In den USA kommt es bei IVF in 80 Prozent zu Mehrlingsgeburten“ vom 21.06.2000

[60] Bericht der Ärztezeitung vom 10./11.09.1999, „Vielen kinderlosen Paaren kann heute geholfen werden“, S. 12

[61] MOLINSKI in: KAISER, Rolf/SCHUMACHER, Gebhard F.B. (Hg.): Menschliche Fortpflanzung - Fertilität-Sterilität-Kontrazeption, 1981, S. 281

[62] MERZ, Bettina: Die medizinische, ethische und juristische Problematik artifizieller menschlicher Fortpflanzung: artifizielle Insemination, In-vitro-Fertilisation mit Embryotransfer und die Forschung an frühen menschlichen Embryonen; 1991, S. 128

physischen Sterilität im Vordergrund.[63] Wegen dieses Abstellens auf die physische Sterilität wird an der modernen Reproduktionsmedizin zum Teil kritisiert, es werde der Umstand nicht angemessen berücksichtigt, dass Sterilität auch eine Reaktion auf äußere oder innere Belastungen sein könne.[64] Die moderne Medizin neige dazu, den Menschen auf der Basis eines mechanistisch-naturwissenschaftlich reduzierten Menschenbildes[65] *"wie ein kaputtes Auto"* zu betrachten: Indem man den defekten Teil behandele, gelte er als repariert. Die einzelne Person werde nicht ganzheitlich betrachtet, sondern in eine biologische, eine psychologische und eine soziale Existenz aufgespalten, wobei oft nicht hinreichend berücksichtigt werde, dass alle Teile einer menschlichen Existenz untrennbar miteinander verbunden seien und sich gegenseitig permanent beeinflussten.[66] Das Instrumentarium der Reproduktionsmedizin wird mit dieser Begründung in bestimmten Fällen als geeignetes Mittel zur Behandlung von Sterilität abgelehnt. Als Alternative wird vorgetragen, statt die Reproduktionsmedizin zu propagieren, solle man lieber ganzheitlich denken und beim Umwelt- oder Arbeitsschutz sowie beim Lebensstil ansetzen.[67] Alle diese Argumente können im Einzelfall richtig sein, dem ungewollt kinderlosen Paar wird hierdurch aber akut nicht geholfen. Die Einflussmöglichkeiten von Wunscheltern sind auf ihren eigenen Lebenswandel beschränkt und es ist deshalb nicht zulässig, ihnen einen gesamtgesellschaftlichen Missstand entgegenzuhalten. Sie können nicht darauf verwiesen werden, auf die Verbesserung unserer Gesellschaft zu warten. Es gibt inzwischen Untersuchungen, die darauf hindeuten, dass Sterilität vermehrt in modernen westlichen Industriegesellschaften auftritt.[68] Wenn aber unsere moderne Industriegesellschaft vermehrt Sterilität bei einzelnen Individuen erzeugt, sollte grundsätzlich die Möglichkeit akzeptiert werden, diesen Defekt bei Versagen „klassischer" Therapieformen mit modernen reproduktionsmedizinischen Methoden zu behandeln.

---

[63] vgl. hierzu ITTNER, Edith/HIMMEL, Wolfgang/KOCHEN, Michael: „Ungewollte Kinderlosigkeit als primärärztliches Beratungsproblem – Handlungsempfehlungen für Hausärzte, Internetpublikation: „http://www.allgemeinmedizin.med.uni-goettingen.de/" unter dem Schlagwort „Kinderwunsch", Zugriff: Mai/2001

[64] KROLZIK, Volker/SALZMANN, Werner: Kind um jeden Preis? Beiträge zur ethischen Diskussion der neuen Reproduktionstechniken; 1989, ALLNER, Günter, S. 16-17

[65] MERZ, Bettina: Die medizinische, ethische und juristische Problematik artifizieller menschlicher Fortpflanzung: artifizielle Insemination, In-vitro-Fertilisation mit Embryotransfer und die Forschung an frühen menschlichen Embryonen; 1991, S. 61

[66] KROLZIK, Volker/SALZMANN, Werner: Kind um jeden Preis? Beiträge zur ethischen Diskussion der neuen Reproduktionstechniken; 1989, ALLNER, Günter, S. 16-17

[67] KROLZIK, Volker/SALZMANN, Werner: Kind um jeden Preis? Beiträge zur ethischen Diskussion der neuen Reproduktionstechniken; 1989, ALLNER, Günter, S. 16-17

[68] Z.B. ist laut einem Bericht des Institutes für angewandte Toxikologie und Umwelthygiene der Universität Oldenburg die durchschnittliche Spermiendichte oder (lt. einer anderen für den Bericht ausgewerteten Studie) die durchschnittliche Spermienqualität bei Männern in Deutschland in den letzten Jahrzehnten deutlich gesunken (Bericht der Ärztezeitung vom 17./18.12.1999, „Spermiendichte ist bei deutschen Männern gesunken", S. 12)

Ein weiterer Kritikansatz gegenüber der medizinisch assistierten Fortpflanzung weist darauf hin, dass die Möglichkeit der Nutzung dieser neuen Methoden ungewollt kinderlose Paare dem Druck aussetzt, all diese Methoden auch vollständig auszuschöpfen. Hierdurch werde die Möglichkeit der Akzeptanz der ungewollten Kinderlosigkeit oft nicht oder zu spät in Erwägung gezogen. Die Reproduktionsmedizin schaffe sich damit ihre Patienten selbst, da sich immer mehr der Glaube durchsetze, dass jede Form der Kinderlosigkeit mit Hilfe der Medizin behoben werden könne. Hierdurch könne es dazu kommen, dass insbesondere ungewollt kinderlose Frauen diese Stigmatisierung internalisierten und glaubten, sie müssten unter Ausschöpfung aller Möglichkeiten versuchen, ein Kind zu bekommen. Wer nicht alle Möglichkeiten ausschöpfe, sei nunmehr *„selbst schuld"* an seiner Kinderlosigkeit.[69] Dieses Argument kann jedoch ebenfalls keine grundlegende Ablehnung der Reproduktionsmedizin rechtfertigen. Zum einen kann versucht werden, diesen Problemen mit einer umfassenden Information und Beratung von Wunscheltern zu begegnen. Zum anderen stellt es eine autonome Entscheidung von ungewollten kinderlosen Paaren dar, welchen Aufwand sie betreiben wollen, um zu versuchen, sich ihren Kinderwunsch doch noch zu erfüllen. Es erscheint fragwürdig, Wunscheltern vor sich selbst zu schützen, indem man eine Technologie deswegen für grundsätzlich bedenklich erklärt, weil sie die Tendenz erzeugt, von den bedürftigen Betroffenen tatsächlich genutzt zu werden.

Der Verweis auf die Möglichkeiten einer Adoption stellt für die betroffenen kinderlosen Personen oft keine Hilfe dar. Abgesehen davon, dass in Deutschland viel mehr adoptionswillige Paare, als zur Adoption freigegebene Neugeborene vorhanden sind[70], möchten viele Personen auch soweit als möglich genetisch und physiologisch eigene Kinder bekommen. Die Adoption ist demgegenüber ausschließlich auf soziale Elternschaft ausgerichtet. Es handelt sich bei der Adoption auch um eine andere Sachlage: Sie dient vorrangig den Bedürfnissen des schon vorhandenen Kindes, die Befriedigung des Kinderwunsches erwachsener Personen ist nur sekundär von Bedeutung. Daher kann nicht in der Adoption einfach die Lösung gesehen werden, durch die ein Rückgriff auf die Möglichkeiten der modernen Reproduktionsmedizin überflüssig würde.[71]

---

[69] ONNEN-ISEMANN, Corinna: „Ungewollte Kinderlosigkeit und moderne Reproduktionsmedizin" , in: NAUCK, Bernhard/ONNEN-ISEMANN (Hg.): Familie im Brennpunkt von Wissenschaft und Forschung, 1995, S. 473, 477, 482

[70] Laut einem Bericht der Ärztezeitung vom 02./03.03.2001 („Adoption von gefrorenen Embryos auch in Deutschland?"), S. 1, kommen auf jedes Neugeborene, das in Deutschland zur Adoption freigegeben wird, vier adoptionswillige Elternpaare.

[71] KROLZIK, Volker/SALZMANN, Werner: Kind um jeden Preis? Beiträge zur ethischen Diskussion der neuen Reproduktionstechniken; Vorwort von HUBER, Wolfgang , S. 8

1.2.2. Genetische Motivation

Genetische Motivation von Wunscheltern liegt vor, wenn bei der Entscheidung für oder gegen Kinder der Aspekt eine Rolle spielt, dass ein erhöhtes Fehlbildungsrisiko für diese Wunschkinder besteht. Das Fehlbildungsrisiko normal gezeugter Kinder liegt bei ca. 3 % (Missbildungen der Gliedmaßen oder Organe, wie z.B. Hasenscharte, Herzfehler). Die Ursachen hierfür sind vielfältig, neben spontanen Fehlbildungen können auch Ereignisse während der Schwangerschaft (z.B. Erkrankungen der Schwangeren), sowie der Lebensstil der Schwangeren (z.B. Alkohol- und Drogenkonsum) für das Entstehen von Fehlbildungen verantwortlich sein.[72] Die fortschreitende Erforschung des menschlichen Genoms und der Kenntnisstand der medizinischen Wissenschaft über erbbedingte Erkrankungen haben dazu geführt, dass viele Menschen in unserer Gesellschaft von einer möglichen Belastung ihres Erbgutes mit mehr oder weniger schweren Erkrankungen wissen. Zudem ist inzwischen bekannt, dass bei bestimmten Schwangerschaften (z.B. ab einem bestimmten Alter der biologischen Mutter) ein erhöhtes Risiko von genetischen Defekten beim Kind besteht. Aus diesen Gründen können fortpflanzungswillige Personen die Entscheidung für oder gegen leibliche Kinder von einer genetischen Beratung durch einen spezialisierten Mediziner, einer Präimplantationsdiagnostik (PID) oder einer pränatalen Diagnostik (PND) abhängig machen. Die PID ist nur im Rahmen einer medizinisch assistierten Fortpflanzung mit extrakorporaler Zeugung eines Embryos möglich,[73] dagegen können genetische Beratung und PND sowohl bei normaler als auch bei medizinisch assistierter Fortpflanzung eingesetzt werden.

Bei der genetischen Beratung wird in der Regel vor der Zeugung eines Kindes im Rahmen der Familienplanung die Beratung eines spezialisierten Mediziners in Anspruch genommen, um Fehlbildungsrisiken bei geplanten Kindern in Erfahrung zu bringen. Auf dieser Basis entscheidet die fortpflanzungswillige Person oder ein Paar darüber, ob sie eigene Kinder bekommen möchte oder nicht. In extremen Fällen kann es dazu kommen, dass sich eine Person aufgrund des Ergebnisses der Beratung zu einer Sterilisation entscheidet, um sicher zu gehen, dass sie keine eigenen Kinder bekommen kann. Sterilisation und genetische Beratung vor der Zeugung eines Kindes werden von der Rechtsordnung gebilligt und gelten als rechtmäßig.[74]

Allerdings sind die Möglichkeiten einer genetischen Beratung begrenzt, es kann meistens nur über die Wahrscheinlichkeit einer Vererbung von Erkrankungen beraten werden. Insbesondere bei multigener Vererbung von Eigenschaften und Erkrankungen kann das Risiko von deren Auftreten bei einem geplanten Kind nur schwer abgeschätzt werden. In

[72] RAUH, Hellgard in: OERTER, Rolf/MONTADA, Leo (Hg.): Entwicklungspsychologie, 1998, S. 176

[73] vgl. zur PID den „Diskussionsentwurf zu einer Richtlinie zur Präimplantationsdiagnostik und Statements vom 03.03.2000 (DÄBl. 97, Heft 9 [03.03.2000], S. A-525-528)

[74] LEIBHOLZ, Gerhard/RINCK, Hans-Justus/HESSELBERGER, Dieter: Grundgesetz, 2003, Art. 1 RN 82

vielen Fällen ist zudem eine Erkrankung durch die genetische Anlage nicht deterministisch programmiert, sondern es besteht lediglich ein erhöhtes Risiko einer Erkrankung. Entscheidend dafür, ob es zu einer Erkrankung kommt, sind im Regelfall neben der genetischen Veranlagung auch die Lebensführung und Einflüsse der Lebensumwelt. Aus diesen Gründen kann das anlagemäßige, familiäre Risiko in erster Linie aus der Erkrankungshäufigkeit in der Verwandtschaft abgeschätzt werden. Derzeit sind über 3.000 verschiedene Krankheiten und Abweichungen mit nachgewiesenermaßen anlagemäßig erhöhtem Erkrankungsrisiko bekannt (z.B. Diabetes mellitus, verschiedene Organtumore, Schizophrenie, Alkoholismus).[75]

Die inzwischen durch viele Frauenärzte bei normalen Schwangerschaften routinemäßig durchgeführte PND[76] dient dazu, Erkrankungen des Embryos bereits im Mutterleib festzustellen (z.B. Fehlbildungen oder Trisomie 21, besser bekannt unter den Bezeichnungen „Down-Syndrom“ oder „Mongolismus“[77]). Das Problem der pränatalen Diagnostik liegt darin, dass es zwar möglich ist, Erkrankungen des Kindes festzustellen, es gibt aber bislang nur sehr eingeschränkte Möglichkeiten der pränatalen Therapie[78] , die es ermöglichen, festgestellte Erkrankungen des Embryos zu behandeln[79] (derzeit ca. 10 % der bei PND festgestellten erblich bedingten Erkrankungen[80]). Die Schwangere wird bei Feststellung einer Erkrankung des Kindes, für die es keine Therapiemöglichkeit gibt (derzeit der überwiegende Teil der bei PND festgestellten Erkrankungen) mit dem Gewissenskonflikt belastet, ob sie dieses kranke Kind zur Welt bringen oder die

---

[75] MONTADA, Leo in: OERTER, Rolf/MONTADA, Leo (Hg.): Entwicklungspsychologie, 1998, S. 35

[76] z.B. soll aufgrund Nr. 5 der Mutterschafts-Richtlinien des früheren Bundesausschusses der Ärzte und Krankenkassen (heute: „Gemeinsamer Bundesausschuss“ nach § 91 SGB V) im Verlauf einer normalen Schwangerschaft zum Zwecke der PND pro Schwangerschaftsdrittel eine Ultraschalluntersuchung durchgeführt werden. Dabei kommt es immer wieder vor, dass in Bezug auf diese diagnostische Maßnahme Defizite bei der Aufklärung der Schwangeren durch die behandelnde Ärztin/den behandelnden Arzt vorliegen (FRANCKE, Robert/REGENBOGEN, Daniela: Die ärztliche Betreuung der schwangeren Frau nach den Vorgaben der Mutterschaftsrichtlinien des Bundesausschusses der Ärzte und Krankenkassen; MedR 2002, S. 174-179)

[77] Bericht in der Ärztezeitung vom 15.12.1999, „Zu 80 Prozent lässt sich vorhersagen, ob das Kind eine Trisomie 21 hat“ (nach diesem Bericht ist bereits durch eine Kombination von Bluttest bei der Schwangeren und einer Ultraschalluntersuchung zu 80 % voraussagbar, ob eine Trisomie 21 vorliegt, ggf. ist danach zur Absicherung der Diagnose eine Fruchtwasserpunktion [Aminozentese] durchzuführen)

[78] vgl. z.B. zu den derzeit noch im Entwicklungsstadium befindlichen Möglichkeiten der Fetalchirurgie (Operation ungeborener Kinder im Mutterleib) einen Bericht aus: Die Welt „Gewagte Operation im Mutterleib - Pränatalmediziner versuchen, lebensbedrohliche Fehlbildungen eines Kindes noch vor der Geburt zu korrigieren“ vom 13.10.2004

[79] vgl. zu den Rechtsfragen bei möglicher pränataler Therapie: KAPP, Wolfgang: Der Fötus als Patient? MedR 1986, 275-280, der das Grundproblem dieser Therapie gut herausarbeitet: dass Mutter und Kind nämlich nicht wie zwei getrennte Rechtssubjekte behandelt werden können. Dementsprechend stellt sich immer die Frage der Zumutbarkeit einer Behandlung des ungeborenen Kindes für die Mutter, in deren Gebärmutter es sich zum Therapiezeitpunkt ja noch befindet.

[80] SCHWEIZERISCHE NATIONALKOMMISSION JUSTITIA ET PAX: Machbares Leben? - Ethik in der Medizin; 1998, S. 45

Schwangerschaft unterbrechen will.[81] Eine Unterbrechung der Schwangerschaft wegen zu erwartender schwerer Schäden des Kindes kann ohne zeitliche Begrenzung, d.h. grundsätzlich bis zur Geburt, nach § 218a Abs. 2 StGB zulässig sein, wenn die Fortsetzung der Schwangerschaft von der Frau wegen genetischer oder pränataler Schädigung des Kindes nicht verlangt werden kann.[82] Die früher ausdrücklich geregelte, sog. „embryopathische“ oder „eugenische“ Indikation (§ 218a Abs. 2 Nr. 1 StGB a.F.) wird im geltenden Rechts als Unterfall der in § 218a Abs. 2 StGB geregelten „medizinischen Indikation“ betrachtet.[83] Das Kriterium der Unzumutbarkeit der Austragung eines Kindes liegt vor, wenn

> „der Abbruch der Schwangerschaft unter Berücksichtigung der gegenwärtigen und zukünftigen Lebensverhältnisse der Schwangeren nach ärztlicher Erkenntnis angezeigt ist, um eine Gefahr für das Leben oder die Gefahr einer schwerwiegenden Beeinträchtigung des körperlichen oder seelischen Gesundheitszustandes der Schwangeren abzuwenden.“

Dabei darf die Gefahr nicht auf anderem Wege abwendbar sein. Mangels Behandlungsmöglichkeiten für die überwiegende Zahl der pränatal zu diagnostizierenden Schäden wird nur selten der Gefahr einer Beeinträchtigung der Schwangeren (durch die zu erwartende Geburt eines kranken Kindes) auf anderem Wege als mit einer Abtreibung begegnet werden können. Für die Zulässigkeit der Abtreibung ist daher bei festgestellten Schäden des Kindes vor allem entscheidend, ob bei der Frau die Gefahr einer schwerwiegenden Beeinträchtigung des körperlichen oder seelischen Gesundheitszustandes besteht. Für die Bejahung des Vorliegens dieser Voraussetzungen können auch soziale, familiäre, wirtschaftliche/finanzielle, zeitliche oder kräftemäßige Überforderungen bei Versorgung eines unheilbar geschädigten Kindes, soweit sich dies für die Schwangere gesundheitlich niederschlägt, ausreichen.[84] Hierbei kommt es stets auf eine Beurteilung aller Umstände im individuellen Einzelfall an,

---

[81] vgl. zur Problematik der PND: BAUMANN-HÖLZLE, Ruth/BONDOLFI, Alberto/RUH, Hans (Hg.): Genetische Testmöglichkeiten - Ethische und rechtliche Fragen, 1990; BACHMANN, Claude: Pränatale Diagnostik, S. 9-19; THEILIG, Susanne: Die Strafbarkeit pränataler Einwirkungen auf die menschliche Leibesfrucht unter besonderer Berücksichtigung der Möglichkeiten der medizinischen Diagnostik, Diss. Bonn 1995

[82] ESER, Albin in: SCHÖNKE, Adolf/SCHRÖDER, Horst (Hg.): Strafgesetzbuch - Kommentar, 2001, § 218a, RN 37, 42

[83] ESER, Albin in: SCHÖNKE, Adolf/SCHRÖDER, Horst (Hg.): Strafgesetzbuch - Kommentar, 2001, § 218a, RN 37; TRÖNDLE, Herbert/FISCHER, Thomas: Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 2003, § 218a RN 20; Zur früheren Rechtslage ausführlich: PLUISCH, Frank: Der Schwangerschaftsabbruch aus kindlicher Indikation im Spannungsfeld der pränatalen Diagnostik, 1992; dessen Feststellungen auch nach der Änderung des § 218 a StGB (Streichung der sog. „embryopathischen Indikation“) weiterhin anwendbar sind, soweit der Schwangerschaftsabbruch aus Gründen der Erhaltung von Leben und körperlicher und seelischer Gesundheit der Schwangeren erfolgt.

[84] ESER, Albin in: SCHÖNKE, Adolf/SCHRÖDER, Horst (Hg.): Strafgesetzbuch - Kommentar, 2001, § 218a, RN 39; TRÖNDLE, Herbert/FISCHER, Thomas: Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 2003, § 218a StGB, RN 26

allgemeine Zumutbarkeitskriterien können nicht abstrakt festgelegt werden.[85] In der Praxis wird bei schwerer genetischer oder pränataler Schädigung des Kindes eine solche Gefahr der Beeinträchtigung der Schwangeren im Regelfall bejaht.

Die PID kann im Gegensatz zur PND nur bei medizinisch assistierter Fortpflanzung mit extrakorporaler Zeugung des Embryos angewendet werden. Die PID ist nach geltendem Recht in Deutschland verboten (§§ 1, 2 Abs. 1, 6 ESchG)[86], über ihre Legalisierung wird aber derzeit wieder diskutiert. Beim Verfahren der PID wird der Embryo nach seiner Zeugung, aber vor der Implantation in die Gebärmutter der physiologischen Mutter auf Erkrankungen untersucht. Die PID dient dem Zweck, den Embryo ggf. zu verwerfen und statt dessen einen Embryo ohne eine feststellbare Erkrankung zu implantieren. Die Möglichkeit der Durchführung einer PID kann für ein Paar Anlass sein, sich einer IVF zu bedienen, obwohl beide Partner sich auch auf natürlichem Wege fortpflanzen könnten. Der Vorteil der PID liegt in der Möglichkeit der Vermeidung einer sog. „Schwangerschaft auf Probe“, bei der erst nach Eintritt einer Schwangerschaft und in einem deutlich weiteren Entwicklungsstadium des Embryos eine Erkrankung durch PND festgestellt werden könnte. Nach der PND würden die Eltern, bzw. die schwangere Frau ggf. über einen legalen Schwangerschaftsabbruch entscheiden.[87]

Bei Personen, bzw. Paaren, die sich aus genetischen Gründen für die Inanspruchnahme einer PID interessieren, handelt es sich in der Regel um Menschen mit bekannten Anlagen für schwerwiegende erblich bedingte Erkrankungen. Diese verfügen meist über Kenntnisse zu dieser Erkrankung aufgrund familiärer Beispiele und sind sich daher oft bereits vor Zeugung eines Kindes darüber einig, dass sie ein Kind mit eben dieser Erkrankung auf keinen Fall bekommen möchten. Dieser Personenkreis ist mit dem Problem konfrontiert, dass die natürliche Zeugung eines Kindes unter dem Vorbehalt erfolgen würde, dieses Kind ggf. abzutreiben.

Zu allen drei Methoden (genetische Beratung, PND, PID) ist festzuhalten, dass eine genetische Beratung oder eine Untersuchung der genetischen Anlagen eines Kindes vor oder nach der Implantation im Mutterleib in erster Linie dem Interesse der Wunscheltern an einem Kind mit bestimmten Eigenschaften (i.d.R. dem Interesse an einem möglichst gesunden Kind) dient. Diese Handlungsmöglichkeiten dienen nur dann dem Interesse des Kindes, wenn sie durchgeführt werden, um eine vorgeburtliche Therapie zu ermöglichen und die Schwangerschaft zu erhalten. Dies ist allerdings aufgrund der derzeit recht beschränkten Möglichkeiten pränataler Therapie nur selten der Fall. Überwiegend wird diese Beratung oder Untersuchung nicht durchgeführt, um eine medizinische

---

[85] TRÖNDLE, Herbert/FISCHER, Thomas: Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 2003, § 218a, RN 24-28

[86] LAUFS, Adolf: Arzt, Patient und Recht am Ende des Jahrhunderts, NJW 1999, S. 1762

[87] KOLLEK, Regine: Präimplantationsdiagnostik - Embryoselektion, weibliche Autonomie und Recht, 2000, S. 13-16

Behandlung des Kindes festzulegen. Statt dessen sollen die Ergebnisse der Inanspruchnahme dieser Methoden von den Eltern als Basis für eine Entscheidung über die Verhinderung oder den Abbruch einer Schwangerschaft verwendet werden. Eine solche Entscheidung über die Verhinderung oder den Abbruch der Schwangerschaft erfolgt allerdings nicht im Interesse eines lebensfähigen, möglicherweise kranken oder behinderten Kindes. Es erscheint logisch, davon auszugehen, dass es eher im Interesse eines Menschen sein wird, unter besonderen Bedingungen (z.B. mit einer körperlichen oder geistigen Behinderung) zu existieren als überhaupt nicht zu existieren oder durch einen Schwangerschaftsabbruch getötet zu werden. Es fällt auch schwer, sich eine private, öffentliche oder staatliche Instanz vorzustellen, die eine Entscheidung darüber treffen kann, unter welchen Umständen das Leben einer Person lebenswert sein soll und unter welchen Umständen nicht.[88] Verhinderung oder Abbruch einer Schwangerschaft erfolgen vielmehr im Interesse der Eltern, nach Eintritt einer Schwangerschaft insbesondere im Interesse der schwangeren Frau.

Es gibt auch keine moralische elterliche Pflicht, durch negative Eugenik (z.B. selektiver Schwangerschaftsabbruch) nur gesunde, intelligente und „nützliche“ Kinder in die Welt zu setzen. Hierdurch würden Eltern nur versuchen, Kinder gezielt „nach ihren Vorstellungen“ zu schaffen. Dies ist aber, wegen des Grundsatzes der personalen Einzigartigkeit eines entstehenden Menschen, keine moralische Verpflichtung der Eltern.[89] Dementsprechend kann allein die Entstehung oder Erhaltung einer Schwangerschaft im Interesse eines Kindes sein.

Entscheiden sich die Wunscheltern nach PND oder PID bewusst gegen ein bereits entstandenes Kind (mit der Folge des Schwangerschaftsabbruchs bei PND und des Absterbenlassens eines Embryos mangels Implantation bei der PID) und wegen eines hohen Risikos erblich bedingter Erkrankungen gegen die Zeugung weiterer Kinder, so handelt es sich um einen Fall der ungewollten Kinderlosigkeit aufgrund genetischer Motivation. Dasselbe gilt für Wunscheltern, die sich bereits nach einer präventiven genetischen Beratung gegen die Zeugung von Kindern entscheiden. Diese genetische Motivation der Betroffenen kann nicht als generell moralisch untragbar angesehen werden. Oft leiden die Wunscheltern selber an den betreffenden Erkrankungen oder haben mit ansehen müssen, wie eigene Kinder oder nahe Verwandte an diesen Erkrankungen gelitten haben oder verstorben sind. Die Betroffenen stehen vor dem Problem, entweder ganz auf eigene Nachkommen zu verzichten oder bewusst das Risiko einzugehen, ein möglicherweise behindertes oder früh versterbendes Kind zur Welt zu bringen.

---

[88] Dieselbe Frage stellt sich auch in anderen Grenzbereichen der menschlichen Existenz, z.B. bei den Problemkreisen der passiven Sterbehilfe und der Behandlung schwerstgeschädigter Neugeborener

[89] SCHWEIZERISCHE NATIONALKOMMISSION JUSTITIA ET PAX: Machbares Leben? - Ethik in der Medizin; 1998, S. 58

Der BGH hat sich in einem Urteil aus dem Jahr 1993 in Bezug auf die Motivation eines Paares, die Entscheidung für ein weiteres Kind von einer genetischen Beratung abhängig zu machen, wie folgt geäußert:

> "Der Wunsch der Kläger, ein zweites, jedoch nicht behindertes Kind zur Welt zu bringen und zur Vermeidung einer aufgrund der Behinderung des erstgeborenen Kindes befürchteten genetischen Schädigung die Zeugung vom Ergebnis einer entsprechenden Beratung abhängig zu machen, könnte nicht einmal moralischen Bedenken begegnen, sondern ist in hohem Maße von elterlicher Verantwortung geprägt."[90]

Für den genetisch nicht vorbelasteten Partner stellt sich in dieser Situation das Problem, dass er entweder bewusst das Risiko eingeht, Kinder mit einer durch den anderen Partner vererbten Behinderung zu bekommen, den Partner verlässt oder ganz auf eigene Nachkommen verzichtet. Alle Handlungsalternativen enthalten gerade für den genetisch nicht vorbelasteten Partner ein erhebliches psychisches Konfliktpotential. Eine Alternative für ungewollt kinderlose Paare aufgrund genetischer Motivation wäre es, sich der Methoden der medizinisch assistierten Fortpflanzung zu bedienen und hierbei auf eine gespendete Ei- oder Samenzelle zurückzugreifen (heterologe Fortpflanzung), was allerdings derzeit in Deutschland nicht möglich ist (§ 1 Abs. 1 Nr. 1 u. 2, § 1 Abs. 2 ESchG, Nr. 3.2.3. der Richtlinien der Bundesärztekammer zur Durchführung der assistierten Reproduktion[91]).

Genetische Beratung und PND bieten als Standardmethode der normalen Fortpflanzung erhebliches gesellschaftliches und ethisches Konfliktpotential. Dasselbe Konfliktpotential bietet auch die nur bei medizinisch assistierter Fortpflanzung mit extrakorporaler Zeugung des Embryos durchführbare PID, diese kommt allerdings wesentlich seltener zur Anwendung. Letztlich wird in allen drei Fällen die individuelle Beratung oder Diagnose in der überwiegenden Zahl der Fälle durchgeführt, um eine Schwangerschaft oder die Geburt eines Kindes mit bestimmten, als unerwünscht geltenden, genetischen Anlagen verhindern zu können.[92] Durch die massenhafte Anwendung von genetischer Beratung und PND bei normalen Schwangerschaften ist inzwischen eine Art *„Eugenik durch die Hintertür"* entstanden. Es darf nicht übersehen werden, dass allein die Möglichkeit, bestimmte Behinderungen bei den bereits gezeugten oder zukünftigen Kindern zu verhindern, indem man die Kinder selbst verhindert, einen ungeheuren Druck auf die potentiellen Eltern erzeugt. Sie müssen sich den Vorwurf von Gesellschaft und

---

[90] BGH, Urteil v. 16.11.1993, BGHZ 124, 128 ff. (137)

[91] Deutsches Ärzteblatt 1998; 95: A-3166-3171 (Heft 49), Titel vor der letzten Novelle: „Richtlinien zur Durchführung des intratubaren Gametentransfers, der In-vitro-Fertilisation mit Embryotransfer und anderer verwandter Methoden"

[92] KERN, Bernd-Rüdiger: Rechtliche Aspekte der Humangenetik, MedR 2001, S. 9 ff. (10)

Verwandten gefallen lassen, das „Unheil“ nicht abgewendet zu haben[93]. Die Betroffenen können hierdurch in schwere psychische Konflikte geraten[94].

Von einigen Behindertenorganisationen wird eine durch die Gentechnik und die pränatale Diagnostik in der Fortpflanzungsmedizin mögliche Selektion menschlichen Lebens stark kritisiert.[95] Diese Organisationen stellen fest, dass die genetische Beratung und die Untersuchung von Embryonen im Mutterleib auf schwere Erkrankungen zu einer Selektion von Menschen nach „lebenswert“ und „lebensunwert“ führe und dass damit auch ihre Existenz als „lebensunwert“ eingestuft werde. Es wird zum Teil sogar der Vorwurf der staatlich gewollten oder zumindest geduldeten Eugenik erhoben. Diese kritisierten Entwicklungen und die damit verbundenen Gefahren werden gelegentlich geleugnet oder verharmlost, sind aber real und verdienen Beachtung. Bei fortschreitender Technikakzeptanz ist es durchaus möglich, dass die Gesellschaft irgendwann die Fürsorge für vermeintlich „verhinderbare“ Behinderungen verweigert. Es muss daher stets beobachtet werden, wie sich die modernen Fortpflanzungstechnologien auf die Akzeptanz und Versorgung von behinderten Menschen und auf die Akzeptanz der Fortpflanzungsentscheidung von Wunscheltern auswirken. Es wäre m.E. eine gesellschaftliche Fehlentwicklung, wenn z.B. Krankenversicherungen versuchen könnten, Druck auf Wunscheltern auszuüben, sich einer genetischen Beratung zu unterziehen oder das Kind im Mutterleib untersuchen zu lassen und ggf. die Schwangerschaft abzubrechen, um später hohe Kosten bei der Versorgung dieses Kindes zu vermeiden. Wenn es -was der Untersuchung im Teil 2 dieser Arbeit vorbehalten bleibt- ein Grundrecht auf Fortpflanzung gibt, könnte dies möglicherweise auch folgende Auswirkung haben: Dass der Gesetzgeber, wenn er genetische Beratung und PND (und vielleicht eines Tages auch PID) zulässt, bei normaler Fortpflanzung oder bei der Inanspruchnahme medizinisch assistierter Fortpflanzung Maßnahmen treffen muss, um zu gewährleisten, dass die Entscheidungsfreiheit der Wunscheltern nicht durch wirtschaftlichen, sozialen oder sonstigen Druck beeinträchtigt wird. Dieser speziellen Frage nach einer möglichen Schutzpflicht des Gesetzgebers wird jedoch im Rahmen dieser Arbeit nicht weiter nachgegangen.

---

[93] BAUMANN-HÖLZLE, Ruth/BONDOLFI, Alberto/RUH, Hans (Hg.): Genetische Testmöglichkeiten - Ethische und rechtliche Fragen; 1990; SCHMID, Werner: Genetische Testmöglichkeiten - Eine ethische und rechtliche Standortbestimmung. Der Standpunkt der medizinischen Genetik, S. 24-25

[94] KAHLKE, Winfried und REITER-THEIL, Stella (Hg.): Ethik in der Medizin; 1995: KAHLKE, W.: Eugenik, S. 58-61

[95] Nach einem Bericht der Ärztezeitung vom 22.03.2001 („Absage an Gentests, PID und Pränataldiagnostik“) hat sich der Deutsche Behindertenrat (DBR), ein Aktionsbündnis von bundesweit agierenden Verbänden behinderter und chronisch kranker Menschen, der die Interessen von ca. 2,5 Millionen Menschen vertritt, sowohl gegen die PND als auch gegen die PID ausgesprochen und gefordert, die Menschenwürde auch im vorgeburtlichen Bereich zu achten. Ein Recht auf ein gesundes Kind wird vom DBR ausdrücklich abgelehnt, da zum Menschsein Vielfalt gehöre, wozu Behinderungen ebenso zählten, wie chronische Erkrankungen. Zudem seien sowieso nur ca 5 % aller Beeinträchtigungen im vorgeburtlichen Stadium erkennbar.

Es stellt sich angesichts der Lage kinderloser Paare aufgrund genetischer Motivation ganz besonders die Frage, was als "Fortpflanzung" Grundrechtsschutz genießen kann. Hier ist insbesondere fraglich, ob allein die genetische Fortpflanzung Grundrechtsschutz genießt, oder ob auch physiologische Elternschaft in Verbindung mit geplanter sozialer Elternschaft in irgendeiner Form durch die Grundrechte gegen staatliche Eingriffe geschützt ist. Zusätzlich ist zu untersuchen, ob mit gesamtgesellschaftlichen Erwägungen (z.B. dem Kritikansatz der Behindertenverbände) ein Eingriff in die individuelle Fortpflanzungsentscheidung einer Person oder eines Paares durch den Staat gerechtfertigt werden kann. Diese Punkte werden im Teil 2 und 3 dieser Arbeit behandelt.

1.3. Geschichte der medizinisch assistierten Fortpflanzung

Die künstliche Befruchtung ist die älteste Form der medizinisch assistierten Fortpflanzung. Sie wurde bereits Ende des 19. Jahrhunderts praktiziert[96]. Die Befruchtung einer Frau mit anderem Samen als dem ihres Ehemannes (heterologe Insemination) ist lange vor der gesellschaftlichen Diskussion um die künstliche Fortpflanzung als juristisches Problem gesehen und diskutiert worden.[97] Die Geschichte der in-vitro-Fertilisation (IVF) beginnt Ende des 19. Jahrhunderts. An Tieren wurden extrakorporale Befruchtung und anschließender Embryotransfer im Experiment versucht. Diesen Tierversuchen folgte 1944 die erste Fertilisation einer weiblichen menschlichen Eizelle außerhalb des Mutterleibes.[98]

Um den rasanten Entwicklungsverlauf der letzten Jahre übersichtlich zu halten, sind die weiteren Ereignisse tabellarisch aufgelistet. Die Geschichte des *Rechts* der medizinisch assistierten Fortpflanzung ist kursiv gestaltet:

1978	Geburt des ersten Retortenbabys Louise Brown: Beginn einer breiten gesellschaftlichen Diskussion über medizinisch assistierte Fortpflanzung
1982	Geburt des ersten deutschen Retortenbabys in der Frauenklinik der Universität Erlangen-Nürnberg[99]
1982	*Erste freiwillige Behandlungsregistrierungen durch IVF-Zentren in Deutschland*
1985	Die Zahl der Geburten aus IVF wird weltweit auf etwa 900 geschätzt, die Tendenz ist steigend[100]
1985	*Verabschiedung der ersten Musterrichtlinien zum Thema der künstlichen Befruchtung durch den Deutschen Ärztetag (seither mehrfach überarbeitet, zuletzt 1998)*
Ende 1990	*Richtlinien des Bundesausschusses der Ärzte und Krankenkassen über ärztliche Maßnahmen zur künstlichen Befruchtung*

---

[96] SELB, Walter: Rechtsordnung und künstliche Reproduktion des Menschen; 1987, S. 9; Urteil des RG vom 04.06.1908, 443/07 IV., JW 1908, S. 485-486

[97] vgl. zum Meinungsstand in den 50er Jahren: DÜRIG in: MAUNZ, Theodor/DÜRIG, Günter (Hg.): Kommentar zum Grundgesetz, Stand: 33. Ergänzungslieferung, Nov. 1997, Art. 1 Abs. 1 RN 39 m.w.N.

[98] SELB, Walter: Rechtsordnung und künstliche Reproduktion des Menschen; S. 11-12

[99] Bericht der Ärztezeitung vom 14./15.04.2000, „Deutschlands erstes Retortenbaby wird am Sonntag volljährig“, S. 24

[100] SELB, Walter: Rechtsordnung und künstliche Reproduktion des Menschen; 1987, S. 9

01.01.1991 *Inkrafttreten des Embryonenschutzgesetzes vom 12.12.1990 (damals nur Bundeskompetenz für Strafrecht)*[101]

1994 *Schaffung einer konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz des Bundes für die künstliche Befruchtung beim Menschen, die Untersuchung und die künstliche Veränderung von Erbinformation (§ 74 Abs. 1 Nr. 26 GG)*[102]

1994 Einführung der Technik der Injektion eines Spermiums in eine Eizelle (intrazytoplasmatische Spermieninjektion - ICSI) zur Unterstützung der IVF von unfruchtbaren Paaren in der ärztlichen Praxis[103]

1996 *„Übereinkommen des Europarates zum Schutze der Menschenrechte und der Menschenwürde im Hinblick auf die Anwendung von Biotechnologie und Biomedizin“*[104]

1997 Geburt des Schafes Dolly, des ersten geklonten größeren Säugetiers: Auslöser einer erneuten gesellschaftlichen Diskussion über alle Gebiete der Biomedizin

Ende 1998 Entwicklung von menschlichen embryonalen Stammzellen durch Klonung und Übertragung in die entkernte Eizelle einer Kuh in Massachusetts, USA (zur Züchtung menschlicher embryonaler Stammzellen für medizinische Zwecke, das entstandene Wesen [Chimäre] wurde nach 14 Tagen entsprechend den U.S.-Richtlinien abgetötet).[105]

1999 Weltweit verdanken ungefähr 300.000 Kinder ihr Leben einer IVF, davon ca. 80.000 einer IVF mit ICSI. In Deutschland ist bei ca. 3 % aller Geburten (bei ca. 25.000 Kindern pro Jahr) eine Sterilitätstherapie vorausgegangen.[106]

2000 Weltweit verdanken mehr als 500.000 Kinder, in Deutschland ca. 80.000 Kinder ihr Leben einer IVF[107]

---

[101] vgl. zur Entstehungsgeschichte des ESchG: KELLER in: KELLER, Rolf/GÜNTHER, Hans-Ludwig/KAISER, Peter: Embryonenschutzgesetz, 1992, Einführung S. 65-81

[102] Gesetz zur Änderung des GG vom 27.10.1994, BGBl I 3146

[103] Bericht der Ärztezeitung vom 10./11.09.1999, „Kontroversen um Kostenübernahme bei einer ICSI“, S. 12 ; NEIDERT, Rudolf: Brauchen wir ein Fortpflanzungsmedizingesetz? MedR 1998, 347 ff.

[104] ETS No. 164

[105] Ärztezeitung vom 18./19.06.1999, Titelseite

[106] Berichte der Ärztezeitung vom 10./11.09.1999, „Vielen kinderlosen Paaren kann heute geholfen werden“ und „Kontroversen um Kostenübernahme bei einer ICSI“, S. 12

[107] Bericht der Ärztezeitung vom 14./15.04.2000, „Deutschlands erstes Retortenbaby wird am Sonntag volljährig“, S. 24

Mai 2000 *Symposium des Bundesgesundheitsministeriums in Berlin zur Vorbereitung des Entwurfes eines Fortpflanzungsmedizingesetzes*[108]

Mai 2001 Weltweit existieren ca. 30 Babies, die Gene von drei Personen (statt normal 2) aufweisen[109]. Neben den überwiegenden Genen von genetischem Vater und genetischer Mutter weisen diese Kinder in geringem Umfang Gene einer weiteren Frau auf. Dies kommt wie folgt zustande: Aus einer Eizelle der zusätzlichen Frau wird Zellflüssigkeit (Zytoplasma) entnommen und in die Eizelle der genetischen Mutter injiziert, deren Eizellen ohne dieses Zytoplasma nicht entwicklungsfähig sind. Hierbei wird mit dem Zytoplasma auch in geringem Umfang Erbinformation in die Eizelle übertragen, was dazu führt, dass das entstehende Kind zwei genetische Mütter hat.[110]

Februar 2004 Weltweit geht durch die Presse, dass es in Korea gelungen ist, mit dem Erbmaterial der Körperzellen von Frauen, das in von ihnen stammende, entkernte Eizellen eingesetzt wurde, in vitro die Entwicklung von 30 Embryonen bis zum Blastozystenstadium anzuregen. Die Embryonen wurden zerstört, um Stammzellen zur Entwicklung von Stammzelllinien zu entnehmen (therapeutisches Klonen). Aus Ihnen wurde eine Stammzelllinie entwickelt. Damit sind erstmals erfolgreich (bis zum Blastozystenstadium) Menschen geklont worden.[111]

11.11.2004 In Lübeck kommt nach Polkörperdiagnostik ein gesunder Junge zur Welt, dessen Eltern die Anlage zu ein und derselben schweren Erbkrankheit haben. Sie hatten wegen dieser Krankheit vorher ein Kind nach ca. drei Jahren verloren und bereits einmal eine Schwangerschaft unterbrochen.[112]

---

[108] Bericht der Ärztezeitung vom 29.05.2000, „Bald neue Regeln zur Fortpflanzung in vitro - trotz mancher Widersprüche"; Anmerkung: Die Arbeit am Entwurf eines Fortpflanzungsmedizingesetzes wurde nach dem Wechsel der zuständigen Ministerin bis auf weiteres eingestellt.

[109] The New York Times, Bericht „Babies Born in Experiments Have Genes From 3 People" vom 05.05.2001

[110] BAKER, Debra: „Catching Up to Science", American Bar Association Journal (ABA Journal), December 1999, S. 88

[111] Berichte (u.a.): Science „Scientists Take Step Toward Therapeutic Cloning" vom 13.02.2004; The Washington Post „Mature Human Embryos Cloned" vom 12.02.2004; Stern „Koreas Klon-Coup" vom 19.02.2004; Frankfurter Allgemeine Zeitung „Klonpremiere" vom 13.02.2004; Süddeutsche Zeitung „Erstmals menschliche Embryos geklont" vom 13.02.2004; Die Welt „Stammzellen aus geklonten menschlichen Embryonen" vom 13.02.2004; Der Spiegel „Da explodiert gerade etwas" vom 16.02.2004; Focus „Hochgekochtes Klon-Konzept" vom 16.02.2004

[112] Bericht des Rheinischen Merkur „Lübecker Genexperiment - Versteckter Meilenstein" vom 02.12.2004

November 2004 Der Versuch, eine UN-Konvention gegen das Klonen von Menschen zu schaffen, wird im dritten Verhandlungsjahr vorerst aufgegeben. Der Grund ist, dass ein Teil der Mitgliedsstaaten das therapeutische Klonen erlauben will, während andere Staaten darauf bestehen, gleichzeitig therapeutisches und reproduktives Klonen zu verbieten. Statt einer UN-Konvention wird nunmehr lediglich eine allgemein gefasste Deklaration gegen das Klonen ausgearbeitet, die keinen verbindlichen Charakter hat.[113]

Dezember 2004 In den USA wird von einem kommerziellen Unternehmen das erste aus den Genen seines verstorbenen Vorgängers geklonte Haustier (eine Katze) der Auftraggeberin ausgehändigt. Der Preis betrug 50.000 $, das Unternehmen plant, dieses Geschäft auszuweiten.[114]

Bis zum Jahr 2004 sind weltweit mehr als 1,8 Millionen Kinder geboren worden, deren Leben mit der Befruchtung einer Eizelle im Reagenzglas begann. In Deutschland werden derzeit (2004) 1-2% aller Kinder (etwa 10.000 von 700.000) nach assistierter Reproduktion geboren.[115]

Seit den 80er Jahren sind in zahlreichen Staaten Rechtsvorschriften auf dem Gebiet der künstlichen Fortpflanzungsmethoden erlassen worden.[116] Im Zuge aufsehenerregender wissenschaftlicher Entwicklungen auf dem Gebiet der Biomedizin, sowie bei damit thematisch verbundenen Gesetzesinitiativen hat seither immer wieder weltweit eine breite politische und gesellschaftliche Diskussion aller mit der medizinisch assistierten Fortpflanzung verbundenen Bereiche stattgefunden.

---

[113] Bericht der Frankfurter Allgemeinen Zeitung „UN-Konvention gegen das Klonen von Menschen gescheitert“ vom 20.11.2004

[114] Berichte: Frankfurter Allgemeine Zeitung „Erste Klonkatze als Haustier bestellt - Bald sind auch Hunde lieferbar“ vom 24.12.2004; ZDF heute online „‘Little Nicky‘ auf Bestellung - Geklontes Heimtier sorgt für neue Ethikdebatte in den USA“ vom 23.12.2004

[115] Angaben laut Pressemeldung Nr. 3 der Deutschen Gesellschaft für Gynäkologie und Geburtshilfe (DGGG) vom 14.09.2004, verfügbar über die Internt-Seiten der DGGG (http://www.dggg.de)

[116] Eine internationale Zusammenstellung findet sich in: STEPAN, Jan (Hg.): International Survey of Laws on Assisted Procreation, 1990

1.4. Das Recht der medizinisch assistierten Fortpflanzung in Deutschland

Der Gesetzgeber hat verschiedene Möglichkeiten, um mit gesellschaftlichen Entwicklungen oder neuen Technologien umzugehen: Er kann verbieten, dulden, fördern oder partizipieren. Auf dem Gebiet der medizinisch assistierten Fortpflanzung hat er, je nach Regelungsgegenstand, von den Möglichkeiten des Verbietens, des Duldens und des Förderns Gebrauch gemacht. Es gibt allerdings in Deutschland kein Gesetz, das den Bereich der medizinisch assistierten Fortpflanzung umfassend regelt, was einen Überblick über die Rechtslage erheblich erschwert. Die zur Zeit geltenden Regelungen der medizinisch assistierten Fortpflanzung befinden sich in völlig verschiedenen Rechtsgebieten, insbesondere im Sozialrecht, im Steuerrecht, im Strafrecht, im Zivilrecht und im ärztlichen Berufsrecht.

Die Notwendigkeit eines Fortpflanzungsmedizingesetzes, das den Bereich der medizinisch assistierten Fortpflanzung insgesamt regelt, wird in den letzten Jahren immer wieder betont.[117] Im Bundesgesundheitsministerium wurde bis 2000/2001 am Entwurf eines Fortpflanzungsmedizingesetzes gearbeitet.[118] Diese Tätigkeit wurde jedoch bis auf weiteres eingestellt, nachdem im Zuge einer Kabinettsumbildung Ulla Schmidt an Stelle von Andrea Fischer zur Bundesgesundheitsministerin ernannt wurde.

Die mit Strafe bewehrten Verbote bestimmter Praktiken im Zusammenhang mit der medizinisch assistierten Fortpflanzung befinden sich im Embryonenschutzgesetz (ESchG) und im ärztlichen Berufsrecht. Alles, was nicht ausdrücklich durch diese Rechtsquellen verboten ist, wird geduldet. Staatliche Förderung medizinisch assistierter Fortpflanzung findet sich im Sozialgesetzbuch (SGB) und indirekt im Einkommensteuergesetz (EStG).

---

[117] Aktuell vom Präsidenten der Deutschen Gesellschaft für Gynäkologie und Geburtshilfe (DGGG) auf dem 55. Kongress der DGGG in Hamburg (Berichte: Ärztezeitung „Gynäkologe fordert modernes Gesetz zur Fortpflanzung“ vom 16.09.2004; Hamburger Abendblatt „‘Wir brauchen ein Fortpflanzungsmedizingesetz‘ - Gynäkologen wollen neue Techniken bei künstlicher Befruchtung“ vom 15.09.2004), sowie Pressemitteilung der DGGG Nr. 3 vom 14.09.2004, verfügbar über die Internet-Seiten der DGGG (http://www.dggg.de); vgl. auch: Pressemitteilung der Kommission Fortpflanzungsmedizin des Deutschen Juristinnenbundes anlässlich des 32. Kongresses vom 11.-14.09.1997 in Augsburg; einschränkend: NEIDERT, Rudolf: Brauchen wir ein Fortpflanzungsmedizingesetz? MedR 1988, S. 347-353 (353) der nur für wenige Bereiche einen Handlungsbedarf des Gesetzgebers sieht.

[118] Ärztezeitung vom 09.04.1999 und 21.07.1999

1.4.1. Embryonenschutzgesetz

Das Embryonenschutzgesetz vom 13.12.1990[119] gilt in Deutschland seit dem 01.01.1991. Es ist sehr kurz (insgesamt 13 Paragraphen) und besteht überwiegend aus strafrechtlichen Verboten. Die materiellen Regelungen befinden sich in den §§ 1-12 ESchG.

§ 1 ESchG stellt unter Strafe (Geldstrafe oder Freiheitsstrafe bis zu 3 Jahren):

- auf eine Frau eine fremde unbefruchtete Eizelle zu übertragen (Abs. 1 Nr. 1 ESchG);

- eine Eizelle zu einem anderen Zweck künstlich zu befruchten, als eine Schwangerschaft bei der Frau herbeizuführen, von der die Eizelle stammt (Abs. 1 Nr. 2 ESchG);

- einer Frau einen Embryo vor Abschluss seiner Einnistung in die Gebärmutter zu entnehmen, um ihn auf eine andere Frau zu übertragen oder für einen nicht seiner Erhaltung dienenden Zweck zu verwenden (Abs. 1 Nr. 6 ESchG);

- bei einer 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 (Abs. 1 Nr. 7 ESchG);

- künstlich zu bewirken, dass eine menschliche Eizelle und eine menschliche Samenzelle sich vereinigen, ohne eine Schwangerschaft bei der Frau herbeiführen zu wollen, von der die Eizelle stammt (§ 1 Abs. 2 ESchG).

Diese Verbote dienen hauptsächlich der Verhinderung „missbräuchlicher Anwendungen“ (so der amtliche Titel des Paragraphen) von Fortpflanzungstechnologien, insbesondere der Verhinderung einer Leihmutterschaft. Hierbei ist zu beachten, dass die Strafbarkeit in den Fällen des § 1 Abs. 1 ESchG nicht die beteiligten Frauen trifft (§ 1 Abs. 3 ESchG bestimmt ausdrücklich, dass diese straffrei bleiben), sondern die behandelnde Person, in der Regel die Ärztin oder den Arzt. Es sind insbesondere diese Verbote, die im Rahmen dieser Arbeit auf ihre Vereinbarkeit mit den Fortpflanzungsgrundrechten der Wunscheltern zu prüfen sind.

---

[119] BGBl. I 2746, zuletzt geändert durch Art. 22 des Gesetzes zur Umstellung von Gesetzen und anderen Vorschriften auf dem Gebiet des Gesundheitswesens auf Euro (Achtes Euro-Einführungsgesetz) vom 23.10.2001, BGBl. I 2702

Das ESchG verbietet weiterhin:

- innerhalb eines Zyklus der Frau (ca. 28 Tage) auf diese mehr als drei Embryonen zu übertragen (§ 1 Abs. 1 Nr. 3 ESchG);

- durch intratubaren Gametentransfer innerhalb eines Zyklus mehr als drei Eizellen zu befruchten (§ 1 Abs. 1 Nr. 4 ESchG);

- mehr Eizellen einer Frau zu befruchten, als ihr innerhalb eines Zyklus übertragen werden sollen (§ 1 Abs. 1 Nr. 5 ESchG);

- einen extrakorporal erzeugten oder einer Frau vor Abschluss seiner Einnistung in der Gebärmutter entnommenen Embryo zu veräußern oder zu einem nicht seiner Erhaltung dienenden Zweck abzugeben (§ 2 Abs. 1 ESchG);

- zu bewirken, dass sich ein menschlicher Embryo zu einem anderen Zweck als der Herbeiführung einer Schwangerschaft extrakorporal weiterentwickelt (§ 2 Abs. 2 ESchG);

- die Wahl des Geschlechtes des Kindes (§ 3 ESchG);

- künstliche Befruchtung einer Eizelle mit einer Samenzelle ohne Einwilligung der Personen, von denen die Keimbahnzellen stammen (§ 4 Abs. 1 Nr. 1 ESchG);

- Übertragung eines Embryos auf eine Frau ohne deren Einwilligung (§ 4 Abs. 1 Nr. 2 ESchG);

- wissentliche Befruchtung einer Eizelle mit dem Samens eines Toten (§ 4 Abs. 1 Nr. 3 ESchG);

- zielgerichtete künstliche Veränderung menschlicher Keimbahnzellen zum Zwecke einer Befruchtung und deren Verwendung (§ 5 ESchG);

- Klonen eines Menschen (§ 6 ESchG);

- Chimären- und Hybridbildung mit menschlicher Erbinformation und die Übertragung eines so entstandenen Embryos auf eine Frau oder ein Tier, sowie die Übertragung eines menschlichen Embryos auf ein Tier (§ 7 ESchG);

- dass eine andere Person als eine Ärztin oder ein Arzt eine künstliche Befruchtung, einen Embryotransfer oder die Konservierung einer befruchteten Eizelle oder eines Embryos vornimmt (§§ 9, 11 und 12 ESchG).

Diese Vorschriften dienen in erster Linie dem Schutz der Würde des Kindes, bzw. des Embryos. Sie sind von der juristischen Literatur in großem Umfang kommentiert und diskutiert worden.[120] Mit der durch sie aufgeworfenen verfassungsrechtlichen Problematik befasst sich diese Arbeit nur insoweit, als sie mit Grundrechten in Bezug auf die Fortpflanzung der Wunscheltern in Berührung kommt.

Das ESchG enthält außerdem zwei Vorschriften, die keine Verbote aufstellen. § 10 ESchG legt fest, dass ein Arzt nicht verpflichtet ist, eine fortpflanzungsmedizinische Behandlung durchzuführen, seine Mitwirkung ist freiwillig; § 8 ESchG enthält Begriffsdefinitionen des "entwicklungsfähigen Embryos" und von "Keimbahnzellen". Derartige Legaldefinitionen dienen der Festlegung von Strafbarkeitsgrenzen, sie sind nicht immer identisch mit der wissenschaftlichen oder allgemeinen Bedeutung der Begriffe.

Als Embryo im Sinne des ESchG gilt (§ 8 Abs. 1 und 2 ESchG):

> "Die befruchtete, entwicklungsfähige menschliche Eizelle vom Zeitpunkt der Kernverschmelzung an, ferner jede einem Embryo entnommene totipotente Zelle, die sich bei Vorliegen der dafür erforderlichen weiteren Voraussetzungen zu teilen und zu einem Individuum zu entwickeln vermag. In den ersten vierundzwanzig Stunden nach der Kernverschmelzung gilt die befruchtete menschliche Eizelle als entwicklungsfähig, es sei denn, dass schon vor Ablauf dieses Zeitraums festgestellt wird, dass sich diese nicht über das Einzellstadium hinaus zu entwickeln vermag."

Die Definition von Keimbahnzellen in § 8 Abs. 3 ESchG lautet:

> "Keimbahnzellen im Sinne dieses Gesetzes sind alle Zellen, die in einer Zell-Linie von der befruchteten Eizelle bis zu den Ei- und Samenzellen des aus ihr hervorgegangenen Menschen führen, ferner die Eizelle vom Einbringen oder Eindringen der Samenzelle an bis zu der mit der Kernverschmelzung abgeschlossenen Befruchtung."

Das ESchG trifft keine Regelungen zur künstlichen Befruchtung mit Spendersamen oder zu elterlichen Voraussetzungen für die Inanspruchnahme ärztlicher Hilfe. Diese Abstinenz des Gesetzgebers beruhte beim Erlass des ESchG nicht auf der Überzeugung, dass

[120] z.B.: STARCK, Christian: Die künstliche Befruchtung beim Menschen - Zulässigkeit und zivilrechtliche Folgen, Gutachten A für den 56. Deutschen Juristentag, 1986; COESTER-WALTJEN: Die künstliche Befruchtung beim Menschen - Zulässigkeit und zivilrechtliche Folgen, Gutachten B für den 56. Deutschen Juristentag,1986; KELLER, Rolf/GÜNTHER, Hans-Ludwig/KAISER, Peter: Embryonenschutzgesetz, 1992; DEUTSCH, Erwin: An der Grenze von Recht und künstlicher Fortpflanzung, VersR 1985, S. 1002-1004; DRESSLER, Angelika: Verfassungsfragen des Embryonenschutzes hinsichtlich der Reproduktionsmedizin, Diss. Bielefeld 1992; HIRSCH, Günter: Zeugung im Reagenzglas, MedR 1986, S. 237-240; KOLLEK, Regine: Präimplantationsdiagnostik - Embryoselektion, weibliche Autonomie und Recht, 2000; LORENZ, Dieter (Hg.): Rechtliche und ethische Fragen der Reproduktionsmedizin, 2003; MERZ, Bettina: Die medizinische, ethische und juristische Problematik artifizieller menschlicher Fortpflanzung: artifizielle Insemination, In-vitro-Fertilisation mit Embryotransfer und die Forschung an frühen menschlichen Embryonen, 1991; PAP, Michael: Die Würde des werdenden Lebens in vitro - verfassungsrechtliche Grenzen der extrakorporalen Befruchtung, MedR 1986, S. 229-236

insoweit keine rechtliche Regelung erforderlich sei, sondern auf einem fehlenden politischen Konsens.[121]

1.4.2. Ärztliches Berufsrecht

Das ärztliche Berufsrecht zur medizinisch assistierten Fortpflanzung findet sich in im Teil B, § 13 und Teil D IV. Nr. 14 und 15 der Musterberufsordnung für die deutschen Ärztinnen und Ärzte (MBO-Ä 1997)[122], sowie in den aufgrund der Ermächtigung in § 13 MBO-Ä 1997 von der Bundesärztekammer erlassenen "Richtlinien zur Durchführung der assistierten Reproduktion" (nachfolgend: „Richtlinien") nebst Kommentar und Anhang.[123]

Berufsordnung und Richtlinien wiederholen einen Großteil der vom ESchG aufgestellten Verbote. Zusätzlich werden die Voraussetzungen festgelegt, denen der behandelnde Arzt genügen muss, sowie die medizinischen, sozialen und verfahrenstechnischen Voraussetzungen, unter denen eine Sterilitätsbehandlung mit bestimmten Methoden zulässig ist. Es werden hier nur diejenigen Detailregelungen dargestellt, die den Rechtskreis der Behandlungssuchenden im Zusammenhang mit einem Rechtsanspruch auf Inanspruchnahme medizinischer Hilfe zum Zwecke der Fortpflanzung unmittelbar berühren:

Nach Nr. 3.2.3. der Richtlinien ("Elterliche Voraussetzungen") dürfen grundsätzlich nur sterile Ehepaare mit Methoden der medizinisch assistierten Fortpflanzung behandelt werden. Die Inanspruchnahme einer medizinischen Leistung wird hierdurch abhängig von einer bürgerlich-rechtlichen Voraussetzung, nämlich der Eheschließung. Ausnahmen sollen nur nach vorheriger Beratung durch bei den Ärztekammern eingerichtete Kommissionen zulässig sein.

Die Richtlinien bestimmen zusätzlich, dass bei der Behandlung eines Ehepaares grundsätzlich Keimzellen der Ehepartner verwendet werden sollen. Hiervon sind Ausnahmen möglich, über deren Zulässigkeit die Kommission der Ärztekammern entscheidet (Nr. 3.2.3. der Richtlinien).

---

[121] HIRSCH, Günter/SCHMIDT-DIDCZUHN, Andrea: Fortpflanzungsmedizin, Humangenetik, Gentechnik auf dem Weg zur gesetzlichen Regelung, MedR 1990, S. 167 ff. (168); vgl. hierzu auch 230. Sitzung des Bundestages vom 24.10.1990, 11. Wahlperiode, Tagesordnungspunkt 2, zweite und dritte Beratung des von der Bundesregierung eingebrachten Entwurfs eines Gesetzes zum Schutz von Embryonen (Embryonenschutzgesetz - ESchG)

[122] Von den Ärztekammern erlassen nach der "(Muster-)berufsordnung für die Deutschen Ärztinnen und Ärzte" (MBO-Ä 1997), NJW 1997, 3076 ff. in der Fassung der Beschlüsse des 100. Deutschen Ärztetages 1997 in Eisenach, geändert durch die Beschlüsse des 103. Deutschen Ärztetages 2000 in Köln, geändert durch die Beschlüsse des 105. Deutschen Ärztetages 2002 in Rostock (die MBO-Ä ist im Internet verfügbar unter: www.bundesaerztekammer.de)

[123] Deutsches Ärzteblatt 1998; 95: A-3166-3171 (Heft 49), früherer Titel: „Richtlinien zur Durchführung des intratubaren Gametentransfers, der In-vitro-Fertilisation mit Embryotransfer und anderer verwandter Methoden" (die Richtlinien sind im Internet verfügbar unter: www.bundesaerztekammer.de)

Weiterhin wird der Arzt angehalten, die Motivation des Kinderwunsches der Behandlungssuchenden zu überprüfen und bei bestimmten Motivationen die Behandlung abzulehnen (Anhang der Richtlinien, I Nr. 1).

Das ärztliche Berufsrecht ist Binnenrecht[124] für die Berufsgruppe "Ärztinnen und Ärzte" und kann deshalb nur berufsrechtliche Sanktionen diesen gegenüber verhängen. Die arztbezogenen Ge- und Verbote wirken sich jedoch unmittelbar auf die behandlungssuchenden Patienten aus, da diese auf die Hilfe eines an das Berufsrecht gebundenen qualifizierten Mediziners angewiesen sind und das ESchG ausdrücklich einen Arztvorbehalt enthält (s.o.).

1.4.3. Zivilrechtliche Regelungen

Zivilrechtliche Regelungen entscheiden darüber, wie sich die Fortpflanzung auf die Beziehungen der beteiligten Personen auswirkt. Wichtigster Punkt ist die Festlegung, wer von der Rechtsordnung als rechtlicher Vater oder rechtliche Mutter eines Kindes eingestuft wird. Aufgrund der neuen Möglichkeiten der Reproduktionsmedizin kann der hergebrachte Grundsatz, dass diejenigen einem Kind gegenüber die juristische Verantwortung übernehmen müssen, die es gemeinsam gezeugt haben[125], nicht mehr uneingeschränkt angewendet werden. Die Anknüpfung an den Zeugungsakt scheitert bereits deswegen, weil es bei den meisten Methoden der medizinisch assistierten Fortpflanzung überhaupt keinen geschlechtlichen Zeugungsakt mehr gibt, an den angeknüpft werden könnte. Dieser Punkt birgt insbesondere bei der Zuordnung der rechtlichen Vaterschaft Probleme, die im Anschluss an die Darstellung der rechtlichen Mutterschaft näher behandelt werden.

Als Hauptanknüpfungspunkt für die Zuordnung der **Mutter** zu einem Kind wurde bis zur Einführung der Methoden der medizinisch assistierten Fortpflanzung in der ärztlichen Praxis unstreitig die Geburt angesehen, da die gebärende Frau automatisch die genetische und physiologische (= biologische) Mutter des Kindes sein musste. Aufgrund der durch die Reproduktionsmedizin neu geschaffenen Möglichkeiten ist jedoch der alte Grundsatz *„mater semper certa est“* nicht mehr uneingeschränkt gültig. Es besteht nunmehr die Möglichkeit, dass eine Frau ein Kind austrägt, das nicht genetisch mit ihr verwandt ist (physiologische Mutterschaft). Wegen der lange Zeit unklaren familienrechtlichen Zuordnung der so entstandenen Kinder galt eine gespaltene Mutterschaft als problembelastet und war rechtlich unerwünscht. Letztlich wurde der Gesetzgeber durch die neuen technischen Möglichkeiten der Reproduktionsmedizin vor die Aufgabe gestellt, sich zu entscheiden, ob er für die Zuordnung der rechtlichen Mutter

---

[124] Eine ausführliche Darstellung der Rechtsnatur des ärztlichen Standesrechts und seiner Auswirkungen auf Patienten in Bezug auf die Regelungen zur medizinisch assistierten Fortpflanzung erfolgt im Abschnitt 3.4.

[125] BERNAT, Erwin: Statusrechtliche Probleme im Gefolge medizinisch assistierter Zeugung, MedR 1986, S. 245-253 (246)

zu einem Kind an die physiologische oder an die genetische Mutterschaft oder an beide Formen der Mutterschaft anknüpfen wollte. Im Vorfeld einer gesetzlichen Regelung wurden alle diese Lösungen umfangreich diskutiert. Nach *Coester-Waltjen* sollte z.B. der Status der rechtlichen Mutter nach dem deutschen Familienrecht nicht der genetischen Mutter (von der die Eizelle stammt), sondern der physiologischen Mutter, d.h. der austragenden Frau zustehen.[126] *Selb* schlug 1987 vor, den Status der Mutter bei Aufspaltung von genetischer und physiologischer Mutterschaft beiden beteiligten Frauen zuzuerkennen, von denen aber nur eine das Sorgerecht inne haben sollte, das orientiert nach Kindeswohlaspekten vergeben wird.[127] Mit der Änderung des deutschen Familienrechts im Jahr 1997 („Gesetz zur Reform des Kindschaftsrechts vom 16.12.1997“[128]), die am 01.07.1998 in Kraft getreten ist, wurde diese Frage gesetzlich geklärt: Mutter ist nach § 1591 BGB allein die Frau, die das Kind geboren hat.[129] Diese Regelung ist sowohl zum Zwecke der Rechtsklarheit (genetische Mutter ist im Gegensatz zur austragenden Frau nicht offensichtlich) als auch im Hinblick auf die Vermeidung der vom Gesetzgeber unerwünschten Leihmutterschaft getroffen worden.[130] Der Vermeidung der Leihmutterschaft dient dabei der Umstand, dass die Wunscheltern gegenüber der austragenden Frau keinen Herausgabeanspruch geltend machen können, da allein diese die rechtliche Mutter des Kindes ist.[131] Im Ergebnis läuft die vom Gesetzgeber favorisierte Regelung darauf hinaus, dass nur die Austragung des Kindes die Verwandtschaft begründet und gerade **n i c h t** seine genetische Abstammung. Die austragende Frau, die nach dem neuen Kindschaftsrecht zivilrechtlich die einzige Mutter ist, hat - ebenso wie das Kind - keine Möglichkeit, die Mutterschaft anzufechten.[132] Die früher vorgeschlagene Lösung, das Kind könne ggf. versuchen, sein Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung durch Feststellungsklage nach § 256 ZPO geltend zu machen, wird in der

---

[126] COESTER-WALTJEN: Die künstliche Befruchtung beim Menschen - Zulässigkeit und zivilrechtliche Folgen, Gutachten B für den 56. deutschen Juristentag, 1986, S. 111-112

[127] SELB, Walter: Rechtsordnung und künstliche Reproduktion des Menschen; 1987, S. 76-81

[128] BGBl I S. 2942

[129] hierzu ausführlich: WANITZEK, Ulrike: Rechtliche Elternschaft bei medizinisch unterstützter Fortpflanzung, 2002, S. 27-32, 200-246; GAUL, Hans Friedhelm: „Die Neuregelung des Abstammungsrechts durch das Kindschaftsrechtsreformgesetz“, in: SCHWAB, Dieter (Hg.): Das neue Familienrecht - Systematische Darstellung zum KindRG, KindUG, EheschlRG und ErbGleichG, 1998, S. 114-120

[130] GAUL, Hans Friedhelm: „Die Neuregelung des Abstammungsrechts durch das Kindschaftsrechtsreformgesetz“, in: SCHWAB, Dieter (Hg.): Das neue Familienrecht - Systematische Darstellung zum KindRG, KindUG, EheschlRG und ErbGleichG, 1998, S. 116

[131] SCHIMKE, Hans-Jürgen: Das neue Kindschaftsrecht; 1998, S. 22

[132] GAUL, Hans Friedhelm: „Die Neuregelung des Abstammungsrechts durch das Kindschaftsrechtsreformgesetz“, in: SCHWAB, Dieter (Hg.): Das neue Familienrecht - Systematische Darstellung zum KindRG, KindUG, EheschlRG und ErbGleichG, 1998, S. 117

neueren Literatur abgelehnt.[133] Wie das Kind ggf. sein Recht auf Kenntnis der eigenen (genetischen) Abstammung durchsetzen könnte, ist unklar. Es ist allerdings zu vermuten, dass zu dieser Frage irgendwann eine Entscheidung des BVerfG ergehen wird, die es für verfassungswidrig erklärt, wenn dem Kind keinerlei Möglichkeit auf Feststellung seiner genetischen Abstammung mütterlicherseits durch den Staat eingeräumt wird.

Wenn es in der Zukunft möglich sein sollte, Kinder nach extrakorporaler Zeugung ganz ohne eine physiologische Mutter mittels einer künstlichen Gebärmutter[134] auszutragen, so entfällt die Geburt als Zuordnungskriterium der rechtlichen Mutterschaft. In diesem derzeit noch theoretischen Fall bliebe als Anknüpfungspunkt für die rechtliche Zuordnung des Kindes allein die genetische Mutterschaft, ein solcher Anknüpfungspunkt ist aber derzeit rechtlich nicht geregelt.[135]

Traditioneller Anknüpfungspunkt für die Zuordnung des **Vaters** eines Kindes ist der Familienstand der rechtlichen Mutter. Ist sie zum Zeitpunkt der Geburt verheiratet, so wird gesetzlich vermutet, dass ihr Ehemann Vater des von ihr zur Welt gebrachten Kindes ist (§ 1592 Nr. 1 BGB). Ist der Ehemann der rechtlichen Mutter zum Zeitpunkt der Geburt bereits verstorben, so gilt er rechtlich als Vater eines bis zum dreihundertsten Tag nach seinem Tod (unter besonderen Umständen sogar noch später) geborenen Kindes (§ 1593 S. 1 und 2 BGB). Hat die Mutter wieder geheiratet, gelten speziellere Regelungen (§ 1593 S. 3 und 4 BGB). Ist die Mutter nicht verheiratet, so ist das Kind zunächst vaterlos, bis die Vaterschaft anerkannt (§§ 1592 Nr. 2, 1594 ff. BGB) oder gerichtlich festgestellt wurde (§ 1600 d BGB).[136] Wegen dieser Regelungen ist die genetische Abstammung auch bei der Zuordnung der rechtlichen Vaterschaft nicht das alleinige oder vorrangige Begründungsmerkmal. Es ist in der Rechtsprechung des BVerfG anerkannt, dass der Gesetzgeber bei der Regelung der Frage, wer als gesetzlicher Vater eines Kindes eingestuft werden soll, neben der biologischen Abstammung auch rechtlichen oder sozialen Tatsachen (z.B. der Ehe mit der Mutter oder der Anerkennung der

---

[133] WANITZEK, Ulrike: Rechtliche Elternschaft bei medizinisch unterstützter Fortpflanzung, 2002, S. 421; GAUL, Hans Friedhelm: „Die Neuregelung des Abstammungsrechts durch das Kindschaftsrechtsreformgesetz“, in: SCHWAB, Dieter (Hg.): Das neue Familienrecht - Systematische Darstellung zum KindRG, KindUG, EheschlRG und ErbGleichG, 1998, S. 119; STRÄTZ, Hans-Wolfgang: Familienrechtliche Folgen der Reproduktionsmedizin in Deutschland, in: LORENZ, Dieter (Hg.): Rechtliche und ethische Fragen der Reproduktionsmedizin, 2003, S. 164-172 (168-169)

[134] vgl. zu den strafrechtlichen Problemen bei Austragung eines Kindes in einer künstlichen Gebärmutter: HILGENDORF, Eric: Ektogenese und Strafrecht, MedR 1994, S. 429-432

[135] COESTER-WALTJEN: Die künstliche Befruchtung beim Menschen - Zulässigkeit und zivilrechtliche Folgen, Gutachten B für den 56. deutschen Juristentag, 1986, S. 117-118

[136] hierzu ausführlich: WANITZEK, Ulrike: Rechtliche Elternschaft bei medizinisch unterstützter Fortpflanzung, 2002, S. 32-135, 246-356; GAUL, Hans Friedhelm: „Die Neuregelung des Abstammungsrechts durch das Kindschaftsrechtsreformgesetz“, in: SCHWAB, Dieter (Hg.): Das neue Familienrecht - Systematische Darstellung zum KindRG, KindUG, EheschlRG und ErbGleichG, 1998, S. 62-114

Vaterschaft) Bedeutung beimessen darf.[137] Rechtliche Elternschaft ist deshalb auch beim Vater nicht mit genetischer Elternschaft gleichzusetzen. Dies wird anhand folgender Punkte deutlich: Das Abstammungsrecht verwendet keinen tatsächlichen, sondern einen rechtlichen Elternbegriff. Dabei wird der sozialen Beziehung zwischen Eltern und Kind in einigen Punkten der Vorrang vor der genetischen Beziehung zwischen Eltern und Kind eingeräumt (z.B. bei der Vermutung der Ehelichkeit eines Kindes, bei der Vaterschaftsanerkennung, bei der bewussten Nicht-Anfechtung einer Vaterschaft). Neben der genetischen Abstammung ist ein vom Gesetz anerkannter Anknüpfungspunkt der rechtlichen Elternschaft auch der Wille zur Elternschaft. Hinter der Berücksichtigung des „Willens zur Elternschaft" durch den Gesetzgeber steht die Vorstellung, dass sich die rechtliche Elternschaft in der sozialen Elternschaft widerspiegeln soll. Besteht wegen des Vorhandenseins eines Willens zur Elternschaft Aussicht hierauf, so soll diese Chance wahrgenommen werden können.[138] Die Erfüllung rechtlicher Elternschaft ist in der sozial gelebten Elternschaft zu sehen.[139]

Zusätzlich zur Anknüpfung an die genetische oder soziale Elternschaft könnte auch der geschlechtliche Zeugungsakt als Anknüpfungsmöglichkeit für die Zuordnung der rechtlichen Vaterschaft herangezogen werden. Eine Entscheidung, die sich mit der Frage des fehlenden Zeugungsaktes auseinandersetzt, einem Problem das heute im Zusammenhang mit der Zuordnung des Kindsvaters bei der medizinisch assistierten Fortpflanzung diskutiert wird, wurde bereits 1908 vom Reichsgericht gefällt. Es ging um die familienrechtliche Frage, ob ein Mann, der mit einer Frau keinen Geschlechtsverkehr hatte, sondern dessen Samen von der Frau ohne seine Zustimmung verwendet wurde, als Vater des Kindes, mit allen unterhaltsrechtlichen Konsequenzen, einzustufen war. Das RG hat diese Frage allerdings nur aufgeworfen und nicht beantwortet.[140] Hierzu wird in der Urteilsbegründung des RG folgendes ausgeführt:

> „Nach der im Berufungsurteil getroffenen Feststellung liegt der Fall vor, daß der die Ehelichkeit anfechtende Kläger (und Revisionskläger) seiner Ehefrau, von der das Kind geboren ist, während der Empfängniszeit nicht beigewohnt hat, auch keinerlei Versuche der Beiwohnung gemacht hat. Die Empfängnis soll danach bewirkt sein, daß die Mutter des beklagten Kindes, nachdem der Kläger sein Bett verlassen hatte, den während der Nacht in das Bettuch ergossenen Samen des Klägers mittels einer Kerze aufgesammelt und in die Scheide eingeführt hat. Daß das kein Fall der Beiwohnung im Sinne des § 1591 ist, bedarf keiner Ausführung..." [...] „Es kann schließlich noch die Frage aufgeworfen werden, ob es rechtlich möglich ist, durch künstliche Befruchtung eine Vaterschaft desjenigen zu begründen, gegen oder ohne dessen Willen der Samen zur Herbeiführung der Empfängnis benutzt wird."[141]

---

[137] Beschluss des BVerfG vom 07.03.1995, 1 BvR 790/91 und 540, 866/92, BVerfGE 92, 158-190 (178)

[138] WANITZEK, Ulrike: Rechtliche Elternschaft bei medizinisch unterstützter Fortpflanzung, 2002, S. 180-181, 357

[139] WANITZEK, Ulrike: Rechtliche Elternschaft bei medizinisch unterstützter Fortpflanzung, 2002, S. 358

[140] Urteil des RG vom 04.06.1908, 443/07 IV., JW 1908, S. 485-486

[141] Urteil des RG vom 04.06.1908, 443/07 IV., JW 1908, S. 485-486

Das RG hat im Anschluss an diese Erörterungen die Angelegenheit zur Prüfung des von der Ehefrau (Klägerin) vorgetragenen Sachverhaltes *„und dessen rechtlicher Bedeutung“* an das Berufungsgericht zurückverwiesen. Grundrechtsrelevante Aussagen zur Fortpflanzung sind in dieser familienrechtlichen Entscheidung nicht enthalten.

Von der derzeit h.M. wird die Beiwohnung des Mannes nicht als konstitutives Element der Vaterschaft angesehen. Die Beiwohnung ist nämlich lediglich das übliche, aber nicht das einzige Mittel, eine Schwangerschaft herbeizuführen.[142] Daneben kommt z.B. auch eine einverständlich durch die Geschlechtspartner oder durch einen der Geschlechtspartner[143] selbst durchgeführte Insemination in Frage. Allerdings hat der Gesetzgeber seit 30.04.2004[144] die Beiwohnung in Bezug auf das Anfechtungsrecht des genetischen, aber nicht rechtlichen Vaters als entscheidend eingestuft (§ 1600 Abs. 1 Nr. 2 BGB). Dieses Recht ist nur bei erfolgter Beiwohnung während der Empfängniszeit eines Kindes gegeben, daher hat der Samenspender bei medizinischer Insemination kein Anfechtungsrecht. Damit ist zumindest insoweit der Zeugungsakt indirekt ein konstitutives Element der rechtlichen Vaterschaft geworden. Bei einer Zeugung im Wege des Geschlechtsverkehrs ist im übrigen der Zeugungswille von Mann und Frau unbeachtlich, da die Zeugung einen Realakt darstellt, der vom Willen der Beteiligten unabhängig ist.[145] Z.B. ist die Frau statusrechtlich auch dann die Mutter eines Kindes, wenn dieses gegen ihren Willen durch eine Vergewaltigung gezeugt wurde.[146]

Die Zuordnung des rechtlichen Vaters zu einem Kind kann durch Anfechtung verändert werden, wenn der rechtliche Vater nicht der genetische Vater ist. Eine solche Anfechtung regeln im Familienrecht die §§ 1599 ff. BGB. Gemäß § 1600 Abs. 1 BGB sind folgende Personen anfechtungsberechtigt:

1. der rechtliche Vater des Kindes (mit Ausnahme eines rechtlichen Vaters, dessen Vaterschaft nach § 1592 Nr. 3 BGB durch gerichtliche Feststellung entstanden ist),
2. der Mann, der an Eides Statt versichert, der Mutter des Kindes während der Empfängniszeit beigewohnt zu haben, soweit zwischen Kind und rechtlichem Vater keine sozial-familiäre Beziehung besteht (§ 1600 Abs. 2 BGB),
3. die Kindesmutter
4. und das Kind selbst

---

[142] BERNAT, Erwin: Statusrechtliche Probleme im Gefolge medizinisch assistierter Zeugung, MedR 1986, S. 245-253 (246)

[143] Ein solcher Fall lag bereits dem Urteil des RG v. 04.06.1908, 443/07 IV., JW 1908, S. 485-486 zugrunde, bei dem die Frau behauptet hatte, bei sich eine Insemination mit dem Sperma ihres Ehemannes vorgenommen zu haben, ohne dass dessen Zustimmung vorlag.

[144] Gesetz v. 23.04.2004 (BGBl. I 598)

[145] BERNAT, Erwin: Statusrechtliche Probleme im Gefolge medizinisch assistierter Zeugung, MedR 1986, S. 245-253 (248)

[146] BERNAT, Erwin: Statusrechtliche Probleme im Gefolge medizinisch assistierter Zeugung, MedR 1986, S. 245-253 (246)

Das Anfechtungsrecht des rechtlichen Vaters ist allerdings ausgeschlossen, wenn er einer heterologen Insemination zugestimmt hat (§ 1600 Abs. 4 BGB). Hat das Kind, aus welchen Gründen auch immer, keinen rechtlichen Vater (z.B. weil die Mutter nicht verheiratet ist), so kann auch der Samenspender rechtlicher Vater des Kindes werden, indem er die Vaterschaft anerkennt (§ 1592 Nr. 3 BGB). Der Samenspender hat bei heterologer medizinisch assistierter Fortpflanzung kein Anfechtungsrecht, wenn er der rechtliche Vater eines mit seinen Samenzellen gezeugten Kindes geworden ist, da er auch der genetische Vater des Kindes ist. Ist der Samenspender nicht der rechtliche Vater, aber - aus welchen Gründen auch immer - plötzlich daran interessiert, die rechtliche Vaterschaft für ein mit seinen Keimzellen gezeugtes Kind zu erlangen, so kann er die bestehende rechtliche Vaterschaft eines anderen Mannes nicht anfechten, da ihm kein Anfechtungsrecht zusteht (§ 1600 Abs. 1 BGB). Die Anfechtungsfrist nach § 1600b BGB beträgt zwei Jahre, sie beginnt ab Kenntnis der anfechtungsberechtigten Person vom Anfechtungsgrund (Nichtbestehen einer genetischen Vaterschaft des rechtlichen Vaters), frühestens mit der Geburt. Die Möglichkeit der Anfechtung einer rechtlichen Vaterschaft bestand früher für den rechtlichen Vater und die Kindesmutter selbst dann, wenn beide einer heterologen Insemination vorab ausdrücklich zugestimmt hatten. Bei einverständlicher heterologer Insemination war deshalb bis zum 2. Lebensjahr des Kindes eine Anfechtung der Vaterschaft möglich. Diese Regelung des Anfechtungsrechts für eine Situation, in welcher der Wunschvater vor Zeugung eines Kindes der heterologen Befruchtung zugestimmt hatte und dabei im Einvernehmen mit seiner Geschlechtspartnerin handelte, war von Anfang an umstritten. Zahlreiche Stimmen in der Literatur vertreten die Ansicht, dass er nach Zustimmung zur heterologen Zeugung nicht mehr berechtigt sein sollte, die Vaterschaft anzufechten.[147] Dies wird damit begründet, dass er (im Gegensatz zu einem von seiner Frau betrogenen Mann) nicht schutzwürdig sei und diese Anfechtung in der Regel aus Gründen vornehmen werde, die von der Rechtsordnung missbilligt würden, z.B. weil die Ehe zerbricht oder der Mann sich einer anderen Frau zuwendet. Hinzu kommt, dass dem Wunschvater bei heterologer Zeugung de facto von der Rechtsordnung ein „Abstoßungsrecht“ gegenüber dem Kind zugebilligt wurde, da das Anfechtungsrecht z.B. auch ausgeübt werden konnte, wenn die Beziehung mit der Mutter scheiterte oder das Kind nicht seinen Erwartungen genügte. Der Gesetzgeber hat auf die in der Praxis mit dieser Regelung aufgetretenen Probleme[148]

---

[147] MÜHLENS, Elisabeth/KIRCHMEIER, Karl-Heinz/GREßMANN, Michael/KNITTEL, Bernhard: Kindschaftsrecht - Kommentierende Darstellung der Familienrechtsreform; 1998, S. 140; SCHIMKE, Hans-Jürgen: Das neue Kindschaftsrecht; 1998, S. 22-23; BERNAT, Erwin: Statusrechtliche Probleme im Gefolge medizinisch assistierter Zeugung, MedR 1986, S. 245-253 (248); GAUL, Hans Friedhelm: „Die Neuregelung des Abstammungsrechts durch das Kindschaftsrechtsreformgesetz“, in: SCHWAB, Dieter (Hg.): Das neue Familienrecht - Systematische Darstellung zum KindRG, KindUG, EheschlRG und ErbGleichG, 1998, S. 120-122

[148] Z.B. Beschluss des OLG Celle v. 20.02.2001, 15 WF 38/01; NJW 2001, S. 3419-3420, wo über einen Fall entschieden wurde, in dem die Mutter eines durch anonyme Samenspende im Ausland (Dänemark) heterolog gezeugten Kindes nach Trennung vom Ehemann dessen Vaterschaft gegen seinen Willen angefochten hat. Die Anfechtung der Vaterschaft war zulässig, das Kind wurde hierdurch vaterlos, da der Samenspender nicht bekannt war.

und die geäußerte Kritik reagiert und mit Wirkung vom 12.04.2002 folgende Regelung in das BGB eingefügt (damals als § 1600 Abs. 2 BGB, mit Wirkung vom 30.04.2004 wurde diese Vorschrift in § 1600 Abs. 4 BGB verschoben[149]):

> „(2) Ist das Kind mit Einwilligung des Mannes und der Mutter durch künstliche Befruchtung mittels Samenspende eines Dritten gezeugt worden, so ist die Anfechtung der Vaterschaft durch den Mann oder die Mutter ausgeschlossen."[150]

Da bei den meisten Methoden der medizinisch assistierten Fortpflanzung der physiologische Anteil des Wunschvaters an der Entstehung des Kindes wegfällt, ist gesetzlich festgelegter Anknüpfungspunkt für die Vaterschaft hier - statt der Zeugung in einem Geschlechtsakt - seine Zustimmung zur Befruchtung der Eizelle mit seinen Samenzellen. Das Erfordernis der Zustimmung ist auch in den Bestimmungen des ärztlichen Standesrechts festgeschrieben. Eine solche Zustimmung ist bis zur Entstehung eines Kindes frei widerruflich. Mit der Regelung in § 1600 Abs. 4 BGB ist allerdings nicht das Anfechtungsrecht des Kindes ausgeschlossen worden, das die Frage seines genetischen Vaters immer noch gerichtlich klären und insoweit den gesetzlichen Vater, der der heterologen Insemination zugestimmt hat, von der gesetzlichen Vaterschaft ausschließen kann.

Die vom BGB getroffene rechtliche Zuordnung eines Kindes zu seiner Mutter und seinem Vater ist zwingendes Recht, sie kann nicht durch vertragliche Vereinbarungen verändert werden. Entsprechende Klauseln in Verträgen wären nichtig. Das deutsche Familienrecht findet auch in Fällen Anwendung, in denen das Kind unter Verstoß gegen das ESchG in Deutschland oder im Ausland gezeugt worden ist.

Bei Betrachtung der seit 01.07.1998 geltenden zivilrechtlichen Regelung fällt auf, dass beim Vater im Regelfall auf die genetische Abstammung des Kindes abgestellt wird (Abstammungsprinzip), bei der Mutter dagegen allein auf die physiologische Herkunft des Kindes, seine genetische Herkunft mütterlicherseits ist unerheblich (Geburtsprinzip). Diese Anknüpfung an unterschiedliche Aspekte der Elternschaft (physiologische Elternschaft bei der Frau, genetische Elternschaft beim Mann) zeigt, dass der Gesetzgeber die genetische Abstammung eines Kindes als Hauptkriterium für dessen Zuordnung zu einer Elternperson (Mutter) bewusst aufgegeben hat. Dies markiert einen Wertungsumschwung beim Gesetzgeber, denn ein Grundprinzip des Familienrechtes, die rechtliche Verwandtschaft aufgrund blutsmäßiger (= genetischer) Abstammung voneinander (§ 1589 BGB), ist bei einem Elternteil nunmehr rechtlich völlig unerheblich.[151]

---

[149] Gesetz vom 23.04.2004 (BGBl. I S. 598)

[150] Art. 1 KindRVerbG v. 09.04.2002, BGBl. I S. 1239

[151] GAUL, Hans Friedhelm: „Die Neuregelung des Abstammungsrechts durch das Kindschaftsrechtsreformgesetz", in: SCHWAB, Dieter (Hg.): Das neue Familienrecht - Systematische Darstellung zum KindRG, KindUG, EheschlRG und ErbGleichG, 1998, S. 122

Damit kann die genetische Abstammung endgültig nicht mehr als allein entscheidendes Kriterium für die rechtliche Zuordnung eines Kindes angesehen werden.

Neben den geschilderten Regelungen des BGB enthält auch das Adoptionsvermittlungsgesetz Vorschriften, die sich auf einen Teilbereich der medizinisch assistierten Fortpflanzung auswirken, nämlich die Ersatzmutterschaft. In das Adoptionsvermittlungsgesetz wurden durch Änderungsgesetz vom 27.11.1989[152] Verbote bezüglich der Ersatzmuttervermittlung sowie bezüglich der Suche von Ersatzmüttern und Bestelleltern mittels Zeitungsanzeigen aufgenommen (§§ 13, 13b, 13c, 13d AdoptionsvermittlungsG), die Zuwiderhandlung ist mit Strafe oder Bußgeld bedroht (§§ 14, 14b AdoptionsvermittlungsG)[153].

1.4.4. Regelungen im Sozialgesetzbuch

Im Zusammenhang mit der medizinisch assistierten Fortpflanzung sind von den Regelungen des Sozialgesetzbuches allein die Leistungspflichten der gesetzlichen Krankenkassen einschlägig. Grundsätzlich haben gesetzlich Versicherte Anspruch auf Leistungen zur Behandlung von Krankheiten. Nach der vom Bundessozialgericht (BSG) in ständiger Rechtsprechung verwendeten Definition ist unter einer Krankheit im Sinne der gesetzlichen Krankenversicherung:

> „[...] ein regelwidriger, vom Leitbild des gesunden Menschen abweichender Körper- oder Geisteszustand zu verstehen, der ärztlicher Behandlung bedarf oder - zugleich oder ausschließlich - Arbeitsunfähigkeit zur Folge hat.“[154]

Dieser Krankheitsbegriff umfasst auch Regelwidrigkeiten, die auf einen Alterungsprozess zurückzuführen sind.[155] Nach § 27 Abs. 1 S. 4 SGB V gehören zur Krankenbehandlung auch

> „Leistungen zur Herstellung der Zeugungs- oder Empfängnisfähigkeit, wenn diese Fähigkeit nicht vorhanden war oder durch Krankheit oder wegen einer durch Krankheit erforderlichen Sterilisation verloren gegangen war.“

[152] „Gesetz zur Änderung des Adoptionsvermittlungsgesetzes“ vom 27.11.1989, BGBl. I S. 2014

[153] KELLER in: KELLER, Rolf/GÜNTHER, Hans-Ludwig/KAISER, Peter: Embryonenschutzgesetz, 1992, Einführung S. 60, RN 8; vgl. hierzu auch HIRSCH, Günter/SCHMIDT-DIDCZUHN, Andrea: Fortpflanzungsmedizin, Humangenetik, Gentechnik auf dem Weg zur gesetzlichen Regelung, MedR 1990, S. 167 ff. (168); KOCH, Hans-Georg: „Medizinisch unterstützte Fortpflanzung“ beim Menschen - Handlungsleitung durch Strafrecht?, MedR 1986, S. 259-265 (265)

[154] Urteil des BSG vom 30.09.1999, B 8 KN 9/98 KR R, BSGE 85, 36-56 (38), unter Bezugnahme auf: BSG vom 13. Februar 1975, BSGE 39, 167, 168 m.w.N. (schwangerschaftsverhütende Mittel bei medizinischer Indikation); BSG vom 20. Oktober 1972, BSGE 35, 10, 12 (Kiefer- oder Zahnstellungsanomalie); BSG vom 28. April 1967, BSGE 26, 240, 242 ff. (Einengung der Zeugungsfähigkeit); entsprechend auch die Begründung zu § 27 SGB V im Entwurf zum Gesundheits-Reformgesetz (GRG), BT-Drucks 11/2237, S 170; vgl. hierzu auch EICHER, Wolfgang: Die in-vitro-Fertilisation als Leistung der gesetzlichen Krankenkassen im Rahmen der Sterilitätsbehandlung der Frau; MedR 1986, S. 265-275 (266 ff.)

[155] Urteil des BSG vom 30.09.1999, B 8 KN 9/98 KR R, BSGE 85, 36-56 (38-39)

Dementsprechend ist die schicksalshafte Sterilität von Mann und Frau grundsätzlich eine Krankheit im Sinne der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV).[156] Eine solche Krankheit liegt nur dann nicht vor, wenn der oder die Versicherte den Zustand der Unfruchtbarkeit ohne medizinische Indikation bewusst und gewollt herbeigeführt hat.[157] Neben dem Definitionsmerkmal der Regelwidrigkeit umfasst der Krankheitsbegriff des SGB V auch den Punkt der Behandlungsbedürftigkeit dieser Regelwidrigkeit. Während zur Bejahung der Behandlungsbedürftigkeit früher vom BSG gefordert wurde, dass Beschwerden, Schmerzen oder die Gefahr einer wesentlichen Verschlimmerung vorliegen müssen[158], genügt inzwischen zur Bejahung der Behandlungsbedürftigkeit auch folgendes: der regelwidrige Zustand des in der GKV versicherten Patienten ist nach den Regeln der ärztlichen Kunst einer Heilbehandlung mit dem Ziel der Heilung, zumindest der Besserung oder der Verhütung der Verschlimmerung des anormalen Zustandes oder der Linderung von Schmerzen zugänglich.[159] Dementsprechend setzt der Begriff der Krankheit im Sinne des SGB V nicht deren Heilbarkeit voraus.[160] Die erektile Dysfunktion mit den daraus folgenden Beschwerden (Impotenz), die nicht mit einer grundsätzlichen Zeugungsunfähigkeit einhergeht, stuft das LSG Nordrhein-Westfalen eindeutig als Krankheit im Sinne von § 27 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 i.V.m. § 33 SGB V ein und begründet dies damit, dass die Kohabitationsfähigkeit eines erwachsenen Mannes Bestandteil seines regelrechten (gesunden) Körperzustandes sei.[161] Den regelwidrigen Körperzustand im Sinne des SGB V sieht das BSG in der mangelnden Erektionsfähigkeit des Penis.[162] Die erektile Dysfunktion ist demzufolge nach geltendem Sozialrecht eine behandlungsbedürftige Krankheit, die jedenfalls dann rein symptomatisch behandelt werden muss, wenn die Ursache (Grundkrankheit) nicht angegangen werden kann.[163] Es steht dem einfachen Gesetzgeber jedoch frei, zu entscheiden, ob er die

---

156 EICHER, Wolfgang: Die in-vitro-Fertilisation als Leistung der gesetzlichen Krankenkassen im Rahmen der Sterilitätsbehandlung der Frau; MedR 1986, S. 265-275 (266); WAGNER, Regine in: KRAUSKOPF, Dieter (Hg.): Soziale Krankenversicherung Pflegeversicherung, Kommentar, April 2002, § 27 SGB V,RN 40

157 Urteil des BSG vom 30.09.1999, B 8 KN 9/98 KR R, BSGE 85, 36-56 (42-43), unter Verweis auf BSG vom 12.11.1985, 3 RK 48/83, BSGE 59, 119, 121-122; WAGNER, Regine in: KRAUSKOPF, Dieter (Hg.): Soziale Krankenversicherung Pflegeversicherung, Kommentar, April 2002, § 27 SGB V,RN 40; SCHMIDT, Rudi in: PETERS, Horst (Begr.): Handbuch der Krankenversicherung, Teil II - Sozialgesetzbuch V, § 27, RN 400-404

158 Urteil des BSG vom 28.19.1960, 3 RK 29/59, BSGE 13, 134 (136)

159 Urteil des BSG vom 28.04.1976, 3 RK 12/65, BSGE 26, 240 (243); Urteil des BSG vom 13.02.1975, 3 RK 68/73, BSGE 39, 167 (168 ff.); Urteil des BSG vom 12.11.1985 (3 RK 48/83), BSGE 59, 119-122

160 EICHER, Wolfgang: Die in-vitro-Fertilisation als Leistung der gesetzlichen Krankenkassen im Rahmen der Sterilitätsbehandlung der Frau; MedR 1986, S. 265-275 (266)

161 LSG Nordrhein-Westfalen, Urteil vom 22.01.1998, L 2 Kn 12/96, Fundstelle: Juris-Datenbank, bestätigt durch das nachfolgende Urteil des BSG vom 30.09.1999, B 8 KN 9/98 KR R, BSGE 85, 36-56 (39-40); Urteil des SG Lüneburg vom 28.02.2000 (S 9 KR 97/99) - Viagra, NJW 2000, 2766-2767

162 Urteil des BSG vom 30.09.1999, B 8 KN 9/98 KR R, BSGE 85, 36-56 (40)

163 Urteil des BSG vom 30.09.1999, B 8 KN 9/98 KR R, BSGE 85, 36-56 (41)

Behandlung der erektilen Dysfunktion (eine als Krankheit im Sinne von § 27 Abs. 1 SGB V anerkannte Gesundheitsstörung) aus Wirtschaftlichkeitsgründen von der Erstattung durch die von der Solidargemeinschaft der Versicherten getragene gesetzliche Krankenversicherung ausschließen will. Eine entsprechende Regelung durfte allerdings, wie 1999 vom BSG entschieden, nicht durch Arzneimittel-Richtlinien getroffen werden, da dem (früheren[164]) Bundesausschuss der Ärzte und Krankenkassen insoweit die demokratische Legitimation fehlt.[165]

Für die Inanspruchnahme von Maßnahmen der künstlichen Befruchtung enthält § 27a SGB V eine den Anspruch von gesetzlich versicherten Personen erweiternde Spezialregelung zu § 27 SGB V. § 27a SGB V wurde mit Gesetz vom 26.06.1990[166] in das SGB V eingefügt (Inkrafttreten rückwirkend ab 01.01.1989), davor schloss § 27 S. 5 SGB V ausdrücklich einen Anspruch auf Leistungen der künstlichen Befruchtung von der gesetzlichen Krankenversicherung aus.[167] Den Regelungen zur Leistungspflicht der gesetzlichen Krankenversicherungen für Leistungen der künstlichen Befruchtung nach § 27a SGB V liegt folgende Entstehungsgeschichte zugrunde:

> „Ob Maßnahmen der künstlichen Befruchtung zu den Leistungen der gesetzlichen Krankenversicherung gehören, war bis zum Inkrafttreten des SGB V streitig und in der Rechtsprechung nicht geklärt [...]. Im Gesundheits-Reformgesetz (GRG) vom 20. Dezember 1988 (BGBl I 2477) hat der Gesetzgeber die Frage durch die Ausschlußvorschrift des damaligen § 27 Satz 5 SGB V zunächst negativ entschieden, weil er davon ausging, daß "Leistungen, mit denen eine künstliche Befruchtung herbeigeführt wird, außerhalb des Aufgabenbereichs der GKV liegen" (so die amtliche Begründung zum Entwurf der Bundesregierung, BT-Drucks 11/2237 S 170). Mit der Einführung des § 27a SGB V durch das KOV-Anpassungsgesetz vom 26. Juni 1990 (KOV-AnpG 1990, BGBl I 1211) hat er diese Position zwar aufgegeben, zugleich aber die Sonderstellung der künstlichen Befruchtung im Leistungssystem der Krankenversicherung deutlich gemacht. In der Gesetzesbegründung wird nicht auf den einzelnen von Unfruchtbarkeit betroffenen Ehepartner abgestellt, sondern "den Ehegatten" ein Anspruch auf Maßnahmen der künstlichen Befruchtung eingeräumt (BT-Drucks 11/6760 S 10). Dieser Anspruch wird von den Behandlungsmaßnahmen nach § 27 SGB V abgegrenzt; er besteht erst, wenn diese keine hinreichende Aussicht auf Erfolg (mehr) bieten, nicht möglich oder unzumutbar sind (BT-Drucks 11/6760 S 14). Die künstliche Befruchtung wird selbst nicht als Krankenbehandlung angesehen; sie wird dieser lediglich zugeordnet, damit die einschlägigen Regelungen des SGB V auf sie anwendbar und besondere Verweisungsvorschriften entbehrlich sind (vgl. BT-Drucks 11/6760 S 14 f und die Stellungnahme des Vertreters der Bundesregierung in der 122. Sitzung des Ausschusses für Arbeit und Sozialordnung vom 25. April 1990, Protokolle des Deutschen Bundestages, 11. Wahlperiode, Protokoll Nr 122 S 17).“[168]

---

[164] heute: „Gemeinsamer Bundesausschuss“ nach § 91 SGB V

[165] Urteil des BSG vom 30.09.1999, B 8 KN 9/98 KR R, BSGE 85, 36-56 (47 ff.)

[166] BGBl. I 1211

[167] WAGNER, Regine in: KRAUSKOPF, Dieter (Hg.): Soziale Krankenversicherung Pflegeversicherung, Kommentar, April 2002, § 27a SGB V, RN 1; SCHMIDT, Rudi in: PETERS, Horst (Begr.): Handbuch der Krankenversicherung, Teil II - Sozialgesetzbuch V, § 27, RN 384

[168] Entscheidung des BSG vom 03.04.2001, B 1 KR 40/00 R, BSGE 88, 62-75; vgl. auch zur Entstehungsgeschichte des § 27a SGB V: SCHMIDT, Rudi in: PETERS, Horst (Begr.): Handbuch der Krankenversicherung, Teil II - Sozialgesetzbuch V, § 27a, RN 1-30

Das Sozialgesetzbuch V (SGB V) enthält somit seit 1990 eine ausdrückliche Regelung der Leistungspflicht gesetzlicher Krankenkassen für den Bereich der medizinisch assistierten Fortpflanzung.[169] § 27a SGB V regelt den Leistungsanspruch der Versicherten und § 121a SGB V bestimmt, durch wen die gesetzlichen Krankenkassen diese Leistungen erbringen lassen dürfen.[170] Der „Gemeinsame Bundesausschuss“[171] wird zudem in § 27a Abs. 4 SGB V ermächtigt, die medizinischen Einzelheiten[172] zu Voraussetzungen, Art und Umfang des Leistungsanspruchs von Versicherten in der gesetzlichen Krankenversicherung in Bezug auf Maßnahmen der künstlichen Befruchtung festzulegen.[173]

§ 121a SGB V enthält eine Regelung, nach der Maßnahmen zur Herbeiführung einer Schwangerschaft nach § 27a SGB V nur durch Ärzte, Einrichtungen oder Krankenhäuser erbracht werden dürfen, die über eine behördliche Genehmigung hierzu verfügen. Entscheidungskriterien sind die Eignung im fachlichen Bereich (diagnostische und therapeutische Möglichkeiten, Arbeit nach wissenschaftlich anerkannten Methoden) und in organisatorischer Hinsicht (bedarfsgerechte, leistungsfähige und wirtschaftliche Durchführung). Es handelt sich um eine Ermessensentscheidung der Behörde, ein Anspruch auf Erteilung der Genehmigung besteht nicht.

§ 27a SGB V[174] bestimmt, dass die gesetzliche Krankenkasse verpflichtet ist, die Kosten für bestimmte Behandlungen von Unfruchtbarkeit bei Ehegatten zu übernehmen, die sich ausschließlich mit ihren eigenen Ei- und Samenzellen fortpflanzen wollen (sog. „homologes System“). Eine Behandlung bei einem unverheirateten Paar ist nicht nach § 27a SGB V von der Leistungspflicht der gesetzlichen Krankenversicherung umfasst. Ebenso besteht kein Anspruch auf Kostenübernahme für die Behandlung von Ehegatten unter Verwendung von Spenderinneneizellen oder Spendersamenzellen (sog. „heterologes System“).[175]

---

[169] vgl. hierzu EICHER, Wolfgang: Die in-vitro-Fertilisation als Leistung der gesetzlichen Krankenkassen im Rahmen der Sterilitätsbehandlung der Frau; MedR 1986, S. 265-275

[170] vgl. hierzu: KNITTEL, Stefan in: KRAUSKOPF, Dieter (Hg.): Soziale Krankenversicherung Pflegeversicherung, Kommentar, April 2002, § 121a SGB V,RN 1-5; HENKE, Ulrich in: PETERS, Horst (Begr.): Handbuch der Krankenversicherung, Teil II - Sozialgesetzbuch V, § 121a, RN 1-7

[171] Aufgaben und Zusammensetzung des „Gemeinsamen Bundesausschusses“ sind in den §§ 91 und 92 SGB V geregelt (früher: „Bundesausschuss der Ärzte und Krankenkassen“)

[172] vgl. zur Rechtmäßigkeit der in den „Richtlinien zur künstlichen Befruchtung“ des (früheren) Bundesausschusses der Ärzte und Krankenkassen enthaltenen Altersgrenzen für die Inanspruchnahme von Maßnahmen der künstlichen Befruchtung auf Kosten der gesetzlichen Krankenversicherung: Urteil SG Düsseldorf, 23.10.2003, S26 KR 6/03, Fundstelle: Juris-Datenbank

[173] vgl. hierzu: SCHMIDT, Rudi in: PETERS, Horst (Begr.): Handbuch der Krankenversicherung, Teil II - Sozialgesetzbuch V, § 27a, RN 188-196

[174] Eingefügt in das SGB V durch Gesetz v. 26.06.1990, BGBl I 1211, In Kraft getreten zum 01.07.1990. Vorher war für bestimmte Behandlungsmethoden bis 01.01.1989 eine Kostenübernahme aufgrund anderer Vorschriften möglich.

[175] Entscheidung des BSG vom 09.10.2001, B 1 KR 33/00 R, NJW 2002, S. 1517-1518

Die Maßnahmen zur Herbeiführung einer Schwangerschaft müssen aus ärztlicher Sicht erforderlich sein. Im einzelnen werden die Leistungsvoraussetzungen durch Richtlinien festgelegt, die der „Gemeinsame Bundesausschuss“ aufgrund gesetzlicher Ermächtigung im SGB V erlassen hat.[176]

Liegen die Voraussetzungen des § 27a SGB V nicht vor (z.B. weil ein Ehepaar Spenderkeimzellen verwenden müsste), so kann für die Inanspruchnahme von Maßnahmen der medizinisch assistierten Fortpflanzung nicht auf § 27 SGB V zurückgegriffen werden, indem man sich darauf beruft, dass die Überwindung der Unfruchtbarkeit als Behandlung einer Krankheit zu werten sei.[177] Das BSG hat zu diesem Punkt folgendes ausgeführt:

> „Das geltende Recht hat die Leistungspflicht der Krankenversicherung bei Maßnahmen zur Herbeiführung einer Schwangerschaft in § 27a SGB V besonders geregelt, indem es diese Maßnahmen rechtstechnisch der Krankenbehandlung zuordnet, ihre Gewährung durch die Krankenkassen aber an besondere, von § 27 Abs 1 SGB V abweichende Voraussetzungen knüpft. Soweit die Sonderregelung reicht, also auch hinsichtlich der Beschränkung auf die homologe Befruchtung, geht sie der allgemeinen Norm des § 27 SGB V vor und schließt deren Anwendung aus. Aus § 27 Abs. 1 SGB V ergibt sich auch dann kein Anspruch, wenn sich bei der Klägerin, wie von der Revision vorgetragen, als Folge des unerfüllten Kinderwunsches eine krankheitswertige psychische Störung entwickelt haben sollte und diese durch die Herbeiführung einer Schwangerschaft wirksam behandelt werden könnte. Die in § 27a Abs. 1 SGB V angeordneten Einschränkungen entfallen nicht deshalb, weil die künstliche Befruchtung nicht allein der Überwindung der bestehenden Unfruchtbarkeit, sondern zugleich mittelbar der Behandlung einer damit zusammenhängenden seelischen Erkrankung dienen soll. Der Senat hat schon in anderem Zusammenhang ausgeführt, dass nach der Systematik des SGB V Spezialregelungen zu einzelnen Maßnahmen der Krankenbehandlung in der Regel als abschließend zu bewerten sind und darin angeordnete Leistungsbeschränkungen oder Leistungsausschlüsse deshalb nicht unter Berufung auf einen aus den Grundnormen der §§ 27, 28 SGB V hergeleiteten umfassenden Behandlungsanspruch oder im Hinblick auf die Verknüpfung mit anderen Maßnahmen im Rahmen einer medizinischen Gesamtbehandlung ganz oder teilweise außer Kraft gesetzt werden können (Urteil vom 6. Oktober 1999 - B 1 KR 9/99 R - BSGE 85, 66, 67 ff = SozR 3-2500 § 30 Nr 10 S 38 ff). Das gilt erst recht, wenn nicht ein bestehender Leistungsanspruch eingeschränkt, sondern wie im Fall der künstlichen Befruchtung eine Maßnahme, deren Zugehörigkeit zur Krankenbehandlung zweifelhaft ist, in einem begrenzten Umfang in den Leistungskatalog der Krankenversicherung aufgenommen wird. Der vom Gesetz festgelegte Umfang kann dann nicht unter Hinweis auf einen mittelbar mit der Leistung verfolgten anderweitigen Behandlungszweck erweitert werden.“[178]

Die Leistungspflicht der gesetzlichen Krankenkasse ist bei in vitro Fertilisation mit anschließendem Embryotransfer auf drei (bis zum 01.01.2004 auf vier) abgeschlossene Therapieversuche begrenzt. Führt die Behandlung zur Schwangerschaft, so entsteht der

[176] Richtlinien des Gemeinsamen Bundesausschusses (früher: des Bundesausschusses der Ärzte und Krankenkassen) über ärztliche Maßnahmen zur künstlichen Befruchtung („Richtlinien über künstliche Befruchtung“) vom 14.08.1990, zuletzt geändert am 17.08.2004, in Kraft getreten am 24.11.2004 (BAnz. 2004, Nr. 222, S. 23 190)

[177] Entscheidung des BSG vom 09.10.2001, B 1 KR 33/00 R, NJW 2002, S. 1517-1518

[178] Entscheidung des BSG vom 09.10.2001, B 1 KR 33/00 R; NJW 2002, S. 1517-1518

Anspruch erneut für den Versuch, ein weiteres Kind zu bekommen.[179] In Bezug auf die Anzahl der Kinder, die ein Ehepaar bekommen möchte, enthält § 27 a SGB V keine Beschränkung.[180] Allerdings legt § 27 a Abs. 3 SGB V Altersgrenzen fest, ab wann und bis wann Behandlungskosten übernommen werden (erst ab Vollendung des 25. Lebensjahres und bis zur Vollendung des 40. Lebensjahres bei Frauen und des 50. Lebensjahres bei Männern) und bestimmt, dass lediglich 50 vom Hundert der mit dem Behandlungsplan genehmigten Kosten von der gesetzlichen Krankenversicherung übernommen werden.

Das Einfrieren und Lagern der Spermakonserve eines Mannes auf unbestimmte Zeit ist weder eine Leistung der Krankenbehandlung nach § 27 Abs. 1 S. 1 SGB V, bzw. eine Leistung der Krankenpflege nach der zum Zeitpunkt der entscheidungserheblichen Behandlung gültigen Vorschrift des § 182 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 Reichsversicherungsordnung (RVO)[181], noch ein Hilfsmittel im Sinne von § 33 SGB V, bzw. § 182b RVO, oder ein Heilmittel im Sinne von § 32 SGB, bzw. § 182 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 RVO. Dementsprechend besteht in der gesetzlichen Krankenversicherung kein Anspruch auf diese Leistung. Dies gilt auch dann, wenn damit psychischen Störungen entgegengewirkt werden soll.[182] Dies wird vom BSG damit begründet, dass Einfrieren und Lagern des Spermas dazu dienen, dem aufgrund einer anstehenden medizinischen Behandlung zu befürchtenden, erst später eintretenden Verlust der Zeugungsfähigkeit funktionell ersetzen zu können. Dabei ist das Vorbereiten und Einfrieren des Spermas nur eine unselbständige Vorbereitungshandlung der Lagerung, welche den Hauptcharakter der Maßnahme (Erhaltung der Funktionsfähigkeit des Samens über einen längeren Zeitraum) ausmacht. Die Lagerung aber ist keine ärztliche Behandlung zur Heilung oder Linderung einer Krankheit[183] , sondern eine nichtärztliche Dienstleistung, dementsprechend auch kein Hilfsmittel. Es handelt sich ebenfalls nicht um ein Heilmittel, da es am hierfür erforderlichen Kriterium der äußeren Einwirkung auf den Körper des Betroffenen fehlt. Das BSG wertete

---

[179] BACKHAUS, Albert: Kostenübernahme bei In-vitro-Fertilisation auch in der gesetzlichen Krankenversicherung; VersR 1996, S. 564-565; WAGNER, Regine in: KRAUSKOPF, Dieter (Hg.): Soziale Krankenversicherung Pflegeversicherung, Kommentar, April 2002, § 27a SGB V, RN 2

[180] Entscheidung des BSG vom 03.04.2001, B 1 KR 40/00 R, BSGE 88, 62-75 (63); a.A: SG Düsseldorf, 23.10.2003, S26 KR 6/03 (Fundstelle: Juris-Datenbank) unter Berufung auf die Gesetzesmaterialien (BR-Drucksache 69/90, S. 46), wonach der Gesetzgeber Ehepaaren habe helfen wollen die noch gar keine, zumindest noch keine eigenen Kinder hätten.

[181] Die gesetzliche Krankenversicherung wurde durch das Gesundheits-Reformgesetz (GRG) vom 20.12.1988 (BGBl. I 2477) mit Wirkung vom 01.01.1989 als Buch fünf in das SGB aufgenommen. Damit wurde das zweite Buch der Reichsversicherungsordnung nahezu vollständig ersetzt. (PETERS, Horst (Begr.): Handbuch der Krankenversicherung, Teil II - Sozialgesetzbuch V, Einleitung, RN 95)

[182] BSG, 26.06.1990, 3 RK 19/89, NJW 1991, S. 773-775 (773); WAGNER, Regine in: KRAUSKOPF, Dieter (Hg.): Soziale Krankenversicherung Pflegeversicherung, Kommentar, April 2002, § 27 SGB V, RN 40

[183] so auch: Urteil des SG Karlsruhe vom 17.03.2003, S 5 KR 3292/02, Fundstelle: Juris-Datenbank, wonach die Kryokonservierung von Samenzellen weder eine Leistung zur Herstellung der Zeugungsfähigkeit noch eine medizinische Maßnahme zur Herbeiführung einer Schwangerschaft sei.

in der Begründung die ärztliche Empfehlung zur Einlagerung des Samens als „Rat zur Lebensplanung“, nicht als ärztliche Verordnung.[184] Die Langzeitlagerung von Ei- oder Spermazellen, sowie die Lagerung befruchteter Eizellen im Vorkernstadium sind auch nicht vom Leistungsanspruch aus § 27 a SGB V umfasst.[185]

Nach einer Entscheidung des früheren Bundesausschusses der Ärzte und Krankenkassen[186] aus dem Jahr 1997, die am 01.01.1998 in Kraft getreten ist, wurde die ICSI bis auf weiteres nicht mehr als Sachleistung der gesetzlichen Krankenkassen zugelassen.[187] Dies wurde damit begründet, dass die vorliegenden Unterlagen nicht ausreichen würden, um von der Unbedenklichkeit der ICSI, insbesondere im Hinblick auf eine erhöhte Fehlbildungsrate und genetische Schäden der danach geborenen Kinder, auszugehen.[188] Die Kosten der Inanspruchnahme von ICSI wurden dementsprechend nicht mehr von der gesetzlichen Krankenversicherung übernommen. Hiergegen wurden vor den Sozialgerichten mehrere Klagen erhoben. In den unteren Instanzen gingen die Entscheidungen auseinander. So haben z.B. das SG Stade mit Urteil vom 27.10.2000[189] und das LSG Nordrhein-Westfalen mit zwei Urteilen vom 14.03.2000[190] Klagen von Wunscheltern gegen die Krankenversicherung auf Kostenerstattung für eine durchgeführte ICSI abgewiesen, während das LSG Niedersachsen bereits mit Urteil vom 23.02.2000[191] den Ausschluss der ICSI aus dem Leistungskatalog der gesetzlichen Krankenkassen für rechtswidrig erklärt und die Klage einer in der gesetzlichen Krankenversicherung versicherten Frau auf Kostenerstattung für ICSI für begründet erklärt hat. Letztendlich hat das BSG in zwei Entscheidungen vom 03.04.2001[192] festgestellt, dass der Ausschluss der ICSI aus dem Leistungskatalog der gesetzlichen Krankenversicherung durch die Richtlinien des (früheren[193]) Bundesausschusses der Ärzte

[184] BSG, 26.06.1990, 3 RK 19/89, NJW 1991, S. 773-775 (773)

[185] Urteil des BSG v. 25.05.2000, 8 KN 3/99, SozR 3-2500 § 27 a Nr. 1 S. 3 ff.; WAGNER, Regine in: KRAUSKOPF, Dieter (Hg.): Soziale Krankenversicherung Pflegeversicherung, Kommentar, April 2002, § 27a SGB V, RN 2; SCHMIDT, Rudi in: PETERS, Horst (Begr.): Handbuch der Krankenversicherung, Teil II - Sozialgesetzbuch V, § 27a, RN 38

[186] heute: „Gemeinsamer Bundesausschuss“ nach § 91 SGB V

[187] Richtlinien des Bundesausschusses der Ärzte und Krankenkassen über ärztliche Maßnahmen zur künstlichen Befruchtung (Richtlinien über künstliche Befruchtung) vom 14.08.1990; Nr. 10.5 der Richtlinien in der ab 01.01.1998 geltenden Fassung (BAnz Nr. 243 v. 31.12.1997).

[188] Urteil des BSG vom 03.04.2001, B 1 KR 40/00 R, BSGE 88, 62-75 (70 ff.); Bericht der Ärztezeitung vom 10./11.09.1999, „Kontroversen um Kostenübernahme bei einer ICSI“, S. 12

[189] SG Stade, Urteil vom 27.10.2000, S 1 KR 53/00, Fundstelle: Juris-Datenbank (nächste Instanz: BSG, Urteil vom 03.04.2001, B 1 KR 40/00)

[190] LSG Nordrhein-Westfalen, Urteile vom 14.03.2000, L 5 KR 89/99 (Vorinstanz: SG Aachen, Gerichtsbescheid vom 30.08.1999, S 13 KR 35/99) und L 5 KR 99/98 (Vorinstanz: SG Köln, Urteil vom 24.08.1998, S 19 KR 42/98; nächste Instanz: BSG, Urteil vom 03.04.2001, B 1 KR 22/00), Fundstellen: Juris-Datenbank

[191] LSG Niedersachsen, Urteil vom 23.02.2000, L 4 KR 130/98, NZS 2001, 32-39

[192] Zwei Entscheidungen des BSG vom 03.04.2001, B 1 KR 40/00 R, BSGE 88, 62-75 (Vorinstanz: SG Stade, Urteil vom 27.10.2000, S 1 KR 53/00, Sprungrevision) und B 1 KR 17/00, ZfS 2001, 205-206 (Vorinstanz: LSG Niedersachsen, Urteil vom 23.02.2000, L 4 KR 130/98, NZS 2001, 32-39)

[193] heute: „Gemeinsamer Bundesausschuss“ nach § 91 SGB V

und Krankenkassen gegen höherrangiges Recht verstößt und dementsprechend nichtig ist. Seitdem ist die gesetzliche Krankenversicherung wieder verpflichtet, die Kosten einer ICSI zu übernehmen, zunächst im Wege der Kostenerstattung für eine selbstbeschaffte notwendige Leistung nach § 13 Abs. 3, 2. Alt. SGB V. Inzwischen ist die ICSI wieder in die geänderten „Richtlinien über künstliche Befruchtung“[194] als Leistung der gesetzlichen Krankenversicherung aufgenommen worden.

Eine im Ausland durchgeführte Behandlung einer in Deutschland gesetzlich krankenversicherten Person, die gegen die Vorschriften des ESchG verstößt (z.B. bei Verwendung einer Spenderinneneizelle) ist nicht von der Leistungspflicht der gesetzlichen Krankenversicherung umfasst.[195]

1.4.5. Recht der privaten Krankenversicherung

Der Umfang des Versicherungsschutzes einer privaten Krankenversicherung variiert je nach der vertraglichen Vereinbarung zwischen Versicherung und versicherter Person. Teil dieser Verträge sind in der Regel die „Musterbedingungen 1994 für die Krankheitskosten- und Krankenhaustagegeldversicherung des Verbandes der privaten Krankenversicherung“ (MBKK 94)[196], diese Musterbedingungen in der Fassung von 1976 (MBKK 76)[197] oder die „Allgemeinen Tarifbedingungen“ der jeweiligen privaten Krankenkasse (ATB). Regelmäßig werden Behandlungskosten nur erstattet, wenn (u.a.) eine medizinisch notwendige Heilbehandlung einer versicherten Person wegen Krankheit vorliegt. Unter dem Begriff Krankheit wird im Recht der privaten Krankenversicherung ein unabhängig von den subjektiven Vorstellungen des Versicherungsnehmers objektiv nach ärztlicher Einschätzung bestehender anormaler Körper- oder Geisteszustand verstanden.[198] Es war anfänglich streitig, ob in der privaten Krankenversicherung ein Anspruch auf Erstattung von Behandlungsaufwendungen zur Behebung unerwünschter Kinderlosigkeit bestehen kann. Zunächst wurde von der Rechtsprechung allein auf die Kinderlosigkeit abgestellt, die nicht als Krankheit im Sinne der damals gültigen MBKK 76 galt, da sie nur die äußeren Lebensumstände eines Ehepaars betraf. Die Herbeiführung einer Schwangerschaft wurde nicht als Behandlungsmethode der Sterilität anerkannt, da diese nicht im Sinne einer Ursachenbehebung behandelt, sondern nur deren Folgen behoben werden.[199] Mit dieser Begründung wurde in der Vergangenheit ein Anspruch auf Erstattung von Behandlungskosten abgelehnt. Dieses ursprünglich zur Ablehnung des

---

194 vgl. FN 187

195 Entscheidung des BSG vom 09.10.2001, B 1 KR 33/00 R; SozR 3-2500, § 27a Nr. 4

196 im Internet verfügbar unter: www.private-krankenversicherung.de

197 „Allgemeinen Versicherungsbedingungen für die Krankheitskosten- und Krankenhaustagegeldversicherung in der Fassung der Musterbedingungen 1976“ (MB/KK 76)

198 MARLOW, Sven: Voraussetzungen und Fallgruppen der Kostenerstattung für Maßnahmen künstlicher Befruchtung in der privaten Krankenversicherung, VersR 2002, S. 144 (145-146); vgl. auch Urteil des LG Köln v. 21.02.2001, 23 O 57/00, VersR 2001, S. 1373-1374

199 Urteil des OLG Nürnberg v. 28.02.1985, 8 U 1812/84 und Urteil des LG Köln v. 11.04.1986, beide in VersR 1986, S. 885

Vorliegens einer Heilbehandlung benutzte Argument war sachlich falsch: Die künstliche Befruchtung steht medizinischen Maßnahmen gleich, die durch die Verordnung eines Hilfsmittels wie z.B. einer Prothese oder einer Brille einen bloßen Funktionsersatz für ein nicht heilbares organisches Versagen herbeiführen. Dies ist für das Vorliegen einer Heilbehandlung ausreichend.[200] Dementsprechend hat sich inzwischen die Ansicht durchgesetzt, dass nicht auf die Kinderlosigkeit, sondern auf die organische Sterilität einer Person abzustellen ist, die eine Krankheit darstellt, für die eine Eintrittspflicht der privaten Krankenversicherung in Bezug auf die entstandenen Kosten der medizinisch assistierten Fortpflanzung besteht.[201] Dementsprechend hat sowohl ein steriler Versicherungsnehmer, als auch eine sterile Versicherungsnehmerin einen Anspruch auf Kostenerstattung gegenüber ihrer jeweiligen privaten Krankenversicherung.[202] Hierbei ist allerdings darauf abzustellen, ob die versicherte Person organisch steril ist, denn grundsätzlich muss nur deren private Krankenversicherung Behandlungskosten[203] erstatten. Dies wird damit gerechtfertigt, dass bei dem organisch gesunden Ehegatten keine die Erstattungspflicht auslösende Krankheit vorliegt.[204] Der BGH hat in seiner Entscheidung vom 12.11.1997 ausdrücklich festgestellt, dass die fehlende Fortpflanzungsfähigkeit eines Ehepartners nicht zugleich auch die Fortpflanzungsfähigkeit des anderen - organisch gesunden - Ehepartners ausschließe, dieser also deshalb nicht zugleich selbst als krank einzustufen

---

[200] RÜSKEN, Reinhart: Künstliche Befruchtung als Heilbehandlung, NJW 1998, S. 1745-1750 (1746); dasselbe gilt lt. EICHER, Wolfgang: Die in-vitro-Fertilisation als Leistung der gesetzlichen Krankenkassen im Rahmen der Sterilitätsbehandlung der Frau; MedR 1986, S. 265-275 (267) grundsätzlich auch für eine Behandlung im Rahmen der gesetzlichen Krankenversicherung, hier ist diese Frage aber nach Aufnahme einer positivgesetzlichen Regelung in § 27a SGB V nicht mehr problematisch. In Bezug auf das Vorliegen einer Heilbehandlung bei In-vitro-Fertilisation im Rahmen der truppenärztlichen Versorgung: Urteil des BVerwG v. 27.11.2003, BVerwGE 119, 265-270 (269)

[201] Urteile des BGH v. 03.03.2004, IV ZR 25/03, NJW 2004, 1658 ff., und v. 17.12.1986, IV ZR 78/85, BGHZ 99, 228 ff. und IV a ZR 275/85, VersR S. 280-281; KLIEMT, Michael: Kostenerstattungspflicht bei In-vitro-Fertilisation, VersR 1996, S. 32-33 (32)

[202] MARLOW, Sven: Voraussetzungen und Fallgruppen der Kostenerstattung für Maßnahmen künstlicher Befruchtung in der privaten Krankenversicherung, VersR 2002, S. 144 (145)

[203] Beispiele für die Höhe von Behandlungskosten, zusammengestellt nach verschiedenen Urteilen:
- vor 1990 Vorbereitung, Einfrieren und Lagerung einer Spermakonserve: Kosten für Vorbereitung und Einfrierung einer Spermakonserve 650,-- DM zuzügl. jährliche Verwahrungskosten in Höhe von 456,-- DM (Urteil BSG vom 26.06.1990, 3 RK 19/89, NJW 1991, S. 773-775);
- 1982 IVF: 8.706,70 DM (Urteil BGH v. 17.12.1986, IV ZR 78/85, BGHZ 99, 228 ff.);
- 1994 IVF mit ICSI: 10.312,-- DM (Urteil BGH v. 12.11.1997, IV ZR 58/97, NJW 1998 S. 824-825);
- vor 1996 IVF: 6.825,-- DM (Urteil des BFH v. 18.06.1997, III R 84/96, NJW 1998, S. 854-856);
- 1996 ICSI, eine Behandlung: 2.274,-- DM (Urteil LSG Niedersachsen, Urteil vom 23.02.2000, L 4 KR 130/98, NZS 2001, 32-39);
- 1998 ICSI, eine Behandlung: 2.688,20 DM (Urteil LSG Bremen v. 23.02.2000, L 2 KR 23/99, Fundstelle: Juris-Datenbank);
- 1998 IVF mit ICSI, zwei Behandlungszyklen: 8.369,26 DM (Urteil LG Landshut v. 12.07.1999 24 O 2781/98, NJW 2000, S. 2752 ff.).

[204] Urteil des BGH v. 12.11.1997, IV ZR 58/97, NJW 1998 S. 824-825

sei.[205] Daher muss die private Krankenversicherung des organisch gesunden Partners die bei diesem üblicherweise ebenfalls entstehenden Kosten nicht ersetzen. Vielmehr muss nach einer Entscheidung des BGH vom 03.03.2004 die private Krankenversicherung des kranken Ehepartners auch die bei dem nicht organisch kranken Partner anfallenden Kosten tragen, da die Gesamtheit der ärztlichen Maßnahmen zur Linderung der Krankheit der versicherten (kranken) Person dient und daher eine Heilbehandlung darstellt.[206] Diese Ansicht vertreten auch *Marlow* und *Kliemt*, da eine organisch bedingte Sterilität des Mannes nur durch gleichzeitige Behandlung seiner gesunden Ehefrau bei Inanspruchnahme von Methoden der medizinisch assistierten Fortpflanzung überwunden werden kann.[207] Bei bewusst herbeigeführter Sterilität (z.B. durch eine sterilisierende Operation zum Zwecke der Empfängnisverhütung) oder bei auf natürlichen Vorgängen beruhender altersbedingter Sterilität[208] liegt keine Krankheit i.S. der Krankheitsdefinition der privaten Krankenversicherung vor.[209] Kann die Ursache der Sterilität einer Person nicht festgestellt werden, so besteht mangels einer behandlungsbedürftigen Krankheit kein Anspruch auf Kostenerstattung in der privaten Krankenversicherung.[210] Bei psychischen Ursachen der Sterilität besteht das Problem, ob eine IVF-Behandlung zur Behandlung notwendig sein kann, oder ob nicht eher psychotherapeutische Maßnahmen angezeigt sind; grundsätzlich ist aber auch hier ein Anspruch auf Kostenerstattung nicht ausgeschlossen.[211] Die Erstattungspflicht in der privaten Krankenversicherung erstreckt sich sowohl auf die Inanspruchnahme einer IVF (nach derzeitigem Stand der Rechtsprechung mindestens drei Versuche), als auch auf eine wegen deformierter Spermien beim Mann erforderliche Inanspruchnahme von ICSI.[212] Eine Erstattungspflicht besteht nach einer Entscheidung des LG Köln v. 21.02.2001 nur für verheiratete Personen, die Kosten der Behandlung lediger Personen sind nicht in der privaten Krankenversicherung erstattungsfähig. Dies wird damit begründet, dass eine Ausweitung des Anspruchs auf unverheiratete Paare die Grenzen des Versicherungsschutzes und der Versicherungsgemeinschaft sprengen würde.[213] Nach der in einem Aufsatz von *Marlow*

[205] Urteil des BGH v. 12.11.1997, IV ZR 58/97, NJW 1998 S. 824-825

[206] Urteil des BGH v. 03.03.2004, IV ZR 25/03, NJW 2004, 1658 ff.

[207] MARLOW, Sven: Voraussetzungen und Fallgruppen der Kostenerstattung für Maßnahmen künstlicher Befruchtung in der privaten Krankenversicherung, VersR 2002, S. 144 (149); KLIEMT, Michael: Kostenerstattungspflicht bei In-vitro-Fertilisation, VersR 1996, S. 32-33 (33)

[208] nach einem Urteil des LG Stuttgart vom 29.07.1997, 19 O 197/97, VersR 1998, S. 1409-1410 (1410) besteht bei Frauen ab ca. 50 Jahren eine widerlegbare Vermutung für altersbedingte Sterilität

[209] MARLOW, Sven: Voraussetzungen und Fallgruppen der Kostenerstattung für Maßnahmen künstlicher Befruchtung in der privaten Krankenversicherung, VersR 2002, S. 144 (146)

[210] MARLOW, Sven: Voraussetzungen und Fallgruppen der Kostenerstattung für Maßnahmen künstlicher Befruchtung in der privaten Krankenversicherung, VersR 2002, S. 144 (151)

[211] MARLOW, Sven: Voraussetzungen und Fallgruppen der Kostenerstattung für Maßnahmen künstlicher Befruchtung in der privaten Krankenversicherung, VersR 2002, S. 144 (150)

[212] MARLOW, Sven: Voraussetzungen und Fallgruppen der Kostenerstattung für Maßnahmen künstlicher Befruchtung in der privaten Krankenversicherung, VersR 2002, S. 144 (145-146); LG Landshut, Urteil vom 12.07.1999, Az.: 24 O 2781/98, NJW 2000, S. 2752 ff.

[213] Entscheidung des LG Köln v. 21.02.2001, 23 O 57/00, VersR 2001, S. 1373-1374 (1373); AG Köln vom 11.02.2003, 135 C 168/02, Fundstelle: Juris-Datenbank

geäußerten Meinung ist dieser pauschale Ausschluss des Anspruchs für organisch sterile unverheiratete Personen nicht rechtmäßig, eine entsprechende Entscheidung durch den BGH liegt bislang nicht vor.[214]

1.4.6. Steuerliche Behandlung von Kosten der medizinisch assistierten Fortpflanzung

Kosten der homologen medizinisch assistierten Fortpflanzung können als außergewöhnliche Belastung nach § 33 Abs. 1 EStG steuerlich absetzbar sein. Dies gilt allerdings nur, wenn krankheitsbedingte Unfruchtbarkeit vorliegt und von keiner anderen Seite (z.B.: Krankenkasse) vorrangig Kostenersatz zu erlangen ist.[215]

Ob die Kosten einer heterologen Befruchtung (Verwendung von Spendersamen) steuerlich absetzbar sind, war bis vor kurzem noch streitig[216] und wurde zum Teil in der Literatur bejaht.[217] Der BFH hat die Revision in einer solchen Rechtssache zugelassen und mit Urteil vom 18.05.1999 entschieden, dass Kosten für die Behandlung einer körperlich gesunden Ehefrau, deren Ehemann steril ist, keine Aufwendungen für die Heilung einer Krankheit sind. Nur die Sterilität als Krankheit wird vom BFH zur Begründung der steuerlichen Absetzbarkeit anerkannt. Die Beseitigung der Kinderlosigkeit durch Insemination bei einer gesunden Frau wird im Steuerrecht nicht als anspruchsbegründende unentrinnbare Zwangslage betrachtet.[218]

---

[214] MARLOW, Sven: Voraussetzungen und Fallgruppen der Kostenerstattung für Maßnahmen künstlicher Befruchtung in der privaten Krankenversicherung, VersR 2002, S. 144 (145-146)

[215] Urteil des BFH v. 18.06.1997, III R 84/96, NJW 1998, S. 854-856 sowie das vorgängige Urteil des FG Niedersachsen v. 25.06.1996, XII 826/95, EFG 1996, S. 924

[216] ausdrücklich offen gelassen in: Urteil des BFH v. 18.06.1997, III R 84/96, NJW 1998, S. 854-856 (855)

[217] RÜSKEN, Reinhart: Künstliche Befruchtung als Heilbehandlung, NJW 1998, S. 1745-1750 (1750)

[218] BFH, Urteil v. 18.05.1999, III R 46/97; NJW 1999, 2767 ff.

1.5. Der Stand der Diskussion zur medizinisch assistierten Fortpflanzung zur Jahrtausendwende - Ethik, Moral, Theologie und Recht

Obwohl die grundsätzliche Zulässigkeit der medizinisch assistierten Fortpflanzung inzwischen, insbesondere seit Erlass des ESchG, unter Medizinern[219] und Juristen unstreitig ist[220] und gesellschaftlich immer mehr akzeptiert wird, sind nach wie vor viele Fragen offen. Die derzeit streitigen Punkte und Positionen weden nachfolgend zunächst im Überblick dargestellt und abschließend zusammenfassend bewertet.

Begonnen wird dieser Überblick mit den nach wie vor kritischen Äußerungen aus Ethik und Theologie zur medizinisch assistierten Fortpflanzung, die an den verschiedensten Punkten ansetzen. Zum Beispiel kommt *Pelkner* in einer neueren Untersuchung (unter besonderer Berücksichtigung gesellschafts- und technikkritischer Quellen sowie von Gesichtspunkten feministisch-theologischer Ethik) zu einer negativen Einschätzung der IVF-Technologie: Der ärztliche Hilfeanspruch sei zumindest fraglich, die hohen Belastungen und Risiken der Technologie (insbesondere für die beteiligten Frauen) stünden in einem ungünstigen Verhältnis zu den Erfolgsaussichten des Verfahrens, die gegenwärtige Anwendungspraxis fördere einseitig herkömmliche Geschlechter- und Familienkonstellationen, berge die Gefahr eugenischer Tendenzen, bevorzuge Besserverdienende und berge zusätzlich die Gefahr einer Instrumentalisierung der Frau als Material- und Gebärressource.[221]

Es wird auch immer wieder darauf hingewiesen, dass die Beschränkung der Betrachtung des Problemkreises der ungewollten Kinderlosigkeit auf die Grenzen der wohlhabenden, demokratischen und in Frieden lebenden Staaten unter dem sozialethischen Argument der Gerechtigkeit bedenklich erscheine.[222] In diesen Ländern würden erhebliche Mittel für

---

[219] vgl. z.B. DIEDRICH, K. in: KREBS, Dieter/VAN DER VEN, Hans (Hg.): Aktuelle Reproduktionsmedizin - Gegenwart und Zukunft der IVF und ICSI, 1999, S. 103

[220] vgl. z.B.: STARCK, Christian: Die künstliche Befruchtung beim Menschen - Zulässigkeit und zivilrechtliche Folgen, Gutachten A für den 56. Deutschen Juristentag, 1986; COESTER-WALTJEN: Die künstliche Befruchtung beim Menschen - Zulässigkeit und zivilrechtliche Folgen, Gutachten B für den 56. Deutschen Juristentag,1986; KELLER, Rolf/GÜNTHER, Hans-Ludwig/KAISER, Peter: Embryonenschutzgesetz, 1992; DEUTSCH, Erwin: An der Grenze von Recht und künstlicher Fortpflanzung, VersR 1985, S. 1002-1004; DRESSLER, Angelika: Verfassungsfragen des Embryonenschutzes hinsichtlich der Reproduktionsmedizin, Diss. Bielefeld 1992; HIRSCH, Günter: Zeugung im Reagenzglas, MedR 1986, S. 237-240; KOLLEK, Regine: Präimplantationsdiagnostik - Embryoselektion, weibliche Autonomie und Recht, 2000; LORENZ, Dieter (Hg.): Rechtliche und ethische Fragen der Reproduktionsmedizin, 2003; MERZ, Bettina: Die medizinische, ethische und juristische Problematik artifizieller menschlicher Fortpflanzung: artifizielle Insemination, In-vitro-Fertilisation mit Embryotransfer und die Forschung an frühen menschlichen Embryonen, 1991; PAP, Michael: Die Würde des werdenden Lebens in vitro - verfassungsrechtliche Grenzen der extrakorporalen Befruchtung, MedR 1986, S. 229-236

[221] PELKNER, Eva: Gott, Gene, Gebärmütter - Anthropologie und Frauenbild in der evangelischen Ethik zur Fortpflanzungsmedizin; 2001, S. 261

[222] MERZ, Bettina: Die medizinische, ethische und juristische Problematik artifizieller menschlicher Fortpflanzung: artifizielle Insemination, In-vitro-Fertilisation mit Embryotransfer und die Forschung an frühen menschlichen Embryonen; 1991, S. 69

Forschung und Behandlung weniger Personen aufgewendet, während weltweit täglich Kinder an Unterernährung, mangelnder Hygiene und unzureichender medizinischer Versorgung stürben. Das Hinnehmen dieser moralischen Last demonstriere eine Praxis der Ungerechtigkeit[223]. Es stelle sich die Frage, ob die hohen Aufwendungen für Forschung und Sterilitätstherapie gerechtfertigt sind, welche nur einem geringen Teil der Menschheit zugute kommen, oder ob es nicht erforderlich wäre, andere Prioritäten zu setzen.

Ein weiterer Kritikansatz weist darauf hin, dass im Alltag der gynäkologischen Praxis in Deutschland zwei entgegengesetzte Phänomene zu beobachten sind: Steigende Zahlen von Patientinnen, die einen Schwangerschaftsabbruch wünschen, bei gleichzeitig steigenden Zahlen von fortpflanzungswilligen, aber fortpflanzungsunfähigen Patientinnen und Patienten. Innerhalb desselben Klinikums ist oft der seltsame Zustand zu beobachten, dass einerseits Kinder abgetrieben werden und andererseits Paare mit unglaublich hohem Aufwand versuchen, eine Schwangerschaft herbeizuführen.[224] Zwar dient die medizinisch assistierte Fortpflanzung grundsätzlich dem vom Staat erwünschten Ziel, dass Kinder zur Welt kommen, allerdings ist fraglich, ob sich der hierfür erforderliche finanzielle Aufwand rechtfertigen lässt, der über die gesetzliche und private Krankenversicherung von der Solidargemeinschaft getragen wird.

Grundsätzlich kann auch die Verwendung einer Technologie, die nur durch verbrauchende Forschung mit menschlichen Embryonen entwickelt werden konnte, unter ethischen oder moralischen Gesichtspunkten nach wie vor als fraglich angesehen werden. Was nun von der Gesellschaft als Fortschritt genutzt wird, konnte nur durch gezielte Experimente mit menschlichem Leben entwickelt werden. Nach Schätzungen von Experten sind mindestens 200 Versuche mit lebenden Embryonen notwendig gewesen, um die Geburt des ersten Retortenbabys 1978 zu ermöglichen.[225] Es wird zwar in der Rechtslehre als zulässig angesehen, eine Technologie zu verwenden, die unter ethisch und moralisch fragwürdigen, ja sogar rechtswidrigen Bedingungen entwickelt wurde, dennoch verbleibt die moralische Frage, in welchem Umfang man Technologien nutzen will, deren Entwicklung im eigenen Lande als Verstoß gegen die Menschenwürde angesehen wird. Diese moralische Frage wird spätestens dann wieder relevant werden, wenn in Deutschland Erkenntnisse zur Rettung von Leben und Gesundheit eingesetzt werden sollen, die im Ausland durch Stammzellforschung erlangt wurden. Dieses Problem ist immanent mit dem in der Zukunft voraussichtlich immer brisanter werdenden Grundrecht der unbeschränkten und unbeschränkbaren Forschungsfreiheit (Art. 5 Abs. 3

---

[223] KAHLKE, Winfried und REITER-THEIL, Stella (Hg.): Ethik in der Medizin; 1995, dies. im Kapitel „Fortpflanzungsmedizin“, S. 41

[224] KROLZIK, Volker/SALZMANN, Werner: Kind um jeden Preis? Beiträge zur ethischen Diskussion der neuen Reproduktionstechniken; 1989, BARTH, Hermann, S. 41

[225] KROLZIK, Volker/SALZMANN, Werner: Kind um jeden Preis? Beiträge zur ethischen Diskussion der neuen Reproduktionstechniken; 1989, ALLNER, Günter, S. 19

S. 1 GG) verbunden und soll an dieser Stelle nicht vertieft diskutiert werden. Es ist spätestens seit Erfindung der Atombombe deutlich geworden, dass wissenschaftliche Forschung weder verhindert, noch ignoriert oder rückgängig gemacht werden kann. Dementsprechend muss versucht werden, neue, durch wissenschaftliche Entwicklungen ausgelöste Probleme, einer gesellschaftlichen Lösung zuzuführen. Ein Verbot der Anwendung von neuem Wissen kann nur durch den Inhalt des neuen Wissens und seine Anwendungsmöglichkeiten gerechtfertigt sein. Selbst wenn es sich um *"Früchte eines verbotenen Baumes"* handelt, d.h. um neue wissenschaftliche Erkenntnisse, die mit in Deutschland rechtswidrigen Methoden (z.B. durch Forschung im Ausland) erworben wurden, ist die Art des Erwerbes nicht das entscheidende Kriterium für den gesellschaftlichen Umgang mit neuen Erkenntnissen. Die gewonnenen Erkenntnisse sollten vielmehr unabhängig von der Art ihres Erwerbes betrachtet werden. In Bezug auf die Zulässigkeit der Nutzung solcher wissenschaftlichen Erkenntnisse muss in erster Linie geprüft werden, ob und in welchem Umfang die Anwendung des Wissens in Deutschland rechtlichen Bedenken begegnet.

Bei allen genannten Kritikansätzen darf nicht übersehen werden, dass diese einer gesamtgesellschaftlichen, zum Teil sogar globalen Betrachtung der Vor- und Nachteile der modernen Reproduktionsmedizin entspringen. Es stellt sich die Frage, ob solche ethischen, sozialen oder demographischen Kritikansätze geeignet sein können, um die Inanspruchnahme der medizinisch assistierten Fortpflanzung durch ein ungewollt kinderloses Paar in irgendeiner Form als negativ (z.B. als unmoralisch oder als sittenwidrig) zu qualifizieren. Ein solches Paar ist weder für die globalen noch die nationalen gesellschaftlichen Probleme verantwortlich und entscheidet sich autonom, aufgrund seiner Lebensplanung und individueller, paarbezogener Ziele für die medizinisch assistierte Fortpflanzung. Dabei ist auch der Faktor zu berücksichtigen, dass gerade ein soweit als möglich eigenes Kind von den meisten Menschen vorgezogen wird. Es erscheint fraglich, die Fortpflanzungsentscheidung eines ungewollt kinderlosen Paares allein deswegen strenger zu betrachten, weil hierfür die Inanspruchnahme einer medizinischen Technologie erforderlich ist. Tatsächlich könnten auch bei der Fortpflanzungsentscheidung normal fruchtbarer Paare die täglich weltweit an Hunger sterbenden Kinder und die Überbevölkerung des Planeten als moralischer Grund sich nicht fortzupflanzen angeführt werden, entsprechende öffentliche Kritik an der Fortpflanzung normal fortpflanzungsfähiger Paare ist aber nicht üblich. Grundsätzlich kann daher auch ein nur mit medizinischer Hilfe erfüllbarer Kinderwunsch nicht mit globalen oder gesamtgesellschaftlichen Argumenten in irgendeiner Form als negativ abqualifiziert werden. Was bleibt ist das Argument der Verteilung von Gesellschaftsressourcen. Hier ist in der Tat fraglich, in welchem Umfang die Solidargemeinschaft die Kosten für die medizinisch assistierte Fortpflanzung tragen muss. Allerdings ist bei der Frage der Kostentragung zu bedenken, dass der Staat derzeit ein hohes Interesse an der Steigerung der Geburtenraten hat, um die ungünstige Bevölkerungsentwicklung durch

den starken Geburtenrückgang zu verlangsamen. Unter diesem Aspekt erscheint es ausgesprochen sinnvoll, dass die Solidargemeinschaft, die den Nutzen aus der Geburt neuer Staatsbürger zieht, sich auch an den Kosten für ihre anders nicht mögliche Entstehung beteiligt.

Seitens der betroffenen ungewollt kinderlosen Personen wird nach wie vor eine mangelnde Akzeptanz ihres nur mit medizinischer Hilfe zu erfüllenden Kinderwunsches bemängelt. Nach Ansicht des Vorsitzenden des Verbandes „Wunschkind e.V." 1999, *Janz*, bedarf es noch weiterer Anstrengungen, um die Öffentlichkeit für die Belange der betroffenen kinderlosen Paare zu gewinnen, damit die Reproduktionsmedizin nicht mehr ethisch in Frage gestellt wird, da sie weiten Teilen der Öffentlichkeit immer noch unheimlich ist. Er wirbt weiterhin für die Anerkennung der folgenden Ziele:

- Behandlung der ungewollten Kinderlosigkeit aus gesellschaftlichen Ressourcen;
- Behandlung als selbstverständlicher Bestandteil des Solidarsystems;
- Einstufung der reproduktionsmedizinischen Behandlung als gesellschaftliche und politische Notwendigkeit.[226]

Die emotionalisierende Tendenz des Themas ist auch bei der Diskussion unter Politikern spürbar. Dies ist z.B. sehr eindrucksvoll an der Niederschrift der Beratungen zum Embryonenschutzgesetz im deutschen Bundestag erkennbar.[227]

In die Stellungnahmen von Juristinnen und Juristen zum Thema der medizinisch assistierten Fortpflanzung fließt oft eine aus der persönlichen (moralischen) Einstellung des Autors oder der Autorin herrührende Wertung ein. Gelegentlich werden Thesen als allgemeingültig dargestellt, obwohl sie lediglich der persönlichen Anschauung der betreffenden Person entsprechen. Dies ist angesichts der fundamentalen Dimension der Problematik verständlich, erschwert aber erheblich die rationale Auseinandersetzung mit der Materie.[228] Auch die Auslegung von Gesetzen ist stets bewusst oder unbewusst von der Einstellung der Auslegenden selbst beeinflusst, möglicherweise sogar bestimmt. Dementsprechend fließt in die Gesetzes- und Grundrechtsauslegung immer auch eine persönliche Einstellung mit ein.[229] Aus diesen Gründen müssen juristische Stellungnahmen zur medizinisch assistierten Fortpflanzung besonders genau auf ihre

---

[226] JANZ, L. in: KREBS, Dieter/VAN DER VEN, Hans (Hg.): Aktuelle Reproduktionsmedizin - Gegenwart und Zukunft der IVF und ICSI, 1999, S. 93

[227] 230. Sitzung des Deutschen Bundestages, 11. Wahlperiode, Mittwoch, 24. Oktober 1990, Tagesordnungspunkt 2, S. 18206-18220

[228] POSCH, Willibald: Rechtsprobleme der medizinisch assistierten Fortpflanzung und Gentechnologie; 1988, S. 19

[229] EICHER, Wolfgang: Die in-vitro-Fertilisation als Leistung der gesetzlichen Krankenkassen im Rahmen der Sterilitätsbehandlung der Frau; MedR 1986, S. 265-275 (265)

rechtliche Begründung hin untersucht werden. Es fällt hierbei allerdings auf, dass eine solche Begründung oft fehlt oder auf nicht belegten Spekulationen beruht (z.B. Spekulationen über psychische Folgen für mit Methoden der medizinisch assistierten Fortpflanzung gezeugte Kinder).

Besondere öffentliche Aufmerksamkeit ist in den letzten Jahren den Fragen der Stammzellforschung und der Präimplantationsdiagnostik gewidmet worden, die im Umfeld der medizinisch assistierten Fortpflanzung auftreten können, jedoch nicht zwingend mit ihr verbunden sind. Entsprechende Gesetzgebungsvorhaben wurden diskutiert, letztlich aber wieder verworfen. Zur Frage der Zulässigkeit der Forschung mit importierten embryonalen Stammzellen ist auf politischer Ebene im Zusammenwirken mit Juristen und Wissenschaftlern mit dem Stammzellengesetz[230] ein Minimalkonsens gefunden worden.

Es bleibt festzuhalten, dass die gesellschaftliche Diskussion über Pro und Contra der Fortpflanzungsmedizin nach wie vor andauert. Demgegenüber hat sich die juristische Diskussion inzwischen überwiegend auf Teilfragen wie die Präimplantationsdiagnostik und die Stammzellforschung verlagert.

1.6. Ergebnis zu Teil 1

Die Begriffsbestimmung am Anfang von Teil 1 dient dem Zweck, die Begriffe Fortpflanzung und Elternschaft gegeneinander abzugrenzen und die zur Fortpflanzung gehörenden Tätigkeiten zu benennen. Hierdurch soll die im Teil 2 nachfolgende Grundrechtsprüfung so gut wie möglich auf Vorgänge beschränkt werden, die tatsächlich zur Fortpflanzung gehören.

Die Aufspaltung der **Tätigkeit Fortpflanzung** in die zwei Komponenten

- **genetische** Fortpflanzung und
- **physiologische** Fortpflanzung,

sowie die Definition dieser Begriffe, dient der Vorbereitung der Prüfung, ob nur eine - und wenn ja welche - dieser Komponenten der Fortpflanzung Grundrechtsschutz genießt. Gleichzeitig kann die Möglichkeit geprüft werden, ob Grundrechtsschutz nur dann besteht, wenn beide Formen der Fortpflanzung gleichzeitig vorliegen.

---

[230] „Gesetz zur Sicherstellung des Embryonenschutzes im Zusammenhang mit Einfuhr und Verwendung menschlicher embryonaler Stammzellen“ (Stammzellgesetz -StZG) vom 28.06.2002, BGBl. I 2277

Die Abgrenzung der **Elternschaft** von der Fortpflanzung dient neben der begrifflichen Klarstellung dem Zweck, die Prüfung der Frage vorzubereiten, ob es für den Grundrechtsschutz ein entscheidendes Kriterium sein kann, wer später die soziale Elternschaft für ein entstehendes Kind übernehmen soll.

Die weiteren Informationen im Teil 1 (Zahlen und Fakten zur ungewollten Kinderlosigkeit, Einführung in Entwicklung und Methoden der medizinisch assistierten Fortpflanzung, Überblick über die in Deutschland gültigen gesetzlichen und untergesetzlichen Regelungen der medizinisch assistierten Fortpflanzung, Stand der öffentlichen Diskussion zur Jahrtausendwende) dienen dem Einstieg in die Materie. Gleichzeitig sind sie als Basis der juristischen Argumentation über Grundrechte mit Fortpflanzungsbezug in Teil 2 sowie für die Bewertung des in Deutschland gesetzten Rechtes in Teil 3 erforderlich. Sie sollen auch zeigen, dass es sich bei der medizinisch assistierten Fortpflanzung nicht um ein gesellschaftliches Randproblem handelt, sondern dass sowohl diese Methoden als auch die genetischen Testmöglichkeiten bei der normalen Fortpflanzung die äußeren Umstände der Fortpflanzung in Deutschland bereits in erheblichem Umfang beeinflussen. Es ist davon auszugehen, dass dieser Umfang weiter zunehmen wird.

Für die Grundrechtsprüfung in Teil 2 dieser Arbeit ergeben sich nunmehr die folgenden Fragen:[231]

a. Wird die Fortpflanzung vom Grundgesetz geschützt, ggf. durch welche Artikel und in welchem Umfang?

b. Fällt auch die Inanspruchnahme von Methoden der medizinisch assistierten Fortpflanzung unter den Schutz des Grundgesetzes?

c. Wenn die Fortpflanzung Grundrechtsschutz genießt, umfasst dieser Schutz auch die isolierte genetische oder physiologische Fortpflanzung, oder müssen beide gleichzeitig vorliegen?

d. Kann der Grundrechtsschutz davon abhängen, wer die soziale Elternschaft für das entstehende Kind übernehmen soll?

[231] Die Antworten sind der Zusammenfassung von Teil 2, Abschnitt 2.4.1. zu entnehmen

Teil 2: Grundrecht auf Fortpflanzung?

Teil 2 dieser Arbeit befasst sich mit der Einordnung der Fortpflanzung als Grundrecht in Gesetzgebung, Wissenschaft und Rechtsprechung. Diese Untersuchung beschränkt sich zunächst auf die Frage, ob und in welchem Umfang die Fortpflanzung dem Schutzbereich eines Grundrechtes zugewiesen werden kann und ob möglicherweise auch noch Artikel oder Grundprinzipien außerhalb der Grundrechte einen Schutz der Fortpflanzung durch das Grundgesetz garantieren. Die Überprüfung der Zulässigkeit von derzeit bestehenden Einschränkungen fortpflanzungsbezogener Grundrechte wird separat im Teil 3 durchgeführt.

Vor einer Prüfung des Schutzbereichs einzelner Grundrechte des GG vom 23.05.1949 erfolgt ein rechtsgeschichtlicher Überblick zu der Frage, wie in der Zeit von 1871 bis 1933 die Fortpflanzung rechtlich und gesellschaftlich eingeordnet wurde. Diese historische Darstellung des staatlichen Umgangs mit der menschlichen Fortpflanzung dient insbesondere dem Zweck, die Verfassungsinterpretation in Bezug auf das Vorverständnis des Verfassungsgebers von verwendeten Begriffen wie „Ehe“ oder „Familie“ vorzubereiten. Gleichzeitig sollen sowohl der geschichtliche Kontext, in dem der Umgang mit der Fortpflanzung in der deutschen Rechtsordnung steht, als auch die hiermit verbundenen gesellschaftlichen Wertentscheidungen verdeutlicht werden. Bei der historischen Darstellung wird auf eine vertiefte Behandlung der Zeit von 1933 bis 1945 bewusst verzichtet. In diesen 12 Jahren hat keine fortwirkende Prägung stattgefunden, die für das Vorverständnis des Verfassungsgebers entscheidend war, vielmehr sind die in dieser Zeit getroffenen Wertungen bewusst zurückgedrängt worden, indem man beim Entwurf des Grundgesetzes an die Verfassungstradition der Weimarer Republik anknüpfte. Dabei wurde gleichzeitig angestrebt, die Mängel der WRV, die zum Scheitern der Weimarer Republik geführt hatten, zu eliminieren.[232] Zudem ist das während der Zeit der nationalsozialistischen Herrschaft gesetzte oder praktizierte Recht für die Diskussion über Freiheitsrechte unverwertbar. Mit den in diesem Zeitraum durch Gesetz oder im Einzelfall getroffenen Wertungen ist keine sinnvolle, vergleichende Argumentation möglich. Der Umgang der öffentlichen Gewalt mit der menschlichen Fortpflanzung in dieser Zeit kann nur als abschreckendes Beispiel für den grenzenlosen Missbrauch staatlicher Gewalt dienen (u.a. Festlegung von "erwünschten" Rassenmerkmalen, Versuch gezielter Menschenzüchtung, systematische Ermordung Behinderter). Diese Erfahrung mit einem exzessiven staatlichen Machtmissbrauch hat in erster Linie dazu geführt, dass in Deutschland eine besondere Sensibilisierung für das Missbrauchspotential von naturwissenschaftlichen Erkenntnissen und rechtlichen Normen stattgefunden hat.

---

[232] HAEDRICH, Martina und EICHENHOFER, Bernd, in: EICHENHOFER, Eberhard (Hg.): 80 Jahre Weimarer Reichsverfassung - Was ist geblieben?, 1999, S. 197-201 und S. 222-223

2.1. Rechtsgeschichte: Behandlung der Fortpflanzung zwischen 1871 und 1933

Die Fortpflanzung des Menschen findet üblicherweise in seinem privaten und intimen Lebensbereich statt, der sich dem direkten Zugriff des Staates entzieht. Dennoch hat es immer ein Interesse des Staates an der Möglichkeit gegeben, in die Fortpflanzungstätigkeit seiner Bevölkerung regelnd einzugreifen. Hierbei hängt die Zielrichtung des Eingriffs davon ab, ob staatlicherseits Bevölkerungswachstum oder Bevölkerungsreduzierung erwünscht wird. Mangels direkter Eingriffsmöglichkeiten in das Intimleben der Bevölkerung werden zur Beeinflussung der Fortpflanzungstätigkeit vom Staat üblicherweise Regelungen äußerer Umstände getroffen, die das Fortpflanzungsverhalten in der gewünschten Weise steuern sollten. Dabei müssen die Eingriffsmöglichkeiten danach ausgewählt werden, welche äußeren Umstände einen Einfluss auf das Fortpflanzungsverhalten der Bevölkerung haben. Nach sozialgeschichtlichen Untersuchungen wird generatives Verhalten insbesondere durch die folgenden Faktoren beeinflusst:

a) wirtschaftliche, politische und gesellschaftliche Gegebenheiten, die sich direkt oder indirekt auf die Familienstruktur einer Bevölkerung auswirken (z.B. Anzahl und innere Struktur der Familien, Anteil und Zusammensetzung der nicht zur Familiengründung gelangenden Bevölkerung);

b) gesellschaftliche, bzw. soziale Normen, die das generative Verhalten der Einzelfamilie beeinflussen (z.B. „normales“ Heiratsalter, „normale“ Kinderzahl, „normaler“ Geburtenabstand).[233]

Während der Staat kaum Möglichkeiten hat, schnell und unmittelbar auf gesellschaftliche oder soziale Wertvorstellungen einzuwirken, kann er durch die Schaffung rechtlicher Strukturen versuchen, das reproduktive Verhalten seiner Bevölkerung zu beeinflussen.[234] Allerdings beruhen Rechtsbestimmungen, die sich auf die Fruchtbarkeit der Bevölkerung auswirken, nicht immer auf bevölkerungspolitischen Zielsetzungen, sondern sind häufig auch rechtspolitisch, ethisch oder sozial motiviert.[235]

---

[233] Gräfin zu CASTELL, Adelheid „Forschungsergebnisse zum gruppenspezifischen Wandel generativer Strukturen“ in: CONZE, Werner (Hg.): Industrielle Welt - Schriftenreihe des Arbeitskreises für moderne Sozialgeschichte, Band 21: Sozialgeschichte der Familie in der Neuzeit Europas, 1976, S. 162

[234] Ob Gesetzgebung tatsächlich einen direkten Einfluß auf das reproduktive Verhalten der Bevölkerung hat, konnte nach den Aussagen einer in den 70er Jahren veröffentlichten Studie nicht festgestellt werden. Indirekte Einwirkungen des Rechtes wurden vermutet, ließen sich aber wegen der vielen in Bezug auf das Fortpflanzungsverhalten wirkenden Variablen nicht quantitativ belegen (SCHUBNELL, Hermann: Gesetzgebung und Fruchtbarkeit, 1975, S. 51, 82-83).

[235] SCHUBNELL, Hermann: Gesetzgebung und Fruchtbarkeit, 1975, S. 47

Zum „klassischen“ Instrumentarium der staatlichen Kontrolle reproduktiven Verhaltens gehören:[236]

Ziel: Bevölkerungswachstum (geburtenfördernde Maßnahmen)	Ziel: Bevölkerungsreduzierung (geburtenhemmende Maßnahmen)
- Heiratsgebote	- Heiratsverbote
- Ausrottung von Verhütungswissen bzw. Verbot der Verbreitung von Verhütungswissen	- Kein Verbot der Verbreitung Verhütungswissen, bzw. keine Verfolgung trotz bestehendem Verbot
- Abtreibungsverbote	- Zulässigkeit der Abtreibung, bzw. keine Verfolgung von verbotenen Abtreibungen
- finanzielle Förderung kinderreicher Familien	- Tötungs- und Aussetzungsrechte der Eltern

Einige Komponenten dieses Instrumentariums hat auch der deutsche Gesetzgeber seit jeher zur Beeinflussung des generativen Verhaltens seiner Bevölkerung - mit mehr oder weniger großem Erfolg - eingesetzt. Dementsprechend waren Regelungen, die den Bereich der menschlichen Fortpflanzung berührten, im deutschen Recht zwischen 1871 und 1933 insbesondere in den Regelungsbereichen Familienrecht, Vertrieb von Verhütungsmitteln und Verbreitung von Verhütungsmittelwissen, Schwangerschaftsabbruch und Zwangssterilisation zu finden.[237]

---

[236] FLOSSMANN, Ursula/LEHNER, Oskar (Hg.): Frau-Recht-Gesellschaft - Seminar zur Frauenrechtsgeschichte, 1986, S. 80

[237] vgl. zu den historischen und gesellschaftlichen Ausgangsbedingungen im Zeitraum zwischen 1871 und 1900: COING, Helmut in: von STAUDINGER, Julius (Begr.): J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 1980, Einleitung, RN 1-30 m.w.N.

2.1.1. Die Rechtsstellung der Fortpflanzung zwischen 1871 und 1933 in Bezug auf Ehe und Familie (Familienrecht, Polizeirecht, Strafrecht)

Bis zum Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches am 01.01.1900 (BGB-1900) gab es für die im Gebiet des Deutschen Reiches ansässigen Menschen kein einheitliches Familienrecht[238]. Die Bevölkerung unterlag - je nach Wohnort - einer der großen Privatrechtsordnungen (insbes. ALR, Code civil, gemeines Recht)[239] und daneben zusätzlich (je nach gültiger Privatrechtsordnung) subsidiär oder direkt zahlreichen lokal gültigen Partikularrechten und Statuten zum Eherecht.[240] Das Familienrecht in diesen Rechtsordnungen weicht in vielen Punkten voneinander ab, deren umfassende Darstellung den Rahmen dieses historischen Überblicks sprengen würde. Aus diesem Grund werden aus allen Rechtsordnungen nur beispielhaft Regelungen herausgegriffen, die eine Bewertung des staatlichen Umganges mit der menschlichen Fortpflanzung erlauben. Weiterhin werden aus dem Regelungsbereich des Familienrechts nur diejenigen Gebiete behandelt, die zum „klassischen" Instrumentarium staatlicher Reproduktionskontrolle gehören: Das Eherecht, das Recht der nichtehelichen Lebensgemeinschaft und das Recht des nichtehelichen Kindes. Bei der Untersuchung historischer rechtlicher Regelungen aus dem Umfeld der menschlichen Fortpflanzung ist zu berücksichtigen, dass das Recht zwischen 1871 und 1933 durch eine aus früheren Zeiten, insbesondere aus dem 17. und 18. Jahrhundert fortwirkende, patriarchalische Ausrichtung und eine daraus resultierende grundsätzliche Ungleichbehandlung der Geschlechter geprägt war. *Jütte* stellt diese Praxis der Ungleichbehandlung wie folgt dar:

> „In der abendländischen Geschlechtergeschichte, und auf sie wollen wir uns hier beschränken, waren die Geschlechterrollen immer mehr oder weniger klar definiert. Theologen, Moralisten, Schriftsteller, Politiker und Mediziner sind sich von Anbeginn an darüber weitgehend einig gewesen, dass die Frau und damit auch ihr Körper der männlichen Autorität unterstellt werden muss. Physis und Psyche der Frau werden seit der Antike meist primär unter dem Gesichtspunkt des Fortpflanzungszwecks und der dazu für optimal erachteten patriarchalischen monogamen Ehe definiert. Auch mit Beginn der Neuzeit scheint sich das männliche Verhältnis zum Frauenkörper und zur Sexualität nicht grundlegend geändert zu haben."[241]

Diese Ansicht von der verschiedenen Wertigkeit der Geschlechter hat auch die deutsche Rechtsordnung entscheidend geprägt. Zum Verständnis der Rollen von Mann und Frau in

[238] Das Deutsche Reich hat erst durch eine mit Reichsgesetz vom 20.12.1873 (RGBl. 1873, S. 379) durchgeführte Änderung von Art. 4 Ziff. 13 der Reichsverfassung die Gesetzgebungskompetenz für das bürgerliche Recht erhalten (COING, Helmut in: von STAUDINGER, Julius (Begr.): J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 1980, Einleitung, RN 1).

[239] Ferner hatten das Königreich Sachsen und das Großherzogtum Baden ein besonderes kodifiziertes bürgerliches Gesetzbuch

[240] COING, Helmut in: von STAUDINGER, Julius (Begr.): J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 1980, Einleitung, RN 24; FREUDENSTEIN, Gustav: Der pecuniäre Contract in der Ehe und andere Bestimmungen des deutschen Rechts über Mitgift, Eherecht, Ehescheidung, etc., 1884, Vorwort

[241] JÜTTE, Robert (Hg.): Geschichte der Abtreibung - Von der Antike bis zur Gegenwart, 1993, ders. S. 13

der Ehe gegen Ende des 19. Jahrhunderts heißt es z.B. in einer zeitgenössischen Darstellung des Eherechts durch den Juristen *Freudenstein*:

> „Es ist die Idee der Ehe, daß die Geschlechtsliebe, an sich die natürliche Grundlage, aber in ihrem Zwecke einseitig, zu einer sittlichen und individuellen Liebe erhoben werde, welche das ganze Leben der Gatten umfasse und verkette. Die Ehe ist die menschliche Formation des thierischen Geschlechtsverhältnisses und bildet, wie bemerkt, als solche die Grundlage der Familie und mit dieser das erste Glied in der Kette menschlicher Verbindungen, welche den einzelnen Menschen mit der gesamten Menschheit vermitteln und deren jede für Erreichung von deren Bestimmung ebenso, wie der einzelne Mensch an und für sich selbst nothwendig ist, und keineswegs einem vereinzelten Zwecke dient, für welchen sie durch menschliche Willkür ins Dasein gerufen wäre. Die Ehe ist ein natürlich-politisch-religiöses Institut, dessen Bedeutung nur durch ein harmonisches Zusammenfassen seiner Beziehungen zur Natur, zum Staate, und zur Kirche begriffen werden kann. Durchaus unrichtig und von einem zu niedern Standpunkt ausgehend ist deshalb diejenige Auffassung, welche den n a t ü r l i c h e n Anfangspunkt der Ehe zur Bestimmung ihres Wesens verwendet, wie selbst K a n t thut, indem er nüchtern definiert, daß: *‚die Ehe die Verbindung zweier Personen verschiedenen Geschlechts zum lebenswierigen, wechselseitigen Besitz ihrer Geschlechtseigenschaften‘* sei. [...] Dagegen war es dem Philosophen A r i s t o t e l e s vergönnt, das Prinzip zu finden, auf welchem die Ehe beruht, und deshalb konnte auf ihn sich auch die christliche Philosophie des Mittelalters stützen. Er sagt: *‚Die Natur des Mannes und des Weibes ist nach göttlicher Bestimmung zur Gemeinschaft des Lebens vorgesehen; denn beider Wesen ist dadurch geschieden, daß ihre Kraft nicht zu denselben Dingen nütze ist, sondern zum Theil für das Entgegengesetzte, welches jedoch zu demselben Ziele hinstrebt. Denn der Mann ist stärker, das Weib ist schwächer gebildet, damit diese durch Furcht behutsamer, jener durch Muth wehrhafter, der eine das Aeußere erwerbe, die andere die Dinge im Hause erhalte, die eine zu den häuslichen Geschäften emsig, aber zu dem Leben draußen zu schwach, der andere zur Ruhe wenig geeignet, aber zur Bewegung gesund sei. Die Mutter pflegt, der Vater erzieht die Kinder. So sind die Eheleute einander genug und jeder setzt das eigene zum Gemeinsamen. Ihre Vereinigung geschieht, nicht bloß damit sie leben können, sondern damit sie durch einander vollkommen leben.‘* Und selbst des Zarten vergisst der hellenische Philosoph nicht, wenn er das Weib als eine hülflose und zum Schutz Flehende vom Herde her ins Haus des Mannes aufgenommen sieht, von welcher jedes Unrecht fern zu halten sei und vor Allem das Unrecht nebenhergehender außerehelicher Gemeinschaften. So hatte A r i s t o t e l e s die im Gegensatz sich vollendende Einheit als eine göttliche Bestimmung und den darin für das ganze Leben liegenden Beruf und das dauernde, ausschließliche Band der Ehe richtig erkannt.“[242]

Mit dieser für die juristische Wissenschaft fruchtbar gemachten Rollendefinition von Mann und Frau lag Freudenstein völlig auf der Linie des damaligen Zeitgeistes in Bezug auf die Polarisierung der Geschlechtscharaktere (= Geschlechtseigentümlichkeiten) von Mann und Frau.[243] Die Aussagen über Geschlechtscharaktere waren ein Gemisch aus Biologie, Bestimmung und Wesen, sie zielten darauf ab, die „naturgegebenen“, wenngleich in ihrer Art durch Bildung zu vervollkommnenden „Gattungsmerkmale“ von Mann und Frau festzulegen. Diese typisierten, psychischen Geschlechtseigentümlichkeiten bestimmten

---

[242] FREUDENSTEIN, G.: Der pecuniäre Contract in der Ehe und andere Bestimmungen des deutschen Rechts über Mitgift, Eherecht, Ehescheidung, etc., 1884, S. 1-3

[243] HAUSEN, Karin „Die Polarisierung der ‚Geschlechtscharaktere‘ - Eine Spiegelung der Dissoziation von Erwerbs- und Familienleben“ in: CONZE, Werner (Hg.): Industrielle Welt - Schriftenreihe des Arbeitskreises für moderne Sozialgeschichte, Band 21: Sozialgeschichte der Familie in der Neuzeit Europas, 1976, S. 365-375 m.w.N.

den Mann als geeignet für den öffentlichen Bereich, die Frau für den häuslichen Bereich. Bestimmung und Fähigkeit des Mannes (belegt mit den Merkmalen aktiv und rational) war die gesellschaftliche Produktion, Bestimmung und Fähigkeit der Frau (belegt mit den Merkmalen passiv und emotional) die private Reproduktion. Diese Charakterbestimmungen hatten, neben anderen Motiven, auch eindeutig den Zweck der ideologischen Absicherung patriarchalischer Herrschaft, und zwar sowohl in der Familie als auch in der Gesellschaft.[244] Der Vorgang der Entwicklung und gesellschaftlichen Akzeptanz der Festlegung von Geschlechtscharakteren wird in einer Untersuchung von *Hausen* wie folgt beschrieben:

> „Physis und Psyche der Frau werden primär nach dem Fortpflanzungs- bzw. Gattungszweck und der dazu sozial für optimal erachteten patriarchalischen monogamen Ehe bestimmt, die des Mannes hingegen nach dem Kulturzweck. Marianne Weber brachte diese Beobachtung auf die zutreffende Formel, die Frau werde als das Geschlechtswesen, der Mann als der zur Kulturarbeit Bestimmte definiert. Derartige Charakterschemata, die erst in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts an Überzeugungskraft verlieren, werden im letzten Drittel des 18. Jahrhunderts „erfunden". Im Verlauf des 19. Jahrhunderts bleiben die einmal eingeführten Zuordnungsprinzipien konstant und werden nicht zuletzt durch Medizin, Anthropologie, Psychologie und schließlich Psychoanalyse „wissenschaftlich" fundiert. Die Vorstellungen von dem eigentlichen Wesen der Geschlechter werden zugleich offenbar so erfolgreich popularisiert, daß immer größere Kreise der Bevölkerung sie bis weit ins 20. Jahrhundert hinein als Maßstab für das jeweils Männlich-Angemessene und für das jeweils Weiblich-Angemessene akzeptieren."[245]

Die Auffassung von der angemessenen, ihrem Geschlechtscharakter entsprechenden und deshalb untergeordneten Stellung der Frau in Familie und Gesellschaft wurde insbesondere auch von den christlichen Kirchen mitgetragen.[246] Z.B. bekräftigte Papst Pius XI. mit der Enzyklika „Casti connubii" von 1930 (die Schwangerschaftsabbruch und alle Arten der Empfängnisverhütung als schwere Sünden einstuft) die untergeordnete Rolle der Frau in Ehe und Gesellschaft, und bezeichnete es als deren Pflicht, in der Mutterschaft Erfüllung und Lebenssinn zu finden.[247]

---

[244] HAUSEN, Karin „Die Polarisierung der ‚Geschlechtscharaktere' - Eine Spiegelung der Dissoziation von Erwerbs- und Familienleben" in: CONZE, Werner (Hg.): Industrielle Welt - Schriftenreihe des Arbeitskreises für moderne Sozialgeschichte, Band 21: Sozialgeschichte der Familie in der Neuzeit Europas, 1976, S. 375; KIENLE, Else: Frauen - Aus dem Tagebuch einer Ärztin (Berlin 1932), S. 151

[245] HAUSEN, Karin „Die Polarisierung der ‚Geschlechtscharaktere' - Eine Spiegelung der Dissoziation von Erwerbs- und Familienleben" in: CONZE, Werner (Hg.): Industrielle Welt - Schriftenreihe des Arbeitskreises für moderne Sozialgeschichte, Band 21: Sozialgeschichte der Familie in der Neuzeit Europas, 1976, S. 369

[246] DESCHNER, Karlheinz: Das Kreuz mit der Kirche - Eine Sexualgeschichte des Christentums, 1992, S. 221-235

[247] DIENEL, Christiane: „Das 20. Jahrhundert (I) - Frauenbewegung, Klassenjustiz und das Recht auf Selbstbestimmung der Frau", in: JÜTTE, Robert (Hg.): Geschichte der Abtreibung - Von der Antike bis zur Gegenwart, 1993, S. 159; dies. in: Kinderzahl und Staatsräson - Empfängnisverhütung und Bevölkerungspolitik in Deutschland und Frankreich bis 1918, 1995, S. 102; SAATZ, Ursula: § 218, Das Recht der Frau ist unteilbar - Über die Auswirkungen des § 218 und die Bewegung gegen die Abtreibungsgesetzgebung zur Zeit der Weimarer Republik, 1991, S. 42

Diese grundsätzlich verschiedene Anschauung der Stellung und des Geschlechtscharakters von Mann und Frau im Untersuchungszeitraum (1871-1933) erklärt die nachfolgend dargestellten, überwiegend diskriminierenden rechtlichen Regelungen und ihre juristischen Begründungen, bzw. die häufige Abwesenheit jeglicher Begründung einer aus heutiger Sicht fast immer willkürlich anmutenden Ungleichbehandlung der Frau.

2.1.1.1. Eherecht

Zu den für den Bereich der Fortpflanzung bedeutsamen eherechtlichen Regelungen zählten das Recht der Eheschließung, der Eheführung (Verhältnis der Ehegatten untereinander) und der Ehescheidung. Zusätzlich sind neben diesen zivilrechtlichen Vorschriften die zur Absicherung ihrer Beachtung ergangenen strafrechtlichen Vorschriften für den staatlichen Umgang mit der menschlichen Fortpflanzung zu berücksichtigen.

2.1.1.1.1. Recht der Eheschließung

Gegen Ende des 19. Jahrhunderts wurde endgültig das Eheschließungsmonopol der christlichen Kirchen durchbrochen. Das Reichsgesetz über die „Beurkundung des Personenstandes und die Eheschließung“ vom 06.02.1875 (nachfolgend: EheG-1875) folgte dem preußischen „Gesetz über die Beurkundung des Personenstandes und die Form der Eheschließung“ vom 09.03.1874 und führte die Zivilehe mit Wirkung vom 01.01.1876 in Deutschland nach langem Ringen zwischen Staat und Kirche um die Form der Eheschließung verbindlich ein.[248] Damit wurde der nach wie vor möglichen kirchlichen Trauung die zivile Eheschließung vorangestellt, wobei eine Ehe rechtsgültig nur vor dem Standesbeamten geschlossen werden konnte.[249] Gleichzeitig kam es zur Aufhebung der noch bestehenden polizei- und gemeinderechtlichen Eheschließungshindernisse (vgl. zu den Details den nachfolgenden Abschnitt 2.1.1.3. zur nichtehelichen Lebensgemeinschaft). In bestimmten Fällen, die auf den besonderen Verhältnissen der Heiratswilligen beruhten (z.B. bei Soldaten oder Beamten) war die Eingehung einer Ehe allerdings nach wie vor von einer Einwilligung des Vorgesetzten abhängig.[250] Die Ehemündigkeit, d.h. die Fähigkeit, eine Ehe einzugehen, trat bei Männern gemäß § 28 EheG-1875 mit dem vollendeten 20. Lebensjahr, bei Frauen mit dem vollendeten 16. Lebensjahr ein, von diesen Vorschriften konnte ein staatlicher Dispens erlangt werden. Bei ehelichen Kindern war bis zum Abschluss des 25. Lebensjahres bei Männern und des 24. Lebensjahres bei Frauen zur Eheschließung zusätzlich die Zustimmung des Vaters, nach dessen Tod die Einwilligung der Mutter oder ggf. des Vormundes zur Ehe

---

[248] BLASIUS, Dirk: Ehescheidung in Deutschland 1794-1945, 1987, S. 43, 49; FREUDENSTEIN, G.: Der pecuniäre Contract in der Ehe und andere Bestimmungen des deutschen Rechts über Mitgift, Eherecht, Ehescheidung, etc., 1884, S. 11

[249] FREUDENSTEIN, G.: Der pecuniäre Contract in der Ehe und andere Bestimmungen des deutschen Rechts über Mitgift, Eherecht, Ehescheidung, etc., 1884, S. 13

[250] FREUDENSTEIN, G.: Der pecuniäre Contract in der Ehe und andere Bestimmungen des deutschen Rechts über Mitgift, Eherecht, Ehescheidung, etc., 1884, S. 9

erforderlich.[251] Das durchschnittliche Heiratsalter der Frauen war zwischen 1871 und 1933 entgegen den heutigen Vorstellungen relativ hoch und lag z.B. im Zeitraum von 1881-1886 bei ca. 26 Jahren (1850: ca. 28 Jahre).[252] In Bezug auf die Verknüpfung von Eherecht und Fortpflanzung ist besonders das in § 35 EheG-1875 geregelte Eheschließungshindernis von Interesse, nach dem es Frauen verwehrt war, vor Ablauf des zehnten Monats seit Beendigung einer früheren Ehe eine weitere Ehe zu schließen. Diese Vorschrift diente dem Zweck, bei etwaiger Schwangerschaft die Vaterschaft des Kindes eindeutig zuordnen zu können. Allerdings bestand auch hier die Möglichkeit, einen staatlichen Dispens von dieser Vorschrift zu erlangen.[253] Dass die Ehe auf die gemeinschaftliche Fortpflanzung der Eheleute hin ausgerichtet war, zeigen auch einige Regelungen des ALR über die Aufhebung einer durch Betrug oder Irrtum veranlassten Ehe: Unterfälle der anerkannten Aufhebungsgründe waren z.B. die fehlende Jungfräulichkeit der Braut bei Eheschließung und die unbekannte Schwangerschaft der Braut bei Schwängerung durch einen anderen als den Ehemann. Nach § 41 ALR konnte binnen sechs Wochen nach Entdeckung eines solchen Umstandes die Auflösung der Ehe mittels Nichtigkeitsklage erreicht werden.[254]

Der zeitgenössische Jurist *Freudenstein* diskutiert in seiner 1884 erschienen Abhandlung über das deutsche Eherecht die Frage staatlicher Ehebeschränkungen aus bevölkerungspolitischen Motiven (insbes. zur Verhinderung von Armut, zur Einschränkung der Eingehung einer Ehe durch zu junge oder zu alte Ehepartner und die Erschwerung der Eingehung „leichtfertiger“ Ehen). Seine Abhandlung geht jedoch nicht explizit darauf ein, ob und in welchem Umfang dem Staat eine entsprechende Kompetenz zustehen soll. Allerdings setzt er eine solche Kompetenz stillschweigend voraus, wenn er abschließend ehebeschränkende Regelungen aus bevölkerungspolitischen Motiven aufgrund des besonderen Charakters der Ehe für wenig sinnvoll und deshalb für unnötig erklärt:

> „Aber wo, wie bei der Eingehung der Ehe die individuelle Auffassung derselben, welche von dem mächtigsten Verlangen bestimmt wird, die entscheidende Stimme abgibt, zieht das Gesetz nur schwache Schranken. Es wird weise sein, allgemeine Gesetze da zu sparen, wo, wie bei der Schließung der Ehen, die Aufgabe so individuell ist, daß nicht der Staat, sondern nur die Einsicht der Betheiligten und nöthigenfalls der Einspruch des Familienoberhauptes sie lösen kann. Gesetze, welche durch Strenge leichtsinnigen Ehen zuvorkommen wollen, laufen Gefahr, unsittliche Verbindungen zu fördern, und ein kleines Übel mit einem größeren zu verwechseln.“[255]

---

[251] FREUDENSTEIN, G.: Der pecuniäre Contract in der Ehe und andere Bestimmungen des deutschen Rechts über Mitgift, Eherecht, Ehescheidung, etc., 1884, S. 17

[252] HARMS-ZIEGLER, Beate: Illegitimität und Ehe - Illegitimität als Reflex des Ehediskurses in Preußen im 18. und 19. Jahrhundert, 1991, S. 384

[253] FREUDENSTEIN, G.: Der pecuniäre Contract in der Ehe und andere Bestimmungen des deutschen Rechts über Mitgift, Eherecht, Ehescheidung, etc., 1884, S. 19

[254] FREUDENSTEIN, G.: Der pecuniäre Contract in der Ehe und andere Bestimmungen des deutschen Rechts über Mitgift, Eherecht, Ehescheidung, etc., 1884, S. 22

[255] FREUDENSTEIN, G.: Der pecuniäre Contract in der Ehe und andere Bestimmungen des deutschen Rechts über Mitgift, Eherecht, Ehescheidung, etc., 1884, S. 9

Aus der Gestaltung des Rechts der Eheschließung ergibt sich bereits eindeutig der vom Staat vorausgesetzte Zusammenhang von Ehe und Fortpflanzung. Im Vergleich zu den vorhergehenden Regelungen zur Eheschließung ist das Bemühen des Staates erkennbar, allen Bürgerinnen und Bürgern den Weg in die Ehe als erwünschten äußeren Rahmen der Fortpflanzung zu eröffnen. Gleichzeitig wurde dieser Raum gegen Störungen der ehelichen Fortpflanzung durch Dritte (z.B. Schwängerung der Braut vor Eheschließung durch einen anderen als den Ehemann) abgesichert.

2.1.1.1.2. Die Rechtsstellung der Ehegatten untereinander

Im Zeitraum von 1871 bis zum Inkrafttreten der Weimarer Reichsverfassung 1919 war die unverheiratete Frau rechtlich ihrem nächsten männlichen Verwandten untergeordnet und die verheiratete Frau war ihrem Ehemann rechtlich untergeordnet. Im Binnenverhältnis zwischen der Frau und dem Mann, dem sie rechtlich zugeordnet wurde (i.d.R. als „Hausgemeinschaft“ bezeichnet), besaß die Frau nur wenig staatlich garantierte Rechte. Es handelte sich um einen nahezu rechtsfreien Raum, in dem die Frau in starker Abhängigkeit vom Mann lebte.[256] Das Verständnis des Verhältnisses zwischen staatlichem Recht und Familie im ausgehenden 19. Jahrhundert spiegelt sich in der zeitgenössischen Beschreibung der ehelichen Familie durch den Juristen *Freudenstein* sehr anschaulich wieder:

> „Wenn das Wesen der Familie Innigkeit ist; wenn sie selbst für ihre Glieder der Boden individueller Sittlichkeit ist, so hat sie ihr Gesetz nach innen und ist sich selbst ein Gesetz. Das bürgerliche Recht kann für das innere Gebiet nur die Bedingungen wahren und es greift nur dann ein, wo die Familie aufhört, gerade dieses zu sein, wo ihre Glieder mit öffentlichen Einrichtungen sich berühren, wie z.B. im Testament, in der Vormundschaft oder in der Ehescheidung.“[257]

Mit dieser Begründung des Schutzes der internen Familie vor dem Staat wurde die rechtlose Stellung der Frauen in der Ehe gerechtfertigt. Es wurde davon ausgegangen, dass der Schutz durch den Ehemann aufgrund der als liebevoll vorausgesetzten Beziehung der Ehegatten zueinander für die Frau ausreichend sei. Diese staatliche Haltung basierte auf der damals vorherrschenden bürgerlichen Vorstellung von der Ehe als „Liebesehe“. Die Liebesehe, d.h. das verklärte Ideal der auf einer Liebe aufbauenden Ehe wird von der modernen historischen Forschung als Erfindung des 18. Jahrhunderts beschrieben. Bis dahin waren es in erster Linie wirtschaftliche Gründe gewesen, die für eine Eheschließung entscheidend waren.[258]

---

[256] SCHRÖDER, Hannelore: Die Rechtlosigkeit der Frau im Rechtsstaat, 1979, S. 57

[257] FREUDENSTEIN, G.: Der pecuniäre Contract in der Ehe und andere Bestimmungen des deutschen Rechts über Mitgift, Eherecht, Ehescheidung, etc., 1884, S. 1

[258] DIENEL, Christiane: Familienpolitik - Eine praxisorientierte Gesamtdarstellung der Grundlagen, Handlungsfelder und Probleme, 2002, S. 12

Erst im Jahr 1919 erfolgte mit Inkrafttreten der Weimarer Reichsverfassung (WRV) erstmals die Anerkennung der Frau als Staatsbürgerin und damit einhergehend zumindest die formale Gleichberechtigung beider Geschlechter in der Ehe. Die insoweit einschlägige Vorschrift des Art. 119, S. 1 und 2 WRV lautete:

> „Die Ehe steht als Grundlage des Familienlebens und der Erhaltung und Vermehrung der Nation unter dem besonderen Schutz der Verfassung. Sie beruht auf der Gleichberechtigung beider Geschlechter. [...]"

Allerdings erfolgte diese formale Gleichberechtigung unter Beibehaltung der aus historischen Gründen patriarchal ausgerichteten einfachen Gesetze (z.B. BGB-1900, StGB-1871) so dass sich zunächst faktisch nichts daran änderte, dass ein Mann grundsätzlich eine bessere Rechtsposition als eine Frau inne hatte.[259] Insbesondere das BGB von 1900 enthielt zahlreiche Regelungen, die verheiratete Frauen rechtlich diskriminierten. Dies gilt speziell für das eheliche Güterrecht[260], das de facto dazu führte, dass eine verheiratete Frau, auch wenn sie über eigenes Vermögen verfügte, in ökonomischer Abhängigkeit von ihrem Ehemann lebte.[261] Zwar stand dem Mann gegenüber seiner Ehefrau in Deutschland (außer in Bayern) kein Züchtigungsrecht zu[262], er durfte aber als Gegenstück zu seinem Auftrag des Schutzes und der Fürsorge *„einen gewissen Gehorsam"* fordern (z.B. konnte er verlangen, dass die Ehefrau seine Wohnung teilte[263] und hatte Anspruch auf den durch die Ehefrau erwirtschafteten Erwerb). Wie die Ehegatten intern die Haushaltsführung regelten, war der Individualvereinbarung zwischen den Partnern überlassen. Das Recht, die Familie nach außen zu vertreten stand allerdings allein dem Hausherrn zu.[264]

Dieses Eherecht, dass als Leitbild die durch den Ehemann wirtschaftlich versorgte Hausfrau und Mutter voraussetzt, entsprach nicht den realen Verhältnissen beim überwiegenden Teil der Bevölkerung. Tatsächlich war bereits im Untersuchungszeitraum

---

[259] SCHRÖDER, Hannelore: Die Rechtlosigkeit der Frau im Rechtsstaat, 1979, S. 55, 56

[260] Z.B.: Besitz, Verwaltung und Nutznießung des Ehemannes in Bezug auf das Vermögen der Frau (§§ 1363, 1373 BGB-1900), Unwirksamkeit einseitiger Rechtsgeschäfte der Frau über in die Ehe eingebrachtes Gut ohne Einwilligung des Ehemannes (§ 1398 BGB-1900). Auch konnte der Ehemann z.B. ein von seiner Frau eingegangenes Arbeitsverhältnis mit vormundschaftsgerichtlicher Ermächtigung kündigen, wenn die Tätigkeit der Frau „die ehelichen Interessen beeinträchtigt" (§ 1358 BGB-1900)

[261] BLASIUS, Dirk: Ehescheidung in Deutschland 1794-1945, 1987, S. 181-182

[262] Bei körperlichen Übergriffen innerhalb der Ehe wurde für der Schutz des angegriffenen Ehepartners und die Bestrafung des Angreifers auf die allgemeinen Strafgesetze verwiesen, eine entsprechende eherechtliche Regelung existierte im Regelfall nicht.

[263] Dieses Recht konnte ggf. auch durch gerichtliche Klage geltend gemacht werden, allerdings wurde ein stattgebendes Urteil im Regelfall nicht durch Rückführung der Ehefrau vollstreckt, sondern es wurden lediglich „Bestrafungen" festgesetzt. Wurden die Bestrafungen hingenommen, so lief die Klage des Ehemannes auf Rückkehr der Frau in die Ehewohnung mangels Vollstreckbarkeit ins Leere.

[264] FREUDENSTEIN, G.: Der pecuniäre Contract in der Ehe und andere Bestimmungen des deutschen Rechts über Mitgift, Eherecht, Ehescheidung, etc., 1884, S. 6-7

die Frauenerwerbsbeteiligung hoch. Sie lag im Kaiserreich ungefähr bei einem Drittel, dieser Anteil veränderte sich bis 1925 nur unwesentlich[265]. Zwar stieß die Verherrlichung der Frau als Mutter Anfang des 20. Jahrhunderts auf breite gesellschaftliche Zustimmung[266], die Idealisierung der Mutterrolle wurde aber bewusst als ideologisches Gegenbild zu den damaligen Realitäten durchgeführt, wozu Probleme wie Geburtenrückgang, Abtreibung und das Bild der emanzipierten, kinderlosen ‚neuen' Frau gehörten.[267]

2.1.1.1.3. Recht der Ehescheidung

Das Recht der Ehescheidung war im Gebiet des Kaiserreiches bis zum Inkrafttreten des BGB am 01.01.1900 nicht einheitlich geregelt. In allen Rechtsordnungen galt jedoch der Grundsatz, dass die Ehe auf Lebenszeit geschlossen wurde und dementsprechend als unauflöslich angesehen werden musste. Hierzu heißt es bei *Freudenstein:*

> „Die Ehe ist kein kündbarer Vertrag, sondern eine Ordnung, welche über dem Einzelnen steht und ihren Bestand nicht in dem wechselnden Belieben gründet."[268]

Demzufolge wurde die Ehescheidung grundsätzlich abgelehnt, aber dennoch von den verschiedenen Rechtsordnungen im Interesse des am Scheitern der Ehe unschuldigen Ehegatten zugelassen.[269] Die anerkannten Scheidungsgründe variierten, je nach für die Ehegatten gültiger Rechtsordnung. Insbesondere war umstritten, ob nach Eheschließung unverschuldet eingetretene Umstände, wie z.B. Geisteskrankheit eines Ehegatten oder Impotenz, als Scheidungsgrund anzuerkennen waren.[270] Einigkeit bestand demgegenüber auch schon vor Einführung des reichseinheitlichen Scheidungsrechts durch das BGB-1900 bei der Zulässigkeit der aus dem katholischen Kirchenrecht übernommenen Scheidungsgründe Ehebruch (hierzu zählte auch die Lebensnachstellung) und bösliche Verlassung. Je nach der für die Ehegatten gültigen Rechtsordnung konnte ggf. auch einer der folgenden Scheidungsgründe geltend gemacht werden: Verurteilung eines Ehegatten zu schmachvoller Freiheitsstrafe, lebensgefährliche Misshandlung durch den anderen Ehegatten, Verweigerung der ehelichen Pflicht, Hass

---

[265] DIENEL, Christiane: „Das 20. Jahrhundert (I) - Frauenbewegung, Klassenjustiz und das Recht auf Selbstbestimmung der Frau", in: JÜTTE, Robert (Hg.): Geschichte der Abtreibung - Von der Antike bis zur Gegenwart, 1993, S. 141

[266] Z.B. setzte sich zwischen 1922 und 1930 der Muttertag als nationale Institution durch.

[267] DIENEL, Christiane: „Das 20. Jahrhundert (I) - Frauenbewegung, Klassenjustiz und das Recht auf Selbstbestimmung der Frau", in: JÜTTE, Robert (Hg.): Geschichte der Abtreibung - Von der Antike bis zur Gegenwart, 1993, S. 141-142

[268] FREUDENSTEIN, G.: Der pecuniäre Contract in der Ehe und andere Bestimmungen des deutschen Rechts über Mitgift, Eherecht, Ehescheidung, etc., 1884, S. 23

[269] FREUDENSTEIN, G.: Der pecuniäre Contract in der Ehe und andere Bestimmungen des deutschen Rechts über Mitgift, Eherecht, Ehescheidung, etc., 1884, S. 23

[270] FREUDENSTEIN, G.: Der pecuniäre Contract in der Ehe und andere Bestimmungen des deutschen Rechts über Mitgift, Eherecht, Ehescheidung, etc., 1884, S. 24

und Feindschaft, Verhinderung der Zeugung und Abtreibung der Leibesfrucht, Unkeuschheit wider die Natur, jede Verletzung der ehelichen Treue, einfache Gefängnisstrafe, Beschuldigung wegen Verbrechens, Unverträglichkeit, Unfruchtbarkeit der Frau, Impotenz des Mannes, Wahnsinn, Unkeuschheit mit anderen vor der Ehe, ansteckende Krankheit, lasterhafte Lebensweise, Völlerei und Verschwendung, schimpfliches Gewerbe, Abfall vom Glauben, gegenseitige Einwilligung in die Scheidung (insbes. bei kinderloser Ehe), Doppelehe, Betrug bei Eingehung der Ehe.[271]

Mit Inkrafttreten des BGB wurde schließlich ein reichseinheitliches Scheidungsrecht eingeführt, dessen Grundprinzip darauf beruhte, dass in jedem Fall (Ausnahme: Geisteskrankheit) in einem Scheidungsprozess das Verschulden eines Ehepartners festgestellt werden musste, damit eine Scheidung ausgesprochen werden konnte. Insbesondere eine ggf. erforderliche Feststellung der Verletzung intimer ehelicher Pflichten führte in der Regel zu einer unangemessenen und für die Eheleute äußerst peinlichen Behandlung ihres Sexuallebens vor Gericht.[272]

Die Frage, ob eine Ehescheidung wegen Wahnsinns zulässig sein sollte oder nicht, wurde in den abschließenden Debatten des Reichstages nochmals detailliert diskutiert. Anhand dieser Debatte lässt sich sehr schön das Eheverständnis des BGB in der damals gültigen Fassung herausarbeiten: Die Ehe wurde nach wie vor in enger Anlehnung an kirchliche Wertvorstellungen als grundsätzlich unauflösliche, sittliche Gemeinschaft von Mann und Frau angesehen. Dementsprechend drehte sich die Debatte um den Scheidungsgrund des Wahnsinns um grundlegende ideologische Fragen wie die Bewältigung von *„tiefstem familiären Unglück“* und den Umgang mit *„göttlicher Prüfung“* in der Ehe.[273] Zu den vom BGB 1900 eingeführten materiellen Regelungen des reichseinheitlichen Scheidungsrechts heißt es bei *Blasius*:

> „Das Familienrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches, das die großen Reformschübe der 70er Jahre (Zivilehe) bestätigte, war im Bereich der Ehescheidung von antireformerischer Ausrichtung. Es hat die ‚Würde der Ehe‘ weder bewahren noch ihr ‚Ansehen‘ heben können; dafür aber hat es die Scheidung in vielem würdeloser gemacht und für die Betroffenen oft unerträgliche soziale und emotionale Grenzsituationen heraufbeschworen. Im Scheidungsbereich verkörperte die Rechtsordnung des Bürgerlichen Gesetzbuchs das strenge Modell einer ‚säkularisierten Verschuldensscheidung‘. Der Verschuldensbegriff, der ursprünglich zusammen mit verwandten Begriffen wie Schuld, Sühne, Buße und Umkehr in einem religiösen Kontext gestanden hatte, wurde zum Leitbegriff des verweltlichten Ehescheidungsrechts. [...] Das bürgerliche Gesetzbuch eliminierte in den übrigen Ehescheidungsgründen (neben der verschuldensunabhängigen Scheidung wegen Geisteskrankheit) die scheidungsoffenen Regelungen des altpreußischen und des rheinpreußischen Rechts. Ehebruch (§1565), Lebensnachstellung (§ 1566) und bösliche Verlassung (§ 1567) waren auch schon in der älteren Rechtsordnung die „absoluten“

[271] FREUDENSTEIN, G.: Der pecuniäre Contract in der Ehe und andere Bestimmungen des deutschen Rechts über Mitgift, Eherecht, Ehescheidung, etc., 1884, S. 25-26

[272] BLASIUS, Dirk: Ehescheidung in Deutschland 1794-1945, 1987, S. 152

[273] BLASIUS, Dirk: Ehescheidung in Deutschland 1794-1945, 1987, S. 143

> Scheidungsgründe gewesen; für sie hatte das Schuldprinzip feste Geltung besessen. Nun aber wurde es auch auf einen neugefassten ‚relativen' Scheidungsgrund übertragen, der ‚theoretisch wie praktisch der eigentliche Scheidungstatbestand des BGB' war: ‚Ein Ehegatte kann auf Scheidung klagen, wenn der andere Ehegatte durch schwere Verletzung der durch die Ehe begründeten Pflichten oder durch ehrloses oder unsittliches Verhalten eine so tiefe Zerrüttung des ehelichen Verhältnisses verschuldet hat, daß dem Ehegatten die Fortsetzung der Ehe nicht zugemutet werden kann. Als schwere Verletzung der Pflichten gilt auch die grobe Misshandlung.' (BGB, 1568)."[274]

Die stete Steigerung der Scheidungsraten in Deutschland nach Erlass des BGB-1900 zeigte, dass sich der angestrebte Zusammenhalt der Familie mit rechtspolitischen Mitteln wie der Verschärfung des Scheidungsrechts nicht erzwingen ließ.[275] In Preußen, das im Reich mit die höchsten Scheidungsraten aufwies, wurden z.B. im Zeitraum vom 1905 bis 1913 pro Jahr durchschnittlich 8.985 Ehen geschieden, im Zeitraum von 1919 bis 1922 durchschnittlich 21.189 Ehen pro Jahr und im Jahr 1929 bereits 25.267.[276] Zum Scheitern der staatlichen Eheerhaltungsstrategie mittels strenger Regelungen zur Ehescheidung nimmt *Blasius* wie folgt Stellung:

> Der im Verschuldensgrundsatz des Bürgerlichen Gesetzbuchs zum Ausdruck kommende Eheerhaltungs-Rigorismus hat kaum Ehen „halten" können, deren menschliche Substanz verbraucht war, und in denen es kein Zusammenleben mehr, sondern nur noch ein beziehungsloses und sinnentleertes Nebeneinanderherleben gab. Die Scheidungsbewegung, das wird noch zu zeigen sein, konnte mit den Mitteln des Rechts nicht abgestoppt werden; die Scheidungsrechtsprechung dagegen verfiel in immer größerem Umfang einer prozessualen Verlogenheit, die mit der Gesetzespflicht der Gerichte zusammenhing, Schuld rechtlich beweisen zu müssen. Der Schuldspruch in einem Scheidungsprozeß hatte nicht nur eine große gesellschaftliche Wirkung - zukünftige Lebens- und Berufschancen konnten erheblich gemindert oder gar gänzlich verbaut werden; auch die Unterhaltsregelung und weitgehend das Sorgerecht für die gemeinsamen Kinder hingen von der Schuldfeststellung des Gerichts ab. Das Bürgerliche Gesetzbuch hielt auch im Bereich der Scheidungsfolgen mit äußerster Strenge an den „strengen" Grundsätzen seines Scheidungsrechts fest. Im Rechtssystem des Allgemeinen Landrechts war die soziale und ökonomische Stellung der geschiedenen Frau zwar nicht gerade rechtliche privilegiert, aber durch das Recht doch weitgehend geschützt gewesen. Hier brachte das Bürgerliche Gesetzbuch einschneidende Minderungen, die ihre Auswirkungen auf das Scheidungsverhalten der Frauen gehabt haben dürften."[277]

Während der Weimarer Republik wurde immer wieder eine Reform des Scheidungsrechts und speziell die Notwendigkeit der Einführung eines Zerrüttungsprinzips diskutiert. Eine solche Reform scheiterte aber letztendlich am Widerstand der Zentrumspartei, der durch die rigorose Haltung der christlichen Kirche in diesem Punkt verursacht war. Diese Haltung der Kirche wurde insbesondere in der Denkschrift der deutschen Bischöfe vom 08.01.1922 („Vorstellung gegen die Absicht, durch Umgestaltung des § 1568 BGB eine Erleichterung der Ehescheidungen

[274] BLASIUS, Dirk: Ehescheidung in Deutschland 1794-1945, 1987, S. 149-150
[275] BLASIUS, Dirk: Ehescheidung in Deutschland 1794-1945, 1987, S. 155
[276] BLASIUS, Dirk: Ehescheidung in Deutschland 1794-1945, 1987, S. 158, 160
[277] BLASIUS, Dirk: Ehescheidung in Deutschland 1794-1945, 1987, S. 150

herbeizuführen“) an den Reichstag, den Reichsjustizminister und den Vorsitzenden der Zentrumsfraktion im Reichstag anschaulich niedergelegt. Die Denkschrift lehnte die Ehescheidung sowohl aus religiösen, als auch aus rein gesellschaftlichen Motiven mit Nachdruck ab.[278] Mangels einer Reform des Scheidungsrechts bestand die Diskrepanz zwischen Rechts- und Lebensverhältnissen weiterhin: Das Recht folgte nicht der gesellschaftlichen Entwicklung, sondern wurde als Mittel eingesetzt, um den staatlich missbilligten gesellschaftlichen Entwicklungen im familiären Bereich (steigende Scheidungszahlen) entgegenzuwirken. Hierdurch bedingt verlor es den Anschluss an die sich ändernden gesellschaftlichen Wertvorstellungen, die u.a. durch eine Infragestellung des Dogmas der unauflöslichen Ehe geprägt waren.[279]

2.1.1.1.4. Strafrechtliche Regelungen mit Bezug zur Ehe

Die Beachtung bestimmter zivilrechtlichen Regelungen zur Ehe war auch über strafrechtliche Vorschriften abgesichert: Nach § 170 des „Strafgesetzbuches für das Deutsche Reich“ vom 15.05.1871[280] (StGB-1871) war eine arglistige Täuschung über ein gesetzliches Ehehindernis, das den anderen Teil zur Anfechtung der Ehe berechtigte, strafbar, die Tat wurde aber nur auf Antrag verfolgt.[281] § 171 StGB-1871 stellte die Eingehung einer zweiten Ehe neben einer bestehenden Ehe unter Strafe.[282] Auch der Ehebruch war nach § 172 StGB-1871 eine Straftat, wenn wegen des Ehebruchs die Ehe geschieden wurde. Die Strafe war Gefängnis bis zu sechs Monaten, die Strafandrohung richtete sich gegen den schuldigen Ehegatten und die mitschuldige dritte Person, die Tat wurde aber nur auf Antrag verfolgt.[283]

Das Monopol der Ehe auf sexuelle Beziehungen zeigt besonders deutlich die komplementäre Ergänzung der im BGB-1900 über das Scheidungsrecht festgeschriebenen sexuellen ehelichen Pflichten durch die strafrechtlichen Regelungen der §§ 176 und 177 StGB-1871. Die Vorschrift des § 176 Nr. 2 StGB-1871 stellte nur den außerehelichen Beischlaf mit einer Frau unter Strafe, die sich in einem willenlosen oder bewusstlosen Zustand befand oder geisteskrank war. Nach § 177 StGB-1871 war auch nur die Nötigung „einer Frauensperson“ mit Gewalt oder Drohung oder deren Versetzung in einen willenlosen oder bewusstlosen Zustand zum Zwecke des außerehelichen

---

278 BLASIUS, Dirk: Ehescheidung in Deutschland 1794-1945, 1987, S. 169

279 BLASIUS, Dirk: Ehescheidung in Deutschland 1794-1945, 1987, S. 127-128

280 RGBl. S. 127

281 GERLAND, Heinrich: Deutsches Reichsstrafrecht - Ein Lehrbuch, 1932, S. 510

282 FREUDENSTEIN, G.: Der pecuniäre Contract in der Ehe und andere Bestimmungen des deutschen Rechts über Mitgift, Eherecht, Ehescheidung, etc., 1884, S. 5; GERLAND, Heinrich: Deutsches Reichsstrafrecht - Ein Lehrbuch, 1932, S. 509

283 FREUDENSTEIN, G.: Der pecuniäre Contract in der Ehe und andere Bestimmungen des deutschen Rechts über Mitgift, Eherecht, Ehescheidung, etc., 1884, S. 5; GERLAND, Heinrich: Deutsches Reichsstrafrecht - Ein Lehrbuch, 1932, S. 507-509

Beischlafs strafbar.[284] Eine unter Eheleuten begangene, vollendete Erzwingung von Geschlechtsverkehr konnte daher nicht als Vergewaltigung (damals als „Notzucht" bezeichnet), sondern „nur" als Nötigung bestraft werden.[285] Lediglich die nach § 176 Nr. 1 StGB strafbare Nötigung einer Frau zur Duldung unzüchtiger Handlungen mittels Gewalt oder Drohung konnte auch durch einen Ehemann an seiner Ehefrau begangen werden.[286]

Auch die Vorspiegelung falscher Tatsachen (z.B. die Vorspiegelung einer Eheschließung oder die Vorspiegelung, der Ehemann zu sein), zu dem Zwecke, dass eine Frau den Beischlaf in dem Glauben gestattete, dieser sei ehelich, war strafbar (§ 179 StGB-1871).[287]

Das zeitgenössische Verständnis in Bezug auf ein Recht des Staates zur Regelung von den Geschlechtsverkehr betreffenden Vorgängen (damals war z.B. auch noch die sog. *„widernatürliche Unzucht"* von Menschen mit Tieren strafbar) lässt sich sehr gut anhand der Ausführungen von *Gerland* zu Sittlichkeitsverbrechen (wie sie z.B. in den bereits vorgestellten §§ 176, 177 und 179 StGB-1871 geregelt sind) illustrieren:

> „Unter den Sittlichkeitsverbrechen sind diejenigen Handlungen zu verstehen, die sich auf die Betätigung des Geschlechtstriebes des Einzelnen direkt oder indirekt beziehen. Die unsittliche Handlung ist dabei die der gesetzlichen Regelung des Geschlechtsverkehrs widersprechende Handlung. Es wird mithin durch die Normen des Rechts ein Zustand sexuellen Verhaltens der Geschlechter zueinander geboten, der selbstverständlich durch die sittlichen Vorstellungen der Zeit weitgehend beeinflußt wird. Er ist das Objekt der Sittlichkeitsverbrechen, wobei hervorzuheben ist, daß nicht nur die unsittliche Handlung als solche, sondern auch die die Unsittlichkeit fördernde, die Sittlichkeit gefährdende Handlung unter bestimmten Voraussetzungen mit Strafe verbunden ist. [...] Wenn nun auch [...] zugleich ein Angriff auf die geschlechtliche Integrität oder Selbstbestimmung des Einzelnen gegeben ist, so ist das Entscheidende doch auch bei diesen Sittlichkeitsverbrechen ihre Richtung gegen die im Gesamtinteresse vom Gesetz durchgeführte und angeordnete Regelung des Geschlechtsverkehrs, die die Reinhaltung, ja die Erhaltung des Gemeinschaftslebens als solches bezweckt. So betrachtet erscheinen alle Sittlichkeitsverbrechen als gegen die Gesamtheit gerichtet."[288]

Hier wird eindeutig ein Recht des Staates auf Regelung des Geschlechtslebens seiner Bürger durch Schaffung eines *„Zustandes sexuellen Verhaltens der Geschlechter zueinander"* anerkannt, das mit dem Interesse an der Erhaltung und Reinhaltung des Gemeinschaftslebens begründet wird. Die sexuelle Selbstbestimmung des Einzelnen wird demgegenüber als nachrangig angesehen.

[284] DALCKE, A.: Strafrecht und Strafprozeß, 1879, S. 268-269; DAUDE, Paul: Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich vom 15. Mai 1871 mit den Entscheidungen des Reichsgerichts, 1901, S. 159

[285] GERLAND, Heinrich: Deutsches Reichsstrafrecht - Ein Lehrbuch, 1932, S. 408-409

[286] DAUDE, Paul: Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich vom 15. Mai 1871 mit den Entscheidungen des Reichsgerichts, 1901, S. 159, Fußnote Nr. 3 (unter Berufung auf Urteil 22/1 83, A. 7, 219)

[287] DALCKE, A.: Strafrecht und Strafprozeß, 1879, S. 269

[288] GERLAND, Heinrich: Deutsches Reichsstrafrecht - Ein Lehrbuch, 1932, S. 405-406

Als Ergebnis der Untersuchung strafrechtlicher Regelungen in Bezug auf Ehe und Sexualverhalten wird deutlich, dass dem Staat ein Recht auf Regelung des Geschlechtslebens seiner Bürger zuerkannt wurde. Der Institution der bürgerlich-rechtlichen Ehe als staatlich anerkannter äußerer Rahmen zur Ausübung des „natürlichen" Geschlechtsverkehrs wurde ein besonderer Schutz durch das Strafrecht zuteil. Die geschilderten strafrechtlichen Regelungen spiegeln eindeutig die Vorstellung des Gesetzgebers wieder, dass der Beischlaf und die hiermit ggf. verbundene Fortpflanzung ausschließlich innerhalb der Ehe stattfinden sollten.

2.1.1.1.5. Zusammenfassung und Bewertung der eherechtlichen und der hiermit korrespondierenden strafrechtlichen Regelungen in Bezug auf die staatliche Haltung zur Fortpflanzung

Die Ausgestaltung des Eherechts, insbesondere des Rechts der Eheschließung, der Rechtsstellung der Ehegatten untereinander und des Scheidungsrechts, lässt den eindeutigen Rückschluss zu, dass die menschliche Fortpflanzung dem äußeren Rahmen einer bürgerlich-rechtlichen Ehe vom Staat zugewiesen wurde. Die positive Fortpflanzungsentscheidung verheirateter Personen (miteinander) war dementsprechend vom Staat gebilligt und erwünscht.

Die rechtliche Festlegung sexueller ehelicher Pflichten, bei gleichzeitiger Schaffung von Sanktionsmöglichkeiten bei Verweigerung solcher Pflichten (Scheidung) und der strafrechtlichen Privilegierung des erzwungenen ehelichen Beischlafs, lässt Rückschlüsse darauf zu, wie die Rechtsordnung die Rechtsposition der Ehepartner im Verhältnis untereinander in Bezug auf die Tätigkeit Fortpflanzung eingestuft hat: Der eheliche Geschlechtsverkehr wird als integraler Bestandteil der Ehe angesehen, keiner der Partner hatte das Recht, dem anderen den ehelichen Beischlaf zu verweigern. Dauerhafte Verweigerung des ehelichen Beischlafes oder körperliche Unfähigkeit zum Beischlaf wegen Erkrankung waren ein anerkannter Scheidungsgrund. Nun führt der eheliche Beischlaf zwar nicht immer zur Fortpflanzung, dem kann z.B. durch Einsatz von Verhütungsmitteln begegnet werden, er war aber zum damaligen Zeitpunkt unabdingbare Voraussetzung der Fortpflanzung und diente auch diesem Zweck. Selbst der Einsatz von Verhütungsmitteln konnte nicht mit absoluter Sicherheit die Entstehung eines Kindes verhindern. Daher wurde einem Ehegatten im Verhältnis zum anderen Ehegatten nicht das Recht eingeräumt, frei darüber zu entscheiden, ob er die zur Tätigkeit Fortpflanzung erforderlichen Handlungen (Geschlechtsverkehr) vornehmen will oder nicht. Der einzelne Ehepartner hatte also ab der Eheschließung gegenüber dem anderen Ehepartner kein vom Staat anerkanntes Recht, eine negative Fortpflanzungsentscheidung zu treffen.

2.1.1.2. Recht der nichtehelichen Mutter und des nichtehelichen Kindes

Trotz des Grundkonzeptes, dass menschliche Fortpflanzung ausschließlich in der Ehe statt finden sollte, kam es zwischen 1871 und 1933 häufig zu nichtehelichen Geburten.[289] Es war nicht straf- oder polizeirechtlich verboten, sich außerhalb der Ehe fortzupflanzen. Die nichteheliche Fortpflanzung führte lediglich zu vielfältigen rechtlichen (insbes. familienrechtlichen) und gesellschaftlichen Diskriminierungen, in der Regel ausschließlich für die nichteheliche Mutter und das Kind. In der rechtlichen Handhabung des Phänomens der außerehelichen Fortpflanzung haben sich die unterschiedlichen, vor dem BGB-1900 im Kaiserreich gültigen Rechtsordnungen des gemeinen Rechts und des ALR extrem voneinander unterschieden, ihre Grundregelungen sind deshalb nachfolgend kurz dargestellt. Es ist an dieser Stelle erforderlich, auch die Zeit vor 1871 in die Darstellung einzubeziehen, da einige entscheidende Wertentscheidungen für den Wandel des Nichtehelichenrechts bereits im Laufe des 19. Jahrhunderts getroffen wurden und diese Entwicklung sich im Untersuchungszeitraum fortsetzte.

In der **gemeinrechtlichen** Praxis des 19. Jahrhunderts lassen sich folgende Grundaussagen des Nichtehelichenrechts festhalten: Mit der Mutter und ihrer Familie war das illegitime Kind wie ein eheliches verwandt. Der Vater war nur dann alimentationspflichtig, wenn die Vaterschaft durch freiwilliges Anerkenntnis oder gerichtlich festgestellt war. Bei Vaterschaftsklage galt die Vaterschaftsvermutung bei Nachweis der Lebendgeburt und des Beischlafs während der Empfängniszeit (üblicherweise 180 bis 300 Tage vor der Geburt). Die Zulässigkeit der anspruchsausschließenden Mehrverkehrseinrede (d.h. der Einrede, die Mutter habe während der Empfängniszeit mit mehreren Männern Geschlechtsverkehr gehabt) war strittig, wurde aber im Interesse der Sicherung des Kindesunterhaltes von der herrschenden Meinung abgelehnt.[290]

Nach dem **ALR** hatte die außerehelich geschwängerte Frau ursprünglich einen Entschädigungsanspruch und das Kind einen Unterhaltsanspruch (Verpflegung und Erziehung) gegen den außerehelichen Vater (ALR II, 1. T., 11, § 1027). War der Frau die Ehe versprochen worden, so sollte ihr durch Richterspruch, obwohl sie nie verheiratet gewesen war, der rechtliche Statuts einer unschuldig geschiedenen Ehefrau eingeräumt werden. Dieser Stellung durfte sie sich nicht nur gegenüber dem Kindsvater, sondern auch in ihrem bürgerlichen Leben berühmen. Gleichzeitig wurden in diesem Fall die Kinder als *„in rechtmäßiger Ehe gezeugt“* angesehen, allerdings waren sie ehelichen Kindern nicht völlig gleichgestellt. Die Durchsetzbarkeit dieser Ansprüche von Mutter und Kind wurde dadurch abgesichert, dass eine Reihe von gesetzlichen Vermutungen und

---

[289] vgl. zur nichtehelichen Reproduktion in Preußen im 19. Jahrhundert: HARMS-ZIEGLER, Beate: Illegitimität und Ehe - Illegitimität als Reflex des Ehediskurses in Preußen im 18. und 19. Jahrhundert, 1991, S. 387 ff.

[290] HARMS-ZIEGLER, Beate: Illegitimität und Ehe - Illegitimität als Reflex des Ehediskurses in Preußen im 18. und 19. Jahrhundert, 1991, S. 287-289

prozessrechtlichen Vorschriften das rechtlich relevante Bestreiten der Vaterschaft vor Gericht erschwerte.[291] Dieser nichtehelichenfreundliche Kurs wurde in Preußen 1854 aufgegeben. Mit dem „Gesetz betreffend die Abänderungen des Abschnitts 11. Titel 1. Theil II. und des Abschnitts 9. Titel 2. Theil II des Allgemeinen Landrechts“ vom 24.04.1854 wurden die Ansprüche lediger Mütter und nichtehelicher Kinder umfassend neu geregelt und deutlich verschlechtert.[292] Insbesondere wurde die vorher in § 597 II, 2 ALR enthaltene Legitimation von sog. „Brautkindern“ (nach förmlichem Verlöbnis, aber ohne anschließende Eheschließung gezeugte Kinder) aufgehoben. Vorher bestand die Möglichkeit, durch gerichtliche Erklärung des Vaters diese Kinder als eheliche Kinder anzuerkennen, ohne dass eine Eheschließung mit der Mutter erfolgen musste.[293] Insbesondere wurde durch dieses Gesetz auch die Mehrverkehrseinrede und die Einrede der „Bescholtenheit“ der Mutter zugelassen. Von diesen Einreden wurde im Vaterschafts- und Unterhaltsprozess im Regelfall zumindest eine erhoben. Dies führte selbst seitens der Gerichte zu zahlreichen Klagen über das neue Nichtehelichenrecht. Die Gerichte, die das neue Recht in der täglichen Praxis anwenden mussten, stellten wiederholt fest, dass *„die Untersuchung des Lebenswandels der Geschwächten zu den schmutzigsten Erörterungen führt“*.[294] Nach *Harms-Ziegler* hat sich die Gesetzgebung bei der Novellierung des Illegitimenrechts des ALR im Jahr 1854 unter einem liberalistischen Vorwand von sozialer Verantwortung, sowie von der Idee von Gerechtigkeit und Billigkeit losgesagt:

> „Der angebliche Nicht-Interventionismus verdeckte kaum die eigentliche Motivationslage: Die Illegitimen erschienen der bürgerlichen Familie als äußerer Feind, der ihre ideologische und ökonomische Geschlossenheit bedrohte und den Traum der in der Liebesehe integrierten Sexualität desavouierte. Wenn der Versuch der Resakralisierung in der sonstigen Eherechtsreform (z.B. in der Frage der Scheidung und der Zivilehe) auch scheiterte: Zumindest das Nichtehelichenrecht fiel im Bemühen, das institutionelle Ordnungsmodell der Ehe durchzusetzen, als Vorgriff der geplanten Eherechtsreform hinter die normativen Errungenschaften einer aufklärerischen, praktischen Humanität des ALR zurück.“[295]

Das BGB-1900 hat die schlechte rechtliche Stellung nichtehelicher Mütter und Kinder übernommen. Insbesondere regelte § 1717 BGB in der Fassung vom 01.01.1900 die Zulässigkeit der Mehrverkehrseinrede.[296] Erst in der Zeit der Weimarer Republik war eine Reform des BGB in Bezug auf die Verbesserung der Rechtsstellung nichtehelicher

---

[291] BLASIUS, Dirk: Ehescheidung in Deutschland 1794-1945, 1987, S. 100

[292] HARMS-ZIEGLER, Beate: Illegitimität und Ehe - Illegitimität als Reflex des Ehediskurses in Preußen im 18. und 19. Jahrhundert, 1991, S. 305 ff.

[293] HARMS-ZIEGLER, Beate: Illegitimität und Ehe - Illegitimität als Reflex des Ehediskurses in Preußen im 18. und 19. Jahrhundert, 1991, S. 207, 306-307

[294] BLASIUS, Dirk: Ehescheidung in Deutschland 1794-1945, 1987, S. 110-111

[295] HARMS-ZIEGLER, Beate: Illegitimität und Ehe - Illegitimität als Reflex des Ehediskurses in Preußen im 18. und 19. Jahrhundert, 1991

[296] HARMS-ZIEGLER, Beate: Illegitimität und Ehe - Illegitimität als Reflex des Ehediskurses in Preußen im 18. und 19. Jahrhundert, 1991, S. 309

Kinder[297] vorgesehen. Man hielt dies nicht nur unter Gerechtigkeitsaspekten für erforderlich, Art. 121 WRV[298] enthielt auch eine entsprechende Aufforderung zur Schaffung rechtlicher Gleichheit von Kindern ohne Ansehung des zivilrechtlichen Status ihrer Eltern. Es kam aber nicht mehr zur Verabschiedung dieses Gesetzes vor 1933.[299]

Bei der Betrachtung des Nichtehelichenrechts im 19. Jahrhundert und Anfang des 20. Jahrhunderts fällt auf, dass die Entwicklung dieses Rechtsbereichs kontinuierlich zu einer Schlechterstellung von nichtehelicher Mutter und nichtehelichem Kind geführt hat. Maßgebliche Ursache und gleichzeitig Rechtfertigungsgrund hierfür war das staatliche Leitbild des Ehe- und Familienverbandes als erwünschtes Umfeld der Fortpflanzung. Entsprechend diesem kirchlich-konservativen Wertbild wurden die familien- und erbrechtlichen Schranken, die im Verhältnis zwischen dem nichtehelichen Kindsvater auf der einen Seite und nichtehelichem Kind und seiner Mutter auf der anderen Seite errichtet wurden, immer höher.[300] Diese Entwicklung, die ideologische Ziele in bewusster Missachtung der tatsächlichen Gegebenheiten in Form allgemeingültiger Rechtsnormen erließ, um damit das Verhalten der Bevölkerung auf diese ideologischen Ziele hin auszurichten, war nicht von Erfolg gekrönt: Es kam weder zu einer Vermeidung des außerehelichen Geschlechtsverkehrs, noch zur Verhinderung seiner Folgen, nämlich der Geburt nichtehelicher Kinder. *Blasius* bewertet diesen Vorgang der systematischen rechtlichen Schlechterstellung nichtehelicher Mütter und ihrer Kinder wie folgt:

> „Dieser, zumeist wenig beachtete, Vorgang gehört mit in die Gründungsgeschichte der bürgerlichen Familie; er wirft ein fahles Licht auf den Mythos ihres Siegeszuges aus eigener Kraft.“[301]

Es ist auch davon auszugehen, dass die rechtliche Schlechterstellung der nichtehelichen Mutter sich als ein Faktor in Bezug auf Gesundheit und Lebenserwartung des Kindes ausgewirkt hat: Bei nichtehelichen Kindern war gegenüber den ehelich geborenen Kindern die Sterblichkeitsrate im Säuglingsalter deutlich erhöht, was nicht durch biologisch-genetische, sondern in erster Linie durch soziale Unterschiede begründet war. Solche soziologischen Faktoren waren z.B. Tötung durch die nichteheliche Mutter oder Beauftragte, Armut der nichtehelichen Mutter mit der Folge von schlechten Wohnverhältnissen, schlechter Ernährung und schlechter medizinischer Versorgung, Verminderung des Stillens und Vernachlässigung der Kinder wegen notwendiger außerhäusiger Erwerbstätigkeit der nichtehelichen Mutter, Unterbringung des Kindes in

---

[297] „Entwurf eines Gesetzes über die unehelichen Kinder und die Annahme an Kindesstatt“ von 1924/25

[298] Art. 121 WRV hatte insoweit folgenden Wortlaut: „Den unehelichen Kindern sind durch die Gesetzgebung die gleichen Bedingungen für ihre leibliche, seelische und gesellschaftliche Entwicklung zu schaffen wie den ehelichen Kindern.“

[299] BLASIUS, Dirk: Ehescheidung in Deutschland 1794-1945, 1987, S. 179

[300] BLASIUS, Dirk: Ehescheidung in Deutschland 1794-1945, 1987, S. 99

[301] BLASIUS, Dirk: Ehescheidung in Deutschland 1794-1945, 1987, S. 99

Pflegefamilien und Tötung oder Vernachlässigung mit Todesfolge durch die Pflegeeltern. Dabei war die unzulängliche finanzielle Ausstattung der Mutter nicht der allein entscheidende Faktor für die erhöhte Säuglingssterblichkeit. Auch aufgrund der Diffamierung der nichtehelichen Geburt, nicht zuletzt auch durch den Gesetzgeber, wurde die pflegerelevante, mentale Einstellung der Mutter negativ beeinflusst. Im Ergebnis erfolgte die Durchsetzung familienpolitischer Ziele (Stärkung der ehelichen Geburt) in erheblichem Umfang auf Kosten der nichtehelichen Kinder.[302]

In der rechtlichen Diskriminierung von nichtehelicher Mutter und nichtehelichem Kind liegt nur ein mittelbarer staatlicher Eingriff in die Fortpflanzung. Da dieser zum Ziel hatte, unverheiratete Personen an der Fortpflanzung zu hindern oder zumindest abzuschrecken, kann davon ausgegangen werden, dass eine positive Fortpflanzungsentscheidung unverheirateter Personen vom Staat nicht gebilligt wurde.

2.1.1.3. Die nichteheliche Lebensgemeinschaft (sog. „Konkubinat“)

Ein explizites Recht der nichtehelichen Lebensgemeinschaft hat es im Untersuchungszeitraum nicht gegeben. Vielmehr wurde der rechtliche Rahmen, in dem sich die nichteheliche Lebensgemeinschaft bewegte, zum einen durch zivilrechtliche Heiratshindernisse und zum anderen durch polizeirechtliche Normen bestimmt, ergänzt durch die bereits unter Punkt 2.1.1.2. dargestellten Regelungen der Rechtsstellung nichtehelicher Kinder und ihrer Eltern. Wie beim Nichtehelichenrecht ist es auch beim Recht der nichtehelichen Lebensgemeinschaft erforderlich, zur Darstellung der bis 1933 fortdauernden Rechtsentwicklung auf die Rechtslage ab Beginn des 19. Jahrhunderts einzugehen.

Im Gegensatz zu heute war die nichteheliche Lebensgemeinschaft Anfang des 19. Jahrhunderts in der Regel keine bewusst gewählte „alternative“ Lebensform, sondern aufgrund vorhandener rechtlicher oder ökonomischer Eheschliessungshindernisse oft die einzige Form, in der ein Paar sein Zusammenleben verwirklichen konnte. Zwar wurden im Laufe des 19. Jahrhunderts einige öffentlich-rechtliche Eheschliessungshindernisse (z.B. die Ungleichheit des Standes der Partner) abgeschafft, aufgrund der immer noch vorhandenen Verflechtung von Niederlassungs-, Armen- und Eherecht war dennoch vielen Paaren aufgrund lokaler Rechtsvorschriften auf dem Gebiet des Gemeindebürgerrechts[303] der Weg in die privilegierte Rechtsform einer Ehe ganz oder

[302] HARMS-ZIEGLER, Beate: Illegitimität und Ehe - Illegitimität als Reflex des Ehediskurses in Preußen im 18. und 19. Jahrhundert, 1991, S. 351-355

[303] Z.B. war in den süddeutschen Staaten Baden, Bayern, Hessen-Darmstadt und Württemberg eine Heirat vom Besitz des Gemeindebürgerrechts oder einer förmlichen Niederlassung in der Gemeinde abhängig, die hierfür aufgestellten ökonomischen Hürden waren jedoch für neu hinzuziehende Personen nahezu unüberwindlich. Diese Regelung diente vor allem dem Schutz der ortsansässigen Gewerbebetriebe vor Konkurrenz, sowie der Entlastung der gemeindlichen Armenfürsorge, da nur Gemeindebürger Anspruch auf Armenfürsorge hatten. In Preußen z.B. war die Aufnahmepflicht der Gemeinden und der Anspruch auf Armenpflege anders geregelt, hier genügte für preußische Untertanen die durch die Gemeinden kaum verhinderbare Wohnsitznahme.

zeitweise verschlossen.[304] Mit diesen rechtlichen Eheschließungshindernissen ging eine breite gesellschaftliche Akzeptanz der nichtehelichen Gemeinschaft in den unteren Volksschichten einher, die auch nach dem Wegfall der rechtlichen Schranken fortbestand. Dem stand eine traditionell ablehnende Haltung des Bürgertums zum Konkubinat gegenüber. Hierzu heißt es bei *Blasius*:

> „Die Selbstverständlichkeit, mit der das ‚Concubinat' gelebt wurde, sticht scharf von dem Blickwinkel ab, aus dem es betrachtet wurde. Es war dies der Blickwinkel einer christlichen Moral, die freilich um ihre gesellschaftliche Anerkennung schwer zu ringen hatte. [...] es wäre verfehlt, diese Formen des nichtehelichen Zusammenlebens auf das Gleis einer Unmoral zu stellen, die nichts kennt als die eigene Selbstsucht, und Partner und Kinder dem Elend preisgibt. Genau diese Sichtweise aber scheint im etablierten Bürgertum der kleinen und mittleren Städte im frühen 19. Jahrhundert sehr verbreitet gewesen zu sein. Diese Städte waren noch Zentren ungebrochener Bürgerlichkeit, für die der spätere Modernisierungsvorgang der Gesellschaft mit seiner Umstülpung der menschlichen Lebens- und Arbeitswelt in weiter Ferne lag."[305]

Die Aufhebung der gemeindebürgerrechtlichen Eheschließungsbeschränkungen und die Gewährung der persönlichen und wirtschaftlichen Freizügigkeit erfolgten im Norddeutschen Bund zwischen 1867 und 1869[306], im gesamten Reich erst nach 1871[307]. Nach dieser Aufhebung der polizeirechtlichen Eheschließungshindernisse in den deutschen Staaten kam es zu einer Verlagerung von nichtehelicher Fortpflanzung zu ehelicher Fortpflanzung.[308] Die gesteigerten Eheschließungszahlen, die in Deutschland mit der schrittweisen Abschaffung der Eheschließungshindernisse ab 1860 zu verzeichnen waren, sind allerdings nicht nur durch den Fall rechtlicher Schranken, sondern auch durch die seit Beginn des 19. Jahrhunderts ständig ansteigende rechtliche und soziale Diskriminierung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft verursacht worden. Die Entwicklung der rechtlichen Diskriminierung nichtehelicher Lebensgemeinschaften im Laufe des 19. Jahrhunderts wird am Beispiel Preußens dargestellt, denn besonders die preußische Rechtspraxis hat Traditionen von historischem Gewicht geprägt, denen für den Verlauf der deutschen Rechts- und Sozialgeschichte seit 1871 besondere Bedeutung zukommt.[309] Folgende Entwicklung ist beim polizeirechtlichen Umgang mit der nichtehelichen Lebensgemeinschaft zu beobachten: Noch zu Anfang des 19. Jahrhunderts hatten die preußischen Behörden die aus kirchlichen und konservativen Kreisen immer wieder vorgetragenen Denunziationen gegenüber in „wilder Ehe" lebenden Personen entweder ignoriert oder das geforderte behördliche Einschreiten abgelehnt. Diese Nichtinterventionspolitik wurde damit begründet, dass kein Verstoß gegen die geltenden Gesetze vorliege, sofern das Konkubinat nicht ein öffentliches

304 BLASIUS, Dirk: Ehescheidung in Deutschland 1794-1945, 1987, S. 82-83

305 BLASIUS, Dirk: Ehescheidung in Deutschland 1794-1945, 1987, S. 86-87

306 insbes. durch das „Gesetz über die Aufhebung der polizeilichen Beschränkungen der Eheschließung" vom 04.05.1868

307 BLASIUS, Dirk: Ehescheidung in Deutschland 1794-1945, 1987, S. 84; FREUDENSTEIN, G.: Der pecuniäre Contract in der Ehe und andere Bestimmungen des deutschen Rechts über Mitgift, Eherecht, Ehescheidung, etc., 1884, S. 8-9

308 BLASIUS, Dirk: Ehescheidung in Deutschland 1794-1945, 1987, S. 84

309 BLASIUS, Dirk: Ehescheidung in Deutschland 1794-1945, 1987, S. 85

Ärgernis darstelle (ein solches war nur in Ausnahmefällen gegeben, z.B. wenn eine der im Konkubinat lebenden Personen noch verheiratet war). Diese Haltung änderte sich nach dem Regierungsantritt Friedrich Wilhelms IV im Jahr 1840, der vom bis dahin vertretenen liberalen Reformkurs Preußens auf eine christlich-konservative Politik umschwenkte[310]. In einem Erlass des preußischen Innenministeriums vom 05.07.1841 wird nunmehr zur Frage der Rechtswidrigkeit nichtehelicher Lebensgemeinschaften deutlich restriktiver Stellung genommen:

> „Das polizeiliche Einschreiten gegen Concubinate ist auf die Fälle eines zwischen den beteiligten Personen obwaltenden Ehehindernisses nicht ausschließlich zu beschränken, vielmehr ist eine polizeiliche Verhinderung des Zusammenlebens im Concubinate auch außer den vorbenannten Fällen da vollkommen gerechtfertigt, wo ein solches Verhältnis eine Veranlassung zu einem öffentlichen Anstoße gibt. Letzteres wird allgemein in denjenigen Fällen anzunehmen sein, wo ein außereheliches Beisammenleben von Personen beiderlei Geschlechts sich in notorischen, auch die Bewahrung des äußerlichen Scheines bei Seite setzenden Äußerungen seiner Unsittlichkeit, eben als ein unmoralisches Verhältnis, dem Publikum offenkundig vor Augen stellt. Die nächste Entgegenwirkung hierbei wird allerdings der Regel nach von den Geistlichen, in dem Wege des seelsorgerischen Zuspruchs und der Ermahnung vorzunehmen sein. Wo aber ein solcher Zuspruch des Geistlichen ohne Erfolg bleibt oder wo die beteiligten Personen ihm durch die Art ihres Benehmens die Annäherung als Seelsorger überhaupt verschließen, wird alsdann, auf diesfällige Anzeige des Geistlichen, das Einschreiten von polizeilicher Seite zur Abstellung des anstößigen Verhaltens völlig an seiner Stelle sein.“[311]

Mit diesem Erlass setzte eine Rechtspraxis bei der Verfolgung von Konkubinaten ein, die sich bis Ende des 19. Jahrhunderts in Preußen und in ganz Deutschland etablierte und wie folgt kurz zusammengefasst werden kann: Nach der Ermahnung durch einen Geistlichen erfolgte eine behördliche Anzeige, aufgrund derer zunächst der Bürgermeister und schließlich der Polizeipräsident aktiv wurden. Gegen die ergehenden Stafbescheide stand den Betroffenen, die dies als Übergriff des Staates in ihre private Lebensgestaltung ansahen, der (oft erfolglos eingeschlagene) Rechtsweg offen. Besonders hervorzuheben ist an der Entwicklung der Verfolgung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft der Umstand, dass die ab 1841 durchgeführte polizeiliche Verfolgung nichtehelicher Lebensgemeinschaften aufgrund derselben Rechtsvorschriften erfolgte, für die vorher ein Rechtsverstoß regelmäßig durch die preußischen Behörden abgelehnt worden war. Dies war möglich, weil durch den Erlass des Innenministeriums von 1841 die Auslegung des Begriffs „öffentliches Ärgernis“ in Bezug auf die nichteheliche Lebensgemeinschaft neu und deutlich weiter als bisher festgelegt wurde.

Gegen Ende des 19. Jahrhunderts hatte sich die Verfolgung nichtehelicher Lebensverhältnisse aufgrund polizeirechtlicher Vorschriften (Bewahrung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung durch Beseitigung des „öffentlichen Ärgernisses“ der

---

310 BLASIUS, Dirk: Ehescheidung in Deutschland 1794-1945, 1987, S. 87-89

311 Hauptstaatsarchiv Düsseldorf (Düsseldorf-Kalkum), Regierung Düsseldorf, Nr. 3678, Verfügung des preußischen Ministers des Innern vom 05.07.1841; zit. nach: BLASIUS, S. 92

nichtehelichen Lebensgemeinschaft) im gesamten Deutschen Reich zu einer festen Behördenpraxis entwickelt, die auch nach Inkrafttreten des reichseinheitlichen Strafrechts am 01.01.1872 (StGB-1871) fortgesetzt wurde.[312] Diese Verfolgungspraxis wurde von den Betroffenen, die zum Teil aus ökonomischen oder rechtlichen Gründen gar keine andere Wahl hatten, schlichtweg als bürokratisches Unrecht wahrgenommen.[313] Die entgegen der allgemeinen Akzeptanz des Konkubinats durch die unteren Bevölkerungsschichten und in erster Linie auf Drängen kirchlicher und konservativer Kreise durchgeführte staatliche Kampagne zur Hebung des Ansehens der Ehe bezeichnet *Blasius* kritisch als den „*rigorosen Versuch, Normkonformität bei der Organisation des familiären Lebensbereichs zu erzwingen*".[314]

In unmittelbarem Zusammenhang mit der Diskriminierung nichtehelicher Lebensgemeinschaften und dem damit einhergehenden indirekten Heiratszwang sind auch die steigenden Scheidungsraten im Kaiserreich und in der Weimarer Republik zu sehen. Neben dem Wandel sozialer und wirtschaftlicher Parameter der Gesellschaft ist auch der in Bezug auf eine Eheschließung ausgeübte staatliche Druck als mögliche Ursache für das Scheitern der so entstandenen Ehen zu berücksichtigen. Das zwischen 1871 und 1933 viel diskutierte Scheidungsproblem hing auch damit zusammen, dass Staat und Kirche in enger Zusammenarbeit im Verlauf des 19. Jahrhunderts die bis dahin in den unteren Volksschichten allgemein akzeptierten Alternativen zur Lebensform der Ehe systematisch verbaut hatten.[315]

In Bezug auf die Frage, wie der Staat die Rechtsposition fortpflanzungswilliger, unverheirateter Personen bewertet hat, lässt sich aus dem Umgang mit der nichtehelichen Lebensgemeinschaft zumindest der folgende Rückschluss ziehen: Unverheirateten Bürgerinnen und Bürgern wurde kein Recht auf einen äußeren Rahmen (= Zusammenleben von Mann und Frau als Grundvoraussetzung der Fortpflanzung und der daran anschließenden gemeinsamen Erziehung der Kinder) zum Zwecke der Gründung einer Familie zugebilligt. Der Staat ging vielmehr davon aus, das Recht zu haben, seinen Bürgerinnen und Bürgern die Ehe als äußeren Rahmen für die Gestaltung ihres geschlechtlichen Zusammenlebens vorzuschreiben. Dies lässt zugleich den Rückschluss einer staatlichen Ablehnung der Fortpflanzungsfreiheit unverheirateter Personen zu, auch wenn die außereheliche Fortpflanzung nicht direkt verboten war.

---

312 BECKER, Hans-Jürgen: Die nichteheliche Lebensgemeinschaft (Konkubinat) in der Rechtsgeschichte, in: LANDWEHR, Götz (Hg.): Die nichteheliche Lebensgemeinschaft, 1978, S. 36-37; BLASIUS, Dirk: Ehescheidung in Deutschland 1794-1945, 1987, S. 96-98

313 BLASIUS, Dirk: Ehescheidung in Deutschland 1794-1945, 1987, S. 96-98

314 BLASIUS, Dirk: Ehescheidung in Deutschland 1794-1945, 1987, S. 85

315 BLASIUS, Dirk: Ehescheidung in Deutschland 1794-1945, 1987, S. 85

2.1.1.4. Zusammenfassung: Die Rechtsstellung der Fortpflanzung im Familienrecht, sowie im zum Schutz familienrechtlicher Institutionen ergangenen Polizei- und Strafrecht

Es fällt auf, dass seitens des Staates im Untersuchungszeitraum keine vertiefte Auseinandersetzung mit der Frage erfolgt ist, ob und in welchem Umfang überhaupt eine Eingriffsbefugnis in die private Lebensführung seiner Bürger besteht.

Obwohl grundsätzlich die Fortpflanzung der Bevölkerung erwünscht war, um das Fortbestehen des Staates zu sichern, wurde allein die eheliche Fortpflanzung rechtlich anerkannt, die außereheliche Fortpflanzung wurde demgegenüber systematisch von der Rechtsordnung diskriminiert. Das Recht enthielt zwar kein Verbot der außerehelichen Fortpflanzung, setzte aber zahlreiche Parameter so fest, dass die außereheliche Fortpflanzung für die Beteiligten äußerst unangenehme Konsequenzen hatte: Konkubinate (als äußerer Rahmen der nichtehelichen Fortpflanzung) wurden staatlich verfolgt und die nichteheliche Geburt führte zu zahlreichen Nachteilen für die nichteheliche Mutter und das nichteheliche Kind. Hieraus lässt sich der Rückschluss ziehen, dass die außereheliche Fortpflanzung staatlicherseits unerwünscht war und sich der Staat auch das Recht zubilligte, entsprechende ordnungs- und familienrechtliche Steuerungsmaßnahmen zu ergreifen. Vom Staat anerkannt war allein die Entscheidung unverheirateter Personen, sich nicht fortzupflanzen (negative Fortpflanzungsentscheidung).

Die staatliche Anerkennung einer negativen Fortpflanzungsfreiheit endete mit der Verheiratung. Da Geschlechtsverkehr zu den (durch Scheidung sanktionierbaren) "ehelichen Pflichten" gehörte, war ein Selbstbestimmungsrecht verheirateter Personen darüber, ob und in welchem Umfang sie Kinder bekommen wollten, nicht von der Rechtsordnung anerkannt.

2.1.2. Der staatliche Umgang mit Verhütungsmitteln

Die Entwicklung der Bevölkerung im Gebiet des Deutschen Reiches war im Untersuchungszeitraum geprägt durch kontinuierlich sinkende Geburtenzahlen (zwischen 1880 und 1930 sank die Geburtenrate um ca. 40 %), bei gleichzeitigem deutlichen Rückgang der Säuglingssterblichkeit (zwischen 1901 und 1930 halbierte sich die Säuglingssterblichkeit im Durchschnitt, allerdings starben überproportional viele uneheliche Kinder im Säuglingsalter).[316] Das Sinken der ehelichen Geburtenziffern begann ab 1871 und verlief zunächst langsam, ab 1900 sanken die Geburtenziffern dann stärker. Diese Entwicklung ist nach heutigem Wissensstand in erheblichem Umfang der zunehmenden ehelichen Empfängnisverhütung zuzuschreiben.[317]

Trotz des allgemeinen Geburtenrückgangs erlebte Deutschland um die Jahrhundertwende aber (u.a. wegen der verminderten Säuglingssterblichkeit) die höchsten Bevölkerungswachstumsraten, die es in seiner Geschichte zu verzeichnen gibt, diese Entwicklung endete mit dem 1. Weltkrieg.[318] Die Fruchtbarkeit der Bevölkerung variierte, je nach Region, religiöser Überzeugung, Berufsgruppe und Bildungsstand innerhalb einer Berufsgruppe: Als grobe Regel kann angegeben werden, dass in Deutschland im Untersuchungszeitraum die Bevölkerung in ländlichen Gebieten fruchtbarer war als in den Städten, die Fruchtbarkeit in katholischen Familien höher lag als in evangelischen und in christlichen höher als in jüdischen. Die Fruchtbarkeit der Arbeiterschaft war höher als bei Angestellten, bei Angestellten war sie wiederum höher als beim Bildungsbürgertum (höhere Beamte, Lehrer und Freiberufler).[319]

Die Rechtslage in Bezug auf Verhütungsmittel lässt sich wie folgt zusammenfassen: Es bestand im Untersuchungszeitraum kein gesetzliches Verbot der Empfängnisverhütung oder des Vertriebes von Verhütungsmitteln. Auch die Herstellung von Verhütungsmitteln[320] unterlag keinerlei gesetzlichen Beschränkungen.[321] Allerdings stellte

---

316 SAATZ, Ursula: § 218, Das Recht der Frau ist unteilbar - Über die Auswirkungen des § 218 und die Bewegung gegen die Abtreibungsgesetzgebung zur Zeit der Weimarer Republik, 1991, S. 16-17

317 DIENEL, Christiane: Kinderzahl und Staatsräson - Empfängnisverhütung und Bevölkerungspolitik in Deutschland und Frankreich bis 1918, 1995, S. 26, 29

318 DIENEL, Christiane: Kinderzahl und Staatsräson - Empfängnisverhütung und Bevölkerungspolitik in Deutschland und Frankreich bis 1918, 1995, S. 27, 29, 34

319 DIENEL, Christiane: Kinderzahl und Staatsräson - Empfängnisverhütung und Bevölkerungspolitik in Deutschland und Frankreich bis 1918, 1995, S. 28

320 Die deutsche Verhütungsmittelindustrie produzierte im Untersuchungszeitraum Gummikondome und sonstige Gummiwaren sowohl für den Inlandsbedarf als auch für den Export. Die wesentlich teureren, als Luxusgüter einzustufenden Kondome aus Schafdarm oder Fischblasen stammten demgegenüber in der Regel aus Frankreich.

321 DIENEL, Christiane: Kinderzahl und Staatsräson - Empfängnisverhütung und Bevölkerungspolitik in Deutschland und Frankreich bis 1918, 1995, S. 45, 47

die im Jahr 1900 neu gefasste Vorschrift des § 184 StGB-1871[322] die Ausstellung, Ankündigung und Anpreisung von „Gegenständen zum unzüchtigen Gebrauch“ unter Strafe.[323] Nach der ursprünglichen Fassung des § 184 StGB-1871 war nur Ausstellung und Verbreitung unzüchtiger Schriften, Abbildungen und Darstellungen strafbar.[324] Die mit Gesetz vom 25.06.1900[325] in Bezug auf Verhütungsmittel als Nr. 3 neu eingefügte Vorschrift des § 184 StGB-1871 hatte folgenden Wortlaut:

> „Mit Gefängniß bis zu Einem Jahre und mit Geldstrafe bis zu eintausend Mark oder mit einer dieser Strafen wird bestraft, wer [...]
> 3) Gegenstände, die zu unzüchtigem Gebrauche bestimmt sind, an Orten, welche dem Publikum zugänglich sind, ausstellt oder solche Gegenstände dem Publikum ankündigt oder anpreist; [...]“[326]

Diese Vorschrift wurde durch das Innenministerium in seinen Ausführungsbestimmungen vom 11.10.1901 wie folgt erläutert:

> „Besondere Bedeutung ist der Vorschrift in § 184 No. 3 a.a.O. beizumessen, welche den Zweck verfolgt, eine wirksame Bekämpfung der Ausstellung und Anpreisung der sog. Präservativs u.s.w. zu ermöglichen, die sich auf Grund der bisherigen Vorschriften des Strafgesetzbuches nicht durchführen ließ. Ich nehme an, daß sich mit einer strengen und umfassenden Handhabung dieser Vorschrift [...] der wesentlichste Zweck der von dem Strafsenat des Kammergerichts für ungültig erklärten Polizeiverordnung vom 01. Januar 1900 wird erreichen lassen. In erster Linie wird es sich darum handeln, auf Grund des § 184 No. 3 St.G.B. mit aller Strenge gegen die Ausstellung der betreffenden Gegenstände in Schaufenstern und Aushängekästen, wie sie von einzelnen Geschäften, z.B. in der Passage, immer noch erfolgt, einzuschreiten, ferner aber auch gegen die Ankündigungen und Anpreisungen solcher Gegenstände in den Schaufenstern und Läden der Barbiere und der Gummiwarenhändler, sowie in der Presse.“[327]

Die vage Formulierung des Gesetzestextes führte dazu, dass das Reichsgericht (RG) in den ersten Urteilen zu § 184 Abs. 3 StGB-1871 eine Begründung dafür finden musste, warum Verhütungsmittel als *„zum unzüchtigen Gebrauch“* bestimmt anzusehen waren. Das RG begründete eine entsprechende Feststellung, indem es allein auf die Eignung solcher Mittel zur Empfängnisverhütung und zur Verhütung der Ansteckung von Geschlechtskrankheiten beim **außerehelichen** Geschlechtsverkehr abstellte, der als

---

322 Die Aufnahme dieser Vorschrift zu Verhütungsmitteln erfolgte im Rahmen des sog. „lex Heinze“; diese Gesetzesinitiative zur Bekämpfung verschiedener Erscheinungsformen der „Unzucht“ war durch einen skandalösen Mordfall mehrere Jahre zuvor ausgelöst worden, das Gesetz wurde am 25.06.1900 verabschiedet (DIENEL, Christiane: Kinderzahl und Staatsräson - Empfängnisverhütung und Bevölkerungspolitik in Deutschland und Frankreich bis 1918, 1995, S. 68-69)

323 SAATZ, Ursula: § 218, Das Recht der Frau ist unteilbar - Über die Auswirkungen des § 218 und die Bewegung gegen die Abtreibungsgesetzgebung zur Zeit der Weimarer Republik, 1991, S. 15

324 DALCKE, A.: Strafrecht und Strafprozeß, 1879, S. 271

325 RGBl. S. 301

326 DAUDE, Paul: Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich vom 15. Mai 1871 mit den Entscheidungen des Reichsgerichts, 1901, S. 169-172

327 DIENEL, Christiane: Kinderzahl und Staatsräson - Empfängnisverhütung und Bevölkerungspolitik in Deutschland und Frankreich bis 1918, 1995, S. 69-70

unzüchtig galt.[328] In der Praxis der Anwendung des § 184 Abs. 3 StGB-1871 bildete sich bis 1912 eine extrem repressive Rechtsprechung heraus, deren Zweck es war, auch die üblichen verdeckten Anpreisungen von Verhütungsmitteln aus Zeitungen und Büchern verschwinden zu lassen. Im September 1913 erging ein Erlass des preußischen Justizministers an die Staatsanwaltschaften der Bezirke, der auf diese Rechtsprechung verwies und dazu aufforderte *„mit größtem Nachdruck“* einzuschreiten. Als Begründung hierfür wird allerdings vorrangig der *„bedenkliche Geburtenrückgang“* wegen der weiten Verbreitung von Verhütungsmitteln angeführt, auf den der Innenminister durch Berichte und Gutachten aufmerksam geworden sei.[329] Damit wird die Zielrichtung des gesteigerten staatlichen Verfolgungsinteresses deutlich: Steigerung der Geburtenzahlen und nicht allein die Bekämpfung unzüchtiger Verhaltensweisen. Da Vertrieb und Herstellung von Verhütungsmitteln nicht direkt verboten waren, versuchte man, die Empfängnisverhütung mittels der Erschwerung des Zuganges zu Verhütungsmitteln und zu Verhütungsmittelwissen zu vermindern. Durch die Regelung des § 184 Abs. 3 StGB-1871 und das aus bevölkerungspolitischen Gründen gesteigerte staatliche Verfolgungsinteresse wurden der Verkauf, die Propagierung und selbst das schlichte Bekanntwerden empfängnisverhütender Mittel stark behindert. Dennoch waren Verstöße häufig und das Einschreiten gegen aus dem Ausland übersandte Preislisten oder von dort initiierte Ankündigungen war nicht möglich.[330]

Anfang des 20. Jahrhunderts stellte sich die Gesellschaftswirklichkeit in Bezug auf die Empfängnisverhütung wie folgt dar: Methoden der Verhinderung einer unerwünschten Schwangerschaft waren in Deutschland bereits vor dem Ersten Weltkrieg für ca. zwei Drittel der Frauen in Deutschland eine Selbstverständlichkeit.[331] Während des Krieges und danach wurden sie noch wichtiger, um die Versorgung der bereits vorhandenen Familie angesichts von Inflation und Versorgungskrisen sicher zu stellen. Mit der spürbaren Zunahme der Empfängnisverhütung ab 1900 begann auch die breite öffentliche Debatte über diese Art der Geburtenregelung.[332] Demgegenüber setzte die breite öffentliche Diskussion über das Phänomen des Geburtenrückganges erst zeitverzögert ab ca. 1912 ein und gewann dann sehr schnell an Umfang.[333] Parallel hierzu tauchte das Thema Geburtenregelung oder Geburtenrückgang auch in der politischen Debatte in Deutschland erst nach 1900 auf. Nach Verabschiedung des Gesetzes, mit

[328] DIENEL, Christiane: Kinderzahl und Staatsräson - Empfängnisverhütung und Bevölkerungspolitik in Deutschland und Frankreich bis 1918, 1995, S. 70

[329] DIENEL, Christiane: Kinderzahl und Staatsräson - Empfängnisverhütung und Bevölkerungspolitik in Deutschland und Frankreich bis 1918, 1995, S. 70-71

[330] DIENEL, Christiane: Kinderzahl und Staatsräson - Empfängnisverhütung und Bevölkerungspolitik in Deutschland und Frankreich bis 1918, 1995, S. 71

[331] DIENEL, Christiane: Kinderzahl und Staatsräson - Empfängnisverhütung und Bevölkerungspolitik in Deutschland und Frankreich bis 1918, 1995, S. 51, 63

[332] DIENEL, Christiane: Kinderzahl und Staatsräson - Empfängnisverhütung und Bevölkerungspolitik in Deutschland und Frankreich bis 1918, 1995, S. 31-31, 36-37

[333] DIENEL, Christiane: Kinderzahl und Staatsräson - Empfängnisverhütung und Bevölkerungspolitik in Deutschland und Frankreich bis 1918, 1995, S. 33, 36-37

dem der § 184 in das StGB-1871 aufgenommen wurde, verschwand das Thema Verhütung aus der politischen Diskussion, bis im Jahr 1910 die Problematik des Geburtenrückgangs erkannt und der Zusammenhang mit der Anwendung von Verhütungsmitteln politisch aufgearbeitet wurde.[334]

Die mit Abstand führende Motivation für die vermehrte Verwendung von Verhütungsmitteln durch Ehepaare waren wirtschaftliche Gründe (in vielschichtiger Ausprägung).[335] Es ist auch zu beobachten, dass Anfang des 20. Jahrhunderts in Deutschland Kinderreichtum zunehmend mit Dummheit assoziiert wurde und kinderreiche Familien sich dem Spott ihrer Mitmenschen ausgesetzt sahen.[336] Paare, die dennoch bewusst keine Verhütungsmittel verwendeten, taten dies überwiegend aus wertrationalen, insbesondere religiösen Motiven (z.B. Katholiken und orthodoxe Juden).[337]

Quellen fundierten Wissens (z.B. ärztliche, rein wissenschaftliche Vorträge und Publikationen) über Verhütungsmittel waren wegen der weiten Auslegung des Anwendungsbereichs von § 184 Abs. 3 StGB-1871 nicht verfügbar.[338] Dementsprechend vielschichtig und mehr oder weniger zuverlässig waren die Quellen für das Wissen über Verhütungsmittel und Verhütungstechniken in der einfachen Bevölkerung. Eine Befragung der Hausärztin oder des Hausarztes war zwar möglich, fand aber oft aus Scham oder Geldmangel nicht statt. Männer erlangten insbesondere während ihrer Militärzeit Kenntnisse, die auch der staatlichen Sorge für die Prävention von Geschlechtskrankheiten zu verdanken waren. Demgegenüber bekamen Frauen solche Informationen von Freundinnen oder aus dem Familienkreis. Auch in der Arbeitswelt war Empfängnisverhütung für beide Geschlechter ein Thema, über das im Kollegenkreis geredet wurde.[339] Allerdings fehlte oft gerade Jugendlichen, mangels jeglicher Aufklärung durch die Eltern oder durch staatliche Institutionen, das erforderliche Wissen über sexuelle Zusammenhänge und Verhütungsmethoden.[340] Bei der Anwendung von Verhütungsmittelwissen durch die betroffenen Paare ist auch zu berücksichtigen, dass im

[334] DIENEL, Christiane: Kinderzahl und Staatsräson - Empfängnisverhütung und Bevölkerungspolitik in Deutschland und Frankreich bis 1918, 1995, S. 84-87

[335] DIENEL, Christiane: Kinderzahl und Staatsräson - Empfängnisverhütung und Bevölkerungspolitik in Deutschland und Frankreich bis 1918, 1995, S. 56

[336] DIENEL, Christiane: Kinderzahl und Staatsräson - Empfängnisverhütung und Bevölkerungspolitik in Deutschland und Frankreich bis 1918, 1995, S. 58, 63

[337] DIENEL, Christiane: Kinderzahl und Staatsräson - Empfängnisverhütung und Bevölkerungspolitik in Deutschland und Frankreich bis 1918, 1995, S. 57

[338] KIENLE, Else: Frauen - Aus dem Tagebuch einer Ärztin (Berlin 1932), S. 148; DIENEL, Christiane: Kinderzahl und Staatsräson - Empfängnisverhütung und Bevölkerungspolitik in Deutschland und Frankreich bis 1918, 1995, S. 70

[339] DIENEL, Christiane: Kinderzahl und Staatsräson - Empfängnisverhütung und Bevölkerungspolitik in Deutschland und Frankreich bis 1918, 1995, S. 51

[340] KRISCHE, Maria, S. 180-186 (erstmals veröffentlicht 1929) und SCHMIDT, Wilhelm, S. 186-190 (erstmals veröffentlicht 1931) in: HOHMANN, Joachim S.: Sexualforschung und -aufklärung in der Weimarer Republik - Eine Übersicht in Materialien und Dokumenten, 1985

Untersuchungszeitraum Verhütung von der überwiegenden Anzahl der Männer als Frauensache angesehen wurde. Selbst wenn sie, wie z.B. der Ehemann und mehrfache Vater bereits vorhandener Kinder, ein eigenes Interesse an der Verhinderung weiterer Schwangerschaften ihrer Geschlechtspartnerin haben mussten, resultierte dies oft nicht in einer entsprechenden Anpassung des Sexualverhaltens. Sie verließen sich im Regelfall darauf, dass die von der Schwangerschaft und Geburt von Kindern viel existentieller betroffenen Frauen (sehr illustrierend ist das zeitgenössische Zitat „ich krieg' sie ja nicht") sich um die Verhütung kümmern oder ggf. eine Abtreibung durchführen würden. Wenn als Verhütungsmittel der sog. „coitus interruptus" vom Mann praktiziert wurde, so erfolgte dies meist auf entschiedenes Verlangen der Frau.[341] Dementsprechend wurden Methoden der Empfängnisverhütung in der einfachen Bevölkerung überwiegend aufgrund der Initiative von Frauen ab ca. 25 Jahren genutzt.[342] Dies liegt zum einen darin begründet, dass diese Frauen oft schon die gewünschte Anzahl Kinder hatten[343], zum anderen vermutlich daran, dass sie mit zunehmendem Alter auch über die notwendigen Kenntnisse und eine gewisse Durchsetzungsfähigkeit gegenüber ihren Geschlechtspartnern verfügten.

Der Vertrieb von Verhütungsmitteln an den Endverbraucher erfolgte durch Versandbetriebe, Gummihandlungen, Drogerien, Friseure, Bandagisten und ähnliche Geschäfte, sowie vereinzelt auch durch Hebammen und Ärzte. Wo entsprechende Geschäfte nicht in erreichbarer Nähe zur Verfügung standen, insbesondere auf dem Lande, erfolgte der Vertrieb von Verhütungsmitteln durch Hausierer.[344] Die Versandbetriebe annoncierten ihre Waren in allen Tageszeitungen, allerdings mussten wegen des Verbotes in § 184 Abs. 3 StGB-1871 vorsichtige Formulierungen verwendet werden: Üblich war deshalb eine medizinisch-wissenschaftliche Aufmachung der Anzeigen und das daran anschließende Angebot der Zusendung von Preislisten und Katalogen auf Anforderung. Die Gestaltung dieser Anzeigen wurde allerdings durch die verschärfte Verfolgungspraxis der Behörden um 1912 immer schwieriger. Bei unaufgeforderter Zusendung von Werbematerialien an Jungverheiratete und junge Eltern wurden oft Formulierungen wie „Schutzmittel", „Gummiwaren" oder „hygienische Bedarfsartikel" neben dem klaren Hinweis auf die Nachteile zu vieler Kinder verwendet.[345]

---

[341] SAATZ, Ursula: § 218, Das Recht der Frau ist unteilbar - Über die Auswirkungen des § 218 und die Bewegung gegen die Abtreibungsgesetzgebung zur Zeit der Weimarer Republik, 1991, S. 32-34

[342] DIENEL, Christiane: Kinderzahl und Staatsräson - Empfängnisverhütung und Bevölkerungspolitik in Deutschland und Frankreich bis 1918, 1995, S. 26-27

[343] DIENEL, Christiane: Kinderzahl und Staatsräson - Empfängnisverhütung und Bevölkerungspolitik in Deutschland und Frankreich bis 1918, 1995, S. 26-27

[344] DIENEL, Christiane: Kinderzahl und Staatsräson - Empfängnisverhütung und Bevölkerungspolitik in Deutschland und Frankreich bis 1918, 1995, S. 46-47

[345] DIENEL, Christiane: Kinderzahl und Staatsräson - Empfängnisverhütung und Bevölkerungspolitik in Deutschland und Frankreich bis 1918, 1995, S. 47

Der Preis für den Endverbraucher hing von der Art des Verhütungsmittels[346], sowie von dessen Vertriebsweg ab, am teuersten war der Bezug über Hausierer.[347] Nach den zwischen 1900 und 1914 aufgrund von Marktbeobachtungen getroffenen Feststellungen des Reichsgesundheitsamtes waren die Preise für Verhütungsmittel allgemein übertrieben hoch.[348]

Diese Fakten belegen, dass es in Deutschland auch nach Einführung des § 184 Abs. 3 StGB-1871 möglich war, sich Verhütungsmittel zu beschaffen[349], allerdings musste man über das entsprechende Wissen und die notwendigen finanziellen Mittel verfügen. Und genau hier lag das Problem: Es standen zwar theoretisch zahlreiche effektive Verhütungsmittel zur Verfügung (z.B.: Gummikondome, Vaginalspülungen, spermizide Zäpfchen, Diaphragmen), aus verschiedenen Gründen (Armut, Unkenntnis, Scham) hatten aber gerade unverheiratete, jüngere und ärmere Paare Schwierigkeiten, diese tatsächlich zu nutzen. Als Ausweg wählten die meisten dieser Paare den „coitus interruptus“ zur Empfängnisverhütung, der zwar nicht unwirksam ist, bei dem aber Fehlschläge vorprogrammiert waren.[350] Es ist davon auszugehen, dass die hohen Abtreibungszahlen im Untersuchungszeitraum (vgl. hierzu den unmittelbar anschließenden Abschnitt 2.1.3.) dadurch mitverursacht wurden, dass der Zugang zu empfängnisverhütenden Mitteln durch den § 184 Abs. 3 StGB-1871 erschwert worden war.[351] Aus all diesen Gründen ist das Werbeverbot für Verhütungsmittel bereits im Untersuchungszeitraum immer wieder kritisiert worden.[352] Die sozial engagierte Frauenärztin Else Kienle beschreibt im Jahr 1932 die negativen Auswirkung des § 184 StGB-1871 wie folgt:

> „„Es ist eine Schande unseres Jahrhunderts, daß wir - wie auf so vielen anderen Gebieten! - auch in der Frage der Geburtenregelung unsere Möglichkeiten nur schlecht oder gar nicht ausnutzen. Hundertfach verderblicher als die Gesetze gegen die Abtreibung sind jene

---

346 Preisbeispiele für Verhütungsmittel zwischen 1900 und 1918:
- 12 Kondome: 3,5 bis 5 Mark (Gummi), mehr als 6 Mark (Schafdarm), 6-12 Mark (Fischblase), zu beachten ist, dass Kondome damals mehrfach verwendet wurden
- Pessare (nebst ärztlicher Anpassung): 2-3 Mark
- Spül- oder Blasapparate für Frauen (deren Effektivität zweifelhaft war, die aber zum Teil auch zu Abtreibungszwecken verwendet werden konnten): 15-30 Mark

347 DIENEL, Christiane: Kinderzahl und Staatsräson - Empfängnisverhütung und Bevölkerungspolitik in Deutschland und Frankreich bis 1918, 1995, S. 47

348 DIENEL, Christiane: Kinderzahl und Staatsräson - Empfängnisverhütung und Bevölkerungspolitik in Deutschland und Frankreich bis 1918, 1995, S. 48

349 DIENEL, Christiane: Kinderzahl und Staatsräson - Empfängnisverhütung und Bevölkerungspolitik in Deutschland und Frankreich bis 1918, 1995, S. 62

350 DIENEL, Christiane: „Das 20. Jahrhundert (I) - Frauenbewegung, Klassenjustiz und das Recht auf Selbstbestimmung der Frau“, in: JÜTTE, Robert (Hg.): Geschichte der Abtreibung - Von der Antike bis zur Gegenwart, 1993, S. 143

351 KIENLE, Else: Frauen - Aus dem Tagebuch einer Ärztin (Berlin 1932), S. 147-148

352 GAMPE, Franz in: HOHMANN, Joachim S.: Sexualforschung und -aufklärung in der Weimarer Republik - Eine Übersicht in Materialien und Dokumenten, 1985, S. 191-193 (erstmals veröffentlicht 1931)

> Paragraphen, die den Vertrieb vorbeugender Schutzmittel einengen und behindern.[353] […]
> Dadurch wird - wieder einmal - ein Fortschritt verfemt, eine Möglichkeit, das Leben leichter und freier zu machen, versperrt. Das, was jede Frau, jedes junge Mädchen rechtzeitig und gründlich kennenlernen müßte, wird abgebogen und abgedrängt ins Halbgeheime, Verbotene, Zweideutige. Eine selbstverständliche eugenische Maßnahme, eine wertvolle Kenntnis wird mit dem Makel der Lüsternheit gebrandmarkt. Auf diese Art treibt der Staat besonders die armen und unwissenden Frauen zur Abtreibung. Weil die den leichten, sauberen Weg der Verhütung nicht kennenlernen können, müssen sie später die bitteren Leiden, die Gefahren und die Schmach der Unterbrechung durchmachen. Eine weitere Folge dieses unverständigen Gesetzes ist die, daß geschickte, medizinisch einwandfreie Vorbeugungsmittel wiederum nahezu ein Privileg der besitzenden Klasse sind oder doch bis vor kurzem waren. Die junge wohlhabende Frau kann sich von ihrem Hausarzt beraten lassen. Die Proletariermädchen, die junge Arbeiterin aber erfahren fast nichts von den vorbeugenden Mitteln. Vielfach ist unter den einfachen Leuten die Meinung verbreitet, die Empfängnisverhütung an sich sei, ebenso wie die Abtreibung, gesetzlich verboten. Und die Heimlichtuerei, mit der alle Fragen der Geburtenregelung behandelt werden, hält diese irrige Ansicht aufrecht. Zugleich bedeutet diese Geheimniskrämerei eine Verteuerung der vorbeugenden Mittel.“[354]

Im Ergebnis zeigte das Verbot der Werbung für Verhütungsmittel auch nicht die vom Staat erwünschten Folgen, da hierdurch weder der Unzucht Einhalt geboten werden konnte, noch eine Steigerung der Geburtenzahlen zu verzeichnen war. Bis 1918 wurden deshalb mehrere Versuche unternommen, durch neue gesetzliche Vorschriften den Zugang zu Verhütungsmitteln weiter zu erschweren, aus verschiedenen Gründen kam es jedoch nicht zur Verabschiedung dieser Gesetzesentwürfe.[355] Statt dessen wurde durch das im Jahr 1927 erlassene „Gesetz zur Bekämpfung der Geschlechtskrankheiten“ eine Beschränkung des Anpreisens und Verkaufens von Verhütungsmitteln von einem nie eingeführten staatlichen Prüfungsverfahren abhängig gemacht und dadurch - trotz formalem Fortbestehen - in der Rechtspraxis unanwendbar.[356]

Aus der Regelung der Empfängnisverhütung durch den Staat lassen sich die folgenden Rückschlüsse für die Rechtsstellung der Fortpflanzung im Untersuchungszeitraum ziehen: Da die Empfängnisverhütung selbst und der Erwerb dieser Mittel nicht verboten waren, wurde zumindest beim Erlass des § 184 Abs. 3 StGB-1871 die Entscheidung von Geschlechtspartnern als legal angesehen, solche Mittel zu verwenden. Es ist allerdings fraglich, ob hieraus geschlossen werden kann, dass der Staat ein entsprechendes Recht auf freie Entscheidung über eine Fortpflanzung bei einvernehmlichem Geschlechtsverkehr anerkannte. Denn einige empfängnisverhütende Mittel, wie z.B. Kondome dienten auch der Prävention von Geschlechtskrankheiten, woran der Staat ein erhebliches Interesse hatte. Dieses Interesse wird besonders deutlich, wenn man berücksichtigt, dass die de facto Aufhebung der Regelung in § 184 Abs. 3 StGB (trotz formellen Fortbestehens)

---

353 KIENLE, Else: Frauen - Aus dem Tagebuch einer Ärztin (Berlin 1932), S. 145

354 KIENLE, Else: Frauen - Aus dem Tagebuch einer Ärztin (Berlin 1932), S. 147-148

355 DIENEL, Christiane: Kinderzahl und Staatsräson - Empfängnisverhütung und Bevölkerungspolitik in Deutschland und Frankreich bis 1918, 1995, S. 84-87

356 DIENEL, Christiane: Kinderzahl und Staatsräson - Empfängnisverhütung und Bevölkerungspolitik in Deutschland und Frankreich bis 1918, 1995, S. 87

durch das „Gesetz zur Bekämpfung der Geschlechtskrankheiten“ von 1927 erfolgte. Auch war zum Zeitpunkt des Erlasses des § 184 Abs. 3 StGB-1871 im Jahr 1900 das Problem eines durch Empfängnisverhütung möglicherweise entstehenden Bevölkerungsrückganges noch gar nicht erkannt worden, die Aufnahme der Vorschrift in das StGB-1871 diente vielmehr ursprünglich der Eindämmung der Unzucht. Dementsprechend können auch andere Gründe als die staatliche Anerkennung einer freien Fortpflanzungsentscheidung für das fehlende Verbot der Empfängnisverhütung oder das fehlende Verbot des Vertriebes empfängnisverhütender Mittel entscheidend gewesen sein. Dass eine staatliche Anerkennung der freien Fortpflanzungsentscheidung, insbesondere von verheirateten Personen insoweit nicht existierte, zeigt das Verhalten der Strafverfolgungsbehörden, nachdem das Problem des Bevölkerungsrückganges erkannt worden war: Wie sich aus dem Erlass des Justizministeriums vom September 1913 ergibt, hatten zumindest die Justizbehörden keinerlei Bedenken, auch aus bevölkerungspolitischen Erwägungen die Verfolgung von Verstößen gegen den § 184 Abs. 3 StGB-1871 zu verschärfen. Auch war seitens der Legislative mittels einiger Gesetzesinitiativen versucht worden, ein Verbot des Vertriebes empfängnisverhütender Mittel einzuführen. Diese Vorhaben scheiterten aus verschiedenen Gründen (z.B. wegen des 1. Weltkrieges, Ende des Kaiserreiches),[357] aber nicht deshalb, weil ein Recht von Individuen auf freie Entscheidung über ihre Fortpflanzung beim einvernehmlichen Geschlechtsverkehr durch den Staat anerkannt wurde.

2.1.3. Regelungen zum Schwangerschaftsabbruch

Beim Schwangerschaftsabbruch handelt es sich um ein Phänomen, das in allen Gesellschaften, Epochen und Kulturen nachweisbar ist (sog. „Menschheitsphänomen). Es ist als anthropologische Grundkonstante nur wenigen Veränderungen unterworfen.[358] Entgegen einer weit verbreiteten historischen Fehlvorstellung hat es nach neueren Studien der Ethnomedizin immer ausreichend Mittel und Wege zu einer erfolgreichen Fruchtabtreibung gegeben, die erst in der Neuzeit langsam in Vergessenheit gerieten. Sie wurden durch die effektiveren und sichereren Abtreibungsmethoden der modernen Medizin abgelöst, die das Wissen um althergebrachte Abtreibungsmöglichkeiten überflüssig machten.[359]

---

[357] DIENEL, Christiane: Kinderzahl und Staatsräson - Empfängnisverhütung und Bevölkerungspolitik in Deutschland und Frankreich bis 1918, 1995, S. 84-87

[358] JÜTTE, Robert (Hg.): Geschichte der Abtreibung - Von der Antike bis zur Gegenwart, 1993, ders. S. 9, 12

[359] So waren z.B. in römischer Zeit über zweihundert abtreibende Mittel -mit mehr oder weniger starken Nebenwirkungen- bekannt, von denen 90 % auch nach heutigen wissenschaftlichen Erkenntnissen als recht wirksam einzustufen sind. Ein Großteil dieser Mittel war auch in der frühen Neuzeit noch in weiten Teilen der Bevölkerung, für die dieses Wissen relevant war, bekannt. Dieses Wissen nimmt erst ab, als es leichter wird, legal eine Abtreibung durchzuführen und den Menschen sichere empfängnisverhütende Mittel zur Verfügung stehen. (JÜTTE, Robert (Hg.): Geschichte der Abtreibung - Von der Antike bis zur Gegenwart, 1993, ders. S. 25)

Das Recht des Schwangerschaftsabbruchs war zwischen 1871 und 1933 Teil des reichseinheitlichen Strafrechts. § 218 des am 15.05.1871 in Kraft getretenen Reichsstrafgesetzbuches (StGB-1871) regelte die Strafbarkeit eines Schwangerschaftsabbruchs, eine gesetzliche Regelung von Indikationen für einen zulässigen Schwangerschaftsabbruch existierte damals nicht. Der Text der ersten Fassung des § 218 StGB-1871 lautete:

> „Eine Schwangere, welche ihre Frucht vorsätzlich abtreibt oder im Mutterleibe tödtet, wird mit Zuchthaus bis zu fünf Jahren bestraft. Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt Gefängnißstrafe nicht unter sechs Monaten ein. Dieselben Strafvorschriften finden auf denjenigen Anwendung, welcher mit Einwilligung der Schwangeren die Mittel zu der Abtreibung oder Tödtung bei ihr angewendet oder ihr beigebracht hat.“[360]

Weitere Strafvorschriften zur Abtreibung enthielten § 219 StGB-1871 (Strafbarkeit der Abtreibung gegen Entgelt, Strafmaß: Zuchthaus bis zu 10 Jahren) und § 220 StGB-1871 (Strafbarkeit der vorsätzlichen Abtreibung gegen den Willen der Schwangeren, Strafmaß: Zuchthaus nicht unter 2 Jahren, sowie Zuchthaus nicht unter 10 Jahren oder lebenslänglich, wenn die Tat den Tod der Schwangeren verursacht hat).[361]

Ob der Schwangerschaftsabbruch rechtlich und gesellschaftlich als Unrecht eingestuft werden sollte, war bereits beim Entwurf der §§ 218-220 StGB-1871 (die an eine lange Tradition der Strafbarkeit des Schwangerschaftsabbruchs in Gebiet des Deutschen Reichs anknüpften)[362] mit der Frage verbunden, wo man den Zeitpunkt der Entstehung menschlichen Lebens ansetzt. Hier hat der weltliche Gesetzgeber auf die Definitionen aus der zeitgenössischen Ethik, der antiken Philosophie und insbesondere auf die Definitionen der christlichen Kirchen zurückgegriffen. Alfons von Liguori (1696-1787), einer der bedeutendsten Moraltheologen seiner Zeit hatte in seinem Werk „Theologia Moralis“ von 1748 ausgeführt, dass der Fötus bereits bei der Empfängnis (oder zumindest kurz danach) beseelt wird und nicht, wie vorher aufgrund der Feststellungen antiker Philosophen angenommen, zwischen dem 60. und 80. Tag nach der Empfängnis.[363] Liguoris Feststellungen hatten bleibende Wirkung für die kirchliche Lehre[364], welche die

---

[360] DALCKE, A.: Strafrecht und Strafprozeß, 1879, S. 281

[361] DALCKE, A.: Strafrecht und Strafprozeß, 1879, S. 281; SAATZ, Ursula: § 218, Das Recht der Frau ist unteilbar - Über die Auswirkungen des § 218 und die Bewegung gegen die Abtreibungsgesetzgebung zur Zeit der Weimarer Republik, 1991, S. 12

[362] vgl. zur Rechtslage vor 1871 den Überblick bei: SAATZ, Ursula: § 218, Das Recht der Frau ist unteilbar - Über die Auswirkungen des § 218 und die Bewegung gegen die Abtreibungsgesetzgebung zur Zeit der Weimarer Republik, 1991, S. 9-12

[363] Vor dem 60. bis 80. Tag nach der Empfängnis wurde der Fötus bis Mitte des 18. Jahrhunderts in Anlehnung an die Feststellungen antiker Philosophen als Teil der Eingeweide der Frau angesehen.

[364] Seitens der Kirche wurde sogar dem Leben des ungeborenen Kindes Vorrang vor dem Leben der Mutter eingeräumt, diese sollte notfalls auf ihr eigenes Leben zugunsten des Lebens ihres Kindes verzichten. Eine Abtreibung wurde dementsprechend aus kirchlicher Sicht nur für zulässig erklärt, wenn sie aus einer Behandlung folgte, die die Mutter vor dem Tod retten sollte, wenn dieser Tod sowieso den Tod des ungeborenen Kindes bedeuten würde (sog. „indirekte Abtreibung“).

Abtreibung daraufhin in jedem Stadium scharf verurteilte.[365] Diese Ansicht wurde von der Rechtswissenschaft übernommen.[366] Auch der weltliche Gesetzgeber ließ sich bei der Regelung des Schwangerschaftsabbruches in § 218 StGB-1871 von der Vorstellung leiten, dass der Fötus ab dem Zeitpunkt der Empfängnis als strafrechtlich schutzbedürftig anzusehen ist. Das StGB-1871 äußerte sich allerdings nicht explizit zu der Frage, ob der Embryo bereits als „Mensch" angesehen werden konnte. Statt dessen wurde negativ wie folgt abgegrenzt:

> „Mensch (d.h. lebend, gesund oder krank) ist nicht die Leibesfrucht oder eine wirkliche Mißgeburt, d.h. ein Monstrum, und die Tötung der Mißgeburt ist überhaupt nicht strafbar."[367]

Im juristischen Sinne begann menschliches Leben nach der im StGB-1871 niedergelegten Auffassung des Gesetzgebers mit der Geburt, somit war aus strafrechtlicher Perspektive die Abtreibung ein Verbrechen eigener Art und wurde nicht als Tötung eines Menschen angesehen.[368]

Ob ein grundsätzlich gemäß § 218 StGB-1871 strafbarer Schwangerschaftsabbruch aufgrund medizinischer Indikation zulässig sein konnte (= Wegfall der Rechtswidrigkeit des Abbruchs), war zunächst umstritten. Da jedoch bei Anwendung allgemeiner strafrechtlicher Grundsätze die Rechtswidrigkeit eines Abbruchs bei Notwehr der Frau gegenüber dem Kind, d.h. bei akuter Lebensgefahr für die Frau (physische Bedrohung durch das Kind) entfiel, wurde von der herrschenden Meinung ein Abbruch aufgrund (zunächst eng auszulegender) medizinischer Indikation für zulässig gehalten.[369] Diese Haltung wurde durch ein Grundsatzurteil des Reichsgerichts vom 11.03.1927 bestätigt, das eine Abtreibung bei medizinischer Notlage ausdrücklich für nicht rechtswidrig erklärte. Dabei wurde die medizinische Notlage nicht - wie vorher von der herrschenden Meinung in der Rechtslehre angenommen - auf eine akute Lebensgefahr für die Mutter beschränkt: Die Rechtswidrigkeit einer Abtreibung entfiel auch dann, wenn diese *„das einzige Mittel ist, um die Schwangere aus einer gegenwärtigen Gefahr des Todes oder einer schweren Gesundheitsschädigung im Sinne des § 224 zu befreien"*. Damit wurde außer dem Leben der Schwangeren auch deren Gesundheit als schützenswertes Rechtsgut anerkannt, diese Rechtsgüter der Mutter wurden in Abwägung mit der Abtötung der

---

365 SEIDLER, Eduard: „Das 19. Jahrhundert - Zur Vorgeschichte des § 218", in: JÜTTE, Robert (Hg.): Geschichte der Abtreibung - Von der Antike bis zur Gegenwart, 1993, S. 124

366 SAATZ, Ursula: § 218, Das Recht der Frau ist unteilbar - Über die Auswirkungen des § 218 und die Bewegung gegen die Abtreibungsgesetzgebung zur Zeit der Weimarer Republik, 1991, S. 10-11

367 SEIDLER, Eduard: „Das 19. Jahrhundert - Zur Vorgeschichte des § 218", in: JÜTTE, Robert (Hg.): Geschichte der Abtreibung - Von der Antike bis zur Gegenwart, 1993, S. 134

368 SEIDLER, Eduard: „Das 19. Jahrhundert - Zur Vorgeschichte des § 218", in: JÜTTE, Robert (Hg.): Geschichte der Abtreibung - Von der Antike bis zur Gegenwart, 1993, S. 134

369 SEIDLER, Eduard: „Das 19. Jahrhundert - Zur Vorgeschichte des § 218", in: JÜTTE, Robert (Hg.): Geschichte der Abtreibung - Von der Antike bis zur Gegenwart, 1993, S. 132

Leibesfrucht vom RG als höherrangig eingestuft.[370] Besonders hervorzuheben ist, dass es dem Gesetzgeber zwischen 1871 und 1933 bei der Regelung der Abtreibung nicht ausschließlich um den Schutz des werdenden menschlichen Lebens ging. Neben dem Argument des Schutzes des ungeborenen Lebens (das damals bei weitem nicht die zentrale Stellung inne hatte, die es in der heutigen Abtreibungsdiskussion einnimmt) wurde die als notwendig angesehene Steuerung der Bevölkerungsentwicklung ebenfalls als Argument für ein striktes Verbot der Abtreibung angeführt. Während noch im Kaiserreich in erster Linie die Empfängnisverhütung für das verminderte Bevölkerungswachstum verantwortlich gemacht wurde, ging man nach dem Ersten Weltkrieg davon aus, dass in der vermehrten Abtreibung die Ursache für das stagnierende Bevölkerungswachstum und die damit assoziierte „Verhinderung des nationalen Wiederaufstiegs“ nach dem verlorenen Krieg zu suchen sei.[371] Gleichzeitig wurde die vermehrte Abtreibung als ein Indiz für die Degeneration des Pflichtgefühls, die Verrohung der Sitten und eine sich ausbreitende hedonistisch-gewissenlose Geisteshaltung betrachtet[372]. Die nach dem verlorenen Krieg schwierigen wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Rahmenbedingungen, die tatsächlich für viele Frauen der Grund waren, keine (weiteren) Kinder zu bekommen[373] , wurden aus der rechtlichen Diskussion weitgehend ausgeklammert.[374]

Das vom Staat auch mit der Absicht der Senkung der Abtreibungszahlen und der Steigerung der Geburtenziffern verhängte strafrechtliche Verbot des § 218 StGB-1871 zeigte allerdings nicht den gewünschten Erfolg: Die Abtreibung war trotz dieses Verbotes in der deutschen Gesellschaftswirklichkeit des ausgehenden 19. und des beginnenden 20. Jahrhunderts eine weit verbreitete Methode zur Beendigung einer unerwünschten Schwangerschaft.[375] Nach der Einführung des § 218 StGB hat die Häufigkeit der Abtreibungen sogar noch weiter zugenommen.[376] Bei der Abtreibung ging es nicht nur, wie oft angenommen, um die Verhinderung der Geburt nichtehelicher Kinder. Ein großer Teil der abtreibungswilligen Frauen war vielmehr verheiratet und hatte bereits

---

[370] GANTE, Michael: „Das 20. Jahrhundert (II) - Rechtspolitik und Rechtswirklichkeit 1927-1976“, in: JÜTTE, Robert (Hg.): Geschichte der Abtreibung - Von der Antike bis zur Gegenwart, 1993, S. 169-170

[371] SAATZ, Ursula: § 218, Das Recht der Frau ist unteilbar - Über die Auswirkungen des § 218 und die Bewegung gegen die Abtreibungsgesetzgebung zur Zeit der Weimarer Republik, 1991, S. 14

[372] DIENEL, Christiane: „Das 20. Jahrhundert (I) - Frauenbewegung, Klassenjustiz und das Recht auf Selbstbestimmung der Frau“, in: JÜTTE, Robert (Hg.): Geschichte der Abtreibung - Von der Antike bis zur Gegenwart, 1993, S. 153-154

[373] zahlreiche Fallstudien finden sich in: KIENLE, Else: Frauen - Aus dem Tagebuch einer Ärztin (Berlin 1932), S. 62 ff.

[374] RIEPL-SCHMIDT, Maja in: KIENLE, Else: Frauen - Aus dem Tagebuch einer Ärztin (Berlin 1932), S. 158

[375] SAATZ, Ursula: § 218, Das Recht der Frau ist unteilbar - Über die Auswirkungen des § 218 und die Bewegung gegen die Abtreibungsgesetzgebung zur Zeit der Weimarer Republik, 1991, S. 23

[376] SEIDLER, Eduard: „Das 19. Jahrhundert - Zur Vorgeschichte des § 218“, in: JÜTTE, Robert (Hg.): Geschichte der Abtreibung - Von der Antike bis zur Gegenwart, 1993, S. 135

mehrere Kinder. Die Abtreibung erfolgte dann in der Regel aus wirtschaftlichen Gründen, um die Versorgung der bereits vorhandenen Familie nicht zu gefährden.[377] In den Großstädten war ca. die Hälfte der abtreibungswilligen Frauen unverheiratet, auf dem Lande war nur ca. ein Fünftel der abtreibungswilligen Frauen unverheiratet.[378]

Für die konkrete Durchführung einer illegalen Abtreibung gab es drei mögliche Alternativen[379]: (1) Selbstabtreibung durch die Schwangere[380], (2) Zuhilfenahme von sog. „Engelmacherinnen" oder Kurpfuschern und (3) Abtreibung durch einen Arzt[381]. Die Schätzungen der Zahl der tödlich verlaufenden Abtreibungen weichen stark voneinander ab (von nach ärztlichen Schätzungen jährlich 4.000 bis 5.000 bis zu vermutlich überhöhten Schätzungen von 40.000[382] bis 50.000 pro Jahr).[383] Eine andere Quelle gibt an, dass in der Zeit von 1919 bis 1933 mehr als 500.000 Frauen in Deutschland an misslungenen Abtreibungen starben, u.a. deswegen, weil ihnen das geltende Recht die Inanspruchnahme ärztlicher Hilfe zum Zwecke der Abtreibung verweigerte.[384] Heutzutage schätzt man die Zahl der damals tödlich verlaufenden Abtreibungen auf unter 1 %.[385]

---

377 Fallstudien zu entsprechenden Abtreibungsmotiven verheirateter Frauen sind bei KIENLE, Else: Frauen - Aus dem Tagebuch einer Ärztin (Berlin 1932), S. 76 ff. beschrieben

378 DIENEL, Christiane: „Das 20. Jahrhundert (I) - Frauenbewegung, Klassenjustiz und das Recht auf Selbstbestimmung der Frau", in: JÜTTE, Robert (Hg.): Geschichte der Abtreibung - Von der Antike bis zur Gegenwart, 1993, S. 144

379 DIENEL, Christiane: „Das 20. Jahrhundert (I) - Frauenbewegung, Klassenjustiz und das Recht auf Selbstbestimmung der Frau", in: JÜTTE, Robert (Hg.): Geschichte der Abtreibung - Von der Antike bis zur Gegenwart, 1993, S. 144-145; KIENLE, Else: Frauen - Aus dem Tagebuch einer Ärztin (Berlin 1932), S. 97-98; SAATZ, Ursula: § 218, Das Recht der Frau ist unteilbar - Über die Auswirkungen des § 218 und die Bewegung gegen die Abtreibungsgesetzgebung zur Zeit der Weimarer Republik, 1991, S. 25-26

380 Als Methoden der Selbstabtreibung, deren Wirksamkeit zweifelhaft ist wurden z.B. angewendet: Heiße Umschläge, Sitzbäder, schweres Arbeiten, schweres Heben, sog. „Abtreibungspillen" oder selbst hergestellte Rezepturen, Einführen einer Stricknadel in die Gebärmutter. Eine bekannte, wirksamere Form der Selbstabtreibung war z.B. das Spritzen von Seifenlösung in die Gebärmutter mit in Sanitätshäusern, Gummiwarenhandlungen oder durch Hausierer „zu hygienischen Zwecken" vertriebenen, sog. Birnenspritzen.

381 Nach zeitgenössischen Schätzungen war ca. ein Fünftel der Ärzte bereit, eine illegale Abtreibung durchzuführen oder eine tatsächlich nicht vorliegende medizinische Indikation zu bescheinigen. Eine ärztlich Abtreibung erfolgte instrumentell, durch Erweiterung des Muttermundes und Curettage (sog. „Auskratzen" der Gebärmutter). Wegen der hohen Kosten eines ärztlich durchgeführten Abbruchs stand diese Möglichkeit im Regelfall nur wohlhabenden Frauen zur Verfügung.

382 RIEPL-SCHMIDT, Maja in: KIENLE, Else: Frauen - Aus dem Tagebuch einer Ärztin (Berlin 1932), S. 158

383 DIENEL, Christiane: „Das 20. Jahrhundert (I) - Frauenbewegung, Klassenjustiz und das Recht auf Selbstbestimmung der Frau", in: JÜTTE, Robert (Hg.): Geschichte der Abtreibung - Von der Antike bis zur Gegenwart, 1993, S. 150; SAATZ, Ursula: § 218, Das Recht der Frau ist unteilbar - Über die Auswirkungen des § 218 und die Bewegung gegen die Abtreibungsgesetzgebung zur Zeit der Weimarer Republik, 1991, S. 25-26

384 SCHRÖDER, Hannelore: Die Rechtlosigkeit der Frau im Rechtsstaat, 1979, S. 61

385 DIENEL, Christiane: „Das 20. Jahrhundert (I) - Frauenbewegung, Klassenjustiz und das Recht auf Selbstbestimmung der Frau", in: JÜTTE, Robert (Hg.): Geschichte der Abtreibung - Von der Antike bis zur Gegenwart, 1993, S. 150

Häufiger (in ca. 15-25 % der Fälle[386]) traten als Folge einer Abtreibung gesundheitliche Dauerschäden bei der Frau auf (z.B.: chronische Schmerzen, Verwachsungen, Unfruchtbarkeit).[387]

Trotz hoher Abtreibungszahlen war gleichzeitig ein erhebliches staatliches Verfolgungsdefizit zu beobachten: Obwohl für Deutschland zwischen 1882 und 1912 die Zahl der illegalen Abtreibungen pro Jahr auf zwischen 300.000 und 500.000 geschätzt wurde, kam es aufgrund des § 218 StGB im Jahresdurchschnitt zu weniger als tausend Verurteilungen.[388] Während des ersten Weltkrieges und danach stieg die Zahl der illegalen Abtreibungen nochmals deutlich an und erreichte während der Weltwirtschaftskrise ihren Höhepunkt mit geschätzten 800.000 bis 1.000.000 Abtreibungen pro Jahr. Nach diesen Zahlen kam Anfang der dreißiger Jahre in Deutschland fast auf jede Geburt eine Abtreibung.[389] Andere Quellen schätzen die Zahlen der illegalen Abtreibungen niedriger ein (z.B. ca. 200.000 im Jahr 1924).[390] Die Zahl der Verurteilungen wegen illegaler Abtreibung lag demgegenüber zwischen 1921 und 1933 im Durchschnitt lediglich bei ca. 4.000 bis 5.000 jährlich.[391]

Diese extreme Diskrepanz zwischen Gesellschaftswirklichkeit und geltendem Recht beruhte u.a. darauf, dass der klaren, von der katholischen Moraltheologie übernommenen Position des Gesetzgebers zur Entstehung menschlichen Lebens, eine völlig abweichende Haltung der deutschen Frauen zur ungeborenen Leibesfrucht gegenüberstand. Diese betrachteten ihre Leibesfrucht bis ungefähr zum fünften Monat, bzw. bis zu dem Zeitpunkt, wo sich merkbare Bewegungen des Kindes fühlen ließen, als leblos und unbeseelt. Nach den 1874 getroffenen Feststellungen des Strafrechtlers *Holtzendorff* empfanden es auch *„gebildete, religiöse und häuslich tugendhafte Frauen“* nicht als Unrecht, in der ersten Zeit nach dem befürchteten Eintritt einer Schwangerschaft

---

386 HAMMER, Margot: Häufigkeit, Ursachen und Folgen der kinderlosen Ehen, unter Berücksichtigung der gewollten Kinderlosigkeit, 1964, S. 45

387 DIENEL, Christiane: „Das 20. Jahrhundert (I) - Frauenbewegung, Klassenjustiz und das Recht auf Selbstbestimmung der Frau“, in: JÜTTE, Robert (Hg.): Geschichte der Abtreibung - Von der Antike bis zur Gegenwart, 1993, S. 151

388 SEIDLER, Eduard: „Das 19. Jahrhundert - Zur Vorgeschichte des § 218“, in: JÜTTE, Robert (Hg.): Geschichte der Abtreibung - Von der Antike bis zur Gegenwart, 1993, S. 135, 137

389 DIENEL, Christiane: „Das 20. Jahrhundert (I) - Frauenbewegung, Klassenjustiz und das Recht auf Selbstbestimmung der Frau“, in: JÜTTE, Robert (Hg.): Geschichte der Abtreibung - Von der Antike bis zur Gegenwart, 1993, S. 143; SAATZ, Ursula: § 218, Das Recht der Frau ist unteilbar - Über die Auswirkungen des § 218 und die Bewegung gegen die Abtreibungsgesetzgebung zur Zeit der Weimarer Republik, 1991, S. 24-25

390 RIEPL-SCHMIDT, Maja in: KIENLE, Else: Frauen - Aus dem Tagebuch einer Ärztin (Berlin 1932), S. 157

391 DIENEL, Christiane: „Das 20. Jahrhundert (I) - Frauenbewegung, Klassenjustiz und das Recht auf Selbstbestimmung der Frau“, in: JÜTTE, Robert (Hg.): Geschichte der Abtreibung - Von der Antike bis zur Gegenwart, 1993, S. 151; SAATZ, Ursula: § 218, Das Recht der Frau ist unteilbar - Über die Auswirkungen des § 218 und die Bewegung gegen die Abtreibungsgesetzgebung zur Zeit der Weimarer Republik, 1991, S. 21

die Menstruation wiederherzustellen.[392] Diese Haltung der Frauen blieb auch Anfang des 20. Jahrhunderts unverändert. Sie betrachteten trotz des gesetzlichen Verbotes den Abbruch der Schwangerschaft im frühen Stadium weiterhin nicht als Unrecht und griffen auf diese Methode auch als Alternative zur Empfängnisverhütung zurück.[393] Dies galt insbesondere für die unteren, weniger gebildeten Volksschichten, deren Zugang zu empfängnisverhütenden Mitteln und Verhütungsmittelwissen aufgrund des strafrechtlichen Werbeverbotes erschwert war.[394]

Das unausgewogene Verhältnis von Rechtslage (Verbot der Abtreibung) und Gesellschaftswirklichkeit (hohe Abtreibungszahlen, mangelndes Unrechtsbewusstsein in der Bevölkerung, Strafverfolgungsdefizit) führte dazu, dass das strafrechtliche Abtreibungsverbot immer wieder in Rechtswissenschaft, Politik und Gesellschaft diskutiert wurde. Am Ende des 19. Jahrhunderts wurde sogar von bedeutenden Juristen die Auffassung vertreten, dass das Abtreibungsverbot völlig aufgehoben werden sollte, da es dem Ansehen der Rechtsordnung insgesamt schade, in seiner Anwendung sowieso nur die ärmeren Bevölkerungsschichten treffe und das Strafmaß viel zu hoch sei und dem Empfinden weiter Volkskreise widerspreche.[395] Allerdings hat sich diese Ansicht nicht durchgesetzt. Vielmehr war die öffentliche Debatte zur Abtreibung Anfang des 20. Jahrhunderts durch alle politischen Lager von der Überzeugung getragen, dass ein Verbot der Abtreibung auch als Mittel der quantitativen Bevölkerungspolitik erforderlich sei[396], denn der Bevölkerungsrückgang (insbesondere nach dem verlorenen Ersten Weltkrieg) wurde als ernste Gefahr für den Staat angesehen. Gleichzeitig waren in der Diskussion um die Abtreibung der Schutz der Mutter und des ungeborenen Kindes als Individuen nur von nachrangiger Bedeutung: Das Verbot der Abtreibung und die damals diskutierten Maßnahmen zu seiner besseren Durchsetzung wurden in erster Linie unter dem Aspekt der Steigerung der Geburtenziffern und der Wahrung der Gebärfähigkeit der deutschen Frauen behandelt. Zur Erreichung dieses Zwecks wurden dem Bundesrat 1918 drei Gesetzesentwürfe vorgelegt, welche die Bekämpfung von Geschlechtskrankheiten, die Unterbindung von Werbung für Verhütungsmittel und die weitere Beschränkung der Abtreibung zum Zweck hatten. Allerdings kam es wegen der

---

[392] SEIDLER, Eduard: „Das 19. Jahrhundert - Zur Vorgeschichte des § 218“, in: JÜTTE, Robert (Hg.): Geschichte der Abtreibung - Von der Antike bis zur Gegenwart, 1993, S. 124-125; KIENLE, Else: Frauen - Aus dem Tagebuch einer Ärztin (Berlin 1932), S. 62 ff., in deren zahlreichen Fallstudien sich eine entsprechende Haltung der abtreibungswilligen Frauen deutlich widerspiegelt

[393] DIENEL, Christiane: „Das 20. Jahrhundert (I) - Frauenbewegung, Klassenjustiz und das Recht auf Selbstbestimmung der Frau“, in: JÜTTE, Robert (Hg.): Geschichte der Abtreibung - Von der Antike bis zur Gegenwart, 1993, S. 143; SAATZ, Ursula: § 218, Das Recht der Frau ist unteilbar - Über die Auswirkungen des § 218 und die Bewegung gegen die Abtreibungsgesetzgebung zur Zeit der Weimarer Republik, 1991, S. 15

[394] KIENLE, Else: Frauen - Aus dem Tagebuch einer Ärztin (Berlin 1932), S. 146-148

[395] SEIDLER, Eduard: „Das 19. Jahrhundert - Zur Vorgeschichte des § 218“, in: JÜTTE, Robert (Hg.): Geschichte der Abtreibung - Von der Antike bis zur Gegenwart, 1993, S. 138

[396] KIENLE, Else: Frauen - Aus dem Tagebuch einer Ärztin (Berlin 1932), S. 137-139

Revolution nicht zur Verabschiedung dieser Gesetze.[397] Auch in der Weimarer Republik wurde die Diskussion um die Strafwürdigkeit der Abtreibung weitergeführt. Seitens der Arbeiterparteien wurden zwischen 1920 und 1924 mehrere Gesetzgebungsvorhaben zur Lockerung, bzw. Aufhebung des geltenden Abtreibungsrechts im Reichstag beantragt, alle diese Anträge wurden abgelehnt.[398] Einig war man sich in politischen Kreisen allerdings weitgehend über die Notwendigkeit einer gesetzlichen Regelung der medizinischen Indikation, zusätzlich wurde nun auch ernsthaft die Forderung nach einer sozialen Indikation diskutiert.[399] 1926 wurden die Vorschriften der §§ 218-220 StGB-1871 auf Betreiben der Arbeiterparteien, die ihn als eine besonders die armen Bevölkerungsschichten treffende Strafvorschrift kritisierten, abgeändert und in einem neuen § 218 StGB-1871 zusammengefasst.[400] Inhaltlich wurde das Verbot der Abtreibung ebenfalls umgestaltet. Wichtigste Änderung war, dass die Zuchthausstrafe für die Schwangere selbst abgeschafft wurde und die Gefängnisstrafe bei mildernden Umständen auf minimal einen Tag festgesetzt werden konnte.[401] Gleichzeitig wurde das Strafmaß für andere Personen, die eine Abtreibung durchführten oder förderten, liberaler gestaltet.[402] Aufgrund von Theaterstücken, Filmen und Presseberichten über umfangreiche Abtreibungsprozesse kam es gegen Ende der zwanziger Jahre zu einer Reihe öffentlicher Proteste und Kundgebungen gegen den § 218 StGB in der damals gültigen Fassung, diese Protestbewegung flaute aber bereits Ende 1931 ab, ohne dass es zu einer Gesetzesänderung kam.[403] Völlig entgegengesetzt zu dieser langsamen Entwicklung eines liberaleren gesellschaftlichen und gesetzlichen Umganges mit dem Schwangerschaftsabbruch stand die Haltung der katholischen Kirche: Mit der Enzyklika „Casti connubii“ aus dem Jahr 1930 verurteilte die katholische Kirche ausdrücklich die Abtreibung als schwere Sünde.[404] In der Enzyklika wurde der Gesetzgeber ausdrücklich aufgefordert, *„durch zweckmäßige Gesetze und Strafen das Leben der Unschuldigen*

[397] DIENEL, Christiane: „Das 20. Jahrhundert (I) - Frauenbewegung, Klassenjustiz und das Recht auf Selbstbestimmung der Frau“, in: JÜTTE, Robert (Hg.): Geschichte der Abtreibung - Von der Antike bis zur Gegenwart, 1993, S. 154-155

[398] RIEPL-SCHMIDT, Maja in: KIENLE, Else: Frauen - Aus dem Tagebuch einer Ärztin (Berlin 1932), S. 157

[399] DIENEL, Christiane: „Das 20. Jahrhundert (I) - Frauenbewegung, Klassenjustiz und das Recht auf Selbstbestimmung der Frau“, in: JÜTTE, Robert (Hg.): Geschichte der Abtreibung - Von der Antike bis zur Gegenwart, 1993, S. 163

[400] SAATZ, Ursula: § 218, Das Recht der Frau ist unteilbar - Über die Auswirkungen des § 218 und die Bewegung gegen die Abtreibungsgesetzgebung zur Zeit der Weimarer Republik, 1991, S. 18-19

[401] DIENEL, Christiane: „Das 20. Jahrhundert (I) - Frauenbewegung, Klassenjustiz und das Recht auf Selbstbestimmung der Frau“, in: JÜTTE, Robert (Hg.): Geschichte der Abtreibung - Von der Antike bis zur Gegenwart, 1993, S. 164

[402] SAATZ, Ursula: § 218, Das Recht der Frau ist unteilbar - Über die Auswirkungen des § 218 und die Bewegung gegen die Abtreibungsgesetzgebung zur Zeit der Weimarer Republik, 1991, S. 18-19

[403] DIENEL, Christiane: „Das 20. Jahrhundert (I) - Frauenbewegung, Klassenjustiz und das Recht auf Selbstbestimmung der Frau“, in: JÜTTE, Robert (Hg.): Geschichte der Abtreibung - Von der Antike bis zur Gegenwart, 1993, S. 167

[404] DIENEL, Christiane: „Das 20. Jahrhundert (I) - Frauenbewegung, Klassenjustiz und das Recht auf Selbstbestimmung der Frau“, in: JÜTTE, Robert (Hg.): Geschichte der Abtreibung - Von der Antike bis zur Gegenwart, 1993, S. 159

[ungeborenen Kinder] zu schützen".[405] Allerdings zeigte diese Aufforderung in Deutschland bis 1933 nicht den gewünschten Erfolg.

In der Zeit von 1933 bis 1945 wurden die gesetzlichen Regelungen des Schwangerschaftsabbruchs entscheidend verändert, wobei in erster Linie der *„rassische Wert"* des Fötus und dessen Eignung zur Stärkung oder Schwächung der *„deutschen Volkskraft"* die entscheidenden Kriterien für Zulässigkeit oder Unzulässigkeit einer Abtreibung darstellten. Diese Neugestaltung des Abtreibungsrechtes diente ausschließlich der Durchsetzung eugenischer, rassischer und bevölkerungspolitischer Ziele der nationalsozialistischen Regierung.[406]

Welche grundsätzlichen Positionen des Staates zu Fortpflanzungsgrundrechten lassen sich aus den rechtlichen Regelungen zum Schwangerschaftsabbruch zwischen 1871 und 1933 ableiten? Zunächst ist zu beachten, dass zum Zeitpunkt einer bereits eingetretenen Schwangerschaft die für die Fortpflanzung erforderlichen Handlungen der genetischen und physiologischen Eltern bereits erfolgt sind, die Fortpflanzung bedarf nur noch der Vollendung durch Austragung des Kindes seitens der Frau. Der Vater hat bereits alle für die Fortpflanzung erforderlichen Handlungen (Zeugung des Kindes) abgeschlossen. Dementsprechend geht es bei der staatlichen Regelung des Schwangerschaftsabbruchs (strafrechtliches Verbot) nicht um eine Beschränkung der positiven Fortpflanzungsentscheidung, sondern lediglich um die Einschränkung der in einem späten Stadium der bereits in Gang gesetzten Fortpflanzung stattfindenden negativen Fortpflanzungsentscheidung (vgl. hierzu Teil 1, Abschnitt 1.1.1.).

Das grundsätzliche Verbot des Schwangerschaftsabbruchs lässt den Rückschluss zu, dass die Rechtsordnung zwischen 1871 und 1933 einer schwangeren Frau oder dem Kindsvater nicht das Recht zugestanden hat, über die Austragung eines bereits gezeugten Kindes nach eigenem Gutdünken zu entscheiden. Inwieweit hierdurch fortpflanzungsbezogene Grundrechte der Frau oder des Kindsvaters relevant sein könnten, ob also der Staat das Recht hat, die Abtreibung beliebig zu gestatten oder zu verbieten, ist damals nicht vertieft diskutiert worden. Dies liegt darin begründet, dass ein Verbot der Abtreibung auch mit bevölkerungspolitischen Zielen gerechtfertigt wurde, gegenüber denen Individualrechte der Schwangeren als nachrangig galten. Im Anschluss an das Inkrafttreten des § 218 StGB-1871 wurde lediglich die Grundlage für eine staatliche Ermächtigung zum Verbot der Abtreibung aus sozialpathologischer Sicht wie folgt diskutiert: Auf der einen Seite stand der liberale Standpunkt, welcher der Frau ein Recht auf ihren Körper und damit ein Recht auf die Beseitigung ihrer Leibesfrucht

---

[405] SAATZ, Ursula: § 218, Das Recht der Frau ist unteilbar - Über die Auswirkungen des § 218 und die Bewegung gegen die Abtreibungsgesetzgebung zur Zeit der Weimarer Republik, 1991, S. 42

[406] GANTE, Michael: „Das 20. Jahrhundert (II) - Rechtspolitik und Rechtswirklichkeit 1927-1976", in: JÜTTE, Robert (Hg.): Geschichte der Abtreibung - Von der Antike bis zur Gegenwart, 1993, S. 171-172

zugestand. Auf der anderen Seite stand die herrschende Meinung, welche die Fortpflanzung nicht als eine Privatangelegenheit des Individuums, d.h. der schwangeren Frau einstufte, sondern als Sache der Gesellschaft und dass deshalb das Individuum keine Berechtigung habe, über Austragung oder Abtreibung des Fötus frei zu entscheiden.[407] Aus der Diskussion um die Abtreibung lässt sich dementsprechend klar der Grundsatz entnehmen, dass der Staat im Kaiserreich und während der Weimarer Republik davon ausging, dass er ein Recht darauf habe, von seinen Bürgerinnen die Austragung von bereits gezeugten Kindern auch im Interesse der Volkserhaltung zu verlangen. Nach Einleitung der Tätigkeit Fortpflanzung durch Zeugung eines Kindes wurde weder der schwangeren Frau, noch dem Kindsvater das Recht zugestanden, die Vollendung der Fortpflanzung (d.h. die Geburt eines Kindes) zu verhindern. Ein Recht auf Verhinderung der Vollendung der Fortpflanzung nach Eintritt einer Schwangerschaft war dementsprechend nicht anerkannt. Interessant ist, dass der Einfluss strafrechtlicher Normen auf das Abtreibungsverhalten schwangerer Frauen in der sozialen Wirklichkeit Deutschlands zwischen 1871 und 1933 nachweislich gering war. Dies lässt den Rückschluss zu, dass der vom Staat als selbstverständlich angesehene Anspruch auf Austragung eines bereits gezeugten Kindes durch die Schwangere keine entsprechende Bestätigung in der Bevölkerung, zumindest nicht bei den konkret betroffenen schwangeren Frauen fand.

2.1.4. Die Diskussion um die Zwangssterilisation

Unter dem Begriff „Sterilisation“ ist die Unterbindung der Eileiter der Frau oder der Samenleiter des Mannes zum Zweck der dauerhaften Unfruchtbarmachung zu verstehen. Demgegenüber werden bei der „Kastration“ die Keimdrüsen entfernt, was Störungen der Libido, der Fähigkeit zum Sexualverkehr und des hormonellen Steuerungssystems zur Folge hat.[408] Bereits um 1900 wurde in Deutschland von Medizinern und Rechtswissenschaftlern über Erforderlichkeit und Zulässigkeit einer eugenisch motivierten Sterilisation bestimmter Bevölkerungsteile diskutiert. Diese öffentliche Aufmerksamkeit für die Eugenik (damals auch allgemein als „Rassenhygiene“ bezeichnet), war zwischen 1900 und 1905 besonders ausgeprägt und lebte dann kurz vor dem 1. Weltkrieg nochmals auf.[409] Die Wissenschaft der Eugenik war gerade neu entdeckt worden und man erhoffte sich durch das Mittel der Sterilisation eine *„biologische Verbesserung“* der Bevölkerung. Vor allem wollte man sich davor schützen, dass *„schädliche Neigungen und körperliche und geistige Defekte“* an die Nachkommen weitergegeben wurden. Man wollte verhindern, dass eine Person, die als nachteilig für die Gesamtbevölkerung galt, sich fortpflanzte, um langfristig die Gesellschaft von derartigen *„unerwünschten Individuen“*

---

[407] SEIDLER, Eduard: „Das 19. Jahrhundert - Zur Vorgeschichte des § 218“, in: JÜTTE, Robert (Hg.): Geschichte der Abtreibung - Von der Antike bis zur Gegenwart, 1993, S. 136

[408] HOFFMANN, Birgit: Sterilisation geistig behinderter Erwachsener - Betreuungsrechtliche Behandlung und strafrechtliche Sanktionierung, 1996, S. 33

[409] DIENEL, Christiane: Kinderzahl und Staatsräson - Empfängnisverhütung und Bevölkerungspolitik in Deutschland und Frankreich bis 1918, 1995, S. 39

freizuhalten.[410] Dabei war aufgrund des damaligen Standes der medizinischen und biologischen Wissenschaft die Beurteilung einer Veranlagung als erblich höchst unsicher.[411] Eine vergleichbare Diskussion über Eugenik und Rassenhygiene wurde damals in weiten Teilen der westlichen Welt geführt, mit der Folge, dass in einigen europäischen Ländern und den U.S.A. gesetzliche Regelungen erlassen wurden.[412] Bis die nationalsozialistische Reichsregierung das „Gesetz zur Verhütung erbkranken Nachwuchses“ vom 14.07.1933 verabschiedete, war in Deutschland eine Sterilisation ohne Einwilligung des Betroffenen nicht möglich. Eine Sterilisation war eine Straftat nach §§ 224, 225 des Reichsstrafgesetzbuches von 1871 (StGB-1871). Die Unfruchtbarmachung durch einen Arzt erfüllte grundsätzlich immer den Tatbestand der schweren Körperverletzung („Verlust der Zeugungsfähigkeit“). Die Rechtswidrigkeit eines solchen ärztlichen Eingriffs wurde nur bei medizinischer Notwendigkeit, wie allgemein bei Heileingriffen, als aufgehoben betrachtet. Bestand, wie bei Sterilisation zu eugenischen Zwecken, keine therapeutische Notwendigkeit dieses Eingriffs, so fiel diese trotz Einwilligung des Betroffenen unter die Strafandrohung der §§ 224, 225 StGB-1871.[413] Um die Legalisierung eugenisch motivierter freiwilliger Sterilisationen zu erreichen, war in der Endphase der Weimarer Republik ein Gesetzesentwurf entstanden, der aber aufgrund der politischen Lage nicht mehr zur Abstimmung kam und von der nationalsozialistischen Reichsregierung später grundlegend verändert wurde. Der ursprüngliche Gesetzentwurf stellte nur auf freiwillige eugenisch motivierte Sterilisationen ab, was auch den Forderungen des Großteils der Vererbungswissenschaftler und Mediziner vor 1933 entsprach.[414]

Soweit in der juristischen Wissenschaft zwischen 1900 und 1933 über die rechtliche Möglichkeit einer Zwangssterilisation diskutiert wurde, sah man das Problem einer Grundrechtskollision. Allerdings setzte man sich nicht dogmatisch mit einem Grundrecht auf Fortpflanzung auseinander. Die Zwangssterilisation wurde von der herrschenden Meinung allgemein als Eingriff in die *„ureigenste Sphäre“* des Einzelnen angesehen. Zur Begründung wurde angeführt, dass das Zeugungsrecht wie das Lebensrecht zu den allerpersönlichsten Rechten eines Individuums gehöre, das der Staat niemals antasten dürfe. Man stellte sich die Frage, ob die menschliche Gesellschaft dennoch in besonderen Fällen das Recht habe, bestimmte Individuen von der Fortpflanzung

[410] MÜLLER, Joachim: Sterilisation und Gesetzgebung bis 1933; 1985, S. 47-52, 57-68

[411] MÜLLER, Joachim: Sterilisation und Gesetzgebung bis 1933; 1985, S. 59, 78-83

[412] MÜLLER, Joachim: Sterilisation und Gesetzgebung bis 1933; 1985, S. 33-47 m.w.N.; MAYER, Joseph: Gesetzliche Unfruchtbarmachung Geisteskranker; 1927, S. 176-210; HOHMANN, Joachim S.: Sexualforschung und -aufklärung in der Weimarer Republik - Eine Übersicht in Materialien und Dokumenten, 1985, S. 7-8

[413] HOFFMANN, Birgit: Sterilisation geistig behinderter Erwachsener - Betreuungsrechtliche Behandlung und strafrechtliche Sanktionierung, 1996, S. 38-42; MÜLLER, Joachim: Sterilisation und Gesetzgebung bis 1933; 1985, S. 52-57, MAYER, Joseph: Gesetzliche Unfruchtbarmachung Geisteskranker; 1927, S. 297-298 m.w.N.

[414] MÜLLER, Joachim: Sterilisation und Gesetzgebung bis 1933; 1985, S. 84-85

künstlich auszuschließen.[415] Es wurde diskutiert, ob ein Eingriff in die Fortpflanzungsfähigkeit des Einzelnen dadurch gerechtfertigt sein könnte, dass hinter dem Interesse der Gesellschaft an einer gesunden Volksgemeinschaft die Fortpflanzungsinteressen des Individuums zurückstehen müssten.[416] In einer umfangreichen rechtswissenschaftlichen Untersuchung von *Mayer* zur Frage der Sterilisation Geisteskranker heißt es hierzu:

> „[...] Ebenso muss der Staat ein Einspruchsrecht gegen die Fortpflanzung derartiger Individuen [Idioten, Paranoiker und Gewohnheitsverbrecher] haben, falls der in ihnen lebende Keim, also ihre mögliche Nachkommenschaft, eine große Gefahr für den Staat bedeutet und sogar seinen allmählichen Untergang herbeizuführen droht. Diese Befugnis liegt im natürlichen Recht der Gesellschaft auf Selbsterhaltung, ja schon im Wesen des Staates begründet. [...] Der Staat muss ferner das Recht haben, seine Schutzbefohlenen vor sicheren oder wahrscheinlichen Gefahren der Zukunft zu bewahren. [...] Wir müssen hier, selbst wenn dieses Recht des Staates nicht aus dem natürlichen Gesetz der Selbsterhaltung oder aus positiven, göttlichen Gesetzen abgeleitet werden könnte, einen Notzustand des Staates gelten lassen. [...] Der Abwehrkampf gegen die zukünftigen Verderber des Staates kann allerdings nicht Notwehr im juristischen Sinne genannt werden, weil die Gefahr nicht gegenwärtig, sondern zukünftig ist, weil eben die angreifenden Feinde noch gar nicht existieren. Einen Notstand der Gesellschaft aber möchte ich gelten lassen.“[417]

Trotz der Feststellung, dass dem Staat theoretisch als letztes Mittel das Recht zustehen würde, in bestimmten Fällen eine Zwangssterilisation durchzuführen, war man sich durchaus der Probleme bei der Durchführung bewusst. Nicht zuletzt wegen des unzureichendes Standes der Medizin und der Sozialwissenschaft, sowie aufgrund der erheblichen Missbrauchsgefahr wurde von der überwiegenden Meinung eine zwangsweise Regelung abgelehnt.[418] Dementsprechend heißt es weiter in der bereits zitierten Untersuchung von *Mayer*:

> „[...] Dagegen geht aus unserer ganzen Abhandlung mit aller Deutlichkeit hervor, dass praktisch eine gesetzliche Regelung der Sterilisierung Geisteskranker gegenwärtig sicher verfrüht, unzweckmäßig und undurchführbar, infolgedessen auch praktisch unerlaubt und sittlich verwerflich wäre.“[419]

Als Ergebnis aus der Debatte zur Zwangssterilisation vor 1933 bleibt festzuhalten, dass die Fortpflanzung schon damals der Persönlichkeitssphäre des Einzelnen zugeordnet wurde, in die der Staat grundsätzlich nicht eingreifen durfte. Theoretisch sollte ein Eingriff mit dem Notstand des Staates zu rechtfertigen sein, wenn ansonsten dessen Untergang zu befürchten sei; die Voraussetzungen hierfür wurden aber nicht genauer diskutiert, da man von einem solchen Notstand aufgrund der damaligen wissenschaftlichen Erkenntnis nicht ausgehen konnte.

[415] MAYER, Joseph: Gesetzliche Unfruchtbarmachung Geisteskranker; 1927, S. 17, 138, 142

[416] MAYER, Joseph: Gesetzliche Unfruchtbarmachung Geisteskranker; 1927, S. 17-22 m.w.N.

[417] MAYER, Joseph: Gesetzliche Unfruchtbarmachung Geisteskranker; 1927, S. 17-19, 56

[418] MÜLLER, Joachim: Sterilisation und Gesetzgebung bis 1933; 1985, S. 84-85

[419] MAYER, Joseph: Gesetzliche Unfruchtbarmachung Geisteskranker; 1927, S. 443

2.1.5. Zusammenfassung: Staatlicher Umgang mit der Fortpflanzung zwischen 1871 und 1933

Beim Entwurf des familienrechtlichen Teils des Bürgerlichen Gesetzbuches in der Fassung von 1900 stand die rechtliche Ordnung der Familie im Zentrum zahlreicher widerstreitender Interessen, was sowohl die verschiedenen politischen Kräfte, als auch mächtige gesellschaftliche Gruppen, wie z.B. die christlichen Kirchen umfasste.[420] Bei der Schaffung des BGB wurde eine *„christliche Gesamtanschauung"* des deutschen Volkes vorausgesetzt, die bereits aufgrund der damals gegebenen Verhältnisse in hohem Maße obsolet geworden war.[421] Das Bild, das das BGB von der bürgerlichen Familie als einheitliche Lebensform entwarf, entsprach der Lebenswirklichkeit der Mehrheit der deutschen Bevölkerung zu Beginn des 20. Jahrhunderts nicht.[422] Dennoch übernahm das BGB das Leitbild der christlich-sittlichen Ehe und legte dieses als vorgegebene, übersittliche Ordnung fest.[423] Gleichzeitig wurden Alternativen zur bürgerlichen Ehe (z.B. die nichteheliche Lebensgemeinschaft) bewusst diskriminiert, um ein dem Leitbild des Gesetzgebers entsprechendes Verhalten der Bürgerinnen und Bürger zu erzwingen. Die Tätigkeit der Fortpflanzung in der Ehe wurde besonders geschützt, sowohl gegen staatliche Eingriffe, als auch gegen Eingriffe Dritter (z.B. durch Pönalisierung des Ehebruchs). Parallel hierzu wurden die äußeren Umstände der außerehelichen Fortpflanzung durch Verfolgung des Konkubinats und die rechtliche Diskriminierung nichtehelicher Mütter und Kinder vom Staat so abschreckend wie möglich gestaltet. Bereits bei der Betrachtung des Nichtehelichenrechts wird die patriarchalische Ausrichtung des Rechtes im Untersuchungszeitraum deutlich, denn die Folgen unerwünschter außerehelicher Schwangerschaften trugen in erster Linie die Frauen. Der nichteheliche Vater wurde, im Gegensatz zur nichtehelichen Mutter, von der Rechtsordnung nicht faktisch diskriminiert.

Während die positive Fortpflanzungsentscheidung unverheirateter Personen verpönt war, genoss die positive Fortpflanzungsentscheidung verheirateter Personen staatlichen Schutz. Dieser Schutz der positiven ehelichen Fortpflanzungsentscheidung einer Person durch den Staat wirkte sogar innerhalb der Ehe, da er auch gegen den Willen des anderen Ehepartners durchgesetzt werden konnte. Dies war möglich, weil die Verweigerung sexueller ehelicher Pflichten als Scheidungsgrund anerkannt wurde und zudem die Vergewaltigung in der Ehe lediglich als Nötigung strafrechtlich verfolgt werden konnte. Bei Betrachtung der Wechselwirkungen des Ehe- und Strafrechts im

---

[420] BLASIUS, Dirk: Ehescheidung in Deutschland 1794-1945, 1987, S. 127-128

[421] BLASIUS, Dirk: Ehescheidung in Deutschland 1794-1945, 1987, S. 135

[422] RICHTER, Ingo: „Das Recht der Kindheit in der Entwicklung", in: LANGE, Andreas/LAUTERBACH, Wolfgang (Hg.): Kinder in Familie und Gesellschaft - zu Beginn des 21sten Jahrhunderts, 2000, S. 295

[423] HARMS-ZIEGLER, Beate: Illegitimität und Ehe - Illegitimität als Reflex des Ehediskurses in Preußen im 18. und 19. Jahrhundert, 1991, S. 308

Untersuchungszeitraum wird die patriarchalische Ausrichtung dieses Rechts besonders deutlich, denn die dargestellten Regelungen führten vor allem zu einer Beschränkung der sexuellen Selbstbestimmung von verheirateten Frauen. Insbesondere konnten verheiratete Frauen es sich wegen ihrer durch das Recht vorgegebenen schlechteren wirtschaftlichen Stellung kaum leisten, wegen Verweigerung der ehelichen Pflichten als schuldig geschieden zu werden. Auch die Privilegierung der Vergewaltigung in der Ehe begünstigte faktisch allein den Ehemann.

Wie sowohl der staatliche Umgang mit Verhütungsmitteln als auch die Strafbarkeit der Abtreibung zeigen, ging der Staat davon aus, das Recht zu haben, von seinen Bürgerinnen und Bürgern die Zeugung und Austragung von Kindern verlangen zu dürfen. Diese Haltung wurde mit dem Interesse des Staates an der Erhaltung des deutschen Volkes gerechtfertigt, Individualrechte der Partner einer Geschlechtsgemeinschaft spielten bei dieser Beurteilung keine erkennbare Rolle. Eine negative Fortpflanzungsentscheidung war bei Durchführung einvernehmlichen Geschlechtsverkehrs weder vor noch nach Entstehung eines Kindes anerkannt. Besonders interessant ist, dass sich dieser Anspruch des Staates nicht nur auf die eheliche Fortpflanzung beschränkte, sondern auch die Verhinderung der Zeugung mit künstlichen Mitteln und der Schwangerschaftsabbruch bei unverheirateten Personen von den gesetzlichen Regelungen betroffen waren. Der Staat hatte zwar ein Interesse daran, die „Unmoral“ des außerehelichen Geschlechtsverkehrs zu unterbinden, fand allerdings außerehelicher Geschlechtsverkehr mit der Folge der Zeugung eines Kindes statt (z.B. weil der Zugang zu Verhütungsmitteln erschwert war), so wurde auch von der nichtehelichen Schwangeren die Austragung des Kindes gefordert, worauf dann die rechtliche Diskriminierung der nichtehelichen Mutter und ihres Kindes durch die Rechtsordnung folgte.

Aus der Diskussion um die Zwangssterilisation kann gefolgert werden, dass zumindest die körperliche Fähigkeit zur Zeugung oder Empfängnis von Kindern als Individualrecht einer einzelnen Person anerkannt war. In diesem Bereich wurde eine Eingriffskompetenz des Staates zwar nicht völlig abgelehnt, aber doch extrem restriktiv beurteilt. Daher war im Untersuchungszeitraum anerkannt, dass die notwendigen körperlichen Voraussetzungen zur Umsetzung einer positiven Fortpflanzungsentscheidung grundsätzlich gegen staatliche Eingriffe geschützt waren.

Es ist festzuhalten, dass sich aus den dargestellten rechtlichen Regelungen auch geschlechtsspezifisch verschiedene Haltungen des Staates in Bezug auf fortpflanzungsrelevante Rechtspositionen seiner Bürgerinnen und Bürger ableiten lassen. Gerade bei der Tätigkeit Fortpflanzung, die nur von zwei gegengeschlechtlichen Personen durchgeführt werden kann, fällt auf, dass die Diskriminierung der Frau im Umfeld der Fortpflanzung (z.B. ihre weitgehend rechtlose Stellung in der Beziehung der Ehegatten untereinander oder ihre schlechte Rechtsposition als Mutter eines

nichtehelichen Kindes, sowie der auch mit bevölkerungspolitischen Gründen gerechtfertigte Anspruch des Staates auf Austragung ungewollter Schwangerschaften durch seine Bürgerinnen) Tradition in der Geschichte des deutschen Rechts hat.

Der Vergleich der Rechtslage mit der Gesellschaftswirklichkeit zwischen 1871 und 1933 in Bezug auf das Verbot der Abtreibung, den Umgang mit Verhütungsmitteln und die Regelungen der Ehe und der nichtehelichen Gemeinschaft zeigt zudem deutlich, dass der staatliche Wille, mit rechtlichen Regelungen auf das Intimleben seiner Bürger Einfluss zu nehmen, nicht die gewünschten Wirkungen hatte.

2.2. Gibt es ein Grundrecht auf Fortpflanzung im Grundgesetz?

Kernthema dieser Arbeit ist die Frage, ob aufgrund der Regelungen im Grundgesetz vom 23.05.1949[424] die Entscheidung für die Fortpflanzung und die dazugehörigen Handlungen geschützt sind. Im Anschluss an den historischen Überblick über den staatlichen Umgang mit der Fortpflanzung zwischen 1871 und 1933 ist daher nun auf die am Ende von Teil 1 im Abschnitt 1.6. aufgeworfenen Fragen zurückzukommen. Zur Beantwortung dieser Fragen ist zum einen der Schutz der normalen Fortpflanzung durch das GG, zum anderen der Schutz der medizinisch assistierten Fortpflanzung durch das GG zu untersuchen.

2.2.1. Untersuchung des Schutzes der normalen Fortpflanzung durch das GG

Will man prüfen, ob die Entscheidung für oder gegen Kinder und die Initiierung und Durchführung der dazugehörigen Handlungen Grundrechtsschutz genießen, so muss man sich zunächst unabhängig von der medizinisch assistierten Fortpflanzung die folgende Frage stellen:

> *„Wird die Fortpflanzung vom Grundgesetz geschützt, ggf. durch welche Artikel und in welchem Umfang?“*

Zur Beantwortung dieser Frage genügt es nicht, die im Grundgesetz niedergelegten Regelungen durchzulesen, denn im Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland steht wörtlich nichts über die Fortpflanzung. Das bedeutet aber nicht, dass es dann kein Grundrecht auf Fortpflanzung geben kann. Speziell im Zusammenhang mit den Problemfeldern der Zwangssterilisation und des Schwangerschaftsabbruches sind bereits in der historischen Diskussion über Teilbereiche der Fortpflanzung Aussagen getroffen worden, die auf einen Grundrechtsschutz der Fortpflanzung hindeuten (vgl. Abschnitt 2.1.3 und 2.1.4). Entsprechende Äußerungen finden sich auch in der Zeit nach 1949 in einigen Gerichtsurteilen und in der allgemeinen juristischen Literatur zu Grundrechten. Bei Überprüfung der Begründung solcher Aussagen fällt allerdings auf, dass die Mehrheit der Angaben in der juristischen Literatur, die einen Grundrechtsschutz der Fortpflanzung allgemein bejahen, auf zwei Quellen zurückzuführen sind: *Dürig's* Kommentierung des Art. 2 Abs. 2 GG, RN 31[425] (die nach einer Änderung des

---

[424] BGBl. I S.1

[425] DÜRIG in: MAUNZ, Theodor/DÜRIG, Günter (Hg.): Kommentar zum Grundgesetz; Stand: 33. Ergänzungslieferung, Nov. 1997, Art. 2 Abs. 2, RN 31

Bearbeiters[426] nicht mehr in der Loseblattsammlung enthalten ist, aber in dieser Arbeit im Rahmen der Untersuchung von Art. 2 Abs. 2 GG wörtlich wiedergegeben wird) und einen Aufsatz von *Ramm* aus dem Jahr 1989[427]. Aktuell ist ein mögliches Recht auf Fortpflanzung nach einem juristischen Konsens über die Grundrechtswidrigkeit von Zwangssterilisationen und Heiratsverboten nunmehr wieder dadurch geworden, dass mit dem Embryonenschutzgesetz ein gezielt auf die menschliche Fortpflanzungstätigkeit ausgerichtetes Strafgesetz erlassen worden ist (vgl. zur Prüfung eines möglichen Schutzes der medizinisch assistierten Fortpflanzung nachfolgend Abschnitt 2.2.2). Eine aktuelle, breit angelegte wissenschaftliche Aufarbeitung des Themas eines möglichen Grundrechts auf Fortpflanzung ist jedoch, soweit ersichtlich, bislang nicht erfolgt.

Nachfolgend soll im Wege der Auslegung einzelner Grundrechte geprüft werden, ob und ggf. durch welche Artikel die zur Fortpflanzung gehörenden Entscheidungen und Handlungen geschützt werden und welchen Umfang der jeweilige Schutzbereich aufweist. Weiterhin ist die Möglichkeit in Erwägung zu ziehen, dass Aspekte der Fortpflanzung von verschiedenen Grundrechten geschützt werden und dass sich aus diesen geschützten Aspekten eine Art „Mosaikgrundrecht“ ergeben kann.

2.2.2. Untersuchung des Schutzes der medizinisch assistierten Fortpflanzung durch das GG

Da es auch ein Ziel dieser Arbeit darstellt zu untersuchen, ob und in welchem Umfang die Nutzung der neuen Methoden der medizinisch assistierten Fortpflanzung Grundrechtsschutz genießt, wird ebenfalls überprüft, wie weit der jeweilige Schutzbereich eines Grundrechts insoweit reicht.

Ein möglicherweise vorliegender Grundrechtsschutz in Bezug auf die Nutzung der Reproduktionsmedizin stellt ein verfassungsrechtliches Novum dar, da die Nutzung solcher Methoden bis vor wenigen Jahren noch nicht möglich war. Bis zur Einführung der medizinisch assistierten Fortpflanzung existierte für bestimmte Formen der Sterilität keine Behandlungsmöglichkeit, daher war die Sterilität schicksalshaft bedingt. Der Staat hatte keinerlei Einflussmöglichkeit und das betroffene Individuum musste seine körperlichen Gegebenheiten oder solche Gegebenheiten bei seiner Partnerin oder seinem Partner hinnehmen. Seit die Möglichkeiten der medizinisch assistierten Fortpflanzung existieren,

---

[426] Mit der 43. Ergänzungslieferung, Februar 2004, wurde eine völlige Neukommentierung zu Art. 2 Abs. 2 GG , erstellt von Dr. Dr. Udo Di Fabio in „MAUNZ, Theodor/DÜRIG, Günter (Hg.): Kommentar zum Grundgesetz“ aufgenommen. Diese Ausführungen haben dementsprechend bei der Einleitung des Promotionsverfahrens noch keine Berücksichtigung gefunden und sind erst bei der Aktualisierung der Arbeit zum Zweck der Publikation eingefügt worden. Da die frühere Kommentierung von Dr. Günter Dürig einen erheblichen Einfluss auf die bisherige juristische Literatur zum Thema „Grundrechtsschutz der Fortpflanzung“ hatte, wird jedoch auch parallel auf seine Ausführungen zurückgegriffen (zit. als: DÜRIG in: MAUNZ, Theodor/DÜRIG, Günter (Hg.): Kommentar zum Grundgesetz; Stand: 33. Ergänzungslieferung, Nov. 1997, Art. 2 Abs. 2).

[427] RAMM, Thilo: Die Fortpflanzung - Ein Freiheitsrecht? JZ 1989, S. 861 ff.

sind bestimmte Formen der Sterilität nicht mehr schicksalshaft. Es hat eine Änderung auf der tatsächlichen Ebene stattgefunden: Sterilität ist eine heilbare Krankheit oder ein im Einzelfall umgehbarer Zustand geworden. Erst hierdurch entstand die Frage, ob der Staat die zur Fortpflanzung notwendige ärztliche Hilfe verbieten kann, ohne in Grundrechte einzugreifen. Dieser Punkt ist bislang in Literatur, Politik und Rechtsprechung nicht systematisch aufgearbeitet worden. In der juristischen Diskussion neuer Fortpflanzungstechnologien, insbesondere in der hierzu veröffentlichten **Literatur** haben von Anfang an Fragen der Menschenwürde des mittels dieser Technologie entstehenden Embryos, bzw. des Kindes im Vordergrund gestanden. Grundrechte der Wunscheltern wurden entweder überhaupt nicht oder nur als Randproblem behandelt.[428]

Die Stellungnahmen in den Beratungen des **Deutschen Bundestages** zur Verabschiedung des ESchG lassen zwar erkennen, dass der Gesetzgeber sich der Möglichkeit bewusst war, dass durch das ESchG der private Lebensbereich der fortpflanzungswilligen Personen berührt sein könnte, in den Debatten während des Gesetzgebungsverfahrens standen aber eindeutig Aspekte des Embryonenschutzes und die Verhinderung missbräuchlicher Anwendungen der neuen Technologie im Vordergrund.[429]

Urteile des BVerfG, die sich mit einem möglichen Recht auf Fortpflanzung (positive Fortpflanzungsentscheidung) in Bezug auf die Inanspruchnahme von Methoden der medizinisch assistierten Fortpflanzung auseinandersetzen, existieren nicht. Vielmehr ist seit Inkrafttreten des ESchG 1991 zu diesem Gesetz kein einziges Gerichtsverfahren durchgeführt worden. In den letzten Jahren sind verstärkt Urteile der obersten Bundesgerichte (insbes. BFH, BGH, BSG) zu Randproblemen der medizinisch assistierten Fortpflanzung (z.B.: steuerliche Absetzbarkeit von Behandlungskosten, Erstattung von Behandlungskosten durch gesetzliche und private Krankenkassen, Arzthaftung, Unterhaltspflichten, vgl. hierzu Teil 1, Abschnitt 1.4.3.-1.4.6.) ergangen, denen die gemeinsame Tendenz zu entnehmen ist, dass die medizinisch assistierte Fortpflanzung in irgendeiner Form Grundrechtsschutz genießt. Z.B. wurde ein Urteil, das explizit darauf eingeht, dass auch die Inanspruchnahme bestimmter Methoden der medizinisch assistierten Fortpflanzung Grundrechtsschutz genießen könnte, 1998 vom

[428] Aussagekräftige Stellungnahmen zu Grundrechten der Wunscheltern enthalten insbesondere die folgenden Publikationen: RAMM, Thilo: Die Fortpflanzung - Ein Freiheitsrecht? JZ 1989, S. 861 ff.; STARCK, Christian: Die künstliche Befruchtung beim Menschen - Zulässigkeit und zivilrechtliche Folgen, Gutachten A für den 56. Deutschen Juristentag, 1986; COESTER-WALTJEN: Die künstliche Befruchtung beim Menschen - Zulässigkeit und zivilrechtliche Folgen, Gutachten B für den 56. deutschen Juristentag, 1986; RICHTER, Ingo: „Von der Freiheit, Kinder zu haben - Verfassungsfragen der gesellschaftlichen Reproduktion“, in: NAUCK, Bernhard/ONNEN-ISEMANN, Corinna (Hg.): Familie im Brennpunkt von Wissenschaft und Forschung, 1995, S. 37-46

[429] vgl. hierzu die Gesetzgebungsmaterialien, insbes.: 230. Sitzung des Bundestages vom 24.10.1990, 11. Wahlperiode, Tagesordnungspunkt 2, zweite und dritte Beratung des von der Bundesregierung eingebrachten Entwurfs eines Gesetzes zum Schutz von Embryonen (Embryonenschutzgesetz - ESchG)

BFH gefällt.[430] Der BFH legt sich aber in der Urteilsbegründung nicht in der möglichen Reichweite des Schutzbereiches eines solchen Grundrechts fest und liefert auch keine Begründung, sondern begnügt sich mit dem Verweis auf zwei Urteile des Schweizerischen Bundesgerichts vom 15.03.1989[431] und 22.12.1993[432]. Das Urteil des BFH stellt im Ergebnis nur fest, dass die Kosten einer homologen künstlichen Befruchtung als außergewöhnliche Belastung steuerlich absetzbar sein können (vgl. Teil 1, Abschnitt 1.4.6.). All diese Urteile werden nachfolgend bei den entsprechenden Grundrechten genauer auf ihren Aussagegehalt untersucht werden.

Bei der notwendigen **Verfassungsinterpretation** in Bezug auf die Methoden der medizinisch assistierten Fortpflanzung besteht bei der Überprüfung eines Schutzes durch das Grundgesetz folgendes Grundproblem: Die hochtechnologisierten Methoden der medizinisch assistierten Fortpflanzung, die eine extrakorporale Zeugung menschlichen Lebens ermöglichen (z.B. ivF und ICSI mit den jeweils anschließend erforderlichen Embryotransfer) wurden erst lange nach Entwurf des Grundgesetzes als Behandlungsmethode für die ärztliche Praxis entwickelt (eine IVF führte erstmals im Jahr 1978 zur Geburt eines Kindes, vgl. zur Entwicklung der medizinisch assistierten Fortpflanzung Teil 1, Abschnitt 1.3.). Eine Ausnahme bilden die Möglichkeiten der Hormonbehandlung und der Insemination, die - zumindest in Grundzügen - bereits beim Erlass des Grundgesetzes bekannt waren und angewendet wurden. Es ist daher in Bezug auf die völlig neuen Methoden der medizinisch assistierten Fortpflanzung, die dem Verfassungsgeber unbekannt waren, zu prüfen, ob überhaupt eine Verfassungsinterpretation zulässig ist, oder ob eine Verfassungsänderung zur Klärung eines Grundrechtes auf Fortpflanzung bei medizinisch assistierter Fortpflanzung erforderlich wäre.

Eine grundrechtsdogmatisch vergleichbare Sachlage (Entwicklung einer Technologie nach Verabschiedung des GG) liegt bei der Frage der Genmanipulation an menschlichen Keimbahnzellen vor. Insoweit vertritt *Zippelius* die Ansicht, dass solche grundlegend neuen Fragen, die nicht in den Willen des Verfassungsgebers aufgenommen sein konnten, nicht durch die Auslegung der Verfassung beantwortet werden können. Seiner Ansicht nach ist der Gesetzgeber gehalten, die Lücke zu schließen. Dieser soll sich am vernunftgeleiteten Rechtsgewissen der Mehrheit zu orientieren haben.[433] Dieser Satz kann nicht auf alle Bereiche der medizinisch assistierte Fortpflanzung übertragen werden, weil z.B. die Insemination und die Hormonbehandlung bereits bei Entwurf und

---

[430] Urteil des BFH v. 18.06.1997, III R 84/96, NJW 1998, S. 854

[431] Schweizerisches Bundesgericht (BGer), Lausanne, Urteil vom 15.03.1989, Az.: 1 P.251 und 254/1988; EuGRZ 1989, 370 ff.

[432] Schweizerisches Bundesgericht (BGer), Lausanne, Urteil vom 22.12.1993, Az.: 1 P.741/1990; EuGRZ 1994, 223 ff.

[433] ZIPPELIUS in: DOLZER, Rudolf/VOGEL, Klaus/GRAßHOF, Karin: (Hg.): Bonner Kommentar zum Grundgesetz, 2004, Art. 1 Abs. 1 u. 2, RN 78

Inkrafttreten des Grundgesetzes bekannt waren. Aber auch für neue wissenschaftliche Möglichkeiten erscheint ein Ausschluss der Verfassungsinterpretation nicht angebracht. Es ist in Bezug auf das GG anerkannt, dass die Aufzählung der Grundrechte lückenhaft ist.[434] Die klassischen, von Rechtsprechung und Lehre entwickelten und angewandten Methoden der Verfassungsinterpretation haben dazu geführt, dass bestimmte Grundentscheidungen der Verfassung festgestellt wurden, mit deren Hilfe bereits bei Inkrafttreten des Grundgesetzes vorhandene Lücken geschlossen wurden. Es ist nicht ersichtlich, warum diese Methoden nicht auch auf neu entstandene Verfassungslücken angewendet werden können, da die historische Auslegung nicht die einzige Form der Verfassungsinterpretation darstellt. Wurden vom Verfassungsgeber spezielle Konfliktfelder übersehen oder hat ein Wandel der sozialen Verhältnisse stattgefunden, so darf das BVerfG als Teil der Judikative sogar insoweit frei die Besonderheiten eines Konfliktes berücksichtigen, ohne an die Meinung des Gesetzgebers im Entstehungsprozess gebunden zu sein.[435] Für gesellschaftliche Veränderungen ist ausdrücklich anerkannt, dass diese bei der Verfassungsanwendung zu berücksichtigen sind.[436]

Das BVerfG hat bereits in zwei Entscheidungen aus den Jahren 1953 und 1954 zu diesem Punkt wie folgt Stellung genommen:

> „Allerdings kann eine Verfassungsbestimmung einen Bedeutungswandel erfahren, wenn in ihrem Bereich neue, nicht vorausgesehene Tatbestände auftauchen oder bekannte Tatbestände durch ihre Einordnung in den Gesamtablauf einer Entwicklung in neuer Beziehung oder Bedeutung erscheinen.“[437]

Für den Bereich der Anwendung des einfachen Rechts hat das BVerfG festgestellt, dass es der Grundsatz der Gewaltenteilung dem Richter nicht verwehre, das Recht fortzuentwickeln, sofern er sich dabei nicht dem vom Gesetzgeber festgelegten Sinn und Zweck eines Gesetzes entziehe. Vielmehr sei er verpflichtet, das vom Gesetzgeber vorgegebene Recht unter den gewandelten Bedingungen möglichst zuverlässig zur Geltung zu bringen.[438] Zur Rechtsfortbildung bei neuen wissenschaftlichen Entwicklungen führt das BVerfG aus:

> „Handelt es sich bei den veränderten Bedingungen um neuartige, durch den wissenschaftlich-technischen Fortschritt geschaffene Handlungs- oder Einwirkungsmöglichkeiten, so wird die

---

[434] DÜRIG in: MAUNZ, Theodor/DÜRIG, Günter (Hg.): Kommentar zum Grundgesetz, Stand: 33. Ergänzungslieferung, Nov. 1997, Art. 1 Abs. 2 RN 86-88

[435] STEIN, Ekkehart in: DENNINGER, Erhard/ ... (Hg.): Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (Reihe Alternativkommentare), Stand: August 2002, Einleitung II, RN 59

[436] STEIN, Ekkehart in: DENNINGER, Erhard/ ... (Hg.): Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (Reihe Alternativkommentare), Stand: August 2002, Einleitung II, RN 89

[437] Entscheidung des BVerfG vom 01.07.1953, 1 BvL 23/51, BVerfGE 2; 380-406 (401); Entscheidung des BVerfG vom 16.06.1954, 1 PBvV 2/52, BVerfGE 3, 407-439 (422)

[438] BVerfG, Beschluss vom 12.11.1997, 1 BvR 479/92 und 307/94, BVerfGE 96, 375 ff. (394)

> Rechtsfindung in der Regel in einer Ausweitung des Anwendungsfeldes einer bereits geläufigen Auslegung bestehen. Die Zwecksetzungsprärogative des Gesetzgebers wird dadurch regelmäßig nicht berührt.“[439]

Es ist dementsprechend grundsätzlich zulässig, neue Handlungsmöglichkeiten dem Schutzbereich vorhandener Grundrechte zuzuordnen, sofern der entsprechende Schutzbereich eine solche Zuordnung erlaubt. Für die Frage, ob die Entscheidung für Kinder und die ggf. zur Umsetzung dieser Entscheidung erforderliche Inanspruchnahme von Methoden der medizinisch assistierten Fortpflanzung Grundrechtsschutz genießen, ist es daher zulässig, den Schutzbereich der Artikel des GG auf einen möglichen Einschluss auch dieser Möglichkeit der Fortpflanzung zu überprüfen.

Bei der Verfassungsinterpretation ist zu berücksichtigen, dass die Entstehungsgeschichte einer Verfassungsnorm nur insoweit für die Interpretation der Norm nutzbar gemacht werden kann, wie die dieser Normentscheidung vorausgehende Meinungs- und Willensbildung des verfassungsgebenden Organs einen bestimmten Konflikt umfasst.[440] Wegen ihrer Entwicklung nach Inkrafttreten des Grundgesetzes ist deshalb bei der Grundrechtsauslegung der Wille des Verfassungsgebers für nahezu alle hochtechnologisierten Bereiche der medizinisch assistierten Fortpflanzung (Ausnahme: Insemination und Hormonbehandlung) nur eingeschränkt verwertbar. Dies liegt darin begründet, dass sich der Verfassungsgeber beim Erlass des Grundgesetzes über nichts Gedanken machen konnte, was es noch nicht gab und auch noch nicht einmal ansatzweise im Raume stand. In Bezug auf die neuen Möglichkeiten der medizinisch assistierten Fortpflanzung ist dementsprechend die historische Interpretation der Grundrechtsordnung mit äußerster Vorsicht anzuwenden. Allerdings können die für die normale Fortpflanzung getroffenen Wertentscheidungen des Verfassungsgebers auf die medizinisch assistierte Fortpflanzung übertragen werden. Bei dieser Übertragung von Grundentscheidungen der Verfassung ist jeweils im Einzelfall zu überprüfen, ob die der Wertentscheidung des Verfassungsgebers zugrunde liegenden äußeren Umstände vergleichbar sind oder ob sonstige Umstände (z.B. eine gesellschaftliche Folgenprognose oder das Hinzutreten weiterer Grundrechtsträger) eine Übertragbarkeit einer Grundentscheidung zur Fortpflanzung auf die Nutzung von Methoden der medizinisch assistierten Fortpflanzung fragwürdig erscheinen lassen.

Ein staatlicher **Eingriff** in Grundrechte, die die Fortpflanzung mit medizinischer Hilfe schützen, könnte z.B. darin liegen, dass der Staat die Inanspruchnahme einer medizinischen Behandlungsmöglichkeit verbietet (Kontrollfrage: Darf der Staat das Verbot einer medizinischen Behandlung, die der Beseitigung ungewollter Kinderlosigkeit dient, aufstellen?). Dies ist von einem möglichen Recht auf Beschaffung einer neuen Technologie durch den Staat (Kontrollfrage: Muss der Staat sich bemühen, seinen

[439] BVerfG, Beschluss vom 12.11.1997, 1 BvR 479/92 und 307/94, BVerfGE 96, 375 ff. (394-395)

[440] STEIN, Ekkehart in: DENNINGER, Erhard/ ... (Hg.): Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (Reihe Alternativkommentare), Stand: August 2002, Einleitung II, RN 59

Bürgerinnen und Bürgern den tatsächlichen Zugang zu Möglichkeiten der Behandlung ungewollter Kinderlosigkeit zu verschaffen, z.B. durch Forschung?) ebenso abzugrenzen, wie von einem Anspruch auf Schaffung der finanziellen Möglichkeit der Teilhabe an einer neuen Technologie (Kontrollfrage: Besteht ein Anspruch auf Kostenübernahme durch den Staat?). Eine Prüfung der Verfassungsmäßigkeit von konkreten staatlichen Eingriffen ist allerdings dem Teil 3 vorbehalten. Im Rahmen des Teil 2 geht es lediglich um die Frage, ob grundsätzlich die Nutzung von Methoden der medizinisch assistierten Fortpflanzung vom Schutzbereich fortpflanzungsbezogener Grundrechte umfasst ist, und wenn ja, in welchem Umfang.

Ein Recht darauf, dass der Staat die Nutzung einer Technologie nicht verbietet, kann überhaupt nur dann in Frage kommen, wenn die Anwendung dieser Technologie nicht auf grundsätzliche verfassungsrechtliche Bedenken stößt. Spätestens seit Erlass des ESchG ist die generelle Zulässigkeit der medizinisch assistierten Fortpflanzung auch in der Rechtslehre unstreitig.[441] Insbesondere haben viele der früher gegen Zulässigkeit der medizinisch assistierten Fortpflanzung in der juristischen Diskussion vorgebrachten Argumente ihre Überzeugungskraft verloren. Hierzu gehört insbesondere die Argumentation mit der Schicksalshaftigkeit ungewollter Kinderlosigkeit und der Unnatürlichkeit der Anwendung medizinischer Techniken in diesem Bereich. Die Argumentation mit der **schicksalshaften** und deswegen von den Betroffenen zu erduldenden Kinderlosigkeit ist seit der Entwicklung von Behandlungsmöglichkeiten nicht mehr zutreffend: Seit es eine medizinische Behandlung zur Überwindung von Sterilität gibt, ist allein die zur Sterilität führende Erkrankung, aber nicht mehr die Kinderlosigkeit schicksalshaft. Das Argument mit der Schicksalhaftigkeit einer Erkrankung ist zur Verweigerung der Möglichkeit ärztlicher Hilfe sowieso problematisch, denn jede Krankheit ist schicksalshaft. Dies genügt aber nicht, um den Ausschluss einer Behandlungsmöglichkeit zu rechtfertigen. Heutzutage würde zum Beispiel auch niemand mehr auf die Idee kommen, jemandem eine Brille mit dem Argument zu verweigern, seine Fehlsichtigkeit sei schicksalshaft. Oft wurde in der Vergangenheit auch damit argumentiert, dass die Methoden der medizinisch assistierten Fortpflanzung unnatürlich oder *„in hohem Maße technisiert"*[442] und deshalb nicht zulässig seien. Die Unzulässigkeit

---

[441] z.B.: HÖFLING in: Sachs, Michael (Hg.): Grundgesetz Kommentar, 2003; Art. 1 RN 21; KELLER, Rolf/GÜNTHER, Hans-Ludwig/KAISER, Peter: Embryonenschutzgesetz, 1992; DRESSLER, Angelika: Verfassungsfragen des Embryonenschutzes hinsichtlich der Reproduktionsmedizin, Diss. Bielefeld 1992; KOLLEK, Regine: Präimplantationsdiagnostik - Embryoselektion, weibliche Autonomie und Recht, 2000; LORENZ, Dieter (Hg.): Rechtliche und ethische Fragen der Reproduktionsmedizin, 2003; MERZ, Bettina: Die medizinische, ethische und juristische Problematik artifizieller menschlicher Fortpflanzung: artifizielle Insemination, In-vitro-Fertilisation mit Embryotransfer und die Forschung an frühen menschlichen Embryonen, 1991

[442] Z.B. begründet der österreichische VfGH in seinem Erkenntnis vom 14.10.1999, Az.: G 91/98-13 und G 116/98-13, MedR 2000, 389 ff. das Verbot der Eizellen- und Samenspende bei in vitro Befruchtung mit dem Technisierungsgrad des Verfahrens. Diese Begründung wird von *Bernat* in seiner Anmerkung zu diesem Urteil (MedR 2000, 394-396) als nicht überzeugend abgelehnt. *Bernat* lehnt auch das Argument der „Unnatürlichkeit" als nicht überzeugend ab.

einer Handlung kann jedoch nicht aus dem **Grad ihrer Technisierung** abgeleitet werden. Die Frage, ob eine neue Technologie nutzbar oder unbrauchbar ist, erfordert vielmehr eine rationale Auseinandersetzung mit ihren Möglichkeiten, ihren grundrechtlichen Implikationen und ihren gesellschaftlichen Auswirkungen. Es gehört zum zentralen Selbstverständnis des politischen Liberalismus, dass der Staat sich um die konkurrierenden Vorstellungen von gutem Leben, moralischen Werten und Prioritäten nicht zu kümmern hat, sondern deren jeweilige Realisierbarkeit durch den sich selbst bestimmenden Bürger zu gewährleisten hat.[443] Eng mit dem Argument der hohen Technisierung hängt das Argument der **Unnatürlichkeit** der medizinisch assistierten Fortpflanzung zusammen. Auch die Unnatürlichkeit der medizinisch assistierten Fortpflanzung ist gelegentlich als juristisches Argument zur Begründung ihrer Unzulässigkeit genannt worden. *Deutsch* äußerte sich z.B. 1985 dergestalt, dass die artifizielle Reproduktion nur zulässig sei, *„wo auch eine natürliche in Frage komme“* und lehnte mit dieser Begründung die Klonung und die künstliche Verursachung gleicher Mehrlinge ab. Allerdings relativierte Deutsch im unmittelbaren Anschluss seine Aussage sofort wie folgt:

> „Allerdings ist das Vorbild der Natur nicht zwingend. In der Natur kommen Eispende und Embryotransfer nicht vor, dennoch werden sie unter besonderen, engen Bedingungen zuzulassen sein.“[444]

An dieser Aussage von Deutsch lässt sich sehr gut belegen, wie untauglich das Argument der Natürlichkeit in der juristischen Diskussion ist. Obwohl er zur Rechtfertigung eines Verbotes der Klonung von Menschen zunächst absolut feststellt

> „die artifizielle Reproduktion ist nur zulässig, wo auch eine natürliche in Betracht käme“

erklärt er die auf natürlichem Wege nicht mögliche Eispende und den Embryotransfer *„unter besonderen, engen Bedingungen“* für zulässig.

Es fehlt jedoch bei der Argumentation mit der Natürlichkeit bereits an einer genauen Definition dieses Begriffs. Selbst wenn man sich für eine biologisch fundierte Definition des Begriffes entscheidet, sieht man sich mit der Tatsache konfrontiert, dass viele unnatürliche medizinische Praktiken von der Rechtsordnung gebilligt, ja sogar gefördert werden, wenn dies einem vom Grundgesetz gebilligten Zweck (z.B. Schutz von Leben und Gesundheit) dient. Auf das Argument der Natürlichkeit allein kann man dementsprechend keine juristische Argumentation stützen, denn unsere Gesellschaft hat sich vom natürlichen Zustand seit langem verabschiedet. Dinge wie Impfungen, Operationen und die Organspende sind ebenfalls nicht natürlich, werden aber als Segnungen der Menschheit und nicht als Fluch betrachtet. Eine neue Methode kann nicht

---

[443] SCHÖNE-SEIFERT, Bettina: Embryonenschutz und Abtreibung, in: KAHLKE, Winfried und REITER-THEIL, Stella (Hg.): Ethik in der Medizin, 1995, S. 52

[444] DEUTSCH, Erwin: An der Grenze von Recht und künstlicher Fortpflanzung, VersR 1985, S. 1002

allein deshalb als gesellschaftlich untragbar abgelehnt werden, weil sie unnatürlich ist. Was die Natur vorsieht oder nicht vorsieht ist kein Argument für die Rechtfertigung rechtlicher Regelungen.[445]

Grundsätzlich gilt, dass Wertmaßstäbe, an denen die verfassungsrechtliche Zulässigkeit der medizinisch assistierten Fortpflanzung gemessen werden kann, nicht einfach aus anderen Wissenschaftszweigen, wie z.B. der Ethik, Theologie und Philosophie übernommen werden können. Diese Wissenschaftszweige bieten lediglich Anhaltspunkte, die bei einer juristischen Beurteilung berücksichtigt werden können, aber keine allgemeingültigen Beurteilungsmaßstäbe. So stellt z.B. *Merz* für den Bereich der philosophischen Ethik fest, dass es in unserer heutigen Gesellschaft kein allgemeinverbindliches Wertesystem mehr gibt, an dem wertgebundene Entscheidungen im Rahmen der Reproduktionsmedizin gemessen werden könnten. Es bestehe lediglich noch ein humanitärer Minimalkonsens, der als Richtschnur einer sittlichen Entscheidung herangezogen werden könne. Als konsensfähige Werte der philosophischen Ethik nennt *Merz*:

- Menschenwürde;
- das Prinzip der Verantwortung;
- die „Goldene Regel“ des „was Du nicht willst, dass man Dir tu, das füg‘ auch keinem anderen zu“;
- Fairnessprinzip (Vorteile und Lasten einer Handlung müssen gleichmäßig verteilt werden);
- Verallgemeinerungsprinzip (bestimmt durch den kategorischen Imperativ Kants: „Handle so, daß du jederzeit wollen kannst, die Maxime deines Handelns solle allgemeines Gesetz werden“);
- Autonomieprinzip (bestimmt durch den hypothetischen Imperativ Kants, wonach der Mensch Zweck in sich selbst und nie Mittel zum Zweck ist);
- Gleichbehandlungsprinzip;
- Toleranz;
- Solidarität.[446]

Merz stellt weiterhin fest, dass die Wertungen der philosophischen Ethik in Bezug auf die Fortpflanzungsmedizin keine eindeutige Richtschnur für die juristische Regelung dieses Komplexes bieten, da die Meinungsvielfalt innerhalb der philosophischen Ethik von völliger Ablehnung der Reproduktionsmedizin, bis hin zu äußerst wohlwollender

---

[445] HOERSTER, Norbert: Abtreibung im säkularen Staat - Argumente gegen den § 218, 1995, S. 30-31

[446] MERZ, Bettina: Die medizinische, ethische und juristische Problematik artifizieller menschlicher Fortpflanzung: artifizielle Insemination, In-vitro-Fertilisation mit Embryotransfer und die Forschung an frühen menschlichen Embryonen; 1991, S. 136-137

Befürwortung reicht.[447] Auch die theologischen Positionen zur medizinisch assistierten Fortpflanzung können im säkularen Staat nicht als allgemein gültige Richtschnur herangezogen werden. Die Wertmaßstäbe zur Bestimmung und Bewertung von Fortpflanzungsgrundrechten sind daher dem Wertsystem des Grundgesetzes zu entnehmen.

Ob möglicherweise Grundrechte Dritter, z.B. des Kindes oder weiterer, an der medizinisch assistierten Fortpflanzung beteiligter Personen eine Einschränkung von Fortpflanzungsgrundrechten der Wunscheltern rechtfertigen, ist eine Frage der angewandten Methode und der besonderen Umstände. Diese Überprüfung erfolgt im Teil 3 dieser Ausarbeitung.

2.3. Einzelne Grundrechte

Von den Artikeln des Grundgesetzes kommen in Bezug auf die menschliche Fortpflanzung grundsätzlich die Art. 1, 2, 4, und 6 GG für eine genaue Überprüfung des Schutzbereiches in Frage. Im Rahmen der Suche nach einem "Grundrecht auf Fortpflanzung" wird zuerst geprüft, ob die Fortpflanzung über Art. 1 Abs. 1 GG (Schutz der Menschenwürde), Art. 2 Abs. 1 ggf. i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG (allgemeines Persönlichkeitsrecht) oder Art. 2 Abs. 1 GG (allgemeine Handlungsfreiheit) geschützt ist. Im Anschluss daran wird untersucht, ob die Fortpflanzung vom Schutzbereich eines speziellen Grundrechts wie Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG (Recht auf körperliche Unversehrtheit), Art. 6 GG (Schutz von Ehe und Familie, Elternrecht, Schutz der Mutter) oder Art. 4 GG (Religionsfreiheit) umfasst wird. Am Ende der Prüfung werden sonstige Grundrechte und die Frage geprüft, ob auch Vorschriften der Verfassung außerhalb der Grundrechte oder ungeschriebene Verfassungsgrundsätze einen Schutz der Fortpflanzung bedingen können.

2.3.1. Würde des Menschen (Art. 1 Abs. 1 GG)

Art. 1 Abs. 1 S. 1 GG schützt die Menschenwürde als „unantastbar“. Art. 1 Abs. 1 S. 2 GG verpflichtet alle staatliche Gewalt zur Achtung und zum Schutz der Menschenwürde. In der Literatur blieb lange Zeit umstritten, ob Art. 1 Abs. 1 GG ein Individualgrundrecht verbürgt oder lediglich eine Norm des objektiven Verfassungsrechts darstellt.[448] Die Rechtsprechung des BVerfG geht seit langem in ständiger Rechtsprechung davon aus, dass Art. 1 Abs. 1 GG auch ein Individualgrundrecht verbürgt.[449] Dieser Auffassung hat

---

[447] MERZ, Bettina: Die medizinische, ethische und juristische Problematik artifizieller menschlicher Fortpflanzung: artifizielle Insemination, In-vitro-Fertilisation mit Embryotransfer und die Forschung an frühen menschlichen Embryonen; 1991, S. 143

[448] DREIER, Horst (Hg.): Grundgesetz - Kommentar, 1996, DREIER, Art. 1 I, RN 67-74; DÜRIG in: MAUNZ, Theodor/DÜRIG, Günter (Hg.): Kommentar zum Grundgesetz, Stand: 33. Ergänzungslieferung, Nov. 1997, Art. 1 Abs. 1 RN 4-14;

[449] BVerfGE 1, 343; BVerfG, Beschluss vom 09.01.1963, 1 BvR 85/62, BVerfGE 15, 249 (255); BVerfG , Beschluss vom 19.10.1982, 1 BvL 34, 55/80, BVerfGE 61, 126 ff. (137)

sich inzwischen ein Großteil der Autoren in der Literatur angeschlossen.[450] Für diese Arbeit wird davon ausgegangen, dass Art. 1 Abs. 1 GG auch - wie vom BVerfG vertreten - ein Individualgrundrecht enthält.

2.3.1.1. Schutzbereich

Art. 1 Abs. 1 GG schützt die Entscheidung sich fortzupflanzen und die zur Umsetzung dieses Entschlusses erforderlichen Handlungen, ggf. auch unter Inanspruchnahme von Methoden der medizinisch assistierten Fortpflanzung, wenn diese Tätigkeiten ein Teil dessen sind, was die menschliche Würde ausmacht.

Bevor nachfolgend der Menschenwürdebegriff des Grundgesetzes in Bezug auf einen möglichen Schutz der Fortpflanzung näher untersucht wird, soll kurz auf die **nichtjuristische Verwendung des Begriffs der Menschenwürde** eingegangen werden. Es ist hervorzuheben, dass der Menschenwürdebegriff von zahlreichen Wissenschaftszweigen (z.B. Medizin, Sozialwissenschaft, Psychologie, Theologie, Biologie, Ethik) und in der allgemeinen gesellschaftlichen Diskussion verwendet wird. Speziell in der Diskussion über Aspekte der medizinisch assistierten Fortpflanzung erfreut sich der Menschenwürdebegriff großer Beliebtheit. Auffällig ist, dass nahezu niemals bei Verwendung des Menschenwürdebegriffs eine Definition des jeweils vorausgesetzten Menschenwürdeverständnisses erfolgt. Dabei wird die Menschenwürde insbesondere als Argument zur Grenzbestimmung eingesetzt, wenn nach der persönlichen Vorstellung des Verwenders, die auf der Anwendung von dessen Menschenbild beruht, eine Grenzziehung erforderlich erscheint. Diese Beliebtheit des Menschenwürdebegriffs in der Auseinandersetzung um die medizinisch assistierte Fortpflanzung beruht auf seiner hohen Konsensfähigkeit. Allerdings bleibt die Menschenwürde, wegen des ihr zugrunde liegenden individuellen Würdeverständnisses, in einer solchen Diskussion oft inhaltlich unbestimmt und damit letztlich eine Worthülse. Dies liegt darin begründet, dass gerade die inhaltliche Undefiniertheit der Menschenwürde der Grund für die hohe ethische Konsensfähigkeit dieses Begriffs ist, dessen Konkretisierung ohne die Einbeziehung der Weltanschauung der verwendenden Person nicht möglich ist.[451] Letztlich gehen oft alle Beteiligten, die in einer Diskussion den nicht auf einer grundlegenden Definition beruhenden (wie z.B. der kirchliche Menschenwürdebegriff) Begriff „Menschenwürde“ verwenden, von ihrem individuellen Würdebegriff aus, glauben aber gleichzeitig, die anderen würden diese Vorstellung teilen, weil verbal derselbe Begriff verwendet wird. Dementsprechend ist die Vielzahl allgemeiner Aussagen aus der nicht

[450] ZIPPELIUS in: DOLZER, Rudolf/VOGEL, Klaus/GRAßHOF, Karin: (Hg.): Bonner Kommentar zum Grundgesetz, 2004, Art. 1 Abs. 1 u. 2 RN 24 m.w.N.; ROBBERS in: UMBACH, Dieter C./CLEMENS, Thomas (Hg.): Grundgesetz - Mitarbeiterkommentar und Handbuch, Art. 1 RN 33; HERDEGEN in: MAUNZ, Theodor/DÜRIG, Günter (Hg.): Kommentar zum Grundgesetz; Art. 1 Abs. 1 RN 26, Stand: 43. Ergänzungslieferung, Februar 2004

[451] MERZ, Bettina: Die medizinische, ethische und juristische Problematik artifizieller menschlicher Fortpflanzung: artifizielle Insemination, In-vitro-Fertilisation mit Embryotransfer und die Forschung an frühen menschlichen Embryonen; 1991, S. 137

grundrechtsbezogenen Diskussion mit der Menschenwürde in erster Linie geeignet, Verwirrung in Bezug auf die Inhalte des Begriffs der grundrechtlich geschützten Menschenwürde zu stiften. Dieser Punkt ist bei der nachfolgenden Bestimmung des Menschenwürdebegriffs des Grundgesetzes zu berücksichtigen, bei der es sich nicht vermeiden lässt, auf einige nichtjuristische Aussagen zum Zusammenhang von Fortpflanzung und Menschenwürde zurückzugreifen.

2.3.1.1.1. Der Begriff der Menschenwürde im Grundgesetz

Bei der Frage, wer **Träger des Grundrechts** der Menschenwürde ist, herrscht in Bezug auf den Menschen zwischen Geburt[452] und Tod[453] in der juristischen Wissenschaft Einigkeit. Diese ist auf den insoweit eindeutigen Wortlaut des Art. 1 Abs. 1 GG zurückzuführen: Jeder Mensch ist Träger dieses Grundrechts.[454]

Die Einräumung einer besonderen Stellung des Menschen gegenüber sonstigen Lebewesen[455] wird damit begründet, dass der Mensch sich abstrakt von der übrigen Natur unterscheidet. Dies äußert sich dergestalt, dass er über das Leben an sich und über Instinkte der Selbst- und Arterhaltung hinaus die Fähigkeit hat, die Natur verantwortlich zu gestalten und seine Instinkthandlungen rational zu überprüfen. Aufgrund dieser besonderen Fähigkeit der Gattung Mensch wird jedem Individuum die Menschenwürde zugesprochen, unabhängig davon, ob das Individuum diese Fähigkeiten wahrnehmen kann oder nicht.[456] Träger der Menschenwürde aus Art. 1 Abs. 1 GG ist ein Mensch dementsprechend auch dann, wenn er im Einzelfall nicht in vollem Umfang zur sittlichen Selbstbestimmung fähig ist. Personen, die sich fortpflanzen möchten, erfüllen all diese Kriterien und sind vom persönlichen Schutzbereich des Art. 1 Abs. 1 GG umfasst.

Bei der **inhaltlichen Bestimmung** des Menschenwürdebegriffs gibt der Wortlaut des Art. 1 Abs. 1 GG keine Auslegungshilfe, da er lediglich die „Würde des Menschen“ für unantastbar erklärt. Eine Ermittlung des grundgesetzlichen Menschenwürdeverständnisses muss deshalb anhand der Entstehungs- und der Anwendungsgeschichte des Art. 1 Abs. 1 GG erfolgen. Dabei sollen an dieser Stelle nur die Grundlagen des grundgesetzlichen Menschenwürdebegriffs festgehalten werden, die für die nachfolgende Erörterung, ob die Tätigkeit der Fortpflanzung Teil der Menschenwürde ist, benötigt werden.

---

[452] vgl. zum Schutz der Menschenwürde vor der Geburt Teil 3, Abschnitt 3.2.2.

[453] vgl. zum Schutz der Menschenwürde nach dem Tod Teil 3, Abschnitt 3.2.2.2.1.

[454] ROBBERS in: UMBACH, Dieter C./CLEMENS, Thomas (Hg.): Grundgesetz - Mitarbeiterkommentar und Handbuch, Art. 1 RN 21 m.w.N.

[455] Da sich der Mensch selbst diese Stellung eingeräumt hat, erscheint ein gesundes Misstrauen gegenüber der o.g. Begründung angebracht.

[456] REICH, Andreas: Magdeburger Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 1998, Art. 6 GG, RN 1

Zunächst ist danach zu fragen, aus welchen **historischen Wurzeln** sich das Menschenbild des Grundgesetzes und das darauf gegründete Verständnis von Menschenwürde ableitet. Prägend war in erster Linie das Bild des Menschen als vernunftbegabtes, eigenverantwortliches (autonomes) Wesen[457], das sowohl auf den Feststellungen der antiken Philosophie, als auch auf der in der Aufklärung vertretenen Philosophie aufbaut.[458] An nächster Stelle ist als Basis des Verständnisses des Verfassungsgebers von der Würde des Menschen das christliche Menschenbild zu nennen, das zumindest zum Zeitpunkt der Schaffung des Grundgesetzes und der ersten Urteile des BVerfG zur Menschenwürde (noch) einen allgemein konsensfähigen Wert in Deutschland darstellte. Im Unterschied zu den rationalen Definitionsversuchen in Ethik und Recht leitet die christliche Theologie die Würde des Menschen aus seiner Gottebenbildlichkeit her.[459] Die Argumentation mit der Gottebenbildlichkeit des Menschen kann allerdings in der säkularen juristischen Diskussion nur schwer verwendet werden. Dennoch darf nicht übersehen werden, dass die verfassungsrechtliche Beurteilung, soweit sie Gesichtspunkte der Menschenwürde berührt, bewusst oder unbewusst, durch Vorstellungen eines christlich geprägten Menschenbildes mitbestimmt wird.[460] **Zusammenfassend** ist festzuhalten, dass für das Vorverständnis des Verfassungsgebers vom Menschen als Träger von Würde sowohl das philosophische als auch das christliche Menschenbild eine Rolle gespielt haben.

Nunmehr ist zu untersuchen, in welchem Umfang anhand der **Anwendungsgeschichte** von Art. 1 Abs. 1 GG eine abstrakte Inhaltsbestimmung des grundgesetzlichen Menschenwürdebegriffs durchgeführt werden kann.

Bei Betrachtung von Aussagen in **Rechtsprechung und Literatur** zur Inhaltsbestimmung der Menschenwürde fällt auf, dass hier wiederum auslegungsbedürftige Begriffe verwendet werden. Ebenso wie in allen anderen Wissenschaften, besteht auch in der Rechtswissenschaft das grundlegende Problem der

---

457 Dürig in: MAUNZ, Theodor/DÜRIG, Günter (Hg.): Kommentar zum Grundgesetz, Art. 1 Abs. 1 RN 18, Stand: 33. Ergänzungslieferung, November 1997

458 ROBBERS in: UMBACH, Dieter C./CLEMENS, Thomas (Hg.): Grundgesetz - Mitarbeiterkommentar und Handbuch, Art. 1 RN 9-11

459 ROBBERS in: UMBACH, Dieter C./CLEMENS, Thomas (Hg.): Grundgesetz - Mitarbeiterkommentar und Handbuch, Art. 1 RN 8; MERZ, Bettina: Die medizinische, ethische und juristische Problematik artifizieller menschlicher Fortpflanzung: artifizielle Insemination, In-vitro-Fertilisation mit Embryotransfer und die Forschung an frühen menschlichen Embryonen; 1991, S. 138

460 CORRELL, Cathrin in: DENNINGER, Erhard/ ... (Hg.): Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (Reihe Alternativkommentare), Stand: August 2002, Art. 2 Abs. 2, RN 60 m.w.N.

finalen inhaltlichen Unbestimmbarkeit des Menschenwürdebegriffs.[461] Es ist allerdings die Frage, ob tatsächlich die inhaltliche Unbestimmtheit des Menschenwürdebegriffs als negativ zu bewerten ist. Sie beruht schließlich gerade auf dem Freiraum des Individuums, den sie garantieren soll. Und so praktisch für die verfassungsrechtliche Praxis eine greifbare, eindeutige Definition der Menschenwürde auch wäre: Es widerspräche der Garantie des Art. 1 Abs. 1 GG, die Menschenwürde abschließend abstrakt zu definieren. Soweit Würde auf innerer Freiheit beruht, kann dies keine von außen aufgezwungene, sondern nur eine individuell bestimmte Freiheit sein. Zur Würde des Menschen gehört immer auch ein Stück Autonomie.[462] Zudem ermöglicht die inhaltliche Unbestimmtheit eine Offenheit und Entwicklungsfähigkeit des Menschenwürdebegriffs, welche es erlauben, die Menschenwürde immer wieder mit Bezug auf die Lebenswirklichkeit und die durch sie aufgeworfenen Anwendungsprobleme neu zu konkretisieren.[463] Wegen dieser finalen inhaltlichen Unbestimmtheit des Menschenwürdebegriffs kann eine Verletzung der Menschenwürde nicht abstrakt, sondern nur jeweils unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles entschieden werden.[464]

Für die Durchführung einer Inhaltsbestimmung des Menschenwürdebegriffs im konkreten Fall wurden von Rechtsprechung und Literatur die folgenden Kriterien herausgearbeitet:

Grundsätzlich hat jede Person das Recht, selbst darüber zu entscheiden, was ihrer Würde entspricht. Der Schutzbereich der Menschenwürde bestimmt sich dementsprechend danach, wie sich die Einzelperson *„in ihrer Individualität begreift und sich selbst bewusst wird“.*[465] Allerdings ist dieses individuelle Inhaltsbestimmungsrecht nicht grenzenlos. Dies wird damit begründet, dass der einzelne Grundrechtsträger bei der Bestimmung seiner Menschenwürde nicht als isoliertes Individuum, sondern als Teil einer Gemeinschaft tätig ist.

---

[461] ZIPPELIUS in: DOLZER, Rudolf/VOGEL, Klaus/GRAßHOF, Karin: (Hg.): Bonner Kommentar zum Grundgesetz, 2004, Art. 1 Abs. 1 und 2, RN 41; BECKER, Ulrich: Das ‚Menschenbild des Grundgesetzes‘ in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, 1996, S. 58-59; PICKER, Eduard: Menschenwürde und Menschenleben - Das Auseinanderdriften zweier fundamentaler Werte als Ausdruck der wachsenden Relativierung des Menschen, 2002, S. 5

[462] LITTWIN, Frank: Grundrechtsschutz gegen sich selbst - Das Spannungsverhältnis von grundrechtlichem Selbstbestimmungsrecht und Gemeinschaftsbezogenheit des Individuums, 1993, S. 209

[463] ZIPPELIUS in: DOLZER, Rudolf/VOGEL, Klaus/GRAßHOF, Karin: (Hg.): Bonner Kommentar zum Grundgesetz, 2004, Art. 1 Abs. 1 und 2, RN 17

[464] BVerfG, Urteil vom 15.12.1970, 2 BvF 1/69, 2 BvR 629/68 und 308/69, BVerfGE 30, 1 (25); ZIPPELIUS in: DOLZER, Rudolf/VOGEL, Klaus/GRAßHOF, Karin: (Hg.): Bonner Kommentar zum Grundgesetz, 2002, Art. 1 Abs. 1 und 2, RN 17-18

[465] ZIPPELIUS in: DOLZER, Rudolf/VOGEL, Klaus/GRAßHOF, Karin: (Hg.): Bonner Kommentar zum Grundgesetz, 2004, Art. 1 Abs. 1 u. 2 RN 39; BVerfG, Beschluss vom 11.10.1978, 1 BvR 16/72, BVerfGE 49, 286 ff. (298)

Das BVerfG hat sich zur Gemeinschaftsbezogenheit des Menschen wie folgt geäußert:

> „Das Menschenbild des Grundgesetzes ist nicht das eines isolierten, souveränen Individuums; das Grundgesetz hat vielmehr die Spannung Individuum - Gemeinschaft im Sinne der Gemeinschaftsbezogenheit und Gemeinschaftsgebundenheit der Person entschieden, ohne dabei deren Eigenwert anzutasten."[466]

Der Mensch wird vom BVerfG auch beschrieben als *„eigenverantwortliche Persönlichkeit innerhalb der sozialen Gemeinschaft"*.[467] Aufgrund dieser Feststellungen des BVerfG hat sich ein Verständnis vom Menschenbild (definiert als „Zusammenfassung von Wesenszügen des Menschen") des Grundgesetzes entwickelt, dessen Hauptcharakteristika einerseits der Eigenwert der Person, und andererseits die Gemeinschaftsgebundenheit des Individuums sind.[468] Allerdings ist auch die Balance zwischen diesen beiden Komponenten des Menschenbildes eine Frage der Betrachtung aller Umstände des Einzelfalles. Eine abstrakte Beurteilung, welcher dieser Komponenten des Menschenbildes der Vorrang einzuräumen ist, ist nicht möglich.[469] Grundsätzlich existiert (in Abhängigkeit von den besonderen Umständen des Einzelfalls) die Möglichkeit, dem individuellen Recht auf Inhaltsbestimmung der Menschenwürde aufgrund der Gemeinschaftsbezogenheit des Individuums Grenzen zu setzen.[470] Bei der Bestimmung des Menschenbildes, d.h. einer abstrakten Person, welche sich auf den Schutzbereich des Art. 1 Abs. 1 GG beruft, sind auch die Wechselwirkungen zwischen den einzelnen Verfassungsbestimmungen zu berücksichtigen. Das Menschenbild, das Art. 1 Abs. 1 GG zugrunde liegt, wird durch die Freiheitsgarantien in anderen Grundrechten ebenso mitgeprägt, wie diese umgekehrt von der Wertvorstellung des Art. 1 Abs. 1 GG beeinflusst werden.[471] Die konkrete Ausgestaltung des Würdeschutzes bemisst sich zusätzlich auch nach der persönlichen Situation, z.B. nach dem Geisteszustand des betroffenen Menschen[472]. Auf die Menschenwürde als objektives

---

[466] BVerfG, Urteil vom 20.07.1954, 1 BvR 459, 484, 548, 555, 623, 651, 748, 783, 801/52, 5, 9/53, 96, 114/54, BVerfGE 4, 7 (15-16); BVerfG, Urteil vom 15.12.1970, 2 BvF 1/69, 2 BvR 629/68 und 308/69, BVerfGE 30, 1 (20); DÜRIG in: MAUNZ, Theodor/DÜRIG, Günter (Hg.): Kommentar zum Grundgesetz, Stand: 33. Ergänzungslieferung, Nov. 1997, Art. 1 Abs. 1 RN 46

[467] BVerfG, Beschluss vom 29.07.1968, 1 BvL 20/63, 31/66 und 5/67, BVerfGE 24, 119 (144); BVerfG, Beschluss vom 19.10.1971, 1 BvR 387/65, BVerfGE 32, 98 ff. (107-108)

[468] BECKER, Ulrich: Das ‚Menschenbild des Grundgesetzes' in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, 1996, S. 43; DÜRIG in: MAUNZ, Theodor/DÜRIG, Günter (Hg.): Kommentar zum Grundgesetz, Stand: 33. Ergänzungslieferung, Nov. 1997, Art. 1 Abs. 1 RN 46-50

[469] BECKER, Ulrich: Das ‚Menschenbild des Grundgesetzes' in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, 1996, S. 45

[470] LITTWIN, Frank: Grundrechtsschutz gegen sich selbst - Das Spannungsverhältnis von grundrechtlichem Selbstbestimmungsrecht und Gemeinschaftsbezogenheit des Individuums, 1993, S. 237

[471] Beschluss des BVerfG vom 24.02.1971, 1 BvR 435/68, BVerfGE 30, 173 (195)

[472] ZIPPELIUS in: DOLZER, Rudolf/VOGEL, Klaus/GRAßHOF, Karin: (Hg.): Bonner Kommentar zum Grundgesetz, 2004, Art. 1 Abs. 1 u. 2 RN 50

Rechtsgut kann ein Individuum nicht gänzlich verzichten.[473] Insoweit besteht eine Einschränkung der durch die Menschenwürde garantierten Autonomie.[474] Verletzbar ist der Wert- und Achtungsanspruch, der sich aus der Menschenwürde ergibt.[475] Generell wird eine solche Verletzung der Menschenwürde dann angenommen, wenn die folgenden (ebenfalls auslegungsbedürftigen) Beurteilungskriterien erfüllt sind: Eine Person wird über die Grenzen der zu duldenden Gemeinschaftsgebundenheit zum Objekt staatlichen Handelns herabgewürdigt, wobei diese Behandlung die Subjektqualität der betroffenen Person prinzipiell in Frage stellt oder im konkreten Fall eine willkürliche Missachtung der Menschenwürde darstellt.[476] Die Behandlung des Menschen durch die öffentliche Gewalt, die das Gesetz vollzieht, muss, wenn sie die Menschenwürde berühren soll, Ausdruck der Verachtung des Wertes, der dem Menschen kraft seines Personseins zukommt, also in diesem Sinne eine „verächtliche" Behandlung sein.[477] Eine Verletzung des der Menschenwürde innewohnenden Achtungsanspruchs kann neben der Erniedrigung, Brandmarkung, Verfolgung oder Ächtung von Personen auch in der Kommerzialisierung des menschlichen Daseins liegen.[478] Bei der Inhaltsbestimmung des Menschenwürdebegriffs ist zu berücksichtigen, dass aufgrund der Unantastbarkeit der Menschenwürde eine unzulässige Beschränkung des Gesetzgebers erfolgen kann, wenn man deren Schutzbereich zu weit ausdehnt. Mit diesen anderen Grundprinzipen der Verfassung ist dementsprechend auch im Einzelfall der vom BVerfG aufgestellte Grundsatz abzuwägen, dass im Zweifel derjenigen Auslegung Vorrang zu gewähren ist, die das Grundrecht am besten zur Geltung bringt. Würde man diesen Grundsatz bei der Inhaltsbestimmung des Menschenwürdebegriffs uneingeschränkt anwenden, so ließen sich relativ viele menschliche Verhaltensweisen auf die Menschenwürde zurückführen. Diesen Punkt berücksichtigt die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts hinreichend, indem festgestellt wird, dass jeder verpflichtet ist, staatliche Maßnahmen hinzunehmen, die im überwiegenden Interesse der Allgemeinheit unter strikter Wahrung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes erfolgen, soweit sie nicht den unantastbaren Bereich privater Lebensgestaltung beeinträchtigen[479].

[473] BVerwG, Urteil vom 15.12.1981, 1 C 232/79, NJW 1982, 664 ff. (665); DÜRIG in: MAUNZ, Theodor/DÜRIG, Günter (Hg.): Kommentar zum Grundgesetz, Stand: 33. Ergänzungslieferung, Nov. 1997, Art. 1 Abs. 1 RN 22; ZIPPELIUS in: DOLZER, Rudolf/VOGEL, Klaus/GRAßHOF, Karin: (Hg.): Bonner Kommentar zum Grundgesetz, 2004, Art. 1 Abs. 1 u. 2 RN 120; ROBBERS in: UMBACH, Dieter C./CLEMENS, Thomas (Hg.): Grundgesetz - Mitarbeiterkommentar und Handbuch, Art. 1 RN 22

[474] BVerwG, Urteil vom 15.12.1981, 1 C 232/79, NJW 1982, 664 ff. (665)

[475] BVerfG, Beschluss vom 12.11.1997, 1 BvR 479/92 und 307/94, BVerfGE 96, 375 ff. (399)

[476] BVerfG, Beschluss vom 12.11.1997, 1 BvR 479/92 und 307/94, BVerfGE 96, 375 ff. (399); LEIBHOLZ, Gerhard/RINCK, Hans-Justus/HESSELBERGER, Dieter: Grundgesetz, 2003, Art. 1 RN 10

[477] Urteil vom 15.12.1970, 2 BvF 1/69, 2 BvR 629/68 und 308/69, BVerfGE 30, 1-47 (25-26); BECKER, Ulrich: Das ‚Menschenbild des Grundgesetzes' in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, 1996, S. 34-41

[478] BVerfG, Beschluss vom 12.11.1997, 1 BvR 479/92 und 307/94, BVerfGE 96, 375 ff. (400)

[479] ZIPPELIUS in: DOLZER, Rudolf/VOGEL, Klaus/GRAßHOF, Karin: (Hg.): Bonner Kommentar zum Grundgesetz, 2004, Art. 1 Abs. 1 u. 2 RN 38; BVerfG, Beschluss vom 31.01.1973, 2 BvR 454/71, BVerfGE 34, 238 (246); BVerfG, Beschluss vom 08.03.1972, 2 BvR 28/71, BVerfGE 32, 373 ff. (379); BVerfG, Beschluss vom 15.01.1970, 1 BvR 13/68, BVerfGE 27, 344 ff. (351)

2.3.1.1.2. Umfasst der Schutzbereich der Menschenwürde auch die Tätigkeit Fortpflanzung?

Im Anschluss an die allgemeinen Ausführungen zur Inhaltsbestimmung des Menschenwürdebegriffs ist nunmehr zu untersuchen, ob auch die Tätigkeit der Fortpflanzung dem Schutzbereich der Menschenwürde zuzurechnen ist. Als juristischer Anknüpfungspunkt für die Untersuchung, ob die Fortpflanzung als Teil des Schutzbereichs von Art. 1 GG anzusehen ist, bietet sich die Rechtsprechung des BVerfG an, welche den engsten Bereich der privaten Lebensführung der Menschenwürde zuordnet. Diesem Bereich wurden bislang z.B. die moralische Selbstbestimmung und das Recht zur Verfügung über die engere persönliche Lebenssphäre und die eigene Person, etwa bezüglich Eingehung oder Nichteingehung einer Ehe, zugeordnet.[480]

Die **juristische Literatur** enthält in Bezug auf die Frage, ob vom Rechtsbegriff „Würde des Menschen“ auch die Tätigkeit der Fortpflanzung mit umfasst ist, die folgenden Aussagen:

Den ersten Anhaltspunkt bieten die Stellungnahmen zur Thematik der Sterilisation und Kastration. Diese weisen insoweit einen Zusammenhang mit der menschlichen Fortpflanzung auf, als hierdurch die körperlichen Voraussetzungen der Fortpflanzung zerstört werden. Zur Frage der Zulässigkeit der zwangsweisen Kastration ist im Zusammenhang mit Art. 1 Abs. 1 GG wie folgt Stellung genommen worden:

> “Die zwangsweise Kastration, die als Eingriff in die körperliche Unversehrtheit bereits gegen Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG verstößt, verletzt auch die Würde des Menschen. Hierdurch wird der Mensch zum Objekt staatlichen Handelns degradiert und Praktiken ausgeliefert, die in den Bereich der Tierzucht gehören“.[481]

Trotz des Zusammenhangs mit der menschlichen Fortpflanzung ist diese Aussage nicht geeignet, die Argumentation zu stützen, dass zum Kern der menschlichen Würde auch die Fortpflanzung gehört. Es geht primär darum, dass der Einzelne nicht zum Objekt staatlichen Handelns gemacht werden darf. Ob die Fortpflanzung - unabhängig von einem staatlichen Eingriff - als Teil der Menschenwürde eingestuft wird, bleibt unklar. Demgegenüber wird inzwischen die Entscheidung für eine freiwillige Kastration oder Sterilisation, die als endgültige Entscheidung gegen die eigene Fortpflanzung anzusehen ist, zu jenen Angelegenheiten gezählt, die der höchstpersönlichen Disposition unterliegen und vom Schutzbereich der Würdegarantie umfasst sind.[482]

[480] ZIPPELIUS in: DOLZER, Rudolf/VOGEL, Klaus/GRAßHOF, Karin: (Hg.): Bonner Kommentar zum Grundgesetz, 2004, Art. 1 Abs. 1 u. 2 RN 79, 90

[481] DÜRIG in: MAUNZ, Theodor/DÜRIG, Günter (Hg.): Kommentar zum Grundgesetz; Stand: 33. Ergänzungslieferung, Nov. 1997, Art. 2 Abs. 2 RN 32

[482] ZIPPELIUS in: DOLZER, Rudolf/VOGEL, Klaus/GRAßHOF, Karin: (Hg.): Bonner Kommentar zum Grundgesetz, 2004, Art. 1 Abs. 1 u. 2 RN 92

Herdegen nimmt in seiner Neukommentierung von Art. 1 Abs. 1 GG zum Schutz der Fortpflanzung durch die Menschenwürde wie folgt Stellung, ohne dies jedoch näher zu begründen:

> „Zur eigenverantwortlichen Selbstbestimmung unter dem Dach von Art. 1 Abs. 1 GG (und zum Schutz der Familie nach Art. 6 Abs. 1 GG) gehört die Verwirklichung eines Kinderwunsches. Dies schließt die Freiheit ein, sich der modernen Fortpflanzungsmedizin zu bedienen.“[483]

Es fehlt ansonsten an klaren Aussagen dazu, ob und in welchem Umfang die Entscheidung für die Fortpflanzung und die dazugehörigen Handlungen vom Schutzbereich des Art. 1 GG umfasst werden. In Literatur und Rechtsprechung wird allerdings bei Thematisierung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts im Zusammenhang mit fortpflanzungsrelevanten Sachverhalten i.d.R. pauschal auf die Würde des Menschen Bezug genommen (vgl. zu den Details den unmittelbar nachfolgenden Abschnitt 2.3.2.).[484] Im **Ergebnis** führt die Auswertung von Literatur und Rechtsprechung zu Art. 1 Abs. 1 GG zu dem Schluss, dass die normale Fortpflanzung als von der Menschenwürde geschützt angesehen wird. Allerdings fehlt es in den untersuchten Quellen an einer detaillierten Begründung dieser Zuweisung. Nachfolgend soll daher versucht werden, eine **Begründung** dafür herauszuarbeiten, warum die Fortpflanzung als hochstehendes Rechtsgut durch Art. 1 Abs. 1 GG geschützt wird.

Zu diesem Zweck ist als erstes zu überprüfen, wie die **Gesellschaftswirklichkeit** in Bezug auf die Fortpflanzung derzeit aussieht. Nach den Ergebnissen einer Anfang der 90er Jahre durchgeführten Studie stellt für junge Frauen in Deutschland die Absicht, zusammen mit einem festen Partner Kinder zu bekommen und diese gemeinsam aufzuziehen, auch heute noch den mit Abstand führenden Lebensentwurf dar. Ein Kinderwunsch war beim überwiegenden Teil der Frauen zwischen 20 und 30 Jahren deutlich ausgeprägt und hatte einen hohen Stellenwert. Auch war bei der überwiegenden Anzahl der Frauen der Wunsch vorhanden, in einer festen Partnerschaft Kinder zu bekommen. Der Zeitpunkt der Verwirklichung des Kinderwunsches wurde allerdings von den meisten auf unbestimmte Zeit verschoben. Die Gründe hierfür variierten, am häufigsten wurde eine unsichere berufliche und finanzielle Situation genannt. Die Frauen beabsichtigten, erst eine gewisse „materielle Sicherheit“ zu erreichen, bevor sie den Kinderwunsch realisieren wollten. Als weitere Gründe für den Aufschub des

[483] HERDEGEN in: MAUNZ, Theodor/DÜRIG, Günter (Hg.): Kommentar zum Grundgesetz; Art. 1 Abs. 1 RN 93, Stand: 43. Ergänzungslieferung, Februar 2004

[484] BVerfG, Urteil vom 25.02.1975, Az.: 1 BvF 1, 2, 3, 4, 5, 6/74, BVerfGE 39, 1 ff. (42-43); BVerfG, Urteil vom 28.05.1993, Az.: 2 BvF 2/90, 4/92, 5/92, BVerfGE 88, S. 203-366, Leitsatz 5 und 7 (Auszug); BGH, Urteil v. 29.06.1976, Az.: VI ZR 68/75; BGHZ 67, 48 ff., (54); BGH, Urteil vom 17.04.1986, Az.: IX ZR 200/85, BGHZ 97, 372 ff. (379); Urteil des BFH v. 18.06.1997, III R 84/96, NJW 1998, S. 854; COESTER-WALTJEN: Die künstliche Befruchtung beim Menschen - Zulässigkeit und zivilrechtliche Folgen, Gutachten B für den 56. deutschen Juristentag, 1986, S. 47; STARCK, Christian: Die künstliche Befruchtung beim Menschen - Zulässigkeit und zivilrechtliche Folgen, Gutachten A für den 56. Deutschen Juristentag, 1986, S. 38

Kinderwunsches wurden als ungünstig empfundene gesellschaftliche Rahmenbedingungen genannt, wie z.B. zunehmende Gewalt, Umweltprobleme, Konkurrenzkampf und Ellbogengesellschaft.[485]

Zusätzlich belegt ein Blick auf **internationale Rechtsquellen**, dass der Wunsch nach Kindern und die zur Erfüllung dieses Wunsches erforderlichen Handlungen als hochrangiges Lebensziel anerkannt werden. Zum Beispiel enthalten Art. 12 der „Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten"[486] (EMRK) und Art. 16 der „Declaration of Human Rights" (UNO 1948) ein ausdrückliches Recht auf Familiengründung, dementsprechend auf Fortpflanzung.[487]

Wenn nach diesen Feststellungen der Wunsch nach Kindern nach wie vor eindeutig als hochrangiges Lebensziel junger Menschen einzustufen und auch im internationalen Recht anerkannt ist, stellt sich als nächstes die Frage, wodurch dieses Phänomen bedingt wird: Warum wollen Menschen Kinder bekommen und aufziehen? Und warum genießt diese Tätigkeit grundsätzlich gesellschaftliche und rechtliche Anerkennung? Es ist zumindest nicht auszuschließen, dass diese Motivationen des Kinderwunsches für die Zuordnung der Fortpflanzung zum Schutzbereich der Menschenwürde von Bedeutung sind.

Aus diesem Grund werden zunächst **die allgemeinen Motivationen des Wunsches nach Reproduktion** dargestellt und anschließend auf ihren Bedeutungsgehalt für eine Zuweisung der Fortpflanzung zum Schutzbereich der Menschenwürde untersucht. Dabei sind bei der Frage der Kinderwunschmotivation zwei grundlegende Konstellationen zu unterscheiden. Zum einen ist zu untersuchen, warum sich überhaupt jeder Mensch irgendwann in seinem Leben mit der Frage befasst, ob er oder sie Kinder haben möchte (allgemeine Kinderwunschmotivation) und zum anderen, warum man sich dann tatsächlich entscheidet, Kinder zu bekommen oder nicht zu bekommen (individuelle Kinderwunschmotivation). Für die Prüfung, ob die Fortpflanzung dem Schutzbereich der Menschenwürde zugeordnet werden kann, ist in erster Linie die allgemeine Kinderwunschmotivation von Interesse. Hier kann möglicherweise eine Antwort auf die Frage gefunden werden, warum der Kinderwunsch - unabhängig von individuellen Motiven - als menschliches Grundbedürfnis angesehen wird.

---

[485] SEIDENSPINNER, Gerlinde/KEDDI, Barbara/WITTMANN, Svendy/GROSS, Michaela/HILDEBRANDT, Karin/STREHMEL, Petra: Junge Frauen heute - Wie sie leben, was sie anders machen. Ergebnisse einer Längsschnittstudie über familiale und berufliche Lebenszusammenhänge junger Frauen in Ost- und Westdeutschland, 1996, S. 165, 182, 183-184, 216, 219

[486] Konvention vom 04.11.1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, (BGBl. 1952 II S. 685, 953) in der Fassung der Bekanntmachung vom 17.05.2002, BGBl. II S. 1054

[487] BERNAT, Erwin: Statusrechtliche Probleme im Gefolge medizinisch assistierter Zeugung, MedR 1986, S. 245-253 (253)

Auf welchen Ursachen beruht nun die allgemeine Kinderwunschmotivation? Zunächst bietet sich ein Blick auf die Definitionen der **Biologie** an, aus denen sich ein unmittelbarer Zusammenhang von Leben und Fortpflanzung ergibt. Leben ist biologisch definiert als

- Metabolismus (Energieumschlag)
- Mutagenität (Variabilität der Erbträger)
- Selbstreproduktion

Hält man sich allein an diese biologische Definition von Leben, so stellt man fest, dass Fortpflanzung ein unabdingbarer Bestandteil der biologischen Existenz einer Person ist.

Auch von **medizinischen** Stellungnahmen wird die Reproduktion als integraler Bestandteil des Lebens angesehen. Zudem wird der Wunsch, Nachkommen zu haben, als biologisch vorprogrammiert angesehen. Hierzu äußert sich *Huber* wie folgt:

> "Leben bedeutet Reproduktion. Dadurch wird die Fortpflanzung zum biologischen Grundrecht, das niemandem leichtfertig genommen werden darf."[488]

Deutsch bezeichnet die Fortpflanzung des Menschen in seinen Kindern als die

> „zentrale biosoziologische Gegebenheit der Menschheit".[489]

Es stellt sich bei der Betrachtung dieser Aussagen die Frage, ob eine solche biologische Grundfunktion wie die Reproduktion grundsätzlich als Teil des Inhaltes der Menschenwürde anzusehen ist. Der Argumentation mit dem „biologischen Imperativ" steht gegenüber, dass der Mensch als denkendes Wesen in der Lage ist, diesen „biologischen Imperativ" rational zu erfassen und mit den Vor- und Nachteilen der Fortpflanzung individuell abzuwägen, was dazu führt, dass Menschen sich auch bewusst gegen Kinder entscheiden.[490] Der Mensch ist in der Lage, über den bloßen Geschlechtsakt hinaus die Konsequenzen dieser Handlung einzusehen. Er kann diese Konsequenzen bedenken und kulturspezifische Entscheidungen für oder gegen die biologischen Konsequenzen des Geschlechtsaktes treffen. Durch dieses Bedenken hört Fruchtbarkeit auf, ein biologisch-animalischer Vorgang zu sein.[491] Infolgedessen ist zwar der Wunsch nach einem Kind als fundamentales menschliches Grundbedürfnis anerkannt, gleichzeitig wird aber gesehen, dass sich hier das biologisch begründete Bedürfnis nach Arterhaltung mit dem Streben der Einzelnen oder des Paares nach individueller und

---

[488] HUBER, Johannes: Medizinethische Überlegungen zum FHG; in: Fortpflanzungsmedizin - Wertung und Gesetzgebung, Hrsg.: Univ.-Doz. Dr. Erwin Bernat, 1991, S. 11

[489] DEUTSCH, Erwin: An der Grenze von Recht und künstlicher Fortpflanzung, VersR 1985, S. 1002

[490] VOLAND, Eckart (Hg.): Fortpflanzung: Natur und Kultur im Wechselspiel; 1992, ders. S. 350-362

[491] CROMM, Jürgen: Bevölkerung, Individuum, Gesellschaft - Theorien und soziale Dimensionen der Fortpflanzung; 1988, S. 22 m.w.N.

partnerschaftlicher Entfaltung verbindet.[492] Fortpflanzung ist dementsprechend kein biologischer Automatismus (wie z.B. die vegetativen Körperfunktionen Atmung und Herzschlag), sondern ein willensgesteuertes menschliches Verhalten mit einer starken biologischen Komponente, die sowohl bei der Willensentscheidung, als auch bei den zur Fortpflanzung notwendigen Handlungen von Bedeutung ist.

Allein mit dem Argument eines biologischen Zwanges kann man deshalb auch nicht in juristischer Hinsicht die Fortpflanzung dem Schutzbereich der Menschenwürde zuordnen. Die Vorstellung von Würde beruht ja gerade darauf, dass der Mensch im Gegensatz zum Tier in der Lage ist, sich gegen biologische Zwänge zu stellen und sich frei von diesen zu entscheiden. Auch *Hirsch/Hiersche* lehnen bei dem Versuch, den von ihnen vorausgesetzten hohen Stellenwert der Fortpflanzungsfähigkeit zu begründen, ein vorrangiges Abstellen auf die biologische Komponente ab:

> „Der hohe Stellenwert der Fortpflanzungsfähigkeit beruht nicht allein, ja nicht einmal überwiegend auf dem biologischen Aspekt von Zeugung und Empfängnis. Es ist vielmehr die Fähigkeit, bewusst neues Leben zu initiieren und gestaltend zu begleiten, welche die Fertilität von anderen körperlichen Fähigkeiten abhebt. Dieses „Stückchen Teilhabe an der Schöpfungsmacht Gottes“ und nicht die somatische Fähigkeit, Samenfäden dort zu platzieren oder platzieren zu lassen, wo sie eine Eizelle penetrieren und damit zu einer Verschmelzung der beiden Chromosomensätze führen können, rechtfertigt die Einstufung an hoher Stelle innerhalb der Rechtsguthierarchie.“[493]

Allein die biologische oder die medizinische Lebensdefinition genügen deshalb nicht zur Begründung der Reproduktion als Teil der Menschenwürde. Allerdings stellt die Tatsache, dass Leben, weil es grundsätzlich sterblich ist, ohne Reproduktion nicht möglich ist, ein Indiz dafür dar, dass die Reproduktion einen wichtigen Faktor im Leben eines Menschen darstellt. Der Einfluss der biologischen Komponente bei der allgemeinen Kinderwunschmotivation ist insoweit von Bedeutung, als hierdurch die Fortpflanzung von vielen anderen Lebensentscheidungen (z.B. ob man ein Auto kauft, zur Miete wohnt oder ein Haus kauft, welche Berufsausbildung man wählt etc.) abgehoben wird.

Neben dem biologisch begründeten Kinderwunsch können auch **gesellschaftliche Rahmenbedingungen** in Bezug auf die allgemeine Fortpflanzungsmotivation von Bedeutung sein. Insbesondere ist zu hinterfragen, ob neben der biologischen Vorprägung auch eine soziale Vorprägung, oder zumindest ein sozialer Druck für den Fortpflanzungsentschluss von Bedeutung ist. Anders formuliert: Wie frei ist das Individuum bei der Entscheidung über Kinder, kann es sich insbesondere im sozialen Umfeld „frei“ (d.h. insbesondere frei von Diskriminierungen) gegen Kinder entscheiden. Das Fehlen eines sozialen Drucks in Bezug auf die freie Entscheidung für oder gegen

[492] MERZ, Bettina: Die medizinische, ethische und juristische Problematik artifizieller menschlicher Fortpflanzung: artifizielle Insemination, In-vitro-Fertilisation mit Embryotransfer und die Forschung an frühen menschlichen Embryonen; 1991, S. 57

[493] HIRSCH, G./HIERSCHE, H.-D.: Sterilisation geistig Behinderter, MedR 1987, S. 135-140 (138)

Kinder ist für unsere derzeitige Gesellschaft zu verneinen. Bereits aus den Wertungen des Grundgesetzes in Art. 6 Abs. 1 GG ergibt sich eine eindeutige Wertentscheidung dahingehend, dass die Entscheidung für Kinder vom Staat (der ein Interesse am Fortbestehen seiner Bevölkerung hat) bevorzugt wird, auch wenn damit keine grundsätzliche Abwertung anderer Lebensentwürfe verbunden ist. Auch in der Gesellschaftswirklichkeit dominiert, aufgrund der historisch entwickelten sozialen Strukturen, die Akzeptanz der Entscheidung für Kinder, während die Entscheidung gegen Kinder als negativ eingestuft wird.[494] Dies liegt u.a. darin begründet, dass durch strukturell festgelegte soziale Position (z.B. junge Menschen in stabiler Paarbeziehung, junge Eheleute) bestimmte Verhaltensmuster gesellschaftlich vorgegeben sind, denen sich die Positionsinhaberin oder der Positionsinhaber in ihrem tatsächlichen Verhalten kaum entziehen können. Ursache hierfür ist, dass die Interaktion zwischen Individuen nicht jeweils situationsgerecht neu erfunden wird und auch nicht durch materielle Sachzwänge vorbestimmt wird. Soziales Verhalten orientiert sich vielmehr an kulturell vorgegebenen Verhaltensmustern, deren Einhaltung durch sozialen Konsens oder Zwang kontrolliert wird.[495] Bei den geschlechtsspezifischen Verhaltensmustern für Mann und Frau, Ehemann und Ehefrau, Vater und Mutter handelt es sich zum einen, da sie einem allgemeinen Muster der Arbeitsteilung zugeordnet sind, um Verhaltensmuster höchster Allgemeinheit, und zum anderen, da sie bereits mit der frühkindlichen Sozialisation verankert werden, um Muster höchster Intensität.[496] Als solches Muster ist in Deutschland nach wie vor das Leben in einer bürgerlichen Familienstruktur (Vater-Mutter-Kinder) vorherrschend (vgl. hierzu die ausführliche Darstellung im Abschnitt 2.3.6.1.1.). Dieses Verhaltensmuster legt jungen Menschen auch heute noch eine Partnerschaft mit daraus hervorgehender Elternschaft als „klassischen“ Lebensentwurf nahe. Dementsprechend äußert *Merz* Zweifel, ob der Kinderwunsch tatsächlich instinktives menschliches Urbedürfnis sei und

---

494 Soweit eine wachsende „Kinderfeindlichkeit“ der Gesellschaft zu beobachten ist, bezieht sich diese in erster Linie auf bereits vorhandene Kinder, besonders wenn sie Lärm verursachen, (Steuer-)Geld kosten oder in sonstiger Weise von Dritten als störend empfunden werden. Ideologisch hat die Entscheidung für Kinder aber nach wie vor einen hohen Stellenwert. (SEIDENSPINNER, Gerlinde/KEDDI, Barbara/WITTMANN, Svendy/GROSS, Michaela/HILDEBRANDT, Karin/STREHMEL, Petra: Junge Frauen heute - Wie sie leben, was sie anders machen. Ergebnisse einer Längsschnittstudie über familiale und berufliche Lebenszusammenhänge junger Frauen in Ost- und Westdeutschland, 1996, S. 165, 182, 183-184, 216, 219)

495 HAUSEN, Karin „Die Polarisierung der ‚Geschlechtscharaktere‘ - Eine Spiegelung der Dissoziation von Erwerbs- und Familienleben“ in: CONZE, Werner (Hg.): Industrielle Welt - Schriftenreihe des Arbeitskreises für moderne Sozialgeschichte, Band 21: Sozialgeschichte der Familie in der Neuzeit Europas, 1976, S. 364

496 HAUSEN, Karin „Die Polarisierung der ‚Geschlechtscharaktere‘ - Eine Spiegelung der Dissoziation von Erwerbs- und Familienleben“ in: CONZE, Werner (Hg.): Industrielle Welt - Schriftenreihe des Arbeitskreises für moderne Sozialgeschichte, Band 21: Sozialgeschichte der Familie in der Neuzeit Europas, 1976, S. 364

führt an, dass er möglicherweise auch ein kulturell produziertes Gefühl darstellen könnte.[497] Zumindest hat der Kinderwunsch mit Sicherheit neben biologischen auch soziale Komponenten.

Welche Rückschlüsse erlaubt nun die Feststellung dieser sozialen Komponenten des Kinderwunsches in Bezug auf die Bestimmung des Schutzbereiches der Menschenwürde in Art. 1 Abs. 1 GG? Wenn innerhalb einer Gesellschaft von einer Person allgemein ein bestimmtes Verhalten erwartet wird, wie z.B. von jungen Menschen die Familiengründung und die Fortpflanzung, so ist dies auch bei der Bestimmung des Menschenwürdeschutzes von Bedeutung. Dies gilt insbesondere unter Berücksichtigung des vom BVerfG aufgestellten Grundsatzes, dass das Individuum bei der Bestimmung seiner Menschenwürde durch seine Gemeinschaftsbezogenheit begrenzt wird.[498] Dieser Grundsatz markiert nämlich keine Einbahnstrasse, sondern ein wechselseitiges Verhältnis: In dem Umfang, wie die Gemeinschaft auf den Einzelnen einwirkt, muss sie ihm auch eine entsprechende Bestimmung seines Menschenwürdeschutzes zugestehen. Es gehört auch zur Menschenwürde, dass einer Person die Möglichkeit eingeräumt wird, sich entsprechend den sozialen Verhaltensmustern, die von Staat und Gesellschaft erwartet werden, zu verhalten. Dementsprechend ist auch das aufgrund der Gesellschaftswirklichkeit erwartete Verhalten eines Individuums bei der Bestimmung des Schutzbereichs der Menschenwürde in Bezug auf die Fortpflanzung ein wichtiges Kriterium.

Als Ergebnis aus der Untersuchung der allgemeinen Kinderwunschmotivation bleibt festzuhalten, dass sich eine Person insoweit nicht frei entscheidet, sondern dass der allgemeine Kinderwunsch biologisch und sozial vorgegeben ist. Das aus der Vermischung von biologischen und sozialen Komponenten hervorgehende Grundbedürfnis nach Nachkommen führt dazu, dass sich nahezu jede Person irgendwann in ihrem Leben mit der Frage beschäftigt, ob sie Kinder haben und aufziehen möchte. Die willensgesteuerte Komponente der Fortpflanzung (individuelle Kinderwunschmotivation) wird erst durch die allgemeine Kinderwunschmotivation ausgelöst. Aufgrund der menschlichen Fähigkeit zur Selbstbestimmung und Selbstreflexion wird der allgemeine Kinderwunsch rational erfasst und dann eine individuelle positive oder negative Fortpflanzungsentscheidung getroffen.

---

[497] MERZ, Bettina: Die medizinische, ethische und juristische Problematik artifizieller menschlicher Fortpflanzung: artifizielle Insemination, In-vitro-Fertilisation mit Embryotransfer und die Forschung an frühen menschlichen Embryonen; 1991, S. 67

[498] BVerfG, Urteil vom 20.07.1954, 1 BvR 459, 484, 548, 555, 623, 651, 748, 783, 801/52, 5, 9/53, 96, 114/54, BVerfGE 4, 7 (15-16); BVerfG, Urteil vom 15.12.1970, 2 BvF 1/69, 2 BvR 629/68 und 308/69, BVerfGE 30, 1 (20); BVerfG, Beschluss vom 29.07.1968, 1 BvL 20/63, 31/66 und 5/67, BVerfGE 24, 119 (144); DÜRIG in: MAUNZ, Theodor/DÜRIG, Günter (Hg.): Kommentar zum Grundgesetz, Stand: 33. Ergänzungslieferung, Nov. 1997, Art. 1 Abs. I RN 46

Als weiteres Argument für einen hohen Rang der Fortpflanzung innerhalb menschlicher Handlungsoptionen kann angeführt werden, dass sich aufgrund der allgemeinen Kinderwunschmotivation tatsächlich auch viele Menschen dazu entscheiden, sich fortzupflanzen. Die bewusste Entscheidung gegen Kinder ist nach wie vor selten. Häufiger ist das Aufschieben des Kinderwunsches auf einen späteren Zeitpunkt, mit späterem Scheitern der Realisierung aus den verschiedensten Gründen.[499] Für Personen, die sich aufgrund der allgemeinen Kinderwunschmotivation mit der Fortpflanzungsfrage befassen und dann eine individuelle positive Kinderwunschmotivation entwickeln, stellt der einmal gefasste Entschluss, Kinder in die Welt zu setzen, in der Regel ein hochstehendes persönliches Lebensziel dar. Bei solchen hochstehenden Zielen wird ein Erfolg vom Individuum mit höchster Priorität angestrebt, dem andere Lebensziele bereitwillig untergeordnet werden. Die Entscheidung für Kinder hat dementsprechend einen ähnlich zu beurteilenden Stellenwert im Leben einer Person wie z.B. die Entscheidung über die Eingehung einer Ehe. All diese Punkte sind ebenfalls ein Indiz dafür, der Entscheidung für die Fortpflanzung und den zur Umsetzung der hierzu erforderlichen Handlungen einen besonderen Stellenwert einzuräumen.

Anhand dieser Gesamtschau der möglichen Gründe für eine Einordnung der Fortpflanzung als hochstehende menschliche Handlungsoption kann die These aufgestellt werden, dass die Entscheidung für Kinder und für die zur Umsetzung dieser Entscheidung notwendigen Handlungen auf einer hochrangigen **Entscheidung der persönlichen Lebensplanung** beruhen. Dabei beruht der allgemeine Kinderwunsch nicht auf einer völlig freien Entscheidung, sondern stellt eine gemischt biologisch-sozial motivierte, mit individuellen Faktoren abgewogene Vorgabe der menschlichen Existenz dar. Erst aufgrund des allgemeinen Kinderwunsches wird die individuelle Willensentscheidung für oder gegen Kinder aufgrund verschiedenster Motive getroffen. All diese Faktoren rechtfertigen es bereits, die Entscheidung für Kinder und die zur Umsetzung dieser Entscheidung erforderlichen Handlungen dem Schutzbereich der Menschenwürde zuzuweisen.

Diese Annahme der Zuordnung der Fortpflanzung zu einer hochrangigen Entscheidung der persönlichen Lebensplanung wird durch die Rechtsprechung zu Fragen aus dem Umfeld der menschlichen Fortpflanzung gestützt, nach der ein positiver oder negativer individueller Kinderwunsch keiner besonderen Rechtfertigung bedarf und nicht gerichtlich überprüft werden kann.[500] Warum der Kinderwunsch als hochrangig anzusehen ist, wird allerdings nicht detailliert begründet. Dieses in der Rechtsprechung zu erkennende

[499] SEIDENSPINNER, Gerlinde/KEDDI, Barbara/WITTMANN, Svendy/GROSS, Michaela/HILDEBRANDT, Karin/STREHMEL, Petra: Junge Frauen heute - Wie sie leben, was sie anders machen. Ergebnisse einer Längsschnittstudie über familiale und berufliche Lebenszusammenhänge junger Frauen in Ost- und Westdeutschland, 1996, S. 165, 182, 183-184, 216, 219

[500] BGH, Entscheidung vom 21.02.2001 (XII ZR 34/99), BGHZ 146, 391-401 (397-398); BGH, Entscheidung vom 21.02.2001 (XII ZR 34/99), BGHZ 146, 391-401 (400)

Phänomen der hochrangigen Einstufung eines Kinderwunsches kann mit der Unterscheidung zwischen dem allgemeinen und dem individuellen Kinderwunsch erklärt werden: Aufgrund des allgemeinen Kinderwunsches, der nicht der Beliebigkeit des Individuums unterliegt, sondern als integraler Bestandteil des Menschseins anzusehen ist, wird der individuelle Kinderwunsch dem Bereich der persönlichen Lebensplanung zugewiesen, der keiner Rechtskontrolle zugänglich ist. Anders formuliert: Erkennt man dem Bedürfnis nach Kindern (allgemeiner Kinderwunsch) den Status eines besonders geschützten menschlichen Grundbedürfnisses zu, so bedarf dessen Ausübung durch das Individuum (individueller Kinderwunsch) keiner besonderen Rechtfertigung mehr.

Hinzu kommt, dass die Entscheidung für Kinder und die zur Umsetzung dieser Entscheidung getroffenen Handlungen in einem bestimmten äußeren Rahmen statt finden, nämlich im Bereich des Geschlechts- und Privatlebens eines Paares. Eine Begründung der Zugehörigkeit der Fortpflanzung zum Schutzbereich der Menschenwürde kann auch daraus abgeleitet werden, dass die **Intimsphäre**, in der die normale Fortpflanzung üblicherweise stattfindet, durch Art. 1 Abs. 1 GG geschützt wird.[501] Der geschützte Intimbereich umfasst die Sphäre des menschlichen Lebens, die durch weitgehende Abgeschiedenheit von der Beteiligung anderer Personen - mit Ausnahme der Familie - gekennzeichnet ist.[502] Bei Fortpflanzung mittels Geschlechtsverkehr ist zwar mehr als eine Person beteiligt, innerhalb einer Geschlechtspartnerschaft wird jedoch bei gemeinsamem Geschlechtsverkehr der Intimbereich jeder einzelnen Person nicht verlassen. Denn die Beteiligung von zwei gegengeschlechtlichen Personen ist, wegen der biologischen Besonderheiten dieser Tätigkeit, unabdingbare Voraussetzung für die Ausübung von Geschlechtsverkehr zum Zweck der Fortpflanzung. Somit ist die Intimsphäre der Geschlechtspartner bei der Fortpflanzung grundsätzlich gegeben, wobei der jeweils andere mit in den persönlichen Intimbereich einbezogen wird und somit in Bezug auf die Ausübung von Geschlechtsverkehr faktisch ein gemeinsamer Intimbereich entsteht. Daher kann ein Schutz der Fortpflanzung durch Art. 1 Abs. 1 GG auch damit begründet werden, dass der äußere Rahmen der Fortpflanzung, nämlich die Intimsphäre, vom Schutzbereich der Menschenwürde umfasst wird.

Im **Ergebnis** ist festzuhalten, dass die Entscheidung für Kinder und die zur Verwirklichung des Kinderwunsches notwendigen Handlungen vom Schutzbereich des Art. 1 Abs. 1 GG umfasst sind. Fortpflanzung ist eine Tätigkeit, die sowohl dem besonders schutzwürdigen Bereich der **individuellen Lebensplanung und Lebensgestaltung**, als auch dem **Intimbereich** eines Menschen zuzuordnen ist, welche beide vom Schutzbereich der Menschenwürde umfasst sind.

---

[501] ZIPPELIUS in: DOLZER, Rudolf/VOGEL, Klaus/GRAßHOF, Karin: (Hg.): Bonner Kommentar zum Grundgesetz, 2004, Art. 1 Abs. 1 u. 2 RN 79, 90

[502] ANTONI in: HÖMIG, Dieter/SEIFERT, Karl-Heinz (Hg.): Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland - Taschenkommentar; Art. 1 RN 11

2.3.1.1.3. Recht auf die Möglichkeit der Inanspruchnahme von Methoden der medizinisch assistierten Fortpflanzung aus Art. 1 Abs. 1 GG bei homologer Fortpflanzung?

Als nächstes ist die Frage zu prüfen, ob als ggf. zur Verwirklichung des Kinderwunsches notwendige Handlung auch die Inanspruchnahme von Methoden der medizinisch assistierten Fortpflanzung im homologen System in den Schutzbereich des Art. 1 Abs. 1 GG fällt. Sowohl die Überprüfung des Wortlautes als auch die historische Auslegung von Art. 1 Abs. 1 GG bieten hierzu keine Anhaltspunkte. Eindeutige Entscheidungen des BVerfG zu einem Recht auf Inanspruchnahme von Methoden der medizinisch assistierten Fortpflanzung existieren nicht. Soweit in der Kommentarliteratur zum Art. 1 Abs. 1 GG die Reproduktionsmedizin behandelt wird, geht es in erster Linie darum, inwieweit die Menschenwürde der Beteiligten die Beschränkung der medizinischen Möglichkeiten gebietet. Dieser Bereich wird nachfolgend im Teil 3 behandelt, wenn es um die Frage geht, ob und in welchem Umfang Grundrechte, welche die Fortpflanzung schützen, vom Staat eingeschränkt werden dürfen. An dieser Stelle soll vorerst nur geprüft werden, ob Anhaltspunkte dafür vorliegen, die homologe medizinisch assistierte Fortpflanzung anders als die normale Fortpflanzung einzustufen. Soweit bei Inanspruchnahme von Methoden der medizinisch assistierten Fortpflanzung genetische und physiologische Elternschaft zusammenfallen und die Inanspruchnahme der Fortpflanzungsmedizin auf soziale Elternschaft gerichtet ist (homologes System), liegt der einzige Unterschied zur normalen Fortpflanzung darin, dass ein Arzt zur Unterstützung defekter Körperfunktionen herangezogen wird. Hier wird lediglich der natürliche Zeugungsvorgang unterstützt oder durch ein medizinisches Verfahren ersetzt. Es ist dementsprechend zu untersuchen, ob in diesem Fall der Bereich der engsten persönlichen Lebenssphäre verlassen wird.

Ein Kriterium, das dafür spricht, dass der engste persönliche Lebensbereich verlassen wird, ist, dass nach der Entscheidung für Kinder bei medizinisch assistierter Fortpflanzung ein Dritter (Arzt/Ärztin) hinzugezogen werden muss. Dabei wird die dritte Person an der dem Intimbereich zugehörigen Zeugung und Empfängnis beteiligt: Mit Ausnahme der Hormonbehandlung und sonstiger Behandlungsmethoden, die ausschließlich jenseits des geschlechtlichen Zeugungsgeschehens erfolgen, findet bei Anwendung der meisten Methoden der medizinisch assistierten Fortpflanzung (Insemination, Gametentransfer, IVF und ICSI mit anschließendem Embryotransfer) der Zeugungsakt nicht mehr allein unter den Sexualpartnern statt. Grundsätzlich ist deshalb bei Inanspruchnahme einer nicht der Geschlechtsgemeinschaft zugehörigen Person davon auszugehen, dass der Bereich der engsten persönlichen Lebensführung verlassen wird.

Eine andere Beurteilung könnte sich daraus ergeben, dass eine Ärztin oder ein Arzt kraft Berufsstandes eine Person ist, die auch im Bereich der privaten Lebensführung hinzugezogen werden kann. Dieser Funktion von Angehörigen des Arztberufes, auch an höchstpersönlichen intimen Geschehnissen beteiligt zu werden, entspricht ihre rechtliche

Position, die ihnen z.B. besondere Berufspflichten auferlegt[503] und ein beruflich begründetes Zeugnisverweigerungsrecht (§ 53 Abs. 1 Nr. 3 StPO) zugesteht. Es ist aber fraglich, ob bei Inanspruchnahme von Methoden der medizinisch assistierten Fortpflanzung, die nicht im Vorstadium der Zeugung liegen, immer noch der unantastbare Intimbereich, der von Art. 1 Abs. 1 GG geschützt wird, vorliegt. Bei einer wertenden Beurteilung ist dies abzulehnen, da wegen der Beteiligung einer dritten Person - selbst wenn sie wie eine Ärztin oder ein Arzt eine besondere Stellung in Bezug auf den Privatbereich der Wunscheltern einnimmt - und der Ausklammerung der Zeugung aus dem Sexualgeschehen zwischen den Partnern der Geschlechtsgemeinschaft ein gewisser gesellschaftlicher Bezug vorliegt, der genügt, um die Intimsphäre, wenn auch nicht die Privatsphäre zu verlassen. Diese Feststellung lässt sich auch damit argumentativ stützen, dass beim Hinzutreten einer Ärztin oder eines Arztes in das Fortpflanzungsgeschehen ggf. zivilrechtliche Schadensersatzansprüche entstehen können, die einen gesellschaftlichen Bezug des Fortpflanzungsgeschehens begründen. Das BVerfG hat zu diesem Punkt folgendes ausgeführt:

> „Vorliegend geht es um den Schnittpunkt von ärztlicher Verantwortlichkeit und Familiensphäre. Ermöglicht die Weiterentwicklung der Medizin ärztliche Hilfsleistung in dem höchst privaten und von den Geschlechtspartnern autonom zu verantwortenden Bereich der Zeugung, kommt insbesondere dem Delikts- und Vertragshaftungsrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs die Funktion zu, das hierdurch gefährdete Persönlichkeitsrecht von Eltern und Kind, die körperliche Unversehrtheit der Frau und die persönliche Selbstbestimmung der Eltern abzusichern. Der Ausgleich widerstreitender Interessen im einzelnen fällt hierbei der Rechtsprechung zu, soweit das bestehende Haftungsrecht einer solchen Fortentwicklung zugänglich ist. Dabei darf sie berücksichtigen, daß die Eheleute einseitig mit dem Risiko eines ärztlichen Fehlers belastet würden, wenn schuldhaftes ärztliches Handeln in diesem Bereich sanktionslos bliebe.“[504]

Hiernach findet das Hinzutreten einer Ärztin oder eines Arztes eindeutig im Intimbereich einer Geschlechtsgemeinschaft statt, gleichzeitig liegt aber ein gesamtgesellschaftlicher Bezug aufgrund der Auswirkungen des ärztlichen Vertragsrechts in den Intimbereich eines Paares vor. Damit ist bei Hinzuziehung einer Ärztin oder eines Arztes nicht mehr der von Art. 1 Abs. 1 GG geschützte unantastbare Bereich der privaten Lebensführung in Form des Intimbereiches gegeben. Als **Zwischenergebnis** ist daher festzuhalten, dass die Inanspruchnahme von Methoden der medizinisch assistierten Fortpflanzung, bei denen unter Beteiligung einer Ärztin/eines Arztes die Zeugung aus dem Sexualgeschehen zwischen den Partnern herausgehoben wird, dazu führt, dass der Schutzbereich der von der Menschenwürde geschützten Intimsphäre verlassen wird. Lediglich bei Inanspruchnahme von ärztlicher Hilfe, die im Umfeld einer von den Partnern nach wie vor im intimen Sexualbereich durchgeführten Zeugung erfolgt, ist nach wie vor der

[503] vgl. z.B. die von den Ärztekammern der Länder in Anlehnung an die "(Muster-)berufsordnung für die Deutschen Ärztinnen und Ärzte" (MBO-Ä 1997), NJW 1997, 3076 ff. in der Fassung der Beschlüsse des 100. Deutschen Ärztetages 1997 in Eisenach, geändert durch die Beschlüsse des 103. Deutschen Ärztetages 2000 in Köln, geändert durch die Beschlüsse des 105. Deutschen Ärztetages 2002 in Rostock (Wortlaut im Internet verfügbar unter: www.bundesaerztekammer.de) erlassenen Berufsordnungen

[504] BVerfG, Beschluss vom 12.11.1997, 1 BvR 479/92 und 307/94, BVerfGE 96, 375 ff. (399)

Schutzbereich der Intimsphäre - allerdings nur in Bezug auf den Geschlechtsakt, nicht in Bezug auf das Arzt-Patienten-Verhältnis - und damit der Schutz der Menschenwürde gegeben.

Abschließend bleibt zu prüfen, ob eine andere Bewertung deswegen erfolgen muss, weil die zweite Komponente des Schutzes der Fortpflanzung, der Bereich der persönlichen Lebensplanung, nach wie vor gegeben wäre, auch wenn das Zeugungsgeschehen nicht mehr der unantastbaren Intimsphäre zuzuordnen ist. Dies ist deshalb abzulehnen, weil die engste persönliche Lebensplanung (individuelle Entscheidung für Kinder) beim Unvermögen zur Zeugung oder Empfängnis ohne medizinische Hilfe nicht ohne das Verlassen des Intimbereichs durchgeführt werden kann. Als innere Entscheidung gehört die persönliche Lebensplanung zwar weiterhin zum Schutzbereich der Menschenwürde, die zur Umsetzung notwendigen Handlungen sind aber nicht mehr vom unantastbaren Schutz der Menschenwürde umfasst, da sie, wie bereits dargestellt, einen nicht unerheblichen Sozialbezug aufweisen. Die Inanspruchnahme von Methoden der medizinisch assistierten Fortpflanzung, die dazu führt, dass das Zeugungsgeschehen aus dem Sexualbereich der Partner einer Geschlechtsgemeinschaft heraustritt, führt daher auch bei eigener genetischer und physiologischer Fortpflanzung (homologe Fortpflanzung) dazu, dass der Schutzbereich des Art. 1 Abs. 1 GG verlassen wird.

Im **Ergebnis** ist nur die Fortpflanzung im Wege eines im Intimbereich innerhalb einer Geschlechtsgemeinschaft durchgeführten Zeugungsaktes vom Schutzbereich der Würde des Menschen umfasst. Wegen des weiter verstärkten Sozialbezuges ist auch eine über die Beteiligung eines Arztes oder einer Ärztin hinausgehende Inanspruchnahme weiterer Personen mit Elternfunktion (z.B. Eizellenspenderin, Samenspender, Leih- oder Tragemutter), sog. heterologe Fortpflanzung, nicht vom Schutzbereich des Art. 1 Abs. 1 GG umfasst.

2.3.1.2. Zwischenergebnis

Die Entscheidung für oder gegen Kinder ist als hochrangige Entscheidung der persönlichen Lebensplanung vom Schutzbereich des Art. 1 Abs. 1 GG umfasst. Die zur Umsetzung einer positiven Fortpflanzungsentscheidung erforderlichen Handlungen sind nur dann vom Schutzbereich des Art. 1 Abs. 1 GG umfasst, wenn sie im unantastbaren Intimbereich der Partner einer Geschlechtsgemeinschaft durchgeführt werden (= Fortpflanzung durch intimen Geschlechtsverkehr).

2.3.2. Allgemeines Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 GG)

Das allgemeine Persönlichkeitsrecht schützt im Gegensatz zu Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG (Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit) die Integrität eines Menschen in geistig-seelischer Beziehung.[505] Zum Schutzbereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts stellt das BVerfG grundsätzlich folgendes fest:

> „Das allgemeine Persönlichkeitsrecht ergänzt als „unbenanntes Freiheitsrecht" die speziellen („benannten") Freiheitsrechte. Seine Aufgabe ist es, im Sinne des obersten Konstitutionsprinzips der „Würde des Menschen" (Art. 1 Abs. 1 GG) die engere persönliche Lebenssphäre und die Erhaltung ihrer Grundbedingungen zu gewährleisten, die sich durch die traditionellen Freiheitsgarantien nicht abschließend erfassen lassen. Wegen dieser Eigenart des allgemeinen Persönlichkeitsrechts hat die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, ebenso wie die des Bundesgerichtshofs, den Inhalt des geschützten Rechts nicht abschließend umschrieben, sondern seine Ausprägungen jeweils anhand des zu entscheidenden Falles herausgearbeitet."[506]

Der Schutzbereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts ist aus diesen Gründen nicht abschließend bestimmbar, sondern nach der Rechtsprechung des BVerfG explizit offen für bislang unbekannte Persönlichkeitsgefahren.[507] Nach den vom BVerfG aufgestellten Grundsätzen sichert das allgemeine Persönlichkeitsrecht im Sinne der Menschenwürde die engere persönliche Lebenssphäre und die Erhaltung ihrer Grundbedingungen. Das BVerfG hat diesen besonderen Schutz damit begründet, dass das Wertsystem der Grundrechte seinen Mittelpunkt in der innerhalb der sozialen Gemeinschaft sich frei entfaltenden menschlichen Persönlichkeit und ihrer Würde habe, der Achtung und Schutz von Seiten aller staatlichen Gewalt gebühre.[508] Durch die Verbindung mit Art. 1 GG erlangt das allgemeine Persönlichkeitsrecht gegenüber der allgemeinen Handlungsfreiheit einen stärkeren Schutz. Aufgrund der Einbeziehung der Menschenwürde ist der Mensch nicht nur in seinem Verhalten, sondern in seiner Existenz als Mensch betroffen. Das Grundrecht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit enthält auch ein allgemeines Menschenrecht[509].

---

[505] MURSWIEK in: SACHS, Michael (Hg.): Grundgesetz Kommentar, 2003; Art. 2 RN 61

[506] Beschluss des BVerfG vom 13.05.1986, 1 BvR 1542/84, BVerfGE 72, 155-175 (170)

[507] BVerfG, Beschluss vom 26.02.1997, 1 BvR 2172/96, BVerfGE 95, 220 (241); BVerfG, Urteil vom 31.01.1989, 1 BvL 17/87, BVerfGE 79, 256 (268); BVerfG, Beschluss vom 13.05.1986, 1 BvR 1542/84, BVerfGE 72, 155 ff. (170); BVerfG, Urteil vom 15.12.1983, 1 BvR 209, 269, 362, 420, 440, 484/83, BVerfGE 65, 1 ff. (41-42); BVerfG, Beschluss vom 03.06.1980, 1 BvR 185/77, BVerfGE 54, 148 ff. (153-154)

[508] BVerfG, Urteil vom 15.01.1958, 1 BvR 400/51, BVerfGE 7, 198 (205); BVerfG, Beschluss vom 14.02.1973, 1 BvR 112/65, BVerfGE 34, 269 (281); MURSWIEK in: SACHS, Michael (Hg.): Grundgesetz Kommentar, 2003; Art. 2 RN 60

[509] KANNENGIEßER in: SCHMIDT-BLEIBTREU, Bruno/KLEIN, Franz: Kommentar zum Grundgesetz, 1999, Art. 1 RN 18

2.3.2.1. Schutzbereich

Träger des Grundrechts auf freie Entfaltung der Persönlichkeit ist jeder Mensch, einschließlich Kinder und Jugendlicher[510], aber nur der lebende Mensch[511]. Embryonen und Verstorbene sind noch nicht oder nicht mehr Grundrechtsträger.[512]

2.3.2.1.1. Schutz der persönlichen Lebenssphäre

Zum Zweck der Sicherung der engeren persönlichen Lebenssphäre und ihrer Grundbedingungen schützt das allgemeine Persönlichkeitsrecht insbesondere die Privat- und Intimsphäre eines Menschen vor Eingriffen durch den Staat.[513] Das BVerfG hat hierzu folgendes ausgeführt:

> „Das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit und die Menschenwürde sicheren jedem Einzelnen einen autonomen Bereich privater Lebensgestaltung, in dem er seine Individualität entwickeln und wahren kann.“[514]

Der Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts ist um so intensiver, je näher die gefährdeten Rechtsgüter der Intimsphäre der betroffenen Person stehen, die als unantastbarer Bereich privater Lebensgestaltung gegenüber aller staatlichen Gewalt Achtung und Schutz beansprucht.[515]

Für die Beurteilung der Zulässigkeit von staatlichen Eingriffen in die private Lebensgestaltung hat das Bundesverfassungsgericht die sog. „**Sphärentheorie**“ entwickelt, anhand derer auch die Zuordnung von menschlichem Verhalten zum Schutzbereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts und die Feststellung des jeweiligen Schutzumfangs durchzuführen ist.[516]

Die am meisten geschützte Sphäre, der **„Kernbereich privater Lebensgestaltung“ (= Intimsphäre)** ist absolut unantastbar. Hier trifft die Beeinträchtigung auf den über Art.

[510] Beschluss des BVerfG vom 21.12.1977, 1 BvL 1/75, 1 BvR 147/75, BVerfGE 47, 46 (73 ff.); Beschluss des BVerfG vom 13.05.1986, 1 BvR 1542/84, BVerfGE 72, 155-175 (172); BVerfG, Beschluss vom 27.11.1990, 1 BvR 402/87, BVerfGE 83, 130 ff. (140)

[511] Beschluss des BVerfG vom 24.02.1971, 1 BvR 435/68, BVerfGE 30, 173 (194)

[512] PODLECH, Adalbert in: DENNINGER, Erhard/ ... (Hg.): Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (Reihe Alternativkommentare), Stand: August 2002, Art. 1 Abs. 1 RN 60

[513] BVerfG, Beschluss vom 06.05.1997, 1 BvR 409/90, BVerfGE 96, 56 (61); BVerfG, Beschluss vom 14.02.1973, 1 BvR 112/65, BVerfGE 34, 269 (281); BVerfG, Urteil vom 16.01.1957, 1 BvR 253/56, BVerfGE 6, 32 ff. (41); MURSWIEK in: SACHS, Michael (Hg.): Grundgesetz Kommentar, 2003; Art. 2 RN 60

[514] BVerfG, Urteil vom 31.01.1989, 1 BvL 17/87, BVerfGE 79, 256 (268)

[515] BVerfG, Beschluss vom 24.06.1993, 1 BvR 689/92, BVerfGE 89, 69 ff. (82-83); BVerfG, Beschluss vom 08.03.1972, 2 BvR 28/71, BVerfGE 32, 373 ff. (379); BVerfG, Beschluss vom 15.01.1970, 1 BvR 13/68, BVerfGE 27, 344 ff. (351); ANTONI in: HÖMIG, Dieter/SEIFERT, Karl-Heinz (Hg.): Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland - Taschenkommentar; Art. 1 RN 10

[516] DI FABIO in: MAUNZ, Theodor/DÜRIG, Günter (Hg.): Kommentar zum Grundgesetz; Art. 2 Abs. 1 RN 158-160, Stand: 43. Ergänzungslieferung, Februar 2004

1 Abs. 1 GG mitdefinierten Grundrechtskern des Art. 2 Abs. 1 GG und kann -je nach Art und Umfang des Eingriffs- auch in einen selbständigen Eingriff in Art. 1 Abs. 1 GG übergehen.[517] Die Schutzbereiche der Menschenwürde und des allgemeinen Persönlichkeitsrechts liegen in dieser Sphäre eng beieinander, sind aber nicht immer deckungsgleich. Während Art. 1 Abs. 1 GG das Sein des Menschen als Gattungswesen schützt[518], richtet sich der Schutz des Art. 2 Abs. 1 GG auf das Agieren des Menschen in allen Sphären seiner Existenz, seinen sozialen Achtungsanspruch und seine Selbstachtung.[519] Neben den unterschiedlichen Zielrichtungen variiert auch die Intensität des Schutzes: Während die von Art. 1 Abs. 1 GG garantierte Menschenwürde unbeschränkbar ist, unterliegt das allgemeine Persönlichkeitsrecht den Beschränkungsmöglichkeiten aus Art. 2 Abs. 1, 2. Halbsatz GG, damit insbesondere der verfassungsmäßigen Ordnung (einfacher Gesetzesvorbehalt).[520] In seiner Intimsphäre, im Innenraum privater Lebensgestaltung, besitzt der Mensch sich selbst und muss sich dorthin ohne Zutrittsmöglichkeit der Umwelt, insbesondere der öffentlichen Gewalt zurückziehen können.[521] Selbst überwiegende Interessen der Allgemeinheit können einen Eingriff in den absolut geschützten Kernbereich privater Lebensgestaltung nicht rechtfertigen. Eine Abwägung nach Maßgabe des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes findet nicht statt.[522] Allerdings sind diesem Bereich nur mit äußerster Vorsicht Lebenssachverhalte zuzuordnen. Z.B. sind folgende Bereiche nicht der unantastbaren Intimsphäre, sondern lediglich dem Privatbereich zugeordnet worden: Informationen über den Gesundheitszustand[523] oder Akten aus dem Ehescheidungsverfahren, die Informationen über das Eheleben[524] enthalten.[525] Selbst psychologische Untersuchungen und Erfassungen, die notwendigerweise auf höchstpersönlichen Befunden wie Lebensgewohnheiten, Elternhaus, Familienstand, finanziellen Verhältnissen, traumatischen Erlebnissen oder Ähnlichem aufbauen, sind ebenso wie molekulargenetische Untersuchungen zur Identitätsfeststellung im künftigen Strafverfahren nicht grundsätzlich dem unantastbaren Intimbereich zuzuordnen, stehen diesem aber sehr nahe.[526]

---

[517] DI FABIO in: MAUNZ, Theodor/DÜRIG, Günter (Hg.): Kommentar zum Grundgesetz; Art. 2 Abs. 1 RN 130, Stand: 43. Ergänzungslieferung, Februar 2004

[518] HÖFLING in: Sachs, Michael (Hg.): Grundgesetz Kommentar, 2003; Art. 1 RN 47 ff.

[519] DI FABIO in: MAUNZ, Theodor/DÜRIG, Günter (Hg.): Kommentar zum Grundgesetz; Art. 2 Abs. 1 RN 127-131, Stand: 43. Ergänzungslieferung, Februar 2004

[520] DI FABIO in: MAUNZ, Theodor/DÜRIG, Günter (Hg.): Kommentar zum Grundgesetz; Art. 2 Abs. 1 RN 133, Stand: 43. Ergänzungslieferung, Februar 2004

[521] DI FABIO in: MAUNZ, Theodor/DÜRIG, Günter (Hg.): Kommentar zum Grundgesetz; Art. 2 Abs. 1 RN 158, Stand: 43. Ergänzungslieferung, Februar 2004

[522] BVerfG, Beschluss vom 31.01.1973, 2 BvR 454/71, BVerfGE 34, 238 (245)

[523] BVerfG, Beschluss vom 08.03.1972, 2 BvR 28/71, BVerfGE 32, 373 ff. (379-380)

[524] BVerfG, Beschluss vom 18.01.1973, 2 BvR 483/72, BVerfGE 34, 205 (209); BVerfG, Beschluss vom 15.01.1970, 1 BvR 13/68, BVerfGE 27, 344 ff. (351)

[525] DI FABIO in: MAUNZ, Theodor/DÜRIG, Günter (Hg.): Kommentar zum Grundgesetz; Art. 2 Abs. 1 RN 158, Stand: 43. Ergänzungslieferung, Februar 2004

[526] DI FABIO in: MAUNZ, Theodor/DÜRIG, Günter (Hg.): Kommentar zum Grundgesetz; Art. 2 Abs. 1 RN 158, Stand: 43. Ergänzungslieferung, Februar 2004

Im nächsten Bereich, der sog. **„Privat- oder Geheimsphäre“**, sind staatliche Eingriffe nicht generell ausgeschlossen, ihre Rechtmäßigkeit, insbesondere ihre Verhältnismäßigkeit ist aber an besonders strengen Maßstäben zu messen. Die Privatsphäre unterscheidet sich von der Intimsphäre in ihrem Sozialbezug: Dementsprechend müssen zur Rechtfertigung eines Eingriffs überwiegende Belange des Gemeinwohls vorliegen, die eine Beeinträchtigung des Geheimhaltungsinteresses des Individuums rechtfertigen.[527]

Den geringsten Schutz durch das allgemeine Persönlichkeitsrecht genießt der sog. **„Öffentlichkeitsbereich“**, der von der Umwelt nicht abgeschirmt werden kann. Staatliche Eingriffe in diesem Bereich weisen i.d.R. nur eine geringe Belastungsintensität auf, zum Teil ist sogar wegen des starken Sozialbezuges der Schutzbereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts nicht mehr tangiert.[528]

2.3.2.1.2. Schutz der Fortpflanzung als Bestandteil des allgemeinen Persönlichkeitsrechts?

Nunmehr ist zu prüfen, ob und mit welcher Intensität die Tätigkeit der normalen Fortpflanzung von Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG geschützt wird.

Zu diesem Zweck ist zunächst festzustellen, ob die normale Fortpflanzung dem von Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG geschützten, unantastbaren Intimbereich oder dem nicht völlig staatlichen Eingriffen entzogenen Privatbereich zuzuordnen ist. Hier kann auf das Ergebnis der Prüfung des Schutzbereiches der Menschenwürde zurückgegriffen werden, wonach die normale Fortpflanzung innerhalb einer Geschlechtspartnerschaft dem Bereich der engsten persönlichen Lebensgestaltung und damit dem unantastbaren Intimbereich zuzuordnen ist (vgl. Abschnitt 2.3.1.1.2.).

Die Zuordnung der normalen Fortpflanzung zum unantastbaren Intimbereich als Bestandteil des Schutzbereichs der Menschenwürde wird durch die Aussagen von **Literatur und Rechtsprechung** zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht bestätigt. Grundsätzlich wird in Bezug auf das allgemeine Persönlichkeitsrecht als private Sphäre des Einzelnen der Bereich angesehen, in dem er allein zu bleiben, seine Entscheidungen in eigener Verantwortung zu treffen und von Eingriffen jeder Art unbehelligt zu bleiben

---

[527] DI FABIO in: MAUNZ, Theodor/DÜRIG, Günter (Hg.): Kommentar zum Grundgesetz; Art. 2 Abs. 1 RN 159, Stand: 43. Ergänzungslieferung, Februar 2004

[528] DI FABIO in: MAUNZ, Theodor/DÜRIG, Günter (Hg.): Kommentar zum Grundgesetz; Art. 2 Abs. 1 RN 160, Stand: 43. Ergänzungslieferung, Februar 2004

wünscht.[529] Hierzu zähen auch der Sexualbereich, die Einstellung zum Geschlechtlichen und die Gestaltung des Geschlechtslebens.[530]

Zum Schutz des menschlichen Intim- und Sexualverhaltens führt das BVerfG folgendes aus:

> „Das Grundgesetz hat den Intim- und Sexualbereich des Menschen als Teil seiner Privatsphäre unter den verfassungsrechtlichen Schutz des Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG gestellt. Diese Vorschriften des Grundgesetzes sichern dem Menschen das Recht zu, seine Einstellung zum Geschlechtlichen selbst zu bestimmen. Er kann sein Verhältnis zur Sexualität einrichten oder grundsätzlich selbst darüber befinden, ob, in welchen Grenzen und mit welchen Zielen er Einwirkungen Dritter auf diese Einstellung hinnehmen will.“[531]

Der Intim- und Privatsphäre werden vom BVerfG auch ausdrücklich der familiäre Bereich und die persönlichen, einschließlich der geschlechtlichen, Beziehungen zu einem Partner zugewiesen.[532] Dementsprechend ist anerkannt, dass der Sexualbereich eines Menschen seiner Privatsphäre, in der Regel auch der unantastbaren Intimsphäre zuzurechnen ist. Menschliches Verhalten mit sexueller Zielrichtung genießt über Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG einen besonderen Autonomieschutz. Einer Person steht das Recht zu, selbstbestimmt darüber zu entscheiden, wie sie zum Geschlechtlichen steht und wie sie ihr Sexualleben gestaltet.[533]

Zahlreiche Entscheidungen deutscher Gerichte haben sich mit Fragen der normalen Fortpflanzung befassen müssen und sich zum Schutz dieses Vorganges durch das allgemeine Persönlichkeitsrecht geäußert. Neben Urteilen des BVerfG hat insbesondere die Rechtsprechung der ordentlichen Gerichte zu Vorgängen der menschlichen Fortpflanzung als Teil des Persönlichkeitsrechts aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 GG in einigen Urteilen Stellung nehmen müssen, allerdings i.d.R. nur zur Klärung einer Vorfrage zur Auslegung von Rechtsvorschriften, die unmittelbar keinen Zusammenhang mit der menschlichen Fortpflanzung aufweisen (z.B.: zivilrechtliche Schadensersatzansprüche, steuerliche Absetzbarkeit von Behandlungskosten). Es wurden folgende Feststellungen zu Fortpflanzungstätigkeiten, bzw. den daraus resultierenden rechtlichen Konsequenzen getroffen:

---

[529] BVerfG, Beschluss vom 14.02.1973, 1 BvR 112/65, BVerfGE 34, 269 (281); BVerfG, Beschluss vom 16.07.1969, 1 BvL 19/63, BVerfGE 27, 1 ff. (6); MURSWIEK in: SACHS, Michael (Hg.): Grundgesetz Kommentar, 1999; Art. 2 RN 60

[530] BVerfG, Beschluss vom 21.12.1977, 1 BvL 1/75, 1 BvR 147/75, BVerfGE 47, 46 (73); BVerfG, Beschluss vom 16.03.1982, 1 BvR 938/81, BVerfGE 60, 123 ff. (134); MURSWIEK in: SACHS, Michael (Hg.): Grundgesetz Kommentar, 2003; Art. 2 RN 69

[531] BVerfG, Beschluss vom 21.12.1977, 1 BvL 1/75, 1 BvR 147/75, BVerfGE 47, 46 (73)

[532] BVerfG, Beschluss vom 06.05.1997, 1 BvR 409/90, BVerfGE 96, 56 (61)

[533] DI FABIO in: MAUNZ, Theodor/DÜRIG, Günter (Hg.): Kommentar zum Grundgesetz; Art. 2 Abs. 1 RN 200, Stand: 43. Ergänzungslieferung, Februar 2004

Urteile des BVerfG zum Schwangerschaftsabbruch vom 25.02.1972 und 28.05.1993

Die zwei wohl bekanntesten Gerichtsentscheidungen zum Thema Fortpflanzung stammen vom Bundesverfassungsgericht und betreffen das (Straf-)Recht des Schwangerschaftsabbruchs in Deutschland.[534]

Da es bei allen Fragen zur rechtlichen Regelung des Schwangerschaftsabbruchs nicht darum geht, dass der Staat die Fortpflanzung einer Person beschränken oder verhindern will, sondern um das Gegenteil (Fortsetzung einer bereits eingetretenen Schwangerschaft), sind nur diejenigen Wertungen dieser Entscheidungen behandelt, die das Grundverständnis der Fortpflanzung betreffen. In der ersten Entscheidung des BVerfG vom 25.02.1975 heißt es zu den betroffenen Grundrechten der schwangeren, abtreibungswilligen Frau:

> „Die Schwangerschaft gehört zur Intimsphäre der Frau, deren Schutz durch Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG verfassungsrechtlich verbürgt ist. [...] Das Recht der Frau auf freie Entfaltung ihrer Persönlichkeit, welches die Handlungsfreiheit im umfassenden Sinn zum Inhalt hat und damit auch die Selbstverantwortung der Frau umfasst, sich gegen eine Elternschaft und die daraus folgenden Pflichten zu entscheiden, kann zwar ebenfalls Anerkennung und Schutz beanspruchen. Dieses Recht ist aber nicht uneingeschränkt gewährt - die Rechte anderer, die verfassungsmäßige Ordnung, das Sittengesetz begrenzen es. Von vornherein kann es niemals die Befugnis umfassen, in die geschützte Rechtssphäre eines anderen ohne rechtfertigenden Grund einzugreifen oder sie gar mit dem Leben selbst zu zerstören, am wenigsten dann, wenn nach der Natur der Sache eine besondere Verantwortung gerade für dieses Leben besteht.“[535]

Das BVerfG stellt in dieser Entscheidung grundlegend fest, dass eine befruchtete Eizelle nach der Einnistung in der Gebärmutter der Frau bereits als menschliches Leben einzustufen ist. Dieses Leben genießt nach Ansicht des BVerfG bereits den vollen Schutz des Grundgesetzes (in dem Umfang, in dem die Anwendung von Grundrechten angesichts der frühen menschlichen Entwicklungsstufe Sinn macht). Bei der Abwägung zwischen den Grundrechten der Mutter und denen des Kindes wird festgestellt, dass das Recht des entstandenen Kindes auf Leben gegenüber dem Recht der Schwangeren auf Selbstbestimmung und körperliche Unversehrtheit als höherwertig einzustufen sei.

Die zweite Entscheidung des BVerfG zum Schwangerschaftsabbruch vom 28.05.1993 nennt ausdrücklich neben dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht auch die Menschenwürde der Frau als bei einer Entscheidung über die Fortpflanzung betroffenes Rechtsgut:

> „Als vom Lebensrecht des Ungeborenen berührte Rechtsgüter kommen dabei - ausgehend vom Anspruch der schwangeren Frau auf Schutz und Achtung ihrer Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG) - vor allem ihr Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 GG), sowie ihr Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 GG) in Betracht. [...] Grundrechte der Frau tragen nicht so weit,

---

[534] BVerfG, Urteile vom 25.02.1975, Az.: 1 BvF 1, 2, 3, 4, 5, 6/74, BVerfGE 39, 1 ff. und vom 28.05.1993, Az.: 2 BvF 2/90, 4/92, 5/92, BVerfGE 88, S. 203-366

[535] BVerfG, Urteil vom 25.02.1975, Az.: 1 BvF 1, 2, 3, 4, 5, 6/74, BVerfGE 39, 1 ff., 42-43

dass die Rechtspflicht zum Austragen eines Kindes - auch nur für eine bestimmte Zeit - generell aufgehoben wäre.“[536]

Aus beiden Entscheidungen zum Schwangerschaftsabbruch geht eindeutig hervor, dass das BVerfG eine uneingeschränkte negative Fortpflanzungsfreiheit der Frau zum Zeitpunkt einer bereits eingetretenen Schwangerschaft (nach Nidation) nicht anerkennen wollte. Soweit die staatliche Duldung von Abtreibungen als verfassungskonform angesehen wurde, wird dies mit Unzumutbarkeitskriterien gerechtfertigt. In Bezug auf die Frage nach einem Recht auf Fortpflanzung (= positive Fortpflanzung) enthalten die Urteile keine expliziten Aussagen.

Urteil des BGH vom 29.06.1976 zur freiwilligen Sterilisation

Mit Urteil vom 29.06.1976 hat der BGH mit ausführlicher Begründung dazu Stellung genommen, dass eine freiwillige und nach umfassender Aufklärung der Betroffenen stattfindende Sterilisation nicht rechtswidrig ist.[537] Laut der Begründung ist eine Einwilligung in ärztliche Eingriffe vom Grundrecht der Persönlichkeit und ihrer Entfaltung in Selbstbestimmung und Freiheit (Art. 1, 2 Abs. 1 GG) geschützt. Die Einwilligung kann bei ärztlichen Eingriffen regelmäßig die Rechtswidrigkeit der damit verbundenen Körperverletzung ausschließen. Diese Wirkung tritt allerdings nicht ein, wenn die Einwilligung gegen die guten Sitten verstößt. Dies ist nach den Feststellungen des BGH bei einer freiwilligen Sterilisation nicht der Fall. Hierzu wird in den Entscheidungsgründen folgendes ausgeführt:

„Jedenfalls in Fällen wie dem vorliegenden verletzt die freiwillige Sterilisation nicht die Grundvorstellungen von dem, was nach den herrschenden Anschauungen unseres Rechts- und Kulturkreises innerhalb der sozialen Gemeinschaft vom Einzelnen an sittlichem Verhalten verlangt wird.“[538]

Ein Recht des Einzelnen, über seine Fortpflanzungsfähigkeit endgültig zu verfügen, wird ausdrücklich vom BGH anerkannt und mit dem grundrechtlich geschützten allgemeinen Persönlichkeitsrecht begründet. Insoweit heißt es in den Entscheidungsgründen:

„Nach den herrschenden Moralvorstellungen ist weder Empfängnisverhütung als solche noch ärztliche Mithilfe dazu verwerflich. Im Gegenteil wird die freie Entscheidung für oder gegen eine Elternschaft als Möglichkeit zu einer humaneren Lebensführung verstanden. Das entspricht der Wertordnung unserer Verfassung, die der Einzelpersönlichkeit für diesen innersten Bereich der Lebensverwirklichung einen Freiheitsraum gewährt, zu dem die Gemeinschaft keinen Zugang hat, sei es auch nur in der Form der moralischen Kritik. [...]“[539]

---

[536] BVerfG, Urteil vom 28.05.1993, Az.: 2 BvF 2/90, 4/92, 5/92, BVerfGE 88, S. 203-366, Leitsatz 5 und 7 (Auszug)

[537] BGH, Urteil v. 29.06.1976, Az.: VI ZR 68/75; BGHZ 67, 48 ff.

[538] BGH, Urteil v. 29.06.1976, Az.: VI ZR 68/75; BGHZ 67, 48 ff. (50-51)

[539] BGH, Urteil v. 29.06.1976, Az.: VI ZR 68/75; BGHZ 67, 48 ff. (51)

Da im Gegensatz zur Empfängnisverhütung die freiwillige Sterilisation dauerhaft ist, schränkt der BGH die von ihm grundsätzlich festgestellte Vereinbarkeit mit den guten Sitten allerdings dahingehend ein, dass es jeweils auf die Umstände des Einzelfalles ankomme. Dem Ehemann der sterilisierten Frau wurde kein Mitspracherecht in Bezug auf die endgültige Entscheidung seiner Ehefrau zugesprochen. Der BGH stellte ausdrücklich fest, dass gegenüber der auf dem Selbstbestimmungsrecht beruhenden freien Entscheidung eines Ehepartners für eine Sterilisation etwa entgegenstehende Wünsche und Interessen des anderen Ehegatten zurückstehen müssen.[540]

Entscheidungen zum Mitspracherecht des Kindsvaters bei Abtreibung

Im Zusammenhang mit der Abtreibung ist auch über das Mitspracherecht des Mannes bei der Entscheidung über die Durchführung der Abtreibung eines von ihm gezeugten Kindes diskutiert worden. In Literatur und Rechtsprechung ist kein eigenes Recht des ehelichen oder nichtehelichen Vaters auf ein Mitspracherecht bei der Abtreibungsentscheidung der schwangeren Frau anerkannt.[541] Der Erzeuger kann die Abtreibung seines ungeborenen Kindes weder mit rechtlichen Mitteln verhindern, noch eine zur Austragung entschlossene Frau mit rechtlichen Mitteln zur Abtreibung zwingen.[542] Dies ist folgerichtig, da die Duldung der Abtreibung durch den Staat nach der Rechtsprechung des BVerfG nur auf einer Güterabwägung zwischen kollidierenden Rechten der Schwangeren und Rechten des Kindes beruht, denen gegenüber möglicherweise bestehende Rechte des Erzeugers des Embryos als nachrangig anzusehen sind.

Fortpflanzungsgrundrechte des Mannes wurden in Bezug auf eine Beteiligung an der Entscheidung über die Abtreibung seines ungeborenen Kindes nicht thematisiert. Dies ist sachgerecht, denn zum Zeitpunkt einer bereits eingetretenen Schwangerschaft hat der Mann bereits seinen Anteil an der Tätigkeit Fortpflanzung ausgeübt, die Fortpflanzung bedarf nur noch der Vollendung durch die Frau. Es wird dementsprechend in der Literatur die Ansicht vertreten, der Erzeuger des Embryos könne allein aus seinem von Art. 6 Abs. 2 GG geschützten Elternrecht die Möglichkeit haben, die Rechtmäßigkeit der Abtreibung gerichtlich überprüfen zu lassen.[543]

---

[540] BGH, Urteil v. 29.06.1976, Az.: VI ZR 68/75; BGHZ 67, 48 ff., (54); a.A. HÜBNER, Heinz/VOPPEL, Reinhard in: STAUDINGER (Begr.): J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2000, § 1353, RN 42 m.w.N.

[541] RAMM, Thilo: Die Fortpflanzung - Ein Freiheitsrecht? JZ 1989, S. 861-874 (866, 867)

[542] OLG Stuttgart, Urteil vom 13.05.1986, 17 UF 344/85, FamRZ 1987, 700 (701); vgl. hierzu auch die Dissertation von LINKE, Christine: Die rechtlichen Einflußmöglichkeiten des werdenden Vaters auf die Entscheidung über Fortdauer oder Abbruch der Schwangerschaft, 1991

[543] LINKE, Christine: Die rechtlichen Einflußmöglichkeiten des werdenden Vaters auf die Entscheidung über Fortdauer oder Abbruch der Schwangerschaft, 1991, S. 108; v. KALER, Matthias: Die Rechtsstellung des Vaters zu seinem ungeborenen Kind unter Geltung einer Fristenregelung, 1997, S. 174-175, 219

Entscheidung des BGH vom 09.11.1993 zur Vernichtung einer Spermakonserve
Eine Entscheidung des BGH vom 09.11.1993 betrifft den Schmerzensgeldanspruch eines Mannes, dessen tiefgefrorenes Sperma von der mit der Aufbewahrung betrauten Klinik vernichtet worden war und der inzwischen aus medizinischen Gründen seine Zeugungsfähigkeit verloren hatte.[544] Mit der Vernichtung seines Spermas war dem Kläger die Möglichkeit, genetisch eigene Kinder zu bekommen, endgültig verwehrt. Der BGH erkannte an, dass das nach der Trennung vom Körper an dem Sperma entstehende Sacheigentum des Klägers von seinem allgemeinen Persönlichkeitsrecht überlagert wird. Da es Zweckbestimmung des Spermas war, eine körpereigene Funktion (Zeugung genetisch eigener Kinder) zu ersetzen und weil dieser Zweck zum Zeitpunkt der Vernichtung des Spermas noch fortbestand, bejahte der BGH trotz der räumlichen Trennung des Spermas vom Körper einen Anspruch auf Schmerzensgeld aus § 847 BGB. Der BGH nahm in dieser Entscheidung keine direkte Stellung zur Fortpflanzung, sondern stellte bei der Beurteilung der angemessenen Höhe des Schmerzensgeldes lediglich fest, dass die Belastung durch den Umstand, dass der Kläger mit seiner Ehefrau keine eigenen Kinder mehr haben kann *„schwer wiegt“*.

Urteile zur unerwünschten Geburt eines Kindes (durchkreuzte Familienplanung)
Im Zusammenhang mit der menschlichen Fortpflanzung sind auch einige aufsehenerregende Urteile des BGH und des BVerfG ergangen, die sich mit der Frage befassen, ob die ungeplante Geburt eines Kindes einen Schaden darstellen kann. Hierbei sind zwei grundlegende Fallgruppen zu unterscheiden: (1) ob eine Verpflichtung zur Anwendung von Verhütungsmitteln zwischen Partnern wirksam vereinbart werden kann und (2) ob ärztliche Kunstfehler in Form von Behandlungs- oder Beratungsfehlern, die zur Geburt eines Kindes führen, den Arzt zum Schadensersatz verpflichten. Infolgedessen sind zum einen Ansprüche wegen der Geburt eines Kindes, die untereinander von den Eltern geltend gemacht werden können, und zum anderen Ansprüche, die ein Paar gegenüber Dritten (i.d.R. Ärztinnen, Ärzten oder Kliniken) geltend machen kann, zu untersuchen:

a) Ansprüche der Eltern oder eines Elternteils gegen Dritte
Die Rechtsprechung des BGH erkennt an, dass die Familienplanung eines Paares gegen verletzende Eingriffe Dritter geschützt ist. Als solche Eingriffe kommen in Frage: Falsche Auswahl eines Medikamentes (Magenmittel statt Anti-Baby-Pille) durch einen Apotheker[545], ärztliche Kunstfehler bei genetischer Beratung[546], Sterilisation[547] oder Schwangerschaftsabbruch[548]. Insoweit wird der Entscheidung eines Paares, sich nicht

[544] BGH, Urteil vom 09.11.1993, Az.: VI ZR 62/93, FamRZ 1994, 154 ff.

[545] LG Itzehoe, Urteil v. 21.11.68, FamRZ 1969, 90

[546] BGH, Urteil v. 18.01.1983, BGHZ 86, 240; BGH, Urteil v. 22.11.1983, BGHZ 89, 95, grundlegend: BGH, Urteil v. 16.11.1993, BGHZ 124, 128 ff. (135 ff. mit ausführlichen weiteren Nachweisen)

[547] BGH, 2 Urteile v. 18.03.1980, BGHZ 76, 249 und 259; BGH, Urteil v. 19.06.1984, NJW 1984, 2625

[548] BGH, Urteil v. 27.11.1984, NJW 85, 671

fortzupflanzen, von der Rechtsordnung Schutz in Form von Schadensersatzansprüchen gewährt.

Die Schadensersatzpflicht eines Arztes oder einer Ärztin wird vom BGH damit begründet, dass die gegenüber den behandlungssuchenden Personen übernommene vertragliche Verpflichtung in erster Linie darin bestand, die Geburt eines Kindes (oder eines Kindes mit bestimmten Eigenschaften) zu verhindern. Solche Verträge werden vom BGH nicht als sittenwidrig, sondern als wirksam eingestuft. In einer Entscheidung vom 16.11.1993[549] nimmt der BGH ausführlich dazu Stellung, dass er entgegen den in der Entscheidung vom 28.05.1993 geäußerten pauschalen Bedenken des BVerfG[550] an seiner Schadensersatzrechtsprechung bei unerwünschter Geburt festhält. Nach Ansicht des BGH ist eine Verletzung der Würde des unerwünscht geborenen Kindes hierdurch nicht gegeben. Nicht die Existenz des Kindes soll durch die Rechtsprechung des BGH als Schaden qualifiziert werden, eine solche Einschätzung wäre auch nach Ansicht des BGH in Bezug auf die Würde des Kindes aus Art. 1 GG bedenklich. Vielmehr liegt der Schaden in dem durch die Geburt des Kindes ausgelösten planwidrigen Unterhaltsaufwand. Die Kompensation dieses Unterhaltsaufwandes stelle den Wert der Persönlichkeit des Kindes nicht in Frage.[551]

Diese Rechtsprechung des BGH wurde durch Beschluss des 1. Senates des BVerfG vom 12.11.1997 bestätigt.[552] Das BVerfG stellt in diesem Beschluss ausdrücklich fest, dass die ärztliche Hilfe bei der Familienplanung durch Sterilisation oder die Beratung über genetisch bedingte Risiken vor der Zeugung eines Kindes nicht Art. 1 Abs. 1 GG berühren.[553]

Die Rechtsprechung des BGH zur unerwünschten Geburt lässt den Schluss zu, dass er auch die Entscheidung eines Paares gegen Kinder als schützenswert und nicht sittenwidrig einordnet.[554] Allerdings hat der BGH es bislang vermieden, sich grundsätzlich zur Rechtsnatur der Fortpflanzung unter Berücksichtigung von Grundrechtsaspekten zu äußern und hat seine Erwägungen auf das Vertrags- und Schadensersatzrecht des BGB gestützt. Hierzu heißt es in einer Entscheidung des BGH zur fehlgeschlagenen Sterilisation:

> „Dahinstehen kann ferner, ob sich hinsichtlich der Bestimmungsfreiheit bei der Familien- oder Fortpflanzungsplanung ein besonderes Schutzrecht aus der Verfassungsgarantie der Familie oder des allgemeinen Persönlichkeitsrechts ableiten ließe, wie dies auch das Berufungsgericht

549 BGH, Urteil v. 16.11.1993, BGHZ 124, 128 ff. (135 ff.)

550 BVerfG, Urteil v. 28.05.1993, Az.: 2 BvF 2/90; BVerfGE 88, S. 203-366

551 BGH, Urteil v. 16.11.1993, BGHZ 124, 128 ff. (135 ff.)

552 BVerfG, Beschluss vom 12.11.1997, 1 BvR 479/92 und 307/94, BVerfGE 96, 375 ff.

553 BVerfG, Beschluss vom 12.11.1997, 1 BvR 479/92 und 307/94, BVerfGE 96, 375 ff. (402-403)

554 BGH, Urteil v. 16.11.1993, BGHZ 124, 128 ff. (137)

> erwogen hat. Denn diese Ansprüche könnten sich jedenfalls, wie auch das Berufungsgericht zutreffend annimmt, schon auf die Schlechterfüllung des Behandlungsvertrages stützen (§§ 611, 276, 278, 249 BGB).“[555]

An dieser vertragsrechtlichen Betrachtungsweise hält der BGH weiterhin fest.[556] Er führt zwar in den Entscheidungsgründen aus, dass man den Schadensersatzanspruch der Eltern vielleicht auch auf den Anspruch wegen *„billiger Entschädigung in Geld“* für einen immateriellen Schaden (Verletzung des Persönlichkeitsrechts) stützen könnte, lehnt eine solche Lösung dann aber mit der Begründung ab, dass dies unter Berücksichtigung der Würde des Kindes kein besserer dogmatischer Weg sei, als die vertragsrechtliche Lösung. Eine darüber hinausgehende Auseinandersetzung mit einer möglichen Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts der Eltern durch die unerwünschte Geburt ist nicht aus den Entscheidungsgründen ersichtlich.[557]

b) Ansprüche der Betroffenen untereinander (Partner/Kinder)

Bei Vereinbarungen zur Verhinderung von Kindern, die unter den Partnern einer Geschlechtsgemeinschaft getroffen werden, beurteilt der BGH die Rechtslage anders. Hier erkennt er nicht an, dass die Entscheidung eines Partners, sich nicht fortpflanzen zu wollen, gegenüber dem anderen Partner, der sich fortpflanzen will, geschützt ist. Dogmatisch wird dies damit begründet, dass beim einverständlichen Geschlechtsverkehr immer auch das Einverständnis mit einer möglichen Empfängnis anzunehmen ist. Vereinbarungen der Sexualpartner, die z.B. Verpflichtungen zur Anwendung empfängnisverhütender Mittel enthalten, werden als sittenwidrig und daher als unwirksam eingestuft.[558] In Intimbereich zwischen Frau und Mann gilt das zivilrechtliche Deliktsrecht als nicht anwendbar.[559] Hierzu heißt es in einer Entscheidung des BGH aus dem Jahr 1986:

> „Zur personalen Würde und zum Persönlichkeitsrecht von Partnern, die miteinander Geschlechtsverkehr haben, gehört es, sich immer wieder neu und frei für ein Kind entscheiden zu können. Sie müssen daher in ihrer Entscheidung, ob sie zur Vermeidung einer Schwangerschaft empfängnisverhütende Mittel gebrauchen, frei bleiben. Diese Entscheidungsfreiheit betrifft den engsten Kern ihrer Persönlichkeit und ihrer Entfaltung in Selbstbestimmung.“[560]

Innerhalb einer Geschlechtsgemeinschaft wird daher kein vom einverständlichen Geschlechtsverkehr unabhängiges, eigenständiges Recht eines Partner auf Entscheidung über die Nicht-Fortpflanzung von der Rechtsprechung anerkannt. Die Partner können nur wirksam darüber entscheiden, ob sie zu einverständlichem Geschlechtsverkehr bereit sind.

---

555 BGH, Urteil v. 18.03.1980, BGHZ 76, 259 ff. (261)

556 BGH, Urteil v. 15.02.2000, Az.: VI ZR 135/99, MedR 2000, S. 323 ff.

557 BGH, Urteil v. 16.11.1993, BGHZ 124, 128 ff. (141)

558 OLG Stuttgart, Urteil vom 13.05.1986, 17 UF 344/85, FamRZ 1987, 700 (701)

559 BGH, Urteil vom 17.04.1986, Az.: IX ZR 200/85, BGHZ 97, 372 ff.

560 BGH, Urteil vom 17.04.1986, Az.: IX ZR 200/85, BGHZ 97, 372 ff. (379)

Urteile des BFH zur steuerlichen Absetzbarkeit von Behandlungskosten

Der deutsche Bundesfinanzhof hatte mit Urteil vom 18.06.1997[561] über die steuerliche Absetzbarkeit von Kosten einer homologen künstlichen Befruchtung zu entscheiden. In der Begründung der Entscheidung wird ausdrücklich festgestellt, dass *"das Recht Nachkommen zu gebären, zum Kernbereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts gehört"*. Zum Beleg dieser Feststellung beruft sich der BFH auf das Gutachten von *Starck*[562] und eine Entscheidung des Schweizer Bundesgerichts Lausanne. In dieser Entscheidung stellt das Schweizer Bundesgericht ausdrücklich fest, dass in der Schweiz davon auszugehen ist, dass auch die medizinisch assistierte Fortpflanzung von den in der EMRK verbrieften Menschenrechten geschützt wird, wodurch die Möglichkeit staatlicher Eingriffe eingeschränkt wird.[563]

Im Urteil des BFH vom 18.05.1999 zu der Frage, ob auch Aufwendungen für eine heterologe Befruchtung eine außergewöhnliche Belastung im Sinne des Steuerrechts darstellen, beschränkt sich der BFH ohne Angabe einer Begründung auf die Aussage:

> "Die Verwirklichung des Wunsches nach einem eigenen Kind im Wege einer künstlichen Befruchtung ist zwar zweifelsohne Ausdruck der freien Entfaltung der Persönlichkeit, die nach Art. 2 Abs. 1 GG geschützt ist. [Es folgt die Feststellung, dass dennoch keine steuerlich relevante unentrinnbare Zwangslage vorliegt.]"[564]

Hier erfolgt eine eindeutige Zuordnung der Inanspruchnahme von Methoden der medizinisch assistierten Fortpflanzung zum Schutzbereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts.

Urteil des österreichischen VfGH vom 14.10.1999[565]

Dieses Urteil soll nur kurz vorgestellt werden, da es für die Beurteilung der deutschen Rechtslage nicht unmittelbar verwertbar ist, sondern lediglich Anregungen und Anhaltspunkte für die Auslegung der auch in Deutschland gültigen EMRK bietet. Hierbei ist zu berücksichtigen, dass sich der rechtliche Rang, den die EMRK in Deutschland und Österreich genießt, erheblich unterscheidet. In Österreich hat die EMRK Verfassungsrang, während die EMRK in Deutschland nur als einfaches Bundesgesetz gilt. In Bezug auf die Auslegung des Art. 8 EMRK (Schutz des Privatlebens) hat der österreichische VfGH wie folgt entschieden:

---

561 BFH, Urteil vom 18.06.1997, III R 84/96, NJW 1998, S. 854

562 STARCK, Christian: Die künstliche Befruchtung beim Menschen - Zulässigkeit und zivilrechtliche Folgen, Gutachten A für den 56. Deutschen Juristentag, 1986

563 Schweizerisches Bundesgericht Lausanne, Urteil vom 22.12.1993, 1 P.741/1990, EuGRZ 1994, S. 223-238

564 BFH, Urteil vom 18.05.1999, III R 46/97, NJW 1999, 2767-2768

565 Österreichischer VfGH, Erkenntnis vom 14.10.1999, G 91/98-13 und G 116/98-13, MedR 2000, 389-394

> „Die Intimsphäre im allgemeinen und das Sexualleben und –verhalten im besonderen (letztgenannte jedenfalls insoweit sie nicht öffentlich in Erscheinung treten) stehen unter dem Schutz von Art. 8 Abs. 1 EMRK. Daher besteht kein Zweifel, dass der von Ehegatten oder Lebensgefährten gefasste Entschluss, ein Kind haben zu wollen und sich hierzu erforderlicher medizinischer Unterstützung zu bedienen, dem Schutzbereich des Art. 8 Abs. 1 EMRK unterliegt."

Es ging bei dieser Entscheidung des österreichischen VfGH um die Frage, ob Samen- und Eizellenspende bei in vitro Fertilisation generell verboten werden dürfen. Dies hat der VfGH zugelassen, obwohl er auch die heterologe Fortpflanzung grundsätzlich als vom Schutzbereich des Art. 8 EMRK umfasst ansieht. Er hat das Verbot der Eizellen- und Samenspende bei in vitro Fertilisation als vom Vorbehalt des Art. 8 EMRK gedeckt angesehen und dem Gesetzgeber im Bereich der heterologen Fortpflanzung einen weiten Entscheidungsspielraum zugestanden. Dieser wird damit begründet, dass die Auswirkungen der heterologen Fortpflanzung auf Wunscheltern, Kinder und Gesellschaft bislang nicht sicher eingeschätzt werden können. Der VfGH hat dieses Zugeständnis allerdings dahingehend eingeschränkt, dass mit steigendem Wissen über die Auswirkungen von medizinisch assistierter heterologer Fortpflanzung ein solches Verbot möglicherweise nicht mehr gerechtfertigt werden kann. Hierzu heißt es in der Entscheidung:

> „Es ist allerdings denkbar, dass durch eine zukünftige Veränderung der Sachlage der rechtspolitische Spielraum des [österreichischen] Gesetzgebers eine Verengung erfährt, welche den [österreichischen] Gesetzgeber aus verfassungsrechtlicher Sicht zwingen könnte, der Entwicklung durch eine entsprechende Anpassung der gesetzlichen Regelung Rechnung zu tragen."

Aus der Entscheidung der österreichischen VfGH ergibt sich, dass auch durch die Vorschrift des Art. 8 EMRK, die in Deutschland als einfaches Bundesgesetz gilt, die Fortpflanzung als Teil des Privatlebens („Intimsphäre") geschützt wird.

Auswertung der Entscheidungen deutscher Gerichte zum Schutz der Fortpflanzung

Die verfassungsrechtliche Auswertung der dargestellten Entscheidungen deutscher Gerichte ist wegen des geringen Aussagegehaltes der Entscheidungen zum Umfang des Schutzes der Fortpflanzung durch das allgemeine Persönlichkeitsrecht ausgesprochen mager. Es ist in den o.g. Entscheidungen die Tendenz zu erkennen, die normale Fortpflanzung in erster Linie dem Schutzbereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts zuzuordnen, ohne dass dies vertieft begründet wird. Die Entscheidungen stützen sich auf die Annahme, dass die Fortpflanzung eines Individuums mit eigenen Genen und/oder eigenen physiologischen Möglichkeiten von den Grundrechten des Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 GG und Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG geschützt wird.

Weiterhin lassen sich für den Umgang der Rechtsordnung mit der Tätigkeit Fortpflanzung die folgenden Kriterien herausarbeiten:

- Ob sich eine gegengeschlechtliche fortpflanzungswillige Person zur Durchführung der Fortpflanzung findet, ist Sache des Individuums.
- Jedem Partner in einer ehelichen oder nichtehelichen Geschlechtsgemeinschaft wird von der Rechtsprechung des BGH zugestanden, über seine Fortpflanzungsfähigkeit und über die Verwendung oder Nicht-Verwendung von Verhütungsmitteln eigenverantwortlich und ohne Beteiligung des anderen Partners zu entscheiden. Die geschlechtliche Fortpflanzung findet in einem von der Rechtsprechung anerkannten „rechtsfreien Raum“ zwischen den Partnern einer Geschlechtsgemeinschaft statt.
- Die uneingeschränkte Dispositionsfreiheit über die Fortpflanzung endet mit der Entstehung eines Kindes und dem Eintritt einer Schwangerschaft. Eine negative Fortpflanzungsfreiheit von Mann oder Frau ist nach der natürlichen Entstehung einer Schwangerschaft durch einvernehmlichen Geschlechtsverkehr nicht anerkannt. Während der Einflussbereich des Mannes bereits nach der Zeugung endet, kann die Frau im Zeitraum zwischen Zeugung und Einnistung des Embryos in der Gebärmutter (Nidation) noch über ihre Fortpflanzungsfähigkeit verfügen. Nach der Nidation steht der freien Entscheidung darüber, ob sie das Kind austragen will, das grundsätzliche strafrechtliche Verbot des Schwangerschaftsabbruchs entgegen, das nach Ansicht des BVerfG verfassungskonform ist, weil das Recht des Embryos darauf, geboren zu werden, gegenüber dem völlig freien Selbstbestimmungsrecht der Schwangeren überwiegt.[566] Man kann anhand der Rechtsprechung des BVerfG zum Schwangerschaftsabbruch die Auffassung herleiten, dass man sich spätestens nach der Nidation eines Embryos in der Gebärmutter der Frau bereits fortgepflanzt hat. Zumindest ab diesem Zeitpunkt endet ein Recht auf die Entscheidung über die eigene Fortpflanzung. Hiermit kann ein Ausschluss des Kindsvaters bei der Entscheidung über eine Abtreibung erklärt werden, denn er hat sich mit der Entstehung eines Kindes (Embryo) bereits fortgepflanzt und kann zumindest aufgrund der Grundrechte, die seine Fortpflanzungsentscheidung und -tätigkeit schützen, keine Rechte mehr geltend machen. Er kann sich zwar nach Entstehung des Kindes grundsätzlich auf Art. 6 Abs. 2 GG berufen[567], bei der Güterabwägung im Rahmen einer Abtreibung sind seine Rechtsgüter aber sowohl gegenüber den Rechtsgütern der Frau als auch gegenüber den Rechtsgütern des ungeborenen Kindes im Regelfall als nachrangig anzusehen.

---

[566] ESER, Albin: Schwangerschaftsabbruch: Auf dem verfassungsgerichtlichen Prüfstand - Rechtsgutachten im Normenkontrollverfahren zum Schwangeren- und Familienhilfegesetz von 1992, 1994, S. 47-52; kritisch hierzu: HOERSTER, Norbert: Abtreibung im säkularen Staat - Argumente gegen den § 218, 1995, S. 24 ff.

[567] Dies gilt nach OTT, Sieghart: Die Begriffe „Ehe und Familie“ in Art. 6 I GG, NJW 1998, 117 ff. (118), seit dem Wegfall des § 1589 II BGB a.F. auch für den nichtehelichen Vater.

Gegenüber den sehr allgemeinen Ausführungen der Gerichte sind die Stellungnahmen der **Literatur** zur Fortpflanzung als Teil des verfassungsrechtlich geschützten allgemeinen Persönlichkeitsrechts konkreter:

Dürig vertritt in der (früheren[568]) Kommentierung zu Art. 2 Abs. 2 GG die Ansicht, es existiere ein *„natürliches Recht des Menschen, neues Menschenleben in die Welt zu bringen“* und nennt dort Art. 2 Abs. 1 GG als Auffangrecht, ohne auf weitere Details einzugehen[569].

Wörtlich heißt es hierzu bei *Dürig*:

> „Das Grundrecht auf Weitergabe von Leben ist gewissermaßen das grundrechtssystematische Bindeglied zwischen dem Grundrecht „auf Leben“ und dem Grundrecht „auf körperliche Unversehrtheit“. Im Recht auf Leben handelte es sich um das gegenwärtig existente Leben (wozu auch das Dasein des nasciturus gehört); im Recht auf Weitergabe von Leben handelt es sich um das natürliche Recht des Menschen, neues Menschenleben in die Welt zu bringen.“[570]

In der zu diesem Text gehörenden Fußnote führt *Dürig* weiter aus:

> „Diese Vorschrift [Art. 2 Abs. 2 GG] hilft nur gegen staatlicherseits vorgenommene oder als rechtmäßig hingenommene Unfruchtbarmachungen, die durch körperlichen Eingriff erfolgen. Soweit Heiratsverbote erlassen werden, die die Fortpflanzung in die Illegalität zwingen (so geschehen bei den „Ostarbeitern“), hilft das Recht zur Ehe gem. Art. 6 I. Wären „Geburtenverhinderungen“ sonst nicht unter benannte Grundrechte unterzubringen, müßte stets auf das Auffangrecht des Art. 2 I zurückgegriffen werden.“[571]

Auf diese knappe Feststellung von *Dürig* lassen sich nahezu alle anderen Quellen zurückführen, welche die Fortpflanzung dem Schutzbereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts zuweisen.

Coester-Waltjen äußert sich wie folgt zu der Frage eines Grundrechtsschutzes der Fortpflanzung:

> "Die Frage der Fortpflanzung, die Entscheidung zur Zeugung eines Kindes, fällt in den höchstpersönlichen Bereich, der auch bezüglich der Art und Weise der Zeugung frei von staatlicher Regulierung sein sollte, wenn man nicht sogar aus Art. 1, 2 GG einen Anspruch auf Abstinenz des Staates in diesen Fragen herleiten will.“[572]

[568] vgl. zur Entwicklung dieser Kommentierung die Erläuterungen in Fußnote 426

[569] DÜRIG in: MAUNZ, Theodor/DÜRIG, Günter (Hg.): Kommentar zum Grundgesetz; Stand: 33. Ergänzungslieferung, Nov. 1997, Art. 2 Abs. 2 RN 31

[570] DÜRIG in: MAUNZ, Theodor/DÜRIG, Günter (Hg.): Kommentar zum Grundgesetz; Stand: 33. Ergänzungslieferung, Nov. 1997; Art. 2 Abs. 2 RN 31

[571] DÜRIG in: MAUNZ, Theodor/DÜRIG, Günter (Hg.): Kommentar zum Grundgesetz; Stand: 33. Ergänzungslieferung, Nov. 1997; Art. 2 Abs. 2 RN 31 (Fußnote)

[572] COESTER-WALTJEN: Die künstliche Befruchtung beim Menschen - Zulässigkeit und zivilrechtliche Folgen, Gutachten B für den 56. deutschen Juristentag, 1986, S. 47

Zum Recht, über die Entstehung eigener genetischer Nachkommen zu entscheiden, äußert sich *Starck* wie folgt:

> "Die Verfügung über die eigenen Keimzellen, insbesondere die Entscheidung darüber, ob und wann sie für Zeugungszwecke verwendet werden sollen, gehört zum Kern der Persönlichkeit des Menschen, der vom Schutz der Menschenwürde erfasst wird." [573]

Nach *Richter* wird die Freiheit, ein Kind zu zeugen, zu empfangen, auszutragen und zu gebären, als Element der freien Entfaltung der Persönlichkeit durch Art. 2 Abs. 1 GG als Grundrecht geschützt (sog. „Zeugungs-, Empfängnis- und Gebärfreiheit"). Er folgert hieraus, dass Regelungen, die dieses Grundrecht beschränken, indem sie Zeugung und Empfängnis von Alter, Rasse, Familien- oder Berufsstand abhängig machen, schlechterdings verfassungswidrig wären.[574]

Pieroth erkennt ein Recht auf eigene Nachkommenschaft als zum Schutzbereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts gehörend an, allerdings gibt er hierfür keine Begründung ab, sondern bezeichnet diese Zuweisung als *„unmittelbar einleuchtend"*.[575]

Auch *Bernat* erkennt die freie Entscheidung über die Fortpflanzung als Teil des allgemeinen Persönlichkeitsrechts an. Er erörtert diesen Punkt im Zusammenhang mit der abstammungsrechtlichen Zuordnung von Vater und Mutter eines Kindes, die unabhängig von deren Zeugungswillen erfolgt (vgl. Abschnitt 1.4.3.). Bernat bejaht ggf. Schadensersatzansprüche wegen Zeugung gegen den Willen eines oder beider statusrechtlichen Eltern (z.B. bei eigenmächtiger Zeugung durch den Arzt) und begründet dies damit, dass

> „man jedem Menschen zubilligen (muss), über die eigene Fortpflanzung frei und eigenverantwortlich zu entscheiden. Dieses Bestimmungsrecht ist Ausfluß des allgemeinen Persönlichkeitsrechts."[576]

Auch *Hoffmann* geht in einer juristischen Abhandlung zur Sterilisation geistig behinderter Menschen von einem Recht auf Fortpflanzungsfähigkeit und einem Recht auf eigene Nachkommenschaft als Bestandteile des Schutzbereichs des allgemeinen Persönlichkeitsrechts aus.[577]

---

[573] STARCK, Christian: Die künstliche Befruchtung beim Menschen - Zulässigkeit und zivilrechtliche Folgen, Gutachten A für den 56. Deutschen Juristentag, 1986, S. 38

[574] RICHTER, Ingo: „Von der Freiheit, Kinder zu haben - Verfassungsfragen der gesellschaftlichen Reproduktion", in: NAUCK, Bernhard/ONNEN-ISEMANN, Corinna (Hg.): Familie im Brennpunkt von Wissenschaft und Forschung, 1995, S. 40-41

[575] PIEROTH, Bodo: Die Verfassungsmäßigkeit der Sterilisation Einwilligungsunfähiger gemäß dem Entwurf für ein Betreuungsgesetz, FamRZ 1990, S. 117-124 (123)

[576] BERNAT, Erwin: Statusrechtliche Probleme im Gefolge medizinisch assistierter Zeugung, MedR 1986, S. 245-253 (246)

[577] HOFFMANN, Birgit: Sterilisation geistig behinderter Erwachsener - Betreuungsrechtliche Behandlung und strafrechtliche Sanktionierung, 1996, S. 88

Auch wenn in der Literatur der Aussagegehalt in Bezug auf die Intensität des Schutzes des allgemeinen Persönlichkeitsrechts durch die Fortpflanzung eher mager ist, kann eindeutig festgestellt werden, dass diese Tätigkeit grundsätzlich dem Schutzbereich von Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG zugeordnet wird.

Im **Ergebnis** ist festzuhalten, dass nach einhelliger Meinung in Rechtsprechung und Literatur die normale Fortpflanzung vom Schutzbereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts umfasst ist. In Bezug auf die Intensität dieses Schutzes gilt, dass die normale Fortpflanzung dem unantastbaren Intimbereich zuzuordnen ist.

2.3.2.1.3. Recht auf die Möglichkeit der Inanspruchnahme von Methoden der medizinisch assistierten Fortpflanzung bei homologer Fortpflanzung?

Als nächstes ist zu prüfen, ob auch die Möglichkeit der Inanspruchnahme (= rechtliche Zulässigkeit) von Methoden der medizinisch assistierten Fortpflanzung im homologen System vom Schutzbereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts umfasst wird.

Entscheidendes Kriterium für die Teilhabe am Schutzbereich und die Intensität des Grundrechtsschutzes durch das allgemeine Persönlichkeitsrecht sind auch hier - wie bei der Menschenwürde - die veränderten äußeren Umstände der Fortpflanzung bei medizinisch assistierter Fortpflanzung (Insemination, Gamententransfer, IVF und ICSI mit anschließendem Embryotransfer) gegenüber der normalen Fortpflanzung: Heraustreten des Zeugungsaktes aus dem intimen Sexualbereich zwischen den Partnern einer Geschlechtsgemeinschaft und Beteiligung Dritter (Ärztin/Arzt) am Zeugungsgeschehen. Zu diesem Punkt gelten die beim Grundrecht auf Achtung der Menschenwürde vorgetragenen Argumente entsprechend (vgl. Abschnitt 2.3.1.1.3.): Der unantastbare Bereich der privaten Lebensführung wird bei Inanspruchnahme von Methoden der medizinisch assistierten Fortpflanzung, bei denen das Zeugungsgeschehen aus dem intimen Sexualbereich der Partner einer Geschlechtsgemeinschaft heraustritt, verlassen.

Zu prüfen bleibt, ob die Inanspruchnahme von Methoden der medizinisch assistierten Fortpflanzung trotz des Heraustretens aus der Intimsphäre vom allgemeinen Persönlichkeitsrecht geschützt wird und welcher Sphäre des Schutzes diese Tätigkeit ggf. (in Anlehnung an die Sphärentheorie) zuzuordnen ist.

Bereits einigen in Bezug auf den Schutz der normalen Fortpflanzung dargestellten **Gerichtsentscheidungen** ist die Aussage zu entnehmen, dass auch die Inanspruchnahme von Methoden der medizinisch assistierten Fortpflanzung dem

Schutzbereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts zuzuweisen ist.[578] Dies wird in der Regel mit einem Recht auf Selbstbestimmung und Selbstentfaltung begründet, allerdings fehlt es an genauen Festlegungen zur Intensität des Schutzes.

In der **Literatur** sind die folgenden Stellungnahmen zum Schutz der medizinisch assistierten Fortpflanzung durch das allgemeine Persönlichkeitsrecht abgegeben worden:

Podlech erkennt ein Recht der Frau auf *„Verwirklichung ihrer Selbstentfaltung als Mutter trotz biologischer Unfähigkeit zur natürlichen Empfängnis oder Schwangerschaft“* an.[579]

Starck vertritt die Ansicht, dass

> „Menschen, die sich ein Kind wünschen und zu diesem Zweck den Weg der künstlichen Befruchtung oder der In-vitro-Befruchtung, eventuell mit Eispende gehen wollen, und Frauen, die sich als Trage- oder Ersatzmütter zur Verfügung stellen wollen, [...] das Recht auf freie Entfaltung ihrer Persönlichkeit (Art. 2 Abs. 1 GG) in Anspruch nehmen [können].“[580]

Auch von Seiten der **Ethik** wird zur Begründung der Behandlung ungewollter Kinderlosigkeit mit den Methoden der medizinisch assistierten Fortpflanzung das Selbstbestimmungsrecht angeführt. Dies wiederum wird mit dem Recht auf Gründung einer Familie und dem Recht auf ein eigenes Kind als Teil des Selbstbestimmungsrechts einer Person begründet.[581]

Im **Ergebnis** ist festzuhalten, dass auch die Inanspruchnahme von Methoden der medizinisch assistierten Fortpflanzung im homologen System dem Schutzbereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts zugewiesen wird. Allerdings fehlt es in Literatur und Rechtsprechung an genauen Feststellungen in Bezug auf den Umfang dieses Schutzes.

Es bleibt zu untersuchen, welcher Schutzsphäre des allgemeinen Persönlichkeitsrechts die Inanspruchnahme von Methoden der medizinisch assistierten Fortpflanzung, bei denen der Zeugungsakt aus dem Intimbereich heraustritt und der medizinischen Unterstützung bedarf, zuzuweisen ist.

---

[578] z.B.: BGH, Urteil vom 09.11.1993, Az.: VI ZR 62/93, FamRZ 1994, 154 ff. (Vernichtung einer Spermakonserve); BFH, Urteil vom 18.05.1999, III R 46/97, NJW 1999, 2767-2768 und Urteil vom 18.06.1997, III R 84/96, NJW 1998, S. 854 (Steuerliche Absetzbarkeit von Behandlungskosten bei homologer und heterologer medizinisch assistierter Fortpflanzung)

[579] PODLECH, Adalbert in: DENNINGER, Erhard/ ... (Hg.): Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (Reihe Alternativkommentare), Stand: August 2002, Art. 1 Abs. 1 RN 52

[580] STARCK, Christian: Die künstliche Befruchtung beim Menschen - Zulässigkeit und zivilrechtliche Folgen, Gutachten A für den 56. Deutschen Juristentag, 1986, S. 17

[581] vgl. MERZ, Bettina: Die medizinische, ethische und juristische Problematik artifizieller menschlicher Fortpflanzung: artifizielle Insemination, In-vitro-Fertilisation mit Embryotransfer und die Forschung an frühen menschlichen Embryonen; 1991, S. 59, die allerdings wiederum zur Untermauerung des von ihr angeführten ethischen Selbstbestimmungsrechts auf internationale Rechtsquellen zurückgreift (Genfer Konvention, Art. 16. 1. der Menschenrechtserklärung der vereinten Nationen, EMRK)

Da die Intimsphäre in diesem Fall nicht mehr gegeben ist (s.o.), kommen noch die Privat- oder Geheimsphäre, sowie die Öffentlichkeitssphäre in Betracht. Eine Zuweisung der Inanspruchnahme der medizinisch assistierten Fortpflanzung zur Öffentlichkeitssphäre ist abzulehnen, da auch die medizinisch assistierte Fortpflanzung immer noch einen starken Bezug zum Sexualleben, zur intimen Partnerschaft und zu Entscheidungen der persönlichen Lebensplanung aufweist. Zudem wird eine Ärztin oder ein Arzt als Vertrauensperson mit besonderer Stellung (besondere Berufspflichten, Zeugnisverweigerungsrecht) hinzugezogen, eine Beteiligung der Öffentlichkeit findet jedoch nicht statt. Allein durch das Hinzutreten einer Ärztin oder eines Arztes wird deshalb der Privatbereich nicht zum gesellschaftlichen Bereich.[582] Damit ist die Zuordnung der Inanspruchnahme von Methoden der medizinisch assistierten Fortpflanzung zur Öffentlichkeitssphäre ausgeschlossen. Diese Tätigkeit ist dementsprechend, im Einklang mit der allgemeinen Beurteilung medizinischer Sachverhalte[583], der Privat- oder Geheimsphäre zuzuordnen.

Im **Ergebnis** ist festzustellen, dass die Inanspruchnahme von Methoden der medizinisch assistierten Fortpflanzung im **homologen** System vom Schutzbereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts umfasst wird und der Privat-/Geheimsphäre zuzuordnen ist. Problematischer ist, ob auch die **heterologe** medizinisch assistierte Fortpflanzung vom Schutzbereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts umfasst wird. Nachfolgend ist daher zu untersuchen, ob auch die Möglichkeit der Inanspruchnahme (= rechtliche Zulässigkeit) von weiteren Personen mit Elternfunktionen (Eizellenspenderin, Samenspender, Leih- oder Tragemutter) vom Schutzbereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts umfasst wird.

2.3.2.1.4. Recht auf die Möglichkeit der Hinzuziehung von Eizellenspenderinnen oder Samenspendern?

Fraglich ist, ob sich auch Personen auf den Schutzbereich des Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG berufen können, die nicht in der Lage sind, sich zusammen mit ihrem gegengeschlechtlichen Partner mit ihren eigenen Keimzellen fortzupflanzen, sondern auf die Spende von Keimzellen (Ei- und/oder Samenzellen) durch Dritte angewiesen sind.

Eindeutige **Gerichtsentscheidungen** zu dieser Frage gibt es nicht, der BGH hat sich allerdings in einer Entscheidung aus dem Jahr 1995 zu den Unterhaltsansprüchen von heterolog gezeugten Kindern gegenüber ihrem "Scheinvater" (= sozialer Vater) geäußert. Die Klage richtete sich gegen den inzwischen geschiedenen Ehemann (= Beklagter) der Mutter zweier ehelich geborener Kinder (= Kläger). Diese waren mit Zustimmung des

[582] BVerfG, Beschluss vom 08.03.1972, 2 BvR 28/71, BVerfGE 32, 373 ff. (379-380)

[583] BVerfG, Beschluss vom 08.03.1972, 2 BvR 28/71, BVerfGE 32, 373 ff. (379-380); DI FABIO in: MAUNZ, Theodor/DÜRIG, Günter (Hg.): Kommentar zum Grundgesetz; Art. 2 Abs. 1 RN 158, Stand: 43. Ergänzungslieferung, Februar 2004

Ehemannes durch heterologe Insemination (Samenspende) gezeugt worden, ihre Nichtehelichkeit wurde nach Scheidung der Ehe gerichtlich festgestellt. Der geschiedene Ehemann wurde zur Unterhaltsleistung verurteilt, obwohl die Kinder nachweislich nicht genetisch von ihm abstammten und ihre Nichtehelichkeit gerichtlich festgestellt war. Diese Entscheidung wurde damit begründet, dass die Zustimmung des Ehemannes zur heterologen Insemination gleichzeitig eine vertragliche Verpflichtung enthalten habe, für den Unterhalt dieser Kinder aufkommen zu wollen. Der BGH bekräftigte in dieser Entscheidung nochmals den Grundsatz, dass eine vertragliche Verpflichtung der Eheleute zu einer bestimmten Familienplanung von der Rechtsordnung nicht anerkannt werde. Demzufolge kann eine solche vertragliche Vereinbarung (z.B. die Zustimmung zur heterologen Insemination) jederzeit vom Ehemann frei widerrufen werden. Der Vorgang, für den die Zustimmung des Ehemannes notwendig ist, wird allerdings mit der Entstehung des Kindes abgeschlossen. Ein Widerruf scheidet dementsprechend aus, sobald durch die Insemination ein Kind entstanden ist. Hiermit seien Vorgänge in Gang gesetzt, die bei normalem Verlauf unumkehrbar zu der Geburt eines Kindes führen[584]. Der BGH äußert sich zwar nicht zu Fortpflanzungsgrundrechten bei heterologer Insemination, man kann aber aus der Entscheidung den Rückschluss ziehen, dass die Zustimmung eines Ehemannes zur heterologen Insemination bei seiner Ehefrau nicht als sittenwidrig, sondern als wirksam eingestuft wird. Daraus wiederum lässt sich schließen, dass der BGH die heterologe Fortpflanzung nicht grundsätzlich als sittenwidrig einstuft.

In der **Literatur** wurden folgende Äußerungen in Bezug auf einen möglichen Grundrechtsschutz der heterologen Fortpflanzung getroffen:

Nach *Starck* fällt die Inanspruchnahme einer **Eizellenspende** zum Zwecke der Erfüllung eines Kinderwunsches unter das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit, allerdings geht er nicht detailliert darauf ein, wer Träger des Grundrechts in Bezug auf die Eizellenspende sein soll.[585]

Zur heterologen Insemination mittels **Samenspende** durch einen Dritten erklärt *Zippelius*:

> „[...] der Wunsch einer Frau, ein Kind auf diese Weise zu empfangen, [erheischt] Achtung als Anspruch darauf, über eine für sie höchst wichtige höchstpersönliche Angelegenheit selbst zu befinden; dies um so mehr, als es sich in der Regel um eine Entscheidung handeln wird, die eine Frau auf Grund reiflicher Überlegungen und als sehr ernsthafte Gewissensentscheidung trifft.“[586]

[584] BGH, Urteil v. 03.05.1995, XII ZR 29/94, BGHZ 129, 297 ff. (307); Diese Grundsätze verhindern eine Sachlage wie sie *Sina* im Artikel „Recht auf Elternschaft?“ (FamRZ 1997, 862-866) schildert. Bei der dort vorgestellten Entscheidung des israelischen Supreme Court hatte der genetische Vater eines bereits gezeugten Embryos seine Zustimmung vor dem Transfer des Embryos in die Gebärmutter einer Ersatzmutter widerrufen.

[585] STARCK, Christian: Die künstliche Befruchtung beim Menschen - Zulässigkeit und zivilrechtliche Folgen, Gutachten A für den 56. Deutschen Juristentag, 1986, S. 17

[586] ZIPPELIUS in: DOLZER, Rudolf/VOGEL, Klaus/GRAßHOF, Karin: (Hg.): Bonner Kommentar zum Grundgesetz, 2004, Art. 1 Abs. 1 u. 2 RN 91

Er bezeichnet diesen Selbstbestimmungsanspruch der Frau als *„nicht unbeträchtlich“*.[587] Ob er diesen Anspruch damit dem Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts zuordnet, und insbesondere wessen Persönlichkeitsrecht (Mann oder Frau) betroffen sein soll, bleibt jedoch unklar.

Starck äußert sich explizit in Bezug auf die Person der Grundrechtsträgerin oder des Grundrechtsträgers bei heterologer Fortpflanzung. Nach der von ihm vertretenen Ansicht macht die Wunschmutter bei heterologer Befruchtung (**Samenspende** durch Dritten) von ihrem allgemeinen Persönlichkeitsrecht Gebrauch[588].

Diese dargestellten Aussagen aus Rechtsprechung und Literatur lassen darauf schließen, dass heterologe Fortpflanzung nicht als grundsätzlich sittenwidrig eingestuft wird, zum Teil wird sie sogar dem Schutzbereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts zugewiesen, allerdings fehlt es an einer detaillierten Aufarbeitung der mit der heterologen Fortpflanzung verbundenen Situation. Gerade die äußeren Umstände einer heterologen Insemination werfen aber eine Reihe von diskussionswürdigen Problemen auf: Zum einen ist die Frage zu klären, wer Träger eines Grundrechts aus Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG sein kann, zum anderen sind aufgrund der verschiedenen Anteile von Mann und Frau an der Fortpflanzung geschlechtsspezifische Unterschiede zu berücksichtigen. Nachfolgend soll versucht werden, diese beiden Punkte juristisch aufzuarbeiten.

Bei der Prüfung, ob die Inanspruchnahme von Methoden der medizinisch assistierten Fortpflanzung im heterologen System Grundrechtsschutz (in Form von Abwehrrechten gegen entsprechende Verbote des Staates) genießt, muss zuerst die Frage geklärt werden, wessen Grundrechte hier betroffen sein können. Dies soll am Beispiel einer angestrebten heterologen Insemination bei Samenspende durch einen Dritten verdeutlicht werden, gilt aber entsprechend auch für die Eizellenspende durch eine Dritte. Bei heterologer Insemination mittels Spendersamen sind die folgenden drei Ansatzpunkte für die Bestimmung der Grundrechtsträgerin oder des Grundrechtsträgers möglich:

- Diskutiert man ein Recht einer normal fruchtbaren **Frau** darauf, dass die Inanspruchnahme einer heterologen Insemination nicht vom Staat verboten wird, so prüft man, ob sie neben einem Recht auf Nutzung ihrer vorhandenen Körperfunktionen zur Empfängnis und Austragung eines Kindes (genetische und physiologische Fortpflanzung) auch ein Grundrecht darauf hat, ihren Geschlechtspartner funktional durch eine völlig andere Person zu ersetzen;

[587] ZIPPELIUS in: DOLZER, Rudolf/VOGEL, Klaus/GRAßHOF, Karin: (Hg.): Bonner Kommentar zum Grundgesetz, 2004, Art. 1 Abs. 1 u. 2 RN 91

[588] STARCK, Christian: Die künstliche Befruchtung beim Menschen - Zulässigkeit und zivilrechtliche Folgen, Gutachten A für den 56. Deutschen Juristentag, 1986, S. 22

- Diskutiert man ein Recht eines unfruchtbaren **Mannes** darauf, dass die Inanspruchnahme einer heterologen Insemination nicht verboten wird, so prüft man, ob er ein Grundrecht darauf hat, seine fehlende Körperfunktion durch die Körperfunktion eines anderen Mannes zu ersetzen;

- Diskutiert man ein gemeinsames Recht der **Partner einer Geschlechtsgemeinschaft** darauf, dass die Inanspruchnahme einer Samenspende nicht verboten wird, so prüft man den folgenden Sachverhalt: Besteht aufgrund des Umstandes, dass der Kinderwunsch durch die beteiligten gegengeschlechtlichen Personen (die eine Lebens- und Geschlechtsgemeinschaft bilden) nicht in gemeinsamem Zusammenwirken möglich ist, ein Grundrecht auf Ersetzung der Körperfunktion des Mannes im Interesse der Erhaltung der (Geschlechts-)Partnerschaft?

Anhand dieser für die heterologe Insemination festgestellten Punkte wird das Problem eines Grundrechts auf Inanspruchnahme von heterologen Fortpflanzungsmethoden deutlich: Es geht nämlich im Endeffekt um ein Recht auf die Möglichkeit der Inanspruchnahme von Personen außerhalb einer bestehenden Geschlechtsgemeinschaft zum Zwecke der Fortpflanzung. Hierauf wird im Anschluss an die Behandlung der geschlechtsspezifischen Unterschiede bei heterologer Fortpflanzung noch zurückzukommen sein.

Zur Verdeutlichung der **geschlechtsspezifischen Unterschiede** bei Inanspruchnahme von Spenderkeimzellen sind zunächst die für eine solche Form der Fortpflanzung in Frage kommenden Fallkonstellationen festzustellen:

- **Fallgruppe 1**: Mann ist genetisch steril, Frau kann sich genetisch und physiologisch fortpflanzen (benötigt wird eine Samenspende);

- **Fallgruppe 2**: Mann kann sich genetisch und physiologisch fortpflanzen, Frau ist genetisch steril, kann sich aber physiologisch fortpflanzen (benötigt wird eine Eizellenspende);

- **Fallgruppe 3**: Beide Partner sind genetisch steril, die Frau kann sich aber physiologisch fortpflanzen (benötigt wird eine Samen- und Eizellenspende oder eine Embryonenspende);

- **Fallgruppe 4**: Bei den Fallgruppen 1-3 kann sich die Frau nicht physiologisch fortpflanzen. Hier wäre zusätzlich die Inanspruchnahme einer Leih- oder Tragemutter erforderlich (vgl. hierzu Abschnitt 2.3.2.1.5.).

Können die Eizellen der **Wunschmutter** - aus welchen Gründen auch immer - nicht zur Zeugung eines Kindes verwendet werden (Fallgruppen 2 und 3), ist ihr aber gleichzeitig eine physiologische Fortpflanzung (d.h. Austragung des Kindes) möglich, so liegt bei ihr trotz der fehlenden genetischen Mutterschaft noch ein Handlungsaspekt der Fortpflanzung vor. Demgegenüber entfällt auf Seiten des genetisch sterilen **Wunschvaters** (Fallgruppen 1 und 3) bei der Verwendung von Spendersamenzellen sowohl der physiologische Teil der Fortpflanzung (Geschlechtsakt), als auch der genetische Teil der Fortpflanzung. Hieraus ist die Schlussfolgerung zu ziehen, dass sich bei einer Samenspende der spätere soziale Wunschvater überhaupt nicht (weder genetisch noch physiologisch) fortpflanzt, während die Wunschmutter bei Eizellen- oder Embryonenspende immer noch einen physiologischen Teil der Fortpflanzung in Form der Austragung des Kindes (Schwangerschaft und Geburt) ausführt. Deshalb kann sich der Wunschvater, weil er sich bei einer Samenspende nicht fortpflanzt, für die Inanspruchnahme einer Samenspende nicht auf ein Recht auf Fortpflanzung aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG berufen (möglicherweise aber auf andere durch das allgemeine Persönlichkeitsrecht geschützte Rechte[589]).

Es bleibt in Bezug auf die Wunschmutter zu prüfen, ob bei ihr eine Berufung auf Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG möglich ist, wenn sie beabsichtigt, sich mittels Eizellenspende oder Embryonenspende fortzupflanzen. In einem solchen Fall beabsichtigt die Wunschmutter, sich nicht mit ihren eigenen Genen, sondern nur mit ihren eigenen körperlichen Möglichkeiten fortzupflanzen. Die isoliert angestrebte physiologische Fortpflanzung einer Frau (bei Spende einer Eizelle durch eine andere Frau oder bei Übertragung eines fremden Embryos) mit dem Ziel der sozialen Elternschaft kann dem Schutzbereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts nur zugeordnet werden, wenn auch die freie Bestimmung über die Nutzung der eigenen körperlichen Möglichkeiten in Verbindung mit einer wichtigen Entscheidung der persönlichen Lebensplanung („Wille zur Elternschaft“) diesem Schutzbereich zuzuordnen ist.

Zur Untersuchung dieses Punktes ist als erstes zu klären, ob bereits allein der Wegfall der genetischen Abstammung des Kindes von der physiologischen Mutter dazu führt, dass man nicht mehr im Schutzbereich des Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG ist. Zum Zweck dieser Prüfung lautet die erste Frage, die man sich stellen muss, ob die genetische Fortpflanzung unabdingbare Voraussetzung für die persönliche Lebensentscheidung ist, Kinder haben zu wollen. Für das alleinige Abstellen auf die genetische Fortpflanzung spricht die auf Charles Darwin zurückzuführende Vererbungslehre. Naturwissenschaftlich

[589] Da Kernthema dieser Arbeit der Schutz der eigenen genetischen und/oder physiologischen Fortpflanzung (= Tätigkeit) durch das Grundgesetz ist, werden eventuelle (Grund-)Rechte auf Ermöglichung einer sozialen Vater- oder Mutterschaft ohne eigene genetische und/oder physiologische Fortpflanzung (wie z.B. auch bei Adoption) nicht weiter untersucht.

ist allein die Weitergabe der eigenen Gene Zweck der Fortpflanzung, welche wiederum zum Überleben einer Art und deren Evolution erforderlich ist. Diese Betrachtung ist allerdings beim Menschen als kulturorientiertem Geschöpf zu einseitig, insbesondere spielt die Arterhaltung für die Fortpflanzungsentscheidung eines Individuums keine entscheidende Rolle. Die Fortpflanzung hat neben der Weitergabe der eigenen Gene für den Menschen noch andere Bedeutungen, die sowohl aus der sozialen Komponente der allgemeinen Kinderwunschmotivation, als auch aus der individuellen Kinderwunschmotivation herrühren (vgl. zur Vielfältigkeit der individuellen Kinderwunschmotivationen Teil 3, Abschnitt 3.4.3.). Insbesondere die individuelle Kinderwunschmotivation richtet sich neben der Weitergabe der eigenen Gene auch auf Kontakt zum Kind und auf das Streben nach zeitlicher Kontinuität über die eigene Lebensspanne hinaus durch Weitergabe von Gedanken, Vorstellungen, Besitz etc. an soweit als möglich eigene Nachkommen. Aus diesen Gründen ist die genetische Fortpflanzung nicht unabdingbare Voraussetzung für die hochstehende Entscheidung der persönlichen Lebensplanung, Kinder in die Welt zu setzen. Da sich die Mutter bei der hier behandelten Fallkonstellation immer noch physiologisch fortpflanzt, liegt trotz des Wegfalls der genetischen Komponente immer noch ein erheblicher Teil der Tätigkeit Fortpflanzung vor.

Weiterhin ist zur Untersuchung der Frage, ob der Wegfall der genetischen Mutterschaft bereits dazu führt, dass der Schutzbereich des Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG nicht mehr in Anspruch genommen werden kann, als Beurteilungsmaßstab die Bedeutung der genetischen Komponente bei normaler Fortpflanzung heranzuziehen. Hier ist ganz eindeutig festzustellen, dass sowohl die Regelung des Art. 6 Abs. 1 und 2 GG, sowie auch die bürgerlich-rechtlichen Regelungen der an die Fortpflanzung anschließenden Elternschaft als Regelfall die blutsmäßige Abstammung voneinander, d.h. die genetische Fortpflanzung voraussetzen. Allerdings erkennen sowohl der Art. 6 Abs. 1 und 2 GG, als auch die Regelungen zur Zuordnung der rechtlichen Mutter und des rechtlichen Vaters hiervon Ausnahmen an. Im Falle des Art. 6 Abs. 1, 2. Alt. GG wird auch das Zusammensein von Eltern und Kindern geschützt, die nicht genetisch miteinander verwandt sind (z.B. Pflege- und Adoptivkinder). Im Falle des Art. 6 Abs. 2 GG wird allein die rechtliche Elternschaft geschützt, diese wiederum wird nach den Regeln des bürgerlichen Rechts festgelegt. Wie bereits im Teil 1, Abschnitt 1.4.3. dargestellt, kommt es für die Zuordnung der rechtlichen Mutter überhaupt nicht mehr auf die genetische Verwandtschaft der austragenden Frau zum Kind an, sondern allein auf die Geburt. Bei der Regelung der rechtlichen Mutterschaft hat der Gesetzgeber somit bewusst das Kriterium der genetischen Abstammung des Kindes als Anknüpfungspunkt für die Zuordnung der rechtlichen Mutter aufgegeben. Dieser Regelung diente in erster Linie der Rechtsklarheit (Offenkundigkeit der Geburt), sowie der Prävention von Leih- und Ersatzmutterschaften und der Verhinderung der mit diesen Mutterschaften verbundenen statusrechtlichen Probleme. Das alleinige Anknüpfen an Austragung und Geburt des

Kindes (= physiologische Mutterschaft) wurde vom Gesetzgeber aber auch damit begründet, dass die emotionale Bindung der austragenden Frau zum Kind höher zu bewerten sei, als die Bindung der Frau, von der die Eizelle stammt. Es ist inzwischen naturwissenschaftlich anerkannt, dass ein Kind bereits während der Schwangerschaft durch die Frau geprägt wird, die es austrägt[590]. Die Sinneswahrnehmung eines Kindes beginnt bereits im Embryonalstadium: Die Augen werden lichtempfindlich,[591] der Embryo nimmt zudem ab dem 4-5 Schwangerschaftsmonat Geräusche wahr und zeigt z.B. stimulierte oder gestresste Reaktionen. Je weiter die Schwangerschaft fortgeschritten ist, desto mehr Geräusche kann der Fötus aufnehmen und in seinem Gehirn verarbeiten. Diese Stimulation der Sinnesorgane des Kindes in den letzten acht Wochen vor der Geburt bereitet das Kind bereits auf einige Aspekte seiner späteren Umwelt vor, in die es hineingeboren wird.[592] Die Wahrnehmung erstreckt sich auf alle Außengeräusche (z.B. Lärm, Stimmen anderer Personen), sowie auf die Körpergeräusche (z.B. Herzschlag, Verdauungsgeräusche) und die Stimme der physiologischen Mutter, die durch ihren Körper übertragen wird.[593] Hier entsteht unabhängig von der genetischen Herkunft des Kindes eine pränatale Mutter-Kind-Bindung. Auch diese Fakten des Entstehens einer besonderen emotionalen Bindung zwischen austragender Frau und Kind sprechen dafür, dem physiologischen Teil der Fortpflanzung der Frau eine erhebliche Bedeutung zuzumessen.

Dass die genetische Komponente der Fortpflanzung nicht den allein entscheidenden Aspekt für den besonderen Schutz dieser Tätigkeit darstellt, zeigt auch die Regelung der Zuordnung des rechtlichen Vaters (§§ 1592 ff. BGB). Es gibt Fälle, in denen die genetische Verwandtschaft des Mannes zum Kind unerheblich ist, auch wenn dies nicht (wie bei der rechtlichen Mutter) als Regelfall vorgesehen ist: Ein Mann kann die Vaterschaft anerkennen, ohne dass eine genetische Verwandtschaft mit dem Kind geprüft wird (§§ 1592 Nr. 2, 1594-1598 BGB), zudem kann der Ehemann einer Frau, die ein Kind geboren hat, das nicht genetisch vom Ehemann stammt, auf eine rechtlich mögliche Anfechtung (§§ 1600 Abs. 1 Nr. 1, 1592 Nr. 1 BGB) verzichten. Hierdurch wird der genetische Vater des Kindes bei Bestehen einer sozial-familiären Beziehung zwischen Kind und rechtlichem Vater von der Möglichkeit ausgeschlossen, selbst rechtlicher Vater zu werden (§ 1600 Abs. 1 Nr. 2 und Abs. 2 BGB). Eine solche Regelung der rechtlichen Vaterschaft, die von der genetischen Vaterschaft abweicht, hat das BVerfG bereits mit Urteil vom 31.01.1989 ausdrücklich als mit dem Grundgesetz vereinbar anerkannt: Der in Art. 6 Abs. 1 GG gewährleistete Schutz von Ehe und Familie schließe es nicht aus, dass der Gesetzgeber das Vater-Kind-Verhältnis abweichend von der natürlichen Abkunft des

---

590 BERNAT, Erwin: Statusrechtliche Probleme im Gefolge medizinisch assistierter Zeugung, MedR 1986, S. 245-253 (252); SELB, Walter: Rechtsordnung und künstliche Reproduktion des Menschen; 1987, S. 75-76 m.w.N.

591 NIELSSON, Lennart/HARMBERGER, Lars: Ein Kind entsteht, 1990, S.112

592 RAUH, Hellgard in: OERTER, Rolf/MONTADA, Leo (Hg.): Entwicklungspsychologie, 1998, S. 174

593 NIELSSON, Lennart/HARMBERGER, Lars: Ein Kind entsteht, 1990, S. 114, S.135

Kindes regele, soweit die leibliche Abstammung des Kindes von dem Ehemann seiner Mutter als Regelfall anerkannt bleibe. Hierbei wird ausdrücklich seitens des BVerfG der vom einfachen Gesetzgebers verfolgte Zweck gebilligt, den Status eines Kindes als ehelich von Anfang an so festzulegen, dass er den wirklichen Abstammungsverhältnissen möglichst entspricht (aber nicht in jedem Fall entsprechen muss), während gleichzeitig umfangreiche naturwissenschaftliche Untersuchungen entbehrlich sind.[594]

Diese gesetzlichen Regelungen zur rechtlichen Elternschaft von Mann und Frau belegen, dass seitens des Gesetzgebers die genetische Verwandtschaft zum Kind als ein wichtiges, aber nicht als das einzig entscheidende Kriterium angesehen wurde. Es wird vielmehr auch ein sog. „Wille zur Elternschaft" implizit als Anknüpfungspunkt für die rechtliche Elternschaft anerkannt. Seit der Neufassung des § 1600 BGB[595] im Jahr 2004 wird inzwischen auch ausdrücklich vom Gesetzgeber eine den Willen zur Elternschaft manifestierende „sozial-familiäre Beziehung" als Kriterium zur Zuordnung eines Kindes zu seinem rechtlichen Vater anerkannt. Der Wille, die Verpflichtungen einer Elternschaft tragen zu wollen, wird auch ausdrücklich vom BVerfG als relevantes Kriterium für die Zuordnung von rechtlicher Elternschaft anerkannt.[596]

Die Anerkennung des Willens, sich um ein entstehendes Kind zu kümmern, beruht auf der Erkenntnis, dass Familie und Verwandtschaft auch bei der normalen Fortpflanzung als soziale Tatsache über die blutsmäßige Abstammung voneinander hinausgehen. Ein Verwandtschaftssystem besteht nicht nur aus den objektiven Bindungen der Abstammung oder der Blutsverwandtschaft zwischen den Individuen. Vielmehr werden diese biologischen Bindungen im Bewusstsein der beteiligten Personen reflektiert.[597] Gelebte Verwandtschaft kann daher auch jenseits von Abstammung existieren, wenn der Wille zur Verwandtschaft für die Beteiligten ein entscheidenderes Kriterium darstellt als die genetische Abstammung. Auch im internationalen Vergleich hat sich im Kindschaftsrecht inzwischen die Tendenz durchgesetzt, die Blutsverwandtschaft nicht isoliert als Anknüpfungspunkt für Elternrechte zu betrachten, sondern die Bereitschaft zur Wahrnehmung elterlicher Verantwortung mit einzubeziehen.[598] Hieraus ergibt sich, dass Verwandtschaft neben der blutsmäßigen Abstammung auch auf der geistigen Ausrichtung der Beteiligten basiert. Wenn aber auch der Wille zur Verwandtschaft ein

---

[594] Urteil des BVerfG vom 31.01.1989, 1 BvL 17/87, BVerfGE 79, 256-274 (267); bestätigt in BVerfG, Beschluss vom 09.04.2003 (1 BvR 1493/96 und 1 BvR 1724/01), NJW 2003, S. 2151-2158 unter zusätzlicher Präzisierung des Gestaltungsspielraums des Gesetzgebers beim Auseinanderfallen von biologischer und rechtlicher Vaterschaft

[595] durch Gesetz vom 23.04.2004 (BGBl. I 598)

[596] BVerfG im Beschluss vom 09.04.2003 (1 BvR 1493/96 und 1 BvR 1724/01), NJW 2003, S. 2151-2158 (2153 ff.)

[597] CROMM, Jürgen: Bevölkerung, Individuum, Gesellschaft - Theorien und soziale Dimensionen der Fortpflanzung; 1988, S. 22 m.w.N

[598] SALGO, Ludwig: Zur Stellung des Vaters bei der Adoption seines nichtehelichen Kindes durch die Mutter und deren Ehemann, NJW 1995, S. 2129 ff. (2131)

entscheidendes Kriterium darstellt, so kann allein der Wegfall der genetischen Abstammung nicht dazu führen, dass eine verwandtschaftlichen Beziehung von vornherein auszuschließen ist.

Diese Erwägungen sprechen dagegen, ausschließlich die Entscheidung einer Wunschmutter für genetisch eigene Kinder als vom Schutzbereich des allgemeinen Persönlichkeitsrecht geschützte Fortpflanzung anzusehen. Dementsprechend ist die **Entscheidung** einer Frau für eine physiologische Mutterschaft, auch wenn diese nicht auf die Geburt eines genetisch eigenen Kindes gerichtet ist, dem Bereich der persönlichen Lebensplanung zuzuordnen und vom Schutzbereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts umfasst.

Allerdings besteht bei der **Umsetzung** dieser Entscheidung der höchstpersönlichen Lebensplanung das Problem, dass man sich aus dem persönlichen Bereich (zu dem ggf. die beteiligte Ärztin oder der Arzt noch zuzuordnen wäre, vgl. Abschnitt 2.3.2.1.3.) heraus begeben und Personen außerhalb der Paarbeziehung, mit denen keine intime Geschlechtsgemeinschaft besteht, um die Eizellenspende (oder Embryonenspende) bitten muss. Das BVerfG hat zur Abgrenzung zwischen der Intimsphäre und der gesellschaftlichen Ebene folgendes ausgeführt:

> „Dieser [letzte, unantastbare Bereich menschlicher Freiheit, der der Einwirkung der gesamten öffentlichen Gewalt entzogen ist] wird aber verlassen wenn Handlungen des Menschen in den Bereich eines anderen einwirken, ohne daß besondere Umstände, wie etwa familienrechtliche Beziehungen, diese Gemeinschaftlichkeit des Handelns als noch in den engsten Intimbereich fallend erscheinen lassen. Grundsätzlich gibt schon die Berührung mit der Persönlichkeitssphäre eines anderen Menschen einer Handlung den Bezug auf das Soziale, der sich dem Recht zugänglich macht. Doch können auch Vorgänge, die sich der „Kommunikation“ mit anderen vollziehen, aus dem Gesichtspunkte der Art. 2 Abs. 1 und Art. 1 Abs. 1 GG dem Zugriff des Gesetzgebers entzogen sein; die Zulässigkeit eines Eingriffs hängt dann davon ab, ob der „Sozialbezug“ der Handlung intensiv genug ist.“[599]

Wenn eine Einzelperson oder ein Paar sich weiterer Personen bei der Fortpflanzung bedienen will (die bestimmte genetische und/oder physiologische Fortpflanzungsfunktionen übernehmen sollen), dann wird der Bereich intimer Lebensführung bewusst verlassen und man begibt sich auf die gesellschaftliche Ebene. Hier agiert eine fortpflanzungswillige Person nicht mehr im Intim- oder Privatbereich, sondern in der Öffentlichkeitssphäre des allgemeinen Persönlichkeitsrechts.

Im **Ergebnis** ist daher bei der Frau die tatsächliche Durchführung einer physiologischen Mutterschaft zwar vom Schutzbereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts umfasst, allerdings ist die Schutzintensität gering, da die für diese Tätigkeit erforderliche Beschaffung von Eizellen fremder Spenderinnen der Öffentlichkeitssphäre des allgemeinen Persönlichkeitsrechts zuzuordnen ist.

---

[599] BVerfG, Urteil vom 10.05.1957, 1 BvR 550/52, BVerfGE 6, 389 ff. (433)

Als letzter Punkt ist die Frage zu behandeln, ob die fortpflanzungsfähige Person in einer Geschlechtsgemeinschaft aufgrund ihres allgemeinen Persönlichkeitsrechts ein Abwehrrecht dergestalt in Anspruch nehmen kann, dass ihrem genetisch sterilen Geschlechtspartner oder ihrer genetisch sterilen Geschlechtspartnerin der Zugriff auf eine Keimzellenspende nicht durch den Staat verboten werden darf. Als Grund für die Zugestehung eines solches Rechtes könnten der Schutz und der Erhalt einer bestehenden Geschlechts- und Lebenspartnerschaft angeführt werden. Hierdurch würde jedoch der Schutzbereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts überspannt. Es schützt als Individualgrundrecht die Persönlichkeitssphäre einer Person, welche grundsätzlich, weil dies zum Bereich der persönlichen Lebensgestaltung zählt, auch die geschlechtliche Beziehung zu anderen Personen umfasst. Die Unfähigkeit des anderen Geschlechtspartners oder der anderen Geschlechtspartnerin zur Fortpflanzung ist jedoch nicht mehr vom Schutzbereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts des fruchtbaren Partners oder der fruchtbaren Partnerin umfasst. Daher kann die fruchtbare Person innerhalb einer Geschlechtsgemeinschaft keinen Anspruch auf eine Samenspende oder Eizellenspende aus dem Aspekt des Schutzes der bestehenden Geschlechtspartnerschaft ableiten.

2.3.2.1.5. Recht auf die Möglichkeit der Beauftragung einer „Leihmutter“ oder "Tragemutter"?

Es bleibt zu prüfen, ob auch die Möglichkeit der Inanspruchnahme (= rechtliche Zulässigkeit) einer Leih- oder Tragemutter durch die Wunscheltern vom Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts umfasst ist.

Mit dem Begriff "**Tragemutter**" bezeichnet man die allein physiologische Mutter eines Kindes (Ei- und Samenzelle stammen von anderen Personen, i.d.R. den später vorgesehenen sozialen Eltern), die nicht beabsichtigt, die soziale Mutter zu werden. Als "**Leihmutter**" (synonym: "Ersatzmutter") bezeichnet man die genetische und physiologische Mutter eines Kindes (Eizelle stammt von der austragenden Frau), das mit dem Samen des Partners der später vorgesehenen sozialen Mutter gezeugt wurde (i.d.R. mittels Insemination). Auch die Leih- oder Ersatzmutter beabsichtigt von Anfang an, nicht die soziale Mutter des Kindes zu werden.[600] Die Begriffe Leih-, Ersatz- und Tragemutter werden allerdings in der Literatur nicht immer einheitlich verwendet.[601]

---

[600] dieselben Definitionen der Begriffe Tragemutter und Leihmutter verwenden z.B. MERZ, Bettina: Die medizinische, ethische und juristische Problematik artifizieller menschlicher Fortpflanzung: artifizielle Insemination, In-vitro-Fertilisation mit Embryotransfer und die Forschung an frühen menschlichen Embryonen; 1991, S. 173; LITTWIN, Frank: Grundrechtsschutz gegen sich selbst - Das Spannungsverhältnis von grundrechtlichem Selbstbestimmungsrecht und Gemeinschaftsbezogenheit des Individuums, 1993, S. 96

[601] so z.B. EBERBACH, Wolfram H.: Rechtliche Probleme der „Leihmutterschaft“, MedR 1986, S. 253-259 (254), der die Begriffe Leihmutter, Mietmutter, Ersatzmutter und Ammenmutter als Synonyme bezeichnet und die Tragemutter als Unterfall der Ersatzmutter einordnet.

Die Prüfung eines möglichen verfassungsrechtlichen Schutzes der Inanspruchnahme von Leih- oder Tragemutter ist nicht so absurd, wie sie auf den ersten Blick erscheinen mag. Schließlich beabsichtigen die Wunscheltern bei Inanspruchnahme einer Tragemutter, sich mit ihren eigenen Keimzellen fortzupflanzen (genetische Elternschaft), bei Inanspruchnahme einer Leihmutter liegt neben der genetischen Elternschaft der Leihmutter immerhin noch genetische Elternschaft des Wunschvaters vor. Die genetischen Eltern (Tragemutterschaft), bzw. der genetische Vater (Ersatzmutterschaft) beabsichtigen zudem, die sozialen Eltern des entstehenden Kindes zu werden. Gleichzeitig ist die Beauftragung der Leih- oder Tragemutter durch die Wunscheltern wegen der damit verbundenen Umstände und hohen Kosten ein starkes Indiz für einen ausgeprägten Willen zur Elternschaft bei den geplanten sozialen Eltern.

Auch hier ist als erstes die Frage danach aufzuwerfen, wer Träger des Grundrechts auf Inanspruchnahme einer Leih- oder Tragemutter aufgrund des Schutzbereiches des allgemeinen Persönlichkeitsrechts sein kann. In Bezug auf die Wunscheltern kommen folgende Konstellationen in Frage:

Fallgruppe 1: Wenn sich die Wunschmutter weder genetisch noch physiologisch fortpflanzt, so liegt bei Inanspruchnahme einer Leihmutter in Bezug auf die Wunschmutter überhaupt keine Fortpflanzung vor. Die Wunschmutter will nur die soziale Mutter des Kindes werden, dessen genetische und physiologische Mutter die Leihmutter ist. In diesem Fall kann sich die Wunschmutter, da sie sich in keiner Weise fortpflanzt, auch nicht auf Fortpflanzungsgrundrechte, dementsprechend auch nicht auf den Schutz der Fortpflanzung durch das allgemeine Persönlichkeitsrecht berufen.[602]

Fallgruppe 2: Wenn die Wunschmutter sich genetisch fortpflanzt, so liegt bei Inanspruchnahme einer Tragemutter (= physiologische Mutter), bei der Wunschmutter zumindest ein Aspekt der Fortpflanzung vor. In diesem Fall ist genauer zu prüfen, ob auch allein die genetische Fortpflanzung der Wunschmutter Grundrechtsschutz durch das allgemeine Persönlichkeitsrecht genießt.

Fallgruppe 3: Der Wunschvater pflanzt sich bei der Inanspruchnahme einer Leih- oder Tragemutter (Fallgruppe 1 oder 2) nur genetisch und nicht physiologisch fort, wenn die Zeugung des Kindes mit seinen Samenzellen mittels medizinisch assistierter Fortpflanzung und nicht in einem Geschlechtsakt erfolgt. Wie bei Fallgruppe 2 (isolierte genetische Fortpflanzung der Wunschmutter) ist auch in Bezug auf den Wunschvater zu prüfen, ob die alleinige genetische Fortpflanzung vom Schutzbereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts umfasst wird.

---

[602] Da Kernthema dieser Arbeit der Schutz der eigenen genetischen und/oder physiologischen Fortpflanzung (= Tätigkeit) durch das Grundgesetz ist, werden eventuelle (Grund-)Rechte auf Ermöglichung einer sozialen Vater- oder Mutterschaft ohne eigene genetische und/oder physiologische Fortpflanzung (wie z.B. auch bei Adoption) nicht weiter untersucht.

Wie bereits im Abschnitt 2.3.2.1.4. in Bezug auf die allein vorliegende physiologische Fortpflanzung einer Frau ausgeführt, kann grundsätzlich auch ein isolierter Aspekt der Fortpflanzung vom Schutz der Fortpflanzung durch das allgemeine Persönlichkeitsrecht umfasst sein. Die isolierte genetische Fortpflanzung von Wunschvater und Wunschmutter weist trotz des Wegfalls der physiologischen Komponente der Fortpflanzung immer noch einen starken Bezug zur Intimsphäre auf und stellt eine hochrangige Entscheidung der persönlichen Lebensplanung dar. Daher ist auch die isolierte genetische Fortpflanzung - ebenso wie die isolierte physiologische Fortpflanzung einer Frau bei Eizellenspende - grundsätzlich als vom Schutzbereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts umfasst anzusehen.

Es bleibt allerdings zu prüfen, welche Intensität dieser Schutz durch das allgemeine Persönlichkeitsrecht aufweist. Insbesondere ist fraglich, ob noch die Privat-/Geheimsphäre oder lediglich die Öffentlichkeitssphäre betroffen ist. Wollen die genetischen Eltern eine dritte Person hinzuziehen, die nicht wie ein Arzt dem Intimbereich der Sexualpartner zuzuordnen ist, sondern als weitere Person mit Fortpflanzungsfunktion neben die Paarbeziehung tritt, so ist man nicht mehr im Bereich der engsten persönlichen Lebensgestaltung, sondern begibt sich durch die Inanspruchnahme Dritter, die nicht Sexualpartner der Wunscheltern sind, in den gesellschaftlichen Bereich (vgl. Abschnitt 2.3.2.1.4.). Damit verlässt man den Bereich der Privat-/Geheimsphäre, und begibt sich in die Öffentlichkeitssphäre.

2.3.2.1.6. Sind auch Eizellenspenderinnen, Samenspender, Leih- und Tragemütter im Schutzbereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts?

Es ist bei Prüfung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts in Bezug auf die Fortpflanzung auch zu untersuchen, ob Personen, die bei Förderung der Fortpflanzung von Wunscheltern einzelne Elternfunktionen wahrnehmen, aber nicht die sozialen Eltern des Kindes werden wollen, ebenfalls vom Schutzbereich umfasst sind. Diese Frage ist in der Rechtsprechung überhaupt nicht und in der Literatur nur vereinzelt behandelt worden. *Starck* vertritt die Position, dass auch Trage- oder Ersatzmütter den Schutzbereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts für sich in Anspruch nehmen können.[603]

Ein solcher Schutz von Trage- und Leihmüttern durch das allgemeine Persönlichkeitsrecht wird nach der in dieser Arbeit vertretenen Ansicht aus folgenden Gründen abgelehnt:

Grund für die Zuordnung der Fortpflanzung zum Schutzbereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts ist die grundsätzliche Zuordnung dieser Tätigkeit zum Schutzbereich der über Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG umfassten Menschenwürde. Wie bei

[603] STARCK, Christian: Die künstliche Befruchtung beim Menschen - Zulässigkeit und zivilrechtliche Folgen, Gutachten A für den 56. Deutschen Juristentag, 1986, S. 17

der Prüfung des Schutzbereichs von Art. 1 Abs. 1 GG herausgearbeitet (vgl. Abschnitt 2.3.1.1.2.), genießt die normale Fortpflanzung deshalb einen hohen Rang gegenüber anderen Entscheidungen und sonstigem menschlichen Verhalten, weil sie eine Entscheidung der persönlichen Lebensplanung mit einer dem Intim- oder Privatbereich zuzuordnenden Handlungskomponente darstellt, die darauf abzielt, soziale Verantwortung für das entstehende Kind zu übernehmen. Auch wenn - wie bei Inanspruchnahme von Methoden der medizinisch assistierten Fortpflanzung - der Bereich der unantastbaren Intimsphäre verlassen wird, so bleibt jede Entscheidung für eine Fortpflanzung mit angestrebter sozialer Elternschaft eine hochrangige Entscheidung der persönlichen Lebensplanung. Dieser Teil der Fortpflanzung (Entscheidungskomponente) ist ebenfalls von der Menschenwürde geschützt.

Gemessen an diesen Gründen für den Schutz der Fortpflanzung durch Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 GG, ist ein solcher Schutz nur Personen zuzugestehen, die bereit sind, auch die soziale Verantwortung für das entstehende Kind (gegebenenfalls durch Unterhaltsverpflichtung) zu übernehmen. Dieser sog. „Wille zur Elternschaft", der auch bei den Regelungen der rechtlichen Elternschaft Berücksichtigung findet (vgl. Teil 1, Abschnitt 1.4.3.) erscheint als das entscheidende Kriterium dafür, ob sich eine am Fortpflanzungsgeschehen beteiligte Person wie die Leih- oder Tragemutter auf das allgemeine Persönlichkeitsrecht berufen kann. Anders formuliert: Wer die Verantwortung für das entstehende Kind nicht tragen will, kann sich nicht auf fortpflanzungsbezogene, hochrangige Grundrechte berufen.

Die Bedeutung des „Willens zur Elternschaft" bei der Zeugung eines Kindes arbeitet *Wanitzek* wie folgt heraus:

> „Wer durch sein Handeln das Entstehen eines Kindes verursacht, übernimmt dadurch Verantwortung für das Kind. Veranlassen mehrere Personen das Entstehen des Kindes, so sind ihre Beiträge im Hinblick auf die Begründung von Verantwortung zu vergleichen. Gemessen an dem Gewicht dessen, was der natürlich Zeugende in die Waagschale der Begründungsmerkmale von Elternschaft zu werfen hat (alleiniges Zeugungshandeln und genetische Beziehung; potentieller Elternwille), ist bei heterologer assistierter Zeugung der Beitrag des Wunschvaters (anteiliges Zeugungshandeln ohne genetische Beziehung; Elternwille) gewichtiger als der Beitrag des Samenspenders (anteiliges Zeugungshandeln und genetische Beziehung; Ausschluss des Elternwillens). Der Elternwille des Wunschvaters ist Grundlage für das Zeugungshandeln aller Beteiligter. Er richtet sich auf die zukünftige soziale Elternschaft des Wunschvaters, welche hingegen der Samenspender für sich selbst gerade ausschließt. Anders als die natürliche Zeugung erfolgt die medizinisch assistierte Zeugung ausschließlich bei Vorliegen eines Willens zur Elternschaft. Das macht diesen Willen zu einem entscheidenden Faktor des Zeugungsgeschehens. Der Elternschaftswille hat damit eine qualitativ andere Bedeutung als bei natürlicher Zeugung. Der (den Elternschaftswillen beinhaltende) Beitrag des Wunschvaters begründet eine stärkere Elternverantwortung als der (den Elternschaftswillen ausschließende) Beitrag des Samenspenders, und er überlagert damit diesen in der Bedeutung als Begründungsmerkmal von Elternschaft."[604]

[604] WANITZEK, Ulrike: Rechtliche Elternschaft bei medizinisch unterstützter Fortpflanzung, 2002, S. 180-181, 358

Diese für die Zuordnung der rechtlichen Elternschaft aufgestellten Kriterien können auch in Bezug auf die Beurteilung eines Grundrechtsschutzes der Fortpflanzung verwertet werden, weil sie den Schluss zulassen, dass das Vorliegen von Elternwille ein entscheidendes Kriterium bei der Beurteilung der medizinisch assistierten Fortpflanzung und ihrer Folgen darstellt.

Insbesondere nimmt eine Person, bei der kein Wille zur Elternschaft vorliegt, bei ihrer Beteiligung am Fortpflanzungsgeschehen weder eine besonders hochstehende Entscheidung der persönlichen Lebensplanung vor, noch agiert sie in ihrem Intimbereich. Bei Leih- oder Tragemüttern fehlt es dementsprechend sowohl am Vorliegen des Intim- oder Privatbereichs, als auch an einer hochrangigen Entscheidung der persönlichen Lebensplanung (Entscheidungskomponenten der Fortpflanzung, zu der auch ein Wille zur Übernahme von Verantwortung für das entstehende Kind gehört). Vielmehr nutzt sie ihre Körperfunktionen unter Hinzuziehung ärztlicher Hilfe zur Förderung der Fortpflanzung der Wunscheltern. Dass ein erheblicher Teil der Durchführung der Fortpflanzung im Körper der Leih- oder Tragemutter stattfindet, macht den Gesamtvorgang nicht zum Bestandteil ihres Intim- oder Privatbereiches. Sie agiert vielmehr im Zusammenwirken mit den Wunscheltern und den beteiligten Ärztinnen oder Ärzten auf vertraglicher, bei Ausübung gegen Entgelt sogar auf geschäftlicher Basis. Dies sind keine intimen, sondern gesellschaftliche Vorgänge. Dementsprechend handelt es sich bei der Durchführung einer Leih- oder Tragemutterschaft nicht um eine Ausübung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts. Aufgrund ihrer Bereitschaft, ihren Körper für fremdnützige Zwecke zur Verfügung zu stellen, hebt die Leih- oder Tragemutter vielmehr üblicherweise intime oder private körperliche Vorgänge (Zeugung, Schwangerschaft) aus ihrem Intim- oder Privatbereich gegenüber den Wunscheltern und den beteiligten Ärzten oder Ärztinnen heraus. Dies gilt insbesondere für Spender von Samenzellen und Spenderinnen von Eizellen, sowie für Leih- und Tragemütter, die (im Gegensatz zur altruistischen Motivation, z.B. bei nahen Verwandten der Wunscheltern) aus finanziellen Motiven (Erzielung von Einkommen) handeln. Dieser Erwerbszweck wird durch Kommerzialisierung von Funktionen des eigenen Körpers erreicht. Solche Tätigkeiten sind nach der hier vertretenen Ansicht nicht dem Schutzbereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, sondern lediglich dem Schutz der allgemeinen Handlungsfreiheit zuzuordnen.

Selbst wenn man sich mit *Starck* auf den Standpunkt stellt, dass auch Eizellenspenderinnen, Samenspender, Leih- und Tragemütter von ihrem allgemeinen Persönlichkeitsrecht Gebrauch machen, so ist wegen des starken Sozialbezuges dieser Tätigkeit davon auszugehen, dass dies in der am wenigsten geschützten „Öffentlichkeitssphäre“ stattfindet, in der der Staat umfassende Eingriffs- und Regelungsmöglichkeiten hat.

2.3.2.1.7. Haben Personen ohne gegengeschlechtlichen fortpflanzungswilligen Partner/Partnerin ein Recht auf Fortpflanzung?

Als nächster Punkt ist die Frage zu klären ob der Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts auch Personen umfasst, die sich „allein“ (d.h. ohne einen gegengeschlechtlichen fortpflanzungswilligen Partner/Partnerin) fortpflanzen möchten. Diese Frage ist unter Grundrechtsgesichtspunkten in der **Rechtsprechung** nicht behandelt worden, in der **Literatur** finden sich nur vereinzelt allgemeine Stellungnahmen.

Starck vertritt die Position, dass selbst der Kinderwunsch einer unverheirateten Frau, die steril ist oder sexuellen Kontakt mit einem Mann ablehnt, noch unter den Schutz auf freie Entfaltung der Persönlichkeit falle. Es könne ihr nicht entgegengehalten werden, dass die freie Entfaltung der Persönlichkeit nur im Rahmen der natürlichen Gegebenheiten gewährleistet sei.[605]

Es trifft zu, dass eine Beschränkung der Fortpflanzung auf „natürliche“ Gegebenheiten nicht zulässig wäre (vgl. Abschnitt 2.2.2.). Dies rechtfertigt allerdings noch nicht die Zuordnung der Inanspruchnahme von Methoden der medizinisch assistierten Fortpflanzung durch Einzelpersonen zum Schutzbereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts. Vielmehr ist darauf abzustellen, ob eine alleinstehende Frau ihr Grundrecht auf Fortpflanzung grundsätzlich wahrnehmen kann. Hier bietet sich der Vergleich mit dem Grundrecht der von Art. 6 Abs. 1, 1. Alt. GG geschützten Eheschließungsfreiheit an, die auch nur wahrgenommen werden kann, wenn man einen heiratswilligen gegengeschlechtlichen Partner oder eine heiratswillige gegengeschlechtliche Partnerin hat. Hat man einen solchen Partner oder eine solche Partnerin nicht, so kann man sein Grundrecht auf Eheschließungsfreiheit nicht ausüben. Ähnlich liegt der Sachverhalt bei der Fortpflanzung. Es ist ein Grundaspekt des biologischen Fortpflanzungsvorganges und Teil seiner Begriffsdefinition, dass dazu Keimzellen von zwei Personen verschiedenen Geschlechts benötigt werden. Auch bei der Fortpflanzung hängt - wie bei der Eheschließung - die Ausübung des Grundrechts davon ab, dass eine gegengeschlechtliche Person zur Verfügung steht, deren Willen auf die gemeinsame Wahrnehmung eines allein nicht wahrnehmbaren Grundrechts gerichtet ist. Dementsprechend hat z.B. eine Frau, der kein fortpflanzungswilliger Partner zur Verfügung steht, zwar grundsätzlich ein Grundrecht auf Fortpflanzung (Schutz der Willenskomponente), sie kann dies aber aus tatsächlichen Gründen (Handlungskomponente) nicht ausüben. Wer sich „alleine“ fortpflanzen will, versucht etwas Unmögliches zu tun. Daher beruht die Unfähigkeit zur Fortpflanzung in diesem Fall nicht auf einem staatlichen Eingriff, sondern auf dem Fehlen einer tatsächlichen Voraussetzung der Fortpflanzung.

---

[605] STARCK, Christian: Die künstliche Befruchtung beim Menschen - Zulässigkeit und zivilrechtliche Folgen, Gutachten A für den 56. Deutschen Juristentag, 1986, S. 28

Diese Feststellungen gelten auch dann, wenn die Frau auf die Inanspruchnahme von Methoden der medizinisch assistierten Fortpflanzung angewiesen ist. Der einzige Unterschied der medizinisch assistierten Fortpflanzung gegenüber der normalen Fortpflanzung liegt darin, dass die äußeren Umstände des Zeugungsaktes modifiziert werden. An dem Grundsatz, dass menschliche Fortpflanzung begrifflich nur dann vorliegt, wenn daran ein gegengeschlechtlicher fortpflanzungswilliger Partner[606] beteiligt ist (vgl. Teil 1, Abschnitt 1.1.1.), hat sich aber auch nach Einführung von Methoden der medizinisch assistierten Fortpflanzung nichts geändert. Zur Entstehung eines neuen Menschen (Embryo) sind auch bei medizinisch assistierter Fortpflanzung eine Ei- und eine Spermazelle erforderlich. Verknüpft man diese Feststellung mit der sachenrechtlichen Einstufung von Keimzellen (Ei- und Samenzellen) als nicht verkehrsfähiges, persönlichkeitsrechtlich überlagertes Sacheigentum (vgl. zu den Details Abschnitt 3.3.), so stellt man fest, dass eine Fortpflanzung zwischen Personen mit genetischer Elternfunktion nur im rechtsfreien Raum, aber nicht als Rechtsgeschäft durchgeführt werden kann. Wenn man Ei- und Samenzellen nicht kaufen kann, benötigt man immer eine Person, die sich für einen genau bestimmten Einzelfall der Fortpflanzung zur Verfügung stellt und der Entstehung eines Kindes mit den dazugehörigen rechtlichen Verpflichtungen zustimmt. Wie sich aus der Rechtsprechung des BGH[607] ergibt (vgl. Teil 2, Abschnitt 2.3.2.1.4.), ist diese Zustimmung bis zum Zeitpunkt der Zeugung eines Kindes frei widerrufbar. Alleine kann man sich daher auch nicht mit medizinisch assistierter Fortpflanzung fortpflanzen. Möglicherweise ist es irgendwann technisch möglich, einen neuen Menschen ohne Beteiligung einer gegengeschlechtlichen Person durch Klonung zum Entstehen zu bringen, dies ist aber schon begrifflich keine Fortpflanzung.

Tatsächlich wollen Personen, die behaupten, sich "allein" oder in einer gleichgeschlechtlichen Partnerschaft fortpflanzen zu wollen, sich mit einer gegengeschlechtlichen (anonymen) Person genetisch fortpflanzen. Ihre Motivation ist im Unterschied zu Wunscheltern bei homologer Fortpflanzung auf eine Modifikation der auf die Fortpflanzung folgenden sozialen und rechtlichen Elternschaft gerichtet. Zum Beispiel soll der genetische Vater nicht der soziale Vater des Kindes werden oder die genetische und physiologische Mutter soll nicht die soziale Mutter des Kindes werden. Unabhängig von der geplanten Gestaltung der sozialen und rechtlichen Elternschaft ist aber in Bezug auf die Tätigkeit Fortpflanzung eine fortpflanzungswillige gegengeschlechtliche Person erforderlich. Jedoch soll diese gegengeschlechtliche Person nach dem Willen der Wunschelternperson von vornherein von der sozialen Elternschaft ausgeschlossen werden. Ein Anspruch aufgrund des Schutzbereichs des allgemeinen Persönlichkeitsrechts kann daher lediglich in Bezug auf die Frage geprüft werden, ob die Suche nach einer gegengeschlechtlichen fortpflanzungswilligen Person oder deren

---

606 Dieser Begriff ist weit zu verstehen und umfasst auch noch einen anonymen Samenspender.

607 BGH, Urteil v. 03.05.1995, XII ZR 29/94, BGHZ 129, 297 ff. (307)

Inanspruchnahme jenseits einer Geschlechtsgemeinschaft unter Ausschluss sozialer Elternschaft Grundrechtsschutz genießt.

Es ist aufgrund der Ausgestaltung der rechtlichen Rahmenbedingungen der Fortpflanzung als Teil der Intim- oder Privatsphäre und aufgrund ihrer Einstufung als Entscheidung der persönlichen Lebensplanung auch als persönliche Angelegenheit des Individuums anzusehen, zum Zweck der Fortpflanzung einen gegengeschlechtlichen fortpflanzungswilligen Partner/Partnerin zu suchen und zu finden. Eine solche, nicht im intimen Lebensbereich stattfindende Suche und Inanspruchnahme einer fortpflanzungswilligen, gegengeschlechtlichen Person (z.B. über Zeitungsanzeigen oder Internet) findet, soweit überhaupt noch der Schutzbereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts und nicht nur der allgemeinen Handlungsfreiheit vorliegt, im Öffentlichkeitsbereich statt. Für diese Arbeit wird die Auffassung vertreten, dass die Suche und Inanspruchnahme eines gegengeschlechtlichen, möglichst anonymen, fortpflanzungswilligen Partners oder einer Partnerin zur Fortpflanzung außerhalb einer Geschlechtsgemeinschaft noch vom Schutzbereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts umfasst wird. Denn trotz des starken Sozialbezuges liegt auch noch bei Wunschmutter oder Wunschvater ein Bezug zur persönlichen Lebensplanung und zum Intimleben vor. Diese Tätigkeiten sind aber an der äußeren Grenze des Öffentlichkeitsbereichs des allgemeinen Persönlichkeitsrechts im Grenzbereich zur allgemeinen Handlungsfreiheit anzusiedeln.

2.3.2.2. Zwischenergebnis

Die **normale Fortpflanzung** ist dem unantastbaren Kernbereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts (Schutz der Intimsphäre) aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs 1 GG zuzurechnen.[608]

Die **homologe medizinisch assistierte Fortpflanzung** ist ebenfalls vom Schutzbereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts umfasst, allerdings liegt im Vergleich zur normalen Fortpflanzung eine andere Intensität des Schutzes vor. Es wird bei Nutzung der Methoden Insemination, Gametentransfer, IVF und ICSI mit anschließendem Embryotransfer (und anderen Methoden, bei denen der Zeugungsakt aus der Intimsphäre heraustritt und eine Ärztin/ein Arzt unmittelbar an der Zeugung beteiligt wird) lediglich die Privat-/Geheimsphäre betroffen.

Bei normaler und medizinisch assistierter Fortpflanzung gilt der Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts sowohl innerhalb als auch außerhalb einer bürgerlich-rechtlichen Ehe, denn der Schutzbereich dieses Grundrechts umfasst eine Person, bzw. ein Paar unabhängig von deren Familienstand.

---

[608] DÜRIG in: MAUNZ, Theodor/DÜRIG, Günter (Hg.): Kommentar zum Grundgesetz; Stand: 33. Ergänzungslieferung, Nov. 1997; Art. 2 Abs. 2 RN 31

Bei **heterologer medizinisch assistierter Fortpflanzung** muss der Bereich der Intimsphäre und der persönlichen Lebensgestaltung verlassen werden, um außerhalb einer intimen Paarbeziehung eine weitere Person als Ei- oder Samenspender, bzw. Leih- oder Tragemutter zu finden. Damit ist man zumindest nicht mehr im unantastbaren Kernbereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts (Intimsphäre) und auch nicht mehr in der Privat-/Geheimsphäre, sondern lediglich im Schutzbereich der Öffentlichkeitssphäre des allgemeinen Persönlichkeitsrechts.

Auch **Einzelpersonen** mit Elternwillen haben zwar aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG ein Recht auf Fortpflanzung (= Entscheidungsaspekt), dessen praktische Durchführung (= Handlungsaspekt) ist aber nur möglich, wenn ihnen ein gegengeschlechtlicher Partner/Partnerin zur Verfügung steht. Alleine kann man sich nicht fortpflanzen. Die vermeintlich „alleinige“ Fortpflanzung einer Person ist tatsächlich nur ein Unterfall der heterologen Fortpflanzung, bei dem von der Wunschelternperson im Anschluss an die erfolgreiche Fortpflanzung die alleinige soziale Elternschaft angestrebt wird. Daher gelten die zur heterologen medizinisch assistierten Fortpflanzung aufgestellten Grundsätze entsprechend.

Nicht vom Schutzbereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts umfasst sind im Zusammenhang mit der Fortpflanzung durchgeführte Handlungen von Personen (z.B. Eizellenspenderinnen, Samenspender, Leih- und Tragemütter), die nach Inanspruchnahme der medizinisch assistierten Fortpflanzung keine soziale Verantwortung für das entstehende Kind übernehmen wollen (fehlender **Wille zur Elternschaft**).

2.3.3. Allgemeine Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG)

Art. 2 Abs. 1 GG garantiert die allgemeine Handlungsfreiheit. Diese Vorschrift schützt nicht nur einen begrenzten Bereich der engsten Persönlichkeitsentfaltung, sondern jede Form menschlichen Handelns ohne Rücksicht auf das Gewicht einer Betätigung für die Persönlichkeitsentfaltung.[609] Jedes menschliche Tun oder Unterlassen, das nicht von einem speziellen Grundrecht geschützt wird, ist vom umfassenden Schutzbereich der allgemeinen Handlungsfreiheit umfasst und vor willkürlichen staatlichen Eingriffen geschützt.[610]

2.3.3.1. Schutz der Fortpflanzung durch die allgemeine Handlungsfreiheit?

Die Entscheidung zur Fortpflanzung und die zur Umsetzung dieses Entschlusses notwendigen Handlungen fallen grundsätzlich als menschliche Handlungen in den Schutzbereich des Art. 2 Abs. 1 GG. Die von dieser Vorschrift geschützte allgemeine Handlungsfreiheit garantiert einer Person generellen Schutz vor staatlichen Eingriffen in ihre Lebensführung ohne formell und materiell verfassungsmäßige Rechtsgrundlage.[611]

Ramm ordnet 1989 die Entscheidung, sich nicht fortpflanzen zu wollen, die er vor Entstehung eines Kindes uneingeschränkt für beide Partner anerkennt und nach Entstehung eines Kindes unter den Einschränkungen der Abtreibungsregelungen des StGB allein der Frau zugesteht, allein der allgemeinen Handlungsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG zu.[612] *Ramm* bejaht auch ausdrücklich eine positive Fortpflanzungsfreiheit bezüglich der künstlichen Befruchtung und weist diese dem Schutzbereich der allgemeinen Handlungsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG zu. Er bezeichnet das Grundrecht als „partnerbezogen“ und macht seine Ausübung davon abhängig, dass der ggf. vorhandene Wille des Partners, sich nicht fortzupflanzen, akzeptiert werden muss.[613]

Wie sich bereits aus dem Abschnitt 2.3.2. ergibt, sind nach der in dieser Arbeit vertretenen Ansicht allerdings die meisten Tätigkeiten zur Fortpflanzung vom Schutzbereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts und nicht vom Schutzbereich der allgemeinen Handlungsfreiheit umfasst. Weiterhin schließen die spezielleren Grundrechtsnormen der Art. 4, 6 Abs. 1, 6 Abs. 2 und 12 Abs. 1 GG ggf. für ihren Schutzbereich die Anwendung des Art. 2 Abs. 1 GG aus. Dies gilt allerdings nur, soweit eine Verletzung des Art. 2 Abs. 1 GG und der spezielleren Grundrechtsnorm unter

---

609 LEIBHOLZ, Gerhard/RINCK, Hans-Justus/HESSELBERGER, Dieter: Grundgesetz, 2003, Art. 2, RN 21

610 LEIBHOLZ, Gerhard/RINCK, Hans-Justus/HESSELBERGER, Dieter: Grundgesetz, 2003, Art. 2, RN 21

611 BVerfG, Beschluss vom 13.05.1969, 1 BvR 25/65, BVerfGE 26, 1 ff. (7)

612 RAMM, Thilo: Die Fortpflanzung - Ein Freiheitsrecht? JZ 1989, S. 861-874 (867, 874)

613 RAMM, Thilo: Die Fortpflanzung - Ein Freiheitsrecht? JZ 1989, S. 861-874

demselben sachlichen Gesichtspunkt vorliegt.[614] Dementsprechend können sich nur die an der Fortpflanzung beteiligten Personen, die von den Schutzbereichen anderer Grundrechte ausgeschlossen sind, auf die allgemeine Handlungsfreiheit berufen. Hier kommen insbesondere Personen in Betracht, die sich nicht selbst mit dem Ziel sozialer Elternschaft fortpflanzen wollen, sondern beabsichtigen, die geplante soziale Elternschaft anderer zu fördern. Dieser Personenkreis (z.B. Samenspender, Eizellenspenderinnen, Trage- und Leihmütter), kann i.d.R. als eigenes Grundrecht nur die allgemeine Handlungsfreiheit geltend machen. Der Schutzbereich ist aber auch dann eröffnet, wenn innerhalb einer Paarbeziehung heterologe Fortpflanzung angestrebt wird: Bei Samenspende kann sich der Mann nicht auf Fortpflanzungsgrundrechte berufen, da nicht er, sondern allein der Samenspender sich fortpflanzt und bei Leihmutterschaft kann sich die Frau nicht auf Fortpflanzungsgrundrechte berufen, da nicht sie, sondern allein die Leihmutter sich fortpflanzt. Die bei heterologer Fortpflanzung nicht an der Tätigkeit Fortpflanzung beteiligten Personen aus der Paarbeziehung können sich für die Möglichkeit der Inanspruchnahme Dritter bei heterologer Fortpflanzung daher ebenfalls auf die allgemeine Handlungsfreiheit berufen. Hinzu kommt, dass die Partner einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft ohne Kinder in Bezug auf die Gestaltung ihrer Gemeinschaft als möglicher äußerer Rahmen der Fortpflanzung lediglich verfassungsrechtlichen Schutz aufgrund von Art. 2 Abs. 1 GG genießen.[615]

2.3.3.2. Zwischenergebnis

Die Entscheidung für Kinder und die dazu notwendigen Handlungen werden als menschliche Handlungen vom Schutzbereich der allgemeinen Handlungsfreiheit umfasst, allerdings greift dieser Schutz nur, soweit nicht andere Fortpflanzungsgrundrechte spezieller sind.

---

[614] LEIBHOLZ, Gerhard/RINCK, Hans-Justus/HESSELBERGER, Dieter: Grundgesetz, 2003, Art. 2 RN 16, 17

[615] ZWIßLER, Finn: Die nichteheliche Lebensgemeinschaft - Grundlagen und Muster für die anwaltliche Praxis; 1999, S. 33

2.3.4. Recht auf körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG)

Die Vorschrift des Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG gewährleistet jeder Person das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit. Von diesen zwei in Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG geschützten Rechtsgütern kommt in Bezug auf die Überprüfung möglicher Fortpflanzungsgrundrechte allein das Recht auf körperliche Unversehrtheit in Frage.

2.3.4.1. Schutzbereich

Nach der herrschenden Meinung in Rechtsprechung und Literatur schützt das Recht auf körperliche Unversehrtheit vor allen Einwirkungen, welche die menschliche Gesundheit im biologisch-physiologischen Sinne beeinträchtigen.[616] Ob und in welchem Umfang auch das psychische Wohlbefinden oder die Möglichkeit der optimalen Nutzung von Körperfunktionen geschützt wird, ist umstritten.[617] Weiterhin ist im Zusammenhang mit Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG zu prüfen, ob in Bezug auf medizinisch notwendige Hilfe bei der Fortpflanzung auch ein Schutzanspruch gegen Eingriffe Dritter und ein Recht auf finanzielle Förderung durch den Staat bestehen.

Im Rahmen dieser Untersuchung der Frage, ob die Tätigkeit Fortpflanzung vom Grundgesetz geschützt wird, nimmt das Recht auf körperliche Unversehrtheit eine Sonderstellung ein, denn es schützt keine Tätigkeit, sondern einen Zustand. Bei der Untersuchung des Schutzbereichs von Art. 2 Abs. 2 S. 1, 2. Alt. GG ist daher die Untersuchungsfrage anders zu formulieren: Zu prüfen ist nicht, ob die Fortpflanzung vom Schutzbereich der Vorschrift umfasst wird, sondern ob und in welchem Umfang die **körperlichen Voraussetzungen der Fortpflanzung (= Fortpflanzungsfähigkeit)** Schutz genießen.

2.3.4.1.1. Beeinträchtigungen der Fortpflanzungsfähigkeit durch direkten staatlichen Eingriff

Das Recht auf körperliche Unversehrtheit ist als Ausdruck von Selbstbestimmung und Würde der Persönlichkeit von Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG geschützt.[618] In seinem klassischen Gehalt schützt Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG vor gezielten staatlichen Eingriffen in die körperliche Unversehrtheit.[619] Es wird nicht nur die körperliche Unversehrtheit, sondern auch die menschliche Gesundheit geschützt.[620] Dabei sind staatliche Eingriffe in die körperliche

---

[616] Beschluss des BVerfG vom 14.01.1981, 1 BvR 612/72, BVerfGE 56, 54-86 (73); JARASS in: JARASS, Hans D./PIEROTH, Bodo: Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 2004; Art. 2 RN 62

[617] vgl. hierzu die ausführliche Darstellung im Abschnitt 2.3.4.1.6.

[618] CORRELL, Cathrin in: DENNINGER, Erhard/ ... (Hg.): Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (Reihe Alternativkommentare), Stand: August 2002, Art. 2 Abs. 2, RN 29

[619] Beschluss des BVerfG vom 14.01.1981, 1 BvR 612/72, BVerfGE 56, 54-86 (73-74); Beschluss des BVerfG vom 30.11.1988, 1 BvR 1301/84, BVerfGE 79, 174-202 (201); LEIBHOLZ, Gerhard/RINCK, Hans-Justus/HESSELBERGER, Dieter: Grundgesetz, 2003, Art. 2, RN 513

[620] SEEWALD, Ottfried: Zum Verfassungsrecht auf Gesundheit, 1981, S. 54-56

Unversehrtheit unter einfacheren Voraussetzungen möglich als Eingriffe in die strenger geschützte Gesundheit.[621] Der besondere verfassungsrechtliche Schutz vor Eingriffen in die körperliche Unversehrtheit und die menschliche Gesundheit beruht auf der historischen Erfahrung mit dem Missbrauch staatlicher Gewalt. Seine Aufnahme in das Grundgesetz erfolgte als Reaktion auf die unmenschlichen Verbrechen totalitärer Staatsordnungen, insbesondere in Deutschland zwischen 1933 und 1945 wie z.B. Zwangssterilisationen und -kastrationen oder Zwangsversuche an lebenden Menschen. Die Vorschrift hat keine ausdrücklichen verfassungsgeschichtlichen Vorläufer, auch die Weimarer Reichsverfassung enthielt keine entsprechende Gewährleistung.[622]

Für die Prüfung eines Schutzes der körperlichen Voraussetzungen der Fortpflanzung durch Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG gegen direkte staatliche Eingriffe sind sowohl Rechtsprechung und Literatur verfügbar, da auch nach 1945 die Frage der Rechtmäßigkeit von Zwangssterilisationen oder -kastrationen noch von juristischer Relevanz war. Es ist in diesem Zusammenhang darauf hinzuweisen, dass es in Deutschland auch nach 1945 noch zu Sterilisationen geistig behinderter Menschen kam, auch wenn die Rechtslage insoweit alles andere als eindeutig war. Solche Sterilisationen erfolgten jedoch nicht mehr aufgrund einer staatlichen Sterilisationspolitik. Erst mit Inkrafttreten des Betreuungsgesetzes vom 12.09.1990[623] sind die Voraussetzungen einer Sterilisation geistig behinderter Menschen (extrem restriktiv) gesetzlich festgelegt worden (vgl. §§ 1631c, 1905 BGB), es handelt sich bei dieser Regelung allerdings nicht um eine Form der Zwangssterilisation.[624] Für Kastrationen galten bereits viel früher gesetzliche Regelungen aufgrund des Kastrationsgesetzes vom 15.08.1969.[625]

Eine Entscheidung des AG Kiel vom 07.02.1986[626] schloss das einzige gerichtliche Verfahren nach Inkrafttreten des GG ab, bei dem es in der Hauptsache um Rechtsvorschriften ging, die einen unmittelbaren staatlichen Eingriff in die Fortpflanzungsfähigkeit betrafen. Der Antragsteller begehrte die Aufhebung eines Beschlusses des Erbgesundheitsgerichts Kiel vom 17.05.1936, durch den seine Unfruchtbarmachung aufgrund des damals gültigen „Erbgesundheitsgesetzes“[627] der

---

621 SEEWALD, Ottfried: Zum Verfassungsrecht auf Gesundheit, 1981, S. 127

622 CORRELL, Cathrin in: DENNINGER, Erhard/ ... (Hg.): Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (Reihe Alternativkommentare), Stand: August 2002, Art. 2 Abs. 2, RN 3

623 Gesetz zur Reform des Rechts der Vormundschaft und Pflegschaft für Volljährige vom 12.09.1990, BGBl. I S. 2002

624 HOFFMANN, Birgit: Sterilisation geistig behinderter Erwachsener - Betreuungsrechtliche Behandlung und strafrechtliche Sanktionierung, 1996, S. 19, 90

625 „Gesetz über die freiwillige Kastration und andere Behandlungsmethoden“, BGBl. I S. 1143, zuletzt geändert durch Art. 4 Abs. 6 des 6. Gesetz zur Reform des Strafrechts, BGBl. I S. 164 (187)

626 AG Kiel, Beschluss vom 07.02.1986, Az.: 4 XIII 1/85, FamRZ 1986, 990 ff.

627 Gesetz zur Verhütung erbkranken Nachwuchses vom 14.07.1933 (RGBl. I 529), geändert durch Gesetz vom 26.06.1935 (RGBl. I 773) und Gesetz vom 04.02.1936 (RGBl. I 119).

nationalsozialistischen Reichsregierung angeordnet worden war. Ebenfalls sollte ein Beschluss des AG Kiel vom 10.07.1957 aufgehoben werden, mit dem sein erster Antrag auf Wiederaufnahme des Verfahrens abgelehnt worden war. Da das Erbgesundheitsgesetz aufgrund Art. 123 GG nicht fortgalt, wurde ein Wiederaufnahmeinteresse des Antragstellers in Bezug auf den Beschluss des AG Kiel vom 10.07.1957 bejaht. Im Anschluss an die Entscheidung über die Wiederaufnahme des Verfahrens wurde der Beschluss des Erbgesundheitsgerichts vom 17.05.1936 aufgehoben. Das Gericht äußerte sich anlässlich dieser Entscheidung ausdrücklich zum Grundrecht auf körperliche Unversehrtheit, speziell zu Eingriffen in die Fortpflanzungsfähigkeit:

> „Dieses überpositive Menschenrecht ist als Recht jedes Menschen auf körperliche Unversehrtheit in Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG kodifiziert. [...] Der Wesenskern des Grundrechts kann aber niemals rechtmäßig in einer solchen Güterabwägung zur Disposition gestellt werden (Art. 19 Abs. 2 GG). Zum Wesenskern des Grundrechts auf körperliche Unversehrtheit, der durch staatlichen Zwang, auch in Form eines Richterspruches, nicht angetastet werden darf, gehört die Fähigkeit, Leben durch Zeugung und Empfängnis weiterzugeben (vgl. Dürig in Maunz/Dürig, GG-Kommentar, Art. 2 Abs. 2 Rz. 31, 32). Daher darf keine Staatsmacht, aus welchen Gründen auch immer, durch irgendeinen Eingriff diese Fähigkeit des Menschen zwangsweise beeinträchtigen.“[628]

Die Formulierung der Entscheidungsgründe zeigt deutlich, dass die Fortpflanzungsfähigkeit vom AG Kiel als Teil des unantastbaren Kernbereichs des Rechts auf körperliche Unversehrtheit angesehen wurde.

Es ist auch einhellige Meinung in der Literatur zum Grundrecht auf körperliche Unversehrtheit, dass eine Zwangssterilisation oder -kastration verfassungswidrig ist.[629] Die Fähigkeit, Leben weiterzugeben, wird gegen direkte staatliche Eingriffe in die körperliche Unversehrtheit durch Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG geschützt.[630] In Bezug auf die Unzulässigkeit von Zwangssterilisation bei gleichzeitiger faktischer Einschränkung der Möglichkeit, Leben weiterzugeben (durch Inhaftierung) äußert sich *Dürig* wie folgt:

> „Im geltenden Recht sind „Entmannungen“ weder als Strafe noch als Maßregel der Sicherung und Besserung vorgesehen. [Text der dazugehörigen Fußnote: Soweit ersichtlich, behauptet auch mit Recht niemand ihre Zulässigkeit als „unselbständige Maßnahme“, die von einer Unterbringung z.B. in einer Heil- und Pflegeanstalt ipso jure „miterfaßt“ wird. Daß eine an sich zulässige Freiheitsentziehung jedoch infolge der Isolierung die tatsächliche Gelegenheit

---

[628] AG Kiel, Beschluss vom 07.02.1986, Az.: 4 XIII 1/85, FamRZ 1986, 990 ff.

[629] HOFFMANN, Birgit: Sterilisation geistig behinderter Erwachsener - Betreuungsrechtliche Behandlung und strafrechtliche Sanktionierung, 1996, S. 85 m.w.N.; KANNENGIEßER, in: SCHMIDT-BLEIBTREU, Bruno/KLEIN, Franz: Kommentar zum Grundgesetz, 1999; Art. 2 RN 22

[630] CORRELL, Cathrin in: DENNINGER, Erhard/ ... (Hg.): Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (Reihe Alternativkommentare), Stand: August 2002, Art. 2 Abs. 2, RN 95; DÜRIG in: MAUNZ, Theodor/DÜRIG, Günter (Hg.): Kommentar zum Grundgesetz; Stand: 33. Ergänzungslieferung, Nov. 1997; Art. 2 Abs. 2 RN 31, 32 m.w.N.; DI FABIO in: MAUNZ, Theodor/DÜRIG, Günter (Hg.): Kommentar zum Grundgesetz; Art. 2 Abs. 2 RN 55, Stand: 43. Ergänzungslieferung, Februar 2004

(Möglichkeit im Gegensatz zur „Fähigkeit“) Leben weiterzugeben, rechtlich zulässig beseitigt, ist selbstverständlich.] Eine Wiedereinführung verstieße gegen Art. 2 II Satz 1 in Verb. mit Art. 19 II (wo vornehmlich der Menschenwürdegehalt jedes Grundrechts unverletzlich abgesichert wird). Die zwangsweise Kastration (Sterilisation) verstößt gegen die Menschenwürde (und damit gegen den Wesensgehalt des Grundrechts auf körperliche Unversehrtheit), weil sie den Menschen zum Objekt des staatlichen Geschehens degradiert und Praktiken ausliefert, die der Tierzucht angehören.“[631]

Dementsprechend wird nach einhelliger Meinung in Rechtsprechung und Literatur die Fähigkeit, Leben weiterzugeben (= die körperlichen Voraussetzungen der Fortpflanzung), durch das Abwehrrecht des Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG gegen direkte staatliche Eingriffe geschützt. Die Fortpflanzungsfähigkeit ist insoweit dem unantastbaren Kernbereich dieses Grundrechtes zuzuordnen.

2.3.4.1.2. Recht auf die Möglichkeit der Inanspruchnahme von Methoden der medizinisch assistierten Fortpflanzung bei organisch bedingter Sterilität?

Bei der organisch bedingten Sterilität einer fortpflanzungswilligen Person liegt ein körperlicher Defekt vor, zu dessen Beseitigung oder Umgehung die Inanspruchnahme ärztlicher Hilfe erforderlich ist. Dies wirft die Frage auf, ob Art. 2 Abs. 2 GG auch die Möglichkeit der Inanspruchnahme von ärztlicher Behandlung zur Heilung oder Umgehung vorhandener körperlicher Defekte verfassungsrechtlich garantiert. Anders ausgedrückt: Wird - unabhängig von der Frage, ob ein Anspruch auf Kostenübernahme durch den Staat besteht - auch der Zugang (= rechtliche Zulässigkeit) zu medizinischen Methoden zur Beseitigung oder Kompensierung körperlicher Defekte vom Schutzbereich des Grundrechts umfasst? Hiermit hängt unmittelbar die Prüfung der Frage zusammen, ob eine Einschränkung (z.B. durch staatliches Verbot) der Inanspruchnahme notwendiger ärztlicher Hilfe einem direkten Eingriff in die körperliche Integrität gleichsteht.

Das Verbot der Inanspruchnahme einer medizinischen Behandlung ist kein unmittelbarer staatlicher Eingriff in die körperliche Unversehrtheit. Er ist allerdings zielgerichtet, sofern hierdurch unmittelbar die Aufrechterhaltung einer körperlichen Versehrtheit beabsichtigt wird. Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG schützt auch vor lediglich tatsächlichen Beeinträchtigungen als mittelbare Folge des Verhaltens der deutschen öffentlichen Gewalt.[632] Damit eine tatsächliche Beeinträchtigung der deutschen öffentlichen Gewalt zuzurechnen ist, müssen nach der Rechtsprechung des BVerfG zumindest die folgenden zwei Voraussetzungen vorliegen:

„Zum einen müßte das von den Beschwerdeführern angegriffene Verhalten für diese Gefahr ursächlich sein; zum anderen müßte die Herbeiführung dieser Gefahr der öffentlichen Gewalt im Sinne des § 90 Abs. 1 BVerfGG, Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG zurechenbar sein. Eine Verfassungsbeschwerde gegen einen Akt der öffentlichen Gewalt, dessen Verfassungswidrigkeit

---

631 DÜRIG in: MAUNZ, Theodor/DÜRIG, Günter (Hg.): Kommentar zum Grundgesetz; Stand: 33. Ergänzungslieferung, Nov. 1997; Art. 2 Abs. 2 RN 32 (und dazugehörige Fußnote)

632 BVerfG, Beschluss vom 16.12.1983, 2 BvR 1160, 1565, 1714/83, BVerfGE 66, 39 ff. (60)

> unter Hinweis auf eine durch ihn ausgelöste Folgewirkung geltend gemacht wird, kann nur dann zulässigerweise erhoben werden, wenn eine grundrechtliche Verantwortlichkeit eines Trägers öffentlicher Gewalt im Sinne des § 90 Abs. 1 BVerfGG, Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG für diese Folgewirkung als möglich erscheint."[633]

Als erstes ist daher der Krankheitswert von ungewollter Kinderlosigkeit aufgrund organisch bedingter Sterilität zu überprüfen. Die organisch bedingte Sterilität ist unstreitig eine Krankheit. Diese Form der Sterilität ist schon seit 1962 in der gesetzlichen Krankenversicherung als kassenleistungspflichtige Krankheit anerkannt.[634] Dabei ist die Sterilität abzugrenzen von der Kinderlosigkeit. Die Kinderlosigkeit selbst ist keine Erkrankung, sondern allein eine Folge der organischen Sterilität. Dies lässt sich bereits sehr gut anhand des Umstandes illustrieren dass die organisch gesunde Geschlechtspartnerin, bzw. der organisch gesunde Geschlechtspartner einer Person mit organischer Sterilität zwar auch kinderlos, aber nicht selbst krank ist.

Als **Zwischenergebnis** ist festzuhalten, dass eine organisch bedingt sterile Person an einer Krankheit leidet. Ist die Geschlechtspartnerin oder der Geschlechtspartner dieser Person nicht selbst auch krank, so liegt bei dieser oder diesem keine Erkrankung, sondern nur Kinderlosigkeit vor.

Gewährt nun der Schutzbereich des Art. 2 Abs. 2, S. 1, 2. Alt. GG dem organisch kranken Menschen einen Anspruch auf die Möglichkeit des Zugangs zu ärztlicher Hilfe zur Beseitigung oder Kompensierung seiner Sterilität? Hier ist insbesondere die **Zurechenbarkeit des staatlichen Verhaltens** für eine Gesundheitsbeeinträchtigung zu untersuchen. Als vergleichbare Sachlage kann die Rechtslage für normale medizinische Maßnahmen (ärztliche Behandlung) herangezogen werden.

Grundsätzlich gilt, daß Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG nicht einen Optimalzustand körperlichen Wohlbefindens schützt (z.B. vollständige Gesundheit), sondern nur den bei einer Person vorgefundenen Ist-Zustand. Hierauf verweist bereits der **Wortlaut** der Vorschrift, die nur den Begriff „körperliche Unversehrtheit" und nicht den Begriff „Gesundheit" enthält.[635] Das Recht auf körperliche Unversehrtheit umfasst dementsprechend nur den Erhalt der jeweiligen Beschaffenheit des Körpers (einschließlich seiner körperlich bedingten seelischen Zustände und seines äußeren Erscheinungsbildes).[636]

---

633 BVerfG, Beschluss vom 16.12.1983, 2 BvR 1160, 1565, 1714/83, BVerfGE 66, 39 ff. (60)

634 KROLZIK, Volker/SALZMANN, Werner (Hg.): Kind um jeden Preis? Beiträge zur ethischen Diskussion der neuen Reproduktionstechniken; 1989, KROLZIK, Volker: Kinderwunsch zwischen Machbarkeit und Verantwortung, S. 141

635 CORRELL, Cathrin in: DENNINGER, Erhard/ ... (Hg.): Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (Reihe Alternativkommentare), Stand: August 2002, Art. 2 Abs. 2, RN 102

636 CORRELL, Cathrin in: DENNINGER, Erhard/ ... (Hg.): Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (Reihe Alternativkommentare), Stand: August 2002, Art. 2 Abs. 2, RN 94

Aus diesen Aussagen könnte geschlossen werden, dass jede schicksalshaft bedingte Erkrankung von der betroffenen Person hingenommen werden müsste und der Staat grundsätzlich das Recht hätte, den Zugang zu Therapiemaßnahmen ohne Rücksicht auf das Grundrecht auf körperliche Unversehrtheit zu regeln (z.B. durch Verbote oder Beschränkungen). Ein solcher Rückschluss wäre jedoch verfrüht. Vielmehr ist an dieser Stelle zu überprüfen, ob das Verbot einer notwendigen medizinischen Behandlung, die Heilung, Linderung oder Umgehung eines krankhaften Zustandes ermöglicht, einem direkten staatlichen Eingriff in die körperliche Unversehrtheit gleichzustellen ist. Diese Frage ist in **Rechtsprechung** und **Literatur** wie folgt behandelt worden:

Nach der Rechtsprechung des BVerfG muss bei der Krankenversorgung jeder Patient sicher sein können, *„daß sein Grundrecht auf körperliche Unversehrtheit aus Art. 2 II 1 GG nach allen Regeln ärztlicher Kunst gewahrt wird“*.[637] Im Rahmen einer Verfassungsbeschwerde gegen die Beschränkung der Spende von Organen durch lebende Spender hat das BVerfG hierzu weiterhin ausgeführt:

> „Die Regelung des § 8 I 2 TPG verletzt Art. 2 Ⅱ 1 GG nicht. Allerdings ist der Schutzbereich des Grundrechts berührt. Art. 2 Ⅱ 1 GG gibt jedermann das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit. Diese Verbürgung wird berührt, wenn staatliche Regelungen dazu führen, daß einem kranken Menschen eine nach dem Stand der medizinischen Forschung prinzipiell zugängliche Therapie, mit der eine Verlängerung des Lebens, mindestens aber eine nicht unwesentliche Minderung des Leidens verbunden ist, versagt bleibt. [...]
>
> Die angegriffenen Vorschriften stellen auch einen Eingriff in das Grundrecht dar. Der Gesetzgeber hat - wie bereits ausgeführt - mit § 8 I 2 TPG zwar nicht zielgerichtet und final in Art. 2 Ⅱ 1 GG eingegriffen. Als Abwehrrecht sichert das Grundrecht den Einzelnen aber grundsätzlich auch gegen staatliche Maßnahmen, die lediglich mittelbar zu einer Verletzung des Lebens oder der körperlichen Unversehrtheit führen [...]. Die mittelbar hervorgerufene Verletzung muss allerdings das Maß einer als sozialadäquat eingestuften Beeinträchtigung übersteigen und bei einer normativen Betrachtung unter Berücksichtigung der Bedeutung des Schutzguts von Art. 2 Ⅱ 1 GG als adäquate Folge der staatlichen Tätigkeit dieser normativ zurechenbar sein, darf also weder aus einer selbständig zu verantwortenden Tätigkeit Dritter resultieren noch auf einer schicksalhaften Fügung beruhen. [...] In Anbetracht der Bedeutung der Schutzverbürgungen des Art. 2 Ⅱ 1 GG erreichen die von § 8 5 2 TPG ausgehenden Beeinträchtigungen der Therapiemöglichkeiten von Patienten, die auf Ersatzorgane angewiesen sind, Eingriffsqualität.“[638]

Damit hat das BVerfG ausdrücklich festgestellt, dass einem staatlichen Verbot der Inanspruchnahme von existierenden Therapiemöglichkeiten grundsätzlich ein Recht aus Art. 2 Abs. 2 GG (Abwehrrecht) entgegenstehen kann. Insbesondere wurde auch anerkannt, dass ein direktes staatliches Therapieverbot Eingriffsqualität haben kann.

---

[637] BverfG, Beschluss vom 08.04.1981, 1 BvR 608/79, BVerfGE 57, 70 (99)

[638] BVerfG, Beschluss vom 11.08.1999, 1 BvR 2181/98 u.a., NJW 1999, 3399 (3400, 3401)

Zum Anspruch auf Zugang zu einer verfügbaren Therapie aus Art. 2 Abs. 2 GG heißt es bei *Correll*:

> „Umgekehrt darf der Staat den Zugang zu verfügbaren Therapiemethoden, die der Einzelne zu seiner Heilung in Anspruch nehmen will, nicht verhindern, behindern oder einschränken. Art. 2 Abs. 2 Satz 1 verbürgt auch das Recht, daß dem kranken Menschen eine nach dem Stand der medizinischen Forschung verfügbare Therapie, mit der eine Verlängerung des Lebens, mindestens aber eine nicht unwesentliche Minderung des Leidens verbunden ist, nicht versagt bleibt."[639]

Bei Maßnahmen zur Verlängerung des Lebens ist nach diesen Stellungnahmen die Antwort eindeutig: Das Verbot einer lebensnotwendigen Behandlung durch den Staat würde einem direkten Eingriff in das Recht auf körperliche Unversehrtheit gleichstehen und wäre unzulässig. Die Fortpflanzung ist zwar eine wichtige, aber keine lebensnotwendige körperliche Funktion. Infolgedessen ist nunmehr die Frage zu klären, ob ein Verbot ärztlicher Behandlung auch in Fällen, in denen dies nicht lebensnotwendig ist, einem direkten Eingriff in das Recht auf körperliche Unversehrtheit gleichzusetzen ist. Wie *Correll* auch feststellt, besteht auch Anspruch auf die Nutzung einer verfügbaren Therapie, mit der eine *„nicht unwesentliche Minderung des Leidens"* verbunden ist.[640]

Verhindert der Staat durch ein gesetzliches Verbot die Inanspruchnahme ärztlicher Hilfe, so wird hierdurch ein krankhafter Zustand aufrecht erhalten oder es wird die Kompensation unheilbarer körperlicher Defekte verhindert, welche ohne diese staatliche Intervention beseitigt worden wären. Ein staatliches Verbot der Inanspruchnahme ärztlicher Hilfe, dass eine Heilung verhindert oder verzögert und somit die Verschlechterung oder Verzögerung eines bereits vorhandenen Leidens aufgrund einer staatlichen Maßnahme erzeugt, steht deshalb einem direkten Eingriff in den Folgen für die betroffene Person sehr nahe. Bei der organischen Sterilität kann die Inanspruchnahme von Methoden der medizinisch assistierten Fortpflanzung zu einer Umgehung oder Kompensierung der defekten Körperfunktionen führen, was entsprechend den für die Kostenübernahme von gesetzlichen und privaten Krankenversicherung aufgestellten Grundsätzen für das Vorliegen einer Behandlung von Krankheit als ausreichend anzusehen ist.[641]

---

[639] CORRELL, Cathrin in: DENNINGER, Erhard/ ... (Hg.): Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (Reihe Alternativkommentare), Stand: August 2002, Art. 2 Abs. 2, RN 98

[640] CORRELL, Cathrin in: DENNINGER, Erhard/ ... (Hg.): Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (Reihe Alternativkommentare), Stand: August 2002, Art. 2 Abs. 2, RN 98

[641] RÜSKEN, Reinhart: Künstliche Befruchtung als Heilbehandlung, NJW 1998, S. 1745-1750 (1746); dasselbe gilt lt. EICHER, Wolfgang: Die in-vitro-Fertilisation als Leistung der gesetzlichen Krankenkassen im Rahmen der Sterilitätsbehandlung der Frau; MedR 1986, S. 265-275 (267) grundsätzlich auch für eine Behandlung im Rahmen der gesetzlichen Krankenversicherung, hier ist diese Frage aber nach Aufnahme einer positivgesetzlichen Regelung in § 27a SGB V nicht mehr problematisch.

Das Verbot der Inanspruchnahme ärztlicher Hilfe zur medizinisch assistierten Fortpflanzung bei organisch bedingter Sterilität wäre daher grundsätzlich ein Eingriff in den Schutzbereich des Rechts auf körperliche Unversehrtheit. Hierbei ist eine geschlechtsbedingte Varianz des Schutzbereiches zu beachten. Denn je nach dem Geschlecht der Person, die sich auf das Grundrecht beruft, ist eine verschiedene Behandlungsmethode erforderlich. Der weibliche Körper weist bei organisch bedingter Sterilität andere krankhafte Erscheinungen auf, als der männliche. Die Frau kann dementsprechend nur ein Recht darauf haben, medizinische Hilfe in Anspruch zu nehmen, um ein Kind zu empfangen und auszutragen; der Mann kann nur ein Recht darauf haben, medizinische Hilfe zur Zeugung eines Kindes in Anspruch zu nehmen.

Als nächstes ist nunmehr die Frage zu klären, ob aus dem Grundrecht auf körperliche Unversehrtheit ein Recht darauf abgeleitet werden kann, dass der Zugang zu jeder möglichen medizinischen Maßnahme (z.B. Eizellen- und Samenspende, Leih- oder Tragemutterschaft) nicht vom Staat verboten werden darf, oder ob ein solches Recht auf bestimmte Methoden (z.B. auf die eigenen genetischen und physiologischen Fortpflanzungsmöglichkeiten) beschränkt ist. Da Ansatzpunkt des Schutzes aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG die Behandlungsmöglichkeit und Behandlungsbedürftigkeit der organischen Sterilität ist, kann diese Frage dadurch beantwortet werden, dass man untersucht, bei welchen Behandlungsmethoden die Behandlung einer Krankheit des Grundrechtsträgers oder der Grundrechtsträgerin stattfindet. Es ist dementsprechend darauf abzustellen, worin die Krankheit einer Person, die sich auf den Schutzbereich des Art. 2 Abs. 2 GG beruft besteht, und ob diese Krankheit überhaupt heilbar, bzw. umgehbar ist.

Die Eizellen- oder Samenspende bei genetischer Unfruchtbarkeit ist weder eine Heilbehandlung, noch ein Funktionsersatz. Bei einer solchen Keimzellenspende wird nämlich nicht die „defekte“ Körperfunktion einer Person, sondern die gesamte Person beim Vorgang der Fortpflanzung durch eine andere Person (Dritte/Dritter als genetische Mutter oder genetischer Vater) ersetzt. Dementsprechend äußert sich auch das BSG in seiner Entscheidung vom 09.10.2001 in Bezug auf die Frage, ob eine Eizellenspende bei einer genetisch sterilen Frau als Krankenbehandlung im Sinne des SGB V anzusehen ist:

> „Bei der heterologen In-vitro-Fertilisation handelt es sich nicht um Krankenbehandlung i.S. des § 27 Abs. 1 SGB V, denn die Unfruchtbarkeit der betroffenen Frau wird durch die Befruchtung mit fremden Eizellen weder beseitigt noch ausgeglichen (so schon Urteil des 3. Senats des BSG vom 8. März 1990 - 3 RK 24/89 - BSGE 66, 248, 249 f. = SozR 3-2200 § 182 Nr. 2 S 4).“[642]

Das Grundrecht aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG umfasst daher kein Abwehrrecht gegen staatliche Verbote der Spende von Ei- oder Samenzellen. Diese Argumentation gilt entsprechend für staatliche Verbote der Inanspruchnahme einer Leih- oder Ersatzmutter.

[642] Entscheidung des BSG vom 09.10.2001, B 1 KR 33/00 R; NJW 2002, S. 1517-1518

Auch bei diesen Konstellationen wird nicht eine Krankheit bei einer Person beseitigt oder ausgeglichen, sondern die Person mit einer defekten Körperfunktion in jeglicher Hinsicht durch eine andere Person ersetzt.

Im **Ergebnis** ist festzustellen, dass das Recht auf den Zugang zu ärztlicher Hilfe aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG darauf beschränkt ist, den defekten körperlichen Zustand soweit als möglich wiederherzustellen oder einen Funktionsersatz durchzuführen. Eine Person kann sich dementsprechend nur dann auf den Schutzbereich des Art. 2 Abs. 2, S. 1, 2. Alt GG berufen, wenn sie mit der ärztlichen Hilfe in der Lage ist, sich zusammen mit einer gegengeschlechtlichen Person mit ihren eigenen genetischen und physiologischen Möglichkeiten fortzupflanzen. Sobald die Inanspruchnahme dritter Personen (Eizellenspenderin, Samenspender, Leih- oder Tragemutter) erforderlich ist, liegt keine vom Schutzbereich des Art. 2 Abs. 2 GG umfasste Behandlung eines körperlichen Defektes mehr vor.

2.3.4.1.3. Recht auf die Möglichkeit der Inanspruchnahme von Methoden der medizinisch assistierten Fortpflanzung bei Kinderlosigkeit aufgrund ungeklärter Ursachen (idiopathische Sterilität)?

Bei idiopathischer Sterilität ist der Grund, warum es nicht zur Zeugung oder Empfängnis eins Kindes kommt, nicht feststellbar. Es kommen sowohl körperliche als auch psychische Ursachen für die Kinderlosigkeit aufgrund ungeklärter Ursachen in Frage. Die frühere Auffassung, dass hinter einer Kinderlosigkeit mit ungeklärter Ursache regelmäßig eine pathologische Persönlichkeit oder neurotische Konflikte stecken, hat sich mittlerweile als Irrtum erwiesen. Es hat sich nunmehr nach Aussagen von *Rohde* die Erkenntnis durchgesetzt, dass Personen mit unerfülltem Kinderwunsch letztlich nichts anderes sind, als ein Ausschnitt aus der Normalbevölkerung, der keine relevanten Auffälligkeiten in der Persönlichkeit, der Partnerschaft oder der Sexualität aufweist.[643]

Allein die ungewollte Kinderlosigkeit ist allerdings keine körperliche Versehrtheit. Das Problem bei der Fallgruppe der idiopathischen Sterilität liegt darin, dass der Grund für die Unfruchtbarkeit einer Person (oder eines Paares) nicht festgestellt werden kann und damit nicht klärbar ist, ob ein körperlicher Defekt vorliegt. Besteht auch in diesem Fall ein Anspruch aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG auf die Möglichkeit der Hinzuziehung ärztlicher Hilfe für den Versuch, sich fortzupflanzen? Für die Beurteilung eines Anspruches auf den Versuch, sich mit ärztlicher Hilfe mit seinen eigenen genetischen und physiologischen Möglichkeiten fortzupflanzen sind folgende Punkte zu berücksichtigen: Im Zweifel ist diejenige Auslegung eines Grundrechtes zu wählen, die dem Grundrecht den

---

[643] Bericht der Ärztezeitung „Diagnose Sterilität kann zu Depressionen führen“ vom 10./11.09.1999 (zusammenfassende Wiedergabe der Angaben von Professorin Dr. Anke Rohde, Bonn zur psychologischen Betreuung bei Sterilitätstherapie)

bestmöglichen Schutz verschafft. Nun liegt der Fall bei der ungeklärten Sterilität so, dass diese mit medizinischen Methoden behandelt werden kann und es grundsätzlich nicht auszuschließen ist, dass bei einem oder beiden Partnern der Geschlechtsgemeinschaft körperliche Ursachen vorliegen, die nur nicht diagnostiziert werden können. Im Zweifel darüber, welche Ursachen die Kinderlosigkeit bedingen, ist deshalb ein Anspruch aus Art. 2 Abs. 2 GG auf Inanspruchnahme medizinischer Hilfe zu bejahen. Im übrigen gelten die in Bezug auf die organische Sterilität getroffenen Feststellungen zum Schutzbereich des Rechtes auf körperliche Unversehrtheit entsprechend (vgl. Abschnitt 2.3.4.1.2.).

2.3.4.1.4. Recht auf die Möglichkeit der Inanspruchnahme von Methoden der medizinisch assistierten Fortpflanzung bei ungewollter Kinderlosigkeit aufgrund psychischer Ursachen der Sterilität?

Bei eindeutigen psychischen Ursachen der Sterilität (psychische Erkrankung) stellt sich die Frage, ob die Herbeiführung der Entstehung eines Kindes mit medizinischen Mitteln als Behandlung der vorliegenden Erkrankung angesehen werden kann. Dies wird von den Umständen des Einzelfalls abhängen, grundsätzlich erscheint aber in einem solchen Fall eine Therapie zur Behandlung der psychischen Ursachen der Sterilität geeigneter für die Behebung der Erkrankung, als die Inanspruchnahme von Methoden der medizinisch assistierten Fortpflanzung.

Ein Anspruch aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG auf Inanspruchnahme von Methoden der medizinisch assistierten Fortpflanzung kann daher zwar nicht ganz ausgeschlossen werden, dieser Anspruch wird aber im Regelfall deswegen nicht geltend gemacht werden können, weil eine andere Form ärztlicher Behandlung vorrangig indiziert ist.

2.3.4.1.5. Recht auf die Möglichkeit der Inanspruchnahme von Methoden der medizinisch assistierten Fortpflanzung bei ungewollter Kinderlosigkeit aufgrund genetischer Motivationen?

Wie ist nun ein Anspruch auf Zugang zu den Methoden der Medizinisch assistierten Fortpflanzung aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG bei Personen zu beurteilen, die nicht körperlich krank sind, sondern bei denen ungewollte Kinderlosigkeit aufgrund genetischer Motivationen vorliegt? In diesem Fall würde sich das Interesse der Beteiligten, je nach Ursache der genetischen Motivation, in erster Linie auf die Inanspruchnahme von IVF zum Zwecke der PID oder auf die Verwendung von Spenderkeimzellen, sowie auf die Inanspruchnahme von Leih- oder Ersatzmüttern richten.

Bei der Prüfung des Schutzbereichs des Rechtes auf körperliche Unversehrtheit ist insoweit zu beachten, dass ungewollte Kinderlosigkeit aufgrund genetischer Motivationen nicht darauf beruht, dass die Wunscheltern kein Kind bekommen **können**, sondern dass sie ein Kind mit bestimmten Eigenschaften (z.B. schwere Behinderung) nicht bekommen

wollen. Hier stellt sich die Frage, ob es einen Anspruch von Wunscheltern darauf gibt, Zugang zu medizinischen Methoden gewährt zu bekommen, die es ihnen ermöglichen, nur ein **Kind mit bestimmten Eigenschaften** zu bekommen.

Dieser Punkt ist insbesondere in Bezug auf ein Recht auf Inanspruchnahme von PID und PND relevant. Z.B. wäre die Inanspruchnahme der PID grundsätzlich geeignet, eine körperliche Beeinträchtigungen der Wunschmutter zu vermindern, indem eine sog. „Schwangerschaft auf Probe“ vermieden wird. Ein Anspruch auf Nutzung von Möglichkeiten zur Zeugung, Empfängnis und Geburt eines Kindes mit bestimmten Eigenschaften lässt sich aber aus dem Grundgesetz gerade nicht ableiten. Auszugehen ist vom Grundsatz der Gleichwertigkeit allen menschlichen Lebens, der ein tragendes Prinzip des Grundgesetzes ist und eine wichtige Voraussetzung des Funktionierens der freiheitlich-demokratischen Gesellschaft darstellt.[644] Ist aber jedes menschliche Leben gleichwertig, so lässt sich kein Anhaltspunkt dafür erkennen, dass es ein irgendwie geartetes Grundrecht von Wunscheltern gibt, nur ein Kind mit bestimmten Eigenschaften zu bekommen. Die insoweit möglicherweise vorliegenden (verständlichen) individuellen Interessen der Wunscheltern an einem bestimmten Kind (z.B. ein Kind ohne eine Erkrankung) stellen kein von der Verfassung und den ihr zugrunde liegenden Wertentscheidungen gebilligtes Motiv dar, das im Rahmen von Fortpflanzungsgrundrechten zu berücksichtigen ist. Diese Feststellung kollidiert nicht mit der Rechtsprechung des BGH zur unerwünschten Geburt von Kindern, wo das Motiv der Verhinderung der Geburt eines bestimmten Kindes seitens der Eltern als zulässiges, insbesondere als nicht sittenwidriges, Interesse eingestuft wird.[645] Der BGH hat in diesem Zusammenhang sogar explizit die Inanspruchnahme einer genetischen Beratung als *„in hohem Maße von elterlicher Verantwortung geprägt“* qualifiziert.[646] Die Rechtsprechung des BGH betraf die Fragen, welchen Schutzumfang ein ärztlicher Behandlungsvertrag aufweisen kann und welche Schadensersatzpflichten ggf. aus einer Verletzung ärztlicher Pflichten resultieren. Der BGH hat sich aber in keiner Weise mit der Frage befasst, ob ein verfassungsrechtlicher Anspruch auf die Inanspruchnahme von Methoden wie genetischer Beratung, PND und PID besteht. Seine Aussagen zur Arzthaftung können daher nicht dergestalt gedeutet werden, dass das Grundgesetz ein Recht auf ein Kind mit bestimmten Eigenschaften statuiert.

Das BVerfG hat sich in seinem Beschluss vom 12.11.1997 nur dazu geäußert, wie vor Zeugung eines Kindes stattfindende ärztliche Behandlungsmaßnahmen wie z.B. genetische Beratung und Sterilisation zu beurteilen sind. In Bezug auf die Gewährung eines Schadensersatzanspruchs der Eltern gegenüber dem Arzt für die Geburt eines

---

644 PICKER, Eduard: Menschenwürde und Menschenleben - Das Auseinanderdriften zweier fundamentaler Werte als Ausdruck der wachsenden Relativierung des Menschen, 2002, S. 103-105

645 BGH, Urteil v. 18.01.1983, BGHZ 86, 240; BGH, Urteil v. 22.11.1983, BGHZ 89, 95, grundlegend: BGH, Urteil v. 16.11.1993, BGHZ 124, 128 ff. (135 ff. mit ausführlichen weiteren Nachweisen)

646 BGH, Urteil v. 16.11.1993, BGHZ 124, 128 ff. (137)

Kindes aufgrund fehlgeschlagener Sterilisation oder fehlerhafter genetischer Beratung hat das BVerfG folgendes ausgeführt:

> „Soweit Ärzte in diesem Bereich tätig werden, steht ihre ärztliche Fachkompetenz im Dienst einer von Verantwortung getragenen Elternschaft, wenn die Eltern um der wirtschaftlichen Absicherung bereits geborener Kinder willen oder aus Sorge vor Überforderung - hier durch die Geburt eines zweiten schwerstgeschädigten Kindes - von der Zeugung weiterer Kinder absehen wollen.“[647]

Damit wird zumindest vor Entstehung eines Kindes den Eltern die Möglichkeit zugestanden, zu versuchen die Geburt eines Kindes überhaupt (Sterilisation) oder die Geburt eines Kindes mit bestimmten Eigenschaften (genetische Beratung) zu verhindern. Allerdings hat das BVerfG gerade nicht darüber entschieden, ob es in dieser Entscheidung von Eltern ein Grundrecht sieht. Es hat lediglich die einen Schadensersatz gegenüber dem Arzt zubilligende Rechtsprechung des BGH als vereinbar mit Art. 1 Abs. 1 GG angesehen. Das BVerfG hat dies u.a. damit begründet, dass solche Schadensersatzansprüche den Interessen des Kindes dienten, da hierdurch die Akzeptanz der Eltern gegenüber einem ungewollten Kind oder einem Kind mit ungewollten Eigenschaften erhöht werde.[648]

Im **Ergebnis** ist daher ein grundgesetzlich garantiertes Recht auf die Inanspruchnahme von medizinischen Methoden zur Erzeugung eines Kindes mit bestimmten Eigenschaften als Teil eines Grundrechts auf Fortpflanzung abzulehnen. Die insoweit bestehenden gesetzlichen Regelungen (z.B. Zulässigkeit der Geschlechtswahl bei Gefahr schwerer Erbkrankheiten nach § 3 S. 2 ESchG, Zulässigkeit der Abtreibung im Anschluss an eine PND aufgrund medizinischer Indikation nach § 218a Abs. 2 StGB, Duldung der genetischen Beratung) unterliegen in Bezug auf Fortpflanzungsgrundrechte der Dispositionsfreiheit des Gesetzgebers. Aus diesem Grund umfasst auch bei genetisch motivierter Kinderlosigkeit der Schutz der körperlichen Unversehrtheit keinen Anspruch darauf, dass der Zugang zur Möglichkeit der PID, der Ei- oder Samenspende, sowie der Beauftragung von Leih- oder Tragemüttern nicht verboten wird.

Ebenso wie bei der organisch bedingten Sterilität gilt außerdem, dass die Inanspruchnahme Dritter (Eizellenspenderin, Samenspender, Leih- oder Tragemutter) bereits deshalb nicht vom Schutzbereich des Art. 2 Abs. 2, S. 1, 2. Alt. GG umfasst sind, weil die Herbeiführung einer Schwangerschaft mit fremden Keimzellen und/oder bei einer anderen Person nicht der Heilung oder Kompensation einer Körperfunktion dient, sondern dem Ersatz der Person, die diese Funktion nicht ausüben kann, durch eine andere Person (vgl. Abschnitt 2.3.4.1.2.).

---

[647] BVerfG, Beschluss vom 12.11.1997, 1 BvR 479/92 und 307/94, BVerfGE 96, 375 ff. (402)
[648] BVerfG, Beschluss vom 12.11.1997, 1 BvR 479/92 und 307/94, BVerfGE 96, 375 ff. (402)

Fortpflanzungsfähige Personen mit genetisch motivierter ungewollter Kinderlosigkeit können sich daher nicht auf den Schutzbereich des Rechtes auf körperliche Unversehrtheit berufen, um den Zugang zu Methoden der medizinisch assistierten Fortpflanzung (z.B. die Inanspruchnahme von PID, Eizellen-, Samen- oder Embryonenspende) zu erreichen.

2.3.4.1.6. Recht auf die Möglichkeit der Inanspruchnahme von Methoden der medizinisch assistierten Fortpflanzung wegen psychischer Folgen der ungewollten Kinderlosigkeit?

Hier soll, im Unterschied zum Abschnitt 2.3.4.1.4, wo die Möglichkeit eines Abwehrrechts wegen psychischer **Ursachen** der Kinderlosigkeit geprüft wurde, ein mögliches Recht aus Art. 2 Abs. 2, S. 1, 2. Alt. GG wegen psychischer **Folgen** der ungewollten Kinderlosigkeit untersucht werden. Psychische Folgen der Kinderlosigkeit können als zusätzlicher Faktor bei organisch bedingter, idiopathischer, und psychisch bedingter Kinderlosigkeit auftreten, sowie bei ungewollter Kinderlosigkeit aufgrund genetischer Motivationen. Es ist daher auch zu prüfen, ob der Umstand, dass ungewollte Kinderlosigkeit (unabhängig von ihrer Ursache) zu psychischen Folgen bei den Betroffenen führen kann, ggf. einen Anspruch auf Hinzuziehung ärztlicher Hilfe rechtfertigt. Es ist daher zu untersuchen, ob und in welchem Umfang der Schutzbereich des Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG über den Schutz der körperlichen Unversehrtheit in biologisch-physiologischer Hinsicht hinaus geht und auch den geistig-seelischen Bereich, das psychische Wohlbefinden einschließt, ggf., ob sogar das soziale Wohlbefinden mit geschützt ist.

Folgende Grundsätze wurden von **Rechtsprechung und Literatur** in Bezug auf den Schutz der menschlichen Psyche durch das Grundrecht auf körperliche Unversehrtheit aufgestellt:

Auf jeden Fall geschützt ist das Freisein von Schmerzen.[649] Daher reicht der Grundrechtsschutz in den psychischen Bereich hinein, soweit psychische Beeinträchtigungen zu Schmerzen führen, z.B. bei tiefgreifenden Angstzuständen oder hochgradiger Nervosität. Zumindest solche nichtkörperlichen Einwirkungen sind als vom Schutzbereich des Art. 2 Abs. 2 GG umfasst anzusehen, die ihrer Wirkung nach einem körperlichen Eingriff gleichzusetzen sind, weil sie das Befinden eines Menschen in einer Weise verändern, die der Zufügung von Schmerzen entspricht.[650]

---

[649] DÜRIG in: MAUNZ, Theodor/DÜRIG, Günter (Hg.): Kommentar zum Grundgesetz; Stand: 33. Ergänzungslieferung, Nov. 1997; Art. 2 Abs. 2 RN 29f.

[650] Beschluss des BVerfG vom 14.01.1981, 1 BvR 612/72, BVerfGE 56, 54-86 (74 ff.); ANTONI in: HÖMIG, Dieter/SEIFERT, Karl-Heinz (Hg.): Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland - Taschenkommentar; Art. 2 RN 12; LEIBHOLZ, Gerhard/RINCK, Hans-Justus/HESSELBERGER, Dieter: Grundgesetz, 2003, Art. 2, RN 512; JARASS in: JARASS, Hans D./PIEROTH, Bodo: Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 2004; Art. 2 RN 62

Eine gesetzliches Verbot der Inanspruchnahme einer medizinischen Behandlung ist zwar eine nichtkörperliche Einwirkung, die der Zufügung von Schmerzen entsprechen kann, die dargestellten Grundsätze wurden aber in Bezug auf direkte nichtkörperliche Einwirkungen (Fluglärm, zermürbende Verhörmethoden) aufgestellt und können daher nicht unmittelbar auf eine indirekte nichtkörperliche Einwirkung durch Gesetz übertragen werden. Wie bereits dargestellt, steht das gesetzliche Verbot einer ärztlichen Behandlung vielmehr einem direkten Eingriff in die körperliche (und nicht in die psychische) Integrität nahe (vgl. Abschnitt 2.3.4.1.2.). An dieser Stelle ist deshalb zu untersuchen, ob die psychischen Auswirkungen eines gesetzlichen Verbotes einen Abwehranspruch aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG begründen können. Eine Einwirkung durch ein gesetzliches Verbot ist in Bezug auf seine psychischen Auswirkungen grundsätzlich nicht mit der Zufügung von Schmerzen (wie z.B. bei Fluglärm) gleichzusetzen.

Es ist daher zu prüfen, ob auch das psychische Wohlbefinden oder das allgemeine Wohlbefinden von Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG geschützt werden. Diese Frage ist streitig. Das **Bundesverfassungsgericht** hat es bislang offen gelassen, in welchem Umfang sich das Grundrecht auf körperliche Unversehrtheit auch auf den geistig-seelischen Bereich, also auf das psychische und möglicherweise sogar das soziale Wohlbefinden erstreckt.[651] Die Beschränkung des Grundrechts auf Eingriffe in die biologisch-physische Existenz wird allerdings in der **Literatur** unter Berücksichtigung seiner Bedeutung im Hinblick auf die Menschenwürde als nicht gerechtfertigt angesehen.[652] Das Grundrecht auf körperliche Unversehrtheit soll dementsprechend auch das psychische Wohlbefinden umfassen.[653] Zum Umfang des Schutzes der seelischen Gesundheit äußert sich *Correll* wie folgt:

> „Die leiblich-seelische Einheit kann zwar nicht umfassend durch Art. 2 Abs. 2 geschützt werden, da sonst subjektive Empfindlichkeiten in zu weitem Umfang Bedeutung für die verfassungsrechtliche Prüfung gewinnen würden. Tatsächlich dürfte jedoch auch die psychische Integrität weiten Schutz erfahren, da psychische Vorgänge sich praktisch nie von physischen Ausprägungen gänzlich trennen lassen. Deshalb ist der einzelne jedenfalls vor jenen psychischen Beeinträchtigungen grundrechtlich zu schützen, die sich in ihren Auswirkungen auf das seelische Wohl von bloßen Befindlichkeiten in ihrer Intensität und ihrem Krankheitswert abgrenzen lassen, beispielsweise langandauernde Schlaflosigkeit durch nächtlichen Fluglärm, Angstzustände nach bestimmten Verhörmethoden etc.“[654]

---

[651] Beschluss des BVerfG vom 14.01.1981, 1 BvR 612/72, BVerfGE 56, 54-86 (73 ff.); ANTONI in: HÖMIG, Dieter/SEIFERT, Karl-Heinz (Hg.): Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland - Taschenkommentar; Art. 2 RN 12

[652] LEIBHOLZ, Gerhard/RINCK, Hans-Justus/HESSELBERGER, Dieter: Grundgesetz, 2003, Art. 2, RN 512

[653] REICH, Andreas: Magdeburger Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 1998, Art. 2 GG, RN 2; SEEWALD, Ottfried: Zum Verfassungsrecht auf Gesundheit, 1981, S. 44-46

[654] CORRELL, Cathrin in: DENNINGER, Erhard/ ... (Hg.): Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (Reihe Alternativkommentare), Stand: August 2002, Art. 2 Abs. 2, RN 99

Es sind somit auch Eingriffe in das psychische Wohlbefinden vom Schutzbereich des Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG umfasst, die (ohne der Zufügung von Schmerzen zu entsprechen) einen eigenen **Krankheitswert** aufweisen. Allein das allgemeine Wohlbefinden wird nicht geschützt.[655]

Bei Anwendung dieser Grundsätze auf die Frage des Grundrechtsschutzes bei psychischen Folgen der ungewollten Kinderlosigkeit stellen sich mehrere Probleme: Zum einen ist bereits die staatliche Einwirkung als Ursache der psychischen Störung problematisch. Weiterhin ist das Ausmaß der psychischen Beeinträchtigung aufgrund ungewollter Kinderlosigkeit in Bezug auf seinen Krankheitswert und in Abgrenzung zu einer einfachen Störung des allgemeinen Wohlbefindens zu prüfen. Schließlich ist auch fraglich, ob die Inanspruchnahme von Methoden der medizinisch assistierten Fortpflanzung überhaupt ein geeignetes Mittel in Bezug auf die Beseitigung der Störung des psychischen Befindens darstellen kann.

An erster Stelle ist zu klären, worin genau bei einer Störungen des psychischen Wohlbefindens aufgrund ungewollter Kinderlosigkeit die **staatliche Einwirkung** liegt. Bei einer staatlichen Maßnahme, die den Zugang zu einer medizinischen Behandlung beschränkt oder unmöglich macht (z.B. durch gesetzliches Verbot), handelt es sich um eine nichtkörperliche Einwirkung. Es fragt sich, ob diese staatliche Einwirkung überhaupt ursächlich für die psychische Beeinträchtigung der Wunscheltern sein kann. Hier sind, je nach den individuellen Ursachen der psychischen Beeinträchtigung zwei Fallgruppen zu unterscheiden: (a) Personen oder Paare, deren psychische Beeinträchtigung in erster Linie durch bereits vorhandene Kinderlosigkeit ausgelöst wurde; (b) Personen oder Paare, deren psychische Beeinträchtigung in erster Linie auf der Stigmatisierung ihres Kinderwunsches durch den Staat (z.B. durch gesetzliches Verbot) und auf der Verweigerung des Versuches der Überwindung der Kinderlosigkeit beruht.

Bei Personen der Fallgruppe (a) ist die Ursache der Beeinträchtigung des psychischen Wohlbefindens nicht die staatliche Maßnahme, sondern die ohne staatliche Einwirkung entstandene Kinderlosigkeit. Allerdings kann eine staatliche Einwirkung (z.B. die Verweigerung des Zuganges zu Methoden der medizinisch assistierten Fortpflanzung) dazu führen, dass nicht der Versuch unternommen werden kann, die Ursache der Störung des psychischen Wohlbefindens (Kinderlosigkeit) zu beseitigen. Damit liegt eine staatliche Einwirkung vor, die geeignet ist, eine - unabhängig von staatlichem Handeln entstandene - Störung des psychischen Wohlbefindens aufrecht zu erhalten oder sogar zu verstärken. Bei Personen der Fallgruppe (b) entsteht eine Störung des psychischen Wohlbefindens erst, nachdem eine Person oder ein Paar von der staatlichen

[655] JARASS in: JARASS, Hans D./PIEROTH, Bodo: Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 2004; Art. 2 RN 62

Verweigerung der Möglichkeit der Inanspruchnahme von Methoden der medizinisch assistierten Fortpflanzung (und damit von der Stigmatisierung ihres Kinderwunsches) Kenntnis erlangt hat. Die psychische Störung wird hier u.a. dadurch verursacht, dass sich das Paar einer Diskriminierung gegenüber fruchtbaren Paaren ausgesetzt sieht, indem ihm selbst der Versuch verwehrt wird, die Kinderlosigkeit mit medizinischer Hilfe zu überwinden.

Damit kann nicht grundsätzlich die Möglichkeit abgelehnt werden, dass ein Verbot der Inanspruchnahme von Behandlungsmethoden zur Überwindung von Sterilität einen Eingriff in das psychische Wohlbefinden darstellen kann. Bei Personen der Fallgruppe (b) ist die Ursächlichkeit der staatlichen Einwirkung für die psychische Störung unmittelbar, wogegen bei Personen der Fallgruppe (a) die staatliche Einwirkung die psychische Störung nicht verursacht, sondern nur aufrecht erhält oder verstärkt. Diese Feststellungen sind auch von Bedeutung für die Prüfung, ob der Zugang zu Methoden der medizinisch assistierten Fortpflanzung ein geeignetes Mittel zur Behebung psychischer Störungen sein kann. Bevor dieser Punkt untersucht wird, ist allerdings vorab der **Krankheitswert** einer psychischen Störung wegen ungewollter Kinderlosigkeit zu klären. Insbesondere ist zu hinterfragen, ob ungewollte Kinderlosigkeit nicht lediglich eine Störung des allgemeinen Wohlbefindens darstellt. Zu den psychologischen Folgereaktionen der Sterilität zählen Trauer, Depressionen, Frustration, Schuldgefühle und Wut. Es kommt zu einer Beeinträchtigung des Sexuallebens, da dies fast nur noch vom Ovulationszeitpunkt bestimmt wird.[656] Unfreiwillige Kinderlosigkeit führt oft auch zu einer erheblichen Beeinträchtigung der leiblich-seelischen Integrität und zu Stress innerhalb einer Paarbeziehung, bis hin zur Trennung.[657] Von diesen psychischen Reaktionen weisen nicht alle Krankheitswert auf. Insbesondere Trauer, Wut und Probleme innerhalb der Paarbeziehung sind Beeinträchtigungen des Wohlbefindens, weisen aber ohne Hinzutreten weiterer Faktoren keinen Krankheitswert auf. In einer Untersuchung von *Rohde* mit 1033 Kinderwunschpatienten und -patientinnen fanden sich bei einem Viertel der untersuchten Frauen und Männer überdurchschnittlich hohe Depressionswerte, insbesondere bei den Personen, die „Verursacher" der Kinderlosigkeit in der Paarbeziehung waren.[658] Es ist allerdings inzwischen anerkannt, dass ein unerfüllter Kinderwunsch, je nach den individuellen Umständen, auch zu Minderwertigkeitsgefühlen, zu Depressionen oder anderen Störungen des psychischen Wohlbefindens mit

---

[656] Bericht der Ärztezeitung „Diagnose Sterilität kann zu Depressionen führen" vom 10./11.09.1999 (zusammenfassende Wiedergabe der Angaben von Professorin Dr. Anke Rohde, Bonn zur psychologischen Betreuung bei Sterilitätstherapie)

[657] MERZ, Bettina: Die medizinische, ethische und juristische Problematik artifizieller menschlicher Fortpflanzung: artifizielle Insemination, In-vitro-Fertilisation mit Embryotransfer und die Forschung an frühen menschlichen Embryonen; 1991, S. 57

[658] Bericht der Ärztezeitung „Diagnose Sterilität kann zu Depressionen führen" vom 10./11.09.1999 (zusammenfassende Wiedergabe der Angaben von Professorin Dr. Anke Rohde, Bonn zur psychologischen Betreuung bei Sterilitätstherapie)

Krankheitswert führen kann.[659] Dies ist (zumindest für Ehepaare) auch in der Rechtsprechung des BGH anerkannt, der sich zu diesem Punkt in seiner Grundsatzentscheidung vom 17.12.1986 zur Erstattung von Kosten der medizinisch assistierten Fortpflanzung in der privaten Krankenversicherung wie folgt äußert:

> „Die Fortpflanzungsfähigkeit ist für Ehepartner, die sich in Ausübung ihres Selbstbestimmungsrechtes 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.“[660]

Zur Prüfung des Krankheitswertes psychischer Reaktionen auf ungewollte Kinderlosigkeit ist im Ergebnis festzustellen, dass es auf die Umstände des Einzelfalles ankommt, ob diese Krankheitswert erreichen oder lediglich eine Störung des allgemeinen Wohlbefindens darstellen. Ausgeschlossen werden kann der Krankheitswert einer solchen psychischen Reaktion jedenfalls nicht.

Als letztes bleibt zu prüfen, auf welches **Mittel zur Abwehr** einer psychischen Störung mit Krankheitswert sich der Grundrechtsträger oder die Grundrechtsträgerin berufen kann. Insbesondere ist zu hinterfragen, ob die Herbeiführung der Geburt eines Kindes mit den Methoden der medizinisch assistierten Fortpflanzung als Behandlung einer Störung des psychischen Wohlbefindens oder als zur Abwehr einer seelischen Beeinträchtigung wegen ungewollter Kinderlosigkeit geeignete Therapie angesehen werden kann. Dem kann zu Recht entgegengehalten werden, dass eine Störung des psychischen Wohlbefindens als seelische Erkrankung der Behandlung (z.B. durch einen Psychologen oder Psychiater) bedarf und kein Anspruch darauf besteht, ein Kind als Mittel zum Zweck der Heilung bekommen zu wollen.

Allerdings ist grundsätzlich der im Rahmen der persönlichen Lebensplanung getroffene, normale Wunsch nach Kindern wohl nicht als therapiebedürftige Krankheit einzustufen. Wenn eine fortpflanzungswillige Person im Anschluss an die Entwicklung einer individuellen Kinderwunschmotivation feststellen muss, dass sie aufgrund körperlicher Defekte nicht in der Lage ist, ohne medizinische Hilfe Kinder in die Welt zu setzen, so wird der Kinderwunsch nicht automatisch zwanghaft oder in sonstiger Weise pathologisch. Es bleibt ohne Hinzutreten weiterer Umstände ein ganz normaler Kinderwunsch. Ist einer solchen Person bekannt, dass sie mit ärztlicher Hilfe in die Lage versetzt werden kann, Kinder zu bekommen, so wird sie versuchen, diese Hilfe in Anspruch zu nehmen, um ihre persönliche Lebensplanung verwirklichen zu können. Wenn sie beim Versuch der Verwirklichung des Kinderwunsches durch Inanspruchnahme ärztlicher Hilfe feststellen

[659] vgl. ITTNER, Edith/HIMMEL, Wolfgang/KOCHEN, Michael: „Ungewollte Kinderlosigkeit als primärärztliches Beratungsproblem – Handlungsempfehlungen für Hausärzte, Internetpublikation: „http://www.allgemeinmedizin.med.uni-goettingen.de/“ unter dem Schlagwort „Kinderwunsch“, Zugriff: Mai/2001

[660] BGH, Urteil v. 17.12.1986, IV a ZR 78/85; BGHZ 99, 228 ff. (231)

muss, dass ihr die Erfüllung des Kinderwunsches aufgrund eines staatlichen Verbotes langfristig verwehrt bleibt, so liegt erst im staatlichen Verbot die Ursache für eine Störung des psychischen Wohlbefindens mit Krankheitswert (Fallgruppe (b)). Dementsprechend kann hier die Aufhebung des staatlichen Verbotes, da dieses entscheidend zur Entwicklung der psychischen Störung beigetragen hat, auch ein geeignetes Mittel zur Behebung der psychischen Störung darstellen.

Bei Personen der Fallgruppe (a) wird es auf die Umstände des Einzelfalles ankommen, ob die Aufhebung eines staatlichen Verbotes der Inanspruchnahme von Methoden der medizinisch assistierten Fortpflanzung ein geeignetes Mittel zur Behebung der psychischen Störung darstellen kann.

Auch die Inanspruchnahme von Methoden der medizinisch assistierten Fortpflanzung zur Behebung seelischer Beeinträchtigungen kann daher grundsätzlich von Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG geschützt sein. Allerdings wird es für die konkrete Inanspruchnahme dieses Schutzes auf die Umstände des Einzelfalles ankommen.

2.3.4.1.7. Schutzpflicht des Staates gegenüber Eingriffen Dritter in die körperliche Unversehrtheit?

Die Freiheitsgrundrechte schützen nicht nur vor Eingriffen der Staatsgewalt in die dem Einzelnen verbürgte Freiheitssphäre. Sie verpflichten den Staat auch, diese Freiheitssphäre zu schützen und zu sichern. In dieser Schutzpflicht entfaltet sich der objektive Gehalt des Grundrechts.[661] Auch das Freiheitsgrundrecht des Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG verbürgt nicht nur ein subjektives Abwehrrecht, sondern stellt zugleich eine objektivrechtliche Wertentscheidung der Verfassung dar. Diese Wertentscheidung gilt für alle Bereiche der Rechtsordnung und begründet verfassungsrechtliche Schutzpflichten. Eine Verletzung dieser Schutzpflichten stellt zugleich eine Verletzung des Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG dar.[662] Art. 2 Abs. 2 S.1 GG schützt daher auch die körperlichen Voraussetzungen der Fortpflanzung gegen Eingriffe Dritter.

Gesetzgeber und vollziehende Gewalt haben bei der Wahl der Mittel zur Erfüllung dieser Schutzpflicht einen weiten Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraum, der auch Raum lässt, öffentliche und private Interessen zu berücksichtigen.[663] Der weite Entscheidungsspielraum ergibt sich aus dem Grundsatz der Gewaltenteilung und dem Demokratieprinzip. Das Bundesverfassungsgericht ist nicht berechtigt, politische

[661] Urteil des BVerfG vom 10.01.1995, 1 BvF 1/90, 1 BvR 342, 348/90, BVerfGE 92, 26-53 (46); BVerfG, Beschluss vom 01.08.1987, 2 BvR 1013, 1019, 1034/77, BVerfGE 49, 24 ff. (53)

[662] st. Rspr., vgl. Beschluss des BVerfG vom 29.10.1987, 2 BvR 624, 1080, 2029/83, BVerfGE 77, 172-240 (214-215) m.w.N.

[663] BVerfG, Beschluss vom 06.05.1997, 1 BvR 409/90, BVerfGE 96, 56 (64); STEIN, Ekkehart in: DENNINGER, Erhard/ ... (Hg.): Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (Reihe Alternativkommentare), Stand: August 2002, Einleitung II, RN 77

Grundentscheidungen zu treffen, da dem vom Volk unmittelbar legitimierten Gesetzgeber die konkrete Entscheidung über die Gestaltung des Zusammenlebens der Staatsbürger überlassen bleiben muss.[664] All diese Punkte hat das BVerfG mit der Formulierung umschrieben, dass im Vergleich mit einem Abwehrrecht, das in Zielsetzung und Inhalt ein bestimmtes staatliches Verhalten fordert, die Schutzpflicht grundsätzlich unbestimmt ist. Wie die staatlichen Organe ihre Schutzpflichten erfüllen, sei von ihnen in eigener Verantwortung zu entscheiden.[665] Diesem Prinzip entsprechend hat sich das BVerfG bei der Prüfung von politischen Entscheidungsspielräumen selbst die Verpflichtung zur richterlichen Zurückhaltung (Grundsatz des „judical self-restraint“) bei der Entscheidungsfindung auferlegt.[666] Wegen des weiten Entscheidungsspielraumes des Gesetzgebers in Bezug auf die Erfüllung seiner Schutzpflicht, ist ein hiermit verbundener grundrechtlicher Anspruch nur darauf gerichtet, dass die öffentliche Gewalt grundsätzlich geeignete Vorkehrungen zum Schutz des Grundrechts trifft. Nur unter ganz besonderen Umständen, insbesondere bei Rechtsgütern von höchster Bedeutung, kann sich diese Gestaltungsfreiheit in der Weise verengen, dass allein durch eine bestimmte Maßnahme der Schutzpflicht Genüge getan werden kann. Eine Verletzung des Grundrechts kommt demzufolge nur dann in Frage, wenn die öffentliche Gewalt Schutzvorkehrungen überhaupt nicht getroffen hat oder die getroffene Regelung zur Erreichung des Schutzziels gänzlich ungeeignet oder völlig unzulänglich ist.[667] Diese Grundsätze gelten auch in Bezug auf die staatliche Verpflichtung zum Schutz der körperlichen Voraussetzungen der Fortpflanzung gegen Eingriffe Dritter.

Seiner Schutzpflicht in Bezug auf den Schutz der körperlichen Voraussetzung der Fortpflanzung gegen **direkte Eingriffe Dritter** ist der Staat z.B. durch straf- und zivilrechtliche Regelungen nachgekommen. Der Verlust der Fortpflanzungsfähigkeit ist explizit in § 226 Abs. 1 Nr. StGB als Tatbestandsmerkmal der schweren Körperverletzung aufgeführt. Das Recht der unerlaubten Handlung in den §§ 823 ff. BGB schützt über Schadensersatz- und Schmerzensgeldansprüche auch die Fortpflanzungsfähigkeit gegen Eingriffe Dritter. Die Zeugungs- und Empfängnisfähigkeit, bzw. die Fähigkeit, eigene Kinder auszutragen, wird in der zivilrechtlichen Rechtsprechung zu Schmerzensgeldansprüchen nach § 847 Abs. 1 BGB im Vergleich zu anderen

---

[664] Beschluss des BVerfG vom 14.01.1981, 1 BvR 612/72, BVerfGE 56, 54-86 (80 ff.); ANTONI in: HÖMIG, Dieter/SEIFERT, Karl-Heinz (Hg.): Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland - Taschenkommentar; Art. 2 RN 12; STEIN, Ekkehart in: DENNINGER, Erhard/ ... (Hg.): Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (Reihe Alternativkommentare), Stand: August 2002, Einleitung II, RN 78-79

[665] BVerfG, Beschluss vom 06.05.1997, 1 BvR 409/90, BVerfGE 96, 56 (64)

[666] BVerfG, Urteil vom 31.07.1973, 1 BvF 1/73, BVerfGE 36, 1 ff. (14-15)

[667] Beschluss des BVerfG vom 14.01.1981, 1 BvR 612/72, BVerfGE 56, 54-86 (81 ff.); Beschluss des BVerfG vom 29.10.1987, 2 BvR 624, 1080, 2029/83, BVerfGE 77, 172-240 (214-215); Beschluss des BVerfG vom 30.11.1988, 1 BvR 1301/84, BVerfGE 79, 174-202 (202); LEIBHOLZ, Gerhard/RINCK, Hans-Justus/HESSELBERGER, Dieter: Grundgesetz, 2003, Art. 2 RN 513

Verlusten von Körperfunktionen besonders berücksichtigt. Die neuere Rechtsprechung gewährte z.B. bereits für den Verlust eines Hodens (ohne Verlust der Zeugungsfähigkeit) Schmerzensgelder in Höhe von 20.000,-- DM[668], 25.000,-- DM[669] und 27.500,-- DM[670], für den völligen Verlust der Zeugungsfähigkeit[671] eines 35jährigen Mannes durch Verlust der Ejakuationsfähigkeit (bei gleichzeitigem Erhalt der Erektionsfähigkeit) wurde ein Schmerzensgeld von 70.000,-- DM zugesprochen.[672]

Es ist im **Ergebnis** festzuhalten, dass der Staat aufgrund von Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG eine Schutzpflicht zur Abwehr von direkten Eingriffen Dritter in die körperlichen Voraussetzungen der Fortpflanzung hat. Dieser Schutzpflicht ist er durch zivil- und strafrechtliche Vorschriften nachgekommen.

2.3.4.1.8. Recht auf finanzielle Förderung der Fortpflanzung durch den Staat?

Für Versicherte der gesetzlichen Krankenkassen regelt derzeit § 27a SGB V die Inanspruchnahme von Methoden der medizinisch assistierten Fortpflanzung (vgl. Teil 1, Abschnitt 1.4.4.). Nicht durch die Krankenversicherung erstattungsfähige Kosten sind zum Teil steuerlich absetzbar (vgl. Teil 1, Abschnitt 1.4.6.).

Es stellt sich die Frage, ob die Übernahme von Kosten für eine reproduktionsmedizinische Behandlung durch die gesetzliche Krankenversicherung eine freiwillige Leistung darstellt, über die der einfache Gesetzgeber verfügen kann, oder ob der Anspruch auf die Übernahme von solchen Behandlungskosten ebenfalls vom Schutzbereich des Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG umfasst ist.

Die Kostenfrage spielt eine erhebliche Rolle bei der Entscheidung der Wunscheltern darüber, in welchem Umfang sie Behandlungen in Anspruch nehmen wollen. Dies zeigt eine Untersuchung, in der die fiktive Frage gestellt wurde, wieviele Behandlungen die Patientinnen und Patienten durchführen lassen würden, wenn sie diese vollständig selbst

668 OLG Köln, 21.04.1997, 12 U 114/96, VersR 1998, S. 1036-1037 (1037), (Anspruch aus unerlaubter Handlung, bei der Berechnung des Schmerzensgeldes wurde Mitverschulden berücksichtigt, der Verlust des Hodens eines erwachsenen Mannes war infolge eines Pistolenschuss im Rahmen einer Streitigkeit unter Familienangehörigen eingetreten.)

669 OLG Nürnberg, 23.09.1997, 1 U 1983/97, VersR 1998, S. 594-595 (594), (Anspruch aus Arzthaftung, das Absterben des Hodens eines fünfjährigen Jungen erfolgte aufgrund eines Diagnosefehlers)

670 Brandenburgisches OLG, Urteil vom 14.11.2001, 1 U 12/01, MedR 2002, S. 149-152 (152), (Anspruch aus Arzthaftung, bei Bemessung des Schmerzensgeldes berücksichtigte das Gericht ausdrücklich das jugendliche Alter von 13 Jahren und die psychische Belastung wegen der noch anstehenden Einbringung eines Implantates, der Ungewissheit über mögliche künftige Fertilitätsstörungen und möglicher Auswirkungen auf das Sexualleben, sowie die Furcht vor dem Verlust des verbliebenen Hodens)

671 verbunden mit starken Schmerzen bei Geschlechtsverkehr, insgesamt wurde das Leiden vom Gericht eingestuft als „erhebliche Beeinträchtigung des Sexuallebens“

672 LG Wiesbaden, 07.08.1991, 14 O 110/88, VersR 1993, S. 54 (Arzthaftung wegen Aufklärungsfehler)

bezahlen müssten. Hierauf erklärten 8 % sie würden ganz auf Behandlung verzichten, 17 % entschieden sich für die Inanspruchnahme eines Zyklus, 17 % für zwei Zyklen, 18 % für drei Zyklen, 25 % für vier oder mehr Zyklen und 14 % waren unentschlossen.[673]

Nach der herrschenden Meinung in der **Literatur** und nach der **Rechtsprechung** des BVerfG ist der Schutz der menschlichen Gesundheit vor schwerwiegenden Eingriffen als Vorstufe des Lebensschutzes eine Pflicht des Staates aus der Würdegarantie. Daher ist der Staat verpflichtet, schwere Gefahren für die körperliche Unversehrtheit durch eigene Maßnahmen oder durch Geldleistungen abzuwehren.[674] Demzufolge beinhaltet das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG auch den Anspruch auf die zum Erhalt dieses Zustandes nötigen Maßnahmen des Staates in Form von Sozialhilfe. Dieser Anspruch aus dem Grundrecht wird allerdings sehr eng ausgelegt und auf das zum Überleben absolut notwendige Maß beschränkt. Auch wenn Kinder einen wichtigen Teil des Lebens darstellen können: Überlebenswichtig sind sie für die Wunscheltern nicht. Deshalb besteht keine Verpflichtung des Staates zur Übernahme von Kosten für die Inanspruchnahme von medizinischer Behandlung zur Erfüllung eines Kinderwunsches. Die entsprechenden Regelungen im SGB V (vgl. Teil 1, Abschnitt 1.4.4.) unterliegen der Dispositionsfreiheit des Gesetzgebers. Das BSG stellt in einer Entscheidung über die Leistungspflicht der gesetzlichen Krankenkassen in Bezug auf die Behandlung der gestörten Erektionsfähigkeit eines Mannes (erektile Dysfunktion) zum Anspruch auf Kostenübernahme fest,

> „[...], daß man aus Art. 1 Abs. 1 S. 1 GG zwar keinen Anspruch auf eine umfassende medizinische Versorgung zu Lasten der gesetzlichen Krankenversicherung herleiten kann, aber wenn ein derartiger Anspruch - einfachrechtlich - gewährleistet wird, entspricht das dem Grundsatz der Menschenwürde eher, als erhebliche Lücken in diesem Bereich, die Personen mit geringem Einkommen im Gegensatz zu Begüterten nicht schließen können.“[675]

Das Recht auf körperliche Unversehrtheit beinhaltet demzufolge keinen Anspruch gegen den Staat auf Kostenübernahme zur Ermöglichung der Fortpflanzung[676] oder auf die Möglichkeit der steuerlichen Absetzbarkeit von Behandlungskosten.

---

673 RIEGL, G. F. in: KREBS, Dieter/VAN DER VEN, Hans (Hg.): Aktuelle Reproduktionsmedizin - Gegenwart und Zukunft der IVF und ICSI, 1999, S. 100

674 STARCK in: v. MANGOLDT, Hermann/KLEIN, Friedrich/STARCK, Christian (Hg.): Das Bonner Grundgesetz, 4. Auflage 1999; Art. 2 Abs. 2 RN 211

675 Urteil des BSG vom 30.09.1999, B 8 KN 9/98 KR R, BSGE 85, 36-56 (48)

676 vgl. hierzu auch Urteil des SG Düsseldorf, 23.10.2003, S26 KR 6/03, Fundstelle: Juris-Datenbank, zur Zulässigkeit der Regelung von Modalitäten der Inanspruchnahme von Methoden der medizinisch assistierten Fortpflanzung durch Richtlinien des (früheren) Bundesausschusses der Ärzte und Krankenkassen (Zulässigkeit von Altersgrenzen)

2.3.4.2. Zwischenergebnis

Es ist h.M., dass Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG die körperlichen Voraussetzungen der Fortpflanzung gegen direkte staatliche Eingriffe schützt.

Der Schutz durch Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG erstreckt sich auch auf die Abwehr eines staatlichen Verbotes der Inanspruchnahme von Behandlungsmöglichkeiten zur Wiederherstellung oder Kompensation defekter Körperfunktionen bei organisch bedingter Sterilität. Dementsprechend ist die Inanspruchnahme von Methoden der medizinisch assistierten Fortpflanzung zur eigenen genetischen und physiologischen Fortpflanzung vom Schutzbereich des Grundrechts auf körperliche Unversehrtheit umfasst.

Der Schutzbereich des Rechts auf körperliche Unversehrtheit umfasst dagegen nicht die Inanspruchnahme von Eizellenspenden, Samenspenden, Leih- oder Tragemüttern. Eine Inanspruchnahme der genannten Personen stellt keine Behandlung, Linderung oder Umgehung einer erkrankten Körperfunktion dar. Vielmehr liegt in einem solchen Fall ein völliger Austausch der kranken Person durch eine andere Person vor.

Das Recht auf körperliche Unversehrtheit umfasst keinen Anspruch darauf, nur ein Kind mit bestimmten Eigenschaften zu bekommen. Dementsprechend kann aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG kein Recht auf die Möglichkeit der Inanspruchnahme von PID, PND und genetischer Beratung abgeleitet werden.

Auch ein Eingriff in die psychische Integrität von Wunscheltern durch ein gesetzliches Verbot der Nutzung von medizinischen Möglichkeiten zur Überwindung von Sterilität ist grundsätzlich vom Schutzbereich des Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG erfasst. Hier sind allerdings in besonderem Maße die Umstände des Einzelfalles maßgeblich.

Der Staat hat aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG eine Schutzpflicht gegenüber dem Grundrechtsträger oder der Grundrechtsträgerin. Er muss daher die notwendigen Maßnahmen treffen, um unmittelbare Eingriffe Dritter in die körperlichen Voraussetzungen der Fortpflanzung abzuwehren.

Der Schutzbereich des Rechts auf körperliche Unversehrtheit umfasst keinen Anspruch auf Übernahme der Kosten für Maßnahmen der medizinisch assistierten Fortpflanzung durch den Staat. Die existierenden Erstattungsregelungen der gesetzlichen Krankenkassen und die steuerliche Absetzbarkeit der Behandlungskosten sind nicht durch das Grundrecht auf körperliche Unversehrtheit geschützt und stehen zur Disposition des Gesetzgebers.

2.3.5. Schutz der Ehe (Art. 6 Abs. 1, 1. Alt. GG)

Nach Art. 6 Abs. 1 GG stehen Ehe und Familie unter dem besonderen Schutz des Staates. Diese Grundrechtsvorschrift schützt zwei verschiedene Formen des zwischenmenschlichen Zusammenlebens, die einen Zusammenhang mit der Fortpflanzung aufweisen: zum einen die Ehe (Art. 6 Abs. 1, 1. Alt. GG) und zum anderen die Familie (Art. 6 Abs. 1, 2. Alt. GG). Die institutionelle Garantie von Ehe und Familie taucht in der Rechtsgeschichte erstmals in der Weimarer Reichsverfassung auf. Ältere deutsche Verfassungen enthalten keine entsprechende Vorschrift.[677] Art. 6 Abs. 1 GG stellt die entscheidende Grundsatznorm für den gesamten staatlichen Regelungsbereich von Ehe und Familie dar. Die Vorschrift enthält eine Institutionsgarantie, ein Abwehrrecht der einzelnen Person, sowie eine verbindliche Wertentscheidung.[678]

2.3.5.1. Schutzbereich

Zur Überprüfung des Schutzbereiches des Art. 6 Abs. 1, 1. Alt. GG wird zunächst festgestellt, was überhaupt als Ehe vom GG geschützt wird. Im Anschluss daran ist zu untersuchen, ob ein Recht auf die freie Entscheidung über die Fortpflanzung und die Durchführung der hierzu erforderlichen Handlungen, auch unter Inanspruchnahme von Methoden der medizinisch assistierten Fortpflanzung, als Teil des Grundrechts auf Schutz der Ehe anerkannt ist. Danach wird die Frage geklärt, ob ggf. auch die Inanspruchnahme weiterer Personen durch dieses Grundrecht geschützt wird

2.3.5.1.1. Der Begriff der Ehe im Grundgesetz

Die erste Alternative des Grundrechts aus Art. 6 Abs. 1 GG schützt die Ehe. In den Schutzbereich der Vorschrift fallen dementsprechend nur Lebensgemeinschaften, die als Ehe einzustufen sind. Daher ist zunächst der Ehebegriff des Grundgesetzes festzustellen.

Vorab ist anzumerken, dass die Ehe keine natürliche Gegebenheit, sondern eine kulturelle Errungenschaft ist. Dementsprechend bestimmt die jeweilige Kultur mit ihren geschriebenen oder ungeschriebenen rechtlichen Regeln über die Ausgestaltung einer Ehe. Um unabhängig von den in Deutschland insoweit geltenden rechtlichen und verfassungsrechtlichen Begriffsbestimmungen die Grundstrukturen der kulturellen Institution Ehe herauszuarbeiten, wird zunächst auf eine Begriffsdefinition der Sozialwissenschaft zurückgegriffen. Hiernach wird die Institution Ehe wie folgt definiert:

---

[677] RICHTER, Ingo: „Von der Freiheit, Kinder zu haben - Verfassungsfragen der gesellschaftlichen Reproduktion“, in: NAUCK, Bernhard/ONNEN-ISEMANN, Corinna (Hg.): Familie im Brennpunkt von Wissenschaft und Forschung, 1995, S. 39

[678] BVerfG, Beschluss vom 04.05.1971, 1 BvR 636/68, BVerfGE 31, 58 ff. (67); ANTONI in: HÖMIG, Dieter/SEIFERT, Karl-Heinz (Hg.): Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland - Taschenkommentar; Art. 6 RN 2; von MÜNCH, Ingo: Verfassungsrecht und nichteheliche Lebensgemeinschaft, in: LANDWEHR, Götz (Hg.): Die nichteheliche Lebensgemeinschaft, 1978, S. 137 ff. (146)

„Durch Sitte bzw. Gesetz anerkannte Verbindung/Vereinigung von Personen verschiedenen Geschlechts zu einer auf Dauer angelegten (Lebens-) Gemeinschaft als soziale Beziehung mit institutionellem Charakter."[679]

Die in Deutschland geltende, rechtliche Definition der Ehe steht im Einklang mit diesen Grundstrukturen der ehelichen Gemeinschaft, sie geht aber darüber hinaus und und legt die genaue, kulturspezifische Ausgestaltung der Ehe verbindlich fest. Das BVerfG definiert den Begriff der Ehe in Art. 6 Abs. 1 1. Alt. GG in ständiger Rechtsprechung als *„die Vereinigung eines Mannes und einer Frau zur grundsätzlich unauflöslichen Lebensgemeinschaft".*[680] Die Ehe ist hiernach nur grundsätzlich, aber nicht absolut unauflöslich.[681] Die Ehe wird in der Ausgestaltung vom GG gewährleistet, die den geltenden sozialen und rechtlichen Rahmenbedingungen entspricht.[682] Dementsprechend bezieht sich der Begriff der Ehe in Art. 6 Abs. 1 1. Alt GG nur auf eine formal nach den §§ 1310 ff. BGB geschlossene Ehe oder auf eine als gleichwertig anerkannte Eheschließung.[683] Insbesondere erkennt unsere Rechtsordnung aufgrund der kulturellen Entwicklung der Gesellschaft (vgl. hierzu Abschnitt 2.1.1.1.1.) nur die Zivilehe an.[684] Allein mit einer kirchlichen Eheschließung ist ein Paar nicht im Schutzbereich der Ehe. Bei Vorliegen bestimmter Kriterien können aber kirchliche Eheschließungen aus anderen Staaten, die dort wie eine Zivilehe gelten, hier als bürgerlich-rechtliche Ehe anerkannt werden. Nicht in den verfassungsrechtlichen Schutzbereich des Art. 6 Abs. 1, 1. Alt. GG fällt die nichteheliche Lebensgemeinschaft, da diese gerade nicht formell nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts eingegangen ist.[685]

---

679 CROMM, Jürgen: Bevölkerung, Individuum, Gesellschaft - Theorien und soziale Dimensionen der Fortpflanzung; 1988, S. 63

680 BVerfG, Urteil vom 29.07.1959, 1 BvR 205, 332, 333, 367/58, 1 BvL 27, 100/58, BVerfGE 10, 59 (66), bestätigt durch BVerfG, Beschluss vom 04.05.1971, 1 BvR 636/68, BVerfGE 31, 58 (82); BVerfG, Urteil vom 28.02.1980, 1 BvL 136/78, 1 BvR 890/77, 1300, 1440/78 und 32/79, BVerfGE 53, 224 ff. (245)

681 BVerfG, Beschluss vom 04.05.1971, 1 BvR 636/68, BVerfGE 31, 58 (82); BVerfG, Urteil vom 28.02.1980, 1 BvL 136/78, 1 BvR 890/77, 1300, 1440/78 und 32/79, BVerfGE 53, 224 ff. (250)

682 BVerfG, Beschluss vom 04.05.1971, 1 BvR 636/68, BVerfGE 31, 58 (82-83); ANTONI in: HÖMIG, Dieter/SEIFERT, Karl-Heinz (Hg.): Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland - Taschenkommentar; Art. 6 RN 5; von MÜNCH, Ingo: Verfassungsrecht und nichteheliche Lebensgemeinschaft, in: LANDWEHR, Götz (Hg.): Die nichteheliche Lebensgemeinschaft, 1978, S. 137 ff. (140)

683 ANTONI in: HÖMIG, Dieter/SEIFERT, Karl-Heinz (Hg.): Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland - Taschenkommentar; Art. 6 RN 5; ZWIßLER, Finn: Die nichteheliche Lebensgemeinschaft - Grundlagen und Muster für die anwaltliche Praxis; 1999, S. 32

684 ANTONI in: HÖMIG, Dieter/SEIFERT, Karl-Heinz (Hg.): Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland - Taschenkommentar; Art. 6 RN 5

685 ANTONI in: HÖMIG, Dieter/SEIFERT, Karl-Heinz (Hg.): Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland - Taschenkommentar; Art. 6 RN 5; ZWIßLER, Finn: Die nichteheliche Lebensgemeinschaft - Grundlagen und Muster für die anwaltliche Praxis; 1999, S. 32; von MÜNCH, Ingo: Verfassungsrecht und nichteheliche Lebensgemeinschaft, in: LANDWEHR, Götz (Hg.): Die nichteheliche Lebensgemeinschaft, 1978, S. 137 ff. (140)

2.3.5.1.2. Fortpflanzung als Bestandteil der Eheführung?

Nunmehr ist in Bezug auf Art. 6 Abs. 1, 1. Alt. GG zu klären, ob die Tätigkeit der Fortpflanzung dem Schutzbereich der Ehe zuzuweisen ist. Zur Vorbereitung der rechtlichen Prüfung erfolgt ein kurzer Überblick über die gesellschaftliche und sozialwissenschaftliche Einstufung der Fortpflanzung als Bestandteil der Eheführung.

In der **Gesellschaftswirklichkeit** wird nach wie vor von vielen Paaren, die sich für eine Eheschließung entscheiden, die Tätigkeit der Fortpflanzung als Bestandteil der Eheführung angesehen. Dies gilt trotz der fortschreitenden Akzeptanz der nichtehelichen Fortpflanzung (vgl. zur Gesellschaftswirklichkeit in Bezug auf die nichteheliche Fortpflanzung Abschnitt 2.3.6.1.1.). In der Gesellschaftswirklichkeit wird auch heute eine Ehe immer noch häufig in der Erwartung eingegangen, eine Familie zu gründen. Es ist zudem eine soziale Tatsache, dass der Eintritt einer Schwangerschaft der Frau auch heute noch für viele Paare überhaupt erst ein Anlass ist, die Ehe zu schließen[686].

Auch in der **Sozialwissenschaft** wird die Fortpflanzung in erster Linie der Ehe zugewiesen. Hiernach gilt die Ehe als der Ort, in dem im Idealfall aus einem sozialen Prozess heraus gemeinsam die Entscheidung für oder gegen Fortpflanzung getroffen wird.[687] Fortpflanzung wird dementsprechend von Gesellschaft und Sozialwissenschaft nach wie vor als Bestandteil der Führung einer Ehe angesehen.

Diesem Verständnis entspricht der Schutz der Ehe durch Art. 6 Abs. 1, 1. Alt. GG. Der genaue Umfang dieses Schutzes soll nachfolgend anhand der Entstehungsgeschichte der Vorschrift und der zu ihr veröffentlichten Literatur, sowie anhand der hierzu ergangenen einfachgesetzlichen Regelungen und einschlägiger Gerichtsurteile herausgearbeitet werden:

In Bezug auf die Frage, ob die Tätigkeit der Fortpflanzung als Bestandteil des Schutzes der Ehe anerkannt ist, ist dem **Wortlaut** des Art. 6 Abs. 1, 1. Alt. GG kein Hinweis zu entnehmen. Bereits aus der **historischen Auslegung** des Art. 6 Abs. 1, 1. Alt. GG ergibt sich aber, dass der Schutz der Ehe im Grundgesetz auf der Vorstellung basiert, dass in unserer Gesellschaft die Fortpflanzung im Rahmen der bürgerlich-rechtlichen Ehe erfolgt. Die für den Verfassungsgeber entscheidenden geschichtlichen Bedingungen, die für das Verständnis der Ehe als gesellschaftliche Institution entscheidend waren, sind in der Weimarer Republik zu finden. Dies liegt darin begründet, dass die Grundrechte in Art. 6 Abs. 1 GG in erheblichem Umfang auf den bereits in der WRV enthaltenen

---

[686] Anteil der ehelichen Erstgeborenen, die **vor** der Eheschließung empfangen wurden (Bundesdurchschnitt): 1963: 35,5 %, 1969: 39,4 %, 1981:26,9 %, 1985: 27,7 % (CROMM, Jürgen: Bevölkerung, Individuum, Gesellschaft - Theorien und soziale Dimensionen der Fortpflanzung; 1988, S. 81-82)

[687] CROMM, Jürgen: Bevölkerung, Individuum, Gesellschaft - Theorien und soziale Dimensionen der Fortpflanzung; 1988, S. 71

Grundrechten beruhen. Wie sich aus der historischen Darstellung der Regelungen des Ehe- und Familienrechts zwischen 1871 und 1933 ergibt (vgl. Abschnitt 2.1.1.), war die Tätigkeit Fortpflanzung in diesem Zeitraum ausschließlich der Ehe zugewiesen, was zwar die außereheliche Fortpflanzung nicht verhindern konnte, aber eindeutig das Leitbild der Ehe zeigt, dass dem Verfassungsgeber beim Entwurf des Art. 6 Abs. 1, 1. Alt. GG vor Augen stand: die Ehe als äußerer Rahmen der durch Fortpflanzung entstehenden Familie. Aus der Zeit vor 1933 stammt auch die Theorie von der Ehe als Keimzelle des Staates, durch deren Institution das Aussterben der Bevölkerung und damit der Untergang des Staates verhindert werden sollte (vgl. Abschnitt 2.1.1.1.). Der besondere Schutz der Ehe diente bereits in der Weimarer Reichsverfassung ausdrücklich dem Ziel der Erhaltung und Vermehrung der Nation.[688] Dieses, in der bürgerlich bestimmten Zeit der Weimarer Republik vertretene Eheverständnis wird für diese Ausarbeitung mit dem Begriff „bürgerliches Eheverständnis“ belegt.

Neben dem bürgerlichen Begriffsverständnis der Ehe ist auch das kirchliche Begriffsverständnis der Ehe für das Vorverständnis des Verfassungsgebers in Bezug auf Art. 6 Abs. 1 GG zu berücksichtigen. Bei der Säkularisierung des Eheschließungsaktes in Deutschland 1875 hat zwar der Staat die Ehe vom rechtlichen Regelungsbereich der Kirchen ausgenommen (vgl. Abschnitt 2.1.1.1.1.), dies darf aber nicht darüber hinwegtäuschen, dass die kirchlichen Traditionen für den Begriff der Ehe und die vom Grundgesetzgeber getroffenen Regelungen der Ehe, sowie die hierfür vorausgesetzten Leitbilder von entscheidender Bedeutung waren.[689] Das christliche Eheverständnis[690] hat ganz entscheidend das deutsche zivil- und verfassungsrechtliche Verständnis von der Ehe geprägt. Dies beruht darauf, dass die Zivilehe in der heutigen Form aus der kirchlichen Ehe hervorgegangen ist, nachdem der Staat im Anschluss an den Ehediskurs zwischen Staat und Kirche im 18. und 19. Jahrhundert die Zivilehe in Deutschland obligatorisch einführte. Auch nach der Übernahme des Eheschließungsmonopols durch den Staat hat die Kirche immer wieder versucht, auf die staatliche Gestaltung des ursprünglich aus ihrem Rechtskreis stammenden Institutes Ehe Einfluss zu nehmen.[691] Grundsätzlich gilt, dass in der gesamten westlichen Welt zahlreichen, in irgendeiner Form das Sexualverhalten betreffenden Gesetzen kirchliche Moralvorstellungen zugrunde

---

[688] RICHTER, Ingo: „Von der Freiheit, Kinder zu haben - Verfassungsfragen der gesellschaftlichen Reproduktion“, in: NAUCK, Bernhard/ONNEN-ISEMANN, Corinna (Hg.): Familie im Brennpunkt von Wissenschaft und Forschung, 1995, S. 40

[689] BLASIUS, Dirk: Ehescheidung in Deutschland 1794-1945, 1987, S. 81

[690] vgl. zur Entwicklung und den Hintergründen des christlichen Eheverständnisses: DESCHNER, Karlheinz: Das Kreuz mit der Kirche - Eine Sexualgeschichte des Christentums, 1992, S. 245 ff.

[691] Ein Beispiel für eine solche Einflussnahme ist die bei BLASIUS, Dirk: Ehescheidung in Deutschland 1794-1945, 1987, S. 169 zitierte „Vorstellung gegen die Absicht, durch Umgestaltung des § 1568 BGB eine Erleichterung der Ehescheidungen herbeizuführen“ von Kardinal Bertram, Fürsterzbischof von Breslau und Vorsitzender der Fuldaer Bischofskonferenz vom 08.01.1922

liegen.[692] Nach christlichem Eheverständnis, speziell nach dem Eheverständnis der katholischen Kirche, ist bereits der Geschlechtsverkehr ausschließlich der Ehe vorbehalten. Gleichzeitig wird eheliche Empfängnisverhütung mit künstlichen Mitteln verurteilt, woraus sich bereits definitiv die Vorstellung ergibt, dass die Fortpflanzung nach dem Verständnis der katholischen Kirche allein der Ehe zugewiesen wird.[693] Auch dieses kirchliche Eheverständnis ist für das Vorverständnis des Verfassungsgebers von der Institution der Ehe beachtlich.

Als Zwischenergebnis ist festzuhalten, dass sowohl nach dem bürgerlichen, als auch nach dem kirchlichen Eheverständnis die Fortpflanzung ausdrücklicher Bestandteil der Ehe und dieser exklusiv zugewiesen ist.

Die **Entstehungsgeschichte** des Art. 6 Abs. 1 GG zeigt, dass der Verfassungsgeber die gedankliche Verknüpfung von Ehe und Fortpflanzung aufgrund seines auf dem bürgerlichen und kirchlichen Eheverständnis beruhenden Vorverständnisses von der Ehe als selbstverständlich voraussetzte. Dies wurde vom BVerfG bestätigt, das zur Ehe folgende Grundfeststellungen getroffen hat:

> „Nach Art. 6 Abs. 1 GG stehen Ehe und Familie unter dem besonderen Schutze der staatlichen Ordnung. Welche Strukturprinzipien diese Institute bestimmen, ergibt sich zunächst aus der außerrechtlichen Lebensordnung. Beide Institute sind von Alters her überkommen und in ihrem Kern unverändert geblieben; insoweit stimmt der materielle Gehalt der Institutionsgarantie aus Art. 6 Abs. 1 GG mit dem hergebrachten Recht überein. Ehe ist auch für das Grundgesetz die Vereinigung eines Mannes und einer Frau zur grundsätzlich unauflöslichen Lebensgemeinschaft.“[694]

> „Zwar ist auch nach Art. 6 Abs. 1 GG und dem deutschen Eherecht die Ehe eine auf Lebenszeit geschlossene Gemeinschaft; sie ist aber nur „grundsätzlich“, nicht absolut unauflöslich [...]. Das Schutzgebot der Verfassung gewährleistet die Institution der Ehe nicht abstrakt, sondern in der Ausgestaltung, wie sie den herrschenden, in der gesetzlichen Regelung maßgebend zum Ausdruck gelangten Anschauungen entspricht [...]. Demgemäß liegt der Verfassung das Bild der „verweltlichten“ bürgerlich-rechtlichen Ehe zugrunde, zu dem es auch gehört, daß die Ehegatten unter den vom Gesetz normierten Voraussetzungen geschieden werden können und damit ihre Eheschließungsfreiheit wiedererlangen.“[695]

Allerdings hat der Verfassungsgeber das bürgerliche und das kirchliche Eheverständnis in Bezug auf die Vorstellung, dass Fortpflanzung ausschließlich in der Ehe stattfinden sollte, nicht übernommen. Dies zeigt der Umstand, dass bei der Gestaltung des Wortlautes

[692] DESCHNER, Karlheinz: Das Kreuz mit der Kirche - Eine Sexualgeschichte des Christentums, 1992, S. 276; vgl. hierzu z.B. auch BVerfG, Urteil vom 10.05.1957, 1 BvR 550/52, BVerfGE 6, 389 ff. (435), wo in der Urteilsbegründung die Ablehnung der männlichen Homosexualität durch die christlichen Kirchen zur Rechtfertigung eines Verstoßes dieser sexuellen Betätigung gegen das Sittengesetz herangezogen wird.

[693] DESCHNER, Karlheinz: Das Kreuz mit der Kirche - Eine Sexualgeschichte des Christentums, 1992, S. 249-262, 272-290

[694] BVerfG, Urteil vom 29.07.1959, 1 BvR 205, 332, 333, 367/58, 1 BvL 27, 100/58, BVerfGE 10, 59 (66)

[695] BVerfG, Beschluss vom 04.05.1971, 1 BvR 636/68, BVerfGE 31, 58 (82-83)

von Art. 6 Abs. 1 GG die entsprechende Vorschrift des § 119 WRV nicht wörtlich übernommen, sondern abgeändert wurde. Zudem wurde die zunächst im Entwurf des GG vorgeschlagene Formulierung

> „Die Ehe als rechtmäßige Form der dauernden Lebensgemeinschaft von Mann und Frau und die aus ihr wachsende Familie sowie die aus der Ehe und Zugehörigkeit zur Familie fließenden Rechte und Pflichten stehen unter dem besonderen Schutz der Verfassung“[696]

in der endgültigen Fassung des Art. 6 Abs. 1 GG nicht übernommen, sondern durch folgende Formulierung ersetzt:

> „Ehe und Familie stehen unter dem besonderen Schutz der staatlichen Ordnung.“

Aus dieser Entstehungsgeschichte des Wortlautes von Art. 6 Abs. 1 GG im Rahmen des Entwurfes des Grundgesetzes kann die Schlussfolgerung gezogen werden, dass der Verfassungsgeber nicht ausschließlich die eheliche Familie und damit die eheliche Fortpflanzung unter den besonderen Schutz des Staates stellen wollte. Vielmehr lag es in der Absicht des Verfassungsgebers, daneben auch die außereheliche Familie umfassend zu schützen.[697] Auf diesen Punkt wird bei der Erörterung des Schutzes der Fortpflanzung durch den Schutzbereich des Grundrechts auf Schutz der Familie (vgl. Abschnitt 2.3.6.) noch einzugehen sein.

Für die historische Interpretation des Art. 6 Abs. 1, 1. Alt. GG bleibt im Ergebnis festzuhalten, dass die Fortpflanzung vom Verfassungsgeber als Bestandteil der Ehe vorausgesetzt wurde. Allerdings hat der Verfassungsgeber die eheliche Fortpflanzung nicht als einzig rechtmäßige Form der Fortpflanzung angesehen. Diese Vorstellung des Verfassungsgebers von der Funktion der Ehe als dauerhafte Lebensgemeinschaft zum Zwecke der Fortpflanzung entspricht auch nach wie vor der Gesellschaftswirklichkeit (s.o.).

Auch aus der **Anwendungsgeschichte** des Art. 6 Abs. 1, 1. Alt. GG lassen sich Schlüsse für den Umfang des Schutzbereiches in Bezug auf die Tätigkeit Fortpflanzung ziehen. Prägend für die Anwendungsgeschichte dieser Vorschrift ist in erster Linie die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes zum Schutz der Ehe. Dem Grundgesetz liegt hiernach ausdrücklich das Bild der verweltlichten bürgerlich-rechtlichen Ehe zugrunde.[698] Die von Art. 6 Abs. 1 GG geschützte Eheschließungsfreiheit garantiert der Einzelnen, mit einem selbstgewählten gegengeschlechtlichen Partner die Ehe

---

[696] von MÜNCH, Ingo: Verfassungsrecht und nichteheliche Lebensgemeinschaft, in: LANDWEHR, Götz (Hg.): Die nichteheliche Lebensgemeinschaft, 1978, S. 137 ff. (144)

[697] von MÜNCH, Ingo: Verfassungsrecht und nichteheliche Lebensgemeinschaft, in: LANDWEHR, Götz (Hg.): Die nichteheliche Lebensgemeinschaft, 1978, S. 137 ff. (145)

[698] BVerfG, Beschluss vom 14.11.1973, 1 BvR 719/69, BVerfGE 36, 146 ff. (163) m.w.N.

einzugehen[699], in Ehe und Familie zusammenzuleben[700] und sich ggf. auch scheiden zu lassen.[701] Art. 6 Abs. 1 GG garantiert den Ehegatten eine Sphäre der privaten Lebensgestaltung, die jeder staatlichen Einwirkung entzogen ist.[702] Ehe und Familie sind sowohl im immateriell-persönlichen, wie auch im materiell-wirtschaftlichen Bereich als selbstverantwortlich handelnd zu respektieren und zu schützen.[703] Für die innere Beziehung der Ehegatten untereinander gilt, dass diese bei der Ausgestaltung ihrer Privatsphäre grundsätzlich frei sind.[704] Dem Gesetzgeber ist es dementsprechend verboten, auf bestimmte Formen der Ehe hinzuwirken.[705] Von der Eheschließungs- und Eheführungsfreiheit umfasst ist auch die freie Entscheidung über die Zahl der Kinder.[706]

Das BVerfG hat zur Ehe als geeignetem äußeren Rahmen der Fortpflanzung und der daran anschließenden Erziehung und Pflege von Kinder folgendes ausgeführt:

> „Der personale Bezug, den Ehe und Familie als betroffene Grundrechtsgüter aufweisen, sowie der hohe Rang, der ihnen im Gefüge des Grundgesetzes zukommt, spricht für eine erhöhte Dichte der verfassungsgerichtlichen Kontrolle. Die Ehe ist die rechtliche Form umfassender Bindung zwischen Mann und Frau; ist alleinige Grundlage einer vollständigen Familiengemeinschaft und als solche Voraussetzung für die bestmögliche körperliche, geistige und seelische Entwicklung von Kindern [...]. Ehe und Familie entsprechen der auf Dialog angelegten geistigen Natur des Menschen. Daneben ist die Lebenshilfe, die der Einzelne in Ehe und Familie erhalten kann, von grundlegender Bedeutung für die Ordnung des Gemeinschaftslebens.“[707]

Hieraus ergibt sich, dass auch die Rechtsprechung des BVerfG eindeutig die Entscheidung für oder gegen eine Fortpflanzung der Freiheit der Eheführung zuweist. Dem steht nicht entgegen, dass das BVerfG auch ausdrücklich festgestellt hat, dass die Zeugungsfähigkeit des Mannes oder die Gebärfähigkeit der Frau keine Voraussetzung einer gültigen Eheschließung darstellen.[708] Diese Feststellung wurde mit der Freiheit der Eheführung durch die Ehegatten begründet, denen es frei stehe, wie sie ihr Zusammenleben gestalten wollten, hierdurch wollte das BVerfG aber in keiner Weise die grundsätzliche Zuordnung der Fortpflanzung zur Freiheit der Eheführung in Frage stellen.

[699] BVerfG, Beschluss vom 04.05.1971, 1 BvR 636/68, BVerfGE 31, 58 (67); BVerfG, Beschluss vom 14.11.1973, 1 BvR 719/69, BVerfGE 36, 146 ff. (161)

[700] BVerfG, Beschluss vom 12.05.1987, 2 BvR 1226/83, 101, 313/84, BVerfGE 76, 1 ff. (42)

[701] BVerfG, Beschluss vom 04.05.1971, 1 BvR 636/68, BVerfGE 31, 58 (82-83); BVerfG, Urteil vom 28.02.1980, 1 BvL 136/78, 1 BvR 890/77, 1300, 1440/78 und 32/79, BVerfGE 53, 224 ff. (250)

[702] BVerfG, Beschluss vom 17.01.1957, 1 BvL 4/54, BVerfGE 6, 55 ff. (81-82)

[703] BVerfG, Beschluss vom 13.06.1972, 1 BvR 412/69, BVerfGE 33, 236 (238); Antoni in: HÖMIG, Dieter/SEIFERT, Karl-Heinz (Hg.): Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland - Taschenkommentar; Art. 6 RN 10

[704] BVerfG, Beschluss vom 18.07.1971, 1 BvR 650/77, BVerfGE 51, 386 (398); BVerfG, Beschluss vom 11.10.1978, 1 BvR 16/72, BVerfGE 49, 286 ff. (300)

[705] BVerfG, Beschluss vom 17.01.1957, 1 BvL 4/54, BVerfGE 6, 55 ff. (81-82)

[706] BGH, Entscheidung vom 21.02.2001 (XII ZR 34/99), BGHZ 146, 391-401 (397-398); ANTONI in: HÖMIG, Dieter/SEIFERT, Karl-Heinz (Hg.): Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland - Taschenkommentar; Art. 6 RN 8

[707] BVerfG, Beschluss vom 12.05.1987, 2 BvR 1226/83, 101, 313/84, BVerfGE 76, 1 ff. (51)

[708] BVerfG, Beschluss vom 11.10.1978, 1 BvR 16/72, BVerfGE 49, 286 ff. (300)

Dass die Fortpflanzung als regelmäßiger Bestandteil der Ehe angesehen wird, ergibt sich auch aus einer Entscheidung des OLG Stuttgart aus dem Jahr 1986. Das OLG Stuttgart hat in einer familienrechtlichen Unterhaltssache eine Abrede über die Kinderlosigkeit einer Ehe zwischen türkischen Staatsbürgern, sofern diese nach türkischem Recht möglich sein sollte, ausdrücklich als Verstoß gegen den deutschen ordre public eingestuft.[709]

Zum Umfang der ehelichen Fortpflanzungsfreiheit nimmt der BGH in einer Entscheidung zur Ablehnung einer Kostenerstattungspflicht der privaten Krankenkassen bei nichtehelicher Fortpflanzung wie folgt Stellung:

> Die Fortpflanzungstätigkeit 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. Auch die organisch bedingte Sterilität als solche - unabhängig von ihren konkreten körperlichen Krankheitsursachen - ist als regelwidriger Körperzustand einzuordnen. In diesem Sinne ist der organbedingt sterile Ehepartner - im Unterschied zu kinderlosen Eheleuten schlechthin - als krank im Sinne der Versicherungsbedingungen anzusehen. [...] Die fehlende Fortpflanzungsfähigkeit betrifft zwar nicht in dem Sinne eine vitale körperliche Funktion, daß die Kranke nicht auch ohne diese Fähigkeit weiterleben könnte. Jedoch entzieht sich der in Ausübung des Selbstbestimmungsrechts gefaßte Entschluß von Ehegatten, ein gemeinsames Kind zu haben, der rechtlichen Nachprüfung auf seine Notwendigkeit. Daher ist es schon im Ansatz verfehlt, die Frage nach der „Notwendigkeit“ der Erfüllung des Wunsches nach einem von den Eheleuten stammenden Kind zu stellen.“[710]

Unter Bezugnahme auf diese Feststellungen des BGH führt das LG Köln zusätzlich folgendes aus:

> „Die ungestörte Fortpflanzungsfähigkeit kann danach nur in einer bestehenden Ehe als biologisch notwendige Körperfunktion verstanden werden. Eine organisch bedingte Sterilität ist nur in einer Ehe als Krankheit im Sinne der Versicherungsbedingungen zu werten. Das Revisionsgericht sieht in der Ehe den Kinderwunsch und die aus dem Ausbleiben einer Schwangerschaft folgenden möglichen Konflikte und sich daraus möglicherweise ergebende seelische Erkrankung eines Partners im Sinne einer nicht zu widerlegenden Vermutung.“[711]

In beiden Entscheidungen wird den Ehegatten zugestanden, in freier, gemeinsamer Verantwortung darüber zu entscheiden, ob, zu welchem Zeitpunkt, aus welchen Gründen und gegebenenfalls auf welche Weise sie Nachkommen haben wollen.

Es ist auch in der **Kommentarliteratur** zu Art. 6 GG allgemein anerkannt, dass Art. 6 Abs. 1 GG, die Freiheit der Eheführung schützt und dass hierzu auch die Entscheidung für oder gegen Kinder sowie die Durchführung der zur Erreichung dieses Ziels notwendigen

---

[709] OLG Stuttgart, Urteil vom 13.05.1986, 17 UF 344/85, FamRZ 1987, 700 (701)

[710] Urteil des BGH vom 17.12.1986, IV a ZR 78/85, BGHZ 99, 228 ff. (231, 234); bestätigt durch Urteil des BGH vom 12.11.1997, IV ZR 58/97, VersR 1998, S. 87-88 (87)

[711] Urteil des LG Köln vom 21.02.2001, 23 O 57/00, VersR 2001, S. 1373-1374

Handlungen gehört.[712] Art. 6 Abs. 1 GG schützt nach herrschender Meinung auch gegen staatliche Eingriffe in die Fortpflanzung durch Heiratsverbote, da ansonsten für den vom Heiratsverbot betroffenen Personenkreis Fortpflanzung nur im illegalen Rahmen möglich sei.[713] Diese Argumentation beruht allerdings noch auf der Vorstellung der Illegalität der nichtehelichen Lebensgemeinschaft und der ehelichen Fortpflanzung als gesellschaftlich allein anerkannter Form der Fortpflanzung. Bereits aufgrund der Freiheitsgarantie aus Art. 6 Abs. 1, 1. Alt. GG ist der Staat aber zu größter Zurückhaltung bei der Aufstellung von Ehehindernissen und bei der Festlegung von Ehevoraussetzungen verpflichtet.[714]

Richter leitet aus dem Wandel der Wortwahl in Entscheidungen des BVerfG den Schluss ab, dass sich das Grundrechtsverständnis in Bezug auf Art. 6 Abs. 1, 1. Alt. GG geändert hat.[715] Wurde die Ehe noch 1955 als „Keimzelle der Gesellschaft" vom BVerfG bezeichnet[716], so ist die Begründung in der Entscheidung zur Steuerfreiheit des Familien-Existenzminimums bereits differenzierter:

> „Der Staat, der die Würde des Menschen als höchsten Rechtswert anerkannt [...] und Ehe und Familie dem besonderen Schutz des Staates anheimgegeben hat, darf Kinder und private Bedürfnisbefriedigung nicht auf eine Stufe stellen und danach auf die Mittel, die für den Lebensunterhalt von Kindern unerläßlich sind, nicht in gleicher Weise zugreifen wie auf finanzielle Mittel, die zur Befriedigung beliebiger Bedürfnisse eingesetzt werden. Er muss die Entscheidung der Eltern zugunsten von Kindern achten und darf den Eltern im Steuerrecht nicht etwa die „Vermeidbarkeit" von Kindern in gleicher Weise entgegenhalten wie die Vermeidbarkeit sonstiger Lebensführungskosten."[717]

Dieser Wandel in den Begründungen des BVerfG verläuft parallel zum Wandel des gesellschaftlichen Verständnisses von Ehe und Familie, denn in den 50er Jahren war die Verbindung der Reproduktionsfunktion mit Ehe und Familie noch so selbstverständlich, dass sie vom BVerfG vorausgesetzt werden konnte.

---

712 SCHMITT-KAMMLER in: Sachs, Michael (Hg.): Grundgesetz Kommentar, 2003; Art. 6 RN 26; RICHTER, Ingo: „Von der Freiheit, Kinder zu haben - Verfassungsfragen der gesellschaftlichen Reproduktion", in: NAUCK, Bernhard/ONNEN-ISEMANN, Corinna (Hg.): Familie im Brennpunkt von Wissenschaft und Forschung, 1995, S. 40 ff.; PIEROTH in: JARASS, Hans D./PIEROTH, Bodo: Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 2004; Art. 6 RN 3; COESTER-WALTJEN in: von MÜNCH, Ingo/KUNIG, Philip (Hg.): Grundgesetz-Kommentar, 5. Auflage 2000, Art. 6 RN 27; RICHTER, Ingo in: DENNINGER, Erhard/ ... (Hg.): Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (Reihe Alternativkommentare), Stand: August 2002, Art. 6 RN 31

713 vgl. DÜRIG in: MAUNZ, Theodor/DÜRIG, Günter (Hg.): Kommentar zum Grundgesetz; Stand: 33. Ergänzungslieferung, Nov. 1997; Art. 2 Abs. 2 RN 31 (Fußnote), der als Beispiel Heiratsverbote für Ostarbeiter anführt

714 ANTONI in: HÖMIG, Dieter/SEIFERT, Karl-Heinz (Hg.): Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland - Taschenkommentar; Art. 6 RN 8

715 RICHTER, Ingo: „Von der Freiheit, Kinder zu haben - Verfassungsfragen der gesellschaftlichen Reproduktion", in: NAUCK, Bernhard/ONNEN-ISEMANN, Corinna (Hg.): Familie im Brennpunkt von Wissenschaft und Forschung, 1995, S. 40

716 BVerfG, Beschluss vom 17.01.1957, 1 BvL 4/54, BVerfGE 6, 55 ff. (71)

717 BVerfG, Beschluss vom 29.05.1990, 1 BvL 20, 26, 184 und 4/86, BVerfGE 82, 60 (87)

Demgegenüber trat in den 90er Jahren die Entscheidungsfreiheit von Eltern und das Verbot ihrer Benachteiligung gegenüber kinderlosen Personen in den Vordergrund.[718]

Da die Ehe vom Grundgesetz in der Ausgestaltung gewährleistet wird, wie sie das einfache Recht vorsieht,[719] sind für das Verständnis des Schutzbereiches von Art. 6 Abs. 1, 1. Alt. GG auch die einfachgesetzlichen Regelungen in Bezug auf die Fortpflanzung von Interesse. Nach dem heutigem Eheverständnis ist auch ein bestimmter Eheinhalt nicht mehr vorgegeben. Dieses Eheverständnis ergibt sich aus den Regelungen des Ehe- und Scheidungsrechts. Insbesondere kann kein Ehegatte von dem anderen unter Berufung auf das eheliche Pflichtenverhältnis nach § 1353 BGB die Zeugung oder den Empfang eines Kindes verlangen.[720] Infolgedessen ist auch eine kinderlose Ehe, unabhängig davon, ob die Kinderlosigkeit biologisch vorgegeben ist oder auf einem frei gefassten Entschluss beruht, eine vollwertige Ehe.[721] Damit ist als **Zwischenergebnis** festzuhalten, dass auch die Literatur die Fortpflanzung als von Art. 6 Abs. 1, 1. Alt. GG geschützt ansieht.

Wie ist aber die eheliche Fortpflanzungsfreiheit zu beurteilen, wenn zwischen den Ehegatten **Differenzen in Bezug auf die Fortpflanzung** bestehen (z.B. Kinderwunsch des Mannes, Ablehnung des Kinderwunsches durch die Frau)? Können sich die Ehegatten nicht einigen, so bietet die Rechtsordnung insoweit keine Möglichkeit einer von außen erlangbaren, verbindlichen Entscheidung.[722] Gelingt es den Ehegatten nicht, bei widerstreitenden Ansichten zu einem Konsens zu kommen, so kann dies allenfalls zur Zerrüttung der ehelichen Lebensgemeinschaft führen und im Rahmen der §§ 1565 ff. BGB von Bedeutung sein.[723] Denn wie das BVerfG ausdrücklich festgestellt hat, stehen sich auch innerhalb einer Ehe beide Partner als autonome Persönlichkeiten gegenüber, von denen jeder einzelne das autonome Recht auf freie Entfaltung hat. Ein Eingriff in die Entscheidungsfreiheit des anderen Ehepartners wird vom BVerfG lediglich im den Fall für grundsätzlich zulässig angesehen, in dem dies dem Wohl der anderen Person, insbesondere der Erhaltung von deren Leben und Gesundheit dient. Allerdings ist

[718] RICHTER, Ingo: „Von der Freiheit, Kinder zu haben - Verfassungsfragen der gesellschaftlichen Reproduktion“, in: NAUCK, Bernhard/ONNEN-ISEMANN, Corinna (Hg.): Familie im Brennpunkt von Wissenschaft und Forschung, 1995, S. 40

[719] BVerfG, Beschluss vom 14.11.1973, 1 BvR 719/69, BVerfGE 36, 146 ff. (161-162)

[720] GERNHUBER, Joachim/COESTER-WALTJEN, Dagmar: Lehrbuch des Familienrechts, 1994, § 18 V 7; BRUDERMÜLLER in: PALANDT (Begr.): Bürgerliches Gesetzbuch, 2004, § 1353 RN. 7; a.A. HÜBNER, Heinz/VOPPEL, Reinhard in: STAUDINGER (Begr.): J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2000, § 1353, RN 39, allerdings wird die einseitige Weigerung, entgegen dem Wesen der Ehe als Fortpflanzungsgemeinschaft keine Kinder bekommen zu wollen, als nicht justitiable Ehepflichtverletzung eingestuft.

[721] HÜBNER, Heinz/VOPPEL, Reinhard in: STAUDINGER (Begr.): J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2000, § 1353, RN 34

[722] BRUDERMÜLLER in: PALANDT (Begr.): Bürgerliches Gesetzbuch, 2004, § 1353 RN. 7

[723] HÜBNER, Heinz/VOPPEL, Reinhard in: STAUDINGER (Begr.): J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2000, § 1353, RN 39

hierbei ein hoher Maßstab anzulegen.[724] Der Wunsch nach einem Kind ist jedenfalls nicht geeignet, dem Wohl des anderen Ehegatten zu dienen, wenn dieser ausdrücklich eine Elternschaft ablehnt. Aus diesem Grunde kann kein Ehegatte in die Entscheidungsautonomie des anderen eingreifen, um diesen von seinem Entschluß abzubringen, keine Kinder haben zu wollen. Auch aus einer einverständlichen, positiven Fortpflanzungsentscheidung ergibt sich im Verhältnis der Ehegatten untereinander keine dauerhafte Bindung. Dies liegt darin begründet, dass auch in der Ehe der Entschluss, zur Entstehung eines neuen Lebens beizutragen und in der Folge für dieses verantwortlich zu sein, für jedes Individuum eine höchstpersönliche Angelegenheit ist. In einer Entscheidung des BGH vom 21.02.2001 ging es um die Frage, ob der von der Frau wegen Betreuung eines Kindes vom Ehemann verlangte nacheheliche Unterhalt (§ 1570 BGB) aufgrund der Vorschrift des § 1579 BGB herabgesetzt werden kann. Der Fall lag so, dass das Kind nach **homologer IVF** zur Welt kam und der Ehemann sein Einverständnis zur IVF vor dem Behandlungszyklus, der zur Schwangerschaft der Frau geführt hatte, gegenüber seiner Ehefrau zurückgezogen hatte. Kurz nach Eintritt der Schwangerschaft bei der Ehefrau trennten sich die Parteien, die Ehefrau stellte noch vor Geburt des gemeinsamen Kindes Scheidungsantrag. Der BGH hat eine Herabsetzung des Unterhaltsanspruchs der Ehefrau abgelehnt, da kein entsprechender Härtegrund im Sinne des § 1579 BGB vorliege. Durch die Zeugung des Kindes habe die Ehefrau ihre Bedürftigkeit nicht *„mutwillig“* herbeigeführt oder sich *„über schwerwiegende Vermögensinteressen“* ihres damaligen Ehemannes hinweggesetzt. Der Wunsch nach dem gemeinsamen Kind *„könne ihr nicht als sinnloses leichtfertiges Verhalten vorgeworfen werden, welches ein verständiger Mensch in vergleichbarer Situation vermieden hätte“*. Im übrigen stellte der BGH fest, dass der Kinderwunsch der Ehefrau keiner besonderen Rechtfertigung bedürfe, selbst wenn er gegen den Willen des Ehemannes verwirklicht worden sei. Weiter heißt es in der Entscheidung:

> „Ein Kind zu bekommen, auch in der Situation der Antragstellerin [Ehekrise], ist weder sinnlos noch weicht es vom sozialen Standard ab. Daß sich der Kinderwunsch nur durch die - heute noch ungewöhnliche - Methode der IVF bewerkstelligen ließ, kann die Anwendung des § 1579 Nr. 3 [und Nr. 4] BGB nicht begründen.“[725]

Zu den Möglichkeiten eines Ehemannes, sein **Einverständnis mit der Vornahme einer heterologen Insemination** bei seiner Ehefrau zu widerrufen[726] äußert sich der BGH wie folgt:

---

[724] BVerfG, Beschluss vom 19.10.1971, 1 BvR 387/65, BVerfGE 32, 98 ff. (110)

[725] BGH, Entscheidung vom 21.02.2001 (XII ZR 34/99), BGHZ 146, 391-401 (400)

[726] Zum Zeitpunkt dieser Entscheidung existierte für einen Ehemann noch die Möglichkeit, trotz vorheriger Zustimmung zu einer heterologen Insemination die rechtliche Vaterschaft binnen zwei Jahren ab Geburt des Kindes anzufechten, was allerdings nicht dazu führte, dass der Unterhaltsanspruch der Kinder gegen den „Zustimmungsvater“, der nach erfolgreicher Anfechtung nicht mehr der rechtliche Vater war, entfiel (vgl. hierzu Abschnitt 1.4.3.).

> Die Frage, ob das vorherige Einverständnis des Ehemannes mit der Vornahme einer heterologen Insemination bei seiner Ehefrau sein Recht auf Anfechtung der Ehelichkeit des dann geborenen Kindes vernichte, hat der Bundesgerichtshof angesichts der rechtlichen, ethischen, gesellschaftlichen und religiösen Tragweite einer solchen Zustimmung und des notwendigen rechtlichen Schutzes des Ehemannes vor unüberlegten Entscheidungen verneint und einen Verzicht auf das Anfechtungsrecht als rechtlich wirkungslos angesehen (BGHZ 87, 169, 174). Bis zur Durchführung der zur Schwangerschaft führenden Insemination könne der Ehemann seine Zustimmung der Ehefrau gegenüber grundsätzlich frei widerrufen und auf diese Weise die mit der Zustimmung verbundene Vereinbarung kündigen, und zwar auch dann, wenn er aufgrund veränderter Umstände oder auch nur aufgrund einer Sinnesänderung eine auf diese Weise zustande gekommene Schwangerschaft der Ehefrau nicht mehr wolle. Eine unwiderrufliche Bindung sei unwirksam, weil sie gegen elementare Grundsätze des Familienrechts und des Verfassungsrechts verstoße. Die Rechtsordnung erkenne eine vertragliche Verpflichtung der Eheleute zu einer bestimmten Familienplanung nicht an, was auch gelte, wenn das Kind nicht durch natürliche, sondern durch künstliche (hier: heterologe) Befruchtung gezeugt werden solle. Erst dann, wenn durch die Insemination unumkehrbare Fakten geschaffen worden seien, komme ein Widerruf nicht mehr in Betracht (Senatsurteile BGHZ 129, 297, 307 ff. und vom 12. Juli 1995 - XII ZR 128/94 - FamRZ 1995, 1272 ff.). [...] Aus welchen Gründen ein Ehegatte sein Einverständnis mit einer vereinbarten Familienplanung aufgibt, ist unbeachtlich. Eine Unterscheidung danach, ob diese Gründe etwa moralisch-sittlich gerechtfertigt sind oder nicht, verbietet sich aus der höchstpersönlichen Rechtsnatur der Entscheidung. Es ist nicht Aufgabe der Rechtsordnung, den Ehegatten auf diesem Gebiet Maßstäbe vorzugeben."[727]

Nach der Rechtsprechung des BGH wird dementsprechend die Ablehnung der Bindungswirkung einer Abrede über die gemeinsame Fortpflanzung als Verstoß gegen die grundrechtlich geschützte personale Würde und das Selbstbestimmungsrecht des einzelnen angesehen (Art. 1 Abs. 1, 2 Abs. 1 GG). Würde und Selbstbestimmungsrecht des einzelnen Ehepartners gebieten es, ihm die Freiheit zuzugestehen, sich jederzeit erneut und frei für oder gegen ein Kind zu entscheiden. Das gilt für Männer und Frauen in gleicher Weise. Der BGH hat zu diesem Punkt in einer weiteren Entscheidung im Zusammenhang mit einer fehlgeschlagenen Sterilisation ausgeführt, daß die freie Entscheidung für oder gegen eine Elternschaft der Wertordnung unserer Verfassung entspreche, die der Einzelpersönlichkeit für diesen innersten Bereich der Lebensverwirklichung einen Freiheitsraum gewähre, zu dem die Gemeinschaft keinen Zugang habe. Gegenüber dem Sterilisationswunsch eines Ehegatten müssten etwa entgegenstehende Wünsche und Interessen des anderen Ehegatten zurücktreten. Solche Entscheidungen treffe jeder kraft eigener Selbstbestimmung für sich.[728] Es entspreche dem verfassungsrechtlich geschützten Selbstbestimmungsrecht eines jeden Menschen, daß ihm die Entscheidung über die eigene Fortpflanzung freigestellt sein müsse.[729] Diese Betonung der Fortpflanzungsautonomie jedes einzelnen Ehepartners gegenüber dem anderen Ehepartner wird auch mit dem „Wesen der Ehe" begründet,

---

[727] BGH, Entscheidung vom 21.02.2001 (XII ZR 34/99), BGHZ 146, 391-401 (397-398)

[728] BGH, Urteil v. 29.06.1976, Az.: VI ZR 68/75; BGHZ 67, 48 ff. (45-55)

[729] BGH, Entscheidung vom 21.02.2001 (XII ZR 34/99), BGHZ 146, 391-401 (397); BGH, Urteil vom 27. Juni 1995 - VI ZR 32/94 - NJW 1995, 2407 ff. (2409)

das in der Selbstverantwortlichkeit der Ehepartner liegt.[730] Es stellt das Grundprinzip des Wesens der Ehe dar, dass sich gleichberechtigte Partner in gegenseitiger Achtung der Person und Respektierung der individuellen Anschauungen des anderen, insbesondere was den engsten persönlichen Intimbereich angeht, zusammenfinden. In der rechtswissenschaftlichen Literatur besteht ebenfalls weitgehend Einigkeit darüber, daß Abreden über die Familienplanung, die den Kernbereich der ehelichen Lebensgemeinschaft betreffen, keine Rechtsbindungswirkung entfalten und von jedem Ehegatten auch gegen den Willen des anderen aufgekündigt werden können, da eine Bindungswirkung weder mit dem individuellen Selbstbestimmungsrecht eines jeden Ehegatten noch mit dem Wesen der Ehe in Einklang zu bringen ist. Dies wird überwiegend anhand der Fallgruppe der vereinbarten Kinderlosigkeit (negative Fortpflanzungsentscheidung) thematisiert, trifft aber ebenso auch auf den gemeinsamen Entschluß zu, Kinder zu wollen. So wird die Abrede über den Gebrauch, aber auch umgekehrt über das Unterlassen von empfängnisverhütenden Mitteln als zum rechtsfreien Raum gehörend angesehen, der weder unmittelbar noch mittelbar - etwa im Rahmen eines Schadensersatzanspruches - zum Gegenstand gerichtlicher Überprüfung gemacht werden kann.[731]

Im **Ergebnis** umfasst der Schutzbereich des Art. 6 Abs. 1, 1. Alt. GG auch die Tätigkeit Fortpflanzung als Teil der Freiheit der Eheführung. Zur Fortpflanzung gehören die Entscheidung für Kinder und die zur Umsetzung dieser Entscheidung notwendigen Handlungen. Demzufolge schützt Art. 6 Abs. 1, 1. Alt GG sowohl die Entscheidungs- als auch die Handlungskomponente der Fortpflanzung. Allerdings erstreckt sich dieser Schutz nur auf das Außenverhältnis, d.h. die Beziehung der Eheleute zum Staat (und ggf. zu Dritten). Im Innenverhältnis, d.h. in der Beziehung der Ehegatten untereinander, ist kein mit den Mitteln der Rechtsordnung sanktionierbares Recht anerkannt, den anderen Ehegatten dazu zu zwingen, eine positive oder negative Fortpflanzungsentscheidung mitzutragen. Neben der nach außen bestehenden positiven oder negativen Fortpflanzungsfreiheit beider Ehegatten besteht im Binnenverhältnis der Ehegatten nochmals eine individuelle, positive oder negative Fortpflanzungsfreiheit jeder einzelnen verheirateten Person in einem vom Staat anerkannten, rechtsfreien Raum.

---

730 BVerfG, Beschluss vom 04.05.1971, 1 BvR 636/68, BVerfGE 31, 58 (84)

731 BRUDERMÜLLER in: PALANDT (Begr.): Bürgerliches Gesetzbuch, 2004, § 1353 RN. 7; REINHART, Gert: Zur Festlegung persönlicher Ehewirkungen durch Rechtsgeschäft, JZ 1983, 184 ff. (190), der rechtsverbindliche Vereinbarungen, die den Kernbereich der Ehe, wie sie von Art. 6 Abs. 1 GG geschützt wird, grundsätzlich ausschließt, da diese mit dem Verständnis der Ehe als Institution unvereinbar seien. Zum Kernbereich der Ehe zählt er ausdrücklich die Entscheidung über den Ausschluss oder die Festlegung einer bestimmten Zahl von Nachkommen; a.A., nämlich für eine Bindungswirkung der Abrede über eine Fortpflanzungsentscheidung zwischen Ehegatten: GERNHUBER, Joachim/COESTER-WALTJEN, Dagmar: Lehrbuch des Familienrechts, 1994, § 18 V 7; HÜBNER, Heinz/VOPPEL, Reinhard in: STAUDINGER (Begr.): J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2000, § 1353, RN 40, 41 die jedoch die Justitiabilität eines Verstoßes, der als Verletzung der ehelichen Pflichten qualifiziert wird, ablehnen.

2.3.5.1.3. Grundrecht auf Inanspruchnahme von Methoden der medizinisch assistierten Fortpflanzung bei homologer ehelicher Fortpflanzung?

Nunmehr ist noch zu prüfen, ob die im Außenverhältnis bestehende Fortpflanzungsfreiheit von Ehegatten aus Art. 6 Abs. 1, 1. Alt. GG auch das Recht umfassen kann, sich zur Verwirklichung einer positiven Fortpflanzungsentscheidung der Methoden der medizinisch assistierten Fortpflanzung zu bedienen. Stellt ein Ehepaar fest, dass es nicht in der Lage ist, auf normalem Wege Kinder zu bekommen, so ist als notwendige Handlung zur Verwirklichung der Fortpflanzung zusätzlich die Inanspruchnahme ärztlicher Hilfe erforderlich. Hierbei wird die Ärztin oder der Arzt als Helfer innerhalb des Privatbereichs des Ehepaares hinzugezogen (vgl. Abschnitt 2.3.2.1.3.). Daher ist in den Fällen, in denen die medizinisch assistierte Fortpflanzung des Ehepaares darauf gerichtet ist, physiologisch und genetisch eigene Kinder zu bekommen und das Paar beabsichtigt, die soziale Elternfunktion für das entstehende Kind zu übernehmen, kein entscheidender Unterschied zur normalen Fortpflanzung erkennbar. Es ist daher davon auszugehen, dass die vom Schutzbereich des Grundrechts der Freiheit der Eheführung in Art. 6 Abs. 1, 1. Alt. GG umfassten Handlungen zum Zwecke der Zeugung von genetisch, physiologisch und (später) sozial eigenen Kindern auch die Inanspruchnahme ärztlicher Hilfe einschließen.

2.3.5.1.4. Recht auf Inanspruchnahme weiterer Personen mit Elterneigenschaft (heterologe Fortpflanzung)?

Weiterhin ist zu klären, ob ein Ehepaar aus Art. 6 Abs. 1 1. Alt. GG auch ein Recht darauf haben kann, dass der Staat die Inanspruchnahme von Dritten (z.B. Samenspender, Eizellenspenderin, Leih- oder Tragemutter) bei medizinisch assistierter Fortpflanzung nicht verbietet. Aufgrund der Konzeption der Ehe als Lebens- und Fortpflanzungsgemeinschaft zweier gegengeschlechtlicher Partner ist ein Recht auf die Inanspruchnahme Dritter aus Art. 6 Abs. 1 1. Alt. GG abzulehnen. Geschützt wird die Beziehung zwischen zwei verheirateten Personen und die Gestaltung ihres Zusammenlebens gegenüber staatlichen Eingriffen. Die Ehe wird u.a. deswegen besonders geschützt, weil nach der Vorstellung des Verfassungsgebers aus ihr durch Geburt von Kindern eine Familie entstehen soll (vgl. Abschnitt 2.3.5.1.2.). Die Inanspruchnahme Dritter als Ei- oder Samenspender, Leih- oder Tragemutter dient dem Ersatz von Tätigkeiten, die entsprechend dem Zweck der Ehe, den äußeren Rahmen für die Fortpflanzung zu bieten, innerhalb der Paarbeziehung vorgesehen sind. Erklärt sich z.B. ein anderer als der Ehemann bereit, an dessen Stelle den Samen für die Zeugung eines von der Ehefrau auszutragenden Kindes zur Verfügung zu stellen (sog. Samenspender), so ist dies ein per se ehefeindlicher Vorgang. Zweck der Ehe ist ja gerade, dass die Ehegatten miteinander eigene Kinder bekommen und nicht, dass ein Ehepartner mit einem Dritten (Eizellenspenderin oder Samenspender) zusammen genetische Kinder bekommt. Dementsprechend äußert sich auch *Coester-Waltjen*, die feststellt, dass kein Anspruch darauf bestehe, ein Kind zu bekommen und

dementsprechend auch kein Anspruch darauf, fremde Keimzellen oder Embryonen zur Verfügung gestellt zu bekommen.[732] Zweck der Ehe ist auch, dass die Ehepartner mit ihren eigenen körperlichen Möglichkeiten Kinder bekommen (physiologische Elternschaft), d.h. insbesondere, dass die Ehefrau die Kinder austrägt und die Ehegatten die Phase der Schwangerschaft, in der bereits der Kontakt zum Kind beginnt, gemeinsam erleben. Dementsprechend ist die Inanspruchnahme einer Tragemutter, die ein genetisch eigenes Kind beider Ehegatten austrägt, ebenfalls nicht vom Schutzbereich des Art. 6 GG umfasst. Dasselbe gilt im Falle der beabsichtigten Inanspruchnahme einer sog. Leihmutter durch die Wunscheltern, denn diese wäre anstelle der Ehefrau die genetische und physiologische Mutter des Kindes. Der Schutzbereich des Grundrechts auf freie Eheführung reicht daher nicht so weit, dass ein Rechtsanspruch darauf besteht, den Entschluss Kinder zu bekommen unter Inanspruchnahme dritter Personen mit Elternfunktion umsetzen zu können.

Ein einfachgesetzliches Verbot der Inanspruchnahme dritter Personen mit Elternfunktion zum Zwecke der Fortpflanzung würde daher keinen Eingriff in den Schutzbereich des Art. 6 Abs. 1 1. Alt. GG darstellen.

2.3.5.2. Zwischenergebnis

Bei Ehepaaren sind die Entscheidung für eigene Kinder und die zur Umsetzung dieses Entschlusses erforderlichen Handlungen durch Art. 6 Abs. 1 1. Alt. GG gegen staatliche Eingriffe geschützt. Der Schutzbereich umfasst neben der Freiheit der Fortpflanzungsentscheidung auch die Durchführung der zur Umsetzung der Entscheidung notwendigen Handlungen. Ist ein Paar nicht in der Lage, ohne medizinisch Hilfe Kinder zu zeugen, so umfasst der Schutzbereich auch die zur Zeugung genetisch und physiologisch eigener Kinder (homologe Fortpflanzung) notwendige Inanspruchnahme medizinischer Hilfe. Die Inanspruchnahme Dritter (Samenspender, Eizellenspenderin, Leih- und Tragemutter) zur Erfüllung von Fortpflanzungsfunktionen, die Funktionen eines Ehegatten ersetzen (heterologe Fortpflanzung), ist nicht von Art. 6 Abs. 1 1. Alt GG geschützt.

---

[732] COESTER-WALTJEN: Die künstliche Befruchtung beim Menschen - Zulässigkeit und zivilrechtliche Folgen, Gutachten B für den 56. deutschen Juristentag, 1986, S. 120

2.3.6. Schutz der Familie (Art. 6 Abs. 1, 2. Alt. GG)

Der Schutz der Familie aus Art. 6 Abs. 1, 2. Alt. GG steht selbständig neben dem Schutz der Ehe.[733] Auch insoweit enthält Art. 6 Abs. 1 GG eine Institutsgarantie, ein Individualgrundrecht und eine objektive Wertentscheidung.

2.3.6.1. Schutzbereich

Um den Schutzbereich des Grundrechts in Bezug auf die Tätigkeit der Fortpflanzung festzustellen, muss zunächst geklärt werden, wer sich als Teil einer Familie auf das Grundrecht berufen kann. Danach ist zu klären, ob und in welchem Umfang der Vorgang der Fortpflanzung im Schutz der Familie enthalten ist. Im Anschluss wird geprüft, ob auch die Inanspruchnahme von Methoden der medizinisch assistierten Fortpflanzung vom Schutzbereich des Art. 6 Abs. 1, 2. Alt. GG umfasst ist.

2.3.6.1.1. Der Begriff der Familie im Grundgesetz

Vor Beginn der rechtlichen Prüfung des Begriffs der Familie in Art. 6 Abs. 1, 2. Alt. GG erfolgt zur Einleitung ein kurzer **Überblick über sozialwissenschaftliche und psychologische Definitionen** der Familie und zur **Gesellschaftswirklichkeit** der Familie in Deutschland.

Das deutsche Wort „Familie“ reicht bis in das 16. Jahrhundert zurück, umgangssprachlich gebräuchlich wird es jedoch erst zu Beginn des 18. Jahrhunderts. Es entstammt dem lateinischen „familia“ im Sinne von Haus, das in der römischen Zeit den Hausvater mit allen ihm unterworfenen Anverwandten und übrigen Personen bezeichnete.[734]

Die **Sozialwissenschaft** trifft in Bezug auf die Definition der Familie die folgenden Aussagen: *Vogel* bezeichnet die menschliche Familie als eine kulturelle Institution auf biologischer Basis. Ihre biologische Hauptfunktion sei die Absicherung der Fortpflanzung.[735] *Dienel* beschreibt eine Familie als *„dort, wo Kinder leben“* und bietet die folgenden zusätzlichen Definitionsmerkmale einer Familie:

- Sorge um Sozialisation von Kindern;
- Angehörige von zwei Generationen, deren Beziehung auf Blutsverwandtschaft oder Adoption beruht;

---

[733] SCHMITT-KAMMLER in: Sachs, Michael (Hg.): Grundgesetz Kommentar, 2003; Art. 6 RN 15

[734] CROMM, Jürgen: Bevölkerung, Individuum, Gesellschaft - Theorien und soziale Dimensionen der Fortpflanzung; 1988, S. 74

[735] VOLAND, Eckart (Hg.): Fortpflanzung: Natur und Kultur im Wechselspiel; 1992, VOGEL, Christian: Die Rolle der Familie im biogenetischen Geschehen, S. 145

- Zusammenwohnen, ökonomische und emotionale Reproduktion und Stabilisierung;
- institutionelle Absicherung durch rechtliche und/oder soziale Anerkennung.[736]

Heutzutage gilt eine Familie als vollständig, wenn ein Fall der Kern- bzw. Ehepaar-Familie vorliegt. Als Kernfamilie wird das Zusammenleben gegengeschlechtlicher Partner mit ihren unmittelbaren Nachkommen bezeichnet, in ihren Formen kann sie je nach Kultur unterschiedlich gestaltet sein.[737] In unserer Gesellschaft ist z.B. die vollständige Vater-Mutter-Kind-Familie nicht mehr die einzige familiäre Lebensform.[738] Eine Familie erlebt mehrere Zyklen: Gründung durch Geburt des ersten Kindes, Erweiterung durch weitere Kinder, Auszug der Kinder aus dem Elternhaus, Zurückbleiben des Zeugungspaares, eventuell später Übernahme von Großelternfunktionen.[739] In der modernen Familiensoziologie werden inzwischen Familien überwiegend nach ihrer Funktion definiert. Folgende Familienfunktionen werden unterschieden:

- Reproduktionsfunktion (Erzeugung, Pflege und Versorgung von Nachwuchs);
- Sozialisationsfunktion (Vorbereitung auf das Zusammenleben in der Gesellschaft);
- Haushaltsfunktion (gemeinsames Wirtschaften);
- Regenerations- und Unterstützungsfunktion (gegenseitige emotionale, praktische und finanzielle Unterstützung).

Die **Psychologie** bietet folgende Definitionsversuche der Familie: Familie ist ein *„intimes Beziehungssystem besonderer Art, das vornehmlich im gemeinsamen Lebensvollzug entsteht“*.[740] Familie wird auch beschrieben als *„Einheit interagierender Persönlichkeiten“*.[741] Vier zentrale Merkmale lassen sich unterscheiden: (a) Abgrenzung durch Entwicklung eines eigenen, intern wirkenden Regelsystems, (b) Privatheit durch Bestimmung eines umgrenzten Lebensraumes, (c) Dauerhaftigkeit des Beziehungssystems, (d) physische, geistige und emotionale Nähe.[742]

---

[736] DIENEL, Christiane: Familienpolitik - Eine praxisorientierte Gesamtdarstellung der Grundlagen, Handlungsfelder und Probleme, 2002, S. 20-21

[737] CROMM, Jürgen: Bevölkerung, Individuum, Gesellschaft - Theorien und soziale Dimensionen der Fortpflanzung; 1988, S. 73 ff.

[738] KROLZIK, Volker/SALZMANN, Werner: Kind um jeden Preis? Beiträge zur ethischen Diskussion der neuen Reproduktionstechniken; 1989, BARTH, Hermann, S. 43-44

[739] SCHNEEWIND, Klaus A. in: OERTER, Rolf/MONTADA, Leo (Hg.): Entwicklungspsychologie, 1998, S. 136-137 m.w.N., CROMM, Jürgen: Bevölkerung, Individuum, Gesellschaft - Theorien und soziale Dimensionen der Fortpflanzung; 1988, S. 83

[740] SCHNEEWIND, Klaus A. in: OERTER, Rolf/MONTADA, Leo (Hg.): Entwicklungspsychologie, 1998, S. 129-130 m.w.N.

[741] SCHNEEWIND, Klaus A. in: OERTER, Rolf/MONTADA, Leo (Hg.): Entwicklungspsychologie, 1998, S. 131 m.w.N.

[742] SCHNEEWIND, Klaus A. in: OERTER, Rolf/MONTADA, Leo (Hg.): Entwicklungspsychologie, 1998, S. 129-130 m.w.N.

Eine Einteilung von Familientypen kann auch nach der zwischen den beteiligten Personen bestehenden Bindung erfolgen:

- Funktionale Familie: Bestimmt durch die zur Bewältigung des Alltagslebens erforderlichen Regelungen;
- Rechtliche Familie: Von außen durch die Normen des Rechtssystems bestimmt;
- Wahrgenommene Familie: Definiert durch die subjektive Einschätzung der Zugehörigkeit durch die Familienmitglieder;
- Familie mit langfristigen Verpflichtungen: Gekennzeichnet durch ein hohes Maß an Erwartungen bezüglich Dauerhaftigkeit und Stabilität der wechselseitigen Bindungen;
- Biologische Familie: Bindungen werden aus dem Faktum der Blutsverwandtschaft hergeleitet.[743]

Die „traditionelle Normalfamilie“ wird in der Psychologie als aus einem Mann und einer Frau bestehend beschrieben, welche legal verbunden in einer dauerhaften und sexuell exklusiven Erstehe mit ihren Kindern in einem gemeinsamen Haushalt leben. Dabei widmet sich entsprechend der traditionellen Rollenverteilung der Mann voll dem Berufsleben, während die Frau sich weitgehend aus der Berufstätigkeit zurückzieht, um volle Verantwortung für Haushalt und Kindererziehung zu übernehmen.[744] Nach Ansicht von *Hausen* hat sich die aus dem 19. Jahrhundert fortwirkende Polarisierung der Geschlechtscharaktere entscheidend auf das Verständnis der Familie und der traditionell in ihr ausgeübten Rollen ausgewirkt.[745]

Besondere Aufmerksamkeit ist einer möglichen **Veränderung der realen Verhältnisse** in Familien seit 1949 zu widmen, denn hieran wird ggf. anzuknüpfen sein, wenn ein sozialer Wandel seit Inkrafttreten der Verfassung diskutiert werden soll. Die These der „Krise von Ehe und Familie als Lebensform“ kam im Anschluss an die Veränderungen in diesen Strukturen in den 60er Jahren auf. Damals kam es zu zurückgehenden Heiratsziffern, einer Zunahme des unehelichen Zusammenlebens, einer gewandelten (gelockerten) Sexualmoral, Geburtenrückgang und zunehmender Scheidungshäufigkeit.[746] Die folgenden Indikatoren des familiären Wandels sind seit den 60er Jahren erkennbar:

---

[743] SCHNEEWIND, Klaus A. in: OERTER, Rolf/MONTADA, Leo (Hg.): Entwicklungspsychologie, 1998, S. 128-129 m.w.N.

[744] SCHNEEWIND, Klaus A. in: OERTER, Rolf/MONTADA, Leo (Hg.): Entwicklungspsychologie, 1998, S. 128 m.w.N.

[745] HAUSEN, Karin „Die Polarisierung der ‚Geschlechtscharaktere‘ - Eine Spiegelung der Dissoziation von Erwerbs- und Familienleben“ in: CONZE, Werner (Hg.): Industrielle Welt - Schriftenreihe des Arbeitskreises für moderne Sozialgeschichte, Band 21: Sozialgeschichte der Familie in der Neuzeit Europas, 1976, S. 392

[746] OLBRICH, Erhard/BRÜDERL, Leokadia in: OERTER, Rolf/MONTADA, Leo (Hg.): Entwicklungspsychologie, 1998, S. 410

- Rückgang der Heiratsneigung;
- Zunahme von Ein-Personen-Haushalten;
- Zunahme nichtehelicher Lebensgemeinschaften;
- Rückgang der Geburtenzahlen;
- Verschlechterung der ökonomischen Situation durch Kinder,
- Zunahme der Scheidungsquote;
- Zunahme der Qualifikation und der Erwerbstätigkeit von Frauen;
- Wandel von Lebensprinzipien und Erziehungszielen.[747]

Allerdings muss darauf hingewiesen werden, dass bei der Betrachtung oder Bewertung dieser Veränderungen keine Idealisierung von in der Vergangenheit bestehenden Familienformen stattfinden darf. So war die Mehrgenerationen- oder Großfamilie aufgrund der damals niedrigen durchschnittlichen Lebenserwartung auch in vorindustrieller Zeit seltener als heute allgemein angenommen wird. Tatsächlich kam das Zusammenleben von drei Generationen in einem Haushalt nur selten und dann auch nur über kurze Zeitabschnitte vor.[748] Unsere Vorstellung von der traditionellen Normalfamilie in Form der Vater-Mutter-Kind Familie ist auf ein ideologisches Idealbild zurückzuführen, dass auch in der Vergangenheit nicht den Regelfall der Familie darstellte. Dieses bürgerliche Modell der Kleinfamilie stellt nur einen einzelnen, im 19. Jahrhundert aus den oberen Schichten her kommenden und sich nur langsam in den unteren Volksschichten verbreitenden Typus dar. Dieser Familientypus beruhte auf den Besonderheiten des sich industrialisierenden und prosperierenden 19. Jahrhunderts. Es ist dem bürgerlichen Familienmodell auch vor 1949 niemals gelungen, die unteren und mittleren Volksschichten vollständig zu durchdringen (vgl. hierzu die Darstellung der Gesellschaftswirklichkeit zwischen 1871 und 1933 im Abschnitt 2.1.1.).[749] Teilweise ist auch eine Idealisierung der Zeit zwischen 1950 und 1970 zu beobachten, bei der die Gesellschaftswirklichkeit des kriegsbedingten Frauenüberhanges und der damit verbundenen hohen Zahl alleinerziehender Frauen ausgeblendet wird. Tatsächlich existierte in diesem Zeitraum die Familienform der traditionellen Normalfamilie mit verheirateten Eltern und 2-3 Kindern nur bei einem geringen Teil der Bevölkerung.[750] Die „frühere“ Familie ist dementsprechend nicht als Modell geeignet, um einen bedrohlichen Funktions- oder Bedeutungsverlust der

---

[747] SCHNEEWIND, Klaus A. in: OERTER, Rolf/MONTADA, Leo (Hg.): Entwicklungspsychologie, 1998, S. 147 m.w.N.

[748] DIENEL, Christiane: Familienpolitik - Eine praxisorientierte Gesamtdarstellung der Grundlagen, Handlungsfelder und Probleme, 2002, S. 12

[749] DIENEL, Christiane: Familienpolitik - Eine praxisorientierte Gesamtdarstellung der Grundlagen, Handlungsfelder und Probleme, 2002, S. 13

[750] DIENEL, Christiane: Familienpolitik - Eine praxisorientierte Gesamtdarstellung der Grundlagen, Handlungsfelder und Probleme, 2002, S. 14

heutigen Familie zu skandalisieren.[751] Tatsächlich ist derzeit eine Degeneration der Familie nicht zu beobachten (sog. „Degenerations-Mythos"),[752] es haben sich nur Änderungen in der Struktur der Familie ergeben: Während sich im Laufe des 20. Jahrhunderts die Überlebensrate von Kindern in den Industrienationen (im krassen Gegensatz zu den Verhältnissen in den Entwicklungsländern) deutlich erhöht hat, ist durch den gleichzeitigen Geburtenrückgang die Anzahl der Kinder im Verhältnis zur Gesamtbevölkerung kontinuierlich gesunken. Auch wird der Zeitpunkt der ersten Geburt eines Kindes von den Eltern immer weiter hinausgeschoben.[753] In Bezug auf die Kinderzahl in den Familien sind folgende Entwicklungen zu verzeichnen: Der Anteil der Einzelkinder hat sich erstaunlicherweise seit den 50er Jahren nur unwesentlich verändert. Der Rückgang der Geburten beruht in erster Linie darauf, dass sich immer mehr Menschen ganz gegen Kinder entscheiden oder sich gegen mehr als 2 bis 3 Kinder entscheiden.[754] Als Folge dieser Entwicklung wachsen nur noch wenige Kinder mit mehr als einem Geschwisterkind auf.[755] Pro Kind gibt es immer mehr vertikale Verwandtschaft (Eltern, Stiefeltern, Großeltern, Urgroßeltern[756]) und immer weniger laterale Verwandtschaft (Geschwister, Cousins und Cousinen, Tanten und Onkel). Damit haben sich auch die Familienstrukturen verändert, sowie die sozialen Beziehungen, in die ein Kind hineinwächst. Erheblich verändert hat sich gleichzeitig auch das Verhalten der Eltern, insbesondere deren Tagesrhythmus, Essensgewohnheiten, Gesundheitsverhalten, häusliche Anwesenheit, soziale Beziehungen, Erziehungsvorstellungen und Erziehungsverhalten. Die Auswirkungen dieser Veränderung der Lebensumwelt von Kindern sind derzeit Gegenstand intensiver familienpsychologischer Forschung.[757]

Gründe für die Suche nach alternativen Lebensformen, den Anstieg des Heiratsalters und die sinkenden Geburtenziffern können u.a. darin gesehen werden, dass die Handlungsoptionen bei der Lebensplanung an den tatsächlichen Lebensbedingungen ausgerichtet werden. Hierzu gehören ein mangelndes Vertrauen in traditionelle Rollen- und Familienmodelle, die nicht mehr in der Lage sind, den faktischen Anforderungen an

---

751 DIENEL, Christiane: Familienpolitik - Eine praxisorientierte Gesamtdarstellung der Grundlagen, Handlungsfelder und Probleme, 2002, S. 14

752 DIENEL, Christiane: Familienpolitik - Eine praxisorientierte Gesamtdarstellung der Grundlagen, Handlungsfelder und Probleme, 2002, S.11

753 DIENEL, Christiane: Familienpolitik - Eine praxisorientierte Gesamtdarstellung der Grundlagen, Handlungsfelder und Probleme, 2002, S. 16-17

754 LAUTERBACH, Wolfgang: „Kinder in ihren Familien - Lebensformen und Generationsgefüge im Wandel", in: LANGE, Andreas/LAUTERBACH, Wolfgang (Hg.): Kinder in Familie und Gesellschaft - zu Beginn des 21sten Jahrhunderts, 2000, S. 163, 165

755 DIENEL, Christiane: Familienpolitik - Eine praxisorientierte Gesamtdarstellung der Grundlagen, Handlungsfelder und Probleme, 2002, S. 16-17

756 LAUTERBACH, Wolfgang: „Kinder in ihren Familien - Lebensformen und Generationsgefüge im Wandel", in: LANGE, Andreas/LAUTERBACH, Wolfgang (Hg.): Kinder in Familie und Gesellschaft - zu Beginn des 21sten Jahrhunderts, 2000, S. 165, 171, 176-177

757 RAUH, Hellgard in: OERTER, Rolf/MONTADA, Leo (Hg.): Entwicklungspsychologie, 1998, S. 170

den Arbeitsmarkt (Stichwort: Flexibilität), an die Partnerschaft (Stichwort: Gleichberechtigung) und die Freizeit (Stichwort: Selbstverwirklichung) zu genügen. Auch die verspätete Ablösung junger Menschen vom Elternhaus, die sich nicht selten bis ins vierte Lebensjahrzehnt hinzieht, stellt eine Ursache für die späte Gründung einer eigenen traditionellen Familie dar.[758]

Der dargestellte Wandel der Familienstrukturen ist nicht zwingend als nachteilig zu beurteilen. Nach *Schneewind* hat mit dem Wegfall gesellschaftlich vorgegebener äußerer Verbindlichkeitsformen für zwischenmenschliche (familiäre) Beziehungen die Bedeutung der inneren Verbindlichkeit für diese Beziehungen zugenommen. Wörtlich führt er zu diesem Punkt aus:

> „Beziehungen im Kontext von Ehe und Familie sollen - so der idealtypische Entwurf - nicht mehr von gesellschaftlich vorgegebenen Leitbildern des Ehe- und Familienlebens bestimmt und damit außenbestimmt sein. Darin besteht der eigentliche Antrieb zur Deinstitutionalisierung dieser beiden Lebensmodelle, ohne daß dabei von vornherein auf Beziehungen und zwar auch auf dauerhafte und verbindliche Beziehungen verzichtet wird. Der Aufbau von dauerhaften und verbindlichen Beziehungen bedeutet jedoch ihre schrittweise, diesmal allerdings selbstgestaltete und verantwortete Institutionalisierung. Mit anderen Worten: Der Deinstitutionalisierung gesellschaftlich vorgegebener Beziehungsmuster steht idealerweise die Re-Institutionalisierung von Ehe und Familie bzw. deren äquivalenten Lebensformen als selbstkonstruktiver Prozeß gegenüber - ein Prozeß, bei dem alle Beteiligten zu Architekten ihres Beziehungssystems werden.“[759]

Nach *Dienel* ist ein wichtiger Aspekt der Pluralisierung familiärer Lebensformen, dass Familie nicht mehr ein von der Gesellschaft vorgelebtes Muster ist, dessen vorgegebene Strukturen nur noch von den Beteiligten entsprechend ihrer Geschlechterrollen ausgefüllt werden müssen, statt dessen liegt es an den Familienmitgliedern, ihre individuelle Form des Zusammenlebens selbst zu gestalten.[760]

Es darf jedoch nicht übersehen werden, dass trotz aller geschilderter Veränderungen der Familienstruktur seit den 60er Jahren eine radikale Abkehr vom der traditionellen Familie im Sinne eines Ersatzes ihrer Strukturen durch völlig neue Formen von Partnerschaft und Elternschaft nicht stattgefunden hat. Insbesondere stellen Kinder auch nach wie vor einen bedeutsamen Bestandteil in der Lebensplanung von Frauen und Männern dar.[761] Dementsprechend ist die Eltern-Kind-Familie derzeit immer noch der dominante

---

[758] GRUNDMANN, Matthias: Kindheit, Identitätsentwicklung und Generativität“, in: LANGE, Andreas/LAUTERBACH, Wolfgang (Hg.): Kinder in Familie und Gesellschaft - zu Beginn des 21sten Jahrhunderts, 2000, S. 98-99

[759] SCHNEEWIND, Klaus A. in: OERTER, Rolf/MONTADA, Leo (Hg.): Entwicklungspsychologie, 1998, S. 149

[760] DIENEL, Christiane: Familienpolitik - Eine praxisorientierte Gesamtdarstellung der Grundlagen, Handlungsfelder und Probleme, 2002, S. 24

[761] OLBRICH, Erhard/BRÜDERL, Leokadia in: OERTER, Rolf/MONTADA, Leo (Hg.): Entwicklungspsychologie, 1998, S. 410

Familientyp in Deutschland.[762] Im Jahr 1994 wuchs z.B. trotz zunehmender Scheidungsziffern und einer zunehmenden Zahl nichtehelicher Lebensgemeinschaften der ganz überwiegende Teil aller Kinder in vollständigen Familien auf. Nahezu 90 % aller Kinder verbringen ihre gesamte Jugend mit zwei Eltern, allerdings handelt es sich hierbei zum Teil um Stiefeltern. Schätzt man deren Anteil auf ca. 10 %, so leben ca. 80 % aller Kinder bis zum 18. Lebensjahr bei ihren beiden leiblichen Eltern.[763] Im Mai 2000 lebten in Deutschland ca. 77 % aller Kinder bei verheirateten Eltern. Von den ca. 23 %, die bei Alleinerziehenden aufwuchsen, lebten ca. 4 % beim Vater und ca. 19 % bei der Mutter.[764] Dementsprechend lebt nach wie vor ein großer Teil der Kinder in einer Vater-Mutter-Kind-Familie.[765] Hieraus kann gefolgert werden, dass sich die Pluralisierung der Lebensformen viel weniger auf die Lebenswirklichkeit von Kindern ausgewirkt hat, als dies allgemein angenommen wird.[766] Vielmehr weisen die familiären Beziehungen aus der Sicht der Kinder heutzutage im Vergleich mit historischen Familienformen eine deutlich höhere Stabilität auf: Zwar gibt es im Vergleich zu früher mehr Scheidungskinder (Scheidungen kommen allerdings vermehrt bei kinderlosen Ehepaaren oder bei Paaren mit nur einem Kind vor), dafür verlieren aber viel weniger Kinder ihre Eltern durch Krankheit und Tod.[767] Die Anzahl der nichtehelichen Geburten ist seit Inkrafttreten des Grundgesetzes erheblich gestiegen, wie die Statistik zum Anteil der nichtehelichen Geburten (an den Geburten/Jahr) zeigt:

BRD:	1960:	6,3 %	1984:	9,1 %
DDR:	1960:	11,6 %	1984:	33,5 % [768]

Um die Jahrtausendwende wurden im ehemaligen West-Deutschland bereits ca. 15 % der Kinder nichtehelich geboren, im ehemaligen Ost-Deutschland bereits ca. 40-60 %.[769]

---

[762] SCHNEEWIND, Klaus A. in: OERTER, Rolf/MONTADA, Leo (Hg.): Entwicklungspsychologie, 1998, S. 146 m.w.N.

[763] SCHIMKE, Hans-Jürgen: Das neue Kindschaftsrecht; 1998, S. 13

[764] DIENEL, Christiane: Familienpolitik - Eine praxisorientierte Gesamtdarstellung der Grundlagen, Handlungsfelder und Probleme, 2002, S. 19

[765] LAUTERBACH, Wolfgang: „Kinder in ihren Familien - Lebensformen und Generationsgefüge im Wandel“, in: LANGE, Andreas/LAUTERBACH, Wolfgang (Hg.): Kinder in Familie und Gesellschaft - zu Beginn des 21sten Jahrhunderts, 2000, S. 177-178; DIENEL, Christiane: Familienpolitik - Eine praxisorientierte Gesamtdarstellung der Grundlagen, Handlungsfelder und Probleme, 2002, S. 20

[766] LAUTERBACH, Wolfgang: „Kinder in ihren Familien - Lebensformen und Generationsgefüge im Wandel“, in: LANGE, Andreas/LAUTERBACH, Wolfgang (Hg.): Kinder in Familie und Gesellschaft - zu Beginn des 21sten Jahrhunderts, 2000, S. 179

[767] LAUTERBACH, Wolfgang: „Kinder in ihren Familien - Lebensformen und Generationsgefüge im Wandel“, in: LANGE, Andreas/LAUTERBACH, Wolfgang (Hg.): Kinder in Familie und Gesellschaft - zu Beginn des 21sten Jahrhunderts, 2000, S. 177

[768] CROMM, Jürgen: Bevölkerung, Individuum, Gesellschaft - Theorien und soziale Dimensionen der Fortpflanzung; 1988, S. 82, FN 1

[769] Bericht der Ärztezeitung „In den USA kommt es bei IVF in 80 Prozent zu Mehrlingsgeburten“ vom 21.06.2000

Wie die bereits vorgestellten Zahlen zu den tatsächlichen Verhältnissen, in denen Kinder aufwachsen, zeigen, führt diese Zunahme der nichtehelichen Geburten allerdings nicht zwingend zu einer gleich hohen Zunahme der alleinerziehenden Eltern. Viele nichtehelich geborene Kinder wachsen inzwischen trotz der fehlenden Eheschließung zwischen den Eltern mit beiden Eltern als sozialen Bezugspersonen auf.

Zusammenfassend ist zur Gesellschaftswirklichkeit um die Jahrtausendwende festzuhalten, dass sich das familiäre Umfeld, in dem Kinder aufwachsen, immer noch für die überwiegende Zahl der Kinder als Vater-Mutter-Kind Familie beschreiben lässt, auch wenn es immer häufiger vorkommt, dass die sozialen Eltern nicht miteinander verheiratet sind. In der Lebenswelt junger Erwachsener ist neben die eheliche Fortpflanzung als gesellschaftlich akzeptierte Alternative die außereheliche Fortpflanzung getreten, wobei von der Mehrheit der Personen, die eine Elternschaft anstreben, immer noch die eheliche Fortpflanzung vorgezogen wird.

Im Anschluss an diesen Überblick zur Gesellschaftswirklichkeit der Familie in Deutschland ist nunmehr der **verfassungsrechtliche Begriff der Familie** in Art. 6 Abs. 1, 2. Alt. GG zu untersuchen.

Aus der bereits in Bezug auf den Schutz der Ehe (Art. 6 Abs. 1, 1. Alt GG) geschilderten **Entstehungsgeschichte** des Art. 6 Abs. 1 GG ergibt sich, dass der Verfassungsgeber neben der ehelichen Familie auch die nichteheliche Familie unter den besonderen Schutz der staatlichen Ordnung stellen wollte (vgl. Abschnitt 2.3.5.1.2.). Zu diesem Schutzumfang von Art. 6 GG äußert sich *Badura* wie folgt:

> „Das Grundgesetz setzt Ehe und Familie nebeneinander und stellt beide unter den besonderen Schutz des Staates, ohne die Zuordnung der rechtlich geordneten Ehe zu der rechtlichen und natürlichen Lebensgemeinschaft der Familie ausdrücklich zu bestimmen. Auch wenn es die Kennzeichnung der Ehe als „Grundlage des Familienlebens“ in Art. 119 Abs. 1 WRV schließlich nicht übernommen hat, so hat es sich von der das Familienrecht beherrschenden Vorstellung nicht abgewandt, daß die Familie als eine durch Abstammung und Verwandtschaft vermittelte Personenverbindung typischerweise und generationenübergreifend durch die Ehe von Mann und Frau entsteht. Auf der anderen Seite wird die sich in der rechtlich geordneten Lebensgemeinschaft von Mann und Frau nicht erschöpfende Familie - wie schon in Art. 119 Abs. 2 WRV - als selbständiger Gegenstand und Tatbestand staatlichen Schutzes und staatlicher Fürsorge behandelt. Damit kann naturgemäß nicht allein die konkrete Ehe oder das Rechtsinstitut der Ehe gemeint sein. Anknüpfungspunkt des ‚Schutzversprechens' ist der natürliche und soziale Sachverhalt der Abstammung und, in differenzierter Intensität, die Verwandtschaft. Die spezielleren Garantien und Rechtszuweisungen des Art. 6 für die den Eltern obliegende Pflege und Erziehung der Kinder, für die Mutter und für die unehelichen Kinder sind offensichtlich nicht auf die in einer Ehe geborenen Kinder beschränkt. Die „wertentscheidende Grundsatznorm“ des Art. 6 Abs. 1 reicht über die Institutsgarantie der Ehe hinaus.“[770]

[770] BADURA in: MAUNZ, Theodor/DÜRIG, Günter (Hg.): Kommentar zum Grundgesetz; Art. 6, RN 23, Stand: 43. Ergänzungslieferung, Februar 2004

Damit stellt *Badura* ausdrücklich fest, dass auch die nichteheliche Familie von Art. 6 Abs. 1, 2. Alt. GG geschützt werden sollte. Dieses Ergebnis der historischen Interpretation bestätigen die nachfolgenden Inhaltsbestimmungen des Art. 6 Abs. 1, 2. Alt. GG durch **Rechtsprechung und Literatur**. Zur Familie im Sinne dieser Vorschrift gehört nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes grundsätzlich die *„umfassende Gemeinschaft zwischen Eltern und Kindern".*[771] Geschützt wird hiernach das Zusammenleben verschiedener Generationen, d.h. es müssen zumindest eine Person mit Elternfunktion und mindestens ein Kind eine (Lebens-)Gemeinschaft bilden.[772] Schutzobjekt des Art. 6 Abs. 1 GG ist nicht die Generations-Großfamilie, sondern die moderne Kleinfamilie in Form der Eltern-Kind-Familie.[773] Da Art. 6 Abs. 1, 2. Alt. GG das Eltern-Kind-Verhältnis schützt, sind grundsätzlich eheliche Familien mit genetisch und physiologisch eigenen Kindern ebenso vom Schutzbereich umfasst wie nichteheliche Familien mit ebensolchen eigenen Kindern.[774] Unverheiratete Paare **mit** Kindern können sich dementsprechend nach übereinstimmender Meinung in Literatur und Rechtsprechung ebenso wie verheiratete Paare auf Art. 6 GG Abs. 1, 2. Alt. GG berufen.

Weiterhin ist zu klären, ob es für den Schutz der Familie darauf ankommt, ob das Eltern-Kind-Verhältnis aus einer genetischen oder physiologischen Fortpflanzung der Eltern (sog. „blutsmäßige" oder „biologische Abstammung") hervorgegangen ist. Der Schutz der blutsmäßigen Abstammung wird zwar grundsätzlich von Art. 6 Abs. 1 2. Alt. GG bezweckt, der Schutzbereich ist aber nicht auf Eltern-Kind-Beziehungen mit solcher Abstammung voneinander beschränkt. So werden neben der vollständigen Kleinfamilie aus Vater, Mutter und Kindern auch andere Formen des Zusammenlebens verschiedener Generationen als Familie anerkannt (z.B. nichteheliche Mütter oder Väter allein mit den Kindern, Eltern mit Adoptiv-, Stief- oder Pflegekindern).[775] Auch Familien, bei denen nur rechtliche und/oder soziale Elternschaft vorliegt (z.B. bei Adoption, Pflegefamilien), fallen in den Schutzbereich des Art. 6 Abs. 1, 2. Alt GG.[776] Der Begriff Eltern gilt daher bei der

---

[771] BVerfG, Urteil vom 29.07.1959, 1 BvR 205, 332, 333, 367/58, 1 BvL 27, 100/58, BVerfGE 10, 59 (66)

[772] OTT, Sieghart: Die Begriffe „Ehe und Familie" in Art. 6 I GG, NJW 1998, 117 ff. (118)

[773] ANTONI in: HÖMIG, Dieter/SEIFERT, Karl-Heinz (Hg.): Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland - Taschenkommentar; Art. 6 RN 6; a.A. PIEROTH in: JARASS, Hans D./PIEROTH, Bodo: Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 2004; Art. 6 RN 4 m.w.N.

[774] ANTONI in: HÖMIG, Dieter/SEIFERT, Karl-Heinz (Hg.): Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland - Taschenkommentar; Art. 6 RN 2; SCHUMANN, Eva: Die nichteheliche Familie - Reformvorschläge für das Familienrecht, 1998, S. 194

[775] SCHMITT-KAMMLER in: Sachs, Michael (Hg.): Grundgesetz Kommentar, 2003; Art. 6 RN 15 mit umfangreichen Beispielen; von MÜNCH, Ingo: Verfassungsrecht und nichteheliche Lebensgemeinschaft, in: LANDWEHR, Götz (Hg.): Die nichteheliche Lebensgemeinschaft, 1978, S. 137 ff. (141)

[776] PIEROTH in: JARASS, Hans D./PIEROTH, Bodo: Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 2004; Art. 6 RN 4

Bestimmung des für die Definition der Eltern-Kind-Familie entscheidenden Elternbegriffs von Art. 6 Abs. 1, 2. Alt. GG nicht nur in Bezug auf verheiratete Eltern mit ehelichen Kindern, sondern umfasst alle Formen von Familien, ungeachtet ihres konkreten Aufbaus, ihrer rechtlichen Gestaltung und der Art und Weise der Fortpflanzung, aus der die Kinder hervorgegangen sind.[777]

Eine nichteheliche Lebensgemeinschaft **ohne** Kinder erfüllt nicht die vorgenannten, von Rechtsprechung und Literatur aufgestellten Definitionsmerkmale einer Familie, da es am Zusammenleben verschiedener Generationen im Eltern-Kind-Verhältnis fehlt. Dementsprechend ist die nichteheliche Lebensgemeinschaft ohne Kinder nicht vom Schutz der Familie im Art. 6 Abs. 1, 2. Alt. GG umfasst.[778] Dies gilt entsprechend für alleinstehende Personen ohne Kinder.

2.3.6.1.2. Ist die Fortpflanzung vom Schutz der Familie umfasst?

Innerhalb einer Ehe ist die Entscheidung für die Familiengründung über Art. 6 Abs. 1, 1. Alt. GG als Teil der Freiheit der Eheführung geschützt (vgl. Abschnitt 2.3.5.1.2.). Ob gleichzeitig die Entscheidung für die Familiengründung bei Ehepaaren auch über Art. 6 Abs. 1, 2. Alt. GG geschützt wird, ist den Stellungnahmen von Rechtsprechung und Literatur nicht präzise zu entnehmen, da i.d.R. nur auf Art. 6 Abs. 1 GG Bezug genommen wird.[779] Offen ist, ob die Entscheidung eines unverheirateten Paares ohne Kinder, eine Familie zu gründen, von Art. 6 Abs. 1, 2. Alt. GG geschützt wird.

Wie bereits im vorangehenden Abschnitt 2.3.6.1.1. festgestellt, fallen Paare ohne Kinder oder Einzelpersonen grundsätzlich nicht in den Schutzbereich der Familie. Es ist deshalb zu untersuchen, ob dies uneingeschränkt gilt, oder ob möglicherweise ausnahmsweise auch unverheiratete Paare den Schutzbereich des Art. 6 Abs. 1, 2. Alt. GG für sich in Anspruch nehmen können, wenn es um die Frage geht, ob sie sich miteinander fortpflanzen dürfen. Sind also auch die positive Fortpflanzungsentscheidung und die Durchführung der entsprechenden Handlungen, die naturgemäß darauf gerichtet sind, Kinder überhaupt zum Entstehen zu bringen, bereits dem Schutzbereich des Art. 6 Abs. 1, 2. Alt GG zuzuordnen? Dem **Wortlaut** und der **Entstehungsgeschichte** von Art. 6 Abs. 1 GG sind zu diesem Punkt keine klaren Aussagen zu entnehmen. **Gerichtsentscheidungen** zu dieser Frage existieren ebenfalls nicht. Daher muss versucht werden, diese Frage anhand der Aussagen der Literatur und der Auslegung des Grundgesetzes in Bezug auf den Umfang des Schutzes der Familie zu klären.

[777] Selbst der biologische, aber nicht rechtliche Vater eines Kindes bildet mit diesem eine Familie, die unter dem Schutz des Art. 6 Abs. 1 GG steht, wenn zwischen ihm und dem Kind eine soziale Beziehung besteht, die darauf beruht, dass er zumindest eine Zeit lang tatsächlich Verantwortung für das Kind getragen hat (BVerfG, Beschluss vom 09.04.2003, 1 BvR 1493/96 und 1 BvR 1724/01, NJW 2003, S. 2151 ff., 2155)

[778] ZWIßLER, Finn: Die nichteheliche Lebensgemeinschaft - Grundlagen und Muster für die anwaltliche Praxis; 1999, S. 32

[779] z.B. BVerfG, Beschluss vom 12.05.1987, 2 BvR 1226/83, 101, 313/84, BVerfGE 76, 1 ff. (42)

Als erstes ist zu untersuchen, ob überhaupt die nichteheliche Fortpflanzung Grundrechtsschutz genießen kann, oder ob ein solches Grundrecht bereits deswegen ausgeschlossen ist, weil dies der Vorstellung des Grundgesetzgebers widerspricht, dass Fortpflanzung grundsätzlich innerhalb einer bestehenden Ehe durchgeführt werden soll (vgl. Abschnitt 2.3.5.1.2.). Ein solcher Ausschluss liegt nicht vor. Art. 6 Abs. 1, 1. Alt GG gebietet es dem Gesetzgeber nicht, die Ehe vor aufkommenden Alternativen des zwischenmenschlichen Zusammenlebens zu schützen. Lediglich die Benachteiligung der Ehe gegenüber anderen Formen des menschlichen Zusammenlebens (z.B. der nichtehelichen Lebensgemeinschaft) ohne sachlichen Differenzierungsgrund ist aufgrund der Verfassungsgarantie des Art. 6 Abs. 1, 1. Alt. GG unzulässig.[780] Demgemäß gebietet der Schutz der Ehe keinen Konkurrenzschutz gegenüber anderen Formen des zwischenmenschlichen Zusammenlebens. Neben der Ehe können daher auch andere Lebensformen als äußerer Rahmen der Fortpflanzung vom Gesetzgeber zugelassen werden. Die Ehe darf nur nicht gegenüber solchen anderen Formen des Zusammenlebens benachteiligt werden. Der Schutz der Ehe und die Vorstellung des Gesetzgebers, dass Fortpflanzung in erster Linie innerhalb einer bestehenden Ehe stattfinden soll, schließen es daher nicht aus, dass auch die außereheliche Fortpflanzung Grundrechtsschutz genießt.

Nunmehr ist zu klären, ob ein unverheiratetes Paar aus Art. 6 Abs. 1, 2. Alt. GG einen Anspruch auf die Entscheidung für Kinder und die ungehinderte Ausführung der zur Umsetzung dieser Entscheidung notwendigen Handlungen hat.

Grundsätzlich gilt, dass das von Art. 6 Abs. 1 GG geschützte Verhalten auch die Familiengründung und alle Bereiche des familiären Zusammenlebens umfasst.[781] Allerdings ist zu beachten, dass diese Aussage in der Regel in Bezug auf die eheliche Familiengründung getroffen wurden. Fraglich ist, was grundsätzlich als der Zeitpunkt der Familiengründung anzusehen ist. Hierfür kommen als Hauptzäsuren des Fortpflanzungsgeschehens, soweit es dem Einfluss der Wunscheltern unterliegt, in Betracht:

(a) die Entscheidung für ein Kind und die Initiierung der zur Umsetzung der Entscheidung notwendigen Handlungen;
(b) die Zeugung eines Kindes;
(c) die Geburt eines Kindes.

---

[780] ZWIßLER, Finn: Die nichteheliche Lebensgemeinschaft - Grundlagen und Muster für die anwaltliche Praxis; 1999, S. 33

[781] BVerfG, Beschluss vom 12.05.1987, 2 BvR 1226/83, 101, 313/84, BVerfGE 76, 1 ff. (42); ANTONI in: HÖMIG, Dieter/SEIFERT, Karl-Heinz (Hg.): Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland - Taschenkommentar; Art. 6 RN 6; PIEROTH in: JARASS, Hans D./PIEROTH, Bodo: Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 2004; Art. 6 RN 5

Anerkannt ist, dass eine dem Schutz des Art. 6 Abs. 1, 2. Alt. GG unterfallende Familie spätestens mit der Geburt eines Kindes vorliegt.[782] Inzwischen hat sich auch die Ansicht durchgesetzt, dass bereits bei einem unverheirateten Paar ab Zeugung und Empfängnis eines Kindes der Schutzbereich der Familie eröffnet ist.[783] Allerdings sind zu diesem Zeitpunkt die meisten für die Tätigkeit Fortpflanzung erforderlichen Handlungen bereits durchgeführt worden: Soweit willentliche Handlungen der Eltern zur Fortpflanzung erforderlich sind (z.B. einverständlicher Geschlechtsverkehr, Inanspruchnahme eines Arztes zur Zeugung eines Kindes), finden diese vor der Zeugung des Kindes und damit vor dem anerkannten Zeitpunkt des Entstehens einer von Art. 6 Abs. 1, 2. Alt GG geschützten Familie statt. Obwohl die Vollendung der Fortpflanzung (Schwangerschaft und Geburt) durch die Frau noch eine erhebliche Belastung darstellen kann, ist dieser Vorgang keine ihrer freien Entscheidung unterliegende Handlungsoption. Mit der Nidation des Kindes in der Gebärmutter der Frau wird vielmehr ein biologischer Kausalverlauf in Gang gesetzt, der aufgrund willensgesteuerten Handelns allein im Wege des Schwangerschaftsabbruchs beendet werden kann. Demzufolge nutzt ein Schutz durch Art. 6 Abs. 1, 2. Alt. GG ab dem Zeitpunkt der Zeugung und Empfängnis eines Kindes nur Paaren, die in der Lage sind, sich ohne ärztliche Hilfe fortzupflanzen. Paare, die auf die Inanspruchnahme ärztlicher Hilfe angewiesen sind, können ja gerade kein Kind zeugen oder empfangen. Aus diesen Gründen wäre es bei unverheirateten Paaren für einen effektiven Schutz der Familiengründung, wenn dieser durch Art. 6 Abs. 1, 2. Alt. GG erfolgen soll, notwendig, den Zeitpunkt der Familiengründung auf die Initiierung der zur Fortpflanzung erforderlichen Handlungen (z.B. auch Inanspruchnahme medizinischer Hilfe) vorzuverlegen. Insoweit ist die Rechtslage unklar. Für den Zeitraum vor der Entstehung eines Kindes, d.h. für die Phase der Planung der Zeugung und - sofern erforderlich - der Inanspruchnahme von Methoden der medizinisch assistierten Fortpflanzung durch ein unverheiratetes Paar, das sich nicht auf normalem Wege fortpflanzen kann, fehlt es an eindeutigen rechtlichen Stellungnahmen. In Bezug auf diesen Punkt äußert sich *Coester-Waltjen* wie folgt:

> „Für die Familie bedeutet Art. 6 I als Abwehrrecht, daß der Staat die Freiheit der Familiengründung im Prinzip ermöglichen muss, beschränkt nur durch andere entgegenstehende Grundrechte (Robbers, vMKS, Rn. 92). Zwangssterilisation (vgl. § 1905 BGB) und sonstige Beschränkungen der Fortpflanzungsmöglichkeiten (vgl. EmbrSchG) bedürfen daher einer besonderen Legitimation, wobei die Argumentation mit dem Wohl des Kindes, dessen Zeugung gerade verhindert werden soll, problematisch ist, weil sie den grundsätzlichen Wert des menschlichen Lebens in Frage stellt.“[784]

---

[782] SCHUMANN, Eva: Die nichteheliche Familie - Reformvorschläge für das Familienrecht, 1998, S. 194

[783] REICH, Andreas: Magdeburger Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 1998, Art. 6 GG, RN 1

[784] COESTER-WALTJEN in: von MÜNCH, Ingo/KUNIG, Philip (Hg.): Grundgesetz-Kommentar, 5. Auflage 2000, Art. 6 RN 33

Diesen Ausführungen lässt sich entnehmen, dass der Staat die Familiengründung auch dann ermöglichen muss, wenn hierzu ärztliche Hilfe erforderlich ist. Im Grundsatz wäre dann auch für ein unverheiratetes Paar der Anspruch aus Art. 6 Abs. 1, 2. Alt. GG auf Familiengründung anzuerkennen. Dies bedeutet, dass die Inanspruchnahme von Methoden der medizinisch assistierten Fortpflanzung durch ein unverheiratetes Paar vom Schutz der Familie als Teil des Rechts auf Familiengründung umfasst wäre.

Nach *Robbers* umfasst der Schutzbereich in Bezug auf die Familiengründung ausdrücklich auch die Entscheidung für die Gründung einer Familie durch den Entschluss, Kinder zu bekommen. Er begründet dies wie folgt:

> „Maßnahmen, die die Bereitschaft mindern, Kinder zu haben, sind verfassungswidrig, wenn sie nicht durch überwiegende andere verfassungsrechtlich geschützte Belange gerechtfertigt sind. Gegen Art. 6 Abs. 1 würde das Verbot verstoßen, Kinder zu bekommen. Auch die Entscheidung der Grundrechtsberechtigten über die Zahl der Kinder und wann sie sie bekommen wollen, ist durch Art. 6 Abs. 1 geschützt.“[785]

Allerdings beziehen sich die von *Robbers* in Bezug auf diese Feststellung zitierten Quellen nur auf den Entschluß zur Familiengründung innerhalb einer bestehenden Ehe, innerhalb derer der Schutz der Familiengründung aus Art. 1 Abs. 1, 1. Alt. GG (Schutz der Ehe) und nicht aus Art. 1 Abs. 1, 2. Alt. resultiert. Hier ist aber gerade die Frage zu klären, ob Art. 6 Abs. 1, 2. Alt. GG die Familiengründung auch außerhalb einer bestehenden Ehe schützt. Im Ergebnis lässt sich weder aus der Aussage von *Coester-Waltjen*, noch aus der Stellungnahme von *Robbers* eine eindeutige Ausdehnung des Schutzbereiches von Art. 6 Abs. 1, 2. Alt GG auf ein unverheiratetes Paar ohne Kinder in Bezug auf die Umsetzung einer Fortpflanzungsentscheidung ableiten.

Zum Teil ist unverheirateten Paaren in der Literatur sogar ein Recht auf die Inanspruchnahme von Methoden der medizinisch assistierten Fortpflanzung aus dem Schutzbereich des Art. 6 Abs. 1, 2. Alt. GG ausdrücklich abgesprochen worden.[786] Nach Ansicht von *Reich* wird z.B. eine nichteheliche Gemeinschaft erst zur Familie und fällt dementsprechend unter den Schutz des Art. 6 Abs. 1 GG, wenn sie Kinder zumindest gezeugt hat.[787] Allein mit dem Willen, ein Kind zu zeugen, unterfällt ein unverheiratetes Paar nach dieser Ansicht noch nicht dem Schutzbereich des Art. 6 Abs. 1, 2. Alt. GG. Ist eine natürliche Zeugung nicht möglich, so kann sich ein nichteheliches Paar für die Inanspruchnahme ärztlicher Hilfe nach der Argumentation von *Reich* nicht auf den Schutz der Familie berufen.

---

[785] ROBBERS in: v. MANGOLDT, Hermann/KLEIN, Friedrich/STARCK, Christian (Hg.): Das Bonner Grundgesetz, 4. Auflage 1999, Art. 6 RN 92

[786] SCHUMANN, Eva: Die nichteheliche Familie - Reformvorschläge für das Familienrecht, 1998, S. 194

[787] REICH, Andreas: Magdeburger Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 1998, Art. 6 GG, RN 1

Nach einer anderen in der Literatur vertretenen Ansicht ist bei unverheirateten Paaren der Schutz der Fortpflanzungsentscheidung und der zur Umsetzung erforderlichen Handlungen nicht dem Art. 6 Abs. 1, 2. Alt. GG, sondern dem Art. 2 Abs. 1 GG zuzuweisen. Nach *Richter* ist der Schutz der nichtehelichen Lebensgemeinschaft vorrangig aus Art. 2 Abs. 1 GG zu entwickeln. Er führt hierzu aus, Art. 2 Abs. 1 GG gewähre nicht nur das Grundrecht auf die Begründung einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft[788] , sondern verpflichte den Staat auch zum Schutz dieses Grundrechts.[789] In Anlehnung an die Ausführungen von *Richter* könnte als Minus zur Schutzverpflichtung auch eine Verpflichtung angenommen werden, sich eines Eingriffs durch Verbot in Bezug auf die Fortpflanzung ggf. zu enthalten.

Zusammenfassend ist festzustellen, dass es in der Literatur an klaren Aussagen zur Ausdehnung des Schutzes der Familiengründung auf die Initiierung der Fortpflanzung bei unverheirateten Paaren fehlt. Ein solcher Schutz wird sowohl aufgrund von Art. 6 Abs. 1, 2. Alt. GG als auch aufgrund von Art. 2 Abs. 1 GG diskutiert.

Nach der für diese Arbeit vertretenen Ansicht erscheint es aufgrund der systematischen Stellung des Schutzes der Familie und einer Folgenbewertung sachgerecht, unverheiratete Paare am Schutzbereich des Art. 6 Abs. 1, 2. Alt. GG teilhaben zu lassen. Dies kann wie folgt begründet werden:

Als Argument aufgrund der **systematischen Stellung** kann angeführt werden, dass der Schutz der Familie in Art. 6 Abs. 1 GG als gleichberechtigt neben dem Schutz der Ehe stehend anerkannt ist. Weiterhin ist anerkannt, dass der Schutz der Ehe auch die Freiheit der Eheschließung, insbesondere ein Abwehrrecht gegen Eheschließungsverbote umfasst. Es wäre dementsprechend folgerichtig, auch für die Familie ein Abwehrrecht gegen Familiengründungsverbote oder Regelungen mit gleicher Wirkung anzuerkennen.

Gegen eine solche Beurteilung kann vorgebracht werden, dass die Eheschließung durch einen auf Willensentscheidung beruhenden Rechtsakt entsteht, während der Schutz der Familie sich auf einen faktischen Zustand (Gemeinschaft von Eltern und Kindern) bezieht. Hieraus kann aber keine Rechtfertigung einer grundsätzlich unterschiedlichen Behandlung von Gründungsverboten abgeleitet werden. Der Grund für den besonderen Schutz von Ehe und Familie basiert auf der Bedeutung dieser Institutionen für das dauerhafte Zusammenleben vom Menschen, sowie auf der Bedeutung dieser Lebensformen als Keimzelle des Staates. Hinter diesen bei Ehe und Familie gleichermaßen verwirklichten Zielen tritt die unterschiedliche Art der Gründung (Rechtsakt versus Realakt) in den Hintergrund.

---

[788] BVerfG, Beschluss vom 03.04.1990, 1 BvR 1186/87, BVerfGE 82, 6 ff. (16-17)

[789] RICHTER, Ingo in: DENNINGER, Erhard/ ... (Hg.): Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (Reihe Alternativkommentare), Stand: August 2002, Art. 6 RN 36a

Ein weiteres Argument dafür, auch unverheirateten Paaren einen Anspruch auf die Möglichkeit der Fortpflanzung aus Art. 6 Abs. 1, 2. Alt. GG zuzubilligen, kann aus einer **Folgenbewertung** abgeleitet werden. Gesteht man solchen Paaren ohne Kinder für die Initiierung der Familiengründung einen Anspruch aufgrund des Schutzes der Familie nicht zu, kann vor dem ersten Kind eine die Fortpflanzung einschränkende Regelung (z.B. ein Verbot der Inanspruchnahme von Methoden der medizinisch assistierten Fortpflanzung für unverheiratete Personen) nicht aus dem Grundrecht aus Art. 6 Abs. 1, 2. Alt. GG abgewehrt werden. Hat ein nichteheliches Paar aber bereits eines oder mehrere Kinder, so unterfällt es nach übereinstimmender Ansicht in Rechtsprechung und Literatur dem Schutz der Familie und könnte in Bezug auf weitere Kinder eine die Fortpflanzung einschränkende Regelung aufgrund dieses Grundrechtes abwehren. Schließt man unverheiratete Paare vor der Geburt des ersten Kindes vom Schutzbereich der Familie aus, so würde derselbe Sachverhalt, nämlich die Initiierung einer außerehelichen Geburt, unterschiedlich behandelt. Aus der Perspektive der entstehenden Kinder und aus der Perspektive des Staates liegt aber keine unterschiedliche Sachlage vor, da in beiden Fällen bei Geburt des betreffenden Kindes keine Eheschließung zwischen den Eltern besteht.

Hinzu kommt, dass Art. 6 Abs. 1, 2. Alt. GG das zwischenmenschliche Zusammenleben in einer Familie, das als menschliches Grundbedürfnis angesehen wird, schützt. Im Gegensatz zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht, das nur das Individuum und seine Rechte schützt, hat der Art. 6 Abs. 1 GG eine soziale Komponente, die auf den Schutz einer zwischenmenschlichen Gemeinschaft abzielt. Zwei Menschen, die sich dazu entscheiden, miteinander Kinder zu bekommen, treffen, ähnlich wie bei der Entscheidung für eine Eheschließung, eine hochwertige Entscheidung der persönlichen Lebensplanung. Diese ist auch darauf gerichtet ist, die bestehende Geschlechtsgemeinschaft aufrecht zu erhalten und als Familie zusammen mit Kindern zu leben. Dabei ist ein Partner oder eine Partnerin, mit der zusammen die jeweils gegengeschlechtliche Person sich fortpflanzen möchte, auch in einer nichtehelichen Gemeinschaft nicht beliebig austauschbar. Es ist vielmehr als ausgesprochen schwierig anzusehen, eine Person zu finden, mit der ein ausreichender Grad an Übereinstimmung besteht, um zusammen die Entscheidung für Kinder zu treffen. Auch die auf die gemeinsame Zukunft mit Kindern hinstrebende Geschlechtsgemeinschaft verdient den vollen Schutz des Art. 6 Abs. 1, 2. Alt. GG, da sie eine dem Interesse des Staates an seiner Erhaltung dienende Familie gründen will.

Dabei kann gerade der Umstand einer bestehenden Geschlechtsgemeinschaft als wichtiges Kriterium angesehen werden, denn Fortpflanzung und geschlechtliche Gemeinschaft von Mann und Frau bilden eine untrennbare psychologische Einheit, auch wenn der konkret zur Entstehung eines Kindes führende Akt mit ärztlicher Hilfe durchgeführt wird. Der Faktor des Schutzes einer bestehenden Geschlechtsgemeinschaft bleibt bei der juristischen Diskussion des Zugangs unverheirateter Paare zu Methoden

der medizinisch assistierten Fortpflanzung nahezu vollständig unberücksichtigt.[790] Dies kritisiert auch *Pelkner*:

> „Obwohl es um menschliche Fortpflanzung geht, spielen Liebe, Sexualität, generative Lust oder geschlechtliche Körperlichkeit überhaupt in der wissenschaftlichen Bearbeitung des Themas der medizinisch assistierten Fortpflanzung erstaunlicherweise kaum eine Rolle.“[791]

Diese in Bezug auf eine Untersuchung theologischer Texte festgestellte Tendenz ist ebenso in juristischen wissenschaftlichen Texten zu beobachten. Eine bestehende Geschlechtsgemeinschaft, die zusammen eine Familiengründung anstrebt, ist aber auch dann schutzwürdig, wenn diese Fortpflanzung nur im Wege der medizinisch assistierten Fortpflanzung durchgeführt werden kann. Zudem gibt es auch keine Fortpflanzungsverbote für nichteheliche Gemeinschaften, die sich auf normalem Wege fortpflanzen können. Dass der Staat bei der Gruppe, die auf medizinische Hilfe angewiesen ist, eine tatsächliche Möglichkeit des Zugriffs auf die nichteheliche Fortpflanzung hat, rechtfertigt nicht die Wertung, dass diese Form der nichtehelichen Fortpflanzung verhindert werden darf.

Bei der gemeinsamen angestrebten Familiengründung sind, wie auch beim Schutz der Ehe, wegen des Schutzes der sozialen zwischenmenschlichen Beziehungen in einer angestrebten Familie, beide Partner Grundrechtsträger. Jede Person kann daher auch auf die Person der gegengeschlechtlichen Partnerin oder des gegengeschlechtlichen Partners gerichtete staatliche Eingriffe aus eigenem Recht abwehren.

Es erscheint daher im **Ergebnis** aufgrund des Schutzzwecks und der systematischen Stellung des Art. 6 Abs. 1, 2. Alt. GG geboten, auch die Initiierung der Geburt des ersten Kindes (bei normaler Fortpflanzung durch Geschlechtsverkehr, bei medizinisch assistierter Fortpflanzung durch Inanspruchnahme ärztlicher Hilfe) durch ein unverheiratetes Paar dem Schutzbereich des Art. 6 Abs. 1, 2. Alt. GG (Familiengründung) zuzuweisen.

2.3.6.2. Zwischenergebnis

Der Schutzbereich der Familie in Art. 6 Abs. 1, 2. Alt. GG stellt in erster Linie auf den Schutz der sozialen Elternschaft (Pflege und Erziehung) ab. Die Vorschrift schützt nicht nur Personen, die genetische oder physiologische Eltern eines Kindes sind, sondern alle Personen, die soziale Elternfunktion ausüben, z.B. auch Pflegeeltern und Adoptiveltern.

---

[790] MERZ, Bettina: Die medizinische, ethische und juristische Problematik artifizieller menschlicher Fortpflanzung: artifizielle Insemination, In-vitro-Fertilisation mit Embryotransfer und die Forschung an frühen menschlichen Embryonen; 1991, S. 127

[791] PELKNER, Eva: Gott, Gene, Gebärmütter - Anthropologie und Frauenbild in der evangelischen Ethik zur Fortpflanzungsmedizin; 2001, S. 266

Die Fortpflanzung ist als Mittel zur Erreichung des Zweckes soziale Elternschaft mit geschützt. Nach der in dieser Arbeit vertretenen Ansicht ist auch der Fortpflanzungswunsch eines unverheirateten Paares und die hierzu ggf. erforderliche Inanspruchnahme ärztlicher Hilfe mit vom Schutzbereich des Art. 6 Abs. 1, 2. Alt. GG umfasst (Schutz der Familiengründung).

Wie auch beim Schutz der sozialen Beziehungen unter den Ehepartnern ist bei der nichtehelichen Fortpflanzung die Inanspruchnahme von Personen außerhalb der Paarbeziehung, die einzelne Fortpflanzungsfunktionen wahrnehmen sollen, nicht vom Schutzbereich des Art. 6 Abs. 1, 2. Alt. GG umfasst, da dieser die sozialen Beziehung innerhalb der Familie und nicht die Beziehung zu Dritten schützt.

2.3.7. Elternrecht (Art. 6 Abs. 2 GG)

Art. 6 Abs. 2 GG regelt im Interesse des Kindeswohls das Verhältnis zwischen Eltern und Kindern, sowie den in Bezug auf dieses Verhältnis bestehenden Wächterauftrag des Staates. Garantiert wird der Vorrang der Eltern bei der Kindererziehung, ihre Eigenständigkeit und Selbstverantwortlichkeit.[792] Als Abwehrrecht garantiert Art. 6 Abs. 2 GG den Eltern Schutz vor Eingriffen durch den Staat, die nicht durch sein Wächteramt gerechtfertigt sind.[793] Historischer Vorläufer des in Art. 2 Abs. 2 GG geschützten Elternrechts ist Art. 120 der Weimarer Reichsverfassung, der folgenden Wortlaut hatte:[794]

> „Die Erziehung des Nachwuchses zur leiblichen, seelischen und gesellschaftlichen Tüchtigkeit ist oberste Pflicht und natürliches Recht der Eltern, über deren Betätigung die staatliche Gemeinschaft wacht."

2.3.7.1. Schutzbereich

Das Elternrecht ist ein Individualgrundrecht, das beiden Elternteilen unabhängig voneinander zusteht. Grundrechtsträger sind die gesetzlichen Eltern von Kindern (Eltern nach normaler Fortpflanzung und Adoptiveltern). Großeltern, Stiefeltern, Pflegeeltern und Vormünder sind nicht Grundrechtsträger.[795] Das BVerfG hat mit Beschluss vom 07.03.1995 (zur Unzulässigkeit einer Adoption des Kindes durch die rechtliche Mutter oder deren Ehemann ohne die Zustimmung des nichtehelichen Vaters) ausdrücklich entschieden, dass es für das Elternrecht nicht darauf ankommt, ob die Eltern miteinander verheiratet sind.[796] Daher sind auch nichteheliche Väter Träger des Elternrechts aus Art. 6

[792] Urteil vom 03.11.1982, 1 BvL 25, 38, 40/80 und 12/81, BVerfGE 61, 358 ff. (372)

[793] ANTONI in: HÖMIG, Dieter/SEIFERT, Karl-Heinz (Hg.): Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland - Taschenkommentar; Art. 6 RN 13

[794] RICHTER, Ingo: „Von der Freiheit, Kinder zu haben - Verfassungsfragen der gesellschaftlichen Reproduktion", in: NAUCK, Bernhard/ONNEN-ISEMANN, Corinna (Hg.): Familie im Brennpunkt von Wissenschaft und Forschung, 1995, S. 39

[795] ANTONI in: HÖMIG, Dieter/SEIFERT, Karl-Heinz (Hg.): Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland - Taschenkommentar; Art. 6 RN 14

[796] Beschluss des BVerfG vom 07.03.1995, 1 BvR 790/91 und 540, 866/92, BVerfGE 92, 158-190 (177)

Abs. 2 GG.[797] Art. 6 Abs. 2 GG postuliert eine gemeinsame gleichberechtigte Elternverantwortung für gemeinsame Kinder[798] und schützt als Elternrecht Pflege und Erziehung von Kindern. Pflege ist zu verstehen als die Sorge für das körperliche Wohl des Kindes. Erziehung ist die Sorge für die geistig-seelische Entwicklung, für Bildung und Ausbildung. Eine genaue Grenzziehung ist nicht möglich und auch nicht erforderlich, da Pflege und Erziehung als einheitliches Elternrecht verstanden werden.[799] Art. 6 Abs. 2 GG schützt den Kontakt der Eltern zum Kind (Pflege und Erziehung), somit die auf der rechtlichen Elternschaft basierende soziale Elternschaft. Die Vorschrift wird geleitet von der Annahme, dass diejenigen, die einem Kind das Leben geben, auch von Natur aus bereit und berufen seien, die Verantwortung für seine Pflege und Erziehung zu übernehmen.[800] *Reich* vertritt dementsprechend die Ansicht, der Begriff Eltern in Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG stehe dem Begriff Kinder gegenüber und sei biologisch zu verstehen. Er zieht daraus den Schluss, es sei die Beziehung zwischen leiblichen Eltern und Kindern geschützt, somit die blutmäßige Abstammung.[801] Dem ist insoweit zuzustimmen, als die genetische und physiologische Elternschaft grundsätzlich als Anknüpfungspunkt für die Zuordnung des Kindes zu Personen mit Elternfunktion durch den Gesetzgeber dient, die rechtliche Elternschaft ist aber nicht ausschließlich auf die genetische und/oder physiologische Elternschaft beschränkt (vgl. Teil 1, Abschnitt 1.4.3.).

Den Schutz des Art. 6 Abs. 2 GG kann allerdings nur in Anspruch nehmen, wer bereits eine Elternstellung einnimmt. Dies beginnt frühestens mit der Entstehung eines Kindes durch Zeugung und Empfängnis, aber nicht vorher.[802] Daher schützt Art. 6 Abs. 2 GG nicht die Entscheidung für Kinder und die ggf. zur Umsetzung dieser Entscheidung notwendige Inanspruchnahme ärztlicher Hilfe.

Im Zeitraum ab Entstehung eines Kindes bis zur Geburt besteht das Elternrecht beider Eltern aus Art. 6 Abs. 2 GG bereits in Gestalt einer Fürsorgepflicht für das ungeborene Leben.[803] Anzumerken ist, dass hierdurch eine zeitliche Überschneidung der Tätigkeit

---

[797] SCHIMKE, Hans-Jürgen: Das neue Kindschaftsrecht; 1998, S. 4

[798] LINKE, Christine: Die rechtlichen Einflußmöglichkeiten des werdenden Vaters auf die Entscheidung über Fortdauer oder Abbruch der Schwangerschaft; 1991, S. 181

[799] COESTER-WALTJEN in: von MÜNCH, Ingo/KUNIG, Philip (Hg.): Grundgesetz-Kommentar, 5. Auflage 2000, Art. 6 RN 63; ANTONI in: HÖMIG, Dieter/SEIFERT, Karl-Heinz (Hg.): Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland - Taschenkommentar; Art. 6 RN 15

[800] SCHMITT-KAMMLER in: Sachs, Michael (Hg.): Grundgesetz Kommentar, 2003; Art. 6 RN 46; Beschluss des BVerfG vom 07.03.1995, 1 BvR 790/91 und 540, 866/92, BVerfGE 92, 158-190; BVerfG, Beschluss vom 29.07.1968, 1 BvL 20/63, 31/66 und 5/67, BVerfGE 24, 119 (150); BVerfG, Urteil vom 06.12.1972, 1 BvR 230/70 und 95/71, BVerfGE 34, 165 ff. (184)

[801] REICH, Andreas: Magdeburger Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 1998, Art. 6 GG, RN 2

[802] LINKE, Christine: Die rechtlichen Einflußmöglichkeiten des werdenden Vaters auf die Entscheidung über Fortdauer oder Abbruch der Schwangerschaft; 1991, S. 89

[803] v. KALER, Matthias: Die Rechtsstellung des Vaters zu seinem ungeborenen Kind unter Geltung einer Fristenregelung, 1997, S. 37-40, 120

Fortpflanzung mit dem Beginn des Elternrechtes nur bei der schwangeren Frau vorliegt, da diese ihren Anteil an der Fortpflanzung zum Zeitpunkt des Beginns des Elternrechts noch nicht abgeschlossen hat. Demgegenüber hat der Mann mit der Zeugung des Kindes seinen Anteil an der Fortpflanzung beendet. Daher findet auf der Seite des Mannes keine zeitliche Überschneidung von Fortpflanzung und Elternrecht statt.

Zum Zeitpunkt des Beginns des Elternrechts kann daher der Mann aus Grundrechten, die seine Fortpflanzungstätigkeit schützen, keine Ansprüche mehr geltend machen, da nur die Tätigkeit, aber nicht ein bestimmter Erfolg geschützt wird. Nach Entstehung des Kindes kann er allerdings aufgrund seiner Elternrechte in gewissem Umfang auf die noch erforderliche Vollendung der Fortpflanzung durch die schwangere Frau Einfluss nehmen. Dies ist allerdings nicht Thema dieser Arbeit und soll daher nur kurz abgehandelt werden.[804] Zum Problem, ob der Mann aufgrund von Art. 6 Abs. 2 GG ein Recht auf Mitsprache bei der Entscheidung hat, ob seine Geschlechtspartnerin eine bestehende Schwangerschaft abbricht oder nicht, äußert sich *Linke* wie folgt:

> „Gegen ein subjektives - strafrechtlich gesichertes - Recht des Mannes auf Mitwirkung aus Art. 6 Abs. 2 GG spricht indes, daß die Entscheidung über das Leben des ungeborenen Kindes keine Maßnahme der elterlichen Sorge ist, da die Existenz des Kindes gerade nicht zur Disposition der Eltern steht. Die Eltern haben kein Recht an der Person des Kindes. Daraus folgt aber nicht, daß die Haltung des werdenden Vaters für die Bewertung des Schwangerschaftsabbruchs irrelevant ist.“[805]

Daher kann der Vater nicht aufgrund seines vorgeburtlichen Elternrechts aus Art. 6 Abs. 2 GG die Vollendung der Fortpflanzung durch seine schwangere Partnerin verhindern.[806] Allein die schwangere Frau kann die indikationsbegründende Unzumutbarkeit einer Schwangerschaft in Bezug auf den straflosen Schwangerschaftsabbruch geltend machen. § 218a StGB *„gibt dem Mann keine rechtliche Möglichkeit, eine Indikation in Anspruch zu nehmen“*.[807]

Der Vater kann nicht aufgrund von Fortpflanzungsgrundrechten die Fortsetzung der Schwangerschaft fordern, da er seine Fortpflanzungstätigkeiten bereits alle ausgeübt hat. Ein möglicher grundrechtlicher Schutz kann für ihn nur aus dem Elternrecht am ungeborenen Kind resultieren. Sein Elternrecht reicht jedoch nicht so weit, von der

[804] vgl. hierzu ausführlich: v. KALER, Matthias: Die Rechtsstellung des Vaters zu seinem ungeborenen Kind unter Geltung einer Fristenregelung, 1997; LINKE, Christine: Die rechtlichen Einflußmöglichkeiten des werdenden Vaters auf die Entscheidung über Fortdauer oder Abbruch der Schwangerschaft; 1991

[805] LINKE, Christine: Die rechtlichen Einflußmöglichkeiten des werdenden Vaters auf die Entscheidung über Fortdauer oder Abbruch der Schwangerschaft; 1991, S. 94

[806] v. KALER, Matthias: Die Rechtsstellung des Vaters zu seinem ungeborenen Kind unter Geltung einer Fristenregelung, 1997, S. 218

[807] LINKE, Christine: Die rechtlichen Einflußmöglichkeiten des werdenden Vaters auf die Entscheidung über Fortdauer oder Abbruch der Schwangerschaft; 1991, S. 78; OLG Stuttgart, Urteil vom 13.05.1986, 17 UF 344/85, FamRZ 1987, 700 (701)

schwangeren Frau gegen ihren Willen die Fortsetzung der Schwangerschaft trotz des Vorliegens der Voraussetzungen eines straflosen Schwangerschaftsabbruchs verlangen zu können. Denn auch das Elternrecht der schwangeren Frau umfasst nicht das Recht zur Tötung des ungeborenen Kindes. Die Duldung des Schwangerschaftsabbruchs durch die Rechtsordnung basiert vielmehr auf einer Güterabwägung zwischen den Rechten der Schwangeren und Rechten des Kindes. Können selbst Rechte des Kindes bei Abwägung mit den Rechten der Schwangeren es nicht rechtfertigen, von dieser die Fortsetzung der Schwangerschaft zu verlangen, so kann eine entsprechende Forderung gegenüber der Schwangeren auch nicht durch vorgeburtliche Elternrechte des Vaters gerechtfertigt werden. Plant eine schwangere Frau den Abbruch der Schwangerschaft, so kann der Vater des ungeborenen Kindes lediglich eine vormundschaftsgerichtliche Überprüfung der Indikationsvoraussetzungen anregen und eine gerichtliche Untersagung des nicht indizierten Schwangerschaftsabbruchs veranlassen (§ 1666 BGB).[808]

2.3.7.2. Zwischenergebnis

Bei der Wahrnehmung des von Art. 6 Abs. 2 GG geschützten Elternrechts handelt es sich nicht um Fortpflanzung. Die Tätigkeit der Fortpflanzung ist vielmehr zum Zeitpunkt des Beginns des von Art. 6 Abs. 2 GG geschützten Elternrechts beim Mann bereits abgeschlossen, bei der Frau liegt eine zeitliche Überschneidung zwischen Vollendung der Tätigkeit Fortpflanzung (durch die Austragung des Kindes bis zur Geburt) und Beginn des Elternrechts vor. Ein Anspruch auf Schutz der Tätigkeit „Fortpflanzung“ kann nicht aufgrund von Art. 6 Abs. 2 GG geltend gemacht werden, da dieser einen anderen Schutzzweck (Schutz des Eltern-Kind-Verhältnisses) aufweist.

2.3.8. Schutz der Mutter (Art. 6 Abs. 4 GG)

Art. 6 Abs. 4 GG stellt eine Konkretisierung des Sozialstaatsprinzips dar, und enthält als Grundsatznorm einen bindenden Auftrag an den Gesetzgeber, die Mutter zu schützen, was insbesondere Auswirkungen auf die Gestaltung des Arbeitsrechts hat.[809]

2.3.8.1. Schutzbereich

Die Vorschrift des Art. 6 Abs. 4 GG schützt die Mutter bereits in der Schwangerschaft und solange das Kind lebt. Hierbei ist als Mutter die leibliche Mutter anzusehen.[810] Als solche gilt seit der Reform des Familien- und Kindschaftsrechts allein die austragende

---

[808] LINKE, Christine: Die rechtlichen Einflußmöglichkeiten des werdenden Vaters auf die Entscheidung über Fortdauer oder Abbruch der Schwangerschaft; 1991, S. 108; v. KALER, Matthias: Die Rechtsstellung des Vaters zu seinem ungeborenen Kind unter Geltung einer Fristenregelung, 1997, S. 174-175, 219

[809] ANTONI in: HÖMIG, Dieter/SEIFERT, Karl-Heinz (Hg.): Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland - Taschenkommentar; Art. 6 RN 21-22

[810] REICH, Andreas: Magdeburger Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 1998, Art. 6 GG, RN 5

Frau, die genetische Herkunft des Kindes ist irrelevant.[811] Die Mutterschaft beginnt frühestens mit der Entstehung eines Kindes.[812]

Aus dem Schutz der Mutter kann kein Recht auf Einleitung einer Mutterschaft abgeleitet werden, da die Vorschrift, ebenso wie das Elternrecht aus Art. 6 Abs. 2 GG einen tatsächlichen Zustand schützt, aber nicht auch den Schutz der Herstellung dieses Zustandes durch die Fortpflanzung umfasst. Art. 6 Abs. 4 GG schützt nur die Folge der Fortpflanzung (Entstehung und Geburt eines Kindes), aber nicht die Handlung Fortpflanzung. Die Ausführungen im Abschnitt 2.3.7. gelten daher entsprechend.

2.3.8.2. Zwischenergebnis

Eine physiologische Mutterschaft wird unabhängig von den Umständen ihrer Entstehung durch Art. 6 Abs. 4 GG geschützt. Die Entscheidung für eine physiologische Mutterschaft vor Entstehung eines Kindes ist nicht vom Schutzbereich des Art. 6 Abs. 4 GG umfasst, da die Wunschmutter in diesem Stadium nicht in den persönlichen Schutzbereich fällt.

2.3.9. Spezielle Elternrechte (Art. 7 GG)

Art. 7 GG behandelt nur einen Ausschnitt der Rechte von Erziehungsberechtigten im Bereich der Schule.[813] Er kann in Bezug auf die Fortpflanzung nicht mehr Rechte begründen als der Art. 6 GG. Stellungnahmen zur Fortpflanzung sind dementsprechend weder in der Rechtsprechung noch in der Kommentarliteratur zu Art. 7 GG vorhanden.

---

[811] SCHMITT-KAMMLER in: Sachs, Michael (Hg.): Grundgesetz Kommentar, 2003; Art. 6 RN 84

[812] LINKE, Christine: Die rechtlichen Einflußmöglichkeiten des werdenden Vaters auf die Entscheidung über Fortdauer oder Abbruch der Schwangerschaft; 1991, S. 89

[813] MAUNZ in: MAUNZ, Theodor/DÜRIG, Günter (Hg.): Kommentar zum Grundgesetz; Art. 7 RN 28, Stand: 43. Ergänzungslieferung, Februar 2004

2.3.10. Religionsfreiheit (Art. 4 Abs. 1 und 2 GG)

Die Entscheidung sich fortzupflanzen und die hierzu notwendigen Handlungen können auch von der Religionsfreiheit aus Art. 4 Abs. 1 oder 2 GG geschützt sein.

2.3.10.1. Schutzbereich

Bereits aus dem Menschenwürdeschutz resultiert die Verpflichtung des Staates, ein religiöses Existenzminimum zu erlauben, das in der inneren Freiheit besteht, einen Glauben zu haben oder nicht zu haben.[814] Über diesen von der Menschenwürde geforderten Mindeststandard geht der Schutz von Art. 4 Abs. 1 und 2 GG hinaus, indem zusätzlich die Freiheit garantiert wird, nach der eigenen Glaubensüberzeugung zu handeln und zu leben, insbesondere die Ausübung seines Glaubens auch im täglichen Leben und in der Öffentlichkeit gestalten zu können.[815] Das BVerfG hat folgende Grundsätze in Bezug auf die Religionsfreiheit aufgestellt:

> „In einem Staat, in dem die menschliche Würde oberster Wert ist, und in dem der freien Selbstbestimmung des Einzelnen zugleich ein gemeinschaftsbildender Wert zuerkannt wird, gewährt die Glaubensfreiheit dem Einzelnen einen von staatlichen Eingriffen freien Rechtsraum, in dem er sich die Lebensform zu geben vermag, die seiner Überzeugung entspricht. Insofern ist die Glaubensfreiheit mehr als religiöse Toleranz, d.h. bloße Duldung religiöser Bekenntnisse oder irreligiöser Überzeugungen [...]. Sie umfaßt daher nicht nur die (innere) Freiheit zu glauben oder nicht zu glauben, sondern auch die äußere Freiheit, den Glauben zu manifestieren, zu bekennen und zu verbreiten [...]. Dazu gehört auch das Recht des Einzelnen, sein gesamtes Verhalten an den Lehren seines Glaubens auszurichten und seiner inneren Glaubensüberzeugung gemäß zu handeln. Dabei sind nicht nur Überzeugungen, die auf imperativen Glaubenssätzen beruhen, durch die Glaubensfreiheit geschützt. Vielmehr umspannt sie auch religiöse Überzeugungen, die für eine konkrete Lebenssituation eine ausschließlich religiöse Reaktion zwar nicht zwingend fordern, diese Reaktion aber für das beste und adäquate Mittel halten, um die Lebenslage nach der Glaubenshaltung zu bewältigen. Andernfalls würde das Grundrecht der Glaubensfreiheit sich nicht voll entfalten können.“[816]

Das Grundrecht der Religionsfreiheit schützt alle Arten von religiösem Glauben. Glaube wird von *Reich* definiert als

> „die subjektive Überzeugung von der Wirkung einer überweltlichen, personalisierten oder nicht personalisierten Kausalität einschließlich der Beziehung der Menschen dazu vor und nach dem Tod. Die Glaubensfreiheit enthält das Recht einen Glauben zu haben und danach zu leben.“[817]

---

[814] BVerfG, Beschluss vom 17.12.1975, 1 BvR 63/68, BVerfGE 4, 29 ff. (49); BVerfG, Beschluss vom 01.07.1987, 2 BvR 478, 962/86, BVerfGE 76, 143 ff. (159); BVerfG, Beschluss vom 10.11.1989, 2 BvR 403, 1501/84, BVerfGE 81, 58 ff. (66)

[815] BVerfG, Beschluss vom 19.10.1971, 1 BvR 387/65, BVerfGE 32, 98 ff. (106); BVerfG, Beschluss vom 17.12.1975, 1 BvR 63/68, BVerfGE 4, 29 ff. (49); BERGMANN in: HÖMIG, Dieter/SEIFERT, Karl-Heinz (Hg.): Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland - Taschenkommentar; Art. 4 RN 2

[816] BVerfG, Beschluss vom 19.10.1971, 1 BvR 387/65, BVerfGE 32, 98 ff. (106-107)

[817] REICH, Andreas: Magdeburger Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 1998, Art. 4 GG, RN 1

2.3.10.1.1. Schutz der normalen Fortpflanzung durch die Religionsfreiheit?

Ausdrückliche Stellungnahmen zur Fortpflanzungsfreiheit als Teil der Religionsfreiheit sind in der Literatur zu Art. 4 GG nicht enthalten. Aufgrund allgemeiner Regeln zur Bestimmung des Schutzbereiches von Art. 4 Abs. 1 und 2 GG ist ein Schutz der Fortpflanzung als Teil der Religionsausübung aber nicht auszuschließen. Es wird auf den Inhalt der religiösen Überzeugung einer fortpflanzungswilligen Person ankommen. Die Religionsausübung aus Art. 4 Abs. 2 GG ist als rituelle Handlung in Form der kultischen Praktizierung religiöser Bräuche zu verstehen.[818] Wird aufgrund der Lehre einer bestimmten Religion die Fortpflanzung als kultische Handlung angesehen, so steht sie unter dem unmittelbaren Schutz des Art. 4 Abs. 1 GG.

Der Vorgang der Fortpflanzung wird allerdings in den in Europa vorherrschenden Religionen (z.B. Christentum, Islam) nicht der Religionsausübung in Form einer kultischen Handlung, sondern dem Bereich der allgemeinen Lebensgestaltung einer gläubigen Person zuzuordnen sein. Auch ein Bereich der Gestaltung des täglichen Lebens wird von Art. 4 GG geschützt, wenn bestimmte religiöse Verhaltensweisen im Alltag vorgeschrieben sind (z.B. das Tragen einer Kopfbedeckung durch islamische Frauen).[819] Zumindest die christliche Religion sieht die Fortpflanzung als eine Art „religiöse Aufgabe“ im Alltagsleben an:

> "Und Gott sprach: Lasset uns Menschen machen, ein Bild, das uns gleich sei, die da herrschen über die Fische im Meer und über die Vögel unter dem Himmel und über das Vieh und über alle Tiere des Feldes und über alles Gewürm, das auf Erden kriecht. Und Gott schuf den Menschen zu seinem Bilde, zum Bilde Gottes schuf er ihn; und schuf sie als Mann und Weib. Und Gott segnete sie und sprach zu ihnen: Seid fruchtbar und mehret euch und füllet die Erde und machet sie euch untertan und herrschet über die Fische im Meer und über die Vögel unter dem Himmel und über das Vieh und über alles Getier, das auf Erden kriecht“[820]

Allerdings ist die Ausübung dieser Aufgabe (Fortpflanzung) in den christlichen Religionen durch weitere religiöse Vorschriften geregelt. Z.B. ist nach der herrschenden Lehre der katholischen Kirche die Fortpflanzung nur innerhalb einer vor der Kirche geschlossenen Ehe vorgesehen. Die Konfessionszugehörigkeit einer Person kann auch ein entscheidender Faktor für die konkrete Durchführung der Fortpflanzung sein, z.B. in Bezug auf die Frage, ob beim Geschlechtsverkehr Verhütungsmittel verwendet werden dürfen.[821] Diese Beispiele zeigen, dass die Regeln der religiösen Überzeugung einer Person darüber entscheiden, ob sie sich auf Art. 4 Abs. 1 und 2 GG berufen kann. Zu diesem Zweck muss eine Person sich in einer Situation befinden, in der ihr Glaube die

[818] REICH, Andreas: Magdeburger Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 1998, Art. 4 GG, RN 1

[819] vgl. BVerwG, Entscheidung vom 04.07.2002, 2 C 21/01, NJW 2002, 3344-3346 m.w.N.

[820] Lutherbibel, Taschenausgabe 1985: Das erste Buch Mose (Genesis), 1. Kapitel: Die Schöpfung, Verse 26-28

[821] HAMMER, Margot: Häufigkeit, Ursachen und Folgen der kinderlosen Ehen, unter Berücksichtigung der gewollten Kinderlosigkeit, 1964, S. 51

Fortpflanzung vorschreibt. Enthält die religiöse Überzeugung, der eine Person angehört, solche Verhaltenslehren im Alltagsleben in Bezug auf die Fortpflanzung, so werden sowohl die Entscheidung dieser Person für Kinder, als auch die dazugehörigen Handlungen des täglichen Lebens grundsätzlich von Art. 4 GG geschützt.

2.3.10.1.2. Schutz der medizinisch assistierten Fortpflanzung durch die Religionsfreiheit?

Zu prüfen ist, ob dieser Schutz der Fortpflanzung durch die Religionsfreiheit sich auch auf die Inanspruchnahme von Methoden der medizinisch assistierten Fortpflanzung erstreckt. Da grundsätzlich die Fortpflanzung als Teil der Religionsausübung geschützt ist, wenn die Religion des Fortpflanzungswilligen entsprechende Anweisungen enthält, kann auch die Inanspruchnahme ärztlicher Hilfe oder die Inanspruchnahme Dritter geschützt sein. Allerdings müsste die Religion des Betroffenen auch dem sterilen oder genetisch motiviert kinderlosen Menschen in seiner besonderen Situation die Pflicht auferlegen, unter Ausschöpfung aller Möglichkeiten Kinder zu bekommen. Außerdem dürfte die jeweilige Religion keine Anweisungen enthalten, die der Inanspruchnahme der medizinisch assistierten Fortpflanzung entgegenstehen (z.B. das Gebot der Zeugung durch körperliche Vereinigung).

Eine Darstellung der Positionen aller Weltreligionen zur medizinisch assistierten Fortpflanzung würde den Umfang dieser Arbeit sprengen. Zumindest die in Deutschland vorherrschenden Religionen (deutsche evangelische Kirche und römisch-katholische Kirche) vertreten nicht die Ansicht, dass der christliche Glaube ein entsprechendes Handlungsgebot zur Inanspruchnahme der medizinisch assistierten Fortpflanzung enthält. Vielmehr ist nach wie vor umstritten, ob die Methoden der medizinisch assistierten Fortpflanzung von einer gläubigen Christin oder einem gläubigen Christen genutzt werden dürfen oder nicht.[822] Hierzu wird seitens der christlichen Kirchen inzwischen eine sehr differenzierte Position vertreten, die nach der in Anspruch genommenen Methode und dem familienrechtlichen Status der fortpflanzungswilligen Person unterscheidet. Allerdings herrscht auch unter den christlichen Ethikern keineswegs Einigkeit über die Zulässigkeit der Inanspruchnahme von Methoden der medizinisch assistierten Fortpflanzung.

Die Position der evangelischen Ethiker hat *Pelkner* wie folgt zusammengefasst:

> „Als Grundprinzip evangelischer Ethik können ein „ganzheitliches Menschenbild“ [...], sowie als universale Geltung beanspruchende Leitwerte Leben und unantastbare Würde des Menschen genannt werden [...]. Menschliches Eingreifen in die Natur ist nicht nur im Grundsatz erlaubt, sondern folgt aus seiner schöpfungstheologischen Bestimmung [...]. Als „christliches Sondergut“ beschreibt Merz die enge (nach katholischem Verständnis untrennbare) Verbindung von Liebe

[822] PELKNER, Eva: Gott, Gene, Gebärmütter - Anthropologie und Frauenbild in der evangelischen Ethik zur Fortpflanzungsmedizin; 2001, S. 179 ff.: „Zwischen Dolly und Louise - 20 Jahre Fortpflanzungsmedizin im Spiegel evangelischer Ethik“

> und Zeugung [...] und die Einheit der Ehe [...]. Darüber hinaus sind in den genannten Quellen die „einheitliche Mutterschaft“, also eine weitgehende Ablehnung der Leihmutterschaft, und das „Recht auf Kenntnis der genetischen Abstammung“ von künstlich gezeugten Kindern wichtige Grundsätze. Einige Autoren betonen außerdem die „Integrität, Identität und Individualität“ des Menschen [...] sowie „Bewahrung, Schutz und Heilung“ im Blick auf Eingriffe in die Natur [...].
>
> [...] Die künstliche Insemination im homologen System gilt als zulässig, in Verbindung mit ehefremden Spendern wird sie abgelehnt. IvF ausschließlich bei Ehepaaren wird uneinheitlich bewertet. Dabei reicht die Bandbreite von bedingter Zustimmung über generelle Zurückhaltung bis hin zu strikter Ablehnung. Als Gründe für die Ablehnung oder eingeschränkte Zustimmung werden der Schutz der Betroffenen (v.a. Embryo, Kind) genannt, außerdem die teilweise als problematisch empfundene Trennung von Zeugung und Sexualität, die Störung der Ehe durch Dritte, die Gefahr der Instrumentalisierung von Keimzellenspender(inne)n und Kind, sowie das Recht des Kindes auf Kenntnis seiner Abstammung. Zwar werden häufig Ausnahmen zugelassen, jedoch sind sich die Autoren in einer generellen Ablehnung jeder Art von Kommerzialisierung der Fortpflanzung einig.“[823]

Wie unklar die Handlungsanleitungen für den Gläubigen sein können, zeigen die Stellungnahmen evangelischer Kirchenvertretungen in Deutschland: Während sich die VELKD (= vereinigte Evangelisch-Lutherische Kirche in Deutschland) Bischofskonferenz 1986 zur IVF positiv äußert[824] , empfiehlt der Rat der EKD (= Evangelische Kirche in Deutschland) in einer Handreichung von 1985 „Zurückhaltung“ bei der Inanspruchnahme der IVF und die EKD-Synode rät 1987 in der Neufassung der Handreichung[825] von der Inanspruchnahme der IVF ausdrücklich ab.[826] Ein weiteres Beispiel für eine ablehnende, glaubensspezifische Handlungsanweisung in Bezug auf die medizinisch assistierte Fortpflanzung ist die ursprünglich von der evangelischen Kirche vertretene Ansicht, dass unverheirateten Frauen das Verfahren der extrakorporalen Befruchtung nicht zur Verfügung stehen solle. Dem Kind würde dadurch der Vater genommen, auf den es ein natürliches Anrecht habe.[827]

Die Position der römisch-katholischen Kirche zur Inanspruchnahme von Methoden der medizinisch assistierten Fortpflanzung wird durch zahlreiche Verlautbarungen des

---

[823] PELKNER, Eva: Gott, Gene, Gebärmütter - Anthropologie und Frauenbild in der evangelischen Ethik zur Fortpflanzungsmedizin; 2001, S. 181

[824] VEREINIGTE EVANGELISCH-LUTHERISCHE KIRCHE IN DEUTSCHLAND: Du hast mich gebildet im Mutterleibe - Biotechnologie als Herausforderung an die Verantwortung des Menschen. Arbeitsergebnisse der Klausurtagung der Bischofskonferenz auf dem Hessenkopf (März 1986), 15.12.1986 (= Texte aus der VELKD 32/86); (zitiert nach: PELKNER, Eva: Gott, Gene, Gebärmütter - Anthropologie und Frauenbild in der evangelischen Ethik zur Fortpflanzungsmedizin; 2001, S. 286)

[825] EVANGELISCHE KIRCHE IN DEUTSCHLAND: Kundgebung der 7. Synode der EKD auf ihrer 4. TAgung zur „Achtung vor dem Leben“, Anhang: Von der Würde werdenden Lebens. Extrakorporale Befruchtung, Fremdschwangerschaft und genetische Beratung - eine Handreichung der Ev. Kirche in Deutschland zur ethischen Urteilsbildung; EKD Texte 20, Hannover 1987 (1985 erschienen als EKD Texte 11); (zitiert nach: PELKNER, Eva: Gott, Gene, Gebärmütter - Anthropologie und Frauenbild in der evangelischen Ethik zur Fortpflanzungsmedizin; 2001, S. 279)

[826] PELKNER, Eva: Gott, Gene, Gebärmütter - Anthropologie und Frauenbild in der evangelischen Ethik zur Fortpflanzungsmedizin; 2001, S. 181-182

[827] KROLZIK, Volker/SALZMANN, Werner: Kind um jeden Preis? Beiträge zur ethischen Diskussion der neuen Reproduktionstechniken; 1989, BARTH, Hermann, S. 43-44

päpstlichen Lehramtes bestimmt.[828] Die Grundaussagen dieser Verlautbarungen zur Fortpflanzungsmedizin fasst *Götz* wie folgt zusammen:

> „Obwohl die medizinischen Möglichkeiten bis heute immer weiter gewachsen sind und sich in immer differenzierteren Methoden darstellen, ist das Lehramt seiner seit dem Ende des 19. Jahrhunderts vertretenen Lehre treu geblieben, wonach alle künstlichen Eingriffe in das menschliche Fortpflanzungsgeschehen verboten sind. Dieses Verdikt betrifft homologe Besamungstechniken ebenso wie solche (heterologen) Verfahren, bei denen auf die Keimzellen Dritter zurück gegriffen wird. Wohl wird die Unfruchtbarkeit als tiefes menschliches Leid anerkannt, das es immer weiter zu erforschen und mit natürlichen Methoden zu bekämpfen gilt, doch ist es dem Menschen nicht gestattet, in den Fortpflanzungsvorgang als solchen substituierend einzugreifen.
>
> [...] Nicht wegen ihrer Künstlichkeit werden fortpflanzungstechnische Eingriffe verboten, sondern, weil durch diesen die beiden ehelichen Sinngehalte Liebe und Zeugung unzulässig getrennt werden und das Kind in seinen natürlichen Entwicklungsmöglichkeiten mehr oder weniger stark beeinträchtigt wird. Dabei spielen der Gedanke des Geschenkt- und Verdanktseins allen Lebens sowie die Würde und Gleichheit jedes Menschen eine wichtige Rolle.[829]“

Sowohl die römisch-katholische, als auch die evangelische Glaubenslehre sehen den Embryo als Menschen mit grundsätzlich dem gleichen ethischen und rechtlichen Status wie ein geborener Mensch an. Das Menschsein beginnt aus einhelliger Sicht beider Glaubenslehren mit der Vereinigung von Ei- und Samenzelle, der Begriff des Prä-Embryos wird abgelehnt.[830] Die römisch-katholische und die evangelische Glaubenslehre lehnen dementsprechend übereinstimmend die folgenden Handlungen ab, die ggf. auch im Rahmen der medizinisch assistierten Fortpflanzung durchgeführt werden können:

---

[828] Insbes.: JOHANNES PAUL II: „Evangelium vitae“ Enzyklika an die Bischöfe, Priester und Diakone, die Ordensleute und Laien sowie alle Menschen guten Willens über den Wert und die Unantastbarkeit des menschlichen Lebens, 25. März 1995, Hg.: Sekretariat der Deutschen Bischofskonferenz (Verlautbarungen des Apostolischen Stuhls, 120), Bonn 1995 (Acta Apostolicae Sedis (AAS) 87 (1995) S. 401-522, Orig. lat.); KONGREGATION FÜR DIE GLAUBENSLEHRE: „Donum vitae“ - Instruktion über die Achtung vor dem beginnenden menschlichen Leben und die Würde der Fortpflanzung. Antworten auf einige aktuelle Fragen, 10. März 1987, Hg.: Sekretariat der Deutschen Bischofskonferenz (Verlautbarungen des Apostolischen Stuhls, 74), Bonn 1987 (Acta Apostolicae Sedis (AAS) 80 (1988) P. 1, S. 70-102, Orig. lat.); PAUL VI: „Humanae vitae“ Enzyklika vom 25. Juli 1968 über die rechte Ordnung der Weitergabe menschlichen Lebens, Beilage zum Kirchlichen Amtsblatt für das Bistum Mainz 1968, Nr. 15, S. 1-17, Acta Apostolicae Sedis (AAS) 60 (1968), S. 481-503; (zitiert nach: GÖTZ, Christoph: Medizinische Ethik und katholische Kirche - Die Aussagen des päpstlichen Lehramtes zu Fragen der medizinischen Ethik seit dem Zweiten Vatikanum, 2000, S. 342, 347, 351)

[829] GÖTZ, Christoph: Medizinische Ethik und katholische Kirche - Die Aussagen des päpstlichen Lehramtes zu Fragen der medizinischen Ethik seit dem Zweiten Vatikanum, 2000, S. 111-112

[830] PELKNER, Eva: Gott, Gene, Gebärmütter - Anthropologie und Frauenbild in der evangelischen Ethik zur Fortpflanzungsmedizin; 2001, S. 181; GÖTZ, Christoph: Medizinische Ethik und katholische Kirche - Die Aussagen des päpstlichen Lehramtes zu Fragen der medizinischen Ethik seit dem Zweiten Vatikanum, 2000, S. 115 ff., 135

Embryoreduktion bei Mehrlingsschwangerschaft[831], PND mit der Zielrichtung der Abtreibung eines kranken Kindes, PID mit dem Ziel der Embryoselektion.[832]

Diese Beispiele der Äußerungen der evangelischen und katholischen Kirche zur medizinisch assistierten Fortpflanzung zeigen, wie problematisch wegen der widersprüchlichen Äußerungen innerhalb einer Religionsgemeinschaft die Berufung auf die Religionsfreiheit zur Konstruktion eines Rechtes auf Fortpflanzung sein kann. Grundsätzlich kann jedoch nicht ausgeschlossen werden, dass die Inanspruchnahme von Methoden der medizinisch assistierten Fortpflanzung auch vom Schutzbereich der Religionsfreiheit umfasst ist, es wird hier auf die genauen Regeln der jeweiligen Religion ankommen.

2.3.10.2. Zwischenergebnis

Der Schutzbereich des Grundrechts der Religionsfreiheit wird in Bezug auf einen möglichen Schutz der Fortpflanzung weitgehend durch die Lehren und die religiösen Regeln einer Religion für das Alltagsleben bestimmt sein. Allerdings kann der Schutzbereich in Bezug auf die Fortpflanzung nicht abstrakt, d.h. ohne Betrachtung einer bestimmten Religion, festgelegt werden. Sofern die Fortpflanzung als Teil einer Religion unverzichtbar ist, um im Einklang mit dem eigenen Glauben leben zu können (als kultische Handlung oder als Teil des Alltagslebens), begründet Art. 4 Abs. 1 und 2 GG einen Abwehranspruch gegen Eingriffe des Staates. Dieser Abwehranspruch umfasst auch die Abwehr von staatlichen Verboten der Inanspruchnahme von ärztlicher Hilfe zur Fortpflanzung, sofern die religiöse Überzeugung des Einzelnen auch die Fortpflanzung unter Zuhilfenahme technischer Möglichkeiten vorsieht oder sogar vorschreibt.

Allerdings handelt es sich bei Art. 4 Abs. 1 und 2 GG nicht um ein echtes Fortpflanzungsgrundrecht. Je nach Inhalt der religiösen Überzeugung einer Person kann auch jede beliebige andere Tätigkeit in den Schutzbereich der Religionsfreiheit fallen, das Grundrecht ist nicht fortpflanzungsspezifisch. Es kommt allein auf die religiöse Überzeugung der Grundrechtsträger an, um den Schutz der Religionsfreiheit auch für Fortpflanzungstätigkeiten in Anspruch nehmen zu können.

---

[831] Nach einer Auswertung der Daten von rund 13.000 Kindern seit 1997 aus dem deutschen Register (Jahrbuch DIR 1999) kommt es bei der Sterilitätstherapie in 60 % der Fälle zu Einlingsgeburten. Eine Beschränkung der Mehrlingsrate ist durch eine Beschränkung der Zahl der pro Zyklus transferierten Embryonen von drei auf zwei zwar möglich, allerdings sinkt damit die Erfolgschance der Behandlung, die Schwangerschaftsrate sinkt von 27,7 % auf 23,1 %. Dies könnte zwar durch eine gezielte Selektion von Embryonen mit optimalem Entwicklungspotential aufgefangen werden, die Erzeugung von mehr als drei Embryonen pro Zyklus zum Zwecke der Selektion wird aber vom EschG untersagt (Bericht der Ärztezeitung „Das deutsche Recht zwingt Ärzte zu suboptimaler Therapie“ vom 11.12.2000).

[832] PELKNER, Eva: Gott, Gene, Gebärmütter - Anthropologie und Frauenbild in der evangelischen Ethik zur Fortpflanzungsmedizin; 2001, S. 179-181; GÖTZ, Christoph: Medizinische Ethik und katholische Kirche - Die Aussagen des päpstlichen Lehramtes zu Fragen der medizinischen Ethik seit dem Zweiten Vatikanum, 2000, S. 115-120, 135

2.3.11. Sonstige Grundrechte und weitere Vorschriften des GG

Außer durch die bereits behandelten Grundrechte kann ein Schutz der Fortpflanzung auch noch aufgrund der Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) oder aufgrund sonstiger Staatsziele in Betracht gezogen werden.

2.3.11.1. Berufsfreiheit

Da weder die kommerzielle Samenspende, noch die kommerzielle Eizellenspende (mangels Verkehrsfähigkeit von Samen- und Eizellen), in Deutschland legal ausgeübt werden können, sind diese Tätigkeiten nicht vom Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG umfasst. Die Nutzung des eigenen Körpers zur Austragung eines Kindes für eine andere Frau (Leih- oder Tragemutterschaft) kollidiert mit den Verboten des ESchG (§§ 1 Abs. 1 Nr. 1, 2, 6, 7 ESchG). Allerdings trifft die Strafbarkeit nicht die austragende Frau, sondern nur die Person, welche bei ihr eine Schwangerschaft mit den Methoden der medizinisch assistierten Fortpflanzung hervorruft (§ 1 Abs. 3 ESchG). Dementsprechend ist das Verhalten der Leih- oder Tragemutter nicht strafbar, sondern nur sittenwidrig. Ein Berufsbild der Eizellenspenderin, des Samenspenders, sowie der Leih- oder Tragemutter existiert jedoch nicht. Dementsprechend wird die kommerzielle Förderung der Fortpflanzung von Wunscheltern durch Samenspender und Eizellenspenderinnen, sowie durch Leih- und Tragemütter, nicht durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützt.

2.3.11.2. Schutz der Fortpflanzung durch Staatsziele?

Abschließend soll noch kurz darauf eingegangen werden, ob auch die vom GG formulierten Staatsziele (Demokratie, Rechtsstaat, Republik, Bundesstaatlichkeit, Sozialstaatsprinzip) einen Schutz der Tätigkeit Fortpflanzung bedingen können. Adressat dieser Staatszielbestimmungen ist jedoch nicht ein Individuum, sondern der Staat.[833] Dementsprechend können aus diesen Staatszielen keine Individualrechte, sondern nur Gestaltungsaufgaben des Staates resultieren. Da es Untersuchungsgegenstand dieser Arbeit ist, ob ein individuelles Grundrecht auf Fortpflanzung besteht, wird die Frage eines Schutzes der Fortpflanzung durch sonstige Vorschriften des GG und ungeschriebene Verfassungsprinzipien nicht weiter verfolgt.

---

[833] EICHENHOFER, Eberhard (Hg.): 80 Jahre Weimarer Reichsverfassung - Was ist geblieben?, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen 1999, ders. S. 226

2.4. Ergebnis zu Teil 2

Die Auswertung aller dargestellten Rechtsansichten zur Fortpflanzung führt zu dem Ergebnis, dass ein einheitliches Grundrecht auf Fortpflanzung in Deutschland nicht anerkannt ist und auch niemals umfassend wissenschaftlich diskutiert wurde. In den vorhandenen Stellungnahmen der juristischen Literatur und der Rechtsprechung werden nahezu ausschließlich einzelne tatsächliche Vorgänge, die bei der Fortpflanzung relevant sind, in Bezug auf einen möglichen Grundrechtsschutz behandelt. So erklärt sich auch die relativ unsystematische und ausschließlich fallspezifische Behandlung der Fortpflanzung in Rechtsprechung und Lehre.

2.4.1. Die Fortpflanzungsgrundrechte des GG

Grundrechte, die nach den im Teil 2 getroffenen Feststellungen einzelne Aspekte der Fortpflanzung schützen, werden in dieser Arbeit unter dem Oberbegriff “Fortpflanzungsgrundrechte” zusammengefasst. Dabei wird nachfolgend die von Art. 4 GG geschützte Religionsfreiheit nicht mehr als Fortpflanzungsgrundrecht berücksichtigt. Dies liegt darin begründet, dass die Vorschrift des Art. 4 GG jede beliebige religiös motivierte Tätigkeit schützt, je nachdem welche Regeln die jeweilige Religion einer Person aufstellt (vgl. Abschnitt 2.3.10.) und damit keine fortpflanzungsspezifischen Rechte enthält.

2.4.1.1. Schutz der normalen Fortpflanzung

Die normale Fortpflanzung oder einzelne Komponenten dieser Tätigkeit werden durch die folgenden Grundrechte geschützt:

- Art. 1 Abs. 1 GG: Würde des Menschen;
- Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG: allgemeines Persönlichkeitsrecht;
- Art. 2 Abs. 1 GG: allgemeine Handlungsfreiheit;
- Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG: Recht auf körperliche Unversehrtheit;
- Art. 6 Abs. 1, 1. Alt. GG: Freiheit der Eheführung;
- Art. 6 Abs. 1, 2. Alt. GG: Schutz der Familie (Familiengründung).

Auf welches Grundrecht sich eine Person bei normaler Fortpflanzung berufen kann, ist von den folgenden Faktoren abhängig:

- Art eines staatlichen Eingriffs in die normale Fortpflanzung;
- Familienstand der Grundrechtsträgerin/des Grundrechtsträgers (ledig/verheiratet);
- Zustand der körperlichen Voraussetzungen der Fortpflanzung.

Bei der Wahrnehmung von Fortpflanzungsgrundrechten bei normaler Fortpflanzung sind die folgenden Grundstrukturen durch die Rechtsordnung vorgegeben:

- Eine Einzelperson hat zwar grundsätzlich aufgrund der dargestellten Grundrechte ein Recht auf Fortpflanzung, sie kann dies aber nicht alleine, sondern nur zusammen mit einer gegengeschlechtlichen Person ausüben (tatsächliche Voraussetzung der Fortpflanzung);
- Die Suche eines zur Fortpflanzung notwendigen, gegengeschlechtlichen und fortpflanzungswilligen Partners oder einer Partnerin ist Sache des Individuums;
- Der Grundrechtsschutz bei der Fortpflanzung ist aufgrund der biologischen Vorgaben dieser Tätigkeit geschlechtsspezifisch verschieden: Die Frau kann nur ein Recht darauf haben, ein Kind zu empfangen, auszutragen und zu gebären, der Mann kann nur ein Recht darauf haben, ein Kind zu zeugen;
- Im Verhältnis der Partner einer Geschlechtsgemeinschaft zueinander findet die Fortpflanzung im rechtsfreien Intimbereich statt (z.B. sind Abreden über eine bestimmte Familienplanung unwirksam). Jeder Partner kann zu jedem Zeitpunkt frei, und sogar gegen den erklärten Willen des anderen Partners, über seine Fortpflanzungsfähigkeit verfügen (z.B. Zerstörung der Fortpflanzungsfähigkeit durch Sterilisation, heimliches Verwenden oder nicht Verwenden von Verhütungsmitteln). Lediglich darüber, ob einverständlicher Geschlechtsverkehr stattfinden soll, können die Partner entscheiden, findet ein solcher statt, wird von der Zustimmung zum Geschlechtsverkehr auch die Zustimmung zur Fortpflanzung als umfasst angesehen;
- Die Wahrnehmung von Fortpflanzungsgrundrechten umfasst keinen Anspruch auf die Möglichkeit der Nutzung medizinischer Möglichkeiten (z.B. PND), die zur Geburt eines Kindes mit bestimmten Eigenschaften führen (z.B. bestimmtes Geschlecht, frei von Krankheiten), da nur die Tätigkeit selbst, aber nicht die Erzeugung eines bestimmten Ergebnisses Grundrechtsschutz genießt.

Bei der Durchführung der Tätigkeit Fortpflanzung stellt die Entstehung eines Kindes eine entscheidende Zäsur dar, die sich auch auf die Möglichkeit der Berufung auf Fortpflanzungsgrundrechte auswirkt. Auch hier sind wieder die biologisch bedingten, geschlechtsspezifisch verschiedenen Handlungsmöglichkeiten von Mann und Frau zu berücksichtigen. Nach Entstehung eines Kindes (Zeugung/Empfängnis) ist der genetische und physiologische Anteil eines Mannes an der Tätigkeit Fortpflanzung abgeschlossen. Die Tätigkeit der Frau bei der Fortpflanzung endet dagegen erst mit der Geburt des Kindes. Dies hat für die Fortpflanzungsgrundrechte von Mann und Frau folgende Auswirkungen: Nach der Zeugung kann sich ein Mann nicht mehr auf Grundrechte berufen, die seine Fortpflanzungsfreiheit schützen, denn er hat bereits alle Tätigkeiten ausgeübt, die er ausüben kann, um sich fortzupflanzen. Ein Recht auf Vollendung seiner Fortpflanzung durch die Frau, die sein Kind austrägt, könnte - wenn man einen solches überhaupt zugestehen will - lediglich auf Art. 6 Abs. 2 GG (Elternrecht) gestützt werden. Bei der Frau sind dagegen auch nach Empfängnis eines Kindes noch Fortpflanzungsgrundrechte beachtlich, neben die auch Elternrechte aus Art. 6 Abs. 2 GG treten können, da ihr Handlungsanteil am Fortpflanzungsgeschehen noch nicht abgeschlossen ist. Der Handlungsanteil einer Frau an der Fortpflanzung endet erst mit der Geburt. Nach Eintritt einer Schwangerschaft ist die positive Fortpflanzungsfreiheit (Entscheidung für das Austragen eines Kindes) der Frau uneingeschränkt anerkannt und wird vom Staat gegen Eingriffe Dritter (insbes. auch des Ehemannes) geschützt. Eine faktische negative Fortpflanzungsfreiheit der Frau besteht bei normaler Fortpflanzung bis zum Zeitpunkt des Eintritts einer Schwangerschaft durch Nidation eines Embryos. Es ist offen, ob dieses faktisch geduldete Recht der Frau nach Zeugung und vor Nidation als Grundrecht in Form einer einklagbaren negativen Fortpflanzungsfreiheit einzustufen ist. Nach der Nidation des Embryos ist kein Grundrecht in Gestalt eines Fortpflanzungsgrundrechts bezüglich einer Entscheidung der Frau darüber anerkannt, ob sie das Kind austragen möchte oder nicht. Soweit die Entscheidung der schwangeren Frau für die Durchführung einer Abtreibung Grundrechtsschutz genießt, stützt das BVerfG diesen Schutz auf das Recht auf körperliche Unversehrtheit (Körperverletzung durch die Schwangerschaft) und das allgemeine Persönlichkeitsrecht (in Form der allgemeinen Entscheidungsfreiheit). Die Zulässigkeit eines Schwangerschaftsabbruchs beruht dabei auf einer Güterabwägung zwischen Grundrechten der Schwangeren und Grundrechten des Embryos, bzw. des Fötus.

2.4.1.2. Schutz der medizinisch assistierten Fortpflanzung

Die medizinisch assistierte Fortpflanzung oder einzelne Komponenten dieser Tätigkeit werden durch die folgenden Grundrechte geschützt:

- Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG: allgemeines Persönlichkeitsrecht;
- Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG: Recht auf körperliche Unversehrtheit;
- Art. 2 Abs. 1 GG: allgemeine Handlungsfreiheit;
- Art. 6 Abs. 1, 1. Alt. GG: Freiheit der Eheführung;
- Art. 6 Abs. 1, 2. Alt. GG: Schutz der Familie (Familiengründung).

Dieser Grundrechtsschutz umfasst insbesondere die Inanspruchnahme der derzeit üblichen Methoden wie

- Hormonbehandlung;
- Insemination;
- Gametentransfer;
- in-vitro-Fertilisation;
- ICSI.

Findet trotz der Inanspruchnahme ärztlicher Hilfe die Zeugung durch Geschlechtsakt im Intimbereich der Wunscheltern statt (Hormonbehandlung), so sind Wunscheltern bei der Zeugung auch im Schutzbereich des Art. 1 Abs. 1 GG.

Auf welches Grundrecht sich eine Person bei medizinisch assistierter Fortpflanzung im konkreten Einzelfall berufen kann ist - zusätzlich zu den bei normaler Fortpflanzung bereits genannten Punkten - von den folgenden Faktoren abhängig:

- Ursachen der ungewollten Kinderlosigkeit (organische Sterilität, idiopathische Sterilität, psychisch bedingte Sterilität);
- Vorliegen von „Wille zur Elternschaft“, der auf Übernahme von sozialer Verantwortung für das entstehende Kind gerichtet ist;
- Inanspruchnahme von Methoden der medizinisch assistierten Fortpflanzung im homologen oder heterologen System.

Sowohl die **homologe** als auch die **heterologe** medizinisch assistierte Fortpflanzung genießen grundsätzlich Grundrechtsschutz. Sie sind allerdings, abhängig von den Umständen des Einzelfalles, durch verschiedene Grundrechte und in verschiedener Intensität geschützt. Als Tendenz lässt sich festhalten, dass staatliche Einschränkungen der Inanspruchnahme von Methoden der medizinisch assistierten Fortpflanzung eher im **heterologen** System möglich sind. Eine abstrakte Beurteilung ist wegen der zahlreichen möglichen Sachverhaltsvarianten kaum möglich. Soweit derzeit bestimmte Vorgehensweisen aus dem Bereich der medizinisch assistierten Fortpflanzung durch das ESchG oder durch ärztliches Standesrecht verboten werden, wird die Verfassungsmäßigkeit dieser Regelungen im Teil 3 untersucht.

Bei der Wahrnehmung von Fortpflanzungsgrundrechten bei medizinisch assistierter Fortpflanzung ist - zusätzlich zu den bei normaler Fortpflanzung bereits genannten Punkten - der folgende Punkt zu beachten:

- Die Verwendung von Ei- oder Samenzellen bei künstlicher Befruchtung in vivo oder in vitro bedarf der Zustimmung der Person, aus deren Körpersubstanz die Keimzellen stammen. Eine solche Zustimmung kann bis zum Zeitpunkt der Entstehung eines neuen Menschen jederzeit frei widerrufen werden.

2.4.1.3. Konkurrenzen

Es soll noch kurz darauf eingegangen werden, in welchem Umfang zwischen den genannten Fortpflanzungsgrundrechten ein Konkurrenzverhältnis besteht. Grundsätzlich gilt, dass speziellere Grundrechte gegenüber allgemeinen Grundrechten mit demselben Schutzbereich Vorrang haben. Ein Problem besteht bei den Fortpflanzungsgrundrechten insoweit, als ganz verschiedene Teilaspekte einer komplexen Tätigkeit (Entscheidung für die Fortpflanzung, alle zur Umsetzung dieses Entschlusses notwendigen Handlungen, die körperlichen Voraussetzungen der Fortpflanzung) von den genannten Grundrechten geschützt werden. Soweit kein deckungsgleicher sachlicher Schutzbereich vorliegt, besteht kein Konkurrenzverhältnis. Bei der Fortpflanzung variiert der Grundrechtsschutz auch nach dem Zeitpunkt des Standes des Fortpflanzungsgeschehens.

Die entsprechenden Kriterien für den Schutzumfang, die Schutzrichtung und die zeitliche Dauer eines Fortpflanzungsgrundrechts wurden bei der Diskussion der einzelnen Grundrechte im Abschnitt 2.3. herausgearbeitet. Wegen der Vielzahl der möglichen Fallkonstellationen ist eine abstrakte Bestimmung des Konkurrenzverhältnisses von Fortpflanzungsgrundrechten allerdings wenig sinnvoll. Es ist vielmehr jeweils anhand der konkreten Umstände des Einzelfalles der für die Wunscheltern und sonstige Personen bestehende Grundrechtsschutz in Bezug auf eine konkret beabsichtigte Handlung zur Fortpflanzung zu bestimmen. Im Anschluss daran ist dann festzustellen, ob überhaupt sachliche und zeitliche Überschneidungen bei diesem Grundrechtsschutz bestehen. Erst

dann kann ggf. nach den allgemeinen Vorschriften für die Grundrechtskonkurrenz der konkret betroffenen Grundrechte das im Einzelfall zu beachtende Konkurrenzverhältnis bestimmen werden.

2.4.2. Grundrecht auf Fortpflanzung als Mosaikgrundrecht?

Ein aus den diskutierten Grundrechten zusammengesetztes Mosaikgrundrecht auf Fortpflanzung, das von der Entscheidung für ein Kind bis hin zu seiner Geburt alle Aspekte der Fortpflanzung schützt, ist weder anerkannt noch je diskutiert worden.

Für die Prüfung der Möglichkeit eines Mosaikgrundrechts spricht, dass die dargestellte Aufspaltung des Schutzes eines einheitlichen Lebenssachverhaltes wie der Fortpflanzung auf verschiedene Grundrechte wirklichkeitsfremd ist. Bei dieser Aufspaltung wird ein tatsächlich zusammenhängender natürlicher Vorgang rechtlich zerstückelt. Diese Aufspaltung konnte lange Zeit unbeachtet bleiben, weil sie bei normaler Elternschaft keine Rolle spielt, ja in der Regel noch nicht einmal als dogmatisches Problem auffällt: Bei normaler Fortpflanzung im Wege des einvernehmlichen Geschlechtsverkehrs fallen alle geschützten Rechte zusammen. Die Entscheidung für Kinder und die Aktivitäten, die zu ihnen führen, sind im wirklichen Leben kaum voneinander trennbar. Oft wird eine reflektierte Entscheidung für oder gegen ein Kind erst getroffen, wenn es bereits gezeugt worden ist. Es fehlt bei normaler Fortpflanzung auch an einem staatlichen Eingriff in den Vorgang der Tätigkeit Fortpflanzung, der eine entsprechende juristische Diskussion hätte anregen können. Ein Schutz der Fortpflanzung aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG kommt zudem bei normaler Fortpflanzung nicht in Betracht, da kein Bezug zu irgendeiner körperlichen Versehrtheit besteht.

Demgegenüber ist die Sachlage bei medizinisch assistierter Fortpflanzung völlig anders. Die einem intimen Lebensbereich zuzuweisende, ursprünglich einheitliche Tätigkeit der Fortpflanzung wird nunmehr in eine Entscheidungs- und eine Handlungskomponente aufgespalten und das Moment der körperlichen Versehrtheit tritt hinzu. Daher ist es bei der Diskussion von Grundrechten auf Inanspruchnahme medizinisch assistierter Fortpflanzung erforderlich, genau zu unterscheiden, welche Komponenten der Fortpflanzung durch welche Grundrechte geschützt werden. Ein Mosaikgrundrecht könnte hier insbesondere den Umstand gebührend berücksichtigen, dass die Ausübung eines Grundrechts eine ganz andere Qualität aufweist, wenn sie darauf gerichtet ist, den Schutz eines anderen Grundrechts überhaupt erreichen zu können. Z.B. dient die Tätigkeit der Fortpflanzung, wenn sie, wie bei der medizinisch assistierten Fortpflanzung bei den Wunscheltern, mit Elternwille erfolgt, dem Ziel, die in Art. 6 Abs. 2 GG garantierte Position zu erreichen (Elternrecht). In der juristischen Diskussion über den Schutz der Inanspruchnahme von Methoden der medizinisch assistierten Fortpflanzung wird die Zielrichtung der Tätigkeit (geplante soziale Elternschaft) in der Regel nicht berücksichtigt. Tatsächlich ist aber die Zielrichtung der Tätigkeit bei der Inanspruchnahme medizinisch

assistierter Fortpflanzung, der Wille zur Elternschaft, das Hauptkriterium, um den Schutzumfang der Fortpflanzung durch einzelne Grundrechte zu bestimmen.

Es ist jedoch fraglich, ob sich abstrakt ein Mosaikgrundrecht auf Fortpflanzung festlegen lässt. Die Trennung des tatsächlichen Vorganges der Fortpflanzung in einzelne geschützte Handlungen (sachlicher Schutzbereich) und nach dem Grundrechtsträger (persönlicher Schutzbereich) ist vom Schutzsystem des GG vorgegeben.

Aufgrund der Überprüfung des Schutzbereiches der o.g. Grundrechte lassen sich die folgenden Schwerpunkte im Schutzbereich einzelner Grundrechte feststellen:

- Die Vorschrift des Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG schützt die körperlichen Voraussetzungen der Fortpflanzung, wozu die Fähigkeit zur physiologischen Fortpflanzung und/oder zur genetischen Fortpflanzung zählen.

- Die Vorschriften des Art. 6 Abs. 1 GG und des Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 GG und des Art. 1 Abs. 1 GG schützen in erster Linie die Entscheidung für ein Kind und die damit verbundene Disposition über hochrangiges persönliches Lebensziel, nämlich eine geplante Elternschaft.

- Art. 6 Abs. 1 2. Alt. GG schützt das Zusammenleben im Eltern-Kind-Verhältnis (soziale Elternschaft), auf dessen Erreichung die Fortpflanzungshandlungen der Wunscheltern gerichtet sind.

Da je nach Art der Grundrechtsausübung, körperlicher Disposition der Grundrechtsträger, zivilrechtlichem Status der Grundrechtsträger, Anzahl der beteiligten Personen mit Elternfunktion sowie nach Art und Zeitpunkt des staatlichen Eingriffs zu unterscheiden ist, lässt sich ein Mosaikgrundrecht nicht abstrakt bestimmen. Die Institution eines abstrakten Mosaikgrundrechts auf Fortpflanzung ist daher abzulehnen.

Es ist allerdings erforderlich, bei der Bewertung des Grundrechtsschutzes im Einzelfall alle nicht durch Konkurrenz ausgeschlossenen betroffenen Grundrechte der beteiligten Personen parallel zu berücksichtigen. Hierdurch wird vermieden, dass die aufgrund der Systematik des Grundgesetzes unvermeidliche Aufspaltung des einheitlichen Lebenssachverhaltes der Fortpflanzung auf verschiedene Grundrechte zu einer Minderung des Schutzumfanges für die betroffenen Grundrechtsträger führt.

Teil 3: Verfassungsmäßigkeit der Fortpflanzungsregelungen in Deutschland

Dieser Teil befasst sich mit der Frage, ob die geltende Rechtslage zur medizinisch assistierten Fortpflanzung in Deutschland den Schutz der Fortpflanzung durch das Grundgesetz angemessen berücksichtigt. Dabei wird nicht vom Schutz durch ein (Mosaik-)Grundrecht auf Fortpflanzung, sondern von dem in Teil 2, Abschnitt 2.4.2. dargestellten Verständnis ausgegangen, dass die zur Fortpflanzung gehörenden Tätigkeiten von verschiedenen Grundrechten geschützt werden.

3.1. Untersuchungskonzept

Rechtliche Einschränkungen der im Intimbereich zweier volljähriger Personen mittels freiwilligem Geschlechtsverkehr durchgeführten normalen Fortpflanzung sind im deutschen Recht nicht ersichtlich. Allein die strafrechtliche Regelung des Schwangerschaftsabbruchs (§§ 218 ff. StGB) weist einen Zusammenhang mit Fortpflanzungsgrundrechten auf, da die Fortpflanzung bis zur Geburt eines Kindes noch der Vollendung durch die Frau bedarf. Allerdings ist, wie in Teil 2 festgestellt, nach dem Eintritt einer Schwangerschaft das Recht der Frau, frei über ihre Fortpflanzungsfähigkeit zu verfügen, durch das Hinzutreten eines weiteren Rechtsträgers eingeschränkt. Im Rahmen dieser Arbeit soll die Problematik des Schwangerschaftsabbruchs nicht weiter vertieft werden, da es hierbei um die negative Fortpflanzungsfreiheit geht (vgl. Teil 1, Abschnitt 1.1.1.). Der Schwerpunkt der Prüfung in Teil 3 liegt vielmehr bei der Frage, in welchem Umfang die positive Fortpflanzungsfreiheit von (Wunsch-)Eltern in zulässiger Weise durch das geltende Recht eingeschränkt wird. Diese Problematik ist erst zu dem Zeitpunkt relevant geworden, als rechtliche Einschränkungen der Möglichkeit der Inanspruchnahme von Methoden der medizinisch assistierten Fortpflanzung durch das Embryonenschutzgesetz und das ärztliche Standesrecht getroffen wurden. In Bezug auf die Untersuchung eines Eingriffs in Grundrechte, welche die positive Fortpflanzungsentscheidung und die zu ihrer Umsetzung notwendigen Handlungen schützen, kommen daher nur die Regelungen zur medizinisch assistierten Fortpflanzung im Embryonenschutzgesetz und im ärztlichen Standesrecht in Betracht.

In Anwendung des im Teil 2 festgestellten Grundrechtsschutzes der Wunscheltern und anderer an der Fortpflanzung beteiligter Personen wird geprüft, ob aufgrund des geltenden Rechts zur medizinisch assistierten Fortpflanzung (vgl. hierzu die Zusammenstellung im Teil 1, Abschnitt 1.4.) ein Eingriff in den Schutzbereich von Fortpflanzungsgrundrechten vorliegt, welche Eingriffsintensität vorliegt und ob der Eingriff unter sonstigen Aspekten, insbesondere unter dem Aspekt der Verhältnismäßigkeit, verfassungsgemäß ist. Dabei wird vor einer Überprüfung einzelner Regelungen im ESchG oder im ärztlichen Standesrecht zunächst festgestellt, in welchem Umfang bei Inanspruchnahme von Methoden der medizinisch assistierten Fortpflanzung eine Kollision mit anderen Verfassungsgütern möglich ist.

3.2. Kollisionen mit anderen Verfassungsgütern bei Ausübung von Fortpflanzungsgrundrechten

Mit Fortpflanzungsgrundrechten kollidierende Verfassungsgüter können sowohl sonstige Grundrechte als auch Verfassungsprinzipien sein. Eine Grundrechtskollision kann in Bezug auf Grundrechte der beteiligten (Wunsch-)Eltern und Grundrechte des potentiellen oder bereits existierenden Kindes in Frage kommen. Weiterhin kann eine Kollision mit dem Verfassungsprinzip des objektiv-rechtlichen Gehaltes der Menschenwürde vorliegen.

3.2.1. Kollidierende Grundrechte der beteiligten erwachsenen Personen

Als erstes ist zu klären, ob auf der Seite der beteiligten erwachsenen Personen bei Inanspruchnahme von Methoden der medizinisch assistierten Fortpflanzung eine Grundrechtskollision in Bezug auf deren eigene Grundrechte vorliegt. Zu allen Methoden der medizinisch assistierten Fortpflanzung ist insbesondere immer wieder die Frage gestellt worden, ob eine Verletzung der Menschenwürde der beteiligten erwachsenen Personen vorliegt. Nachfolgend soll daher geprüft werden, wie Vorgänge im Zusammenhang mit der medizinisch assistierten Fortpflanzung rechtlich zu beurteilen sind, die oft plakativ als Verstöße gegen die Menschenwürde bezeichnet werden, die aber von allen beteiligten Erwachsenen aufgrund freien Willensentschlusses durchgeführt werden und die Würde des Kindes nicht berühren. Darf der Staat eingreifen, um die Würde der beteiligten volljährigen Personen gegen ihren Willen zu schützen?

Zunächst ist festzustellen, dass die (Wunsch-)Eltern und alle sonstigen, ggf. an der Fortpflanzung beteiligten Personen im Regelfall aufgrund eines eigenen, freien Willensentschlusses handeln. Soweit sie volljährig und im Besitz ihrer vollen geistigen Kräfte sind, liegt in Bezug auf alle fortpflanzungsbezogenen Grundrechte Grundrechtsfähigkeit und Grundrechtsmündigkeit vor. Da auch minderjährigen Personen die Fortpflanzung ab einem individuellen Zeitpunkt (der i.d.R. im Teenageralter liegt) möglich ist, stellt sich die Frage, ab welchem Zeitpunkt in Bezug auf die festgestellten Fortpflanzungsgrundrechte Grundrechtsfähigkeit und Grundrechtsmündigkeit eintritt. Dies ist insbesondere bei normaler Fortpflanzung ein Problem, da bei vielen Teenagern die Fortpflanzungsfähigkeit einige Jahre vor der Volljährigkeit eintritt. Darf z.B. bereits ein 14-jähriger Junge, der dazu in der Lage ist sich fortzupflanzen, frei darüber entscheiden, ob er sich fortpflanzen will? Oder unterliegt die Ausübung der Fortpflanzung bei Minderjährigen bis zu einem bestimmten Zeitpunkt der Entscheidung der Sorgeberechtigten? Und wie ist die Grundrechtsfähigkeit und Grundrechtsmündigkeit volljähriger, aber nicht einwilligungsfähiger Menschen (z.B. unter insoweit unter Betreuung stehender Personen) zu beurteilen? Diese Fragen werfen zahlreiche diskussionswürdige Punkte auf, die aber im Rahmen dieser Ausarbeitung nicht behandelt werden sollen. Es ist mit Sicherheit davon auszugehen, dass ohne Hinzutreten besonderer Umstände mit der Volljährigkeit auch Grundrechtsmündigkeit in Bezug auf alle Fortpflanzungsgrundrechte eintritt. Die

Methoden der medizinisch assistierten Fortpflanzung, um deren Inanspruchnahme es im Teil 3 ausschließlich geht, werden in erster Linie von volljährigen Personen genutzt, da ungewollte Kinderlosigkeit aufgrund der persönlichen Lebensplanung junger Menschen selten vor dem 18. Lebensjahr überhaupt festgestellt wird. Daher wird für diese Arbeit darauf verzichtet, der Frage der Grundrechtsmündigkeit in Bezug auf Fortpflanzungsgrundrechte weiter nachzugehen.[834]

Soweit volljährige Personen eine positive Fortpflanzungsentscheidung treffen, und zur Umsetzung dieser Entscheidung auf die Inanspruchnahme von Methoden der medizinisch assistierten Fortpflanzung angewiesen sind, hält man diesem Willensentschluss mit der Berufung auf kollidierende eigene Grundrechte deren eigene geschützte Position entgegen ("Schutz vor sich selbst"). Hierzu hat das BVerfG folgendes ausgeführt:

> „Zwar bedarf der Schutz des Menschen vor sich selbst als Rechtfertigungsgrund staatlicher Maßnahmen in Ansehung der durch Art. 2 I GG verbürgten allgemeinen Handlungsfreiheit grundsätzlich seinerseits einer verfassungsrechtlichen Rechtfertigung. Auch selbstgefährdendes Verhalten ist Ausdruck grundrechtlicher Freiheit. Das ändert aber nichts daran, daß es ein legitimes Gemeinwohlanliegen ist, Menschen davor zu bewahren, sich selbst einen größeren persönlichen Schaden zuzufügen [...]."[835]

Nach der Rechtsprechung des BVerfG sind gesetzliche Regelungen, die in das Grundrecht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit eingreifen, zulässig, wenn sie ein Individuum daran hindern sollen, sich selbst einen größeren persönlichen Schaden zuzufügen.[836] Es ist daher zu prüfen, ob bei der Inanspruchnahme von Methoden der medizinisch assistierten Fortpflanzung zu befürchten ist, dass sich die beteiligten Erwachsenen einen größeren persönlichen Schaden zufügen, was z.B. auch dann anzunehmen ist, wenn sie ihre eigene Menschenwürde verletzen. Ein Eingriff in die Entscheidungs- und Handlungskomponente der Fortpflanzung könnte daher möglicherweise durch eine schwerwiegendere Verletzung der Menschenwürde bei Ausführung des Willensentschlusses gerechtfertigt werden. Aus diesen Gründen ist vorrangig Art. 1 Abs. 1 GG als mögliches kollidierendes Grundrecht der beteiligten erwachsenen Personen zu untersuchen.

Zunächst ist zu prüfen, ob eine Verletzung der Menschenwürde der beteiligten erwachsenen Personen bereits deshalb ausgeschlossen ist, weil sie **freiwillig** handeln und hierbei bereit sind, auf einen eventuell vorhandenen Schutz ihrer Menschenwürde vollständig zu verzichten. Ein solcher Verzicht ist jedoch nicht möglich. Wie bereits im Teil 2, Abschnitt 2.3.1.1.1. festgestellt, gibt es einen Bestand elementarer Würde, Freiheit und Gleichachtung, der unveräußerlich ist, d.h. auch der Verfügung des Rechtsinhabers

[834] Hierbei wird auch auf die Erörterung der Problematik einer Inanspruchnahme medizinisch assistierter Fortpflanzung durch volljährige, aber nicht einwilligungsfähige Personen verzichtet.

[835] BVerfG, Beschluss vom 11.08.1999, 1 BvR 2181/98 u.a., NJW 1999, 3399 (3401)

[836] BVerfG, Beschluss vom 16.03.1982, 1 BvR 938/81, BVerfGE 60, 123 ff. (132)

entzogen.[837] Dies bedingt, dass auch der Grundrechtsträger oder die Grundrechtsträgerin nicht vollständig auf die Wahrnehmung ihrer Menschenwürde verzichten können. Freiwilliges Handeln schließt es daher nicht aus, dass eine Verletzung der Menschenwürde vorliegt (sog. „Selbstentwürdigung"), die ein staatliches Einschreiten erfordert.[838] Bei der Beurteilung der Zulässigkeit von Selbstentwürdigungen ist der eine staatliche Schutzpflicht auslösende Inhalt der Menschenwürde allerdings anhand des konkreten Einzelfalles zu bestimmen. Hierbei ist insbesondere auch die Einstellung des betroffenen Individuums in Bezug auf die Inhaltsbestimmung des Würdeschutzes von Bedeutung. *Dreier* vertritt die Ansicht, es gehöre zum Kern des Würdeverständnisses, dass niemandem eine staatliche Ansicht darüber aufgezwungen werden darf, was seine Würde ausmacht und was nicht. Ansonsten werde ein Mensch seiner individuellen Autonomie beraubt, die durch Art. 1 Abs. 1 GG gerade geschützt werden soll. Jeder könne selber darüber entscheiden, ob er sich einer in den Augen anderer würdelosen, Prozedur aussetzen will. Der Staat habe in einem solchen Fall kein Recht, einzugreifen.[839] Auch *Zippelius* gesteht einer Person einen beträchtlichen Spielraum bei der Entscheidung über das, was ihre Würde ausmacht, zu. Dabei kann ein Individuum kraft seiner Autonomie Beschränkungen dieser Autonomie auf sich nehmen, die ihm der Staat nicht kraft hoheitlicher Tätigkeit auferlegen könnte.[840] Dieses Recht zur subjektiven Inhaltsbestimmung der Menschenwürde ist jedoch nicht grenzenlos. Als objektive Grenze der Inhaltsbestimmung ist der Punkt anzusetzen, wo das Individuum in einer Weise betroffen wird, die nicht mit dem Menschenbild des Grundgesetzes in Einklang zu bringen ist (**objektiv-rechtlicher Gehalt der Menschenwürde**). Dieses Menschenbild beruht auf einem autonomen, gemeinschaftsgebundenen Individuum, dessen Subjektqualität und Eigenwert nicht ernsthaft in Frage gestellt werden dürfen.[841] Diese Merkmale des Menschenbildes stellen die Beurteilungskriterien für die Überprüfung der Frage dar, ob bei Inanspruchnahme von Methoden der medizinisch assistierten Fortpflanzung die Menschenwürde der Wunscheltern und anderer an der Fortpflanzung beteiligter Personen mit sonstigen Elternfunktionen in ihrem unverzichtbaren, objektiv-rechtlichen Bestand verletzt wird.

Bei den Wunscheltern kann die Inanspruchnahme von medizinischen Methoden zur Umsetzung einer positiven Fortpflanzungsentscheidung in Hormonbehandlung,

---

[837] ZIPPELIUS in: DOLZER, Rudolf/VOGEL, Klaus/GRAßHOF, Karin: (Hg.): Bonner Kommentar zum Grundgesetz, 2004, Art. 1 Abs. 1 u. 2 RN 120; ROBBERS in: UMBACH, Dieter C./CLEMENS, Thomas (Hg.): Grundgesetz - Mitarbeiterkommentar und Handbuch, Art. 1 RN 22; BVerwG, Urteil vom 15.12.1981, 1 C 232/79, NJW 1982, 664 ff. (665)

[838] ROBBERS in: UMBACH, Dieter C./CLEMENS, Thomas (Hg.): Grundgesetz - Mitarbeiterkommentar und Handbuch, Art. 1 RN 22

[839] DREIER, Horst (Hg.): Grundgesetz - Kommentar, DREIER, Art. 1 I, RN 90-91

[840] ZIPPELIUS in: DOLZER, Rudolf/VOGEL, Klaus/GRAßHOF, Karin: (Hg.): Bonner Kommentar zum Grundgesetz, 2004, Art. 1 Abs. 1 u. 2 RN 120

[841] ROBBERS in: UMBACH, Dieter C./CLEMENS, Thomas (Hg.): Grundgesetz - Mitarbeiterkommentar und Handbuch, Art. 1 RN 13

Insemination, Gametentransfer, IVF und ICSI mit anschließendem Embryotransfer liegen. Hierbei kann sowohl die Fortpflanzung sowohl im homologen als auch im heterologen System angestrebt werden.

Zunächst ist die Rechtslage bei **homologer Fortpflanzung** zu untersuchen. Soweit erkennbar, ist in Bezug auf Hormonbehandlung, homologe Insemination[842] und homologen Gametentransfer niemals eine Verletzung der Menschenwürde der Wunscheltern in der juristischen Diskussion angenommen worden. Es ist auch nicht ersichtlich, warum allein wegen medizinischer Beteiligung am Zeugungsvorgang, der nach wie vor im Körper der Frau statt findet, die Subjektqualität der Wunscheltern in Frage gestellt sein sollte. Bei IVF und/oder ICSI mit anschließendem Gametentransfer wird zwar neben der Inanspruchnahme ärztlicher Hilfe auch noch der Zeugungsmoment aus dem Körper der Frau heraus verlagert, hierdurch wird aber weder die Subjektqualität der Frau noch die ihres Geschlechtspartners ersthaft berührt. Infolgedessen ist in Bezug auf die homologe Inanspruchnahme von Methoden der medizinisch assistierten Fortpflanzung inzwischen anerkannt, dass hierbei selbst extrakorporale Befruchtungsvorgänge keinen unmittelbaren rechtlichen Bedenken aus Art. 1 Abs. 1 GG begegnen.[843] Die Inanspruchnahme der derzeit üblichen Methoden der medizinisch assistierten Fortpflanzung im homologen System verletzt daher im Ergebnis nicht die Würde der Wunscheltern.

Bei der **heterologen Fortpflanzung** kommen neben den Wunscheltern weitere Personen mit Elternfunktion hinzu, deren Menschenwürde ebenfalls auf eine mögliche Verletzung zu überprüfen ist. Auch in Bezug auf die Inanspruchnahme von Methoden der medizinisch assistierten Fortpflanzung ist das maßgebliche Kriterium, ob hierbei eine grundsätzliche Infragestellung der Subjektqualität der beteiligten erwachsenen Personen mit Elternfunktion vorliegt. Dies ist getrennt für die verschiedenen Fallgruppen der heterologen Fortpflanzung zu untersuchen.

Zur **heterologen Insemination** wurde früher die Auffassung vertreten, diese verstoße generell gegen die Menschenwürde der Beteiligten und der Staat habe diesbezüglich eine echte Schutz- und Abwehrpflicht, notfalls durch Pönalisierung.[844] Diese Ansicht war

[842] ROBBERS in: UMBACH, Dieter C./CLEMENS, Thomas (Hg.): Grundgesetz - Mitarbeiterkommentar und Handbuch, Art. 1 RN 69

[843] KUNIG in: von MÜNCH, Ingo/KUNIG, Philip (Hg.): Grundgesetz-Kommentar, 5. Auflage 2000, Art. 1 RN 36 unter dem Schlagwort: "Künstliche Befruchtung"

[844] DÜRIG in: MAUNZ, Theodor/DÜRIG, Günter (Hg.): Kommentar zum Grundgesetz, Stand: 33. Ergänzungslieferung, Nov. 1997, Art. 1 Abs. 1 RN 39; Im Entwurf des Strafgesetzbuches von 1962 (§ 203 des Entwurfs StGB-1962) war sogar noch eine Vorschrift enthalten, welche die heterologe Insemination unter Strafe stellte, diese Vorschrift ist aber bereits vor Verabschiedung des StGB wieder gestrichen worden und die im ärztlichen Standesrecht eingeführte kurzzeitige Verbannung der heterologen Insemination als standeswidrig wurde von der deutschen Ärzteschaft 1970 wieder zurückgenommen (DEUTSCH, Erwin: An der Grenze von Recht und künstlicher Fortpflanzung, VersR 1985, S. 1003).

allerdings immer umstritten und ist heute nicht mehr anerkannt.[845] Die Verwendung von Spendersamen zur Zeugung eines Kindes stellt weder eine Verletzung der Würde der Wunscheltern (Wunschmutter = physiologische und genetische Mutter, Wunschvater = sozialer Vater), noch eine Verletzung der Menschenwürde des Samenspenders (= genetischer Vater) dar.[846] Dies gilt entsprechend auch für eine Eizellenspende mit anschließendem Gametentransfer, da insoweit kein relevanter Unterschied zur Samenspende erkennbar ist. Allein der Umstand, dass die Entnahme von Eizellen aufwendiger ist, als die Entnahme von Spermazellen, und ein erhöhtes Risiko für die Spenderin beinhaltet, führt nicht dazu, dass hierdurch die Subjektqualität der Spenderin in Frage gestellt wird. Dies wird durch die von *Bernat* vertretene Ansicht gestützt, wonach keine grundsätzlichen juristischen Bedenken gegen die Zulässigkeit der Eizellenspende bestehen, da man diese als invertierten Fall der Samenspende betrachten könne. Dies gelte auch unter Beachtung des Umstandes, dass sich die Eizellengewinnung etwas komplizierter gestalte als die Samengewinnung.[847]

Eine Infragestellung der auf der Menschenwürde beruhenden Subjektqualität ist bei Samen- und Eizellenspende in Bezug auf die spendenden Personen erst dann diskussionswürdig, wenn mit der Spende eine systematische Kommerzialisierung des eigenen Körpers unter Inkaufnahme eines dauerhaften, hohen Risikos verbunden sein sollte. In einem solchen Fall bedingen die äußeren Umstände Zweifel an der Autonomie der Eizellen- oder Samenspender. Es liegt auch der Verdacht nahe, dass Freiwilligkeit nur scheinbar und vordergründig gegeben ist[848] und tatsächlich ein Zwang zur Selbstausbeutung (z.B. aufgrund wirtschaftlicher Bedrängnis[849]) vorliegt. Von einer Verletzung der Menschenwürde ist somit lediglich dann auszugehen, wenn zusätzlich zur Eizellen- oder Samenspende im Einzelfall besondere Umstände hinzutreten. Bei der unentgeltlichen, auf Einzelfälle beschränkten Samen- und Eizellenspende liegt keine Verletzung der Menschenwürde des spendenden Individuums vor.

Dies gilt auch für einen **Gametentransfer**, sowie für **IVF** und **ICSI** mit anschließendem Embryotransfer, wenn hierbei Spenderinnenei- und/oder Spendersamenzellen verwendet werden, da sich aufgrund des gesteigerten Technisierungsgrades dieser

---

[845] KUNIG in: von MÜNCH, Ingo/KUNIG, Philip (Hg.): Grundgesetz-Kommentar, 5. Auflage 2000, Art. 1 RN 36 unter dem Schlagwort: "Künstliche Befruchtung"; STARCK, Christian: Die künstliche Befruchtung beim Menschen - Zulässigkeit und zivilrechtliche Folgen, Gutachten A für den 56. Deutschen Juristentag, 1986, S. 22; ROBBERS in: UMBACH, Dieter C./CLEMENS, Thomas (Hg.): Grundgesetz - Mitarbeiterkommentar und Handbuch, Art. 1 RN 69

[846] RÜSKEN, Reinhart: Künstliche Befruchtung als Heilbehandlung, NJW 1998, S. 1745-1750 (1748)

[847] BERNAT, Erwin: Statusrechtliche Probleme im Gefolge medizinisch assistierter Zeugung, MedR 1986, S. 245-253 (253)

[848] ROBBERS in: UMBACH, Dieter C./CLEMENS, Thomas (Hg.): Grundgesetz - Mitarbeiterkommentar und Handbuch, Art. 1 RN 22

[849] HERDEGEN in: MAUNZ, Theodor/DÜRIG, Günter (Hg.): Kommentar zum Grundgesetz; Art. 1 Abs. 1 RN 75, Stand: 43. Ergänzungslieferung, Februar 2004

Methoden nur für die Wunscheltern etwas ändert, nicht aber für die spendenden Personen. In Bezug auf die Wunscheltern liegt hier die Sachlage in Bezug auf die Verwendung fremder Keimzellen nicht anders als bei der heterologen Insemination, in Bezug auf die Steigerung des Technisierungsgrades des Verfahrens liegt sie nicht anders als bei der homologen Fortpflanzung. Infolgedessen stellen der heterologe Gametentransfer, sowie die heterologe IVF und ICSI mit Spenderkeimzellen ebenfalls keine Verletzung der Menschenwürde der Wunscheltern dar. Die größten Befürchtungen einer Menschenwürdeverletzung sind im Falle einer **Leih- oder Ersatzmutterschaft** geäußert worden, weil die fremdnützige Schwangerschaft einen erheblichen Eingriff in die Gesundheit der austragenden Frau darstellt und sogar ein geringes Risiko des tödlichen Verlaufes einer Schwangerschaft besteht. Die austragende Frau instrumentalisiert sich bei einer solchen Schwangerschaft in hohem Maße zu fremdnützigen Zwecken. Aus diesen Gründen wurde früher zum Teil die Ansicht vertreten, die Leihmutter verletze bei Einwilligung in eine fremdnützige Schwangerschaft ihre eigene Menschenwürde, daher müsse die Leihmutterschaft zum Schutz der Würde der Leihmutter verboten werden.[850] Bei freiwilligem Handeln stellt aber selbst eine extreme Instrumentalisierung der eigenen körperlichen Möglichkeiten die Subjektqualität der Leih- oder Ersatzmutter nicht prinzipiell in Frage.[851] Daher ist selbst Leih- oder Ersatzmutterschaft nicht grundsätzlich würdewidrig.[852]

Dies gilt allerdings nicht ausnahmslos. Eine Verletzung der Menschenwürde der Leih- oder Ersatzmutter wird dann anzunehmen sein, wenn die Freiwilligkeit der Durchführung einer fremdnützigen Schwangerschaft entfällt (z.B. bei Ausnutzung wirtschaftlicher oder emotionaler Abhängigkeiten, in denen sich die Leih- oder Ersatzmutter befindet) oder wenn eine systematische Kommerzialisierung des Körpers der Frau erfolgt (z.B. gesundheitsschädliche Selbstausbeutung).

Im **Ergebnis** ist festzuhalten, dass die Einschränkung von Fortpflanzungsgrundrechten grundsätzlich nicht mit einer Würdeverletzung der beteiligten erwachsenen Personen (z.B.: Wunscheltern, Samenspender, Eizellenspenderin, Leihmutter) gerechtfertigt werden kann. Ausnahmen hiervon sind in Bezug auf Personen möglich, deren Tätigkeit auf die Unterstützung der Fortpflanzung der Wunscheltern gerichtet ist

---

[850] Z.B.: HIRSCH, Günter: - Zeugung im Reagenzglas, MedR 1986, S. 237-240 (237); LITTWIN, Frank: Grundrechtsschutz gegen sich selbst - Das Spannungsverhältnis von grundrechtlichem Selbstbestimmungsrecht und Gemeinschaftsbezogenheit des Individuums, 1993, S. 96-97; EBERBACH, Wolfram H.: Rechtliche Probleme der „Leihmutterschaft“, MedR 1986, S. 253-259 (254) m.w.N. der allerdings bereits eine Abwägung mit dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht der Ersatzmutter für erforderlich hält

[851] STARCK, Christian: Die künstliche Befruchtung beim Menschen - Zulässigkeit und zivilrechtliche Folgen, Gutachten A für den 56. Deutschen Juristentag, 1986, S. 42

[852] KUNIG in: von MÜNCH, Ingo/KUNIG, Philip (Hg.): Grundgesetz-Kommentar, 5. Auflage 2000, Art. 1 RN 36 unter dem Schlagwort: "Künstliche Befruchtung"; ROBBERS in: UMBACH, Dieter C./CLEMENS, Thomas (Hg.): Grundgesetz - Mitarbeiterkommentar und Handbuch, Art. 1 RN 69; HERDEGEN in: MAUNZ, Theodor/DÜRIG, Günter (Hg.): Kommentar zum Grundgesetz; Art. 1 Abs. 1 RN 97, Stand: 43. Ergänzungslieferung, Februar 2004

(Eizellenspenderinnen, Samenspender, Leih- oder Tragemütter), wenn besondere äußere Umstände hinzukommen (z.B. Kommerzialisierung des eigenen Körpers in Form von extremer, gesundheitsschädlicher Selbstausbeutung, Wegfall der Freiwilligkeit des Handelns).

3.2.2. Kollidierende Verfassungsgüter in Bezug auf den Embryo, bzw. das Kind

Grundrechte des Kindes können bei der Inanspruchnahme von Methoden der medizinisch assistierten Fortpflanzung grundsätzlich den Grundrechten der Eltern oder Wunscheltern gegenüberstehen, bzw. im Laufe des Vorganges der Fortpflanzung hinzutreten. Als betroffene Grundrechte des Kindes kommen dessen Menschenwürde, sein Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit, sowie sein allgemeines Persönlichkeitsrecht in Betracht. Der Staat wird durch das Gebot des Art. 1 Abs. 1 S. 2 GG verpflichtet, die Menschenwürde zu achten und zu schützen und jeden Menschen vor Übergriffen Dritter und vor sozialer Missachtung zu schützen.[853] Der Staat ist somit nicht nur berechtigt, sondern verpflichtet, zum Schutz der Menschenwürde[854] und hierauf beruhender Grundrechtsgarantien regelnd einzugreifen, sobald diese einer Person zusteht und durch das Tun Dritter (z.B.: Eltern, Arzt, Wissenschaftler) gefährdet ist. Um festzustellen, wann eine Schutzpflicht des Staates frühestens eintritt, ist zunächst zu klären, ab welchem Zeitpunkt die **Existenz eines neuen Menschen im Sinne des Grundgesetzes** beginnt.

Ei- und Samenzellen (=Keimzellen) sind noch kein Mensch. Diese Keimzellen sind, solange sie Teil des Körpers einer Person sind, dem Persönlichkeitsrecht dieser Person zugeordnet. Normalerweise sind abgetrennte Komponenten des Körpers Sachen, die im Eigentum der Person stehen, von deren Körper sie stammen (z.B.: Haare, Muttermilch). Nach der Trennung vom Körper sind jedoch Keimzellen wegen ihrer besonderen Qualität, Träger zukünftigen Lebens zu sein, nicht als normale Sachen anzusehen: das Persönlichkeitsrecht der Person, von der die Keimzellen stammen, wirkt an ihnen fort und überlagert das Sachenrecht. Keimzellen sind aus diesem Grund nicht verkehrsfähig, es handelt sich um persönlichkeitsrechtlich überlagertes Sacheigentum.[855] Die Zustimmung des Individuums, von der eine Keimzelle stammt, ist daher immer bei einem medizinisch assistierten Befruchtungsvorgang notwendig. Diese Zustimmung ist bis zur Entstehung eines neuen Menschen jederzeit ohne Angabe von Gründen frei widerruflich. Entgegenstehende vertragliche Abreden sind nichtig (vgl. Teil 2, Abschnitte 2.3.2.1.2. und 2.3.2.1.4.). Aus diesem Grunde können in Deutschland keine kommerziellen Samenbanken betrieben werden, die Samen- und Eizellen anonym an- und verkaufen. Die Lagerung von Keimzellen, die zum Zwecke der späteren

[853] DREIER, Horst (Hg.): Grundgesetz - Kommentar, 1996, DREIER, Art. 1 I, RN 77-78

[854] DÜRIG in: MAUNZ, Theodor/DÜRIG, Günter (Hg.): Kommentar zum Grundgesetz, Stand: 33. Ergänzungslieferung, Nov. 1997, Art. 1 Abs. 1 RN 3

[855] BGH, Urteil vom 09.11.1993, Az.: VI ZR 62/93, FamRZ 1994, 154 ff.; DEUTSCH, Erwin: An der Grenze von Recht und künstlicher Fortpflanzung, VersR 1985, S. 1004

Fortpflanzung bestimmt sind, ist vielmehr nur individualisiert und im Interesse des Eigentümers oder der Eigentümerin der Keimzellen möglich.

Wenn die Keimzelle selbst noch kein Mensch ist und nach der Geburt unstreitig ein dem Schutz der Verfassung unterfallender Mensch vorhanden ist, so muss der Beginn des Grundrechtsschutzes irgendwo dazwischen anzusiedeln sein. Für den Beginn der vorgeburtlichen Grundrechtsfähigkeit kommen verschiedene Zeitpunkte in Betracht:[856]

1. Das Eindringen der Samenzelle in die Eizelle;
2. Die Verschmelzung der Kerne von Ei- und Samenzelle;
3. Die Einnistung der befruchteten Eizelle in die Gebärmutter;[857]
4. Die Ausdifferenzierung des Gehirns (ca. 35 Tage nach Befruchtung), als Gegenstück zum Todeszeitpunkt des Hirntodes.[858]

Bei diesen Zeitpunkten handelt es sich um biologisch vorgegebene Abschnitte in der Entwicklung eines Menschen. Allerdings ist die Festlegung des Zeitpunktes, ab dem ein Fötus schutzwürdig ist, sowie das Ausmaß der Schutzwürdigkeit dem Gesetzgeber nicht durch naturwissenschaftliche Erkenntnisse vorgegeben. So ist z.B. seitens der deutschen Ärzteschaft in der Abtreibungsdebatte nach 1945 stets die Ansicht vertreten worden, dass es im Leben des Menschen keine biologischen Zäsuren zwischen Fertilisation und Tod gibt, die eine grundsätzlich verschiedene Behandlung von ungeborenem gegenüber geborenem Leben rechtfertigen.[859] Demzufolge darf von Seiten der Rechtsdogmatik und der Moralphilosophie nicht allein auf naturwissenschaftliche Erkenntnisse abgestellt werden.[860] Es ist vielmehr allein die Rechtsordnung, welche die Rechte der sich entwickelnden Leibesfrucht festlegt. Der rechtliche Schutz des Fötus ist kein Erkenntnisproblem, sondern ein Entscheidungsproblem.[861] Es ist daher zu prüfen, an welchen der dargestellten Punkte im biologischen Entwicklungsgeschehen die Menschwerdung im Sinne des Verfassungsrechts angeknüpft worden ist.

Bei Untersuchung dieser Frage ist vorab darauf hinzuweisen, dass die deutsche Rechtsordnung, je nach Rechtsgebiet, an andere Kriterien als den verfassungsrechtlichen

---

856 vgl. zu den genannten Zeitpunkten den Überblick bei ULMER, Claus-Dieter: Embryonenschutz durch Bussgeldtatbestände, Diss. Tübingen 1995, S. 16-26

857 Z.B. wurde von *Dressler* die Ansicht vertreten, dass Leben im verfassungsrechtlichen Sinne erst mit Abschluss der Nidation am 14. Tag nach der Verschmelzung von Ei- und Samenzelle vorliegt. (DRESSLER, Angelika: Verfassungsfragen des Embryonenschutzes hinsichtlich der Reproduktionsmedizin; Diss. Bielefeld 1992, S. 49)

858 PAP, Michael: Die Würde des werdenden Lebens in vitro - verfassungsrechtliche Grenzen der extrakorporalen Befruchtung, MedR 1986, S. 229-236 (232)

859 GANTE, Michael: „Das 20. Jahrhundert (II) - Rechtspolitik und Rechtswirklichkeit 1927-1976, in: JÜTTE, Robert (Hg.): Geschichte der Abtreibung - Von der Antike bis zur Gegenwart, 1993, S. 83

860 HILGENDORF, Eric: Ektogenese und Strafrecht, MedR 1994, S. 429-432 (432)

861 HILGENDORF, Eric: Ektogenese und Strafrecht, MedR 1994, S. 429-432 (432)

Zeitpunkt der Menschwerdung anknüpft. Mensch im Sinne des **Strafrechts** (= taugliches Tatobjekt eines Tötungsdeliktes) wird die Leibesfrucht z.B. erst mit Beginn der Geburt (= Einsetzen der den Geburtsvorgang einleitenden Eröffnungswehen). Kommt das Kind operativ zur Welt, so ersetzt der Moment der Eröffnung der Gebärmutter den Beginn der Geburt.[862] Ein Fötus kann entsprechend dieser Definition auch dann ein Mensch im Sinne des Strafrechts sein, wenn er vorzeitig zur Welt kommt. Ausschlaggebend ist, ob das zu früh geborene Kind *„unabhängig vom Leben der Mutter in menschlicher Weise lebt, sei es auch nur für kurze Zeit"*.[863] Das ungeborene Leben wird als „Leibesfrucht" durch die §§ 218 ff. StGB geschützt. Im **Zivilrecht** beginnt die Rechtsfähigkeit eines Menschen mit der Vollendung der Geburt (§ 1 BGB). Zu der Frage, ab welchem Zeitpunkt ein Mensch existiert, enthält das BGB keine Aussage. Es ist im Zusammenhang mit vorgeburtlichen Schäden des Kindes allerdings anerkannt, dass auch für solche Schäden vom Kind nach der Geburt im eigenen Namen Schadensersatz- und Schmerzensgeldansprüche geltend gemacht werden können.[864] Für die Prüfung möglicher kollidierender Grundrechte eines Embryos sind diese Begriffsbestimmungen aus dem Zivil- und Strafrecht nicht unmittelbar verwertbar, da sie nicht den Umfang des Schutzes eines Menschen durch das GG bestimmen, sondern vielmehr auf diesem beruhen. Der verfassungsrechtlich beachtliche Zeitpunkt des Beginns menschlichen Lebens kann über die im Zivil- und Strafrecht festgelegten Anknüpfungspunkte für den Beginn menschlichen Lebens hinausgehen.

Somit ist nunmehr der Zeitpunkt der Menschwerdung nach dem Grundgesetz zu untersuchen. Dem **Wortlaut** der Verfassung ist kein Hinweis auf den Beginn des Schutzes eines Menschen zu entnehmen. Rückschlüsse auf den Zeitpunkt des Beginns des Schutzes menschlichen Lebens durch das Grundgesetz lassen sich aber bereits aus dessen **Entstehungsgeschichte** ziehen. Die Weichen für die Auffassung, dass sich der Schutz durch einzelne Grundrechte, insbesondere der Grundrechtsschutz des Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG, auch auf das ungeborene Leben erstreckt, wurden bereits in den politischen Beratungen im Parlamentarischen Rat gestellt. In den Beratungen hatte sich der SPD-Abgeordnete Greve im Hauptausschuss noch gegen die Auffassung ausgesprochen, dass auch ungeborenes Leben von Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG geschützt wird. Als aber im Plenum unmittelbar vor der Verabschiedung des Grundgesetzes die Abgeordneten Weber (CDU), Wessel (Zentrum) und Seebohm (Deutsche Partei) erklärten, dass das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit auch für das ungeborene Leben gelten solle, enthielt sich die SPD jeden Widerspruchs. Damit war nach der Ansicht von *Gante* die strategische Grundentscheidung für die rechtliche

---

862 HILGENDORF, Eric: Ektogenese und Strafrecht, MedR 1994, S. 429-432 (430)

863 HILGENDORF, Eric: Ektogenese und Strafrecht, MedR 1994, S. 429-432 (431); BGHSt 10, 291 (292)

864 BGH, Entscheidung vom 20.12.1952, II ZR 141/51, BGHZ 8, 243 ff. (247-249); vgl. hierzu auch KAPP, Wolfgang: Der Fötus als Patient? MedR 1986, 275-280 (276)

Ausgestaltung des Lebensschutzes in der Bundesrepublik Deutschland gefallen.[865] Bereits die Entstehungsgeschichte des Grundgesetzes legt daher die Auffassung nahe, dass grundsätzlich auch das ungeborene Leben als menschliches Leben von der Verfassung geschützt wird.

Ein entsprechender verfassungsrechtlicher Lebensschutz ist durch Rechtsprechung und Literatur ebenfalls angenommen und fortentwickelt worden. Grundlegend für die Beurteilung des Beginns menschlichen Lebens durch die **Rechtsprechung** waren die Urteile des BVerfG vom 25.02.1975 und 28.05.1993 zur Zulässigkeit von strafrechtlichen Regelungen, die den Schwangerschaftsabbruch in unter bestimmten Voraussetzungen zuließen.[866] Bereits in der ersten Entscheidungen des BVerfG zum Schwangerschaftsabbruch wurde festgestellt, dass auch das ungeborene Leben als ein Mensch im Sinne der Verfassung angesehen werden muss und damit Träger der Menschenwürde ist. In der Urteilsbegründung des BVerfG heißt es zu diesem Punkt:

> „Jeder Lebende ist geschützt. ‚Jeder' ist hier weit auszulegen, auch das noch ungeborene menschliche Wesen ist geschützt, dieser Schutz ergibt sich auch aus Art. 1 Abs. 1 GG."[867]

Da die Urteile des BVerfG nur die Zulässigkeit eines Schwangerschaftsabbruchs betrafen, hat das BVerfG festgestellt, dass zumindest ab dem Zeitpunkt der Nidation eines Embryos in der Gebärmutter der austragenden Frau menschliches Leben vorliegt.[868]

In der **juristischen Literatur**[869] hat sich inzwischen eine herrschende Meinung herausgebildet, nach der ein Embryo ab dem Zeitpunkt der Zeugung (Kernverschmelzung von Ei- und Samenzelle) als menschliches Leben anzusehen ist und dem Schutz des Grundgesetzes untersteht.[870] Teilweise wird allerdings immer noch der Einwand erhoben, die nur unter dem Mikroskop erkennbare befruchtete Eizelle sei noch kein menschliches Leben, oder es handele sich zwar bereits um menschliches

---

[865] GANTE, Michael: „Das 20. Jahrhundert (II) - Rechtspolitik und Rechtswirklichkeit 1927-1976, in: JÜTTE, Robert (Hg.): Geschichte der Abtreibung - Von der Antike bis zur Gegenwart, 1993, S. 174

[866] BVerfG, Urteil vom 25.02.1975, Az.: 1 BvF 1, 2, 3, 4, 5, 6/74, BVerfGE 39, 1 ff.; BVerfG, Urteil vom 28.05.1993, Az.: 2 BvF 2/90, 4/92, 5/92, BVerfGE 88, S. 203 ff.

[867] BVerfG, Urteil vom 25.02.1975, Az.: 1 BvF 1, 2, 3, 4, 5, 6/74, BVerfGE 39, 1 ff. (41)

[868] CORRELL, Cathrin in: DENNINGER, Erhard/ ... (Hg.): Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (Reihe Alternativkommentare), Stand: August 2002, Art. 2 Abs. 2, RN 34

[869] vgl. hierzu den umfangreichen, aktuellen Überblick von *Herdegen* in: MAUNZ, Theodor/DÜRIG, Günter (Hg.): Kommentar zum Grundgesetz; Art. 1 Abs. 1 RN 55-67, Stand: 43. Ergänzungslieferung, Februar 2004

[870] z.B.: ROBBERS in: UMBACH, Dieter C./CLEMENS, Thomas (Hg.): Grundgesetz - Mitarbeiterkommentar und Handbuch, Art. 1 RN 21; DÜRIG in: MAUNZ, Theodor/DÜRIG, Günter (Hg.): Kommentar zum Grundgesetz, Stand: 33. Ergänzungslieferung, Nov. 1997, Art. 1 Abs. 1 RN 24; CORRELL, Cathrin in: DENNINGER, Erhard/ ... (Hg.): Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (Reihe Alternativkommentare), Stand: August 2002, Art. 2 Abs. 2, RN 36

Leben, dem aber der Schutz der Grundrechte, insbesondere der Menschenwürde, nicht oder nur in einer besonderen Weise zukomme.[871] So vertritt z.B. *Dreier* die Auffassung, die in vitro gezeugten Embryonen seien nicht Träger der Menschenwürde.[872]

Trotz der grundsätzlichen Anerkennung einer befruchteten Eizelle im frühen Teilungsstadium als menschliches Leben durch die h.M. in der Literatur ist davon auszugehen, dass der Schutz, den das Grundgesetz in Bezug auf dieses Leben entfaltet, verschieden von dem Schutz ist, die einem ausdifferenzierten Menschen zusteht. Es darf nicht übersehen werden, dass es sich bei diesem menschlichen Leben um eine befruchtete Eizelle handelt, die man mit bloßem Auge nicht einmal erkennen kann. Eine solche Eizelle kann sich ohne die Übertragung in eine Gebärmutter nicht fortentwickeln. Dies mag in der Zukunft anders aussehen, wenn die Forschung zur Entwicklung einer künstlichen Gebärmutter weiter fortgeschritten ist. Weiterhin ist für die Ausgestaltung des Schutzes von menschlichem Leben im frühesten Entwicklungsstadium zu beachten, dass auch zur normalen Fortpflanzung ein hoher Verbrauch an befruchteten Eizellen gehört. Zu diesem, von den fortpflanzungswilligen Personen nicht steuerbaren Verbrauch bei einer normalen Befruchtung einer Eizelle durch Geschlechtsverkehr kommt es, weil sich nicht jede befruchtete Eizelle in der Gebärmutterwand der Frau einnistet. Darüber hinaus kann es auch nach der Einnistung der Eizelle in der Gebärmutter zu einer Fehlgeburt kommen. Pro 100 befruchteter Eizellen gelangen bei normaler Fortpflanzung nur etwa 18-20 Kinder zur Geburt. Die meisten (ca. 55 %) sterben, i.d.R. unbemerkt von der Frau, bereits in den frühen Wochen der Schwangerschaft ab, und zwar im allgemeinen vor der Einnistung in die Gebärmutter. Bei weiteren 10-15 % kommt es zu spontanen Fehl- oder Totgeburten mit einem zeitlichen Maximum in der 10.-15. Woche nach der Empfängnis. Als Ursache hierfür werden Entwicklungsfehler mit Todesfolge angegeben.[873] Zudem genießt bei der normalen Fortpflanzung der Embryo erst ab dem Zeitpunkt der Einnistung in die Gebärmutter strafrechtlichen Schutz. Im Zeitraum zwischen Zeugung eines Embryos und Nidation, also ca. 15 Tage lang, kann die Frau ungestraft versuchen, mittels nidationsverhindernder Mittel (z.B. durch Verwendung einer Spirale zur Empfängnisverhütung oder die sog. "Pille danach"[874]) den Eintritt einer Schwangerschaft zu verhindern (§ 218 Abs. 1 S. 2 StGB). Bis zur Nidation wird demzufolge das durch Kernverschmelzung entstandene menschliche Leben nicht durch das Strafrecht geschützt. Die Verletzung des werdenden Lebens kann aus diesen Gründen nach allgemeiner Meinung nicht mit der Verletzung eines (geborenen) Menschen gleichgesetzt werden. Dies gilt vor allem für die frühe Zeit der Schwangerschaft, notwendig ist also eine zeitliche

---

871 ZIPPELIUS in: DOLZER, Rudolf/VOGEL, Klaus/GRAßHOF, Karin: (Hg.): Bonner Kommentar zum Grundgesetz, 2004, ZIPPELIUS: Art. 1 Abs. 1 u. 2 RN 51

872 DREIER, Horst (Hg.): Grundgesetz - Kommentar, 1996, DREIER, Art. 1 I, RN 59

873 RAUH, Hellgard in: OERTER, Rolf/MONTADA, Leo (Hg.): Entwicklungspsychologie, 1998, S. 176

874 HIRSCH, Günter E.: Die Pille danach, MedR 1987, 12 ff.

Differenzierung.[875] Die von *Zippelius* geäußerten erheblichen Zweifel daran, dass eine Würde, die auf moralische Selbstbestimmung und Gottebenbildlichkeit gegründet sein soll, einer befruchteten Eizelle in derselben Weise zustehen soll, wie z.B. einem Bundesverfassungsrichter, sind dementsprechend berechtigt.[876] Für einen differenzierten strafrechtlichen Lebensschutz des Fötus spricht sich auch *Hilgendorf* aus:

> „Die frühere Indikationsregelung (zum Schwangerschaftsabbruch) zeigt, daß auch der Gesetzgeber - übrigens im Einklang mit den in der Bevölkerung herrschenden Wertungen - von einem verringerten Lebensrecht der Leibesfrucht ausging. Im neuen Abtreibungsrecht wird sich daran nichts ändern. Eine derartige Gewichtung ist weder willkürlich, noch verstößt sie gegen das in Art. 3 GG festgelegte Prinzip der Gleichbehandlung, solange intersubjektiv nachvollziehbare Gründe für die Abstufung angegeben werden können.“[877]

Eine verschiedenartige Ausgestaltung des Würdeschutzes ist demzufolge nicht nur zulässig, sondern auch sinnvoll, um der besonderen Situation einer Eizelle im frühesten Teilungsstadium gerecht werden zu können.

Im **Ergebnis** ist mit der herrschenden Meinung davon auszugehen, dass ein Embryo ab dem Zeitpunkt der Kernverschmelzung bereits als menschliches Leben anzusehen ist und damit grundsätzlich auch Träger oder Trägerin von Grundrechten ist. Allerdings ist die Ausgestaltung des verfassungsrechtlichen Schutzes angesichts der besonderen Situation von Embryonen verschieden vom Schutz eines geborenen Menschen.

3.2.2.1. Das potentielle Kind und der objektiv-rechtliche Gehalt der Menschenwürde als kollidierendes Verfassungsprinzip

Zum Zeitpunkt der Entscheidung von Wunscheltern, sich zur Fortpflanzung ärztlicher Hilfe bedienen zu wollen, existiert noch kein Kind. Die Entstehung eines Kindes steht vielmehr erst am Ende der Inanspruchnahme ärztlicher Hilfe zur Fortpflanzung. Damit stellt sich die Frage, ob die Rechte eines während des Entschlusses und des Anfangsstadiums der Behandlung noch gar nicht vorhandenen Kindes sich grundrechtseinschränkend für die potentiellen Eltern auswirken können. Anders formuliert: Kann man mit dem Argument, die individuelle Würde eines möglichen Kindes könnte verletzt werden, die gesetzliche Verhinderung der Entstehung dieses Kindes begründen?

Stellungnahmen der **Rechtsprechung** sind zu dieser Frage nicht ersichtlich. Soweit sich die juristische **Literatur** mit dem Argument des Schutzes der Würde eines potentiellen Kindes auseinandersetzt, wird dieses als nicht stichhaltig abgelehnt. *Bernat* äußerst sich zu diesem Punkt wie folgt:

---

[875] JARASS in: JARASS, Hans D./PIEROTH, Bodo: Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 2004; Art. 2 RN 64; BVerfGE abwM 39, 80 und abwM 88, 203 (342 ff.)

[876] ZIPPELIUS in: DOLZER, Rudolf/VOGEL, Klaus/GRAßHOF, Karin: (Hg.): Bonner Kommentar zum Grundgesetz, 2004, ZIPPELIUS: Art. 1 Abs. 1 u. 2 RN 51

[877] HILGENDORF, Eric: Ektogenese und Strafrecht, MedR 1994, S. 429-432 (432)

> „Gegen viele Formen medizinischer Zeugungshilfe wird vorgebracht, sie verstießen gegen die Menschenwürde und verletzten das Wohl des Kindes. Diesen Einwänden vermag ich mich nicht anzuschließen. Es ist nämlich durchaus zweifelhaft, ob jemandens Menschenwürde durch eine Handlung verletzt werden kann durch die die Existenz des Betroffenen erst ermöglicht wird.“[878]

Dreier bemängelt grundsätzlich, dass es im Bereich der Humangenetik aufgrund der Verwendung des Menschenwürdebegriffs des Art. 1 Abs. 1 GG, statt der Argumentation mit dem Lebensschutz aus Art. 2 Abs. 2 GG, zu Inkonsequenzen und Wertungswidersprüchen kommt.[879] Nach seiner Auffassung

> „kommt dem Menschenwürdesatz für die verfassungsrechtliche (nicht politische oder moralische) Beurteilung der Humangenetik eine weitaus geringere Bedeutung zu [als bisher in der Literatur angenommen].“[880]

Für eine Verletzung der Menschenwürde ist nach *Dreier* insbesondere dann kein Raum, wenn es (noch) keinen Träger dieser Würde gibt. Vor Entstehung eines Embryos stattfindende Vorgänge können daher dessen Menschenwürde nicht verletzen.[881] Dieselbe Ansicht vertritt auch *Coester-Waltjen.*[882]

Diese Auffassungen überzeugen. Im Gegensatz zum postmortalen Persönlichkeitsschutz existiert vor der Zeugung eines Menschen kein individuelles Bezugsobjekt, dessen Würde verletzt werden kann. Die Menschenwürde darf auch nicht höher als die Existenz eines Menschen eingestuft werden, denn ohne Existenz gibt es keine Würde. Das Bundesverfassungsgericht hat im Zusammenhang mit den Entscheidungen zum Schwangerschaftsabbruch festgestellt:

> „Das menschliche Leben stellt innerhalb der grundgesetzlichen Ordnung einen Höchstwert dar; es ist die vitale Basis der Menschenwürde und die Voraussetzung aller anderen Grundrechte.“[883]

Der so oft in der Literatur zitierte Schutz der Würde eines noch nicht existierenden Menschen ist kein verfassungsrechtliches, sondern ein moralisches oder politisches Argument. Es handelt sich hierbei um eine Auffassung, die davon ausgeht, dass Nicht-Existenz besser ist, als konfliktträchtige Existenz. Diese Argumentation ist nicht vom

---

878 BERNAT, Erwin: Statusrechtliche Probleme im Gefolge medizinisch assistierter Zeugung, MedR 1986, S. 245-253 (253)

879 DREIER, Horst (Hg.): Grundgesetz - Kommentar, 1996, DREIER, Art. 1 I, RN 51

880 DREIER, Horst (Hg.): Grundgesetz - Kommentar, 1996, DREIER, Art. 1 I, RN 51 ff.

881 DREIER, Horst (Hg.): Grundgesetz - Kommentar, 1996, DREIER, Art. 1 I, RN 56-62

882 COESTER-WALTJEN: Die künstliche Befruchtung beim Menschen - Zulässigkeit und zivilrechtliche Folgen, Gutachten B für den 56. deutschen Juristentag, 1986, S. 45-46

883 BVerfG, Urteil vom 25.02.1975, Az.: 1 BvF 1, 2, 3, 4, 5, 6/74, BVerfGE 39, 1 ff. (42)

Grundgesetz gedeckt. Der Schutz des potentiellen Kindes als Individuum[884] kann daher grundsätzlich nicht als Argument zur Verhinderung von Zeugungen im Rahmen der medizinisch assistierten Fortpflanzung herangezogen werden.

Ist demgegenüber eine rechtliche Regelung zur medizinisch assistierten Fortpflanzung nicht darauf gerichtet, die Entstehung von neuem Leben vollständig zu verhindern, sondern wird ausschließlich der Vorgang der Entstehung geregelt, so ist es zumindest denklogisch möglich, dass die Würde des zukünftigen Kindes als Individuum gewisse Einschränkungen im Entstehungsprozess rechtfertigt (z.B. das Verbot der Geschlechtswahl des Kindes oder die Regelung der Spenderauswahl, das Gebot zur Sammlung von Daten über die genetischen Eltern). Nach *Starck* soll z.B. die Spenderauswahl durch die Wunscheltern (z.B. nach IQ, Aussehen, Lebenswandel von Samenspender oder Eizellenspenderin) keine Verletzung der Menschenwürde des Kindes darstellen, sofern der Samen nicht genetisch untersucht oder manipuliert wird.[885]

Im Unterschied zur Argumentation mit der Würde eines individuellen Menschen (entstehendes Kind) besteht auch noch die Möglichkeit, dass eine Verletzung des **objektiv-rechtlichen Gehalts der Menschenwürde** bei Inanspruchnahme von bestimmten Methoden der medizinisch assistierten Fortpflanzung eine Einschränkung von Fortpflanzungsgrundrechten der Eltern ermöglicht, bzw. sogar erfordert. Nach *Höfling* kann auf den objektiv-rechtlichen Gehalt der Menschenwürde dann zurückgegriffen werden, wenn noch kein konkreter Mensch, sondern *„das Humanum schlechthin"* betroffen ist.[886] *Herdegen* bezeichnet die Konstruktion objektiver Vor- und Nachwirkungen des subjektiv-rechtlichen Gewährleistungsgehalts der Menschenwürde im Bereich von Gentechnologie und Biomedizin zumindest als „denkbar".[887] Beim objektiv-rechtlichen Gehalt der Menschenwürde handelt es sich allerdings nicht um ein kollidierendes Grundrecht einer anderen Person, sondern um ein kollidierendes Verfassungsprinzip.[888] Zum Zweck der Prüfung, ob der objektiv-rechtliche Gehalt der Menschenwürde eine Einschränkung von Fortpflanzungsgrundrechten der Wunscheltern rechtfertigen kann, ist zunächst festzustellen, woraus dieser Gehalt besteht. Der objektiv-rechtliche Gehalt der

---

[884] *Zippelius* vertritt z.B. die Ansicht, ein Verbot von Gen-Manipulationen könne aus Art. 1 Abs. 1 GG nur soweit gefordert werden, wie dies zum Schutz der Würde des entstehenden Menschen notwendig sei, denn es seien weder ein normativ gedachtes Bild vom Menschen, noch die Würde der Menschheit geschützt, sondern nur ein konkreter Mensch. Dabei bleibt unklar, wie er dies vor Entstehung eines konkreten Grundrechtsträgers begründet (ZIPPELIUS in: DOLZER, Rudolf/VOGEL, Klaus/GRAßHOF, Karin: (Hg.): Bonner Kommentar zum Grundgesetz, 2004, Art. 1 Abs. 1 u. 2 RN 55).

[885] STARCK, Christian: Die künstliche Befruchtung beim Menschen - Zulässigkeit und zivilrechtliche Folgen, Gutachten A für den 56. Deutschen Juristentag, 1986, S. 26

[886] HÖFLING in: Sachs, Michael (Hg.): Grundgesetz Kommentar, 2003; Art. 1 RN 22, 42

[887] HERDEGEN in: MAUNZ, Theodor/DÜRIG, Günter (Hg.): Kommentar zum Grundgesetz; Art. 1 Abs. 1 RN 28, Stand: 43. Ergänzungslieferung, Februar 2004

[888] ROBBERS in: UMBACH, Dieter C./CLEMENS, Thomas (Hg.): Grundgesetz - Mitarbeiterkommentar und Handbuch, Art. 1 RN 33; DÜRIG in: MAUNZ, Theodor/DÜRIG, Günter (Hg.): Kommentar zum Grundgesetz, Stand: 33. Ergänzungslieferung, Nov. 1997, Art. 1 Abs. 1 RN 4-5

Menschenwürde ist verletzt, wenn ein menschliches Individuum, auch ein fiktives menschliches Individuum, in einer Weise betroffen wird, die nicht mit dem Menschenbild des Grundgesetzes in Einklang zu bringen ist. Wie bereits dargestellt, beruht das Menschenbild des Grundgesetzes auf einem autonomen, gemeinschaftsgebundenen Individuum, dessen Subjektqualität nicht ersthaft in Frage gestellt werden darf (vgl. Teil 2, Abschnitt 2.3.1.1.1. und Teil 3, Abschnitt 3.2.1.). Allerdings ist bei der Anwendung des objektiv-rechtlichen Gehaltes der Menschenwürde höchste Zurückhaltung angebracht, um sie nicht gegen die subjektiv-rechtliche Seite des Grundrechts auszuspielen.[889] Die Menschenwürde beruht grundsätzlich auf der Autonomie des Menschen. Daher muss es nicht aus der Sicht eines unbeteiligten Dritten, sondern aus der Sicht des fiktiven Menschen, dessen Entstehung verhindert werden soll, unerträglich erscheinen, auf eine bestimmte Art und Weise zur Entstehung zu gelangen. Dabei ist zu beachten, dass eine Person, die ihre Existenz den Methoden der medizinisch assistierten Fortpflanzung verdankt, diese voraussichtlich vorurteilsfreier betrachten wird als jemand, für den diese Methoden ein unerwünschtes Novum darstellen. Bei der Beurteilung einer Verletzung des objektiv-rechtlichen Gehaltes der Menschenwürde des Kindes ist daher ein hoher Maßstab anzulegen, denn welcher Umstand erscheint ausreichend, um ein Leben so lebensunwert, weil ohne Würde, zu machen, dass man ihm die Chance verweigert, zu entstehen?

Hierfür kommen nur Handlungen in Betracht, welche geeignet sind, die Subjektqualität oder die Möglichkeit der Entwicklung von Gemeinschaftsgebundenheit bei einem fiktiven Menschen von vornherein auszuschließen. Angesichts dessen, dass konfliktträchtige Existenz grundsätzlich besser ist als Nicht-Existenz, können mit dem objektiv-rechtlichen Gehalt der Menschenwürde beim heutigen Sachstand in erster Linie Verbote solcher Methoden gerechtfertigt werden, die wegen der Unsicherheiten in der medizinischen Entwicklung den zur Entstehung gelangenden Menschen als Versuchskaninchen benötigen und deren Ergebnisse völlig unvorhersehbar sind. In solchen Fällen wird die Subjektqualität eines fiktiven Menschen von vornherein in Frage gestellt. Hier erscheint auch aus der Sicht des Menschen, dessen Entstehung verhindert wird, ein Verbot erforderlich, um den objektiv-rechtlichen Gehalt der Menschenwürde zu wahren. Solche experimentellen Methoden der Biotechnologie sind derzeit z.B. die Manipulation von Keimbahnzellen vor der Befruchtung, die Chimärenbildung oder das reproduktive Klonen.[890] Ein Verbot der Manipulation von Keimbahnzellen vor der Befruchtung kann aufgrund des objektiv-rechtlichen Gehaltes der Menschenwürde solange gerechtfertigt

---

[889] vgl. hierzu: HÖFLING in: Sachs, Michael (Hg.): Grundgesetz Kommentar, 2003; Art. 1 RN 42

[890] a.A. *Herdegen*, der nur einen Verstoß gegen die Menschenwürde der Person annimmt, die sich klonen lässt oder von der die Keimzelle für eine Hybrid- oder Chimärenbildung stammt. Eine Würdeverletzung in Bezug auf das potentielle Kind lehnt er für das reproduktive Klonen ausdrücklich ab, *„denn eine solche Würdeverletzung müßte einen die eigene Existenz des Klons transzendierenden Anspruch auf Nichterzeugung voraussetzen“*. (HERDEGEN in: MAUNZ, Theodor/DÜRIG, Günter (Hg.): Kommentar zum Grundgesetz; Art. 1 Abs. 1 RN 98, 100, Stand: 43. Ergänzungslieferung, Februar 2004)

werden, wie es nach dem Stand der Wissenschaft äußerst zweifelhaft ist, welche Folgen eine solche Manipulation auf die Entwicklung eines Menschen haben wird. Insoweit besteht allerdings keine Kollisionsmöglichkeit mit Fortpflanzungsgrundrechten der Eltern, da diese nicht den Anspruch auf Zeugung eines Kindes mit bestimmten Eigenschaften umfassen (vgl. hierzu Teil 2, Abschnitt 2.3.4.1.5.). *Kannengießer* hält alle Maßnahmen oder Experimente der Gentechnologie, die den entstehenden Menschen seiner personalen Einzigartigkeit durch Verfälschung oder Klonung berauben, für unvereinbar mit dessen Menschenwürde.[891] Er übersieht allerdings, dass die personale Einzigartigkeit eines Menschen nicht dadurch beseitigt wird, dass es einen anderen Menschen mit genau denselben Genen gibt. Der klassische Gegenbeweis hierfür sind eineiige Zwillinge. Beide haben exakt dieselbe genetische Struktur und entwickeln sich dennoch zu eigenständigen Persönlichkeiten. Die Verhinderung eines geklonten Kindes kann vielmehr damit begründet werden, dass es sich hierbei um eine experimentelle Technologie handelt, deren Ergebnis unvorhersehbar ist. Allerdings sind Chimärenbildung oder Klonung derzeit nicht als eine Form der menschlichen Fortpflanzung, sondern als wissenschaftliches Experiment einzustufen (vgl. Teil 1, Abschnitt 1.1.1.1.).

Als **Zwischenergebnis** ist festzuhalten, dass mit dem objektiv-rechtlichen Gehalt der Menschenwürde grundsätzlich Einschränkungen von den im Teil 2 dieser Arbeit festgestellten Fortpflanzungsgrundrechten der Wunscheltern gerechtfertigt werden können. Allerdings ist hierbei ein hoher Maßstab anzulegen. Die zu verhindernde Nutzung einer Technologie muss nicht aus der Sicht eines Dritten, sondern aus der Sicht des fiktiven Menschen, dessen Existenz verhindert werden soll, als unerträgliche Verletzung des objektiv-rechtlichen Gehalt der Menschenwürde erscheinen. Hierzu gehört als erstes, dass Menschen nicht als Versuchskaninchen für Versuche mit unklarem Ausgang zur Entstehung gebracht werden dürfen. Weiterhin wird eine Unvereinbarkeit mit dem objektiv-rechtlichen Gehalt der Menschenwürde auch dann vorliegen, wenn aufgrund sonstiger Umstände die Subjektqualität der fiktiven Menschen ersthaft in Frage gestellt wäre. Es wird hier für die Annahme einer Verletzung des objektiv-rechtlichen Gehaltes der Menschenwürde auf die besonderen Umstände des Einzelfalles ankommen.

Zu prüfen bleibt, ob aufgrund des objektiv-rechtlichen Gehaltes der Menschenwürde eine Einschränkung der bereits in der ärztlichen Praxis als Standard angewendeten Methoden der medizinisch assistierten Fortpflanzung gerechtfertigt werden kann.

So ist in Bezug auf **IVF und ICSI mit anschließendem Embryotransfer** in der Vergangenheit diskutiert worden, ob deren Anwendung ein erhöhtes Fehlbildungsrisiko für die aus ihnen hervorgehenden neuen Menschen birgt. Diese Bedenken haben sich

---

[891] KANNENGIEßER in: SCHMIDT-BLEIBTREU, Bruno/KLEIN, Franz: Kommentar zum Grundgesetz, 1999, Art. 1 RN 17 b

inzwischen als unbegründet herausgestellt. Nach den in den letzten 20 Jahren erhobenen, umfangreichen Daten lässt sich bei Kindern nach IVF kein erhöhtes Fehlbildungsrisiko gegenüber normal empfangenen Kindern nachweisen.[892] Die Datenlage zum Fehlbildungsrisiko nach ICSI wird von Medizinern nach wie vor als unzureichend beurteilt, um ein solches Risiko mit absoluter Sicherheit ausschließen zu können.[893] Bei einer kritischen Betrachtung des vorhandenen, umfangreichen Datenmaterials lassen sich aber keine Beweise für ein erhöhtes Auftreten von Fehlbildungen bei der Geburt oder für eine auffällige postnatale Entwicklung finden. Dementsprechend wird von deutschen Fortpflanzungsmedizinern in Übereinstimmung mit der international herrschenden Meinung die ICSI als anerkannte und etablierte Infertilitätstherapie angesehen.[894] Nach diesen Ergebnissen ist kein Anhaltspunkt dafür erkennbar, dass IVF oder ICSI ein so hohes Risiko für den entstehenden Menschen darstellen, dass hierdurch dessen Entstehung unerträglich erscheint. Beide Methoden können demzufolge nicht mit der Begründung verboten werden, dass eine Verletzung des objektiv-rechtlichen Gehaltes der Menschenwürde vorliege.

Neben der Annahme eines erhöhten Fehlbildungsrisikos wurden auch noch andere Punkte bei Inanspruchnahme von Methoden der medizinisch assistierten Fortpflanzung diskutiert, die in Verkennung des Umstandes, dass es vor der Entstehung eines neuen Menschen an einem Grundrechtsträger fehlt, als Eingriff in die individuelle Menschenwürde des entstehenden Menschen angesehen wurden. Hierzu gehören u.a. ein behauptetes „Recht auf Zeugung in einem Geschlechtsakt“, ein „Recht auf liebevolle Zeugung“ und die Problematik der heterologen Fortpflanzung.

Ein „Recht auf Zeugung in einem Geschlechtsakt“ und ein „Recht auf liebevolle Zeugung“ als Individualgrundrechte scheiden schon deshalb aus, weil es vor der Zeugung keinen Rechtsträger gibt, dem dieses Recht zustehen könnte. Es bleibt allerdings insoweit zu prüfen, ob der objektiv-rechtliche Gehalt der Menschenwürde es gebietet, dass neue Menschen ausschließlich durch Geschlechtsakt zur Entstehung gebracht werden müssen.

Dies ist zunächst in Bezug auf die **homologe Fortpflanzung** zu untersuchen. Die homologe Insemination wurde seit jeher als unmittelbarer Ersatz des nicht zur Schwangerschaft führenden Zeugungsaktes toleriert.

---

[892] DIEDRICH, Klaus/LUDWIG, Michael: In-vitro-Fertilisation und intrazytoplasmatische Spermieninjektion - Gibt es ein Gesundheitsrisiko für die geborenen Kinder?, Deutsches Ärzteblatt 96, Heft 45 (12.11.1996), Seite A-2892 ff.

[893] DIEDRICH, K. in: KREBS, Dieter/VAN DER VEN, Hans (Hg.): Aktuelle Reproduktionsmedizin - Gegenwart und Zukunft der IVF und ICSI, 1999, S. 82-83

[894] DIEDRICH, Klaus/LUDWIG, Michael: In-vitro-Fertilisation und intrazytoplasmatische Spermieninjektion - Gibt es ein Gesundheitsrisiko für die geborenen Kinder?, Deutsches Ärzteblatt 96, Heft 45 (12.11.1996), Seite A-2892 ff.; vgl. auch die „Empfehlungen zur Durchführung der intracytoplasmatischen Spermieninjektion (ICSI) zur Behandlung einer Sterilität“ der Deutschen Gesellschaft für Gynäkologie und Geburtshilfe (DGGG)

Dürig nimmt hierzu wie folgt Stellung:

> „Dass der Liebes- und Zeugungsakt medizinisch über eine Retorte technisiert wird, stellt noch keine Verletzung der Menschenwürde dar, zumal der berechtigte Wille nach dem Kind dahintersteht. Es handelt sich um einen Grenzbereich, wo es rechtlich keine Diskussion, vielmehr nur Diskretion geben kann. Die staatliche Rechtsordnung sollte die homologe Insemination mindestens nicht zur Kenntnis nehmen."[895]

Eine Technisierung des Zeugungsaktes und das Hinzutreten einer Ärztin oder eines Arztes wird somit in Bezug auf den Schutz der Menschenwürde nicht als grundsätzlich unzulässig angesehen. Dem ist zuzustimmen. Es ist nicht ersichtlich, warum es ein Mensch vorziehen sollte, nicht zu existieren, nur weil bei seiner Entstehung kein intimer Geschlechtsakt erfolgt ist. An dieser Beurteilung ändert sich nichts, wenn statt der homologen Insemination ein homologer Gametentransfer, sowie eine homologe IVF oder ICSI mit anschließendem Embryotransfer vorgenommen wird. Denn hierdurch ändert sich aus der Sicht des entstehenden Individuums nichts: Es verdankt bei all diesen Methoden seine Entstehung einer Zeugung, die unter Inanspruchnahme ärztlicher Hilfe erfolgt ist. Infolgedessen stellt es grundsätzlich keine Verletzung des objektiv-rechtlichen Gehaltes der Menschenwürde dar, wenn Menschen in anderer Weise als durch die Zeugung in einem Geschlechtsakt zur Entstehung gebracht werden. Dies entspricht auch der Meinung in der Literatur, die sich vertieft und detailliert mit dieser Problematik auseinandersetzt. Z.B. ist nach *Starck* kein Anhaltspunkt dafür erkennbar, warum die extrakorporale Befruchtung gegen die Menschenwürde des Kindes, das diesem Vorgang seine Existenz verdankt, verstoßen sollte.[896]

Auch das mit der Argumentation eines Rechtes auf „Zeugung in einem Geschlechtsakt" eng verwandte, gelegentlich in Verbindung mit einer Verletzung der Menschenwürde des Kindes vorgetragene Argument, nur eine „liebevolle Zeugung" stelle einen akzeptablen Lebensbeginn dar und schaffe die Grundlage für ein normales Verhältnis zwischen Eltern und Kind, überzeugt nicht. Der Ausdruck der „liebevollen" Zeugung entstammt ursprünglich dem Bereich der theologischen Diskussion der medizinisch assistierten Fortpflanzung und hat über die dort verwendete Kombination mit einem ebenfalls theologisch definierten Menschenwürdebegriff (beruhend auf der Gottesebenbildlichkeit des Menschen und das von Gott als Gnade gewährte neue Leben) Eingang in die juristische Diskussion gefunden. Wie bereits ausgeführt, fehlt es vor der Zeugung bereits an einer Rechtsträgerin oder einem Rechtsträger. Es ist auch durchaus fraglich, ob überhaupt die Verknüpfung von Geschlechtsakt und liebevoller Zeugung als selbstverständlich angesehen werden kann. Eine solche Verknüpfung ist sicherlich wünschenswert und wird bei der Zeugung eines Wunschkindes durch ein Paar

---

[895] DÜRIG in: MAUNZ, Theodor/DÜRIG, Günter (Hg.): Kommentar zum Grundgesetz, Stand: 33. Ergänzungslieferung, Nov. 1997, Art. 1 Abs. 1 RN 39

[896] STARCK, Christian: Die künstliche Befruchtung beim Menschen - Zulässigkeit und zivilrechtliche Folgen, Gutachten A für den 56. Deutschen Juristentag, 1986, S. 36

regelmäßig vorliegen, allerdings liegen diese als optimal anzusehenden Bedingungen auch bei normaler Zeugung eines Kindes in einem Geschlechtsakt nicht immer vor. Als Beispiel hierfür können die zahlreichen Kinder angeführt werden, die unabsichtlich bei rein lustorientiertem Geschlechtsverkehr oder beim Versagen von Verhütungsmitteln gezeugt werden. Dennoch kann auch unter solchen Umständen ein normales Eltern-Kind-Verhältnis entstehen. Einen weiteren Beweis gegen die Theorie von der liebevollen Zeugung als entscheidende Grundvoraussetzung für ein normales Eltern-Kind-Verhältnis liefert die nicht unerhebliche Anzahl von aus solcher Zeugung hervorgegangenen Kindern die in einem gestörten Eltern-Kind-Verhältnis aufwachsen.[897] Es kommt aus der Sicht des neuen Menschen offensichtlich viel mehr auf das Umfeld, in das er hineingeboren wird und dessen Bereitwilligkeit, diesen Menschen als Subjekt zu akzeptieren an, als auf die Art und Weise des Zeugungsvorganges.

Es stellt sich weiterhin die Frage, ob der Wegfall des Zeugungsgeschehens und die Initiierung und Inanspruchnahme von Methoden der medizinisch assistierten Fortpflanzung durch die Wunscheltern deshalb einen Verstoß gegen den objektiv-rechtlichen Gehalt der Menschenwürde darstellen können, weil das Kind hierdurch ein Mittel zum Zweck der Erfüllung des elterlichen Kinderwunsches und damit zum Objekt wird. Es liegt jedoch bei medizinisch assistierter Zeugung keine unerträgliche Instrumentalisierung des aus dieser entstehenden Kindes vor. Zum einen ist unmittelbar einleuchtend, dass allein der Wegfall des - im Geschlechtsakt offensichtlich als selbstverständlich vorausgesetzten - „liebevollen“ Elementes beim Akt der Zeugung eines Wunschkindes im Reagenzglas nicht automatisch dazu führt, dass die Subjektqualität des Kindes und damit seine Menschenwürde generell in Frage gestellt wird. Es wird insbesondere nicht allein durch die andere Art der Zeugung zum Objekt oder zu einem Mittel zum Zweck der elterlichen Wunscherfüllung. Es würde den Aussagegehalt der Dürig'schen Objektformel (die im Verhältnis zwischen Privatpersonen sowieso nicht unmittelbar gilt) überspannen, den normalen Kinderwunsch von Eltern so auszulegen, daß damit das Kind lediglich Mittel zum Zweck wird. Hinzu kommt, dass inzwischen nachgewiesen ist, dass sich die Qualität der Elternschaft nach IVF aufgrund neuerer Studien durchgehend positiv darstellt. Es wurde seitens der Eltern kein Unterschied zu normal empfangenen Kindern gesehen, auch nicht hinsichtlich irgendwelcher medizinischer oder emotionaler Probleme. Auch die nach IVF geborenen Kinder zeigen keine Auffälligkeiten in ihrer Entwicklung.[898]

Als **Zwischenergebnis** ist festzuhalten, dass bei homologer Fortpflanzung weder die Technisierung des Verfahrens, noch der Wegfall des Geschlechtsaktes bei gleichzeitiger Inanspruchnahme ärztlicher Hilfe dazu führen, dass Methoden der medizinisch assistierten

---

[897] SONNEMANN, Swanette: Mein Kind ist ein Retortenbaby - Aspekte der In-vitro-Befruchtung; 1987, S. 50

[898] DIEDRICH, Klaus/LUDWIG, Michael: In-vitro-Fertilisation und intrazytoplasmatische Spermieninjektion - Gibt es ein Gesundheitsrisiko für die geborenen Kinder?, Deutsches Ärzteblatt 96, Heft 45 (12.11.1996), Seite A-2892 ff.

Fortpflanzung den objektiv-rechtlichen Gehalt der Menschenwürde in Bezug auf den entstehenden Menschen verletzen.

Zu prüfen bleibt, ob eine Verletzung des objektiv-rechtlichen Gehaltes der Menschenwürde bei **heterologer Fortpflanzung** vorliegen kann. Die heterologe Fortpflanzung ist immer wieder mit dem Argument einer Verletzung der Menschenwürde in Bezug auf die aus ihr entstehenden Individuen kritisiert worden. Z.B. soll nach *Kunig* die Zulässigkeit der heterologen Insemination durch Gesichtspunkte des Kindeswohls begrenzt sein.[899] *Dürig* vertritt die Auffassung, die heterologe Fortpflanzung verstoße per se gegen die Menschenwürde.[900] Diese Auffassungen sind in Bezug auf den Schutz eines Individuums unzutreffend, denn es gibt vor Entstehung des von den Wunscheltern geplanten Menschen noch keinen Grundrechtsträger, dessen Individualgrundrechte betroffen sein könnten. Deshalb ist auch hier zu untersuchen, ob der objektiv-rechtliche Gehalt der Menschenwürde durch Inanspruchnahme von Methoden der medizinisch assistierten Fortpflanzung im heterologen System dergestalt berührt wird, dass aus der Sicht des fiktiven Menschen eine solche Entstehung unerträglich erscheint. Es ist daher zu überprüfen, ob sich ein vernünftiger Grund dafür finden lässt, warum es Menschen, die aufgrund heterologer medizinisch assistierter Fortpflanzung gezeugt werden sollen, vorziehen sollten, überhaupt nicht zu existieren.

Zunächst ist auf das Argument möglicher **psychischer Belastungen im Eltern-Kind-Verhältnis** bei heterologer Fortpflanzung einzugehen. Es wird immer wieder angeführt, die heterologe Fortpflanzung müsse im Interesse des Kindes verboten werden, weil sie bei diesem zu einer psychischen Belastung führen könne. Z.B. sind laut *Selb* bei heterologer Fortpflanzung Störungen in der Beziehung zwischen den Partnern und zwischen dem Kind und dem nicht genetischen Elternteil nicht kalkulierbar, auch eine Stigmatisierung des Kindes durch das familiäre und gesellschaftliche Umfeld sei möglich.[901] Auch mit dem Argument, dass sich Kinder nach einer medizinisch assistierten Fortpflanzung in einer unnatürlichen Konfliktlage befänden, wird immer wieder das Verbot aller heterologen Methoden gefordert. Diese Argumentationen beruhen auf der Vorstellung, dass Nichtexistenz besser sei als konfliktträchtige Existenz und sind unzutreffend. Dennoch sind diese Argumente als Ansatzpunkt für die Prüfung der Frage geeignet, ob eine heterologe Fortpflanzung aus der Sicht des entstehenden Menschen in den objektiv-rechtlichen Gehalt der Menschenwürde eingreift.

Es ist allerdings bereits fraglich, ob eine mögliche psychische Konfliktlage, in die ein Mensch hineingeboren wird, geeignet ist, seine Subjektqualität ersthaft zu

[899] KUNIG in: von MÜNCH, Ingo/KUNIG, Philip (Hg.): Grundgesetz-Kommentar, 5. Auflage 2000, Art. 1 RN 36 unter dem Schlagwort: "Künstliche Befruchtung"

[900] DÜRIG in: MAUNZ, Theodor/DÜRIG, Günter (Hg.): Kommentar zum Grundgesetz, Stand: 33. Ergänzungslieferung, Nov. 1997, Art. 1 Abs. 1 RN 39

[901] SELB, Walter: Rechtsordnung und künstliche Reproduktion des Menschen; 1987, S. 10

beeinträchtigen. Hinzu kommt, dass nach dem derzeitigen Stand der wissenschaftlichen Erkenntnis keine Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass die psychische Situation von Menschen nach heterologer Fortpflanzung so unerträglich ist, dass man ihre Entstehung verhindern müsste. Hierfür kann auf Forschungsergebnisse aus der **heterologen Insemination** zurückgegriffen werden, die wegen ihrer längeren Anwendungsdauer besser erforscht werden konnte. In Bezug auf die psychosomatischen und psychosozialen Auswirkungen auf den entstehenden Menschen ist die Lage, in die der neue Mensch hineingeboren wird, mit einer heterologen IVF oder ICSI vergleichbar. Bei der Durchsicht der wissenschaftlichen Untersuchungen zur heterologen Insemination fällt zunächst auf, dass die Ergebnisse von wissenschaftlichen Untersuchungen sehr weit auseinander liegen. Es wird einerseits von Untersuchungen mit einer *„günstigen Entwicklung"* der Kinder und deren Akzeptanz ihres Status nach entsprechender Aufklärung berichtet, sowie von einer *„willentlichen und glücklichen Akzeptanz"* durch die Eltern. Andere Studien berichten dagegen von einer *„psychischen Fehlentwicklung"* der Kinder mit Identitätsstörungen und ödipalen Konflikten (speziell bei anonymer Samenspende), sowie von einer *„psychischen Fehlverarbeitung"* durch die Eltern, gekennzeichnet durch Regressionen, neurotische Manifestationen und Isolation.[902] In neueren Studien wird dagegen immer mehr die Tendenz erkennbar, dass die psychischen Belastungen für Kinder nach heterologer Fortpflanzung sich in Grenzen halten und grundsätzlich bewältigt werden können. Aus psychologischer Sicht gibt es z.B. keine Hinweise darauf, dass die Mutter-Kind-Beziehung nach Eizellenspende schlechter ist, als bei genetisch eigenen Kindern.[903] Zur Verwirklichung eines Kinderwunsches im heterologen System äußert sich *Niederer* unter Bezugnahme auf drei Studien dergestalt, dass diese den Schluss nahelegen, dass die potentiellen sozial-psychologischen Gefahren offensichtlich vielfach überbewertet werden und sich empirisch nicht nachweisen lassen.[904] Hiernach ist bereits nicht zweifelsfrei erwiesen, ob einem aus heterologer Fortpflanzung hervorgegangenen Menschen extreme psychische Belastungen drohen.

Selbst wenn bei heterologer Fortpflanzung ein erhöhtes Risiko psychischer Belastungen bestehen würde, so wäre dies kein zwingender Grund, um die Entstehung eines Kindes zu verhindern. Die Rechtsordnung mutet auch in anderen Bereichen Kindern aus dem Gesichtspunkt des allgemeinen Lebensrisikos ein nicht unerhebliches Maß an Konfliktbewältigung zu. Im Zusammenhang mit Schadenersatzklagen für unerwünschte Geburt eines Kindes hat das BVerfG entschieden, dass es nicht den Grundgedanken

---

902 MERZ, Bettina: Die medizinische, ethische und juristische Problematik artifizieller menschlicher Fortpflanzung: artifizielle Insemination, In-vitro-Fertilisation mit Embryotransfer und die Forschung an frühen menschlichen Embryonen; 1991, S. 135

903 Bericht der Ärztezeitung „In den USA kommt es bei IVF in 80 Prozent zu Mehrlingsgeburten" vom 21.06.2000 (zusammenfassende Wiedergabe der Aussagen von Professor Dr. Heribert Kentenich, Frauenklinik der Charité, Campus Virchow-Klinikum in Berlin beim 53. Kongress der Deutschen Gesellschaft für Gynäkologie und Geburtshilfe in München)

904 NIEDERER, Andreas: Reproduktionsmedizinische Methoden zur Überwindung männlicher Infertilität im Spiegel des Rechts, 1989, S. 67

des Art. 1 Abs. 1 GG berühre, wenn dem Kind mögliche psychische Schäden drohen, weil es später erfährt, dass seine Zeugung oder Geburt habe vermieden werden sollen. Durchkreuzte Familienplanung könne Kindern auf vielfältige Weise bekannt werden. Ob sich hieraus Schäden entwickeln, hänge nicht von der wirtschaftlichen Entlastung der Eltern ab, sondern vom Eltern-Kind-Verhältnis nach der Geburt.[905] Wenn es nach Ansicht des BVerfG das Eltern-Kind-Verhältnis zulässt, einem Kind zu vermitteln, dass es ursprünglich unerwünscht war und seine Existenz nach dem Willen der Eltern verhindert werden sollte, so erscheint es verfehlt, davon auszugehen, ein Kind könne es nicht psychisch verarbeiten, dass seine Eltern alles technisch mögliche versucht haben, nur um es in die Welt zu setzen.[906]

Zudem lässt sich die psychische Situation von Kindern aus heterologer Fortpflanzung bei Auseinanderfallen von genetischen und sozialen Eltern mit der von **Adoptivkindern** vergleichen. Bei Adoptivkindern ist das Auseinanderfallen von sozialen und genetischen Eltern immer ein vom Kind zu bewältigendes Problem.[907] Wie das Beispiel der Adoptivkinder zeigt, ist eine Konfliktbewältigung grundsätzlich möglich.

Hiernach lassen sich keine Anhaltspunkte dafür erkennen, warum es aus heterologer Fortpflanzung hervorgehende Menschen vorziehen sollten, nicht zu existieren. Ein Verstoß gegen den objektiv-rechtlichen Gehalt der Menschenwürde ist daher auch bei Inanspruchnahme von Methoden der medizinisch assistierten Fortpflanzung im heterologen System nicht erkennbar. Diese Auffassung wird durch die folgenden Stellungnahmen der **juristischen Literatur** gestützt:

Bernat äußert sich zu möglichen Auswirkungen auf ein durch gespaltene genetische und physiologische Mutterschaft entstandenes Kind wie folgt:

> „Der Umstand, dass ein Kind erfährt, dass es nicht nur eine, sondern zwei biologische [d.h. eine physiologische und eine genetische Mutter] Mütter hat, wird im Regelfall nicht dazu führen, dass dieses Kind sagt, es wäre besser gewesen, seine Eltern hätten sich nicht zu seiner Zeugung entschlossen. Empirische Studien, die im Zusammenhang mit Kindern gemacht wurden, die ihr Leben einer heterologen Insemination verdanken, zeichnen ein diesbezüglich ganz deutliches Bild. Das Leben solcher Kinder verläuft nach Preisgabe des Abstammungsgeheimnisses im

---

[905] LEIBHOLZ, Gerhard/RINCK, Hans-Justus/HESSELBERGER, Dieter: Grundgesetz, 2003, Art. 1 RN 82; BVerfG, Beschluss vom 12.11.1997, 1 BvR 479/92 und 307/94, BVerfGE 96, 375 (402-403)

[906] Nach einer englischen Untersuchung (SNOWDEN, R., MITCHELL, G. D., SNOWDEN, E. M.: Artifizielle Reproduktion, Stuttgart 1985, S. 46 ff.) zeigten sind Kinder, die aus einer heterologen Insemination stammen zwar zunächst überrascht, ihr Leben einem künstlichen Eingriff zu verdanken, bei den meisten herrschte jedoch Freude darüber, zu erfahren, dass sich ihre Eltern ein Kind gewünscht hatten und dass sie es waren, durch die der Wunsch ihrer Eltern in Erfüllung ging (zit. nach BERNAT, Erwin: Statusrechtliche Probleme im Gefolge medizinisch assistierter Zeugung, MedR 1986, S. 245-253 (250).

[907] KELLER-THOMA, P.: Adoption / Adoptivkinder-Vermittlung / Adoption aus der Sicht des Adoptivkindes, in: MÜLLER, Hj (Hg.): Reproduktionsmedizin und Gentechnologie - Schweizer Experten informieren; 1987, S. 85 f.

> wesentlichen nicht anders als zuvor. Mutatis mutandis muss aber das gleiche für Kinder gelten, deren Existenz auf gespendete Eizellen zurückzuführen ist. Ob der Vater oder die Mutter nur rechtlich, nicht aber genetisch mit dem Kind verwandt ist, spielt nämlich unter dem Gesichtspunkt wechselseitiger Zuneigung und Liebe mit Sicherheit keine Rolle. Dieser Satz sollte schon aufgrund der vorliegenden Adoptionsstudien naheliegen."[908]

Bernat hält nach diesen Feststellungen die heterologe Fortpflanzung unter Kindeswohlaspekten nicht für bedenklich.

Auch *Starck* stuft die heterologe Fortpflanzung als nicht verfassungswidrig ein. Er lehnt insbesondere ein Recht auf *„einheitliche Mutterschaft"* ab. Es sei nicht ersichtlich, dass die Aufspaltung der biologischen Mutterschaft in eine genetische und physiologische Mutterschaft die Menschenwürde des Kindes verletze[909].

Auch nach *Antoni* verstoßen die Methoden Embryo-Transfer, bzw. Eibefruchtung außerhalb des Körpers, und Austragung durch „Leihmütter" nicht generell gegen die Menschenwürde.[910]

Im **Ergebnis** ist festzuhalten, dass die Anwendung von Methoden der medizinisch assistierten Fortpflanzung im homologen oder heterologen System nicht die Würde eines noch nicht existierenden Menschen tangiert und auch nicht im Widerspruch zum objektiv-rechtlichen Gehalt der Menschenwürde steht.[911]

3.2.2.2. Grundrechte des Embryos nach Kernverschmelzung, bzw. des Kindes

Nach der Kernverschmelzung von Ei- und Samenzelle existiert ein neuer Rechtsträger, dessen Grundrechte gegenüber den Grundrechten der Eltern möglicherweise Vorrang haben. Mit dem Begriff „Embryo" wird der sich entwickelnde Mensch in den ersten 8-12 Wochen seiner Entwicklung bezeichnet, ab dem dritten Monat wird der Begriff „Fötus" verwendet.[912] Grundrechte des Embryos oder Fötus, die im Zusammenhang mit der medizinisch assistierten Fortpflanzung betroffen sein können, sind die Würde des Menschen (Art. 1 Abs. 1 GG), sein Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG) und sein Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung (Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 GG).

---

[908] BERNAT, Erwin: Anmerkung zu Österreichischer VfGH, Erkenntnis vom 14.10.1999, G 91/98-13 und G 116/98-13, MedR 2000, 394-396

[909] STARCK, Christian: Die künstliche Befruchtung beim Menschen - Zulässigkeit und zivilrechtliche Folgen, Gutachten A für den 56. Deutschen Juristentag, 1986, S. 37

[910] ANTONI in: HÖMIG, Dieter/SEIFERT, Karl-Heinz (Hg): Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland - Taschenkommentar; Art. 1 RN 17

[911] So im Ergebnis auch *Herdegen* in: MAUNZ, Theodor/DÜRIG, Günter (Hg.): Kommentar zum Grundgesetz; Art. 1 Abs. 1 RN 94-95, 97, Stand: 43. Ergänzungslieferung, Februar 2004

[912] RAUH, Hellgard in: OERTER, Rolf/MONTADA, Leo (Hg.): Entwicklungspsychologie, 1998, S. 170

3.2.2.2.1. Würde des Menschen

Zunächst ist zu prüfen, ob und in welchem Umfang die individuelle Menschenwürde eines neu entstandenen Menschen eine Einschränkung von Fortpflanzungsgrundrechten der Wunscheltern rechtfertigen kann. Wie bereits festgestellt, entsteht nicht bereits mit dem Eindringen der Samenzelle in die Eizelle, sondern erst mit der darauf folgenden Verschmelzung der Zellkerne von Ei- und Samenzelle ein neues menschliches Wesen, das sofort den Schutz des Grundgesetzes, insbesondere des Art. 1 GG genießt (vgl. Abschnitt 3.2.2.). Diese Festlegung des Entstehungszeitpunktes neuen menschlichen Lebens führt dazu, dass mit Eizellen, in die bereits eine Samenzelle eingedrungen ist, bei denen aber noch keine Verschmelzung der Kerne stattgefunden hat, ohne rechtliche Probleme in Bezug auf die Würde eines individuellen Menschen verfahren werden kann. Solche Zellen können eingefroren (sog. Kryokonservierung[913]), erforscht oder verworfen werden, ohne dass kollidierende Individualgrundrechte eines neuen Menschen zu beachten sind. Demgegenüber sind alle Arten des Umganges mit befruchteten Eizellen nach Kernverschmelzung wegen einer möglichen Würdeverletzung des zu diesem Zeitpunkt bereits existierenden weiteren Rechtsträgers (neuer Mensch) problematisch. Es ist insbesondere nach wie vor streitig, in welchem Umfang die Menschenwürde den Embryo im frühesten Entwicklungsstadium schützt und welche Schutzpflichten sich hieraus für den Gesetzgeber ergeben (vgl. Abschnitt 3.2.2.).

Gerade die Vernichtung von Embryonen stellt in Bezug auf deren Menschenwürde ein Problem dar, da deren Leben, das die Basis der Menschenwürde darstellt, vernichtet wird. Ob allerdings in der Vernichtung, bzw. dem Absterbenlassen ein definitiver Menschenwürdeverstoß gesehen werden muss, ist in der Literatur umstritten.[914] Eine herrschende Meinung hat sich insoweit noch nicht herausgebildet. *Di Fabio* vertritt die Ansicht, dass überzählige, befruchtete Eizellen vor der Nidation nicht dem Schutz des Art. 2 Abs. 2, S. 1 GG unterfallen und dem *„Absterbenlassen“* auch kein subjektiver Anspruch aus Art. 1 Abs. 1 GG entgegensteht.[915] Nach *Robbers* hingegen berührt z.B. die Vernichtung überzähliger Embryonen wohl das Recht auf Leben, das durch die Idee der Menschenwürde verstärkt wird, nicht aber bereits die Würde des Menschen als solche.[916]

---

[913] Nach einem Bericht der Ärztezeitung vom 26./27.01.2001 („Einfrieren und Auftauen ist Stress für Eizellen“) wurden nach Behandlung an der Frauenklinik der Universität Bonn zwei Frauen schwanger, deren befruchtete Eizellen nach Befruchtung im Vorkernstadium kryokonserviert wurden und 9 Jahre lang eingefroren waren. Normalerweise beträgt die Lagerungsdauer kryokonservierter Eizellen bis zum nächsten Behandlungszyklus der Mutter einige Monate, maximal 2 bis 3 Jahre.

[914] ROBBERS in: UMBACH, Dieter C./CLEMENS, Thomas (Hg.): Grundgesetz - Mitarbeiterkommentar und Handbuch, Art. 1 RN 69

[915] DI FABIO in: MAUNZ, Theodor/DÜRIG, Günter (Hg.): Kommentar zum Grundgesetz; Art. 2 Abs. 2 RN 30, Stand: 43. Ergänzungslieferung, Februar 2004

[916] ROBBERS in: UMBACH, Dieter C./CLEMENS, Thomas (Hg.): Grundgesetz - Mitarbeiterkommentar und Handbuch, Art. 1 RN 69

Es ist deshalb verfassungsrechtlich zumindest fraglich, ob erlaubt werden darf, pro Zyklus der Frau bis zu drei Eizellen durch intratubaren Gametentransfer zu befruchten, bzw. bis zu drei Embryonen zu erzeugen und auf die Frau zu übertragen (§ 1 Abs. 1 Nr. 3 und 4 ESchG). Hier besteht die Möglichkeit, dass einige dieser Embryonen zwar zu Fortpflanzungszwecken erzeugt wurden, für diese Zweckbestimmung aber nicht verwendet werden, z.B. wenn sich nur ein Embryo in der Gebärmutter der Frau einnistet. Der Gesetzgeber hat sich dafür entschieden, dies aus medizinischen Gründen zuzulassen, um den ohnehin geringen Erfolg einer Einnistung in der Gebärmutter zu verbessern.[917]

Allerdings birgt die Zulässigkeit der Übertragung von bis zu drei Embryonen pro Zyklus der Frau ein weiteres Problem, nämlich eine deutliche Erhöhung der Säuglingssterblichkeit bei Übertragung einer höheren Anzahl von Embryonen. Anders ausgedrückt: Die Erhöhung der Chance, dass es zur Erfüllung des Kinderwunsches der Eltern kommt (durch Übertragung einer höheren Anzahl von Embryonen) wird mit einem höheren gesundheitlichen Risiko für die Embryonen, bzw. für die ggf. aus diesen entstehenden Kinder erkauft. Die erhöhte Säuglingssterblichkeit, begründet durch eine Häufung von Mehrlingsschwangerschaften, wird als ein entscheidender Nachteil der IVF angesehen. Werden die gesetzlich erlaubten drei statt - wie in Deutschland vermehrt von ärztlicher Seite empfohlen[918] - lediglich zwei Embryonen transferiert, so steigt die Totgeburtenrate von 25 % auf 34 %. Mit dieser Begründung wird zum Teil die Übertragung von drei Embryonen bereits als ärztlicher Kunstfehler bezeichnet. In Deutschland setzt es sich dementsprechend immer mehr durch, lediglich zwei Embryonen zu transferieren, was zu einer Rate von ca. 73 % Einlingsgeburten, 23 % Zwillingsgeburten und 4 % Geburten höherer Mehrlinge geführt hat.[919] Selbst bei Erzeugung und Übertragung von lediglich zwei Embryonen bleibt fraglich, ob die Erhöhung der Chance einer erfolgreichen Fortpflanzung der Eltern es rechtfertigt, ein erhöhtes Risiko für die entstehenden Kinder in Kauf zu nehmen. Dies kann vor der Zeugung allerdings allein unter dem Aspekt des objektiv-rechtlichen Gehaltes der Menschenwürde in Frage kommen. Nach der Zeugung würden die Embryonen ohne eine Übertragung in die Gebärmutter einer Frau nicht überleben, daher kann nicht mehr unter Berufung auf eine Würdeverletzung der vorhandenen Embryonen die Übertragung abgelehnt werden.

---

[917] Durch die Behandlung zur Entnahme der Eizellen wird in der Regel der Zyklus der Frau gestört, bei der die Schwangerschaft eintreten soll. Hierdurch wird die geringe Nidationschance des Embryos weiter vermindert.

[918] Nach Nr. 4.1. der von der Bundesärztekammer erarbeiteten „Richtlinien zur Durchführung der assistierten Reproduktion“ (Deutsches Ärzteblatt 1998; 95: A-3166-3171, Heft 49) wird angeraten, bei Frauen unter 35 Jahren nur zwei Eizellen zu befruchten und nur zwei Embryonen zu transferieren.

[919] Bericht der Ärztezeitung „In den USA kommt es bei IVF in 80 Prozent zu Mehrlingsgeburten“ vom 21.06.2000 (zusammenfassende Wiedergabe der Aussagen von Professor Dr. Heribert Kentenich, Frauenklinik der Charité, Campus Virchow-Klinikum in Berlin beim 53. Kongress der Deutschen Gesellschaft für Gynäkologie und Geburtshilfe in München)

Das Problem der **Entstehung überzähliger Embryonen** wird in Deutschland inzwischen weitgehend dadurch vermieden, dass befruchtete Eizellen im Stadium der Vorkerne (d.h. vor Kernverschmelzung) eingefroren werden können. Ein solches Vorgehen ist in Nr. 4.2. der "Richtlinien der Bundesärztekammer zur Durchführung der assistierten Reproduktion"[920] inzwischen verbindlich vorgeschrieben. Aus diesem Grund füllt menschliches Leben nicht oder zumindest nicht in großem Umfang die Tiefkühltruhen der deutschen reproduktionsmedizinischen Institute.[921] Es kann dennoch trotz aller Vorsichtsmaßnahmen dazu kommen, dass überzählige Embryonen im Rahmen der Inanspruchnahme medizinisch assistierter Fortpflanzung planwidrig anfallen. Dies kann zum Beispiel aufgrund einer plötzlichen Ablehnung der Übertragung durch die Frau[922], sowie wegen einer Erkrankung der Frau oder ihres Todes kurz vor der beabsichtigten Übertragung vorkommen. Wie bereits dargestellt, ist das Absterbenlassen oder die Vernichtung solcher Embryonen in Bezug auf deren Menschenwürde problematisch, weil ihr Leben, das die Basis der Menschenwürde darstellt, vernichtet wird. Dementsprechend muss eine Lösung dafür gefunden werden, wie mit diesen Embryonen weiter verfahren werden soll. Aus faktischen Gründen ist jedoch in den meisten Fällen der Tod dieser Embryonen nicht zu verhindern. Eine Tiefkühllagerung ist nicht unbegrenzt möglich und sinnlos, wenn hierdurch die Vernichtung lediglich hinausgeschoben wird.

Alternativ zur Vernichtung oder dauerhaften Tiefkühllagerung überzähliger Embryonen kann die Möglichkeit einer Freigabe solcher Embryonen zur Übertragung auf eine fortpflanzungswillige Frau, die zur Austragung eines Kindes in der Lage ist, angesehen werden. Das ESchG verbietet es nicht, auf eine Frau einen nicht von ihr stammenden Embryo zu übertragen, wenn dieser ursprünglich nicht zu diesem Zweck erzeugt wurde und die austragende Frau das Kind behalten will. Wenn es im Einzelfall dazu kommt, dass bereits gezeugte Embryonen nicht auf die genetische Mutter übertragen werden können, besteht die theoretische Möglichkeit dass andere fortpflanzungswillige Personen solche überzähligen Embryonen adoptieren, sofern eine Frau bereit ist, diesen Embryo auszutragen.[923] Eine solche Spende von überzähligen Embryonen, deren Zweckbestimmung nach Eintritt einer Schwangerschaft bei der genetischen Mutter entfallen ist, hielt *Starck* bereits vor Erlass des ESchG für grundsätzlich zulässig, wenn eine Zustimmung der genetischen Eltern vorliegt, die frei von moralischem Druck (z.B.

[920] Deutsches Ärzteblatt 1998; 95: A-3166-3171 (Heft 49)

[921] In England wurden im Herbst 1996 ca. 3000 Embryonen aus Tiefkühlbeständen vernichtet, deren Zweckbestimmung entfallen war.

[922] Eine Frau kann aufgrund der Vorschrift in § 218 Abs. 1, S. 2 StGB (früher: § 219d StGB a.F.) weder strafrechtlich verpflichtet, noch in sonstiger Weise gezwungen werden, sich einen ursprünglich auf ihren Wunsch hin erzeugten Embryo übertragen zu lassen, sobald sie - aus welchen Gründen auch immer - plötzlich die Übertragung verweigert. (GÜNTHER in: KELLER, Rolf/GÜNTHER, Hans-Ludwig/KAISER, Peter: Embryonenschutzgesetz, 1992, Einführung S. 95, RN 19)

[923] BT-Drucksache 11/5460, S. 8

durch die behandelnde Ärztin) gegeben wird.[924] Diese Möglichkeit ist unter Aspekten des Lebens- und des Würdeschutzes des Embryos zwar wünschenswert[925], eine positivgesetzliche Regelung der Adoption von Embryonen existiert allerdings in Deutschland nicht.[926] Wegen der vorhandenen Rechtsunsicherheiten wird es daher voraussichtlich schwierig sein, eine Ärztin oder einen Arzt zu finden, die zu einer solchen Behandlung bereit sind.

Als nächstes ist zu untersuchen, ob die **Forschung an Embryonen** eine Verletzung von deren Menschenwürde darstellt. Vorab ist zum Bereich der Forschung an Embryonen oder Föten anzumerken, dass insoweit im geltenden Recht ein Wertungswiderspruch besteht, je nachdem ob diese aus einem Schwangerschaftsabbruch oder einer Fehlgeburt oder aus einer in vitro Fertilisation stammen: Embryonen oder Föten, die durch einen Schwangerschaftsabbruch oder eine Fehlgeburt zur Welt kommen, können unter bestimmten Voraussetzungen zu Forschungszwecken verwendet werden. Demgegenüber dürfen überzählige Embryonen aus einer in vitro Fertilisation auf keinen Fall zu Forschungszwecken verwendet werden (§ 2 ESchG). Es soll mit der Regelung des § 2 ESchG vornehmlich verhindert werden, dass man Embryonen allein zu Forschungszwecken erzeugt. Allerdings ist nicht erkennbar, warum es in Bezug auf die Würdeverletzung eines Embryos durch die Verwendung als Forschungsobjekt darauf ankommen soll, auf welche Art und Weise er entstanden ist.

Die Frage, wie grundsätzlich mit Embryonen oder Föten aus Schwangerschaftsabbrüchen oder Fehlgeburten umgegangen werden solle, war lange offen. Die tote Leibesfrucht (oder deren Teile) nach Schwangerschaftsabbruch oder Fehlgeburt wurden erst durch das 24. Strafrechtsänderungsgesetz vom 13.01.1987[927] in den Schutz des § 168 StGB (Störung der Totenruhe) einbezogen.[928] Im übrigen war die Handhabung der toten Leibesfrucht zum Teil durch ärztliches Standesrecht (Berufsordnungen der Landesärztekammern) geregelt, indem der Arzt verpflichtet wurde *„dafür Sorge zu tragen, daß die tote Leibesfrucht keiner missbräuchlichen Verwendung*

---

924 STARCK, Christian: Die künstliche Befruchtung beim Menschen - Zulässigkeit und zivilrechtliche Folgen, Gutachten A für den 56. Deutschen Juristentag, 1986

925 Für den Umgang mit überschüssigen Embryonen vertritt *Robbers* die Ansicht, dass es das Recht auf Schutz der Menschenwürde verlangt, Weiterentwicklungschancen des Embryos zu nutzen. (ROBBERS in: UMBACH, Dieter C./CLEMENS, Thomas (Hg.): Grundgesetz - Mitarbeiterkommentar und Handbuch, Art. 1 RN 69)

926 Laut einem Bericht der Ärztezeitung vom 02./03.03.2001 („Adoption von gefrorenen Embryos auch in Deutschland?“), S. 1, haben der Bundesverband Reproduktionsmedizinischer Zentren und die Deutsche Gesellschaft für gynäkologische Endokrinologie und Fortpflanzungsmedizin gefordert, auch in Deutschland das Kultivieren und Einfrieren von Embryonen (und nicht nur von befruchteten Eizellen im Vorkernstadium) zu gestatten, da hierbei die Erfolge einer künstlichen Befruchtung deutlich besser sind. Für ggf. anfallende überschüssige Embryonen wird die Möglichkeit der Adoption vorgeschlagen.

927 BGBl. I 141

928 KELLER in: KELLER, Rolf/GÜNTHER, Hans-Ludwig/KAISER, Peter: Embryonenschutzgesetz, 1992, Einführung S. 59, RN 7

zugeführt wird".[929] Eine Bestattungspflicht für die tote Leibesfrucht bestand lange Zeit erst ab einem erheblichen Gewicht (ca. 500-1.000 g).[930] Im übrigen konnte die tote Leibesfrucht grundsätzlich legal mit den sonstigen medizinischen Sondermüll entsorgt oder zu Forschungszwecken verwendet werden.

Welcher Umgang ist aber von Verfassung wegen für den Bereich der Forschung an lebenden oder toten Embryonen oder Föten geboten, gleichgültig, ob diese aus einer Abtreibung, einer Fehlgeburt oder einer IVF stammen? Lebende Embryonen oder Föten sind Träger des Rechts auf Leben und körperliche Unversehrtheit und haben ein Recht auf Achtung ihrer Menschenwürde. Bei verstorbenen Embryonen oder Föten ist deren nachwirkende Menschenwürde für den Umgang mit ihren sterblichen Überresten zu beachten.

Als Richtschnur für die **Forschung an lebenden Embryonen oder Föten** können die Grundsätze für die Forschung an bereits geborenen Personen herangezogen werden. Grundsätzlich gilt, dass der Körper eines Menschen nicht gelöst von dessen Selbstbestimmung anderen Zwecken untergeordnet werden darf. Dies wäre z.B. der Fall, wenn sein Körper für medizinische oder andere Versuche benutzt wird, sog. Menschenversuche.[931] Forschung an lebenden Menschen ist daher aus Gründen der Achtung ihrer Menschenwürde und ihres Rechts auf Leben und körperliche Unversehrtheit nur mit deren Einwilligung und unter einigen zusätzlichen, strengen Rahmenbedingungen (z.B. Beurteilung des Forschungsvorhabens durch eine Ethikkommission) zulässig. Da der Embryo oder Fötus nicht zustimmungsfähig ist, verstößt die Verwendung eines noch lebenden Embryos oder Fötus zu fremdnützigen Forschungszwecken, insbesondere die verbrauchende Embryonenforschung, grundsätzlich gegen dessen Menschenwürde. Ausnahmsweise begegnet Forschung an lebenden Embryonen oder Föten dann keinen verfassungsrechtlichen Bedenken, wenn sie in den sehr engen Grenzen statt findet, in denen auch Forschung an nichteinwilligungsfähigen, geborenen Personen (z.B. Kinder, Menschen mit psychischen Erkrankungen) zulässig ist.[932]

Ist der **Embryo oder Fötus bereits verstorben**, sind die Grundsätze für die Forschung an den Leichnamen verstorbenen Menschen heranzuziehen. Inzwischen finden sich auch in der juristischen Literatur entsprechende Äußerungen, die ausdrücklich die nachwirkende

---

[929] vgl. z.B. § 14 Abs. 2 BOÄ Baden-Württemberg

[930] Bremen hat 2001 als erstes Bundesland gesetzlich festgelegt, dass eine Bestattungspflicht für alle Fehlgeburten besteht. In anderen Bundesländern bestand zu diesem Zeitpunkt eine solche Pflicht erst ab 500-1000 g (Ärztezeitung vom 12.03.2001, S. 24).

[931] PODLECH, Adalbert in: DENNINGER, Erhard/ ... (Hg.): Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (Reihe Alternativkommentare), Stand: August 2002, Art. 1 Abs. 1 RN 44, 48

[932] vgl. hierzu KNOOP, Susanne: Freiheit und Grenzen der Embryonenforschung nach deutschem Verfassungsrecht, in: LORENZ, Dieter (Hg.): Rechtliche und ethische Fragen der Reproduktionsmedizin, 2003, S. 125 ff.

Respektierung der Menschenwürde beim menschlichen Leichnam auf Fehlgeburten anwenden, weshalb *„für einen ihrem personalen Achtungsanspruch entsprechenden Umgang mit dem Leichnam“* zu sorgen sei.[933] Grundsätzlich liegt bei wirtschaftlicher Ausbeutung eines menschlichen Leichnams ein Verstoß gegen die Menschenwürde vor.[934] Ein Leichnam darf auch nicht ohne Zustimmung des oder der Betroffenen für eine anatomische Sektion zu Ausbildungszwecken verwendet werden.[935] Im Gegensatz zu Menschen, die ihren Körper nach dem Tod der Wissenschaft zur Verfügung stellen[936], kann der Embryo nicht über eine solche Verwendung entscheiden. Daher sind in Bezug auf den Umgang mit toten Embryonen die Grundsätze für den Umgang mit menschlichen Leichnamen heranzuziehen, für die keine Zustimmung der verstorbenen Person vorliegt. Auch bei Personen, die bereits geboren waren, wird eine Zustimmung des Verstorbenen für entbehrlich gehalten, bzw. wird eine stillschweigende Zustimmung vermutet, wenn die folgenden äußeren Umstände gewahrt sind (sog. pathologische Sektion):

- Würdige Durchführung der Sektion;
- Erforderlichkeit derselben zur Erreichung eines der folgenden Ziele: Gewinnung von Erkenntnissen über die Wirkungsweise von Medikamenten, Sicherung der Diagnostik, Klärung pathologischer Todesursachen;
- Eintritt des Todes in einer Krankenanstalt.[937]

Diese Wertung beruht auf einer Abwägung zwischen dem Selbstbestimmungsrecht über den eigenen Körper nach dem Tode und den Interessen der Allgemeinheit auf dem Gebiet der Gesundheitsfürsorge.[938] Bei Anwendung dieser Grundsätze wäre die Forschung mit toten Embryonen deutlich eingeschränkt, eine solche Behandlung ist aber

---

933 HERDEGEN in: MAUNZ, Theodor/DÜRIG, Günter (Hg.): Kommentar zum Grundgesetz; Art. 1 Abs. 1 RN 54, Stand: 43. Ergänzungslieferung, Februar 2004

934 DÜRIG in: MAUNZ, Theodor/DÜRIG, Günter (Hg.): Kommentar zum Grundgesetz, Stand: 33. Ergänzungslieferung, Nov. 1997, Art. 1 Abs. 1 RN 26

935 PODLECH, Adalbert in: DENNINGER, Erhard/ ... (Hg.): Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (Reihe Alternativkommentare), Stand: August 2002, Art. 1 Abs. 1 RN 49 m.w.N.

936 Selbst hier bestehen Einschränkungen aufgrund der Würde des Menschen und des aus dieser abgeleiteten Bestattungsgebotes für Leichen, vgl. hierzu: THIELE, Christoph: Plastinierte „Körperwelten“, Bestattungszwang und Menschenwürde, NVwZ 2000, S. 406.

937 PODLECH, Adalbert in: DENNINGER, Erhard/ ... (Hg.): Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (Reihe Alternativkommentare), Stand: August 2002, Art. 1 Abs. 1 RN 49 m.w.N.

938 PODLECH, Adalbert in: DENNINGER, Erhard/ ... (Hg.): Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (Reihe Alternativkommentare), Stand: August 2002, Art. 1 Abs. 1 RN 49 m.w.N.

aus Gründen der Achtung ihrer Menschenwürde und ihres darauf beruhenden Selbstbestimmungsrechts, auch wenn sie dieses niemals ausüben konnten, dringend geboten.

Zum Bereich des Umganges mit nicht oder nicht mehr zur Fortpflanzung bestimmten menschlichen Embryonen gehört auch die Erforschung, Kultivierung und Nutzung **embryonaler Stammzellen**.[939] Das Verbot der Embryonenforschung aus § 2 Abs. 1 ESchG wirkt sich auch auf die Verwendung embryonaler Stammzellen aus, soweit diese durch Zerstörung eines Embryos gewonnen werden sollten, oder wenn eine bereits gewonnene Stammzelle (z.B. bei Import) unter den in § 8 ESchG definierten Begriff des Embryos fällt. Soweit nicht das Stammzellengesetz vom 28.06.2002[940] eine abweichende Regelung in Bezug auf die Forschung an bestimmten importierten Stammzellen trifft, gelten die dargestellten Grundsätze für den Umgang mit Embryonen auch für den Umgang mit diesen gleichgestellten Stammzellen.

3.2.2.2.2. Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit

Ein Embryo hat neben dem Anspruch auf Schutz und Achtung seiner Menschenwürde auch bereits das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG.[941] Dieses Recht steht Handlungen Dritter entgegen, die sein Leben und seine körperliche Unversehrtheit gefährden.[942]

Das Recht des Embryos auf Leben und körperliche Unversehrtheit ist dementsprechend als mögliche Schranke gegenüber Handlungen Dritter (z.B. Eltern, Ärztinnen/Ärzte) zu beachten, ggf. sind kollidierende Grundrechte gegeneinander abzuwägen.

Die bei der medizinisch assistierten Fortpflanzung anfallenden verfassungsrechtlichen Probleme in Bezug auf das Lebensrecht des Embryos sind bereits mit bei der Darstellung von Verletzungen der Menschenwürde abgehandelt (vgl. Abschnitt 3.2.2.2.1.). Dies ist unvermeidbar, da die meisten Menschenwürdeverletzungen in

---

939 Vgl. zum aktuellen Stand der Diskussion über Stammzellforschung: BUNDESMINISTERIUM FÜR BILDUNG UND FORSCHUNG (Hg.): Humane Stammzellen - Perspektiven und Grenzen in der regenerativen Medizin, 2001; DEUTSCHE FORSCHUNGSGEMEINSCHAFT (Hg.): Forschung mit humanen embryonalen Stammzellen/Research with Human Embryonic Stem Cells - Standpunkte/Positions, 2003

940 „Gesetz zur Sicherstellung des Embryonenschutzes im Zusammenhang mit Einfuhr und Verwendung menschlicher embryonaler Stammzellen“ (Stammzellgesetz -StZG) vom 28.06.2002, BGBl. I 2277

941 a.A.: *Di Fabio*, der dieses Recht erst nach Nidation oder einem entsprechenden Äquivalent anerkennt (DI FABIO in: MAUNZ, Theodor/DÜRIG, Günter (Hg.): Kommentar zum Grundgesetz; Art. 2 Abs. 2 RN 24 ff., Stand: 43. Ergänzungslieferung, Februar 2004)

942 BVerfG, Urteil vom 25.02.1975, Az.: 1 BvF 1, 2, 3, 4, 5, 6/74, BVerfGE 39, 1 ff. (36, 38 ff.); BVerfG, Urteile vom 28.05.1993, Az.: 2 BvF 2/90, 4/92, 5/92, BVerfGE 88, S. 203-366; STEIN, Ekkehart in: DENNINGER, Erhard/ ... (Hg.): Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (Reihe Alternativkommentare), Stand: August 2002, Einleitung II, RN 46

Bezug auf einen Embryo nur wegen einer Vernichtung seines Lebens als Basis der Menschenwürde in Frage kommen. Es ist deshalb auch in der juristischen Literatur nach wie vor umstritten, ob das Lebensrecht des Embryos oder dessen Menschenwürde das entscheidende Grundrecht zur Verhinderung missbräuchlicher Verwendungen von Embryonen darstellt. Es wird aber jeweils auf die Art und Weise einer missbräuchlichen Verwendung im Einzelfall ankommen, um zu entscheiden, ob eines oder beide Grundrechte betroffen sind.

3.2.2.2.3. Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung (allg. Persönlichkeitsrecht)

Als weiteres Grundrecht ist im Rahmen der medizinisch assistierten Fortpflanzung das Recht eines Menschen auf Kenntnis der eigenen Abstammung zu berücksichtigen.

Das durch Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 GG geschützte Persönlichkeitsrecht des Menschen, der sich aus dem Embryo entwickelt, umfasst auch ein Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung. Es beruht auf der Achtung vor der Menschenwürde des entstehenden Kindes.[943] Dabei bezieht sich dieses Recht eines Menschen ausdrücklich auf die Kenntnis der genetischen Abstammung und nicht auf die nach dem BGB festgelegte rechtliche Abstammung, die voneinander abweichen können (vgl. Teil 1, Abschnitt 1.4.3.). Das BVerfG hat zur Bedeutung der Kenntnis von der genetischen Abstammung für die Entwicklung und Entfaltung der Persönlichkeit eines Menschen folgendes ausgeführt:

> „Verständnis und Entfaltung der Individualität sind aber mit der Kenntnis der für sich konstitutiven Faktoren eng verbunden. Zu diesen zählt neben anderen die Abstammung. Sie legt nicht nur die genetische Ausstattung des Einzelnen fest und prägt so seine Persönlichkeit mit. Unabhängig davon nimmt sie auch im Bewußtsein des Einzelnen eine Schlüsselstellung für Individualitätsfindung und Selbstverständnis ein. Insofern hängt der Persönlichkeitswert der Kenntnis auch nicht von dem Maß an Aufklärung ab, das die Biologie derzeit über die Erbanlagen des Menschen, die für seine Lebensgestaltung bedeutsam sein können, zu vermitteln vermag. Bei Individualitätsfindung und Selbstverständnis handelt es sich vielmehr um einen vielschichtigen Vorgang, in dem biologisch gesicherte Erkenntnisse keineswegs allein ausschlaggebend sind. Als Individualisierungsmerkmal gehört die Abstammung zur Persönlichkeit, und die Kenntnis der Herkunft bietet dem Einzelnen unabhängig vom Ausmaß wissenschaftlicher Ergebnisse wichtige Anknüpfungspunkte für das Verständnis und die Entfaltung der eigenen Individualität. Daher umfasst das Persönlichkeitsrecht auch die Kenntnis der eigenen Abstammung.“[944]

Der Anerkennung eines Rechtes auf Kenntnis der eigenen genetischen Abstammung steht nicht entgegen, dass es Fälle gibt, in denen die Abstammung unaufklärbar bleibt und die Persönlichkeitsentfaltung ohne diese Kenntnis erfolgen muss. Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 GG verleiht kein Recht auf Verschaffung von Kenntnissen der eigenen

---

[943] Urteil des BVerfG vom 31.01.1989, 1 BvL 17/87, BVerfGE 79, 256-274 (268-269); STARCK, Christian: Die künstliche Befruchtung beim Menschen - Zulässigkeit und zivilrechtliche Folgen, Gutachten A für den 56. Deutschen Juristentag, 1986, S. 25

[944] BVerfG, Urteil vom 31.01.1989, 1 BvL 17/87, BVerfGE 79, 256 (268-269)

Abstammung, sondern kann nur vor der Vorenthaltung erlangbarer Informationen durch staatliche Organe schützen[945].

Es ist aus ärztlicher Sicht zumindest zweifelhaft, ob das Wohl des Kindes entscheidend von der Kenntnis der biologischen Eltern abhängt. Es wird zum Teil die Ansicht vertreten, dass die postnatale und frühkindliche Zuneigung ein Kind entscheidender prägt, als die Kenntnis seiner Gene.[946] Über das Verhältnis der Prägung einer Person durch einerseits angeborene Eigenschaften (= genetische Disposition) und andererseits durch Umwelteinflüsse herrscht nach wie vor keine Klarheit. Stand der Erkenntnis ist, dass sowohl die genetische Disposition (Genotyp), als auch die Umwelt (Entwicklungsumwelt) auf die Entwicklung eines Individuums und sein Erscheinungsbild (Phänotyp) einen erheblichen Einfluss haben (sog. Anlage-Umwelt-Korrelation).[947] Ergebnisse aus Untersuchungen der Zwillingsforschung und der Adoptivkinderforschung deuten darauf hin, dass der Grad des Einflusses von genetischer Disposition und Entwicklungsumwelt mit dem Alter eines Menschen variiert. Vor allem in den ersten Lebensjahren können Unterschiede im Genotyp durch Millieuunterschiede überlagert werden, währen sich mit zunehmendem Alter Anlageunterschiede immer mehr durchsetzen. Der Genotyp wird dementsprechend als *„Entwicklungsagens, das ständig und selbsttätig wirksam ist“* bezeichnet. Derzeit geht man zum Beispiel davon aus, dass der Genotyp für ca. 50% der phänotypischen Varianz in unserer Population verantwortlich ist.[948] Daher ist die genetische Herkunft eines Menschen, wegen ihres erheblichen Einflusses auf Erscheinungsbild und Persönlichkeit eines Menschen ein wichtiger Umstand, dessen Kenntnis durch die betroffene Person zur Identitätsfindung und Persönlichkeitsentwicklung erheblich beitragen kann. Dass die Kenntnis der eigenen Abstammung für den Menschen wichtig ist, zeigen auch die **Erfahrungen mit adoptierten Kindern**. Bei den meisten entsteht früher oder später der Wunsch, neben den sozialen Eltern auch die biologischen Eltern kennen zu lernen.[949]

Das Wissen über die genetische Herkunft wird auch mit dem Fortschreiten der therapeutischen Gentechnologie mehr und mehr an Bedeutung gewinnen. Bereits heute ist bei bestimmten Krankheitsbildern die genetische Familiengeschichte von

---

[945] Urteil des BVerfG vom 31.01.1989, 1 BvL 17/87, BVerfGE 79, 256-274 (269); BVerfG, Beschluss vom 06.05.1997, 1 BvR 409/90, BVerfGE 96, 56 (63); LEIBHOLZ, Gerhard/RINCK, Hans-Justus/HESSELBERGER, Dieter: Grundgesetz, 2003, Art. 2 RN 154

[946] HUBER, Johannes: Medizinethische Überlegungen zum FHG; in: Fortpflanzungsmedizin - Wertung und Gesetzgebung, Hrsg.: Univ.-Doz. Dr. Erwin Bernat, 1991, S. 7

[947] MONTADA, Leo in: OERTER, Rolf/MONTADA, Leo (Hg.): Entwicklungspsychologie, 1998, S. 34, 44

[948] MONTADA, Leo in: OERTER, Rolf/MONTADA, Leo (Hg.): Entwicklungspsychologie, 1998, S. 44-46, 48

[949] KELLER-THOMA, P.: Adoption / Adoptivkinder-Vermittlung / Adoption aus der Sicht des Adoptivkindes, in: MÜLLER, Hj (Hg.): Reproduktionsmedizin und Gentechnologie - Schweizer Experten informieren; 1987, S. 80 f.

entscheidender Bedeutung, z.B. für die Entscheidung über Präventions- oder Behandlungsmaßnahmen eines Individuums.[950] Hinzu kommt, dass man sich von der Kartierung des menschlichen Genoms die Möglichkeit erhofft, Arzneimittel und Behandlungsmethoden anhand der individuellen genetischen Disposition eines Menschen „maßschneidern“ zu können. Angesichts der steigenden Bedeutung der Kenntnis der eigenen genetischen Herkunft ist es daher unabhängig von den möglichen Folgen der Kenntnis dieser Information für die psychische Entwicklung eines Kindes auch aus Gründen des Schutzes und der Erhaltung der physischen Gesundheit, sowie zur Entscheidung über die eigene Fortpflanzung des Kindes im Erwachsenenalter geboten, ihm die Kenntnis über seine genetische Herkunft zu verschaffen. Dies ist mit einer möglicherweise zunehmenden Verbreitung der Keimzellenspende in der Zukunft auch deswegen geboten, um unerkannten genetischen Inzesten vorzubeugen. Eine solche Möglichkeit ist zwar unwahrscheinlich, aber nicht unmöglich. Bereits allein die Möglichkeit der anonymen Eizellen- und Samenspende könnte dazu führen, dass Spenderpersonen tendenziell häufiger in Erscheinung treten, als bei persönlicher Spende unter Aufnahme aller personellen Daten.

Um das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung wahrnehmen zu können, muss Kindern, die aufgrund heterologer Fortpflanzung entstanden sind, aus den dargestellten Gründen ein Recht darauf zustehen, über ihren Entstehungsprozess und die genetischen und physiologischen Eltern aufgeklärt zu werden. Bei der medizinisch assistierten Fortpflanzung besteht allerdings das Problem, dass sowohl vor der Zeugung eines Kindes als auch vor dessen Geburt noch kein Träger des allgemeinen Persönlichkeitsrechts existiert, dessen Individualgrundrechte zu beachten sind. Da jedoch das Entstehen eines solchen Rechtsträgers nicht verhindert, sondern ggf. nur der Entstehungsvorgang geregelt wird, kann auch das Individualgrundrecht eines fiktiven Menschen eine Wirkung auf den Zeitpunkt vor seiner Entstehung haben. Dies ist erforderlich, weil ansonsten ein effektiver Grundrechtsschutz des entstehenden Menschen nicht möglich ist. Die Daten, die ihm Zugang zu Informationen über seine genetische Abstammung erlauben, müssen nämlich zwangsläufig vor seiner Zeugung gesammelt und gespeichert werden. Zudem muss bereits der Zeugungsvorgang so gestaltet sein, dass die Erlangung von Kenntnis über die eigene Abstammung grundsätzlich möglich ist.

Die zur Motivation von potentiellen Samenspendern entwickelten Praktiken der anonymen Spende und der Vermischung von Samen verschiedener Spender[951] sind unzulässig, da sie das Recht des Kindes auf Kenntnis der eigenen (genetischen) Abstammung vereiteln. Soweit es der Ausschluss einer anonymen Spende erschwert,

[950] vgl. zu den Problemen und Möglichkeiten der genetischen Diagnostik und zum Entwurf eines Gendiagnostik-Gesetzes: Berichte der Süddeutschen Zeitung „Den gläsernen Menschen soll es nicht geben - Geplantes Gendiagnostik-Gesetz setzt Auskunftswünschen von Versicherungen und Arbeitgebern Grenzen“ und „Privatsache Erbgut - Das Gendiagnostik-Gesetz soll genetische Diskriminierung stoppen, wie sie in Deutschland längst vorkommt“ vom 26.11.2004

[951] SELB, Walter: Rechtsordnung und künstliche Reproduktion des Menschen; 1987, S. 10

eine zur Spende bereite Person zu finden, liegt hierin bestenfalls ein Eingriff in den Randbereich der Fortpflanzungsgrundrechte von Wunscheltern aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG und aus Art. 6 Abs. 1 GG, der die Fortpflanzung nicht verhindert, sondern nur regelt. Da die Wunscheltern bei Inanspruchnahme Dritter auf der gesellschaftlichen Ebene agieren, ist eine solche Regelung grundsätzlich zulässig.

Es ist daher verfassungsrechtlich geboten, dass der Gesetzgeber Regelungen erlässt, die bei allen Verfahren der medizinisch assistierten Fortpflanzung sicherstellen, dass die Information über die genetischen Eltern dem zukünftigen Menschen zur Verfügung steht.

3.2.3. Zwischenergebnis

Grundrechte der beteiligten erwachsenen Personen kollidieren ohne Hinzutreten besonderer Umstände nicht mit der Wahrnehmung von Fortpflanzungsgrundrechten. Mit einer Würdeverletzung der beteiligten erwachsenen Personen kann deshalb ein Eingriff in die Fortpflanzungsgrundrechte dieser Personen nicht gerechtfertigt werden.

Grundrechte des aus der Fortpflanzung hervorgehenden Kindes können mit Fortpflanzungsgrundrechten der Wunscheltern kollidieren. Hierbei ist jedoch eine zeitliche Abstufung zu beachten. Es ist bei der Wahrnehmung von Fortpflanzungsgrundrechten zwischen der Phase vor und der Phase nach Entstehung eines neuen Menschen zu unterscheiden. In der Phase vor Entstehung eines neuen Menschen existiert noch kein Grundrechtsträger, mit dessen Grundrechten Fortpflanzungsgrundrechte der Eltern kollidieren könnten. Mit dem Argument der Verletzung der individuellen Würde eines noch nicht existierenden Menschen (potentielles Kind) kann deshalb die Verhinderung seiner Entstehung nicht gerechtfertigt werden. Allerdings kann zu diesem Zeitpunkt das Verfassungsprinzip des objektiv-rechtlichen Gehaltes der Menschenwürde den Fortpflanzungsgrundrechten der Eltern gegenüberstehen. Dabei ist der objektiv-rechtliche Gehalt der Menschenwürde eng auszulegen. Es muss aus der Sicht des fiktiven Menschen, dessen Existenz verhindert wird, absolut unerträglich erscheinen, auf eine bestimmte Art und Weise zu entstehen. Wird in der Phase vor Entstehung eines neuen Menschen dessen Entstehung durch bestimmte Regelungen nicht verhindert, sondern nur der Entstehungsvorgang unter Beachtung der Grundrechte des zukünftigen Menschen geregelt, so können hierdurch Grundrechtseinschränkungen Dritter gerechtfertigt werden, z.B. zur Absicherung seines Rechtes auf Kenntnis der eigenen Abstammung. Ist mit der Kernverschmelzung von Ei- und Samenzelle ein Embryo, bzw. ein Kind entstanden (Phase nach Entstehung eines neuen Menschen), so können seine Grundrechte auf Achtung seiner Menschenwürde, auf Leben und körperliche Unversehrtheit und das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Menschen, der sich aus dem Embryo entwickelt, Einschränkungen von Fortpflanzungsgrundrechten der Wunscheltern rechtfertigen.

3.3. Einschränkung von Fortpflanzungsgrundrechten durch das ESchG

Das ESchG enthält zahlreiche Vorschriften und Verbote in Bezug auf die medizinisch assistierte Fortpflanzung (vgl. Teil 1 Abschnitt 1.4.1.). Von den Regelungen des ESchG werden hier nur diejenigen herausgegriffen, bei denen auf der Basis der Feststellungen in Teil 2 eine verfassungswidrige Verletzung von Fortpflanzungsgrundrechten der Eltern in Betracht kommt.

3.3.1. Verbot der Eizellenspende

Die Übertragung einer Eizelle auf eine Frau, die nicht die genetische Mutter ist, wird durch § 1 Abs. 1 Nr. 1 ESchG untersagt. Es ist ebenfalls untersagt, eine Eizelle zu dem Zweck zu befruchten, eine Schwangerschaft bei einer Frau herbeizuführen, die nicht die genetische Mutter ist (§ 1 Abs. 1 Nr. 2 ESchG). Diese Verbote des ESchG werden nachfolgend vereinfacht als „Verbot der Eizellenspende“ bezeichnet.

Die Verbote in § 1 Abs. 1 Nr. 1 und 2 ESchG können zwei verschiedene Grundrechtseingriffe begründen, die nachfolgend getrennt voneinander geprüft werden. Zum einen kann ein Eingriff in Fortpflanzungsgrundrechte vorliegen, zum anderen besteht die Möglichkeit, dass eine ungerechtfertigte Ungleichbehandlung von Mann und Frau und damit ein Verstoß gegen Art. 3 Abs. 2 S. 1 GG vorliegt. Letzteres ist deswegen möglich, weil die Eizellenspende in jedem Fall verboten ist, während eine Samenspende nicht vom ESchG verboten wird.

3.3.1.1. Eingriff in Fortpflanzungsgrundrechte

Das Verbot der Eizellenspende greift sowohl in die Fortpflanzungsgrundrechte der Wunscheltern, als auch in Fortpflanzungsgrundrechte einer Eizellenspenderin oder einer Tragemutter ein. Dabei ist der den beteiligten Individuen zustehende Schutz durch Fortpflanzungsgrundrechte von verschiedener Intensität. Nachfolgend wird daher zunächst geprüft, ob das generelle Verbot der gespaltenen Mutterschaft zulässig ist und erst im Anschluss daran, ob das Verbot einer fremdnützigen Tragemutterschaft mit einer gespendeten Eizelle zulässig ist.

3.3.1.1.1. Generelles Verbot einer gespaltenen Mutterschaft

Das Verbot jeglicher gespaltenen Mutterschaft ist ein ganz zentrales Anliegen des ESchG.[952] Es ist zu untersuchen, ob und in welchem Umfang das generelle Verbot der gespaltenen Mutterschaft verfassungsgemäß ist. Dies ist zunächst anhand der betroffenen Fortpflanzungsgrundrechte der Wunscheltern zu überprüfen.

Das Verbot der Eizellenspende im ESchG, das durch das ärztliche Standesrecht übernommen wurde, dient nach der Begründung des Gesetzgebers zum ESchG

[952] GÜNTHER in: KELLER, Rolf/GÜNTHER, Hans-Ludwig/KAISER, Peter: Embryonenschutzgesetz, 1992, Einführung S. 92, RN 12

ausdrücklich der Verhinderung der Ersatz- oder Leihmutterschaft.[953] Es gibt aber einen Fall der Eizellenspende, der nichts mit Leihmutterschaft zu tun hat.[954]

Dieser liegt vor, wenn eine Frau in der Lage ist, ein Kind auszutragen, das sie auch selber aufziehen will, ihre Eierstöcke aber keine fortpflanzungsfähigen Eizellen produzieren, oder ihr eigenes Erbgut geschädigt ist (z.B. aufgrund einer wegen eines Krebsleidens erforderlichen Strahlen- oder Chemotherapie).[955] In diesem Fall beabsichtigt die physiologische Mutter, auch die rechtliche und soziale Mutter des Kindes zu werden.[956] Hierin liegt der Unterschied zur Leihmutterschaft, wo die physiologische Mutter nicht beabsichtigt, die soziale Mutter des Kindes zu werden.

Im Verbot der Eizellenspende liegt ein Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht einer fortpflanzungswilligen Frau (Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 GG), die in der Lage ist, ein Kind auszutragen und dieses als eigenes aufziehen möchte, allerdings nicht in dessen durch Art. 19 Abs. 2 GG geschützten unantastbaren Kernbereich, sondern in die Öffentlichkeitssphäre für die Suche nach Spenderinneneizellen und den Privatbereich für die Durchführung der Schwangerschaft (vgl. Teil 2, Abschnitt 2.3.2.1.4.). Es liegt ebenfalls ein Eingriff in Art. 6 Abs. 1 GG vor, da der Frau die Familiengründung mit einem von ihr gewählten Partner verwehrt wird, obwohl sie zumindest physiologisch in der Lage ist, zusammen mit diesem Partner ein Kind zu bekommen. Ein Eingriff in das Recht auf körperliche Unversehrtheit liegt nicht vor, da die Herbeiführung einer Schwangerschaft mittels einer fremden Eizelle keine Therapie in Bezug auf eine vorhandene Erkrankung darstellt (vgl. Teil 2, Abschnitt 2.3.4.1.2.). Gleichzeitig ist auch der Schutzbereich des Art. 6 Abs. 1 GG in Bezug auf den Partner der Frau tangiert. Dem Partner einer fortpflanzungswilligen Frau, die in der Lage ist, ein Kind auszutragen, wird die Chance verwehrt, zusammen mit seiner Partnerin ein eigenes Kind zu bekommen und so eine Familie zu gründen.

Die Entscheidung einer Frau für physiologisch eigene Kinder und für die zur Umsetzung dieser Entscheidungen notwendigen Handlungen gehört zum vom allgemeinen Persönlichkeitsrecht geschützten Privatbereich, die Beschaffung fremder Eizellen zu diesem Zweck ist der Öffentlichkeitssphäre des allgemeinen Persönlichkeitsrechts zuzuordnen (vgl. Teil 2, Abschnitt 2.3.2.1.4.). Grundsätzlich sind Eingriffe durch einfaches Gesetz in den Privatbereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts zulässig, solche

[953] Gesetzesentwurf der Bundesregierung: Entwurf eines Gesetzes zum Schutz von Embryonen (Embryonenschutzgesetz – ESchG), BT-Drucksache 11/5460, S. 6, Begründung A. III.

[954] so auch KOCH, Hans-Georg: „Medizinisch unterstützte Fortpflanzung“ beim Menschen - Handlungsleitung durch Strafrecht?, MedR 1986, S. 259-265 (264), der eine Strafwürdigkeit in diesem Fall verneint.

[955] Ein solcher Fall lag bei der Klägerin im Verfahren vor dem BSG, Entscheidung vom 09.10.2001, B 1 KR 33/00 R; NJW 2002, S. 1517-1518, vor.

[956] Ein solcher Fall lag bei der Zweitantragstellerin im Verfahren vor dem österreichische VfGH, Erkenntnis vom 14.10.1999, Az.: G 91/98-13 und G 116/98-13, MedR 2000, 389 ff. vor.

Eingriffe bedürfen jedoch, da sie einem Eingriff in den unantastbaren Intimbereich sehr nahe stehen, einer besonderen Rechtfertigung.[957] Eingriffe in die Öffentlichkeitssphäre des allgemeinen Persönlichkeitsrechts sind aufgrund vernünftiger Erwägungen des Allgemeinwohls möglich. Nach der Rechtsprechung des BVerfG hat eine Person insoweit im überwiegenden Allgemeininteresse oder im Hinblick auf grundrechtlich geschützte Interessen Dritter unter strikter Wahrung der Verhältnismäßigkeit vorgenommene Einschränkungen hinzunehmen.[958] Auch bei grundsätzlich zulässigen Eingriffen ist stets das Gebot der Verhältnismäßigkeit zu beachten.[959] Die Frage, ob eine sachliche Rechtfertigung für das Verbot der gespaltenen Mutterschaft vorliegt, soll zunächst anhand der **vom Gesetzgeber vorgetragenen Motive** für diese Regelung untersucht werden. In der Begründung des Gesetzesentwurfes der Bundesregierung heißt es hierzu:

> "[…] Die Methode des sog. intratubaren Gametentransfers könne damit in Zukunft einer Übertragung fremder Eizellen Vorschub leisten und zugleich das Entstehen ‚gespaltener' Mutterschaften begünstigen. Dem ist von seiten der Rechtsordnung entgegenzutreten. […] Der Gesetzentwurf geht davon aus, dass das Risiko negativer Auswirkungen einer sog. gespaltenen Mutterschaft nicht in Kauf genommen werden kann."[960]

Zur Begründung wird weiterhin angeführt, dass ein Kind **seelische Probleme** bei der Verarbeitung des Umstandes seiner Entstehung durch gespaltene Mutterschaft haben könnte und dadurch seine Identitätsfindung wesentlich erschwert sei. Weiterhin wird mit möglichen seelischen Folgen bei der Eizellenspenderin argumentiert, wenn diese ungewollt kinderlos bleibt, während bei der Empfängerin der Eizelle eine Schwangerschaft eintritt, die zur Geburt eines Kindes führt.[961] Hier wird (a) mit der Berufung auf Interessen des Kindes die Verhinderung seiner Entstehung begründet und (b) mit der Notwendigkeit des Schutzes einer freiwillig handelnden erwachsenen Person (Eizellenspenderin, bzw. Tragemutter) argumentiert. Beide Argumente sind zur Rechtfertigung einer Einschränkung von Fortpflanzungsgrundrechten in Bezug auf die Wunschmutter (= physiologische Mutter und spätere soziale Mutter) höchst fraglich.

Darüber hinaus hat der Gesetzgeber für das generelle Verbot der gespaltenen Mutterschaft keine Begründung vorgetragen, die eine Einschränkung von Fortpflanzungsgrundrechten der Wunschmutter rechtfertigt. Das Fehlen einer solchen Begründung ist in der 2. Beratung des ESchG[962] angesprochen worden und muss dem

[957] MURSWIEK in: SACHS, Michael (Hg.): Grundgesetz Kommentar, 2003; Art. 2 RN 62

[958] BVerfG, Beschluss vom 06.05.1997, 1 BvR 409/90, BVerfGE 96, 56 (61)

[959] BVerfG, Beschluss vom 19.06.1979, 2 BvR 1060/78, BVerfGE 51, 324 (346)

[960] Gesetzesentwurf der Bundesregierung: Entwurf eines Gesetzes zum Schutz von Embryonen (Embryonenschutzgesetz – ESchG), BT-Drucksache 11/5460, S. 6, Begründung A. III.

[961] Gesetzesentwurf der Bundesregierung: Entwurf eines Gesetzes zum Schutz von Embryonen (Embryonenschutzgesetz – ESchG), BT-Drucksache 11/5460, S. 6, Begründung A. III.

[962] Deutscher Bundestag, 11. Wahlperiode, 230. Sitzung, Bonn Mittwoch, den 24. Oktober 1990, S. 18206 ff.

Gesetzgeber daher bewusst gewesen sein. Die Abgeordnete Frau Dr. Bittner (PDS) hat bereits damals das generelle Verbot einer gespaltenen Mutterschaft mit folgender Begründung abgelehnt:

> „Das Verbot der Mitwirkung an der Entstehung sogenannter gespaltener Mutterschaften überzeugt uns aber absolut nicht. Hier wäre sicherlich eine Einzelfallprüfung durch die ärztlichen Standesorganisationen angezeigt. Warum soll z.B. eine Frau, die durch Krebsbestrahlung selbst nur geschädigte Eizellen hat, nicht von ihrer Schwester eine Eizelle gespendet bekommen, wenn man es dann akzeptiert?"

Mangels einer tragfähigen Begründung seitens des Gesetzgebers für das generelle Verbot der gespaltenen Mutterschaft ist das strafrechtliche Verbot in § 1 Abs. 1 Nr. 1 und 2 ESchG unverhältnismäßig. Das generelle Verbot einer durch Eizellenspende entstehenden gespaltenen Mutterschaft ist zur Erreichung des vom Gesetzgeber angestrebten Zwecks der Verhinderung einer fremdnützigen Tragemutterschaft zwar grundsätzlich geeignet, aber nicht erforderlich. Der vom Gesetzgeber ausdrücklich beabsichtigte Zweck der Verhinderung einer Tragemutterschaft hätte auch durch ein isoliertes Verbot der Tragemutterschaft erreicht werden können.

Verfassungsrechtliche Bedenken bestehen insbesondere auch aufgrund des generellen Verbotes der Eizellenspende durch Strafrecht, das die schärfste Sanktion des Gemeinwesens gegenüber dem Individuum darstellt. Das zur Verhinderung der Eizellenspende gewählte **Mittel des strafrechtlichen Verbotes** ist möglicherweise ebenfalls unverhältnismäßig und auch aus diesem Grunde verfassungswidrig. Beim ESchG handelt es sich um ein reines Strafgesetz. Ein verwaltungsrechtlicher Regelungskomplex, wie er z.B. im Arzneimittelgesetz, im Gentechnikgesetz, im Transfusionsgesetz und im Transplantationsgesetz vorhanden ist, fehlt beim ESchG völlig. Das ESchG ist als strafrechtliches Nebengesetz dementsprechend lückenhaft in der Regelung eines so komplexen Vorganges wie der medizinisch assistierten Fortpflanzung. Es ist weit davon entfernt, eine umfassende Regelung der mit der Fortpflanzungsmedizin zusammenhängenden offenen Probleme zu bieten.[963] Die allein strafrechtliche Regelung der medizinisch assistierten Fortpflanzung durch den Bundesgesetzgeber liegt in erster Linie darin begründet, dass zum Zeitpunkt des Erlasses des ESchG keine Bundeskompetenz für die sachliche Regelung der medizinisch assistierten Fortpflanzung bestand. Diese Kompetenz wurde dem Bundesgesetzgeber erst im Jahr 1994 eingeräumt (vgl. Teil 1, Abschnitt 1.3.). Aber auch seit eine Bundeskompetenz besteht, ist keine entsprechende gesetzliche Regelung seitens des Bundesgesetzgebers ergangen. Die Arbeiten am Entwurf eines Fortpflanzungsmedizingesetzes wurden im Bundesgesundheitsministerium nach der Jahrtausendwende bis auf weiters eingestellt.

---

[963] KELLER in: KELLER, Rolf/GÜNTHER, Hans-Ludwig/KAISER, Peter: Embryonenschutzgesetz, 1992, Einführung S. 61, RN 1-2

Es ist fraglich, ob die Aufstellung strafrechtlicher Verbote für den Bereich der medizinisch assistierten Fortpflanzung, speziell das generelle Verbot der Eizellenspende, dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gerecht wird. Zum einen ist bereits die Eignung von Strafrecht zur Regelung intimer menschlicher Lebenssachverhalte fraglich. Kommt man zu dem Ergebnis, dass Strafrecht zu diesem Zweck grundsätzlich geeignet ist, so bleibt zu prüfen, ob im konkreten Fall des generellen Verbotes der gespaltenen Mutterschaft das strafrechtliche Verbot das erforderliche und angemessene Mittel darstellt. Zunächst ist zu klären, ob eine der persönlichen Lebensplanung und Lebensführung zuzuordnende Verhaltensweise wie die Austragung eines Kindes mittels einer gespendeten Eizelle **grundsätzlich der Regelung durch Strafrecht zugänglich** ist. Dies wird in der Literatur bejaht: Nach *Günther* steht die generelle Eignung der Strafvorschriften des ESchG zum Schutz der Belange des ungeborenen menschlichen Lebens und der am Prozeß der medizinisch assistierten Fortpflanzung beteiligten Personen außer Frage. Dies begründet er wie folgt:

> „Zum einen ist zu erwarten, daß Ärzte und Naturwissenschaftler die Verbote respektieren. Zum anderen kommt den Strafbewehrungen eine positiv-generalpräventive Aufgabe zu, nämlich die Wertvorstellungen der Bevölkerung wie der unmittelbaren Normadressaten zu festigen und zu prägen mit dem Ziel, nicht der Verführung durch das Machbare zu erliegen.“[964]

Koch äußert sich demgegenüber etwas zurückhaltender zur instrumentellen Eignung von Strafrecht:

> „Aus kriminalpolitischer Gesamtschau sind Strafbestimmungen problematisch, die mangels praktischer Möglichkeiten, Normverstöße zu ahnden und damit die Gültigkeit dieser Norm ihren Adressaten vor Augen zu führen ‚nur auf dem Papier stehen‘. Anerkennt man jedoch die positive Generalprävention im Sinne einer Appellfunktion als Aufgab des Strafrechts, so wird man gegen plakative Normen, durch die die besonderer Schutzwürdigkeit eines Gutes trotz faktisch beschränkter Normdurchsetzbarkeit festgeschrieben wird, keine grundsätzlichen Einwände erheben können, solange mit diesen Mitteln nicht ein instrumenteller Charakter geradezu vorgetäuscht wird und sich die verbale Demonstration der Normgeltung auf breiten gesellschaftlichen Konsens über diese Schutzwürdigkeit stützen kann.“[965]

Im Ergebnis gehen beide Autoren davon aus, dass Fragen der Inanspruchnahme von Methoden der medizinisch assistierten Fortpflanzung grundsätzlich im Wege des Strafrechts geregelt werden können.

Nunmehr ist konkret die Frage der Zulässigkeit des vom ESchG aufgestellten generellen Verbotes der Herbeiführung einer gespaltenen Mutterschaft zu untersuchen. Problematisch erscheint vor allem die **Strafwürdigkeit** eines solchen Verhaltens. Zu

---

[964] GÜNTHER in: KELLER, Rolf/GÜNTHER, Hans-Ludwig/KAISER, Peter: Embryonenschutzgesetz, 1992, Einführung S. 85, RN 18

[965] KOCH, Hans-Georg: „Medizinisch unterstützte Fortpflanzung“ beim Menschen - Handlungsleitung durch Strafrecht?, MedR 1986, S. 259-265 (260)

beachten ist, dass die Frage der Strafwürdigkeit nicht in Bezug auf die Wunscheltern, sondern nur in Bezug auf die behandelnde Ärztin oder den Arzt geprüft werden kann. Denn die Herbeiführung der Schwangerschaft bei einer Frau, von der die Eizelle nicht stammt, ist nur für die ausführende Person (i.d.R. Ärztin oder Arzt) strafbar. Die beteiligten Frauen bleiben straffrei (§ 1 Abs. 3 Nr. 1 ESchG). Allerdings greift dieses Verbot dennoch in die Grundrechtsposition der beteiligten Frauen ein, da sich wegen der Strafandrohung in § 1 Abs. 1 ESchG (Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe) keine Ärztin oder kein Arzt zu einer Behandlung bereit finden wird. Auch in Bezug auf die beteiligten Medizinerinnen und Mediziner stellt sich jedoch die Frage, ob ein Verhalten wie die Herbeiführung einer Schwangerschaft, grundsätzlich kein von der Rechtsordnung missbilligtes, sondern vielmehr ein erwünschtes Verhalten, allein wegen der Verwendung einer fremden Eizelle mit einer derartig hohen Strafandrohung belegt werden darf. Dies gilt um so mehr, als die Verwendung einer gespendeten Samenzelle bei der künstlichen Befruchtung überhaupt keiner Strafandrohung unterliegt. Daher ist zu hinterfragen, welche Voraussetzungen vorliegen müssen, damit der Gesetzgeber durch Strafrecht in die Rechtssphäre fortpflanzungswilliger Personen eingreifen darf.

Günther äußert sich zu den Voraussetzungen einer strafrechtlichen Regelung der Inanspruchnahme von Methoden der medizinisch assistierten Fortpflanzung wie folgt:

> „Der Wunsch nach einem eigenen Kind, in dem man fort lebt und das dem eigenen Leben Sinn gibt, ist für viele Menschen von höchstem Rang. Deshalb erscheint es als geradezu ausgeschlossen, wollte das Strafrecht die Methoden der künstlichen Befruchtung schlechthin als kriminell brandmarken. Der Einsatz der neuen Methoden auf Wunsch des ungewollt kinderlosen Paares mit dem Ziel, ihm zu seinem Lebensglück zu verhelfen, ist vom Strafrecht grundsätzlich zu respektieren. Die extrakorporale Befruchtung unterliegt allerdings den allgemeinen für die Rechtmäßigkeit ärztlicher Heileingriffe zu beachtenden Kautelen: strenge medizinische Indikationsstellung, Anwendung der künstlichen Befruchtung als ultima ratio nach erfolgloser traditioneller gynäkologischer Behandlung, umfassende ärztliche Aufklärung einerseits über die Belastungen und Risiken, andererseits über die Erfolgschancen. Für Strafgesetze bleibt danach nur Raum, soweit es gilt, zum Schutz gewichtiger Rechtsgüter wie Leben, Körperintegrität, Menschenwürde und Persönlichkeitsrecht Grenzen zu ziehen und absehbaren groben Mißbräuchen zu wehren. Strafrechtliche Verbote sind - entsprechend den allgemein an eine Verhaltenskriminalisierung zu stellenden Anforderungen - angezeigt, soweit Maßnahmen der Fortpflanzungsmedizin oder Humangenetik gewichtige schutzwürdige Rechtsgüter beeinträchtigen, das Strafrecht sich zum Schutz dieser Rechtsgüter eignet, mildere, ebenso geeignete Schutzvorkehrungen ausscheiden, strafrechtliche Verbote nicht in unangemessener Weise gleich- oder sogar höherwertige Interessen der Betroffenen oder der Allgemeinheit beeinträchtigen und sich widerspruchsfrei in die Strafrechtsordnung einfügen.“[966]

Diesen an die Kriminalisierung eines Verhaltens zu stellenden Anforderungen genügt das generelle Verbot der Eizellenspende nicht. Insbesondere fehlt es an der Beeinträchtigung gewichtiger schutzwürdiger Rechtsgüter, wenn die austragende Frau

---

[966] GÜNTHER in: KELLER, Rolf/GÜNTHER, Hans-Ludwig/KAISER, Peter: Embryonenschutzgesetz, 1992, Einführung S. 84-85, RN 14-16

auch die soziale Mutter des Kindes werden will. Dies lässt sich schon dadurch belegen, dass die Samenspende, bei der in diesem Fall eine vergleichbare Sachlage vorliegt, nicht kriminalisiert worden ist. Zudem ist die Spende einer Eizelle ebenso wenig sozialschädlich wie der Wunsch der Empfängerin, mit Hilfe einer gespendeten Eizelle und ihren eigenen physiologischen Möglichkeiten ein Kind zu bekommen. Beide Interessen sind vielmehr grundrechtlich geschützt: Auf Seiten der späteren sozialen Wunschmutter durch das allgemeine Persönlichkeitsrecht und auf Seiten der Eizellenspenderin durch die allgemeine Handlungsfreiheit. Hinzu kommt der Schutz des Geschlechtspartners der Wunschmutter, der sich mit ihr zusammen mittels einer gespendeten Eizelle genetisch fortpflanzen und eine soziale Elternschaft anstreben kann, aus Art. 6 Abs. 1 GG. Es ist daher nicht ersichtlich, warum die Ärztin oder der Arzt ein strafwürdiges Verhalten begeht, wenn er einer Frau, die eine soziale Elternschaft zusammen mit ihrem Geschlechtspartner anstrebt, eine fremde Eizelle überträgt oder unter Verwendung einer solchen Eizelle eine Schwangerschaft bei ihr hervorruft. Alle vom Gesetzgeber vorgetragenen Gründe (s.o.) für das strafrechtliche Verbot sind allein geeignet, das Verbot einer fremdnützigen Tragemutterschaft mittels einer gespendeten Eizelle zu rechtfertigen. Das generelle strafrechtliche Verbot einer Eizellenspende ist mangels eines strafwürdigen Verhaltens der Beteiligten bei angestrebter sozialer Elternschaft durch die physiologische Mutter höchst bedenklich. Strafrechtliche Verbote müssen im demokratischen Staat ultima ratio staatlichen Handelns bleiben. Sie dürfen insbesondere nicht zum Schutz moralischer Vorstellungen herangezogen werden. Dementsprechend äußert sich *Koch* bereits 1986:

> „Strafrecht beschränkt die Entfaltungsfreiheit des einzelnen durch Androhung von Zwang. Die in ihm enthaltenen Verbotsnormen beziehen ihre materielle Legitimation daraus, daß sie zum Schutz der von der Gesellschaft anerkannten Rechtsgüter erforderlich sind. [...] Doch schon die Bestimmung der in einem Lebenssachverhalt ‚versteckten' Rechtsgüter und erst recht die Quantifizierung ihrer Schutzwürdigkeit kann auf Schwierigkeiten stoßen. Im Bereich der Fortpflanzungsmedizin gilt dies etwa für die - allgemein für die Legitimation des Einsatzes von Strafrecht als maßgeblich angesehene - Grenzziehung zwischen bloßer Moralwidrigkeit und echter Sozialschädlichkeit eines Verhaltens. Dem Strafrecht geht es weder um bloßen Gefühlsschutz noch taugt es dazu, moralisches *‚Terrain, das Theologen, Moralphilosophen, Standesethiker verloren haben, wieder zurückzugewinnen'*. Schon von daher verbietet sich beispielsweise eine Pönalisierung der künstlichen Insemination als Zeugungsinstrument. Umgekehrt kann - so das Bundesverfassungsgericht - der Gesetzgeber verpflichtet sein, zum Schutz hochrangiger Rechtsgüter auch strafrechtliche Mittel einzusetzen, wenn dieser Schutz nicht auf andere Weise bewerkstelligt werden kann. Damit ist das Prinzip der Subsidiarität des Strafrechts gegenüber anderen, weniger einschneidenden Instrumenten zur Regelung sozialer Konflikte angesprochen; es ergibt sich letztlich aus dem verfassungsrechtlichen Grundsatz der Verhältnismäßigkeit staatlicher Eingriffe"[967]

Im **Ergebnis** fehlt es in Bezug auf das generelle Verbot der Eizellenspende am strafwürdigen Verhalten. Allein die Absicht des Gesetzgebers, die fremdnützige

---

[967] KOCH, Hans-Georg: „Medizinisch unterstützte Fortpflanzung" beim Menschen - Handlungsleitung durch Strafrecht?, MedR 1986, S. 259-265 (259)

Tragemutterschaft zu verbieten, bietet keine Rechtfertigungsmöglichkeit. Es würde genügen, ein entsprechend eingeschränktes Verbot aufzustellen und durch entsprechende zivilrechtliche Regelungen abzusichern (wie z.T. bereits geschehen, vgl. Teil 1, Abschnitt 1.4.3.). Das generelle strafrechtliche Verbot der Eizellenspende ist daher auch wegen des gewählten Mittels unverhältnismäßig.

3.3.1.1.2. Verbot der fremdnützigen Tragemutterschaft

Durch das Verbot der fremdnützigen Tragemutterschaft wird auf Seiten der Wunscheltern die Öffentlichkeitssphäre des allgemeinen Persönlichkeitsrechts betroffen (vgl. Teil 2, Abschnitt 2.3.2.1.5.). Bei der fremdnützig tätigen Tragemutter wird nach der in dieser Arbeit vertretenen Ansicht lediglich die allgemeine Handlungsfreiheit betroffen (vgl. Teil 2, Abschnitte 2.3.2.1.6. und 2.3.3.). Eine Einschränkung von Fortpflanzungsgrundrechten der Wunscheltern ist bei heterologer Fortpflanzung aus vernünftigen Erwägungen des Allgemeinwohls möglich (vgl. Abschnitt 3.3.1.1.1.). Die in Bezug auf die Tragemutter bei der fremdnützigen Tragemutterschaft nach der in dieser Arbeit vertretenen Auffassung allein betroffene allgemeine Handlungsfreiheit (vgl. Teil 2, Abschnitt 2.3.2.1.6.) unterliegt den Schranken des Art. 2 Abs. 1 GG und damit insbesondere dem Vorbehalt der verfassungsmäßigen Ordnung.[968]

Das ESchG ist ein formell ordnungsgemäß ergangenes Gesetz und daher, soweit es keine materiell verfassungswidrigen Regelungen enthält, Teil der verfassungsmäßigen Ordnung. Einschränkungen des Öffentlichkeitsbereichs des allgemeinen Persönlichkeitsrechts und der allgemeinen Handlungsfreiheit durch das ESchG sind dementsprechend grundsätzlich zulässig. Es bleibt zu prüfen, ob das vom ESchG aufgestellte Verbot der fremdnützigen Tragemutterschaft auch materiell den Anforderungen der Verfassung genügt. Nach der Rechtsprechung des BVerfG muss sich der Einzelne diejenigen Schranken seiner Handlungsfreiheit gefallen lassen, die der Gesetzgeber zur Pflege und Förderung des sozialen Zusammenlebens in den Grenzen des bei dem gegebenen Sachverhalt allgemein Zumutbaren zieht, vorausgesetzt, dass dabei die Eigenständigkeit der Person gewahrt bleibt.[969]
Fraglich ist, ob es vernünftige Erwägungen des Gemeinwohls gibt, die ein Verbot der fremdnützigen Tragemutterschaft als gerechtfertigt erscheinen lassen. Insoweit enthalten die bereits dargestellten Gesetzgebungsmaterialien zum ESchG eine tragfähige Begründung für ein gesetzliches Verbot. Die in diesen Materialien vorgetragenen Motive nehmen zumindest implizit Bezug auf eine mögliche und vom Gesetzgeber missbilligte Störung des gesellschaftlichen Zusammenlebens durch die Unsicherheiten bei der Geburt eines Kindes im Wege der Tragemutterschaft. Probleme bei Zulassung dieser Möglichkeit sind deshalb vorprogrammiert, weil die Rechtsbeziehungen zwischen den

---

[968] LEIBHOLZ, Gerhard/RINCK, Hans-Justus/HESSELBERGER, Dieter: Grundgesetz, 2003, Art. 2, RN 21

[969] BVerfG, Urteil vom 15.12.1970, 2 BvF 1/69, 2 BvR 629/68 und 308/69, BVerfGE 30, 1 (20)

Beteiligten einer vertraglichen Regelung nicht zugänglich sind. Nach dem BGB ist immer die austragende Frau die zivilrechtliche Mutter des Kindes. Es kann daher nicht aufgrund vertraglicher Vereinbarungen die Herausgabe des Kindes durch die genetischen Eltern durchgesetzt werden. Der genetische Vater (i.d.R. auch der zivilrechtliche Vater) kann allerdings versuchen, mittels eines Verfahrens vor dem Familiengericht das Sorgerecht für das Kind zu erhalten. Ein weiteres Problem kann entstehen, wenn die Tragemutter zwar zur Herausgabe des Kindes bereit ist, die genetischen Eltern aber die "Abnahme" des Kindes verweigern, z.B. weil dieses nicht ihren Vorstellungen entspricht.

Die Begründung des Gesetzgebers zum Verbot der Eizellenspende zum Zweck der Erzeugung einer Tragemutterschaft beruht auf vernünftigen Erwägungen des Gemeinwohls. Dies ist im Rahmen des gesetzgeberischen Ermessens ausreichend, um das Verbot der Eizellenspende bei vorgesehener Tragemutterschaft und den damit verbundenen Eingriff in Fortpflanzungsgrundrechte der Wunscheltern und der Tragemutter zu rechtfertigen.

3.3.1.1.3. Ergebnis

Im Ergebnis ist in Bezug auf das **generelle Verbot** der Eizellenspende festzustellen, dass dieses nicht durch die von Gesetzgeber abgegebene Begründung getragen wird. Ein Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht einer Frau, die nach eigener physiologischer Fortpflanzung die soziale Mutter des entstehenden Kindes werden will, kann nicht mit einem sie nicht betreffenden generalpräventiven Argument (Verhinderung der fremdnützigen Tragemutterschaft) gerechtfertigt werden. Das generelle Verbot der Eizellenspende ist insoweit unverhältnismäßig und daher verfassungswidrig. Auch das für die Durchsetzung des Verbotes gewählte Mittel der strafrechtlichen Sanktion ist unverhältnismäßig und daher ebenfalls verfassungswidrig.

Für das **Verbot der Eizellenspende bei Tragemutterschaft** wird zumindest implizit eine nachvollziehbare Begründung abgegeben, die zur Rechtfertigung eines Eingriffs in das allgemeine Persönlichkeitsrecht der Wunscheltern und die allgemeine Handlungsfreiheit der Tragemutter geeignet ist. Das Verbot der Eizellenspende zum Zwecke der Tragemutterschaft beruht auf vernünftigen Erwägungen des Allgemeinwohls und ist verfassungsgemäß.

3.3.1.2. Ungleichbehandlung von Mann und Frau

Das Verbot der gespaltenen Mutterschaft ist ein ganz zentrales Anliegen des ESchG, während allerdings gleichzeitig die gespaltene Vaterschaft toleriert wird.[970] Es ist zu untersuchen, ob und in welchem Umfang das generelle Verbot der gespaltenen Mutterschaft bei gleichzeitiger Duldung (= rechtliche Zulässigkeit) der gespaltenen

[970] GÜNTHER in: KELLER, Rolf/GÜNTHER, Hans-Ludwig/KAISER, Peter: Embryonenschutzgesetz, 1992, Einführung S. 92, RN 12

Vaterschaft unter dem Aspekt der Gleichbehandlung von Mann und Frau verfassungsgemäß ist. Denn durch das generelle Verbot der Eizellenspende bei gleichzeitiger Duldung der Samenspende werden die genetisch sterile Frau und der genetisch sterile Mann und ihre jeweiligen Geschlechtspartner ungleich behandelt: Ist innerhalb einer Paarbeziehung der Mann unfruchtbar, so wird es ihm und seiner Partnerin zugestanden, sich eines Dritten (Samenspender) zu bedienen, um ein Kind zu zeugen. Demgegenüber ist es einem Paar, bei dem die Frau nicht genetisch, sondern nur physiologisch fortpflanzungsfähig ist, verwehrt, sich mit Hilfe einer Eizellenspende fortzupflanzen. Zusätzlich wird hier der Frau eine körperliche Nutzungsmöglichkeit (physiologische Mutterschaft) und die Möglichkeit der sozialen Mutterschaft in Bezug auf ein eigenes physiologisches Kind versagt.

Im alleinigen Verbot der Eizellenspende bei gleichzeitiger Duldung der Samenspende könnte ein Verstoß gegen Art. 3 Abs. 2 S. 1 GG liegen. Art. 3 Abs. 2 S. 1 GG ist nicht bereits dann verletzt, wenn Mann und Frau ungleich behandelt werden. Eine Verletzung des Grundsatzes der Gleichheit von Mann und Frau liegt vielmehr erst dann vor, wenn diese ohne einen rechtfertigenden Grund ungleich behandelt werden. Welche Gründe im Verhältnis der Geschlechter eine Ungleichbehandlung rechtfertigen, ist von der Rechtsprechung des BVerfG herausgearbeitet worden. Dabei ist über die Jahre ein Wandel in der Akzeptanz von Differenzierungskriterien zwischen den Geschlechtern beim BVerfG zu beobachten. In seiner früheren ständigen Rechtsprechung[971] hat das BVerfG die Position vertreten, dass zur Prüfung der Rechtfertigung einer Differenzierung zwischen Mann und Frau auf biologische und funktionale (arbeitsteilige) Unterschiede abzustellen sei. Hierzu führt es in einer Entscheidung vom 28.01.1987 folgendes aus:

> „Der [in Art. 3 Abs. 2 GG] enthaltene Gleichberechtigungsgrundsatz entspricht dem in Absatz 3 geregelten Diskriminierungsverbot, wonach niemand ‚wegen seines Geschlechts' benachteiligt oder bevorzugt werden darf. Er ist in der Rechtsprechung strikt angewendet worden, namentlich dort, wo es sich um Benachteiligungen von Frauen handelte; zum Abbau dieser Benachteiligungen sollte das Grundrecht bevorzugt dienen. Eine Differenzierung nach dem Geschlecht ist danach nur ausnahmsweise zulässig, wenn im Hinblick auf die objektiven biologischen oder funktionalen (arbeitsteiligen) Unterschiede nach der Natur des jeweiligen Lebensverhältnisses eine besondere Regelung erlaubt oder sogar geboten ist [...]."[972]

Diesen Begründungsansatz hat das BVerfG inzwischen relativiert und insoweit seine ständige Rechtsprechung geändert.[973] In einer Entscheidung vom 05.03.1991 stellt das das BVerfG bereits die Anknüpfung an funktionale Unterschiede in Frage und führt hierzu aus:

---

[971] BVerfG, Beschluss vom 13.11.1979, 1 BvR 631/78, BVerfGE 52, 369 (374); BVerfG, Beschluss vom 08.01.1985, 1 BvR 830/83, BVerfGE 68, 384 ff. (390); BVerfG, Beschluss vom 28.01.1987, 1 BvR 455/82; BVerfGE 74, 163 ff. (179)

[972] BVerfG, Beschluss vom 28.01.1987, 1 BvR 455/82; BVerfGE 74, 163 ff. (179)

[973] BERGMANN in: HÖMIG, Dieter/SEIFERT, Karl-Heinz (Hg.): Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland - Taschenkommentar; Art. 3 RN 11

> „Biologische und funktionale Unterschiede können [in Bezug auf die Regelung, dass bei Uneinigkeit der Eheleute über den Ehenamen, der Mannesname Ehename wird] die Ungleichbehandlung nicht rechtfertigen [...]. Dabei kann die Frage, inwieweit funktionale (arbeitsteilige) Unterschiede überhaupt noch herangezogen werden können, um eine Benachteiligung der Frau zu begründen, dahingestellt bleiben. Eine Rechtfertigung der namensrechtlichen Ungleichbehandlung durch solche Unterschiede scheidet offensichtlich aus. Eine geringere Berufstätigkeit von Frauen [...] ist nicht auf objektive funktionale Unterschiede zwischen den Geschlechtern zurückzuführen, sondern allenfalls auf eine traditionell typische Arbeitsteilung, die Art. 3 Abs. 2 GG gerade nicht verfestigen will [...]."[974]

In der Entscheidung vom 28.01.1992 zur Verfassungswidrigkeit des Nachtarbeitsverbots für Frauen verzichtet das BVerfG schließlich völlig auf das Kriterium der funktionalen Unterschiede:

> „Soweit es um die Frage geht, ob eine Regelung Frauen wegen ihres Geschlechts zu Unrecht benachteiligt, enthält Art. 3 Abs. 2 GG keine weitergehenden oder spezielleren Anforderungen. Der über das Diskriminierungsverbot des Art. 3 Abs. 3 GG hinausreichende Regelungsgehalt von Art. 3 Abs. 2 GG besteht darin, daß er ein Gleichberechtigungsgebot aufstellt und dieses auch auf die gesellschaftliche Wirklichkeit erstreckt. Der Satz ‚Männer und Frauen sind gleichberechtigt' will nicht nur Rechtsnormen beseitigen, die Vor- oder Nachteile an Geschlechtsmerkmale anknüpfen, sondern für die Zukunft die Gleichberechtigung der Geschlechter durchsetzen [...]. Er zielt auf die Angleichung der Lebensverhältnisse. So müssen Frauen die gleichen Erwerbschancen haben wie Männer. Überkommene Rollenverteilungen, die zu einer höheren Belastung oder sonstigen Nachteilen für Frauen führen, dürfen durch staatliche Maßnahmen nicht verfestigt werden [...]. Faktische Nachteile, die typischerweise Frauen treffen, dürfen wegen des Gleichberechtigungsgebotes des Art. 3 Abs. 2 GG durch begünstigende Regelungen ausgeglichen werden. [...] Allerdings verstößt nicht jede Ungleichbehandlung, die an das Geschlecht anknüpft, gegen Art. 3 Abs. 3 GG. Differenzierende Regelungen können vielmehr zulässig sein, soweit sie zur Lösung von Problemen, die ihrer Natur nach nur entweder bei Männern oder bei Frauen auftreten können, zwingend erforderlich sind."[975]

Nach der aktuellen Position des BVerfG zu zulässigen Differenzierungskriterien zwischen Mann und Frau ist daher eine Differenzierung nach dem Geschlecht als zulässig anzusehen, wenn sie **zur Lösung von Problemen, die ihrer Natur nach nur entweder bei Männern oder bei Frauen auftreten können, zwingend erforderlich** ist.[976] Fehlt es an dieser zwingenden Notwendigkeit, dann kann die Ungleichbehandlung nur noch im Wege einer Abwägung mit kollidierenden Verfassungsgütern gerechtfertigt werden.[977]

---

974 BVerfG, Beschluss vom 05.03.1991, 1 BvL 83/86 und 24/88, BVerfGE 84, 9 ff. (18-19)

975 BVerfG, Urteil vom 28.01.1992, 1 BvR 1025/82, 1 BvL 16/83 und 10/91, BVerfGE 85, 191 ff. (206-207)

976 BERGMANN in: HÖMIG, Dieter/SEIFERT, Karl-Heinz (Hg.): Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland - Taschenkommentar; Art. 3 RN 11

977 Beschluss des BVerfG vom 24.01.1995, 1 BvL 18/93 und 5, 6, 7/94, 1 BvR 403, 569/94, BVerfGE 92, 91-122 (109); BERGMANN in: HÖMIG, Dieter/SEIFERT, Karl-Heinz (Hg.): Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland - Taschenkommentar; Art. 3 RN 11

Dient nun das generelle Verbot der Eizellenspende zur Lösung eines Problems, das generell nur bei Männern oder Frauen auftreten kann? Vordergründig ja, denn eine Eizellenspende ist nur bei einer Frau möglich. Diese Betrachtungsweise ist allerdings zu eng und wird dem Schutzzweck von Art. 3 Abs. 2 GG nicht gerecht. Es ist gerade ein Charakteristikum der Fortpflanzung, dass hier die biologisch bedingte Aufgabenverteilung zwischen Mann und Frau unterschiedlich ist. Die durch Evolution entstandene geschlechtliche Fortpflanzung ist der Grund dafür, warum es überhaupt innerhalb einer Spezies die Aufspaltung in männliche und weibliche Individuen gibt. Dass Mann und Frau grundsätzlich unterschiedliche Funktionen bei der Fortpflanzung wahrnehmen, rechtfertigt aber deshalb nicht automatisch die Annahme, eine Ungleichbehandlung sei allein deswegen gerechtfertigt. Ansonsten könnte bei der Fortpflanzung jede beliebige Ungleichbehandlung von Mann und Frau gerechtfertigt werden. Eine solche Schlussfolgerung ist aber mit dem Ziel der größtmöglichen rechtlichen Gleichbehandlung der Geschlechter unvereinbar. Daher ist für die Prüfung der Ungleichbehandlung auf die genetische Unfruchtbarkeit einer Person abzustellen, die sowohl bei Männern, als auch bei Frauen vorliegen kann. Es geht sowohl bei der Eizellen- als auch bei der Samenspende um die Frage, ob eine Person sich mit ihren eigenen Keimzellen fortpflanzen kann oder nicht. Tatsächlich wird nämlich durch das Verbot der Eizellenspende bei gleichzeitiger Duldung der Samenspende die genetische Unfruchtbarkeit von Mann und Frau seitens des Gesetzgebers verschieden behandelt. Es ist zu untersuchen, ob es Gründe gibt, die eine solche Ungleichbehandlung rechtfertigen.

Der Gesetzgeber hat die Ungleichbehandlung von Mann und Frau in Bezug auf die Regelungen des ESchG zur Keimzellenspende erkannt, aber offensichtlich als begründet angesehen. Um diesen Gründen nachzugehen, ist zunächst die **Gesetzgebungsgeschichte** des ESchG zu untersuchen. Die Fraktion der SPD im deutschen Bundestag hat im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens mittels eines Änderungsantrag zum Entwurf des ESchG versucht, zusätzlich zum Verbot der Eizellenspende auch ein Verbot der Samenspende in das ESchG einzufügen. In Bezug auf diese Verbotsregelung wurde die Aufnahme folgender Vorschriften in das ESchG beantragt:

> „(1) Wer auf eine Frau Samen eines Mannes, der nicht mit dieser Frau verheiratet ist, oder der nicht mit ihr in einer auf Dauer angelegten Lebensgemeinschaft lebt, künstlich überträgt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bestraft.
>
> (2) Ebenso wird bestraft, wer es unternimmt, extrakorporal oder durch Übertragung einer Ei- und einer Samenzelle auf eine Frau die Eizelle einer Frau mit einer Samenzelle zu befruchten, die nicht von deren Ehemann oder dem Manne stammt, mit dem sie in einer auf Dauer angelegten Lebensgemeinschaft lebt.“[978]

[978] Änderungsantrag der Fraktion der SPD vom 23.10.1990 zum Entwurf des ESchG; BT-Drucksache 11/8192

Dieser Änderungsantrag wurde wie folgt begründet:

> „Die künstliche Befruchtung sollte nur im Rahmen fester Partnerschaften durchgeführt werden. Wird Samen eines Dritten übertragen oder mit ihm die Eizelle einer Frau befruchtet, so wird die Einheit der genetischen, leiblichen und sozialen Elternschaft, die für das Wohl und die spätere Entwicklung des Kindes von großer Bedeutung ist, zerstört. Deshalb ist jede heterologe künstliche Befruchtung auszuschließen."[979]

Wie bereits dargestellt, ist die Argumentation mit dem Wohl eines Kindes, dessen Entstehung durch das hiermit begründete Verbot verhindert wird, nicht nachvollziehbar. Es handelt sich daher hierbei lediglich um eine politische Begründung, aber nicht um eine tragfähige Begründung in Bezug auf die Rechtfertigung einer Einschränkung von Grundrechten der Wunscheltern.

In der Debatte zur 2. Beratung des ESchG im Deutschen Bundestag ist die unterschiedliche Behandlung von Eizellenspende und Samenspende ausführlich mit Wortmeldungen kommentiert worden. Es wurden die bereits im Abschnitt 3.4.1.1. genannten Argumente vorgetragen und zum Teil ausgesprochen polemisch von Anhängern der Gegenmeinung kommentiert. Die Duldung der heterologen Insemination wurde von Dr. Jahn (damaliger parlamentarischer Staatssekretär beim Bundesminister der Justiz) wie folgt gerechtfertigt:

> "Herr Kollege de With, Sie wissen, dass die heterologe Insemination in diesem Gesetzesentwurf ausgeklammert worden ist, [Zwischenruf von Dr. de With, SPD: Warum?] weil die Diskussion noch zu keinem Ende geführt hat. [mehrere nachfolgende Wortmeldungen dementieren diesen Umstand, und geben an, das Thema sei über einen Zeitraum von 5 oder 6 Jahren diskutiert worden]."[980]

Die weitere Begründung, die Dr. Jahn in der 2. Beratung im Deutschen Bundestag vorträgt, ist leider so verworren, dass ihr - wie bereits von Frau Dr. Däubler-Gmelin in der Debatte angemerkt - kein weiterer Begründungsgehalt für die Ungleichbehandlung von Eizellen- und Samenspende in Fällen zu entnehmen ist, bei denen die physiologische Mutter auch die soziale Mutter des Kindes werden soll. Dr. Jahn beschränkt sich auf die Argumentation mit der Mutter-Kind-Bindung während der Schwangerschaft.[981] Diese ist aber bei heterologer Fortpflanzung nur dann ein tragfähiges Argument für das Verbot der Eizellenspende, wenn die physiologische Mutter das Kind nach der Schwangerschaft an eine andere Frau als soziale Mutter abgeben will. Gerade dies ist bei einer beabsichtigten sozialen Elternschaft durch die Wunschmutter (=

[979] Änderungsantrag der Fraktion der SPD vom 23.10.1990 zum Entwurf des ESchG; BT-Drucksache 11/8192

[980] Deutscher Bundestag, 11. Wahlperiode, 230. Sitzung, Bonn, Mittwoch, den 24. Oktober 1990, S. 18206 ff.

[981] Deutscher Bundestag, 11. Wahlperiode, 230. Sitzung, Bonn, Mittwoch, den 24. Oktober 1990, S. 18206 ff.

physiologische Mutter) und ihren Geschlechtspartner (= genetischer Vater) nicht der Fall. Allein der Umstand, dass das Verbot der Eizellenspende der Verhinderung der als Missbrauch der Fortpflanzungstechnologie eingestuften Trage- oder Leihmutterschaft dienen soll, rechtfertigt es nicht. Nahezu jede Technologie birgt in sich die Möglichkeit eines Missbrauches. Deswegen darf aber nicht die Technologie als solche verboten werden, wenn der Missbrauch auch auf andere Weise sanktioniert werden kann. Es wäre z.B. völlig ausreichend, die Herbeiführung einer Tragemutterschaft mittels Eizellenspende zu verbieten (zur Zulässigkeit eines Verbotes der Leihmutterschaft vgl. nachfolgend Abschnitt 3.3.2.).

Es hat für den Gesetzgeber offensichtlich in Bezug auf die Akzeptanz der Ungleichbehandlung der Umstand eine Rolle gespielt, dass es schon immer die Möglichkeit gab, dass ein Mann ein Kind als sein eigenes aufzieht, obwohl es genetisch von einem anderen Mann stammt. Dagegen war es bislang bei einer Frau nicht möglich, dass sie ein Kind austrägt, das nicht aus ihrer eigenen Eizelle entstanden ist. Dieselbe Argumentation verwendet auch *Günther* zur Rechtfertigung der Ungleichbehandlung von Mann und Frau bei der Zulässigkeit der Verwendung von Spenderkeimzellen.[982] Wie bereits in Teil 2, Abschnitt 2.2.2. ausgeführt, ist allein Unnatürlichkeit keine ausreichende Begründung für ein gesetzliches Verbot, das zu einem Eingriff in Fortpflanzungsgrundrechte führt. Wertet man die Aussagen der 2. Beratung zum ESchG auf nachvollziehbare argumentative Gründe aus, die nicht auf der irrigen Annahme beruhen, ein Kind müsse vor konfliktträchtiger Existenz geschützt werden, so bleibt als einzige aus der Debatte entnehmbare Begründung, dass sich nur für das Verbot der Eizellenspende in der Koalition eine Mehrheit finden ließ.

Als **Zwischenergebnis** ist festzuhalten, dass sich der Gesetzgebungsgeschichte des generellen Verbotes der Eizellenspende keine tragfähige Begründung für die Ungleichbehandlung von Mann und Frau entnehmen lässt. Es bleibt zu prüfen, ob sonstige Gründe erkennbar sind, die eine solche Ungleichbehandlung rechtfertigen können.

Solche Gründe können möglicherweise die bereits zitierten Aussagen zu Selbstfindungsproblemen des Kindes bei gespaltener Mutterschaft und die besondere Mutter-Kind-Bindung bei der austragenden Frau während der Schwangerschaft darstellen.

Bei einer geplanten sozialen Mutterschaft durch die austragende Frau ist der Schutz der Mutter-Kind-Bindung kein Argument, dass ein Verbot der Eizellenspende bei gleichzeitiger Zulassung der Samenspende rechtfertigen kann. Im Gegenteil: gegenüber der heterologen Samenspende ist bei der heterologen Eizellenspende die Bindung der Wunschmutter an das Kind aufgrund der von ihr durchzustehenden Schwangerschaft

[982] GÜNTHER in: KELLER, Rolf/GÜNTHER, Hans-Ludwig/KAISER, Peter: Embryonenschutzgesetz, 1992, Einführung S. 94, RN 16

vermutlich erheblich intensiver, als die Bindung eines Wunschvaters an ein Kind, an dessen Entstehung er bei einer heterologen Samenspende weder genetisch noch physiologisch beteiligt war. Die Begründung des Verbotes der Eizellenspende mit der Mutter-Kind-Bindung während der Schwangerschaft ist nur zur Begründung des Verbotes einer Eizellenspende zum Zwecke der Tragemutterschaft geeignet, nicht aber zum generellen Verbot der Verwendung einer fremden Eizelle bei einer Frau, die nicht die genetische Mutter ist, aber die soziale Mutter des Kindes werden soll.

Der Punkt, dass im Fall einer Eizellenspende, bei der die austragende Frau (physiologische Mutter) auch die soziale Mutter des Kindes werden will, eine anderes zu beurteilende Sachlage vorliegt als bei einer Leih- oder Tragemutterschaft, wird in der Literatur oft übersehen. So rechtfertigt z.B. *Günther* das generelle Verbot der Eizellenspende mit der besonderen Mutter-Kind-Bindung während der Schwangerschaft wie folgt:

> „Die Verschiedenbehandlung der gespaltenen Mutterschaft bedeutet daher keine Diskriminierung der Frau, sondern - wie beim Recht des Schwangerschaftsabbruchs - im Gegenteil eine Hervorhebung der Mutter-Kind-Beziehung während der Schwangerschaft.“[983]

Wie bereits dargestellt, gilt dies nur im Fall einer femdnützigen Schwangerschaft, aber nicht, wenn die austragende Frau auch die soziale Mutter des entstehenden Kindes werden will. Weitere Gründe dafür, warum die Eizellenspende eines strafrechtlichen Verbotes bedarf, während die Samenspende geduldet wird, sind nicht ersichtlich. Die Toleranz, die man gegenüber der Samenspende aufbringt, sollte dementsprechend auch gegenüber der Eizellenspende aufgebracht werden. In Bezug auf die Zulässigkeit der gespaltenen Vaterschaft durch Samenspenden heißt es z.B. bei *Günther*:

> „Hinsichtlich einer staatlichen Bevormundung oder gar Kriminalisierung in diesem intimen und sensiblen Bereich ist jedoch Zurückhaltung angezeigt. Der Vorschlag einer entsprechenden Strafvorschrift in § 203 E 1962 hatte seinerzeit nahezu einhellige Ablehnung erfahren.“[984]

Dem ist grundsätzlich zuzustimmen, allerdings muss eine entsprechende staatliche Zurückhaltung auch für den Fall der Eizellenspende gelten, wenn die austragende Frau die soziale Mutter des Kindes werden soll. Es ist zumindest nicht ersichtlich, warum die im intimen und sensiblen Lebensbereich liegende Unfähigkeit, mit den eigenen Keimzellen ein Kind zu bekommen beim Paar mit genetisch sterilem Mann schützenswerter sein soll, als beim Paar mit genetisch steriler Frau. Tatsächlich sprechen sogar mehr sachliche Gründe dafür, bei angestrebter sozialer Elternschaft durch die austragende Frau und ihren Partner die Eizellenspende zuzulassen, als bei einem Paar mit genetisch sterilem Mann die Samenspende zu erlauben: Bei der Eizellenspende ist aufgrund der physiologischen

---

983 GÜNTHER in: KELLER, Rolf/GÜNTHER, Hans-Ludwig/KAISER, Peter: Embryonenschutzgesetz, 1992, Einführung S. 94, RN 16

984 GÜNTHER in: KELLER, Rolf/GÜNTHER, Hans-Ludwig/KAISER, Peter: Embryonenschutzgesetz, 1992, Einführung S. 94, RN 17

Fortpflanzung der späteren sozialen Mutter eine stärkere Bindung zum Kind zu erwarten, während bei Samenspende keine physiologische Fortpflanzung des späteren sozialen Vaters erfolgt. Es ist auch nicht erkennbar, warum die **Selbstfindungsprobleme** des Kindes beim Auseinanderfallen von genetischer und sozialer Mutterschaft (bei gleichzeitiger Identität von physiologischer und sozialer Mutterschaft) gegenüber der gespaltenen genetischen und sozialen Vaterschaft von entscheidend anderer Qualität sein sollen. Das Hauptproblem des Kindes wird darin liegen, dass neben den sozialen Eltern andere Personen mit Elternfunktion existieren, von dessen Existenz es irgendwann Kenntnis erlangt. Dieses Problem besteht gleichermaßen bei Auseinanderfallen von genetischer und sozialer Mutterschaft wie beim Auseinanderfallen von genetischer und sozialer Vaterschaft. Ist die soziale Mutter auch die physiologische Mutter, so ist sie in der Lage, ihrem Kind von der gemeinsam erlebten Schwangerschaft und der Geburt zu berichten. Es ist daher naheliegend, davon auszugehen, dass aufgrund der physiologischen Bindung an die soziale Mutter für das Kind eine einfachere Möglichkeit der Konfliktbewältigung besteht, als bei einem sozialen Vater, der weder genetisch noch physiologisch zur Entstehung des Kindes beigetragen hat.

Die psychologische Lage von Kindern nach gespaltener Mutter- oder Vaterschaft durch Eizellen- oder Samenspende ist mit der Situation von **adoptierten Kindern** insoweit vergleichbar, dass das Kind irgendwann erfährt, dass außer den sozialen Eltern, die es im Regelfall für seine biologischen Eltern hält, noch andere Personen existieren, die in irgendeiner Form Elternfunktionen erfüllen. Wie das Beispiel der Adoption zeigt, ist eine Konfliktbewältigung durch die Kinder grundsätzlich möglich. Im Gegensatz zur Sachlage bei Adoption hat das Kind bei Eizellenspende sogar eine noch engere Bindung zur sozialen Mutter, da diese gleichzeitig die physiologische Mutter ist und bereits in der Schwangerschaft eine Mutter-Kind-Bindung entstehen konnte. Eine Verarbeitung durch das Kind ist daher vermutlich eher zu erwarten als bei adoptierten Kindern.

Das Verbot der Eizellenspende bei gleichzeitiger Zulassung der Samenspende wird zum Teil auch damit begründet, dass das **Verfahren der Spenderinneneizellengewinnung technisch wesentlich aufwendiger** sei als das Verfahren der Spendersamengewinnung. Daher sei bei der leicht durchführbaren Spendersamengewinnung eine Kontrolle durch die Strafverfolgungsinstanzen nicht möglich.[985] Dieses Argument ist ebenfalls nicht geeignet, um eine Ungleichbehandlung zu rechtfertigen. Zum einen ist es fraglich, ob die Spenderinneneizellengewinnung nicht ebenso einfach oder schwer heimlich erfolgen kann, wie die Spendersamengewinnung, da zumindest zur Fertilisation der Eizellen bei IVF und ICSI und für den Embryotransfer auch bei der Samenspende die Mitarbeit einer Ärztin oder eines Arztes erforderlich ist.

---

[985] GÜNTHER in: KELLER, Rolf/GÜNTHER, Hans-Ludwig/KAISER, Peter: Embryonenschutzgesetz, 1992, Einführung S. 94, RN 17

Selbst wenn die praktische Durchführung der Eizellenspende gegenüber der Samenspende leicht erschwert wäre, könnte hiermit ein Eingriff in Fortpflanzungsgrundrechte nicht gerechtfertigt werden.

Es bleibt zu prüfen, ob eine Rechtfertigung der Ungleichbehandlung in der auf biologischen Unterschieden beruhenden **unterschiedlichen Intensität des Behandlungseingriffs** bei einer Eizellenspende gegenüber dem Behandlungseingriff bei Samenspende gefunden werden kann. Eine solche unterschiedliche Intensität des Behandlungseingriffs liegt vor, da Spenderinneneizellen durch einen operativen Eingriff gewonnen werden müssen, zudem ist eine hormonelle Stimulation der Spenderin üblich. Demgegenüber kann Spendersamen ohne Eingriff in die körperliche Integrität des Spenders gewonnen werden. Hierdurch kann aber eine Pönalisierung der Eizellenspende nicht gerechtfertigt werden. Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass eine Eizellenspenderin freiwillig handelt. Eine freiwillige eigenverantwortliche Selbstschädigung stellt, selbst wenn sich mit einem Eingriff in die körperliche Integrität verbunden ist, kein strafwürdiges Verhalten dar. Dies ist z.B. für freiwillige Sterilisation oder Schönheitsoperationen ausdrücklich anerkannt. Strafrechtliche Verbote bedürfen als ultima ratio staatlichen Handelns einer besonderen Rechtfertigung, die in der Individual- oder Sozialschädlichkeit eines Verhaltens liegen kann. Eine Individualschädlichkeit ist aber nur anzunehmen, wenn es zu gesundheitsschädlicher Selbstausbeutung bei der Spenderin kommen sollte. Sofern deshalb Bedenken in Bezug auf die Freiwilligkeit des Handelns der Eizellenspenderin bestehen, könnten durch entsprechende zivil- und verwaltungsrechtliche Regelungen die Rahmenbedingungen einer Spende (z.B. Unentgeltlichkeit, Ausschluss der Mehrfachspende) geregelt werden. Eine besondere Sozialschädlichkeit der altruistischen Eizellenspende ist im Vergleich mit der altruistischen Samenspende nicht erkennbar. Auch mit der unterschiedlichen Intensität des Eingriffs bei Gewinnung der Spenderkeimzellen kann daher die Ungleichbehandlung von Mann und Frau nicht gerechtfertigt werden.

Auch der Ansatz, das generelle Verbot der Eizellenspende diene der verdeckten Durchführung einer Tragemutterschaft (insoweit existiert bei Samenspende keine äquivalente Problematik), ist nicht geeignet, eine Einschränkung von Fortpflanzungsgrundrechten einer Frau zu rechtfertigen, die physiologische und soziale Mutter eines im Wege der Eizellenspende entstandenen Kindes werden will. Eine aus präventiven Gründen erfolgende Grundrechtseinschränkung ist bereits bedenklich, könnte jedoch bei typisierender Betrachtung noch zulässig sein, um erhebliche Gefahren, denen anders nicht begegnet werden kann, für Individuum und Gemeinschaft abzuwehren. Es ist bereits fraglich, ob eine Tragemutterschaft das Kriterium einer erheblichen Gefahr für Individuum oder Gemeinschaft erfüllt. Denn ohne Hinzutreten besonderer Umstände geht es allen Beteiligten lediglich um die Erfüllung eines von der Rechtsordnung gebilligten Zieles, nämlich die Geburt einer neuen Staatsbürgerin oder eines neuen Staatsbürgers,

wenn auch auf ungewöhnlichem Wege. Eine Verletzung der Menschenwürde aller Beteiligten liegt ohne Hinzutreten besonderer Umstände nicht vor (vgl. Abschnitte 3.2.1. und 3.2.2.). In jedem Fall scheidet die Rechtfertigung eines Grundrechtseingriffs aber deswegen aus, weil der Gefahr der Durchführung verdeckter Tragemutterschaften auch anders (z.B. durch Registrierung von Eizellenspenden und einer entsprechende Kontrolle im Adoptionsverfahren oder sonstige zivil- und verwaltungsrechtliche Regelungen) begegnet werden kann. Mit dem Zweck der Verhinderung verdeckter Tragemutterschaften, kann deshalb das generelle Verbot der Eizellenspende bei gleichzeitiger Duldung der Samenspende ebenfalls nicht gerechtfertigt werden. Sonstige sachliche Gründe für ein Verbot der Eizellenspende bei gleichzeitiger Duldung der Samenspende sind nicht ersichtlich.

Tatsächlich sprechen, wie bereits dargestellt, im Fall einer angestrebten sozialen Mutterschaft durch die austragende Frau sogar mehr Gründe für eine Zulassung der Eizellenspende, als für eine Zulassung der Samenspende. Ein Ergebnis, das Anlass zum Nachdenken über den nach wie vor bestehenden verschiedenen Umgang mit den Geschlechtern durch Gesetzgebung und Rechtswissenschaft bietet. Ohne in weitschweifige Ausführungen zur rechtlichen Ungleichbehandlung der Geschlechter verfallen zu wollen, ist folgendes anzumerken: Bei einer Gesamtbetrachtung der in dieser Arbeit verwendeten Literatur, insbesondere aber bei Stellungnahmen zur unterschiedlichen Behandlung von Eizellenspende und Samenspende, lässt sich nicht übersehen, dass das heutige Bild von Fortpflanzung und Geschlechtlichkeit, gerade auch bei der medizinisch assistierten Fortpflanzung extrem von patriarchalisch geprägten Vorstellungen und Ideologien bestimmt ist. Dies ist verständlich, da die rechtlichen, theoretischen, moralischen, philosophischen und sozialen Wurzeln der heutigen Industriegesellschaft überwiegend aus dem 17., 18. und 19. Jahrhundert stammen: allesamt Epochen, die strikt patriarchal geprägt waren (vgl. Teil 2, Abschnitt 2.1.). Diese patriarchalischen Prägungen sind nicht auf das die Fortpflanzung betreffende Recht beschränkt, sondern ziehen sich durch die gesamte Rechtsordnung. In der Schlechterstellung eines Geschlechtes (meistens der Frau) zeigt sich deutlich die Diskrepanz zwischen den Verfassungsnomen und dem geltenden Recht, die bis heute andauert und erst nach und nach, meist aufgrund von Verfassungsbeschwerden einzelner Bürgerinnen und Bürger beseitigt wird.[986] Dabei ist die Diskriminierung durch Differenzierung nach dem Geschlecht in deutschen Gesetzen jedoch nicht ausschließlich gegen Frauen gerichtet. Auch Männer, deren Verhalten gerade nicht dem patriarchalen Gesellschaftsbild des ausgehenden 19. Jahrhunderts entspricht, klagen gegen diskriminierende gesetzliche Regelungen, insbesondere im Bereich des Nichtehelichenrechts. Aufgrund solcher Klagen werden z.B. nach und nach Regelungen

[986] Z.B.: Entscheidungen des BVerfG zum gemeinsamen Sorgerecht unverheirateter Eltern (Urteil vom 03.11.1982, 1 BvL 25, 38, 40/80 und 12/81, BVerfGE 61, 358-382; Beschluss vom 07.05.1991, 1 BvL 32/88, BVerfGE 84, 168-187) und zum Elternrecht nichtehelicher Väter aus Art. 6 Abs. 2 GG (Beschluss vom 07.03.1995, 1 BvR 790/91 und 540, 866/92, BVerfGE 92, 158-190)

beseitigt, die im 18./19. Jahrhundert geschaffen wurden, um den Mann und seine bürgerliche Familie vor Ansprüchen seiner nichtehelichen Kinder zu schützen (vgl. Teil 2, Abschnitt 2.1.1.3.). Daraus, dass die Existenz von Diskriminierungen nach dem Geschlecht ein bekanntes Problem darstellt, darf nicht der Rückschluss gezogen werden, die heutige juristische Argumentation eines Themas wie der Fortpflanzungsmedizin, sei frei von patriarchalisch orientierten Denkmustern. Wie *Pelkner* anschaulich für den Bereich der Publikationen zur evangelischen Ethik dargestellt, ist vielmehr die Diskussion eines so hoch geschlechtsspezifischen Themas wie der Fortpflanzung davon geprägt, dass kaum eine Stellungnahme die Situation der betroffenen Frauen konkret würdigt und sich vertieft mit der Sichtweise betroffener Frauen zur medizinisch assistierten Fortpflanzung auseinander setzt.[987] Zusätzlich ist eine vermeintlich neutral dargestellte Sichtweise oft eine aus rein männlicher Perspektive. Diese Feststellungen sind auf zahlreiche juristische Publikationen übertragbar. Eine Betachtung der Problematik aus vorrangig männlicher Sichtweise ist verständlich, denn nach wie vor wird die überwiegende Zahl juristischer Publikationen von Männern geschrieben. Es darf aber nicht übersehen werden, dass sich gerade bei dem Thema der Fortpflanzung die männliche und die weibliche Sichtweise extrem unterscheiden. Insbesondere die Regelung des absoluten Verbotes einer Eizellenspende bei gleichzeitiger Duldung der Samenspende lässt den Verdacht aufkommen, dass die bei einer Frau grundsätzlich andere Beteiligung an der Fortpflanzung (Schwangerschaft) nicht aus allen möglichen Blickwinkeln gewürdigt worden ist. Statt dessen wurden von Gesetzgebung und Literatur die Missbrauchsmöglichkeiten einer Eizellenspende (Tragemutterschaft) in den Vordergrund gestellt, denen aber auch anders als im Wege eines generellen Verbotes der Eizellenspende hätten begegnet werden können.

Als **Ergebnis** ist festzuhalten, dass mangels einer tragfähigen Begründung für das generelle Verbot einer Eizellenspende bei gleichzeitiger Duldung der Samenspende eine gegen Art. 3 Abs. 2 S. 1 GG verstoßende Ungleichbehandlung von Männern und Frauen vorliegt.

3.3.2. Verbot der Ersatzmutterschaft (synonym: Leihmutterschaft)

Ein ausdrückliches Verbot der Ersatzmutterschaft enthält § 1 Abs. 1 Nr. 7 ESchG. Bei der Ersatzmutterschaft ist die austragende Frau die genetische und physiologische Mutter des Kindes. Wunschvater und genetischer Vater des Kindes ist in der Regel der Partner einer Frau (Wunschmutter), die später zusammen mit ihrem Partner die soziale Mutter des Kindes werden soll.

Durch das Verbot der Ersatzmutterschaft wird sowohl in Fortpflanzungsgrundrechte des Wunschvaters (Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG, Art. 6 Abs. 1 GG), als auch in

---

[987] PELKNER, Eva: Gott, Gene, Gebärmütter - Anthropologie und Frauenbild in der evangelischen Ethik zur Fortpflanzungsmedizin; 2001, S. 263

Fortpflanzungsgrundrechte der Leihmutter (Art. 2 Abs. 1 GG) eingegriffen. Da sich die Wunschmutter bei Leihmutterschaft überhaupt nicht fortpflanzt, kommt in Bezug auf sie kein Eingriff in Fortpflanzungsgrundrechte in Betracht.

Das Verbot der Ersatzmutterschaft ist nicht zum Schutz der beteiligten erwachsenen Personen oder zum Schutz des Kindes erforderlich. Auch eine Leihmutterschaft durch eine Frau, die nicht die soziale Mutter des Kindes werden soll, verletzt nicht die Menschenwürde des Kindes (vgl. Abschnitt 3.2.2.).[988] Zu prüfen bleibt, ob es im Ermessen des einfachen Gesetzgebers liegt, ein solches Verbot dennoch zu erlassen, oder ob es gegen unbeschränkbare Fortpflanzungsgrundrechte verstößt und deshalb verfassungswidrig ist.

Wie bereits im Teil 2, Abschnitt 2.3.2.1.6. festgestellt, ist die Tätigkeit einer Ersatzmutter nicht vom Kernbereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, möglicherweise sogar nur von der allgemeinen Handlungsfreiheit geschützt. Ebenso haben die gegengeschlechtlichen Wunscheltern keinen Anspruch darauf, sich zur Fortpflanzung einer Ersatz- oder Leihmutter zu bedienen (vgl. Teil 2, Abschnitt 2.3.2.1.5.). Ein gesetzliches Verbot der Ersatz- oder Leihmutterschaft aufgrund politischer Entscheidung des Gesetzgebers zur Regelung von Belangen des Allgemeinwohls ist daher zulässig. Es ist dementsprechend zu untersuchen, welche Allgemeinwohlbelange durch eine Ersatzmutterschaft beeinträchtigt sein könnten. Die Ersatzmutterschaft wird u.a. deshalb als problematisch angesehen, weil vermutet wird, daß die Ersatzmutter aufgrund des Umstandes, dass sie das Kind unmittelbar nach der Schwangerschaft weggeben will, keine ausreichende Rücksicht auf dessen Entwicklung während der Schwangerschaft nehmen könnte (z.B. indem sie weiterhin Nikotin oder Alkohol zu sich nimmt, Drogen konsumiert oder übermäßig Sport betreibt).[989] Kommt aufgrund solcher mangelnder Rücksichtnahme ein krankes Kind zur Welt, so besteht die Gefahr einer Verweigerung der Übernahme des Kindes durch die Wunscheltern, sowie die Möglichkeit, dass aufgrund der ebenfalls bestehenden Ablehnung des Kindes durch die austragende Frau die Gemeinschaft für dieses Kind sorgen muss. Somit können wegen der zu befürchtenden gesellschaftlichen Unruhe und möglichen Kosten für die Versorgung des Kindes Allgemeinwohlbelange als betroffen angesehen werden. Im Angesicht einer solchen Argumentation muss man sich aber vergegenwärtigen, dass selbst die rein kommerziell orientierte Leihmutter (im Gegensatz zur altruistischen Leihmutter) freiwillig eine Schwangerschaft auf sich nimmt. Es erscheint daher nicht angebracht, diese Gefahren zu generalisieren, auch wenn sie sich im Einzelfall (wie auch bei normaler, insbesondere bei ungewollter Schwangerschaft) verwirklichen können.

---

[988] STARCK, Christian: Die künstliche Befruchtung beim Menschen - Zulässigkeit und zivilrechtliche Folgen, Gutachten A für den 56. Deutschen Juristentag, 1986, S. 42; a.A. EBERBACH, Wolfram H.: Rechtliche Probleme der „Leihmutterschaft“, MedR 1986, S. 253-259 (254)

[989] EBERBACH, Wolfram H.: Rechtliche Probleme der „Leihmutterschaft“, MedR 1986, S. 253-259 (256, 257)

Zur Begründung des Verbotes der Ersatzmutterschaft heißt es in der Stellungnahme des Bundesrates zum ESchG weiterhin:

> „Die gegen eine Ersatzmutterschaft sprechenden Gründe sind jedoch so schwerwiegend, dass eine Mitwirkung an der Herbeiführung einer Ersatzmutterschaft zu verbieten ist. Es widerspricht dem Kindeswohl, wenn die psychosozialen Beziehungen zwischen der austragenden Frau und dem Kind völlig unberücksichtigt bleiben. Dies kann schon die Entwicklung des Kindes im Mutterleib beeinträchtigen. Auch kann sich die Trennung des Kindes von der Mutter nach der Geburt nachteilig auswirken. Das Auseinanderfallen zwischen austragender und sozialer Mutter kann zudem die Identitätsfindung des Kindes erheblich erschweren. Schließlich ist eine Ersatzmutterschaft mit großer Unsicherheit und möglichen psychischen Konflikten für alle Beteiligten sowie gesundheitlichen Risiken für die Ersatzmutter belastet. Es ist nicht zu verantworten, ein Kind im Wissen um all diese Risiken künstlich zu erzeugen."[990]

Neben der nicht zutreffenden Argumentation mit dem Schutz der erwachsenen Personen vor sich selbst und dem Schutz des Kindes vor möglicherweise konfliktträchtiger Existenz wird auch hier wieder implizit das Argument möglicher gesellschaftlicher Unruhe durch Folgeprobleme bei Zulassung dieser Praktiken vorgebracht. Dieses Argument beruht auf vernünftigen Erwägungen des Allgemeinwohls und ist zulässig. Gesellschaftliche Unruhe bei Zulassung dieser Möglichkeiten ist unvermeidbar, da die Rechtsbeziehungen zwischen den Beteiligten einer vertraglichen Regelung nicht zugänglich sind, die Probleme sind mit denen bei Tragemutterschaft identisch (vgl. Abschnitt 3.3.1.1.2.). Das Verbot der Leihmutterschaft ist daher verfassungsgemäß.

Eine andere Alternative zur Rechtfertigung des Verbotes der Ersatz- oder Leihmutterschaft bietet der Vorschlag von *Starck*, der die Leihmutterschaft entgegen der in dieser Arbeit vertretenen Position nicht vom Schutz durch das allgemeine Persönlichkeitsrechts ausschließt. Dem Recht der Leihmutter aus Art. 2 Abs. 1 GG auf freie Entfaltung ihrer Persönlichkeit kann auch nach *Starck* nicht die Würde des Kindes entgegengehalten werden, denn eine solche Argumentation führt dazu, dass mit dem Würdeargument die Entstehung eines Menschen verhindert wird (potentielles Kind). In die Randzone des allgemeinen Persönlichkeitsrechts kann grundsätzlich aufgrund der Vorbehalte in Art. 2 Abs. 1 S. 1 GG durch einfaches Gesetz eingegriffen werden. Bei einem solchen Eingriff in die Randzone des allgemeinen Persönlichkeitsrechts ist eine Gesamtabwägung der Umstände des Einzelfalles zur Beurteilung einer möglichen Verfassungswidrigkeit erforderlich.

Starck rechtfertigt dementsprechend ein Verbot der Ersatz- oder Leihmutterschaft wie folgt:

> „Man wird hierfür auf das Sittengesetz als Schranke der freien Entfaltung der Persönlichkeit zurückgreifen können. Ohne auf die Gesamtproblematik dieser Grundrechtsschranken hier eingehen zu müssen, kann das Verantwortungsprinzip dem Sittengesetz entnommen werden, und zwar nicht im Sinne einer allgemeinen Eigenverantwortlichkeit als notwendige Kehrseite jeder

[990] Gesetzesentwurf der Bundesregierung: Entwurf eines Gesetzes zum Schutz von Embryonen (Embryonenschutzgesetz – ESchG), BT-Drucksache 11/5460, S. 15, Anlage 2, Nr. 5

> Freiheit, sondern im Sinne einer Verantwortlichkeit des Handelnden für Dritte, deren Sphäre berührt wird, im vorliegenden Zusammenhang deren Existenz zur Entstehung gebracht wird."[991]

Nach *Starck* kann daher ein einfachgesetzliches Verbot der Leihmutterschaft dadurch gerechtfertigt werden, dass das allgemeine Persönlichkeitsrecht durch das Sittengesetz eingeschränkt wird. Implizit nimmt er hiermit auf das Kriterium des Willens zur Elternschaft Bezug, das auf der Übernahme von Verantwortung als Kehrseite der Ausübung von Freiheit basiert (vgl. hierzu Teil 2, Abschnitt 2.3.2.1.6.).

Keine dieser Lösungen bietet entscheidende dogmatische Vorteile und beide führen zu demselben Ergebnis: Ein Recht auf Inanspruchnahme von Methoden der medizinisch assistierten Fortpflanzung kann die Ersatzmutter nicht aufgrund ihres allgemeinen Persönlichkeitsrechts durchsetzen. Nach der in dieser Arbeit vertretenen Ansicht ist sie vom Schutzbereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts ausgeschlossen und kann sich nur auf die allgemeine Handlungsfreiheit berufen. Nach *Starck* ist die austragende Frau vom Schutzbereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts umfasst, eine Einschränkung ist aber aufgrund des Sittengesetzes zulässig. Beide Begründungen knüpfen an dem Umstand an, dass die Leihmutter nicht beabsichtigt, die soziale Verantwortung für das entstehende Kind zu übernehmen (sog. „Wille zur Elternschaft").

3.3.3. Verbot des Klonens von Menschen

Das Klonen von Menschen verbietet § 6 Abs. 1 ESchG. Wie bereits dargestellt, ist die Anwendung von Klonungstechniken (= Entstehung eines neuen Individuums aus dem Erbgut einer einzelnen Person) nicht vom Begriff der Fortpflanzung erfasst (vgl. Teil 1, Abschnitt 1.1.1.1.). Diese umfasst nach heutigem Verständnis allein die geschlechtliche Fortpflanzung, an der die Keimzellen (Eizelle und Samenzelle) zweier verschiedengeschlechtlicher Personen beteiligt sind.

Demgegenüber ist bei der Entstehung neuen Lebens durch Klonung kein gegengeschlechtlicher Partner oder eine solche Partnerin notwendig. Eine Person kann daher ein Recht auf Inanspruchnahme von Klonungstechnologie zur Schaffung eines neuen menschlichen Wesens nicht auf Fortpflanzungsgrundrechte stützen. Für diesen Zweck kommt voraussichtlich als Grundrecht nur die allgemeine Handlungsfreiheit in Frage, was hier jedoch nicht näher geprüft werden soll, da Bereiche außerhalb der menschlichen Fortpflanzung nicht vom Thema dieser Ausarbeitung umfasst sind.

Selbst wenn ein Grundrechtsschutz für die Person besteht, die sich der Klonungstechnik zur Erzeugung eines neuen menschlichen Wesens bedienen will, kann beim heutigen Sachstand ein Verbot dieser Tätigkeit mit entgegenstehenden Verfassungsprinzipien, nämlich dem objektiv-rechtlichen Gehalt der Menschenwürde begründet werden.

---

[991] STARCK, Christian: Die künstliche Befruchtung beim Menschen - Zulässigkeit und zivilrechtliche Folgen, Gutachten A für den 56. Deutschen Juristentag, 1986, S. 42-43

Es erscheint wegen der Unvorhersehbarkeit des Ergebnisses eines Klonungsexperimentes auch aus der Sicht des entstehenden Menschen unerträglich, die Entstehung eines menschlichen Wesens auf diese Art und Weise zuzulassen (vgl. Abschnitt 3.2.2.1.). Dementsprechend äußert sich auch *Robbers*:

> „Das Klonen von Menschen verbietet sich schon wegen der lebensverbrauchenden Umstände, die mit der Entwicklung entsprechender medizinischer Verfahren verbunden sind.“[992]

Im **Ergebnis** ist das Verbot des Klonens von Menschen ist verfassungsgemäß.[993]

3.3.4. Verbot der Chimären- und Hybridbildung

Dieses Verbot befindet sich in § 7 Abs. 1 ESchG. Hierdurch wird die Vermischung von menschlichem und tierischem Erbgut (Chimäre), sowie die Vermischung des Erbgutes verschiedener Embryonen oder die Vermischung des Erbguts eines Embryos mit sonstigem menschlichen Erbgut (Hybrid) mit dem Ziel der Entstehung eines differenzierungsfähigen Lebewesens verboten. Diese Regelung kann wegen der Unvorhersehbarkeit der Ergebnisse von Chimären- und Hybridbildung, falls sie überhaupt einen Eingriff in Fortpflanzungsgrundrechte der Eltern darstellt, ebenso wie das Verbot des Klonens mit dem objektiv-rechtlichen Gehalt der Menschenwürde gerechtfertigt werden (vgl. Abschnitte 3.2.2.1. und 3.3.3.). Das Verbot der Chimären- und Hybridbildung ist verfassungsgemäß.

3.3.5. Verbot der wissentlichen Befruchtung einer Eizelle mit dem Samen eines Toten

Das Verbot befindet sich in § 4 Abs. 1 Nr. 3 ESchG. Es greift nicht in Fortpflanzungsgrundrechte ein, weil eine Person nach ihrem Tod nicht mehr Träger von Fortpflanzungsgrundrechten ist. Beim Schutz der Fortpflanzung durch das GG handelt es sich um den Schutz einer Tätigkeit und daher um ein Grundrecht, dessen persönlicher Schutzbereich mit dem Tod endet. Die vormalige Partnerin eines Toten ist eine Einzelperson, sie kann ihr Grundrecht alleine nicht ausüben.[994]

---

[992] ROBBERS in: UMBACH, Dieter C./CLEMENS, Thomas (Hg.): Grundgesetz - Mitarbeiterkommentar und Handbuch, Art. 1 RN 69

[993] So auch z.B. MERSSON, Günter: Fortpflanzungstechnologien und Strafrecht; Studienverlag Dr. N. Brockmeyer, Bochum 1984, S. 96-97 der zusätzlich zur Begründung anführt, dass die Massenproduktion von Menschen ein diktatorisches Element und damit nicht menschenwürdiges Element aufweise; und DEUTSCH, Erwin: An der Grenze von Recht und künstlicher Fortpflanzung, VersR 1985, S. 1002 der die Zulässigkeit reproduktionsmedizinischer Methoden auf Anwendungsfälle beschränkt, wo auch „natürliche“ Fortpflanzung möglich ist.

[994] Deutsch hält es 1985 zumindest für erwägenswert, ob der Ehefrau eines Verstorbenen unmittelbar nach dessen Tod die Möglichkeit einer Herausgabe des konservierten Spermas zum Zwecke der medizinisch assistierten Fortpflanzung eingeräumt werden sollte (DEUTSCH, Erwin: An der Grenze von Recht und künstlicher Fortpflanzung, VersR 1985, S. 1004)

Das Verbot ist daher bereits mangels eines Eingriffs in den Schutzbereich von Fortpflanzungsgrundrechten verfassungsgemäß.

Starck vertritt zusätzlich die Ansicht, dass die Befruchtung einer Eizelle mit dem Samen eines Toten gegen Art. 6 Abs. 2 GG verstoße, weil von Anfang an die Person fehle, die als Vater des Kindes die ihm zukommende Elternpflicht wahrnehmen könne. Das postmortale Persönlichkeitsrecht in Bezug auf die Bestimmung über Körperbestandteile sei insoweit eingeschränkt.[995] Mit dieser Begründung kann man einer Person verwehren, ihren Samen zum Zwecke der postmortalen Befruchtung zu hinterlegen, weil sie nach ihrem Tod nicht mehr im Schutzbereich von Fortpflanzungsgrundrechten ist. Einem fiktiven Menschen wird es aber voraussichtlich immer noch lieber sein, von einer inzwischen verstorbenen Person abzustammen, als gar nicht zu existieren.[996]

3.3.6. Verbot der Selektion nach dem Geschlecht bei Spermazellen

§ 3 ESchG verbietet es, gezielt ein Kind mit einem bestimmten Geschlecht zu erzeugen, indem man Spermazellen vor der Befruchtung einer Eizelle auf das in ihnen enthaltene Geschlechtschromosom untersucht. Von diesem Verbot sind in § 3 ESchG unter engen Voraussetzungen Ausnahmen zugelassen worden, da es schwere Erbkrankheiten gibt, die geschlechtsgebunden weitervererbt werden. In bestimmten Fällen leidet z.B. nur der männliche Nachwuchs an einer Erbkrankheit.[997]

Es liegt bereits kein Eingriff in Fortpflanzungsgrundrechte vor, denn diese umfassen kein Recht darauf, nur ein Kind mit bestimmten Eigenschaften zu bekommen (vgl. hierzu Teil 2, Abschnitt 2.3.4.1.6.). Das Verbot der Geschlechtswahl ist daher verfassungsgemäß. Die Ausnahmeregelung für schwere geschlechtsgebundene Erkrankungen in § 3 S. 2 ESchG ist nicht verfassungsrechtlich geboten. Eine solche Regelung steht vielmehr im Ermessen des Gesetzgebers.[998] Selbst wenn durch das grundsätzliche Verbot der Geschlechtswahl ein Eingriff in Fortpflanzungsgrundrechte der Eltern vorliegen würde, wäre dieser zulässig. Bei dem Verbot der Geschlechtswahl handelt es sich um eine Ausübungsregelung, die nicht die Inanspruchnahme von Methoden der medizinisch assistierten Fortpflanzung verhindert.

---

995 STARCK, Christian: Die künstliche Befruchtung beim Menschen - Zulässigkeit und zivilrechtliche Folgen, Gutachten A für den 56. Deutschen Juristentag, 1986, S. 21

996 In des USA ist 1999 ein Kind zur Welt gekommen, dessen genetischer Vater bereits 1995 verstorben war und dessen Spermien tiefgefroren gelagert worden waren. Das Kind wurde von der Witwe des Verstorbenen ausgetragen (Bericht der Ärztezeitung vom 29.02.2000, „Vom Kinderwunsch zum Wunschkind - alles nur eine Frage der Technik?“, S. 10).

997 HUBER, Johannes: Medizinethische Überlegungen zum FHG; in: Fortpflanzungsmedizin - Wertung und Gesetzgebung, Hrsg.: Univ.-Doz. Dr. Erwin Bernat, 1991, S. 6

998 Hier wird in den Entstehungsvorgang eines Kindes eingegriffen, dessen Entstehung durch den Eingriff nicht verhindert wird. Es wird nur die Entstehung eines Kindes mit bestimmten Eigenschaften verhindert.

Das Verbot der Geschlechtswahl dient dem Schutz des objektiven Gehaltes der Menschenwürde auch aus der Perspektive des entstehenden Kindes. Das Verbot der Geschlechtswahl verhindert nämlich lediglich, das ein Kind nach den Wunschvorstellungen seiner Eltern "produziert" wird, es verhindert aber nicht grundsätzlich die Entstehung eines Kindes.

Mit dem Schutz des objektiv-rechtlichen Gehaltes der Menschenwürde kann daher der Eingriff in Fortpflanzungsgrundrechte der Wunscheltern gerechtfertigt werden.

3.3.7. Verbot der Präimplantationsdiagnostik

Das ESchG steht der Durchführung einer PID an Embryonen vor der Implantation entgegen. Die folgenden drei Vorschriften des ESchG führen dazu, dass eine Präimplantationsdiagnostik nach derzeit gültigem Recht nicht legal durchgeführt werden kann:

- Das Verbot, einen Embryo zu einem anderen Zweck als zur Herstellung einer Schwangerschaft zu erzeugen (§ 1 ESchG);

- Das Verbot der missbräuchlichen Verwendung von Embryonen (§ 2 Abs. 1 ESchG);

- Das ggf. zum Zwecke der Präimplantationsdiagnostik erforderliche Entnehmen einer totipotenten Zelle[999] führt zur Klonung und damit zum Verstoß gegen das Verbot des § 6 ESchG.[1000]

Nicht verboten ist demgegenüber die Polkörperdiagnostik, deren Möglichkeiten zwar gegenüber der PID an Embryonen eingeschränkter sind, die aber an Eizellen vor der Befruchtung, bzw. vor Kernverschmelzung durchgeführt werden kann (sog. „präkonzeptionelle Diagnostik").[1001]

Ein Paar, das eine in vitro Befruchtung zum Zwecke der Präimplantationsdiagnostik in Anspruch nehmen will, beabsichtigt, sich mit seinen eigenen Genen fortzupflanzen (= homologe Fortpflanzung). Allerdings soll nach der Kernverschmelzung von Ei- und Samenzelle der Embryo vor der Herbeiführung einer Schwangerschaft durch Transfer in

---

[999] Die Zellen sind nicht mehr totipotent, wenn der Embryo bereits das 16-Zell-Stadium überschritten hat.

[1000] KOLLEK, Regine: Präimplantationsdiagnostik - Embryoselektion, weibliche Autonomie und Recht, 2000, S. 191-203

[1001] KOLLEK, Regine: Präimplantationsdiagnostik - Embryoselektion, weibliche Autonomie und Recht, 2000, S. 202-203; lt. einem Bericht des Rheinischen Merkur „Lübecker Genexperiment - Versteckter Meilenstein" vom 02.12.2004 ist in Lübeck am 11.11.2004 nach Polkörperdiagnostik ein gesunder Junge zur Welt gekommen, dessen Eltern die Anlage zu ein und derselben schweren Erbkrankheit hatten

die Gebärmutter der Frau auf bestimmte Merkmale, in der Regel genetisch bedingte Erkrankungen, überprüft werden (z.B. auf das Vorliegen einer genetischen Disposition für eine Erkrankung, die zu einer normalen Schwangerschaft führt, an deren Ende aber ein nicht lebensfähiges Kind geboren wird). Die Inanspruchnahme von Methoden der medizinisch assistierten Fortpflanzung zum Zwecke der Präimplantationsdiagnostik erfolgt daher aufgrund genetischer Motivationen.

Eine Untersuchung des Embryos vor dem Transfer in die Gebärmutter einer Frau ist problematisch, weil dieser bereits menschliches Leben darstellt, dessen gezielte Selektion und ggf. Vernichtung des Rechts des Embryos auf Leben und auf Achtung seiner Menschenwürde verfassungswidrig ist (vgl. Abschnitt 3.2.2.2.).[1002] Bei einem Verbot der Präimplantationsdiagnostik liegt allerdings kein Eingriff in Fortpflanzungsgrundrechte vor, da diese nicht den Anspruch auf ein Kind mit bestimmten Eigenschaften umfassen (vgl. hierzu Teil 2, Abschnitt 2.3.4.1.5.). Durch ein Verbot der Präimplantationsdiagnostik wird den Wunscheltern auch nicht verboten, sich fortzupflanzen. Es wird in den Fortpflanzungsvorgang lediglich in der Form eingegriffen, dass den Eltern die Möglichkeit verwehrt wird, bestimmte Eigenschaften des Kindes vor der Befruchtung zu überprüfen und ggf. eine Auswahl zu treffen. Ein Verbot der Präimplantationsdiagnostik soll die Überproduktion von Embryonen und die zielgerichtete Selektion von Embryonen mit bestimmten Eigenschaften verhindern. Dies erfolgt vor Entstehung von neuen Menschen zum Schutz des objektiv-rechtlichen Gehaltes der Menschenwürde und nach Entstehung von Embryonen zum Schutz von deren Grundrechten auf Leben und auf Achtung ihrer Menschenwürde. Daher ist das Verbot der Präimplantationsdiagnostik, bei dem sowieso kein Eingriff in Fortpflanzungsgrundrechte vorliegt, verfassungsgemäß.

Da allerdings auch der Abbruch einer Schwangerschaft aufgrund schwerer Schädigung des Kindes und damit einhergehender Belastung der Schwangeren möglich ist, erscheint ein völliges Verbot der Präimplantationsdiagnostik jedoch nicht sinnvoll. Insoweit besteht bei der Regelung von PID und PND ein erheblicher Wertungswiderspruch. Eine Untersuchung des Embryos nach der Implantation (z.B. Fruchtwasseruntersuchung) zu dem Zwecke der Entscheidung über eine mögliche Abtreibung des Kindes ist zulässig. Dies ist bereits deswegen bedenklich, weil diese mit einem zusätzlichen Risiko der Verletzung des Kindes durch die Injektionsnadel bei Fruchtwasseruntersuchung verbunden ist. Die Unzulässigkeit der Präimplantationsdiagnostik kann auch im Einzelfall zu einem mittelbaren Eingriff in die körperliche Unversehrtheit der Frau führen, wenn diese gezwungen ist, mit der Untersuchung des Embryo solange zu warten, bis eine Schwangerschaft eingetreten ist. Wird nach Eintritt der Schwangerschaft eine Fruchtwasseruntersuchung durchgeführt und eine schwere Schädigung des Kindes

[1002] ROBBERS in: UMBACH, Dieter C./CLEMENS, Thomas (Hg.): Grundgesetz - Mitarbeiterkommentar und Handbuch, Art. 1 RN 69; a.A.: DI FABIO in: MAUNZ, Theodor/DÜRIG, Günter (Hg.): Kommentar zum Grundgesetz; Art. 2 Abs. 2 RN 31, Stand: 43. Ergänzungslieferung, Februar 2004

festgestellt, so muss über einen Schwangerschaftsabbruch entschieden werden, der in der Regel eine extreme physische und psychische Belastung für die betroffene Frau darstellt.

Die Präimplantationsdiagnostik wird jedoch auch in Bezug auf die Position der Wunscheltern nicht nur als positiv eingestuft. *Kollek* kommt zu dem Ergebnis, dass der für die PID angeführte Vorteil, nämlich die Vermeidung einer Schwangerschaft auf Probe, im Einzelfall kein so großer Vorteil sei. Vor allem würden hierdurch nicht die Nachteile der PID, insbesondere im Fall einer nur deswegen erforderlichen IVF (mit dem damit einhergehenden Mehrlingsrisiko) zwingend aufgehoben.[1003] Sie stellt fest, dass die entscheidenden Nachteile der PID, das Herstellen von Embryonen auf Probe und die Option der Vernichtung dieser Embryonen, nach negativ ausgefallener „Qualitätsprüfung" seien. Diese Kritik wird von *Kollek* zusätzlich damit begründet, dass die PID der Wegbereiter einer verbrauchenden Embryonenforschung und einer Embryoselektion sein könne und eine (als Alternative zum Schwangerschaftsabbruch zu rechtfertigende) enge Beschränkung auf bestimmte Indikationen wohl nicht durchzuhalten wäre. Dementsprechend spricht sich *Kollek* für einen Verzicht auf die Einführung dieses Verfahrens aus. Als vorzugswürdige Alternative zur PID verweist sie neben Adoption, Polkörperdiagnostik, Pränataldiagnostik und Verzicht auf Kinder u.a. auf die heterologe Insemination.[1004]

[1003] KOLLEK, Regine: Präimplantationsdiagnostik - Embryoselektion, weibliche Autonomie und Recht, 2000, S. 212

[1004] KOLLEK, Regine: Präimplantationsdiagnostik - Embryoselektion, weibliche Autonomie und Recht, 2000, S. 214-215, 233

3.4. Einschränkung von Fortpflanzungsgrundrechten durch ärztliches Standesrecht (= ärztliches Berufsrecht)

Durch ärztliches Berufsrecht werden zusätzlich zum ESchG Regelungen zur Inanspruchnahme von Methoden der medizinisch assistierten Fortpflanzung getroffen. Die das ESchG ergänzenden Regelungen des ärztlichen Berufsrechts sind in den "Richtlinien der Bundesärztekammer zur Durchführung der assistierten Reproduktion"[1005] (nachfolgend: "Richtlinien") enthalten (vgl. Teil 1, Abschnitt 1.4.2.).

In dieser Arbeit wird die inhaltliche Prüfung des ärztlichen Standesrechtes auf die Regelungen der Richtlinien der Bundesärztekammer beschränkt, landesrechtliche Abweichungen sind nicht berücksichtigt. Dabei wird in erster Linie auf die Regelungen im ärztlichen Standesrecht eingegangen, die über im ESchG vorhandene Verbote hinausgehen.

3.4.1. Zulässigkeit eines Grundrechtseingriffs durch Satzungsrecht?

Vor einer Untersuchung einzelner Regelungen der Richtlinien ist zunächst festzustellen, ob durch ärztliches Satzungsrecht überhaupt Eingriffe in Grundrechte Dritter möglich sind und welche Voraussetzungen ggf. hierbei zu beachten sind.

3.4.1.1. Ärztliches Satzungsrecht als Rechtsquelle

Das ärztliche Satzungsrecht als Rechtsquelle hat sich im Laufe eines historischen Entwicklungsprozesses als eine sinnvolle Möglichkeit der Regelung von bestimmten Bereichen der ärztlichen Tätigkeit herausgebildet. Zu Sinn und Zweck von Satzungen hat das BVerfG wie folgt Stellung genommen:

> „Satzungen sind Rechtsvorschriften, die von einer dem Staat eingeordneten juristischen Person des öffentlichen Rechts im Rahmen der ihr gesetzlich verliehenen Autonomie mit Wirksamkeit für die ihr angehörigen und unterworfenen Personen erlassen werden [...]. Die Verleihung von Satzungsautonomie hat ihren guten Sinn darin, gesellschaftliche Kräfte zu aktivieren, den entsprechenden gesellschaftlichen Gruppen die Regelung solcher Angelegenheiten, die sie selbst betreffen und sie in überschaubaren Bereichen am sachkundigsten beurteilen können, eigenverantwortlich zu überlassen und dadurch den Abstand zwischen Normgeber und Normadressat zu verringern. Zugleich wird der Gesetzgeber davon entlastet, sachliche und örtliche Verschiedenheiten berücksichtigen zu müssen, die für ihn oft schwer erkennbar sind und auf deren Veränderungen er nicht rasch genug reagieren könnte. Das Bundesverfassungsgericht hat niemals in Zweifel gezogen, daß sich der Autonomiegedanke sinnvoll in das System der grundgesetzlichen Ordnung einfügt [...]."[1006]

Der historische Entwicklungsprozess des ärztlichen Satzungsrechts kann wie folgt zusammengefasst werden: Die Grundlagen für das moderne Berufsbild von Ärztinnen

---

[1005] Deutsches Ärzteblatt 1998; 95: A-3166-3171 (Heft 49)

[1006] BVerfG, Beschluss vom 09.05.1972, 1 BvR 518/62 und 308/64, BVerfGE 33, 125 (156-157)

und Ärzten sind seit der Mitte des 19. Jahrhunderts teils durch gesetzliche Regelungen[1007], teils durch die Tätigkeit der ärztlichen Standesorganisationen geschaffen worden. Die körperschaftliche Selbstverwaltung der Ärzte ist aus dem ärztlichen Vereinswesen hervorgegangen. Auf Betreiben der seit 1872 stattfindenden deutschen Ärztetage wurden seitens der deutschen Einzelstaaten Ärztekammergesetze- und Verordnungen zur staatlichen Anerkennung ärztlicher Standesvertretungen erlassen. Die Aufgaben dieser Standesvertretungen lagen im Bereich der Wahrnehmung ärztlicher Standesinteressen und der Mitwirkung bei der staatlichen Gesundheitspflege, sowie in der Zusammenfassung ärztlicher Standesauffassungen in einer Standesordnung. Der 45. Deutsche Ärztetag in Eisenach beschloss schließlich die „Standesordnung für die deutschen Ärzte“ vom 06.09.1926, die als Grundlage für die Vereinheitlichung der verschiedenen Standesordnungen diente.[1008] Mit der Reichsärzteordnung von 1935 wurden alle landesrechtlichen Bestimmungen über den ärztlichen Berufsstand aufgehoben und die Reichsärztekammer als Körperschaft des öffentlichen Rechts zur Vertretung der Ärzteschaft eingerichtet. § 14 Reichsärzteordnung enthielt die an die Reichsärztekammer gerichtete Ermächtigung zum Erlass einer Berufsordnung. Inhaltlich umfasste die Ermächtigung (1) Regelung der ärztlichen Berufspflichten, (2) Bestimmungen zur Wahrung der Berufsehre, (3) Vorschriften über eine unsachgemäße Ausdehnung der ärztlichen Tätigkeit. Aufgrund dieser Ermächtigung wurde die „Berufsordnung für die deutschen Ärzte“ vom 05.11.1937[1009] erlassen, die anders als die früheren Standesordnungen unmittelbar geltendes Recht darstellte.[1010] 1945 endete die Tätigkeit der Reichsärztekammer, ihre Aufgaben wurden von den Ärztekammern und ärztlichen Bezirksvereinigungen auf Landesebene übernommen. Ab 1950 wurde durch die Kammergesetze der Länder die Rechtsstellung der Landesärztekammern neu geordnet. Die heutigen Landesärztekammern sind Berufsverbände des öffentlichen Rechts. Hierunter werden öffentlich-rechtliche Körperschaften verstanden, in denen nur Angehörige eines bestimmten Berufes Mitglieder sein können und deren Zweck es darstellt, die beruflichen Interessen der Mitglieder im weitesten Sinn zu fördern und ihre ordnungsmäßige Berufsausübung im Allgemeininteresse zu gewährleisten.[1011] Die Kammergesetze der Länder enthalten die Ermächtigung an die jeweilige Landesärztekammer, ärztliche Berufspflichten in einer Berufsordnung verbindlich zu regeln.[1012]

Seit 1947 besteht auf Initiative der Landesärztekammern die als nichtrechtsfähiger Verein gegründete und seit 1955 unter ihrer heutigen Bezeichnung tätige Bundesärztekammer.

[1007] z.B. Reichsärzteordnung vom 13.12.1935 (RGBl. I 1433), Bundesärzteordnung vom 02.10.1961 (BGBl. I 1857)

[1008] BVerfG, Beschluss vom 09.05.1972, 1 BvR 518/62 und 308/64, BVerfGE 33, 125 (127-130)

[1009] DÄBl. 1937, S. 1031

[1010] BVerfG, Beschluss vom 09.05.1972, 1 BvR 518/62 und 308/64, BVerfGE 33, 125 (127-130)

[1011] BVerfG, Beschluss vom 09.05.1972, 1 BvR 518/62 und 308/64, BVerfGE 33, 125 (157)

[1012] BVerfG, Beschluss vom 09.05.1972, 1 BvR 518/62 und 308/64, BVerfGE 33, 125 (155)

Zur Vereinheitlichung der Berufsordnungen der Länder wird von der Bundesärztekammer seit 1956 eine „Musterberufsordnung für die deutschen Ärzte“ zur Verfügung gestellt. Diese wird auf den Deutschen Ärztetagen beschlossen und unterliegt einer laufenden Ergänzung, um neue Entwicklungen berücksichtigen zu können.[1013] Diese Musterberufsordnung wird von den Landesärztekammern beim Erlass der für das jeweilige Bundesland verbindlichen Berufsordnung als Vorlage verwendet und in der Regel ohne wesentliche Änderungen übernommen. Die von den Landesärztekammern in Anlehnung an die Musterberufsordnung erlassenen Berufsordnungen sind im Rechtssinne Satzungen autonomer Berufsverbände. Sie sind als solche unmittelbar geltendes Recht.[1014]

Neben der Musterberufsordnung erarbeitet die Bundesärztekammer auch Richtlinien für die ärztlicher Handhabung besonderer Behandlungsmethoden, wie z.B. die „Richtlinien zur Durchführung der assistierten Reproduktion“. Diese Richtlinien werden durch eine von der Bundesärztekammer eingesetzte Kommission erarbeitet und ggf. überarbeitet. Die Kommission besteht aus Reproduktionsmedizinern, Humangenetikern, Andrologen, Moraltheologen, und Juristen.[1015] Die Anwendung der Bestimmungen der Richtlinien der Bundesärztekammer assistierten Reproduktion wird über die Vorschrift des § 13 MBO-Ä erreicht. Nach dieser Vorschrift müssen bei speziellen medizinischen Maßnahmen, die ethische Probleme aufwerfen, die von der jeweiligen Landesärztekammer hierzu ausgesprochenen Empfehlungen beachtet werden. Daher bedürfen die von der Bundesärztekammer beschlossenen Richtlinien zu ihrer rechtlichen Wirksamkeit der Übernahme in die Berufsordnung einer Landesärztekammer oder ihrer Bestimmung als Stand der ärztlichen Kunst durch Beschluss der Kammerversammlung der Landesärztekammer.[1016] Die Richtlinien der Bundesärztekammer zur Durchführung der assistierten Reproduktion gelten i.d.R. in den Ländern in Form von Empfehlungen der Landesärztekammern. Allerdings ist in diesem Zusammenhang zu bemerken, dass ein Großteil der Ärzteschaft die Richtlinien der Bundesärztekammer offensichtlich als unmittelbar anwendbar betrachtet. Die Richtlinien werden teilweise in ärztlichen Stellungnahmen zur medizinisch assistierten Fortpflanzung als „verbindliche“ Rechtsquelle angegeben.[1017]

[1013] BVerfG, Beschluss vom 09.05.1972, 1 BvR 518/62 und 308/64, BVerfGE 33, 125 (127-130)

[1014] BVerfG, Beschluss vom 09.05.1972, 1 BvR 518/62 und 308/64, BVerfGE 33, 125 (155)

[1015] DIEDRICH, K. in: KREBS, Dieter/VAN DER VEN, Hans (Hg.): Aktuelle Reproduktionsmedizin - Gegenwart und Zukunft der IVF und ICSI, 1999, S. 103

[1016] VESTING, Jan W.: Ärztliches Standesrecht: Instrumentarium zur Regelung der Gentherapie? NJW 1997, 1605 ff.

[1017] Z.B. in ITTNER, Edith/HIMMEL, Wolfgang/KOCHEN, Michael: „Ungewollte Kinderlosigkeit als primärärztliches Beratungsproblem – Handlungsempfehlungen für Hausärzte, Internetpublikation: „http://www.allgemeinmedizin.med.uni-goettingen.de/“ unter dem Schlagwort „Kinderwunsch“, Zugriff: Mai/2001, Punkt 9. „Reproduktionsmedizinische Techniken“, Unterpunkt: Gesetzliche Grundlage

Auch die Formulierung des Vorwortes der Richtlinien der Bundesärztekammer legt diesen Schluss nahe. Dort finden sich die folgenden Ausführungen:

> „Seit der Veröffentlichung der ersten Richtlinie 1985 [...] wurden im Bereich der assistierten Reproduktion zahlreiche Verfahren modifiziert und neue, verfeinerte Methoden entwickelt, auch sind medizintechnische Fragen heute kaum noch als unlösbar zu bezeichnen. Parallel dazu müssen aber auch die sich hieraus ergebenden ethischen Fragen, ärztlichen Aufgaben und rechtlichen Konsequenzen sorgfältig begleitet werden. Mit diesen und anderen Richtlinien hat die Ärzteschaft die Grenzen des derzeit Machbaren definiert und hat sich verpflichtende Regeln gegeben, die strikt einzuhalten sind."

Die nachfolgende Prüfung basiert auf dem Inhalt der von der Bundesärztekammer erlassenen Richtlinien. Diese werden so geprüft, als seien sie inhaltsgleich als Satzung von den Landesärztekammern übernommen worden.

3.4.1.2. Satzungsrecht als Grundlage von Eingriffen in Fortpflanzungsgrundrechte

Als nächster Punkt ist zu klären, ob und in welchem Umfang durch Satzungsrecht der Landesärztekammern in Fortpflanzungsgrundrechte eingegriffen werden darf. Bei der Prüfung der Zulässigkeit von materiellen Regelungen im Wege der Satzung als Rechtsquelle ist zwischen verschiedenen Adressaten der Regelung zu unterscheiden. Regelt die Personalkörperschaft ihre inneren Angelegenheiten durch Satzung, d.h. ist sie selbst Adressat ihrer Regelung, so besteht unstreitig eine entsprechende Satzungskompetenz aufgrund der Autonomieverleihung gegenüber der öffentlich-rechtlichen Körperschaft. Problematischer sind Grundrechtseingriffe gegenüber den Mitgliedern der zur Personalkörperschaft gehörigen Berufsgruppe und Grundrechtseingriffe gegenüber Dritten.

Satzungen autonomer Körperschaften sind deshalb in Bezug auf Grundrechtseingriffe problematisch, weil sie die Gefahr eines Verstoßes gegen das Rechtsstaatsprinzip oder das Demokratieprinzip bergen. Zum Inhalt des **Rechtstaatsprinzip** gehört es, dass Einschränkungen der Freiheit des Bürgers, soweit sie überhaupt zulässig sind, nur durch oder aufgrund staatlicher Gesetze erfolgen dürfen.[1018] Das **Demokratieprinzip** erfordert es, dass die Ordnung eines Lebensbereiches durch Sätze objektiven Rechts auf eine Willensentschließung der vom Volke bestellten Gesetzgebungsorgane zurückgeführt werden muss.[1019] Der **Grundsatz des Vorbehaltes des Gesetzes** erfordert es dementsprechend, dass der Gesetzgeber losgelöst vom Merkmal des Eingriffs verpflichtet ist, in grundlegenden normativen Bereichen, zumal im Bereich der Grundrechtsausübung, soweit dieser staatlicher Regelung zugänglich ist, alle wesentlichen Entscheidungen selbst zu treffen.[1020] Der Gesetzgeber darf deshalb seine

---

[1018] BVerfG, Beschluss vom 14.06.1983, 2 BvR 488/80, BVerfGE 64, 208 ff. (214)
[1019] BVerfG, Beschluss vom 14.06.1983, 2 BvR 488/80, BVerfGE 64, 208 ff. (214-215)
[1020] BVerfG, Beschluss vom 08.08.1978, 2 BvL 8/77, BVerfGE 49, 89 ff. (126) m.w.N.

Normsetzungsbefugnis grundsätzlich nicht in beliebigem Umfang außerstaatlichen Stellen überlassen. Das Individuum würde hierdurch in verfassungswidriger Weise einer normsetzenden Gewalt nichtstaatlicher Einrichtungen ausgeliefert, die ihm gegenüber weder staatlich-demokratisch, noch mitgliedschaftlich legitimiert sind. Eine solche Übertragung von Rechtsetzungskompetenz würde sowohl mit dem Rechtsstaats- als auch mit dem Demokratieprinzip kollidieren und wäre verfassungswidrig.[1021]

Zunächst ist die Frage der **Zulässigkeit von Eingriffen in Grundrechte von Mitgliedern einer Personalkörperschaft** zu untersuchen. Die Frage der Zulässigkeit solcher Eingriffe ist in Bezug auf das Grundrecht der Berufsfreiheit grundlegend in einer Entscheidung des BVerfG vom 09.05.1972[1022] behandelt worden. Eingriffe in die von Art. 12 Abs. 1 GG geschützte Berufsfreiheit der Mitglieder der Personalkörperschaft können grundsätzlich auch durch Satzung erfolgen. Insbesondere müssen solche Regelungen nicht ausschließlich durch den staatlichen Gesetzgeber oder durch die vom Gesetzgeber ermächtigte staatliche Exekutive getroffen werden. Das BVerfG hat entschieden, dass Eingriffe in die Berufsfreiheit *„innerhalb bestimmter Grenzen“* auch in Gestalt von Satzungen zulässig sind, die von einer autonomen Körperschaft erlassen werden.[1023] Die Befugnis von Berufsverbänden zum Erlass von Satzungsrecht, das in die von Art. 12 GG geschützte Berufsfreiheit der Berufsangehörigen eingreift, folgt allerdings nicht schon aus dem Akt der Autonomieverleihung als solchem. Dieser berechtigt nur zur Regelung eigener Verbandsangelegenheiten, aber nicht zugleich zum Eingriff in die Grundrechte von Mitgliedern.[1024] Allerdings kann mit dem Akt der Autonomieverleihung auch die Befugnis zum Eingriff in Grundrechte erteilt werden.[1025]

Als **Zwischenergebnis** kann festgehalten werden, dass Eingriffe in die Berufsfreiheit der Mitglieder der Personalkörperschaft durch Satzung grundsätzlich möglich sind. Allerdings sind hierfür besondere Voraussetzungen erforderlich, deren Inhalt und Umfang nachfolgend zu untersuchen ist. Die Feststellung dieser Voraussetzungen ist erforderlich, da die Bedingungen für zulässige Eingriffe gegenüber Mitgliedern der Personalkörperschaft auch für die Beurteilung der Zulässigkeit von Eingriffen gegenüber Dritten (z.B. Patientinnen und Patienten) von Bedeutung sind.

Zu diesem Zweck kann nicht auf die Regeln für den Erlass von Rechtsverordnungen zurückgegriffen werden. Die in Art. 80 Abs. 1 GG enthaltene Regelung zum Erlass von Rechtsverordnungen ist auf berufsständische Satzungen nicht, auch nicht entsprechend,

---

[1021] BVerfG, Beschluss vom 14.06.1983, 2 BvR 488/80, BVerfGE 64, 208 ff. (214); BVerfG, Beschluss vom 24.05.1977, 2 BvL 11/74, BVerfGE 44, 322 ff. (348)

[1022] BVerfG, Beschluss vom 09.05.1972, 1 BvR 518/62 und 308/64, BVerfGE 33, 125 ff.

[1023] BVerfG, Beschluss vom 09.05.1972, 1 BvR 518/62 und 308/64, BVerfGE 33, 125 (155)

[1024] BVerfG, Beschluss vom 28.11.1973, 1 BvR 13/67, BVerfGE 36, 212 ff. (216)

[1025] BVerfG, Beschluss vom 09.05.1972, 1 BvR 518/62 und 308/64, BVerfGE 33, 125 (158)

anwendbar.[1026] Vielmehr ist zur Bestimmung der Voraussetzungen eines Grundrechtseingriffes durch Satzungsrecht auf die vom BVerfG in Anwendung des Rechtsstaats- und Demokratieprinzips entwickelten Grundsätze zurückzugreifen. Hiernach hängt die Frage, in welchem Umfang ein Berufsverband zu berufsregelnder Rechtsetzung ermächtigt werden darf und welche Anforderungen im Einzelfall an die Ermächtigung zu stellen sind, von der Intensität des Eingriffs ab.[1027] Zur Beurteilung der Intensität von Eingriffen in die von Art. 12 Abs. 1 GG geschützte Berufsfreiheit durch Satzungsrecht hat das BVerfG in ständiger Rechtsprechung die Stufentheorie für entsprechend anwendbar erklärt.[1028] Bei Anwendung der Stufentheorie hat das BVerfG ausdrücklich die Regelung von Angelegenheiten gegenüber Personen, die nicht Mitglieder der Personalkörperschaft sind (z.B. Berufsanwärter) als der Satzungsgewalt entzogen eingestuft. Solche Fragen würden den Kreis der Regelung eigener Angelegenheiten der Personalkörperschaft überschreiten und müssten deshalb vom Gesetzgeber selbst getroffen werden. Es wird allenfalls als möglich angesehen, dass Einzelfragen fachlich-technischen Charakters in einem vom Gesetzgeber zu ziehenden Rahmen auch durch Satzungsrecht eines Berufsverbandes geregelt werden können. Demgegenüber können der Körperschaft zur Regelung der Berufsausübung ihrer Mitglieder in größerem Umfang Kompetenzen übertragen werden.[1029] Allerdings ist auch bei Regelungen gegenüber den Mitgliedern der Personalkörperschaft zwischen rein berufsregelnden und statusbegründenden Normen zu unterscheiden. Für statusbegründende Normen gilt, dass diese in den Grundzügen durch ein förmliches Gesetz geregelt werden müssen. Die dann noch erforderlichen ergänzenden Regelungen können dem Satzungsrecht überlassen werden.[1030] All diese Grundsätze hat das BVerfG in seiner Entscheidung vom 19.11.1985 wie folgt zusammen gefasst:

> „Der Gesetzgeber muss das zulässige Maß des Eingriffs in seiner Ermächtigung um so deutlicher selbst bestimmen, je empfindlicher der Berufsangehörige in seiner freien beruflichen Betätigung beeinträchtigt wird und je stärker das Interesse der Allgemeinheit an der Art und Weise der Tätigkeit berührt wird.“[1031]

Zu den Grenzen der Satzungskompetenz von Berufsverbänden des öffentlichen Rechts trifft das BVerfG weiterhin die folgenden Feststellungen:

[1026] BVerfG, Beschluss vom 09.05.1972, 1 BvR 518/62 und 308/64, BVerfGE 33, 125 (157); BVerfG, Beschluss vom 10.05.1972, 1 BvR 286, 293, 295/65, BVerfGE 33, 171 ff. (183)

[1027] BVerfG, Beschluss vom 09.05.1972, 1 BvR 518/62 und 308/64, BVerfGE 33, 125 ff. (160)

[1028] BVerfG, Beschluss vom 28.11.1973, 1 BvR 13/67, BVerfGE 36, 212 ff. (216); BVerfG, Beschluss vom 09.05.1972, 1 BvR 518/62 und 308/64, BVerfGE 33, 125 ff. (160); BVerfG, Beschluss vom 19.02.1975, 1 BvR 38, 566/68, BVerfGE 38, 373 ff. (381); BVerfG, Beschluss vom 19.11.1985, 1 BvR 934/82, BVerfGE 71, 162 ff. (172); BVerfG, Beschluss vom 14.07.1987, 1 BvR 537/81, 195/87, BVerfGE 76, 171 ff. (184-185)

[1029] BVerfG, Beschluss vom 09.05.1972, 1 BvR 518/62 und 308/64, BVerfGE 33, 125 ff. (160)

[1030] BVerfG, Beschluss vom 09.05.1972, 1 BvR 518/62 und 308/64, BVerfGE 33, 125 ff. (163)

[1031] BVerfG, Beschluss vom 19.11.1985, 1 BvR 934/82, BVerfGE 71, 162 ff. (172); bestätigt durch BVerfG, Beschluss vom 14.07.1987, 1 BvR 537/81, 195/87, BVerfGE 76, 171 ff. (184-185)

> „[...] auch im Rahmen einer an sich zulässigen Autonomiegewährung [bleibt] der Grundsatz bestehen, daß der Gesetzgeber sich seiner Rechtsetzungsbefugnis nicht völlig entäußern und seinen Einfluß auf den Inhalt der von den körperschaftlichen Organen zu erlassenden Norm nicht gänzlich preisgeben darf. Das folgt sowohl aus dem Prinzip des Rechtsstaats wie aus dem der Demokratie. Fordert das eine, die öffentliche Gewalt in allen ihren Äußerungen auch durch klare Kompetenzordnung und Funktionentrennung rechtlich zu binden, so daß Machtmißbrauch verhütet und die Freiheit des Einzelnen gewahrt wird, so gebietet das andere, daß jede Ordnung eines Lebensbereichs durch Sätze objektiven Rechts auf eine Willensentschließung der vom Volke bestellten Gesetzgebungsorgane muss zurückgeführt werden können. Der Gesetzgeber darf seine vornehmste Aufgabe nicht anderen Teilen innerhalb oder außerhalb der Staatsorganisation zu freier Verfügung überlassen.“[1032]

Es ist daher in erster Linie dem Gesetzgeber die Entscheidung darüber zugwiesen, welche Gemeinschaftsinteressen so gewichtig sind, dass diesen gegenüber das Freiheitsrecht des Einzelnen zurücktreten muss. Es folgt aus dem Prinzip der Demokratie und der Gewaltenteilung, dass sich das vom Volk gewählte Parlament dieser Verpflichtung nicht beliebig entziehen darf. Das Parlament muss vielmehr bemüht sein, von der Verfassung offen gelassene Fragen des gemeinschaftlichen Zusammenlebens im öffentlichen Willensbildungsprozess und unter Abwägung der verschiedenen und unter Umständen widerstreitenden Interessen zu entscheiden.[1033] Bei der Übertragung von Satzungsgewalt an Personalkörperschaften muss der Gesetzgeber insbesondere die Gefahren berücksichtigen, die sich hieraus für die Betroffenen und die Allgemeinheit ergeben können. Denn der Gesetzesvorbehalt für Grundrechtseingriffe dient auch dem Ziel einer Kontrolle solcher Eingriffe durch Satzungsrecht.[1034] Mit diesen, auf den Staatszielen der Demokratie und der Gewaltenteilung beruhenden Prinzipien ist der ebenfalls der Demokratie dienende Zweck der Satzungsautonomie von Personalkörperschaften des öffentlichen Rechts abzuwägen. Den Zweck der Übertragung von Rechtsetzungskompetenz durch Verleihung von Satzungsautonomie beschreibt das BVerfG wie folgt:

> „[...], die in den gesellschaftlichen Gruppen lebendigen Kräfte in eigener Verantwortung zur Ordnung der sie besonders berührenden Angelegenheiten heranzuziehen und ihren Sachverstand für die Findung „richtigen“ Rechts zu nutzen, [...].“[1035]

An diesem Zweck ist der sachliche Gegenstand der Autonomiegewährung durch den Gesetzgeber zu messen. Es muss der Personalkörperschaft möglich sein, in ihrem speziellen, auf Sachnähe und speziellem Sachverstand beruhenden Aufgabenbereich, Rechtsnormen im Wege der Satzung aufzustellen. Ein solcher Sachbezug des Satzungsrechts liegt insbesondere bei der Regelung der Ausübung ärztlicher Tätigkeit entsprechend wissenschaftlich-medizinischer Standards vor.

[1032] BVerfG, Beschluss vom 09.05.1972, 1 BvR 518/62 und 308/64, BVerfGE 33, 125 (158)
[1033] BVerfG, Beschluss vom 09.05.1972, 1 BvR 518/62 und 308/64, BVerfGE 33, 125 (159)
[1034] BVerfG, Beschluss vom 09.05.1972, 1 BvR 518/62 und 308/64, BVerfGE 33, 125 ff. (159-160)
[1035] BVerfG, Beschluss vom 09.05.1972, 1 BvR 518/62 und 308/64, BVerfGE 33, 125 ff. (159)

Damit sind die Voraussetzungen eines Eingriffs in die Berufsfreiheit von Mitgliedern der Personalkörperschaft umfassend beschrieben. Soweit das ärztliche Standesrecht medizinisch-technische Durchführungsbestimmungen zur assistierten Reproduktion für die behandelnden Ärztinnen und Ärzte aufstellt, handelt es sich vorrangig um einen Eingriff in deren Berufsfreiheit in Form einer Berufsausübungsregelung. Solche Eingriffe durch Satzungsrecht sind nach den beschriebenen Grundsätzen, da es sich um fachlich-technische Berufsausübungsregelungen gegenüber Angehörigen der Berufsgruppe Ärztinnen und Ärzte handelt, bei Vorliegen einer entsprechenden gesetzlichen Ermächtigung als grundsätzlich zulässig anzusehen.

Als nächstes ist nunmehr die Frage zu klären, welche Voraussetzungen bei **Eingriffen in Grundrechte Dritter durch Satzungsrecht** zu beachten sind. Ein Eingriff in Grundrechte fortpflanzungswilliger Personen liegt deshalb vor, weil sich die in den Richtlinien für Ärztinnen und Ärzte verbindlich vorgeschriebenen Vorgehensweisen unmittelbar auf den Zugang von Patientinnen und Patienten zur Behandlung und auf die Behandlungsmodalitäten auswirken. Fortpflanzungswillige, aber fortpflanzungsunfähige Personen können den Anwendungsbereich der Richtlinien im Inland nicht umgehen, da sie sich ohne ärztliche Hilfe nicht fortpflanzen können. Zudem enthält das ESchG in § 9 ausdrücklich einen Arztvorbehalt. Ein Verstoß gegen die Bestimmungen der Nr. 3.2. bis 4.4. der Richtlinien kann berufsrechtliche Sanktionen für den behandelnden Arzt nach sich ziehen (Nr. 4.5. der Richtlinien). Es ist daher davon auszugehen, dass sich die Ärztin oder der Arzt bei der Behandlung von fortpflanzungswilligen Personen strikt an die Richtlinien halten wird. Soweit Voraussetzungen für die Inanspruchnahme ärztlicher Hilfe und weitere Behandlungsmodalitäten aufgestellt werden, handelt es sich dementsprechend um einen mittelbaren Grundrechtseingriff gegenüber den Wunscheltern.

Die bereits dargestellten, vom BVerfG entwickelten Grundsätze für Eingriffe in die Berufsfreiheit durch Satzung betrafen regelmäßig Eingriffe in die Rechte von Mitgliedern der satzungsgebenden Personalkörperschaften. Wenn schon bei der Regelung von Grundrechten der Mitglieder einer Personalkörperschaft strenge Maßstäbe anzulegen sind, so müssen noch engere Voraussetzungen gelten, wenn durch Satzungsrecht in die Rechtsposition Dritter, d.h. von Personen, die nicht Mitglieder der Personalkörperschaft sind, eingegriffen werden soll. Dies hat auch das BVerfG entsprechend gesehen und in seiner Entscheidung vom 14.12.1999[1036] festgestellt, dass die vom Gesetzgeber für die Satzungsbefugnis vorgegebenen Einschränkungen besonders deutlich vorgegeben sein müssen, wenn der eigentliche Verantwortungsbereich des Satzungsgebers überschritten wird. Dies liegt dann vor, wenn der Bereich der Regelung von inneren Angelegenheiten des Berufsstandes überschritten wird und die Interessen Dritter oder der Allgemeinheit an der Art und Weise der Tätigkeit berührt werden. Denn verbandsinterne Regelungen, die in fremde Befugnisse eingreifen, können außenstehenden Dritten zum Nachteil gereichen oder Allgemeinwohlbelange

[1036] BVerfG, Urteil vom 14.12.1999, 1 BvR 1327/98, BVerfGE 101, 312 ff.

beeinträchtigen. Insoweit birgt eine Rechtsetzung durch Berufsverbände besondere Gefahren in sich, da diese sich bei der Schaffung von Satzungsrecht in der Regel von Verbandsinteressen leiten lassen. Typischerweise besteht deshalb bei berufsständischen Satzungen ein Konflikt zwischen Allgemeininteresse und Gruppeninteresse.[1037] Aus diesem Grund reichen Ermächtigungsnormen, die einer mit Autonomie ausgestatteten Körperschaft Regelungsspielräume zur Bestimmung von Berufspflichten eröffnen, die sich über den Berufsstand hinaus auswirken, nur so weit, wie der Gesetzgeber erkennbar selbst zu einer solchen Gestaltung des Rechts den Weg bereitet.[1038] Wendet man diese Grundsätze auf die Richtlinien zur Durchführung der assistierten Reproduktion an, so ist zu untersuchen, ob (1) die dort getroffenen Regelungen im Rahmen einer Satzung überhaupt möglich sind. Falls dies der Fall ist, ob (2) eine besondere Ermächtigung seitens des Gesetzgebers notwendig ist und ob (3) eine solche Ermächtigung vorliegt.

Die materiellen Regelungen der Richtlinien der Bundesärztekammer zur Durchführung der assistierten Reproduktion waren bislang noch nie Gegenstand einer gerichtlichen Überprüfung. Insoweit liegen daher keine Aussagen der **Rechtsprechung** zu der Frage vor, ob diese in zulässiger Weise in Fortpflanzungsgrundrechte von behandlungssuchenden Personen eingreifen.

Demgegenüber sind in der **Literatur** vereinzelt Stellungnahmen zu dieser Frage abgegeben worden. Hierbei ist überwiegend Kritik, insbesondere in Bezug auf die Regelung von nichtmedizinischen Behandlungsvoraussetzungen durch ärztliches Standesrecht geäußert worden. So heißt es bereits 1986 (d.h. vor Erlass des ESchG) bei *Koch* in Bezug auf die Möglichkeit der Regelung der heterologen Insemination durch ärztliches Standesrecht:

> „Die einschlägigen Verfahrensfragen - z.B. Anwerbung, Auswahl und Registrierung des Spenders, Betreibung von Samenbanken, Eignungsprüfung der Patienten, (Un-)Entgeltlichkeit der Samenspende, Dokumentation der Behandlung, Limitierung der Zahl der genetischen Vaterschaften eines Spenders - dürften teilweise über die Regelungskompetenz des ärztlichen Standesrechts hinausgehen.“[1039]

Eberbach äußert sich in Bezug auf die von ihm geforderte rechtliche Beschränkung der Ersatzmutterschaft dazu, ob die damals (1986) allein bestehende Regelung dieser Frage durch ärztliches Standesrecht als ausreichend angesehen werden kann. Er fordert, daß neben dem Standesrecht der Gesetzgeber tätig werden muss, da es „*Aufgabe des Staates*“ sei, die grundlegenden Wertungen darzulegen und „*zu sagen, was richtig ist und*

[1037] BVerfG, Entscheidung vom 01.03.1997, 2 BvR 1599/89, 2 BvR 1714/92, 2 BvR 1508/95, NVwZ 1997, 573-576

[1038] BVerfG, Urteil vom 14.12.1999, 1 BvR 1327/98, BVerfGE 101, 312 ff. (323)

[1039] KOCH, Hans-Georg: „Medizinisch unterstützte Fortpflanzung“ beim Menschen - Handlungsleitung durch Strafrecht?, MedR 1986, S. 259-265 (261)

was falsch". Nur einer gesetzgeberischen Klarstellung komme die *„notwendige Signalwirkung"* zu.[1040] *Deutsch* vertritt 1985 die Ansicht, dass eine verbindliche Regelung durch ärztliches Berufsrecht gegenüber Außenstehenden nicht ohne ausdrückliche gesetzliche Ermächtigung möglich sei, da ansonsten der Personalkörperschaft die erforderliche Rechtsetzungskompetenz fehle.[1041] Demgegenüber steht die Ansicht von *Günther,* der es zumindest für fraglich hält, ob der Gesetzgeber überhaupt über die Detailfragen der Fortpflanzungsmedizin entscheiden sollte, oder ob nicht das ärztliche Standesrecht das hierfür besser geeignete Instrument sei.[1042]

Diese Aussagen der Literatur sind nur vordergründig widersprüchlich. Für die Beurteilung der Frage, in welchem Umfang eine Regelung der assistierten Reproduktion im Wege der Satzung verfassungsgemäß ist, muss zwischen der Regelung von fachlich-technischen Behandlungsmodalitäten und der Regelung von Behandlungsvoraussetzungen unterschieden werden.

Die Vorgabe von **medizinisch-technischen Behandlungsmodalitäten** ist ein Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit der ausführenden Ärztinnen und Ärzte und begegnet als solcher keinen grundsätzlichen verfassungsrechtlichen Bedenken. Insoweit ist *Günter* zuzustimmen: Für die Regelung der fachlich-technischen Modalitäten der Reproduktionsmedizin ist das ärztliche Standesrecht ein verfassungsgemäßes und, aufgrund der größeren Sachnähe des Normgebers, geeignetes Instrument. Allerdings kommt es durch die Vorgabe medizinischer Behandlungsmethoden gegenüber Ärztinnen und Ärzten (z.B. Indikationen und Kontraindikationen) auch zu einem unvermeidbaren mittelbaren Eingriff in die Grundrechte von behandlungssuchenden Personen. Es ist zu untersuchen, ob ein solcher Eingriff als zulässig angesehen werden kann. Nach den vom BVerfG aufgestellten Grundsätzen bedarf die Regelung von Sachverhalten mit Außenwirkung und Gemeinwohlbezug einer erkennbaren Einräumung von Satzungskompetenz durch den Gesetzgeber. Eine ausdrückliche Ermächtigung zur Regelung von fachlich-technischen Behandlungsmodalitäten der assistierten Reproduktion durch ärztliches Standesrecht existiert nicht im ESchG. Fraglich ist, ob in dem Unterlassen einer ausdrücklichen Regelung bestimmter Punkte durch das ESchG eine Überlassung von Regelungskompetenz an das ärztliche Standesrecht gesehen werden kann. Dies ist in Bezug auf den Bundesgesetzgeber, der das ESchG erlassen hat, abzulehnen. Dass eine Regelung fortpflanzungsrechtlicher Fragen zum Zeitpunkt des Erlasses des ESchG seitens des Bundesgesetzgebers nur durch Strafrecht erfolgte, lag u.a. darin begründet, dass der Bund zu diesem Zeitpunkt allein die Gesetzgebungskompetenz für Strafrecht im Bereich der künstlichen Befruchtung inne

---

[1040] EBERBACH, Wolfram H.: Rechtliche Probleme der „Leihmutterschaft", MedR 1986, S. 253-259 (259)

[1041] DEUTSCH, Erwin: An der Grenze von Recht und künstlicher Fortpflanzung, VersR 1985, S. 1004

[1042] GÜNTHER in: KELLER, Rolf/GÜNTHER, Hans-Ludwig/KAISER, Peter: Embryonenschutzgesetz, 1992, Einführung S. 90, RN 4

hatte. Für die Regelung von sonstigen Bereichen der künstlichen Befruchtung, insbesondere von Verfahrensfragen der ärztlichen Behandlung (z.B. Voraussetzungen der künstlichen Befruchtung, Inhalt und Umfang der ärztlichen Beratung, Dokumentation und Aufbewahrung ärztlicher Behandlungsunterlagen, Behandlung von Keimzellen und überzähligen Embryonen) fehlte die Rechtsetzungskompetenz.[1043] Eine Kompetenz, die dem Bundesgesetzgeber nicht zustand, konnte dieser auch nicht stillschweigend Dritten überlassen. Die im Jahr 1994 in das Grundgesetz eingefügte konkurrierende Gesetzgebungskompetenz für *„die künstliche Befruchtung beim Menschen“* (Art. 74 Abs. 1, Nr. 26, 1. Alt. GG) hat der Bundesgesetzgeber bislang nicht genutzt: Das Bundesgesundheitsministerium hat zwar um die Jahrtausendwende den Entwurf eines Fortpflanzungsmedizingesetzes erarbeitet, diese Arbeiten wurden jedoch im Anschluss an den damaligen Wechsel der Bundesgesundheitsministerin wieder eingestellt. Damit liegt die Gesetzgebungskompetenz für die Regelung der künstlichen Befruchtung nach wie vor bei den Ländern.

Auch die Länder haben sich bislang ergänzender gesetzlicher Regelungen zur Anwendung von Methoden der medizinisch assistierten Fortpflanzung enthalten. Gleichzeitig ist den Ländern bekannt, dass dieser Bereich durch ärztliches Standesrecht seit 1985 geregelt wird, vereinzelt haben die Länder sogar den Landesärztekammern eine ausdrückliche gesetzliche Ermächtigung zur Regelung des ärztlichen Verhaltens bei der medizinisch assistierten Fortpflanzung durch Satzung (Berufsordnung) erteilt. Überwiegend enthalten die Kammergesetze der Länder jedoch lediglich eine grundsätzliche Ermächtigung gegenüber den Landesärztekammern, Berufsordnungen im Wege der Satzung zu erlassen und hierbei auch das ärztliche Verhalten in besonderen medizinischen Situationen vorzuschreiben. Eine **ausdrückliche Ermächtigung** an die Landesärztekammern zur Regelung der medizinisch assistierten Fortpflanzung in der Berufsordnung enthalten die folgenden Kammergesetze:

- Heilberufekammergesetz des Saarlandes, § 17 Abs. 2 Nr. 16:

> „Die Berufsordnung kann darüber hinaus, soweit es für den einzelnen Heilberuf in Betracht kommt, insbesondere Regelungen zu folgenden Berufspflichten treffen: [...] 16. das ärztliche Verhalten bei der Behandlung menschlicher Sterilität, bei Maßnahmen künstlicher Befruchtung und bei medizinischen Maßnahmen zur Herbeiführung menschlicher Sterilität, [...].“

- Sächsisches Heilberufekammergesetz, § 17 Abs. 1 Nr. 17:

> „Die Berufsordnung kann weitere Regelungen über Berufspflichten enthalten, vor allem hinsichtlich [...] 17. des ärztlichen Verhaltens bei der Behandlung menschlicher Sterilität, bei Maßnahmen künstlicher Befruchtung und bei medizinischen Maßnahmen zur Herbeiführung menschlicher Sterilität.“

[1043] GÜNTHER in: KELLER, Rolf/GÜNTHER, Hans-Ludwig/KAISER, Peter: Embryonenschutzgesetz, 1992, Einführung S. 90, RN 4

Nur **allgemeine Ermächtigungen** zur Regelung der ärztlichen Berufsausübung in Form einer Berufsordnung enthalten die folgenden Kammergesetze[1044] :

- Heilberufe-Kammergesetz des Landes Baden-Württemberg, §§ 29-31;
- Heilberufe-Kammergesetz des Landes Bayern, §§ 17-20;
- Berliner Kammergesetz, § 4a;
- Heilberufsgesetz des Landes Brandenburg, §§ 31-33;
- Heilberufsgesetz des Landes Bremen, §§ 27-30;
- Hamburgisches Ärztegesetz, §§ 4, 5;
- Heilberufsgesetz des Landes Hessen, §§ 22-25;
- Heilberufsgesetz des Landes Mecklenburg-Vorpommern, §§ 31-33;
- Kammergesetz für die Heilberufe des Landes Niedersachsen, §§ 32-33;
- Heilberufsgesetz des Landes Nordrhein-Westfalen, §§ 31-32;
- Heilberufsgesetz des Landes Rheinland-Pfalz, §§ 21-23;
- Gesetz über die Kammern für Heilberufe des Landes Sachsen-Anhalt, §§ 19-20;
- Heilberufegesetz des Landes Schleswig-Holstein; §§ 29-31;
- Heilberufegesetz des Landes Thüringen, §§ 21-23.

Von dieser allgemeinen Ermächtigung kann auch die Regelung von Behandlungsmodalitäten der künstlichen Befruchtung (= Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit) als grundsätzlich umfasst angesehen werden. Es ist jedoch fraglich, ob auch ein Eingriff in Rechte von behandlungssuchenden Personen, der bei der Regelung fachlich-technischer Behandlungsmodalitäten unvermeidbar ist, noch von der Ermächtigung zur Regelung von Behandlungsmodalitäten umfasst wird. Wie bereits dargestellt, bedarf der Eingriff in Grundrechte Dritter durch Satzungsrecht grundsätzlich einer eindeutigen Übertragung der entsprechenden Kompetenz durch den Gesetzgeber. Allerdings ist bei der Regelung von fachlich-technischen Behandlungsmodalitäten ein Eingriff in Rechte der Patientinnen und Patienten unvermeidbar. Gleichzeitig ist dieser Umstand offenkundig. Aus diesem Grund kann davon ausgegangen werden, dass die Ermächtigung des Gesetzgebers zur Regelung von fachlich-technischen Behandlungsmodalitäten auch noch soweit reicht, das hiermit einhergehende Eingriffe in Grundrechte Dritter von der Ermächtigung mitumfasst sind. Insoweit wird gerade der Zweck des Satzungsrechtes gewahrt, die Sachnähe und Fachkunde des körperschaftlich organisierten Normgebers zu nutzen. Daher lässt sich die Ansicht vertreten, dass für die Regelung medizinisch-technischer Behandlungsmodalitäten der medizinisch assistierten Fortpflanzung eine hinreichende gesetzliche Ermächtigung des Gesetzgebers gegenüber den satzungsgebenden Landesärztekammern vorliegt.

Die Regelung solcher Behandlungsmodalitäten im Wege des ärztlichen Satzungsrechts ist daher grundsätzlich verfassungsgemäß. Auch bei der Festlegung medizinisch-

[1044] Diese Aufstellung wurde vor der Publikation nicht nochmals aktualisiert, sie ist auf dem Stand vom 31.01.2003.

technischen Behandlungsmodalitäten müssen allerdings die Grundrechte der Patientinnen und Patienten angemessen berücksichtigt werden.

Bei der Aufstellung von **Behandlungsvoraussetzungen**, insbesondere von Voraussetzungen nichtmedizinischer Art durch ärztliches Standesrecht, ist die Vereinbarkeit mit der Verfassung demgegenüber zweifelhaft. Als erstes ist die Frage zu klären, ob solche Eingriffe in Grundrechte Dritter überhaupt einer Regelung durch Satzung zugänglich sind. Zu diesem Zweck muss untersucht werden, ob die Voraussetzungen für die Inanspruchnahme von Methoden der medizinisch assistierten Fortpflanzung zu dem grundlegenden normativen Bereich im Verhältnis zwischen Staat und Bürger zu zählen sind, in dem der Gesetzgeber alle wesentlichen Entscheidungen selbst treffen muss.

Für die Frage der Kostenerstattung einer ICSI durch die gesetzliche Krankenversicherung hat das LSG Niedersachsen die vom BVerfG für das Satzungsrecht aufgestellten Grundsätze wie folgt angewendet:

> „Die anstaltliche Satzung taugt nicht zu einer Rechtsetzung beliebigen Ausmaßes. Nach der Wesentlichkeitstheorie des BVerfGs muss der Gesetzgeber in grundlegenden normativen Bereichen im Verhältnis zwischen Staat und Bürger alle wesentlichen Entscheidungen selbst treffen [...]. Der Staat darf in diesen Bereichen nur tätig werden, wenn er durch ein vom Parlament erlassenes Gesetz dazu ermächtigt ist. Dieser Zuständigkeit und der damit verbundenen parlamentarischen Verantwortung darf sich der Gesetzgeber nicht dadurch entziehen, dass er die Regelungskompetenz für wesentliche Entscheidungen auf Gremien verlagert, die weder demokratisch gewählt noch kontrolliert werden. Aus diesem Grunde können anstaltliche Satzungen nur Regelungen ohne erhebliches Gewicht, nicht aber wesentliche Entscheidungen für wesentliche Lebensbereiche treffen. [...]
>
> Der Ausschluss von ICSI aus den genannten Gründen wäre eine ethische Frage von außerordentlicher Brisanz. Sie würde zu den wesentlichen Grundentscheidungen unserer Gesellschaft gehören, deren Antwort sich am Menschenbild des Grundgesetzes orientieren muss. Eine solche wesentliche Entscheidung ist nach der Wesentlichkeitstheorie dem Gesetzgeber vorbehalten. Der Gesetzgeber hat seine Regelungskompetenz für Fragen der Anwendung von Fortpflanzungstechniken demgemäß auch bereits wahrgenommen. So hat er durch das Embryonenschutzgesetz vom 13. Dezember 1990 (BGBl. I 2746) bestimmte Maßnahmen der Fortpflanzungstechnik verboten. Er hat außerdem in § 27 a Abs. 1 SGB V enge Voraussetzungen für die Durchführung von Maßnahmen der künstlichen Befruchtung geschaffen. Weitere Regelungen hat er nicht getroffen, obwohl die ICSI auch in Deutschland seit 1993 angewendet wird. Er hat damit die Entscheidung den betroffenen Ehegatten überlassen.“[1045]

Damit ist für die Kostenerstattung einer ICSI durch die gesetzliche Krankenversicherung eindeutig vom LSG Niedersachsen entschieden worden, dass diese Frage zu den wesentlichen Grundentscheidungen gehört, die der Gesetzgeber selbst zu treffen hat. Eine stillschweigende Überlassung der entsprechenden Entscheidung an den Bundesausschuss der Ärzte und Krankenkassen wurde vom LSG Niedersachsen ausdrücklich abgelehnt.

[1045] LSG Niedersachsen, Urteil vom 23.02.2000, L 4 KR 130/98, NZS 2001, 32-39

Die Einschätzung, dass der Zugang zu Methoden der medizinisch assistierten Fortpflanzung dem Vorbehalt des Gesetzes unterliegt und einer Regelung durch ärztliches Standesrecht nicht zugänglich ist, kann weiterhin durch die folgenden Argumente gestützt werden: Die Landesärztekammern sind gegenüber behandlungssuchenden Personen in keiner Weise demokratisch legitimiert. Patienten und Patientinnen sind dem Satzungsrecht der Landesärztekammern auch nicht aufgrund mitgliedschaftlicher Bindungen zur Personalkörperschaft unterworfen. Damit liegt bei Regelung des Zuganges zu einer medizinischen Behandlung ein zielgerichteter Eingriff in Grundrechte Dritter vor. Die Regelung hat eine starke Außenwirkung, die vom Zweck der Gewährung von Satzungsautonomie (Selbstverwaltung) in keiner Weise gedeckt wird. Bei den betroffenen Grundrechten Dritter handelt es sich, wie im Teil 2 dargestellt, bei auf soziale Elternschaft gerichteter Fortpflanzung um hochrangige Grundrechte. Die zur Umsetzung einer positiven Fortpflanzungsentscheidung erforderliche Inanspruchnahme ärztlicher Hilfe durch die Wunscheltern wird durch das allgemeine Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG), das Recht auf körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG) und das Recht auf Ehe und Familie (Art. 6 Abs. 1 GG) geschützt. Beide Argumente rechtfertigen den Rückschluss, dass sich im Bereich des Zugangs zu den Methoden der medizinisch assistierten Fortpflanzung der Gesetzgeber seiner Verantwortung nicht durch Übertragung von Satzungskompetenz an die Landesärztekammern entledigen kann. Eine solche Übertragung von Satzungskompetenz wäre verfassungswidrig. Infolgedessen handelt es sich bei der Aufstellung von Behandlungsvoraussetzungen um einen Eingriff, für den die Ärztekammern keine Rechtsetzungskompetenz haben. Daher ist im **Ergebnis** die Aufstellung von Kriterien, die für den Zugang zu einer durch hochrangige Grundrechte geschützten Behandlung erfüllt werden müssen, im Wege des ärztlichen Satzungsrechts formell verfassungswidrig.

In den nachfolgenden Abschnitten werden einzelne Regelungen des ärztlichen Standesrechts darauf überprüft, ob in zulässiger Weise in Fortpflanzungsgrundrechte eingegriffen wird. Wird festgestellt, dass bereits ein formell verfassungswidriger Grundrechtseingriff vorliegt, so folgt auf diese Prüfung zusätzlich eine Stellungnahme zur materiellen Rechtmäßigkeit. Bei der Frage der materiellen Rechtmäßigkeit wird überprüft, ob eine inhaltsgleiche Regelung bei entsprechender Kompetenz (z.B. durch den Bundesgesetzgeber) erlassen werden dürfte, oder ob auch im Falle einer Regelung durch Gesetz von einem unzulässigen Eingriff in Fortpflanzungsgrundrechte der Wunscheltern auszugehen wäre.

3.4.2. Bindung der Inanspruchnahme ärztlicher Hilfe an die bürgerlich-rechtliche Ehe

Die Richtlinien fordern in Nr. 3.2.3. als Voraussetzung für die Inanspruchnahme medizinischer Hilfe, dass die Wunscheltern miteinander verheiratet sind.[1046] Eine Ausnahme für stabile nichteheliche Gemeinschaften ist möglich, allerdings nur, wenn vorher das beratende Votum einer bei der Ärztekammer eingerichteten Ethikkommission eingeholt wird. Die Vorschrift in Nr. 3.2.3. der Richtlinien lautet wie folgt (Auszug):

> "Grundsätzlich darf nur Samen des Ehepartners Verwendung finden (homologes System). Die Anwendung dieser Methoden bei nicht verheirateten Paaren in stabiler Partnerschaft darf nur nach vorheriger Beratung durch die bei der Ärztekammer eingerichtete Kommission durchgeführt werden. Die Anwendung der Methoden bei alleinstehenden Frauen und in gleichgeschlechtlichen Beziehungen ist nicht zulässig."

Das Problem des erschwerten Zuganges zur ärztlichen Behandlung für unverheiratete Paare ist bei der letzten Novellierung der Richtlinien diskutiert worden. Es ist eine Erleichterung der Inanspruchnahme von Methoden der medizinisch assistierten Fortpflanzung durch nichteheliche Lebensgemeinschaften geschaffen worden. Allerdings ist der Zugang zur Behandlung für diesen Personenkreis nach wie vor problematisch. Hierzu heißt es bei *Diedrich*:

> „Ein neuer Aspekt, um den sich die Kommission sehr bemüht hat, ist die Frage der sogenannten stabilen Beziehung. Es gibt zwar die Empfehlung in den Richtlinien, die Befruchtung auf das homologe System des (Ehe-)Paares zu beschränken, aber es wird in den neuen Richtlinien auch die Möglichkeit eröffnet, daß die Behandlung auch bei dauerhafter Partnerschaft ohne Ehe möglich ist. In diesem Fall ist es nach den Vorstellungen der neuen Richtlinien, anders als bisher, lediglich erforderlich, das Beratungsgespräch und das Gespräch über die Aufnahme der Therapie in den Akten zu dokumentieren. Dies ist ein sehr wichtiger Punkt. Es gibt zu dieser Frage allerdings große regionale Unterschiede, ein Nord-Süd-Gefälle sozusagen zwischen Schleswig-Holstein und Bayern. Während Bayern die Behandlung von nicht verheirateten Paaren verboten hat, kann man in Schleswig-Holstein durchaus eine Ausnahmegenehmigung bekommen."[1047]

Selbst nach der Novellierung der Richtlinien und der damit einher gehenden Möglichkeit einer Behandlung unverheirateter Paare bestehen daher für solche Paare, je nach Bundesland, immer noch Probleme bei der Inanspruchnahme von Methoden der medizinisch assistierten Fortpflanzung. Damit liegt bei unverheirateten, gegengeschlechtlichen und fortpflanzungswilligen Paaren eine deutliche Erschwerung der Inanspruchnahme von ärztlicher Hilfe zur Fortpflanzung vor. Bei der grundsätzlichen Bindung der Inanspruchnahme von Methoden der medizinisch assistierten Fortpflanzung an eine zwischen den fortpflanzungswilligen gegengeschlechtlichen Personen

---

[1046] Aufgrund der Einschränkung des Anwendungsbereichs am Anfang der Richtlinien (unter der Überschrift "Was ist assistierte Reproduktion") bezieht sich diese Vorschrift nicht auf die Insemination und die hormonelle Stimulation als alleinige Maßnahmen.

[1047] DIEDRICH K. in: KREBS, Dieter/VAN DER VEN, Hans (Hg.): Aktuelle Reproduktionsmedizin - Gegenwart und Zukunft der IVF und ICSI, 1999, S. 105

bestehende Ehe handelt es sich nicht um eine medizinisch-technische Durchführungsbestimmung, sondern um eine nichtmedizinische Behandlungsvoraussetzung. Hierdurch kommt es zu einem Eingriff in Fortpflanzungsgrundrechte von nicht verheirateten Wunscheltern. Die Beschränkung der Inanspruchnahme von Methoden der medizinisch assistierten Fortpflanzung für nichteheliche gegengeschlechtliche Lebensgemeinschaften stellt einen Eingriff in die Fortpflanzungsgrundrechte aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG (allgemeines Persönlichkeitsrecht), Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG (Recht auf körperliche Unversehrtheit) und Art. 6 Abs. 1, 2. Alt. GG (Schutz der Familie) dar. Ein solcher Eingriff kann nicht im Wege der Satzung getroffen werden, sondern ist dem Gesetzgeber vorbehalten (vgl. Abschnitt 3.4.1.2.). Bei gleichgeschlechtlichen Lebensgemeinschaften und alleinstehenden Personen fehlt es demgegenüber an einer tatsächlichen Voraussetzung für die Wahrnehmung von Fortpflanzungsgrundrechten, nämlich am fortpflanzungswilligen gegengeschlechtlichen Partner. Es liegt daher nur eine Beschränkung der allgemeinen Handlungsfreiheit vor. Allerdings kann auch ein solcher Eingriff in Grundrechte Dritter nicht durch ärztliches Standesrecht getroffen werden.

Die grundsätzliche Bindung der Inanspruchnahme von Methoden der medizinisch assistierten Fortpflanzung an eine zwischen den gegengeschlechtlichen fortpflanzungswilligen Personen bestehende Ehe ist daher bereits mangels entsprechender Rechtsetzungskompetenz der Landesärztekammern formell verfassungswidrig.

Dieses Problem ist auch bereits in der politischen Diskussion thematisiert worden. In einer kleinen Anfrage der PDS vom 07.06.1999 im Deutschen Bundestag ist die Bundesregierung aufgefordert worden

> „darzulegen, ob es ihrer Auffassung nach zur Kompetenz von Ärzten gehört, zuverlässig festzustellen, dass das heterosexuelle unverheiratete Paar in einer auf Dauer angelegten Partnerschaft lebt, Gründe für den Kinderwunsch von Paaren zu bewerten, die Befähigung von Männern und Frauen zu einer verantwortungsvollen Elternschaft festzustellen und gegebenenfalls die künstliche Befruchtung zu verweigern.“[1048]

Die Bundesregierung hat hierauf am 09.08.1999 geantwortet, dass diese Fragen nur sinnvoll im Gesamtzusammenhang zu lösen seien. Die politischen Beratungen über ein neues Fortpflanzungsmedizingesetz seien aber noch nicht aufgenommen worden, die Bundesregierung könne sich daher inhaltlich zu den angesprochenen Fragen noch nicht äußern.[1049] Da die Arbeiten am Entwurf eines Fortpflanzungsmedizingesetzes nach der Jahrtausendwende bis auf weiteres eingestellt wurden, ist es bislang nicht zu einer entsprechenden inhaltlichen Klärung durch den Gesetzgeber gekommen.

[1048] BT-Drucksache 14/1093

[1049] BT-Drucksache 14/1305

In Bezug auf einen Eingriff in das Grundrecht aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG liegt formelle Verfassungswidrigkeit zusätzlich deswegen vor, weil die Rechtsetzung im Wege der Satzung nicht dem Vorbehalt des Art. 2 Abs. 2 S. 3 GG genügt. Nach diesem Vorbehalt müssen Eingriffe in das Recht auf körperliche Unversehrtheit durch Gesetz erfolgen. Dies ist auch dann zu fordern, wenn kein unmittelbarer Eingriff in die körperliche Integrität (z.B. durch Blutentnahme o.ä.) erfolgt, sondern nur mittelbar durch das Verbot der Inanspruchnahme einer Behandlung in die körperliche Unversehrtheit eingegriffen wird. Bei Sterilität mit Krankheitswert ist daher die Regelung der Behandlungsvoraussetzungen durch ärztliches Satzungsrecht auch aus diesem Grund verfassungswidrig.

Zu untersuchen bleibt, ob die grundsätzliche Bindung der Inanspruchnahme von Methoden der medizinisch assistierten Fortpflanzung an eine zwischen den fortpflanzungswilligen Personen bestehende Ehe auch materiell verfassungswidrig ist. Die Bindung der Inanspruchnahme ärztlicher Hilfe an die bürgerlich-rechtliche Ehe führt dazu, dass möglicherweise ein Eingriff in Fortpflanzungsgrundrechte von nichtehelichen gegengeschlechtlichen Lebensgemeinschaften, von nichtehelichen gleichgeschlechtlichen Lebensgemeinschaften und von Einzelpersonen vorliegt. Dies wird nachfolgend getrennt für diese Personengruppen geprüft.

3.4.2.1. Nichteheliche gegengeschlechtliche Lebensgemeinschaften

In Abgrenzung zur Ehe fehlt es in der gegengeschlechtlichen nichtehelichen Lebensgemeinschaft am formellen Akt der Eheschließung.[1050] Für die nichteheliche Lebensgemeinschaft gibt es zahlreiche Bezeichnungen, wie z.B. „wilde Ehe“, „Onkelehe“, „Ehe auf Probe“, „freie Lebensgemeinschaft“, „Ehe ohne Trauschein“, „Partnerschaft ohne Trauschein“, „Zusammenleben ohne Trauschein“[1051], sowie die veraltete Bezeichnung „Konkubinat“. Nichteheliche Lebensgemeinschaften sind hierzulande inzwischen eine häufig gewordene Lebensform. Die Zahl der nichtehelichen Lebensgemeinschaften in Deutschland ist von ca. 1.400.000 im Jahr 1991 auf knapp 2.000.000 im Jahr 1998 angestiegen, was einem Zuwachs von 42 % entspricht. Zusätzlich ist von einer weiteren Anzahl nicht statistisch erfasster nichtehelicher Paare auszugehen. Gleichzeitig ist die Zahl der Ehen mit ca 19.500.000 konstant geblieben.[1052] In rechtlicher Hinsicht wird unter dem Begriff der „nichtehelichen Lebensgemeinschaft“ eine Verantwortungs- und Einstehungsgemeinschaft verstanden.[1053] Diese

[1050] ZWIßLER, Finn: Die nichteheliche Lebensgemeinschaft - Grundlagen und Muster für die anwaltliche Praxis; 1999, S. 36

[1051] ZWIßLER, Finn: Die nichteheliche Lebensgemeinschaft - Grundlagen und Muster für die anwaltliche Praxis; 1999, S. 38

[1052] ZWIßLER, Finn: Die nichteheliche Lebensgemeinschaft - Grundlagen und Muster für die anwaltliche Praxis; 1999, S. 5 (unter Bezugnahme auf Angaben des Statistischen Bundesamtes vom 30.03.1999)

[1053] KANNENGIEßER in: SCHMIDT-BLEIBTREU, Bruno/KLEIN, Franz: Kommentar zum Grundgesetz, 1999, Art. 6 RN 3a

Begriffsbestimmung führt das BVerfG dahin gehend aus, dass unter nichtehelicher Lebensgemeinschaft das

- auf Dauer angelegte
- Zusammenleben von Mann und Frau
- mit innerer Bindung

zu verstehen ist, das daneben keine weitere Lebensgemeinschaft zulässt. Aufgrund der in einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft bestehenden Bindungen erfolgt ein Einstehen der Partner füreinander, das über eine reine Haushalts- und Wirtschaftsgemeinschaft hinausgeht.[1054] *Zwißler* kommt aufgrund dieser Feststellungen des BVerfG zu folgender Definition der nichtehelichen Lebensgemeinschaft:

> „Die nichteheliche Lebensgemeinschaft wird, wie der Wortgebrauch bereits aussagt, in Abgrenzung zur ehelichen Lebensgemeinschaft verstanden. Eine nichteheliche Lebensgemeinschaft zeichnet sich dadurch aus, daß zwei Menschen mit innerer und wirtschaftlicher Bindung zusammenleben, ohne verheiratet zu sein.“[1055]

Die Zeiten, als das nichteheliche Zusammenleben zweier gegengeschlechtlicher erwachsener Personen als sittenwidrig eingestuft wurde[1056], sind vorbei.[1057] Selbst wenn einer der Partner einer nichtehelichen Gemeinschaft noch verheiratet sein sollte, führt dies nicht zur Sittenwidrigkeit der nichtehelichen Gemeinschaft.[1058] Infolgedessen sind nunmehr Vereinbarungen zwischen nichtehelichen Partnern möglich, ohne dass diese wegen Sittenwidrigkeit nach § 138 Abs. 1 BGB als nichtig anzusehen wären. Hiervon ist nur dann eine Ausnahme zu machen, wenn besondere zusätzliche Umstände hinzutreten (z.B. unangemessene Benachteiligung von früheren Ehegatten oder Kindern).[1059] Der Schutz der Ehe durch die Verfassung gebietet auch keine Pönalisierung der nichtehelichen

---

[1054] BVerfG, Urteil vom 17.11.1992, 1 BvL 8/87, BVerfGE 87, 234 ff. (264)

[1055] ZWIßLER, Finn: Die nichteheliche Lebensgemeinschaft - Grundlagen und Muster für die anwaltliche Praxis; 1999, S. 37

[1056] BGH, Urteil vom 26.02.1968, III ZR 38/65, NJW 1968, S. 932 ff.

[1057] BVerfG, Beschluss vom 16.12.1958, 1 BvL 3, 4/57, 8/58, BVerfGE 9, 20 ff. (32 ff.); BVerfG, Beschluss vom 03.04.1990, 1 BvR 1186/87, BVerfGE 82, 6 ff. (13-15); BGH, Entscheidung vom 31.03.1970, III ZB 23/68, BGHZ 53, S. 369 ff. (375 ff.); ZWIßLER, Finn: Die nichteheliche Lebensgemeinschaft - Grundlagen und Muster für die anwaltliche Praxis; 1999, S. 29; von MÜNCH, Ingo: Verfassungsrecht und nichteheliche Lebensgemeinschaft, in: LANDWEHR, Götz (Hg.): Die nichteheliche Lebensgemeinschaft, 1978, S. 137 ff. (147-148); SCHWENZER, Ingeborg: Gesetzliche Regelung der Rechtsprobleme nichtehelicher Lebensgemeinschaften? JZ 1988, 781 ff. (782); COESTER-WALTJEN, Dagmar: Die Lebensgemeinschaft - Strapazierung des Parteiwillens oder staatliche Bevormundung? NJW 1988, 2085 ff. (2086, 2088); WEGNER, Jörg: Familiennachzug und Ausweisung von nichtehelichen Lebenspartnern, FamRZ 1996, 587 ff. (588); MARLOW, Sven: Voraussetzungen und Fallgruppen der Kostenerstattung für Maßnahmen künstlicher Befruchtung in der privaten Krankenversicherung, VersR 2002, S. 144 (146)

[1058] BGH, Urteil vom 28.09.1990, V ZR 109/89, NJW 1991, S. 830-832

[1059] ZWIßLER, Finn: Die nichteheliche Lebensgemeinschaft - Grundlagen und Muster für die anwaltliche Praxis; 1999, S. 29-30

Lebensgemeinschaft.[1060] Vielmehr wird das Zusammenleben in nichtehelicher Lebensgemeinschaft inzwischen von der herrschenden Meinung in Literatur und Rechtsprechung als vom Grundgesetz geschützt angesehen (als Teil des Schutzbereiches der allgemeinen Handlungsfreiheit und des allgemeinen Persönlichkeitsrechts).[1061] Das BVerfG bezeichnet die eheähnliche Gemeinschaft in einer Entscheidung aus dem Jahr 1992 als *„typische Erscheinung des sozialen Lebens“*.[1062]

Die nichteheliche Lebensgemeinschaft, vom einfachen Gesetzgeber als „eheähnliche Lebensgemeinschaft“ bezeichnet, ist durch kein Gesetz inhaltlich geregelt.[1063] Auch das Grundgesetz erwähnt die nichteheliche Lebensgemeinschaft an keiner Stelle.[1064] Die Existenz der nichtehelichen Lebensgemeinschaft als Erscheinung des sozialen Lebens wird allerdings in einigen Vorschriften von der Rechtsordnung vorausgesetzt. Eine entsprechende Erwähnung findet sich z.B. in den folgenden Gesetzen:

- § 3 Abs. 2 S. 2 Bundesverfassungsschutzgesetz;
- § 1 Abs. 3 S. 4 und § 2 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 MAD-Gesetz;
- § 2 Abs. 2 S. 1 Sicherheitsüberprüfungsgesetz;
- § 2 Abs. 6 Entschädigungsrentengesetz;
- § 32 Abs. 2 Rentenangleichungsgesetz;
- § 194 Abs. 1 S. 1 Nr. 2, Abs. 1 S. 2 und 3, Abs. 2 S. 2 Nr. 4 und Abs. 3 Nr. 10 SGB III;
- § 122 S. 1 BSHG.[1065]

In allen diesen Regelungen werden durchgängig nachteilige Rechtsfolgen an das Bestehen einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft geknüpft.[1066]

[1060] von MÜNCH, Ingo: Verfassungsrecht und nichteheliche Lebensgemeinschaft, in: LANDWEHR, Götz (Hg.): Die nichteheliche Lebensgemeinschaft, 1978, S. 137 ff. (147)

[1061] von MÜNCH, Ingo: Verfassungsrecht und nichteheliche Lebensgemeinschaft, in: LANDWEHR, Götz (Hg.): Die nichteheliche Lebensgemeinschaft, 1978, S. 137 ff. (149); SCHUMANN, Eva: Die nichteheliche Familie - Reformvorschläge für das Familienrecht, 1998, S. 194; SCHWENZER, Ingeborg: Gesetzliche Regelung der Rechtsprobleme nichtehelicher Lebensgemeinschaften? JZ 1988, 781 ff. (782); COESTER-WALTJEN, Dagmar: Die Lebensgemeinschaft - Strapazierung des Parteiwillens oder staatliche Bevormundung? NJW 1988, 2085 ff. (2086, 2088); WEGNER, Jörg: Familiennachzug und Ausweisung von nichtehelichen Lebenspartnern, FamRZ 1996, 587 ff. (588)

[1062] BVerfG, Urteil vom 17.11.1992, 1 BvL 8/87, BVerfGE 87, 234 ff. (264)

[1063] ZWIßLER, Finn: Die nichteheliche Lebensgemeinschaft - Grundlagen und Muster für die anwaltliche Praxis; 1999, S. 30

[1064] von MÜNCH, Ingo: Verfassungsrecht und nichteheliche Lebensgemeinschaft, in: LANDWEHR, Götz (Hg.): Die nichteheliche Lebensgemeinschaft, 1978, S. 137 ff. (139)

[1065] Aufzählung entnommen aus: ZWIßLER, Finn: Die nichteheliche Lebensgemeinschaft - Grundlagen und Muster für die anwaltliche Praxis; 1999, S. 31

[1066] KINGREEN, Thorsten: Die verfassungsrechtliche Stellung der nichtehelichen Familie am Beispiel des Sonderurlaubs für Beamte, NVwZ 1999, 852 ff.

Die Erschwerung der Inanspruchnahme von Methoden der medizinisch assistierten Fortpflanzung für nichteheliche gegengeschlechtliche Lebensgemeinschaften im Vergleich mit Ehepaaren greift bei Fortpflanzung mit den eigenen Keimzellen in die folgenden Fortpflanzungsgrundrechte der Partner einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft ein:

- Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG (allgemeines Persönlichkeitsrecht);
- Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG (Recht auf körperliche Unversehrtheit);
- Art. 6 Abs. 1, 2. Alt. GG (Schutz der Familie).

Bei einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft, die ohne Inanspruchnahme weiterer Personen mit Elternfunktion, d.h. unter Verwendung der eigenen Keimzellen, Kinder haben will, liegt eigene genetische und physiologische Fortpflanzung vor. Da die genetischen und physiologischen Eltern des Kindes hier auch beabsichtigen, die sozialen Eltern des Kindes zu werden, handelt es sich nach der in dieser Arbeit verwendeten Definition um homologe Fortpflanzung. Das ärztliche Standesrecht verwendet demgegenüber nur für eigene genetische und physiologische Fortpflanzung innerhalb einer Ehe den Begriff homolog. Es definiert auch die Fortpflanzung mit den eigenen Keimzellen unverheirateter Partner als heterolog. Nach der in dieser Arbeit verwendeten Definition wird zunächst untersucht, ob die **homologe Fortpflanzung** eines unverheirateten Paares durch Gesetz beschränkt werden könnte.

Hierzu ist zunächst ein Eingriff in das Recht auf körperliche Unversehrtheit zu untersuchen. Wie im Teil 2, Abschnitt 2.3.4.1.2. festgestellt, umfasst der Schutzbereich des Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG auch ein Recht darauf, dass kranken Menschen der Zugang zu einer medizinischen Behandlung nicht durch staatliche Maßnahmen verwehrt wird. Die organische und idiopathische Sterilität einer Person ist unstreitig eine Krankheit (vgl. Teil 1, Abschnitte 1.4.4. und 1.4.5. sowie Teil 2, Abschnitte 2.3.4.1.2. und 2.3.4.1.3.). Damit das Grundrecht auf körperliche Unversehrtheit in verfassungsmäßiger Weise durch Gesetz eingeschränkt werden kann, wäre es angesichts des mittelbaren Eingriffs (Verbot der Inanspruchnahme ärztlicher Behandlung) in die als hochrangig eingestufte Fähigkeit, Nachkommen zu haben, erforderlich, dass der Staat beim Verbot der Inanspruchnahme einer medizinischen Behandlung zum Schutz wichtiger Gemeingüter oder zum Schutz hochrangiger Grundrechte Dritter handelt. Weiterhin liegt auch ein Eingriff in den Privatbereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts und in das Recht auf Familiengründung aus Art. 6 Abs. 1, 2. Alt. GG vor. Auch hier ist zu prüfen, ob es wichtige Gemeingüter oder kollidierende Grundrechte gibt, die einen solchen Eingriff rechtfertigen.

Es ist daher zu untersuchen, welche hochrangigen Gemeinwohl- oder Individualbelange durch die außereheliche Geburt von Kindern betroffen werden. Bei der nachfolgend dargestellten Diskussion dieser Frage in Rechtsprechung und Literatur darf folgendes nicht

übersehen werden: Eine Beschränkung der außerehelichen Fortpflanzung wird im Zusammenhang mit der Inanspruchnahme medizinisch assistierter Fortpflanzung sowieso nur für den **zahlenmäßig geringen Teil** unverheirateter fortpflanzungswilliger Paare diskutiert, die zur Durchführung der Fortpflanzung auf ärztliche Hilfe angewiesen sind. Für die erheblich größere Zahl der unverheirateten Paare, deren Kinderwunsch auf normalem Wege erfüllbar ist, existieren, trotz der grundsätzlichen Bevorzugung der ehelichen Geburt seitens des Staates, keine rechtlichen Beschränkungen.

Bei der Prüfung von Gemeinschafts- oder Individualbelangen, die eine Einschränkung der medizinisch assistierten Fortpflanzung von unverheirateten Paaren rechtfertigen könnten, ist zunächst auf die von der Bundesärztekammer abgegebene Begründung einzugehen. Diese Begründung ist umfangreich und wird nachfolgend einzeln zitiert und bewertet (Auszüge aus Abschnitt I. Nr. 2, 3 und 4 des Anhangs der Richtlinien). Der erste Teil der Begründung lautet wie folgt:

> „Die grundsätzliche Bindung der Anwendung der Methoden der assistierten Reproduktion an eine bestehende Ehe findet ihre Rechtfertigung in dem verfassungsrechtlich verankerten besonderen Schutz von Ehe und Familie. Die Verfassung stellt Ehe und Familie unter den besonderen Schutz des Staates (Art. 6 Abs. 1 GG). Sie geht dabei davon aus, daß eine Familie auf der Basis einer Ehe gegründet wird und dadurch ihren rechtlichen und sittlichen Zusammenhalt findet. An diese Wertentscheidung der Verfassung ist auch der Arzt gebunden, der durch die Methoden der assistierten Reproduktion zur Bildung einer über die Partnerschaft zweier Menschen hinausgehenden Familie beitragen soll."

Dieses Argument der Ärztekammer trifft nicht zu. Das Gebot des Schutzes von Ehe und Familie fordert es nicht, die nichteheliche Gemeinschaft immer gegenüber der Ehe zu diskriminieren.[1067] Art. 6 Abs. 1 GG gebietet auch keinen Konkurrenzschutz der Ehe gegenüber anderen Lebensformen.[1068] Aus Art. 6 Abs. 1 GG kann insbesondere nicht abgeleitet werden, dass die uneheliche Zeugung von Kindern verboten ist.[1069] Daher lässt sich aus dem Schutz der Ehe auch nicht ableiten, dass außereheliche Fortpflanzung auf anderem Wege als durch unmittelbare Verbote verhindert werden muss.

An anderer Stelle in den Ausführungen zu den Richtlinien der Ärztekammer heißt es dann:

> „Im übrigen besteht in den genannten Fällen gegenüber dem Arzt kein Anspruch auf Anwendung der Methoden der assistierten Reproduktion, da es nach wie vor kein positives Recht auf "nichteheliche Fortpflanzung" gibt."

[1067] Zum Umfang der vom GG geforderten Diskriminierung zwischen Ehe und nichtehelichen Gemeinschaften vgl. SCHOLZ, Rupert/UHLE, Arnd: „Eingetragene Lebenspartnerschaft" und Grundgesetz, NJW 2001, S. 393 ff., die allerdings eine Extremposition vertreten und sehr umfangreiche Diskriminierungen nichtehelicher Gemeinschaften fordern.

[1068] von MÜNCH, Ingo: Verfassungsrecht und nichteheliche Lebensgemeinschaft, in: LANDWEHR, Götz (Hg.): Die nichteheliche Lebensgemeinschaft, 1978, S. 137 ff. (148-149)

[1069] STARCK, Christian: Die künstliche Befruchtung beim Menschen - Zulässigkeit und zivilrechtliche Folgen, Gutachten A für den 56. Deutschen Juristentag, 1986, S. 26

Diese Behauptung trifft ebenfalls nicht zu. Auch unverheiratete Personen können Fortpflanzungsgrundrechte für sich in Anspruch nehmen, sofern ihnen ein fortpflanzungswilliger Partner zur Verfügung steht (vgl. Teil 2). Hinzu kommt, dass inzwischen auch die nichteheliche Elternschaft, auf welche die nichteheliche Fortpflanzung gerichtet ist, ausdrücklich vom BVerfG anerkannt wurde. Nach der neueren Rechtsprechung des BVerfG sind insbesondere auch nichteheliche Väter Träger des Elternrechts aus Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG.[1070] Das Elternrecht nichtehelicher Mütter war stets unstreitig (Art. 6 Abs. 2 und 4 GG). Es wird inzwischen die Ansicht vertreten, dass die Rechtsordnung das nichteheliche Eltern-Kind-Verhältnis bei vergleichbaren psycho-sozialen Gegebenheiten (z.B. familiäres Zusammenleben) nicht anders bewerten darf als das eheliche Eltern-Kind-Verhältnis.[1071]

Im übrigen stützt sich die Begründung der Bundesärztekammer darauf, dass die familienrechtliche Zuordnung des Kindes innerhalb einer Ehe einfacher sei. Hierzu heißt es im Anhang der Richtlinien:

> „Bei der Zeugung durch Methoden der assistierten Reproduktion im homologen System (Anwendung bei bestehender Ehe) bestehen hinsichtlich des Verwandtschaftsverhältnisses des Kindes zu seinen Eltern keine Unterschiede gegenüber einer natürlichen Zeugung. Bei bestehender Ehe ist der Rechtsstatus des durch Methoden der assistierten Reproduktion gezeugten Kindes daher eindeutig bestimmt. Daraus rechtfertigt sich die grundsätzliche Bindung der Methoden der assistierten Reproduktion an eine bestehende Ehe und die Anwendung im homologen System."

Diese Argumentation ignoriert den Umstand, dass bei Fortpflanzung eines unverheirateten Paares, das keine Dritten mit Elternfunktion hinzuzieht, die familienrechtliche Zuordnung des Kindes ebenfalls eindeutig möglich ist (vgl. Teil 1, Abschnitt 1.4.3.). Dementsprechend sind bei der homologen medizinisch assistierten Fortpflanzung eines nichtehelichen Paares keine besonderen Zuordnungsprobleme in Bezug auf das entstehende Kind zu erwarten, die einen Ausschluss unverheirateter Personen von der Inanspruchnahme dieser medizinischen Behandlung rechtfertigen.

Der einzige verbleibende Grund, der bei Fortpflanzung mit den eigenen Keimzellen der Wunscheltern die Bindung der Inanspruchnahme medizinisch assistierter Fortpflanzung an die Ehe rechtfertigen könnte, wäre das **Wohl des Kindes**. Hier handelt es sich aber wiederum um die Argumentation mit dem Wohl eines potentiellen Kindes, dessen Entstehung man mit der Berufung auf sein Wohl verhindern will (vgl. Abschnitt 3.2.2.1.). Eine solche Argumentation ist auch im ärztlichen Standesrecht unzulässig, da kein

---

[1070] BVerfG, Beschluss vom 07.03.1995, NJW 1995, S. 2155 ff.; vgl. zu diesem Thema auch SALGO, Ludwig: Zur Stellung des Vaters bei der Adoption seines nichtehelichen Kindes durch die Mutter und deren Ehemann, NJW 1995, S. 2129 ff.

[1071] SALGO, Ludwig: Zur Stellung des Vaters bei der Adoption seines nichtehelichen Kindes durch die Mutter und deren Ehemann, NJW 1995, S. 2129 ff. (2130)

Anhaltspunkt dafür erkennbar ist, dass aus der Sicht des Kindes allein der Umstand der fehlenden Eheschließung zwischen den Eltern seine Existenz unerträglich macht.

Es ist außerdem nicht gesicherte wissenschaftliche Erkenntnis, dass eine Ehe stets besser geeignet ist, das Wohl des Kindes zu garantieren als eine nichteheliche Gemeinschaft. Es wird vielmehr auf die konkreten Umstände innerhalb der Partnerschaft ankommen, in die das Kind hineingeboren wird. Es ist selbstverständlich für Kinder wünschenswert, in der geordneten Umgebung einer funktionierenden Ehe aufzuwachsen. Dass eine funktionierende Ehe ein ideales Umfeld für das Aufwachsen von Kindern darstellt[1072] schließt es jedoch nicht aus, dass auch andere Familienformen ein ebenso geeignetes Umfeld für die Erziehung von Kindern darstellen können. Hierbei ist zu berücksichtigen, dass sich das Bild von der nichtehelichen Gemeinschaft und von den Verhältnissen, in denen nichteheliche Kinder aufwachsen, seit Schaffung des Grundgesetzes erheblich gewandelt hat. Der einfache Gesetzgeber ging noch in den 80er Jahren bei der Regelung des Sorgerechts davon aus, dass es zum Wohl des Kindes legitim sei, zwischen ehelicher und nichtehelicher Geburt zu unterscheiden. Dahinter stand die damals noch vom BVerfG mitgetragene Vorstellung, dass die Ehe der Regelfall personaler Bindung und deshalb besonders schützenswert sei.[1073] Wörtlich heißt es hierzu in einer Entscheidung des BVerfG:

> „Die vom Verfassungsgeber vorausgesetzte ungünstige Ausgangsposition des unehelichen Kindes beruht gerade darauf, daß nach den in Art. 6 Abs. 1 GG verfassungsrechtlich garantierten Wertvorstellungen die Ehe die einzige legitime Form umfassender Lebensgemeinschaft zwischen Mann und Frau ist und die gesunde körperliche und seelische Entwicklung des Kindes grundsätzlich das Geborgensein in der nur in der Ehe verwirklichten vollständigen Familiengemeinschaft mit Vater und Mutter voraussetzt.“[1074]

In dieser Entscheidung aus dem Jahr 1969 vertritt das BVerfG noch die Auffassung, dass allein die Ehe das geeignete Umfeld für die gesunde körperliche und seelische Entwicklung darstelle. Diese Rechtsprechung zur nichtehelichen Elternschaft hat das BVerfG inzwischen aufgegeben. Das BVerfG hat inzwischen sowohl in Bezug auf geschiedene Ehen als auch für nichteheliche Eltern anerkannt, dass es dem Kindeswohl dient, in einer stabilen Beziehung zu beiden Eltern zu leben, was unabhängig davon gilt, ob die Eltern jemals miteinander verheiratet waren oder noch miteinander verheiratet sind. Dementsprechend hat es das BVerfG im Interesse des Kindes für unvereinbar mit der Verfassung erklärt, dass es kein gemeinsames Sorgerecht für geschiedene Eltern oder für

---

[1072] BVerfG, Urteil vom 03.11.1982, 1 BvL 25, 38, 40/80 und 12/81, BVerfGE 61, 358 ff. (372)

[1073] BVerfG, Beschluss vom 29.01.1969, 1 BvR 26/66, BVerfGE 25, 167 (196); Urteil des BVerfG vom 24.03.1981, 1 BvR 1516/78 und 964, 1337/80, BVerfGE 56, 363-395; SCHIMKE, Hans-Jürgen: Das neue Kindschaftsrecht; 1998, S. 6

[1074] BVerfG, Beschluss vom 29.01.1969, 1 BvR 26/66, BVerfGE 25, 167 (196)

nichteheliche Eltern gibt.[1075] Hierzu äußert sich das BVerfG in Bezug auf das gemeinsame Sorgerecht geschiedener Eltern wie folgt:

> „2. Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG geht von dem Regelfall aus, daß das Kind mit den durch die Ehe verbundenen Eltern in einer Familiengemeinschaft zusammenlebt und Vater und Mutter das Kind gemeinsam pflegen und erziehen [...]. Die Erziehung und Betreuung eines minderjährigen Kindes durch Mutter und Vater innerhalb einer harmonischen Gemeinschaft gewährleistet am ehesten, daß das Kind zu einer eigenverantwortlichen Persönlichkeit heranwächst und fähig ist, in einer Gemeinschaft zu leben [...]. Wie der Sachverständige Prof. Dr. Pechstein ausgeführt hat, entspricht es den Erkenntnissen in allen kinderkundlichen Wissenschaftsbereichen, daß die Dauerhaftigkeit familiärer Sozialbeziehungen heute als entscheidende Grundlage für eine stabile und gesunde psychosoziale Entwicklung des heranwachsenden Menschen angesehen wird.
> 3. Die gefühlsmäßigen Bindungen des Kindes an Mutter und Vater können unabhängig von der Trennung und Ehescheidung seiner Eltern fortbestehen.“[1076]

Nach diesen Ausführungen ist die Stabilität der Eltern-Kind-Beziehung ein wichtiger Faktor für die Entwicklung des Kindes. Eine solche stabile Eltern-Kind-Beziehung kann jedoch nach den Feststellungen des BVerfG auch unabhängig davon bestehen, ob die Eltern miteinander verheiratet sind. Damit wurde die außereheliche Betreuung von Kindern als im Eltern-Kind-Verhältnis gleichwertig gegenüber der ehelichen Betreuung vom BVerfG anerkannt. Dass ausschließlich eine Ehe ein gutes soziales Umfeld für Kinder darstellen kann, wird in neueren Entscheidungen des BVerfG nicht mehr angenommen.[1077]

Ansonsten existieren keine Entscheidungen aus der **Rechtsprechung**, die sich explizit mit der erschwerten Inanspruchnahme von Methoden der medizinisch assistierten Fortpflanzung für nichteheliche Lebensgemeinschaften befassen. Einige Stellungnahmen aus der **Literatur** setzen sich demgegenüber mit der grundsätzlichen Beschränkung der Inanspruchnahme von assistierter Reproduktion auf eine bestehende Ehe auseinander.

Nach *Günther* sprechen *„gewichtige Gründe“* gegen die Behandlung von Partnern nichtehelicher Lebensgemeinschaften mit Methoden der medizinisch assistierten Fortpflanzung. Er begründet diese Feststellung damit, dass man (a) aus dem Diskriminierungsverbot nichtehelicher Kinder kein Grundrecht auf nichteheliche Fortpflanzung herleiten könne und (b) dass die nichteheliche medizinisch assistierte Fortpflanzung unnötige Risiken für das Kindeswohl und (c) die Gefahr einer Überforderung des Arztes bergen würde.[1078] Hierzu ist folgendes anzumerken: Die unter (a) angeführte Begründung, man könne aus dem Diskriminierungsverbot nichtehelicher

---

[1075] BVerfG, Urteil vom 03.11.1982, 1 BvL 25, 38, 40/80 und 12/81, BVerfGE 61, 358 ff. (372); BVerfG, Beschluss vom 07.05.1991, 1 BvL 32/88, BVerfGE 84, 168-187; BVerfG, Beschluss vom 07.03.1995, 1 BvR 790/91 und 540, 866/92, BVerfGE 92, 158-190

[1076] BVerfG, Urteil vom 03.11.1982, 1 BvL 25, 38, 40/80 und 12/81, BVerfGE 61, 358 ff. (372)

[1077] BVerfG, Beschluss vom 07.05.1991, 1 BvL 32/88, BVerfGE 84, 168-187; BVerfG, Beschluss vom 07.03.1995, 1 BvR 790/91 und 540, 866/92, BVerfGE 92, 158-190

[1078] GÜNTHER in: KELLER, Rolf/GÜNTHER, Hans-Ludwig/KAISER, Peter: Embryonenschutzgesetz, 1992, Einführung S. 91-92, RN 10-11

Kinder keinen Anspruch auf nichteheliche medizinisch assistierte Fortpflanzung von Wunscheltern herleiten, ist zutreffend. Allerdings ist diese auf das Diskriminierungsverbot nichtehelicher Kinder verkürzte Betrachtung nicht geeignet, um einen Anspruch nichtehelicher Paare auf Teilhabe an den Methoden der medizinisch assistierten Fortpflanzung grundsätzlich abzulehnen. Eine Abwägung mit diskussionswürdigen Grundrechtspositionen der Wunscheltern (vgl. Teil 2 dieser Arbeit), hat *Günther* nicht durchgeführt.

Die von *Günther* zu (b) angegebene Begründung in Bezug auf die Gefährdung des Kindeswohls hat folgenden Wortlaut:

> „Die Gewähr, daß eine Partnerschaft nach dem Willen der Beteiligten auf Dauer angelegt ist, bietet nur die dafür im BGB vorgesehene Rechtsform der Ehe, so wie auch bei einem Grundstückskauf aus Gründen der Rechtssicherheit gesetzliche Förmlichkeiten zu beachten sind. Wer die gesetzlichen Nachteile der Ehe ausschließen will, kann auch nicht die gesetzlichen Vorteile der Ehe für sich beanspruchen.“[1079]

Es ist offensichtlich, dass der Vergleich der Eheschließung mit einem Grundstückskauf erheblich hinkt. Bei einem Grundstückskauf unterwirft man sich den Formerfordernissen eines einmaligen Rechtsgeschäftes, während man bei der Eheschließung eine wichtige Entscheidung der persönlichen Lebensplanung mit umfassenden Auswirkungen trifft. Eines solche Entscheidung beeinflusst das gesamte zukünftige Leben eines Menschen und wird von zahlreichen Faktoren beeinflusst, wie z.B. geeigneter Partner, finanzielle Verhältnisse, Lebenssituation, Alter, Gesundheitszustand, Lebensziele, und gesamtgesellschaftliche Situation. Daher kann die Anerkennung der Zulässigkeit von Formerfordernissen für Rechtsgeschäfte nicht zur Rechtfertigung der Aufstellung von Formerfordernissen für die Fortpflanzung herangezogen werden. Die Fortpflanzung ist ja gerade kein Rechtsgeschäft, die normale eheliche oder außereheliche Fortpflanzung findet sogar in einem staatlich anerkannten rechtsfreien Raum statt. Anhaltspunkte, die allein wegen des Heraustretens der Fortpflanzung aus dem unantastbaren Intimbereich durch Inanspruchnahme ärztlicher Hilfe die Aufstellung eines Formerfordernisses für den Fortpflanzungsvorgang gerechtfertigt erscheinen lassen, sind nicht ersichtlich. Auch der Ansatz, die Inanspruchnahme einer medizinischen Behandlung sei von der Erfüllung eines Formerfordernisses wie der Eheschließung abhängig, ist zumindest ungewöhnlich. Interessanter erscheint demgegenüber das von *Günther* angeführte Argument, nur eine Eheschließung biete die Gewähr dafür, dass die Partnerschaft auf Dauer angelegt sei. Es ist unstreitig auch eine **Funktion der Ehe, die Verpflichtungen aus der Elternschaft institutionell abzusichern**. Eine entsprechende Garantie für das Kindeswohl kann aber auch eine zwischen den Eltern bestehende Ehe nicht bieten. Fürsorge von Eltern für ihre Kinder kann wegen der höchstpersönlichen und individuellen Interaktionen im Eltern-Kind-Verhältnis nur aus den Eltern selbst kommen. Sie kann nicht durch staatliche Zwänge

---

[1079] GÜNTHER in: KELLER, Rolf/GÜNTHER, Hans-Ludwig/KAISER, Peter: Embryonenschutzgesetz, 1992, Einführung S. 92, RN 11

hervorgerufen oder aufrecht erhalten werden. Hinzu kommt, dass die als optimale Umgebung für Kinder einzustufende funktionierende Ehe in unserer Gesellschaft nicht der Regelfall ist. Ehen werden oft geschlossen, ohne dass sich die Ehepartner über die damit verbundenen Verantwortlichkeiten bewusst sind und ohne die Bereitschaft zur Überwindung von im menschlichen Zusammenleben unvermeidbaren Krisen.[1080] Viele Ehen werden aus diesen Gründen schon nach kurzer Zeit wieder geschieden[1081] und ein nicht unerheblicher Anteil der formal fortbestehenden Ehen ist innerlich zerrüttet, die Partner leben nebeneinander her, aber nicht miteinander.[1082] Und jede andere Form der Familie ist in Bezug auf das Kindeswohl mindestens genauso gut, vermutlich besser, als eine nicht funktionierende Ehe, die Kinder mit permanentem Stress und Loyalitätskonflikten belastet. Die Gesellschaftswirklichkeit zeigt, dass inzwischen viele Kinder außerehelich zur Welt kommen und in sozialen Beziehungen aufwachsen, die von der Gestaltung einer ehelichen Beziehung mehr oder weniger stark abweichen.[1083] Von diesen Kindern lebt dennoch ein nicht unerheblicher Anteil in einem stabilen Verhältnis zu beiden Elternteilen, obwohl diese nicht (oder nicht mehr) miteinander verheiratet sind. Der Gesetzgeber hat dieser Entwicklung bei der letzten Reform des Kindschaftsrechts[1084] Rechnung getragen, indem er ein gemeinsames Sorgerecht auch für unverheiratete Eltern eingeführt hat. Nach der Reform des Nichtehelichenrechts ist zudem die Zuordnung der rechtlichen Eltern zum Kind und die Gestaltung seiner Unterhalts- und Erbansprüche gegenüber den unverheirateten Eltern eindeutig geregelt. Damit ist auch die Verpflichtung aus der nichtehelichen Elternschaft umfassend abgesichert. Für das Kind sind aufgrund der fehlenden Eheschließung zwischen seinen Eltern daher keine besonderen rechtlichen Nachteile zu erkennen. Rechtliche Nachteile nehmen vielmehr die Eltern mit ihrer Entscheidung auf sich, nicht heiraten zu wollen (z.B. steuerliche Nachteile, Nachteile bei der Sozial- und Rentenversicherung). Insbesondere besteht dann, wenn eine Partnerin oder ein Partner wegen Betreuung des Kindes die Berufstätigkeit aufgibt, für diese oder diesen keine finanzielle Absicherung beim Scheitern der Beziehung. Aufgrund dessen kann es jedoch auch zu einer **mittelbaren** Belastung des Kindes kommen. Hierdurch können Gemeinwohlbelange berührt werden, da ggf. die Solidargemeinschaft für den Unterhalt des Kindes oder sonstige sozialfürsorgerische Maßnahmen aufkommen muss. Eine mittelbare Belastung des Kindes durch Erwerbstätigkeit des alleinerziehenden Elternteils kann aber auch bei Trennung einer ehelichen Partnerschaft erfolgen, wenn der betreuende Elternteil für seinen Lebensunterhalt einer Beschäftigung nachgehen muss. Dies kann z.B. deshalb erforderlich sein, weil der andere Ehegatte kein ausreichendes

[1080] HAMMER, Margot: Häufigkeit, Ursachen und Folgen der kinderlosen Ehen, unter Berücksichtigung der gewollten Kinderlosigkeit, 1964, S. 77

[1081] Die Scheidungsrate liegt nach den Angaben im Aufsatz von OTT, Sieghart: Die Begriffe „Ehe und Familie“ in Art. 6 I GG, NJW 1998, 117 ff. (117) bei ca. 30 %

[1082] HAMMER, Margot: Häufigkeit, Ursachen und Folgen der kinderlosen Ehen, unter Berücksichtigung der gewollten Kinderlosigkeit, 1964, S. 81

[1083] OTT, Sieghart: Die Begriffe „Ehe und Familie“ in Art. 6 I GG, NJW 1998, 117 ff. (117-118)

[1084] Gesetz zur Reform des Kindschaftsrechts vom 16.12.1997 (BGBl I S. 2942, Inkrafttreten am 01.07.1998)

Einkommen erwirtschaftet oder eine bestehende Unterhaltsverpflichtung hartnäckig nicht oder nur schlecht erfüllt wird. Insoweit ist das Risiko beim Scheitern einer nichtehelichen Gemeinschaft etwas höher, es kann deshalb grundsätzlich ein Gemeinwohlinteresse darstellen, dieses Risiko zu verhindern. Allerdings ist eine solche, leicht erhöhte und nur potentielle Gefahr wohl kein so wichtiges Gemeinschaftsinteresse, das es gerechtfertigt erscheinen lässt, die betroffenen hochrangigen Grundrechte der Eltern bei Fortpflanzung mit den eigenen Keimzellen einzuschränken. Dies gilt um so mehr, wenn man berücksichtigt, dass es gemessen an der Gesamtzahl der außerehelichen Geburten hier sowieso nur um die wenigen Geburten geht, die außerehelich im Wege der medizinisch assistierten Fortpflanzung zustande kommen. Daher ist insoweit ein erhebliches Gemeinschaftsinteresse (z.B. hohe Fürsorgekosten), das es gebietet, allein die außereheliche medizinisch assistierte Fortpflanzung zu verhindern, nicht ersichtlich.

Soweit gegen die nichteheliche Lebensgemeinschaft im Allgemeinen vorgebracht wird, sie sei mangels rechtlicher Bindung zwischen den Partnern, d.h. im Verhältnis der Partner zueinander, instabiler als eine Ehe, ist dies grundsätzlich zutreffend. Es darf jedoch nicht übersehen werden, dass die **Stabilität einer nichtehelichen Gemeinschaft** ganz anders zu bewerten ist, wenn ein gemeinsamer Kinderwunsch der Partner vorliegt. Gegenüber einer nichtehelichen Gemeinschaft ohne Kinderwunsch müssen die fortpflanzungswilligen Partner einer nichtehelichen Gemeinschaft sich darüber im Klaren sein, dass sie sich über ein gemeinsames Kind für viele Jahre, wenn nicht sogar lebenslänglich, aneinander binden. Diese Bindung endet wegen der in Bezug auf das gemeinsame Kind zu klärenden Fragen (z.B. Unterhalt und Personensorge) in der Regel auch nicht mit der Trennung der Partnerschaft. Ein gemeinsames Wunschkind schafft zwischen den Partnern einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft zahlreiche rechtliche und tatsächliche Bindungen. Solche Bindungen sind bei einem gemeinsamen Kinderwunsch der Partner einer nichtehelichen Gemeinschaft offensichtlich und werden akzeptiert. Daher ist der Wunsch nach einem gemeinsamen Kind, insbesondere wenn dies auf normalem Wege nicht möglich ist und die Inanspruchnahme medizinischer Hilfe beabsichtigt wird, ebenfalls ein starkes Indiz für die Stabilität einer Paarbeziehung. Es dauert zudem im Regelfall bereits ein bis zwei Jahre, bevor ein unverheiratetes Paar, das eine normale Fortpflanzung aufgrund einvernehmlicher Entscheidung versucht, überhaupt bemerkt, dass es nicht in der Lage ist, auf diesem Wege Kinder zu bekommen. Trifft es dann die Entscheidung für die Inanspruchnahme medizinischer Hilfe, für die keine Kostenerstattung durch die gesetzliche oder private Krankenkasse zu erlangen ist (vgl. Teil 1, Abschnitte 1.4.4. und 1.4.5.), so ist dies ein zusätzliches Indiz für die Ernsthaftigkeit des Kinderwunsches und die Stabilität der nichtehelichen Beziehung. Weiterhin kommt hinzu, dass die Inanspruchnahme von Methoden der medizinisch assistierten Fortpflanzung psychisch und physisch extrem belastend sein kann und sehr zeitaufwendig ist. Nimmt man all diese Faktoren zusammen, so können kaum Zweifel daran verbleiben, dass auch

bei nichtehelichen Paaren eine stabile Paarbeziehung mit ernsthaftem Kinderwunsch vorliegt, der mit dem Willen zur Übernahme von gemeinsamer Verantwortung für das Kind verbunden ist. Gerade die Dauerhaftigkeit der Paarbeziehung muss angenommen werden, da es für die nicht sterile Person viel einfacher wäre, die Partnerin oder den Partner zu verlassen, um mit einer anderen Person ein Kind zu bekommen, anstatt zusammen mit der vorhandenen sterilen Partnerin oder dem sterilen Partner Methoden der medizinisch assistierten Fortpflanzung in Anspruch zu nehmen.

Das Argument, dass es einer fortpflanzungswilligen nichtehelichen Partnerschaft frei stehe, eine **Ehe zu schließen**, damit sie sich der Methoden der medizinisch assistierten Fortpflanzung bedienen könne, geht an der Sache vorbei. Es besteht ja gerade keine Rechtsvorschrift, die Fortpflanzung nur in der Ehe erlaubt. Vielmehr genießt auch die außereheliche Fortpflanzung umfassenden Grundrechtsschutz (vgl. Teil 2). Insbesondere schützt Art. 6 Abs. 1, 2. Alt. GG auch die Gründung einer nichtehelichen Familie (vgl. Teil 2, Abschnitt 2.3.6.1.2.). Zudem ist die Entscheidung, keine Ehe eingehen zu wollen, nach der herrschenden Meinung in Rechtsprechung und Literatur verfassungsrechtlich geschützt (negative Eheschließungsfreiheit).[1085] Die Gründe, warum Paare eine Eheschließung ablehnen, sind vielseitig und höchstpersönlicher Natur. Genannt werden z.B.:

- Voreheliches Zusammenleben auf Probe, bei dem eine spätere Heirat geplant ist;
- Folgefamilien nach Scheidung, bei denen aus finanziellen Gründen oder wegen des in der Erstehe als bedrückend empfundenen Gewichtes der Institution nicht geheiratet wird;
- bei älteren Paaren sollen oft Rentenverluste oder erbrechtliche Probleme vermieden werden;
- bewusster Verzicht auf rechtliche Absicherung und Verpflichtungen;
- bewusste Abgrenzung der individuellen Beziehung von institutionellen Mustern und traditionellen Rollenverteilungen.[1086]

Diese Gründe sind zumindest teilweise völlig unabhängig von der Entscheidung für oder gegen Kinder. Als grundrechtlich geschützte Entscheidung kann die Motivation für die Eingehung oder Nichteingehung einer Ehe auch nicht einer externen Kontrolle unterliegen, sondern muss frei von direktem oder indirektem Zwang den betroffenen Individuen

[1085] von MÜNCH, Ingo: Verfassungsrecht und nichteheliche Lebensgemeinschaft, in: LANDWEHR, Götz (Hg.): Die nichteheliche Lebensgemeinschaft, 1978, S. 137 ff. (149); SCHUMANN, Eva: Die nichteheliche Familie - Reformvorschläge für das Familienrecht, 1998, S. 194; SCHWENZER, Ingeborg: Gesetzliche Regelung der Rechtsprobleme nichtehelicher Lebensgemeinschaften? JZ 1988, 781 ff. (782); COESTER-WALTJEN, Dagmar: Die Lebensgemeinschaft - Strapazierung des Parteiwillens oder staatliche Bevormundung? NJW 1988, 2085 ff. (2086, 2088); WEGNER, Jörg: Familiennachzug und Ausweisung von nichtehelichen Lebenspartnern, FamRZ 1996, 587 ff. (588)

[1086] DIENEL, Christiane: Familienpolitik - Eine praxisorientierte Gesamtdarstellung der Grundlagen, Handlungsfelder und Probleme, 2002, S. 19-20

überlassen werden. Die Einschränkung von Fortpflanzungsgrundrechten kann daher nicht damit gerechtfertigt werden, dass es den fortpflanzungswilligen Personen frei stehe, das entsprechende rechtliche Hindernis aus dem Weg zu schaffen. Viele gesetzliche Hindernisse können in irgendeiner Weise überwunden werden. Besteht jedoch für eine Tätigkeit Grundrechtsschutz, so muss sich der Gesetzgeber für die Aufstellung eines Hindernisses rechtfertigen. Demgegenüber muss sich eine Staatsbürgerin oder ein Staatsbürger nicht gegenüber der gesetzgebenden Gewalt dafür rechtfertigen, dass sie eine von hochwertigen Grundrechten geschützte Tätigkeit wie die Fortpflanzung ausüben will. Dies gilt um so mehr, wenn man bedenkt, dass der Staat in hohem Maße an der Fortpflanzung der Bevölkerung interessiert ist. Warum soll ein steriles Paar sich grundsätzlich nicht außerehelich fortpflanzen dürfen, während ein Paar, dem normale Fortpflanzung möglich ist, hieran in keiner Weise gehindert wird? Das Ergebnis, nämlich außereheliche Geburt und außereheliches Aufwachsen von Kindern ist in beiden Fällen dasselbe und bei normaler Fortpflanzung inzwischen eine ganz normale Erscheinung des sozialen Lebens. Es ist nicht erkennbar, warum aus Kindeswohlaspekten allein aufgrund der notwendigen Inanspruchnahme medizinischer Hilfe bei der Fortpflanzung die außereheliche Geburt verhindert oder erschwert werden müsste. Es erscheint auch wenig sinnvoll, mit der Begründung, dies diene dem Kindeswohl (und damit auch der Verhinderung von Belastungen für die Solidargemeinschaft), den formalen Akt einer Eheschließung durch mehr oder weniger sanften staatlichen Druck zu erzwingen, wenn die Partner eigentlich nicht zu einem solchen Schritt bereit sind. Solche Ehen haben schlechte Zukunftsprognosen. Und eine nicht funktionierende Ehe dient auch dem Wohl eines Kindes nicht. Dem Wohl des Kindes dient vielmehr eine stabile Beziehung zwischen seinen Eltern und zwischen den Eltern und dem Kind.[1087] Dieses intime familiäre Beziehungsgeflecht lässt sich aber nur durch die betroffenen Personen entwickeln. Es kann nicht durch Rechtsakt erzwungen werden und unabhängig davon existieren, ob zwischen den Eltern eine Ehe besteht.

Weiterhin ist auf den letzten Satz in dem o.g. Zitat von *Günther* einzugehen, in dem er die Teilhabe an der medizinisch assistierten Fortpflanzung als *„gesetzlichen Vorteil“* der Ehe qualifiziert. Auch dieser Aussage ist nicht zuzustimmen. Es gibt nämlich keine gesetzliche Vorschrift, welche die Fortpflanzung oder die medizinisch assistierte Fortpflanzung ausschließlich in der Ehe erlaubt. Es ist vielmehr anerkannt, dass die normale nichteheliche Fortpflanzung von erwachsenen Personen (in Abgrenzung zum von *Günther* genannten Diskriminierungsverbot des nichtehelichen Kindes) Grundrechtsschutz genießt (vgl. hierzu Teil 2). Die einzige Vorschrift, welche die Teilhabe an der medizinisch assistierten Fortpflanzung grundsätzlich Eheleuten vorbehält, findet sich im ärztlichen Standesrecht. Wie bereits dargestellt, ist eine solche Rechtsquelle nicht geeignet, in (Grund-)Rechte

[1087] SCHNEEWIND, Klaus A. in: OERTER, Rolf/MONTADA, Leo (Hg.): Entwicklungspsychologie, 1998, S. 158-160 m.w.N.

von Personen einzugreifen, die nicht zur diesem Standesrecht unterworfenen Berufsgruppe gehören.

Die weiterhin von *Günther* zu (c) vorgetragene Begründung in Bezug auf die Überforderung des Arztes lautet wie folgt:

> „Ähnlich wie im Falle der sozialen Indikation beim Schwangerschaftsabbruch (218a Abs. 2 Nr. 3 StGB) bürdet eine gegenteilige Lösung dem Arzt Aufgaben auf, die mit seiner ärztlichen Tätigkeit nichts zu tun haben. Er müßte in die Intimsphäre des nichtverheirateten Paares eindringen, recherchieren über die Ernsthaftigkeit der Beziehungen, über die Gründe, warum es zwar ein Kind bekommen, nicht aber heiraten will, obwohl die Partnerschaft auf Dauer angelegt sein soll."[1088]

Dem ist insoweit zuzustimmen, als der Arzt wohl tatsächlich durch eine entsprechende Prüfung überfordert wäre, allerdings ist eine solche Überprüfung durch den Arzt weder zulässig noch erforderlich. Wie bereits dargestellt, spricht eine aus den äußeren Umständen resultierende Vermutung für die grundsätzliche Stabilität einer nichtehelichen Partnerschaft mit Kinderwunsch. Die Übernahme von Elternverantwortung durch beide Partner ist bei homologer Fortpflanzung bereits dadurch garantiert, dass beide nach den familienrechtlichen Vorschriften die rechtlichen Eltern des Kindes mit allen daraus resultierenden Rechten und Pflichten werden. Wegen der unabdingbaren rechtlichen Verpflichtungen der genetischen und physiologischen Eltern gegenüber dem nichtehelichen Kind, sowie der hohen Kosten der medizinisch assistierten Fortpflanzung und dem damit verbundenen Aufwand ist es auch höchst unwahrscheinlich, dass in großem Umfang ein Missbrauch durch alleinstehende Personen zu befürchten ist, die lediglich eine feste Partnerschaft vortäuschen.

Im Ergebnis lässt keiner der von *Günther* genannten Gründe auf die Verletzung eines so wichtigen Gemeinschafts- oder Individualrechtsgutes schließen, dass eine Einschränkung von Fortpflanzungsgrundrechten der nichtehelichen Wunscheltern gerechtfertigt erscheint: Zwar ist, wie bereits dargestellt, in der Tat davon auszugehen, dass grundsätzlich eine Eheschließung eine höhere Chance für das Zusammenbleiben der Partner bietet als eine nichteheliche Gemeinschaft. Dies gilt jedoch nur eingeschränkt bei einer nichtehelichen Gemeinschaft mit gemeinsamem Kinderwunsch (s.o.). Zudem bietet auch eine Ehe keine Garantie für die Stabilität der Partnerschaft. Selbst wenn man der Ehe in Übereinstimmung mit deren Sinn und Zweck unterstellt, dass sie zumindest die Vermutung einer stabilen Partnerschaft begründet, so ist diesem Argument entgegenzuhalten, dass hier versucht wird, mit dem Wohl eines potentiellen Kindes dessen Entstehung zu verhindern. Es entspricht aber durchaus den Grundwerten des Grundgesetzes, davon auszugehen, dass konfliktträchtige Existenz eher im Interesse eines Kindes sein wird als Nicht-Existenz. Das Interesse einer Person wird in erster Linie Existenz sein, erst in zweiter Linie können die Umstände dieser Existenz beachtlich sein.

[1088] GÜNTHER in: KELLER, Rolf/GÜNTHER, Hans-Ludwig/KAISER, Peter: Embryonenschutzgesetz, 1992, Einführung S. 92, RN 11

Von diesem Grundsatz sind in extremen Fällen sicherlich Ausnahmen zu machen (vgl. die Erörterungen zum potentiellen Kind im Abschnitt 3.2.2.1.), die nichteheliche Entstehung eines Kindes ist aber mit Sicherheit kein extremer Umstand, der automatisch den Schluss nahe legt, das Kindeswohl sei allein aufgrund der fehlenden ehelichen Bindung zwischen den Eltern in eklatanter Weise gefährdet. Der Verfassung lässt sich gerade nicht entnehmen, dass Kinder besser gar nicht als unehelich zur Welt kommen sollten. Eine solche These lässt sich weder mit dem Grundsatz vereinbaren, dass Leben als Höchstwert der Verfassung anzusehen ist, egal in welche Umstände es hineingeboren wird, noch mit dem anerkannten Schutz der nichtehelichen Familie durch Art. 6 Abs. 1, 2. Alt. GG. Diese Ansicht vertritt auch *Richter*, der Regelungen, die das Grundrecht, Kinder zu zeugen oder zu empfangen (das er als Teil des allgemeinen Persönlichkeitsrechts einstuft), vom Familienstand abhängig machen, als *„schlechterdings verfassungswidrig“* einstuft.[1089]

Als **Zwischenergebnis** ist daher festzuhalten, dass es nicht mit Kindeswohlaspekten gerechtfertigt werden kann, die Inanspruchnahme von Methoden der medizinisch assistierten Fortpflanzung durch eine nichteheliche Gemeinschaft zu erschweren. Auch darüber hinaus sind keine wichtigen Gründe ersichtlich, die es zum Schutz von Individual- oder Gemeinwohlinteressen erlauben oder sogar erfordern, die nichteheliche Geburt von mit medizinischer Hilfe gezeugten Kindern unter Einschränkung von Fortpflanzungsgrundrechten zu verhindern oder zu erschweren. Infolgedessen ist eine Verhinderung oder Benachteiligung der medizinisch assistierten außerehelichen Fortpflanzung nicht mit dem Grundgesetz vereinbar.

Neben einem ungerechtfertigten Eingriff in Fortpflanzungsgrundrechte könnte bei homologer Fortpflanzung ebenfalls in der Beschränkung des Zugangs zur medizinisch assistierten Fortpflanzung für unverheiratete Paare eine **unzulässige Ungleichbehandlung aufgrund einer Behinderung** liegen. Nichteheliche unverheiratete Paare, bei denen ein Partner oder beide Partner sich nur mit ärztlicher Hilfe fortpflanzen können, werden gegenüber nichtehelichen unverheirateten Paaren, die sich ohne ärztliche Hilfe fortpflanzen können, ungleich behandelt. Unfruchtbaren nichtehelichen Paaren wird insbesondere der Zugang zur notwendigen ärztlichen Hilfe mit dem Argument verweigert, die nichteheliche Geburt von Kindern müsse im Interesse des Kindeswohls oder im Interesse der Gesellschaft verhindert werden, während normal fruchtbare nichteheliche Paare in keiner Weise an der Fortpflanzung gehindert werden. Hierin könnte eine unzulässige, gegen Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG verstoßende Benachteiligung wegen einer Behinderung liegen.

[1089] RICHTER, Ingo: „Von der Freiheit, Kinder zu haben - Verfassungsfragen der gesellschaftlichen Reproduktion“, in: NAUCK, Bernhard/ONNEN-ISEMANN (Hg.): Familie im Brennpunkt von Wissenschaft und Forschung, 1995, S. 40

Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG schützt Behinderte davor, wegen ihrer Behinderung durch staatliche (gesetzliche) Regelungen gegenüber Nichtbehinderten eine schlechtere Rechtsposition eingeräumt zu bekommen. Diese Vorschrift ist erst im Jahr 1994 aufgenommen worden (Art. 1 Nr. 1 des „Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes“ vom 27.10.1994[1090]).[1091] Die explizite Nennung des Merkmals der Behinderung als Kriterium einer Ungleichbehandlung stellt eine (späte) Reaktion auf die Massentötungen von Behinderten durch den NS-Staat dar. In erster Linie sollte die Einfügung ein Zeichen gegen die Diskriminierung von Behinderten im Alltagsleben (Vorurteile, Stigmatisierung, Kontaktvermeidung) setzen. Allerdings war man sich bereits vor der Einfügung des Begriffs der Behinderung in Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG darüber im Klaren, dass die alltäglichen Probleme von Behinderten hierdurch wohl kaum entscheidend beeinflusst werden könnten.[1092] Träger des Grundrechts aus Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG sind nur natürliche, behinderte Personen.

Für die Frage, ob eine natürliche Person die Eigenschaft „behindert“ erfüllt, wird im Schrifttum auf die Definition des Behindertenbegriffs in § 3 Abs. 1 S. 1 SchwerbehindertenG verwiesen. Hiernach liegt eine Behinderung vor, wenn Personen von Auswirkungen einer nicht nur vorübergehenden Funktionsbeeinträchtigung betroffen sind, welche auf einem regelwidrigen (d.h. nicht nur altersbedingten) körperlichen, geistigen oder seelischen Zustand beruht.[1093] Körperliche Defekte, die zu ungewollter Kinderlosigkeit führen (z.B. organische Sterilität), gelten unstreitig als Erkrankung. Ist eine solche Erkrankung dauerhaft und unheilbar, so handelt es sich um eine Behinderung. Mit der Vorschrift des Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG hat der Verfassungsgeber seinen Willen zum Ausdruck gebracht, dass alle Menschen unabhängig von ihrer individuellen körperlichen Verfassung gleiche Rechte besitzen.

Eine Benachteiligung Behinderter liegt vor, wenn eine staatliche Regelung oder Maßnahme eine benachteiligende Ungleichbehandlung direkt an eine bestimmte Behinderung anknüpft. Vergleichsmaßstab sind stets Nichtbehinderte. Es ist von einem weiten Nachteilsbegriff auszugehen, der jedes spezielle staatliche Ge- oder Verbot umfasst. Die Zufügung eines Nachteils liegt auch in dem staatlich angeordneten Ausschluss von Entfaltungs- und Betätigungsmöglichkeiten, die Nichtbehinderten offen stehen. Eine Benachteiligung kann auch als indirekte, mittelbare Diskriminierung vorliegen,

[1090] BGBl. I 3146

[1091] ECKERTZ-HÖFER, Marion in: DENNINGER, Erhard/ ... (Hg.): Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (Reihe Alternativkommentare), Stand: August 2002, Art. 3 Abs. 2, 3, RN 84

[1092] ECKERTZ-HÖFER, Marion in: DENNINGER, Erhard/ ... (Hg.): Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (Reihe Alternativkommentare), Stand: August 2002, Art. 3 Abs. 2, 3, RN 125

[1093] ECKERTZ-HÖFER, Marion in: DENNINGER, Erhard/ ... (Hg.): Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (Reihe Alternativkommentare), Stand: August 2002, Art. 3 Abs. 2, 3, RN 134-135; BERGMANN in: HÖMIG, Dieter/SEIFERT, Karl-Heinz (Hg.): Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland - Taschenkommentar; Art. 3 RN 20

wenn staatliche Regelungen oder Maßnahmen mit benachteiligender Wirkung allein an ein Phänomen anknüpfen, das bei Behinderten deutlich häufiger vorkommt als bei Nichtbehinderten. Diese Form der Diskriminierung wird vom Schutzbereich des Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG ebenfalls umfasst.[1094]

Wird einer Personengruppe mit einer bestimmten Behinderung (z.B. sterilen Personen) die Inanspruchnahme ärztlicher Hilfe versagt, so wird dieser Gruppe von Behinderten gezielt die Kompensation ihrer Behinderung verweigert. Anhaltspunkte, die eine solche Kompensationsverweigerung im Vergleich mit nichtehelichen, normal fortpflanzungsfähigen Paaren rechtfertigen, sind bei homologer medizinisch assistierter Fortpflanzung nicht erkennbar.

Als **Zwischenergebnis** ist festzuhalten, dass die erschwerte Inanspruchnahme ärztlicher Hilfe zur Fortpflanzung für unverheiratete, sterile Paare gegenüber unverheirateten fruchtbaren Paaren eine ungerechtfertigte Ungleichbehandlung aufgrund einer Behinderung darstellt. Daher wären dem Gesetzgeber auch aus diesem Grund bei einer dem ärztlichen Standesrecht entsprechenden Regelung verfassungsrechtliche Schranken bei der Aufstellung besonderer Hindernisse für die Inanspruchnahme einer ärztlichen Behandlung zum Zwecke der nichtehelichen Fortpflanzung auferlegt.

Die Frage der Regelung des Zugangs zu einer medizinischen Behandlung für eine nichteheliche Gemeinschaft ist allerdings **getrennt von der Frage zu halten, ob die Solidargemeinschaft verpflichtet ist, die Kosten einer solchen Inanspruchnahme zu bezahlen**. Die Übernahme für Kosten der Inanspruchnahme von Methoden der medizinisch assistierten Fortpflanzung steht grundsätzlich im Ermessen des Gesetzgebers, da es sich nicht um eine lebensnotwendige Behandlung handelt (vgl. Teil 2, Abschnitt 2.3.4.1.8.). Allerdings könnte bei der Beschränkung der Kostenübernahme auf Ehepaare ebenfalls eine ungerechtfertigte **Ungleichbehandlung** vorliegen. Vergleichspaar sind hier ein unfruchtbares verheiratetes Paar und ein unfruchtbares unverheiratetes Paar. Bei beiden liegt innerhalb der Geschlechtspartnerschaft bei organischen oder idiopathischen Ursachen der Sterilität eine Behinderung vor, hieraus folgt, dass keine Ungleichbehandlung vorliegt, die an eine bestehende Behinderung anknüpft. Vielmehr resultiert die Ungleichbehandlung aus dem unterschiedlichen zivilrechtlichen Status fortpflanzungswilliger Paare (verheiratet/unverheiratet). Eine Ungleichbehandlung kann daher hier nur aufgrund des allgemeinen Gleichheitsgebotes aus Art. 3 Abs. 1 GG in Betracht kommen. Eine Ungleichbehandlung liegt vor, da bei Ehepaaren eine Kostenübernahme durch die gesetzliche und private Krankenversicherung in einem gewissen Umfang erfolgt (vgl. Teil 1, Abschnitte 1.4.4. und 1.4.5.), während eine solche Kostenübernahme bei

[1094] ECKERTZ-HÖFER, Marion in: DENNINGER, Erhard/ ... (Hg.): Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (Reihe Alternativkommentare), Stand: August 2002, Art. 3 Abs. 2, 3, RN 137-138

unverheirateten Paaren nicht vom Gesetzgeber vorgesehen ist. Es stellt sich die Frage, ob es sich bei dieser Ungleichbehandlung um eine gerechtfertigte Ungleichbehandlung handelt.

Zu dieser Frage existiert bereits **Rechtsprechung**. Die deutschen Gerichte lehnen bislang einhellig eine Kostenerstattungspflicht der Krankenkassen für die künstliche Fortpflanzung unverheirateter Personen ab.[1095] In Bezug auf die Erstattung von Kosten für die Inanspruchnahme medizinisch assistierter Fortpflanzung durch gesetzliche und private Krankenkassen wird die Ehe gegenüber der nichtehelichen Lebensgemeinschaft als in zulässiger Weise privilegiert angesehen. In einer Entscheidung zur Ablehnung der Kostenerstattungspflicht einer privaten Krankenkasse für die Inanspruchnahme von Methoden der medizinisch assistierten Fortpflanzung in einer nichtehelichen Partnerschaft führt das LG Köln die folgenden Gründe für eine Schlechterstellung der nichtehelichen Gemeinschaft gegenüber der Ehe an:

> „Bei einer nichtehelichen Partnerschaft steht schon nicht fest, wie lange sie überhaupt besteht. Auch die Ausgestaltung und Intensität lässt sich nicht beurteilen. Die Formen des Zusammenlebens nicht verheirateter Paare können heutzutage sehr unterschiedlich sein. Auf dieser Grundlage lässt sich nicht beurteilen, ob und wie lange ein Kinderwunsch überhaupt besteht und ob er ersthaft ist. Erst recht kann nicht eingeschätzt werden, ob das Ausbleiben eines Kindes irgendeinen Einfluss auf die Partnerschaft hat, Konflikte oder gar seelische Störungen auslösen kann. Anders als bei einer bestehenden Ehe müsste diese Frage zunächst geklärt werden, um die Kostentragungspflicht beurteilen zu können. Dies ist im Rahmen eines Versicherungsverhältnisses nicht möglich. Auch in einem Rechtsstreit wäre eine Klärung nicht praktikabel. Derartige Motivationen sind als innere Vorgänge einer Klärung mit den Mitteln des Zivilprozesses nicht zugänglich. Letztlich bliebe nur eine Anhörung oder Parteivernehmung des VN und seines Partners. Auch dann sind die intimen Beziehungen zweier Partner als deren innere Angelegenheiten nicht öffentlich zu machen. [...] Es wäre dann (bei Kostentragungspflicht der Krankenversicherung für die medizinisch assistierte Fortpflanzung bei einer in einer nichtehelichen Gemeinschaft lebenden Person) kein rechtlich tragbarer Grund mehr zu finden, warum diese Ausweitung auf die nichteheliche Lebensgemeinschaft begrenzt, auf homosexuelle oder lesbische Gemeinschaften dagegen nicht möglich sein sollte. Selbst allein Stehenden könnte dann der Wunsch nach einem Kind nicht verwehrt werden, wobei bei einer Sterilität die private Krankenversicherung für die Kosten der In-vitro-Fertilisation einzustehen hätte. Das sprengt den Rahmen des Versicherungsschutzes. Es ist anerkannt, dass bei der ärztlichen Heilbehandlung Kostengesichtspunkte eine Rolle spielen (vgl. etwa OLG Köln VersR 1998, 88 für Zahnersatz). Bei der In-vitro-Fertilisation hat der BGH den VN nach Treu und Glauben für verpflichtet angesehen, bei der Inanspruchnahme der besonders kostenträchtigen und nicht vital lebensnotwendigen Behandlung in angemessener Weise auf den Versicherer und die Versichertengemeinschaft Rücksicht zu nehmen. Deshalb sind nicht beliebig viele Versuche zu erstatten. Dieser Kostengesichtspunkt ist auch bei der Frage zu berücksichtigen, wie weit der berechtigte Personenkreis ausgedehnt werden darf. Er ist auf eine bestehende Ehe zu begrenzen [...].“[1096]

[1095] Urteile des BGH vom 17.12.1986, IV a ZR 78/85, BGHZ 99, 228 ff.; vom 23.09.1987, IV a ZR 59/86, VersR 1987, S. 1107-1108; und vom 12.11.1997, IV ZR 58/97, VersR 1998, S. 87-88 (87); Urteil des LG Stuttgart vom 29.07.1997, 19 O 197/97, VersR 1998, S. 1409-1410; Urteil des LG Köln vom 21.02.2001, 23 O 57/00, VersR 2001, S. 1373-1374 (1373); vgl. hierzu auch: KLIEMT, Michael: Kostenerstattungspflicht bei In-vitro-Fertilisation, VersR 1996, S. 32-33; MARLOW, Sven: Voraussetzungen und Fallgruppen der Kostenerstattung für Maßnahmen künstlicher Befruchtung in der privaten Krankenversicherung, VersR 2002, S. 144-151

[1096] Urteil des LG Köln vom 21.02.2001, 23 O 57/00, VersR 2001, S. 1373-1374

Bei Auswertung dieser Aussagen des LG Köln in Bezug auf die unterschiedliche Behandlung von Ehe und nichtehelicher Gemeinschaft bei der Kostenerstattung durch die gesetzliche und private Krankenversicherung lassen sich folgende Begründungsansätze herausarbeiten: (1) fragliche Stabilität einer nichtehelichen Gemeinschaft, (2) Unüberprüfbarkeit der individuellen Kinderwunschmotivation, (3) schwer überprüfbarer Krankheitswert der seelischen Folgen ungewollter Kinderlosigkeit und ihrer Auswirkungen auf die Paarbeziehung, (4) Zumutbarkeit der Kosten der assistierten Reproduktion unverheirateter Paare für die Solidargemeinschaft.

Wie bereits ausgeführt, ist die Stabilität einer nichtehelichen Gemeinschaft (Argument 1) bei gemeinsamem, nur im Wege der Inanspruchnahme medizinischer Hilfe zu realisierendem Kinderwunsch aufgrund der äußeren Umstände regelmäßig anzunehmen (s.o.). Wie ebenfalls bereits im Teil 2, Abschnitt 2.3.1.1.2. ausgeführt, bedarf der individuelle Kinderwunsch (Argument 2) keiner Begründung. Er ist vielmehr bei unverheirateten ebenso wie bei verheirateten Paaren als Entscheidung der persönlichen Lebensplanung grundrechtlich geschützt und nicht rechtlich überprüfbar. Das Argument des schwer überprüfbaren Krankheitswertes bei geltend gemachter Erkrankung wegen psychischer Folgen der ungewollten Kinderlosigkeit (Argument 3) ist nicht auf jeden Fall ungewollter Kinderlosigkeit anwendbar. Bei ungewollter Kinderlosigkeit aufgrund organischer Sterilität liegt z.B. eine einfach nachweisbare behandlungsbedürftige Erkrankung vor. In diesen Fällen ist es auch fraglich, ob der Anspruch auf Kostenerstattung vom zivilrechtlichen Status einer Person abhängig gemacht werden darf. Entsprechend äußert sich auch *Marlow*, indem er darauf hinweist, dass es für die Frage der Notwendigkeit einer medizinischen Behandlung nicht auf das Bestehen einer Ehe ankommen kann.[1097] *Marlow* führt hierzu weiter folgendes aus:

> „Unabhängig davon, dass der herrschende Krankheitsbegriff eine Unterscheidung zwischen verheirateten und unverheirateten Personen nicht trifft, lässt sich eine solche Differenzierung auch ansonsten sachlich nicht rechtfertigen. Das Vorliegen eines anormalen körperlichen Zustands hängt nicht von der Existenz einer Ehe ab. Eine Sterilität - die objektiv und nach allgemeinem Verständnis und Sprachgebrauch als regelwidriger Körperzustand anzusehen ist - liegt unabhängig vom Bestehen einer Ehe vor und verändert sich nicht etwa, je nachdem, ob eine eheliche oder nichteheliche Lebensgemeinschaft besteht. Der sterile Ehepartner, der definitionsgemäß als krank angesehen und dem damit ein anomaler Körperzustand zugestanden wird, wird nicht etwa allein durch eine Ehescheidung in einer nachfolgenden nichtehelichen Gemeinschaft gesund; sein körperlicher Zustand bleibt vielmehr vom Bestand einer Ehe völlig unbeeinflusst. Auch erfolgt etwa in beiden Fällen - der ehelichen und nichtehelichen Lebensgemeinschaft - die Linderung des Leidens, nämlich der Unfruchtbarkeit, durch eine künstliche Befruchtung.“[1098]

[1097] MARLOW, Sven: Voraussetzungen und Fallgruppen der Kostenerstattung für Maßnahmen künstlicher Befruchtung in der privaten Krankenversicherung, VersR 2002, S. 144 (148)
[1098] MARLOW, Sven: Voraussetzungen und Fallgruppen der Kostenerstattung für Maßnahmen künstlicher Befruchtung in der privaten Krankenversicherung, VersR 2002, S. 144 (146)

Dementsprechend ist bei organisch bedingter Sterilität die Zulässigkeit der Beschränkung von Kostenerstattungsansprüchen auf verheiratete Personen höchst fraglich. Zumindest die organisch kranke Person hat gegenüber ihrer Krankenversicherung einen Anspruch auf entsprechende Krankenbehandlung. Dies ist allerdings keine verfassungsrechtliche Frage der Ungleichbehandlung, sondern eine Frage des Sozialversicherungsrechts bzw. des Rechtes der privaten Krankenversicherung und soll hier nicht vertieft werden.

Als sachlicher Grund für eine trotz Art. 3 Abs. 1 GG als zulässig anzusehende Ungleichbehandlung bei der Kostenerstattung bleibt die unterschiedliche rechtliche Bindung zwischen den fortpflanzungswilligen Personen als Anknüpfungspunkt für die Zumutbarkeit einer Kostenübernahme durch die Solidargemeinschaft (Argument 4). Die Begrenzung der Kostenerstattung ist ein legitimes Argument, da sie allein Gemeinschaftsinteressen und nicht dem Kindeswohl dienen soll. Da der Gesetzgeber durch Art. 6 Abs. 1, 1. Alt. GG gehalten ist, die Ehe gegenüber anderen Lebensformen nicht zu benachteiligen, kann er die Eheschließung bei in seinem Ermessen liegenden finanziellen Leistungen als zulässiges Anknüpfungskriterium wählen. Daher kann gegenüber unverheirateten Personen eine Kostenübernahme durch die gesetzliche oder private Krankenversicherung ausgeschlossen werden (vgl. Teil 1, Abschnitte 1.4.4. und 1.4.5.), ohne dass eine gegen Art. 3 Abs. 1 GG verstoßende, ungerechtfertigte Ungleichbehandlung vorliegt.

Im **Ergebnis** ist die Aufstellung erschwerter Voraussetzungen für die Inanspruchnahme von Methoden der medizinisch assistierten Fortpflanzung im **homologen System** bei unverheirateten Paaren auch materiell rechtswidrig. Allerdings besteht kein verfassungsrechtlicher Anspruch nichtehelicher Paare auf Übernahme der hierbei entstehenden Kosten durch die gesetzliche oder private Krankenversicherung.

Es bleibt zu klären, wie die verfassungsrechtliche Beurteilung ausfällt, wenn ein nichteheliches Paar sich mittels gespendeter Keimzellen oder durch Inanspruchnahme einer Leih- oder Tragemutter fortpflanzen möchte. Zur nichtehelichen Fortpflanzung unter Inanspruchnahme **dritter Personen mit Elternfunktion** (derzeit einzig zulässige Alternative: Samenspende) wird seitens der Bundesärztekammer folgendes ausgeführt:

> "Darüber hinaus wirft die Durchführung von Methoden der assistierten Reproduktion mit Spendersamen Dritter ebenso wie die artifizielle heterologe Insemination besondere Probleme auf, wenn diese Methoden im heterologen System zur Anwendung gelangen. Diese Probleme bestehen in dem Auseinanderfallen der sozialen und genetischen Vaterschaft. Der Gesetzgeber hat im Rahmen der Novellierung des Kindschaftsrechtsreformgesetzes zwar die Frage diskutiert (vgl. Bundestags-Drs. 13/4899, S. 146, S. 166 sowie Bundesrats-Drs. 710/1/97), ob durch einen Ausschluss des Anfechtungsrechtes dieses Problem gelöst werden könne, eine gesetzliche Regelung jedoch nicht getroffen, da die Gesamtproblematik der heterologen Insemination nach Auffassung des Gesetzgebers nicht einer isolierten Teilregelung zugeführt werden sollte, sondern in einem gesonderten Gesetz insgesamt zu regeln sei.

Hier wird implizit mit Problemen der rechtlichen Zuordnung eines entstehenden Kindes bei Fortpflanzung unter Verwendung von gespendeten Keimzellen argumentiert. Diese Begründung ist nicht geeignet, die grundsätzliche Bindung der Inanspruchnahme ärztlicher Hilfe zur Fortpflanzung an eine bestehende Ehe zu rechtfertigen, sondern kann allenfalls zur Rechtfertigung der Beschränkung einer beabsichtigten nichtehelichen Fortpflanzung unter Verwendung von Spenderkeimzellen gelten.

Wie in Teil 2 festgestellt, ist die Intensität des Schutzes der Fortpflanzung bei beabsichtigter heterologer Fortpflanzung deutlich geringer als bei homologer Fortpflanzung (vgl. Teil 2, Abschnitte 2.3.2.1.4 bis 2.3.2.1.6., 2.3.4.1.2. und 2.3.5.1.4.). Bei der heterologen medizinisch assistierten Fortpflanzung im Wege der Inanspruchnahme von Keimzellenspenden oder von Leih- oder Tragemüttern kann der Gesetzgeber bereits aus vernünftigen Erwägungen des Allgemeinwohls Beschränkungen vorsehen. Es wird für die Verfassungsmäßigkeit von Beschränkungen einer solchen außerehelichen, heterologen medizinisch assistierten Fortpflanzung darauf ankommen, in welcher Weise der Gesetzgeber eine Regelung trifft und welche Intensität ein hiermit verbundener Grundrechtseingriff bei den Wunscheltern aufweist. Grundsätzlich kann jedoch der Gesetzgeber insoweit die Fortpflanzung nichtehelicher Wunscheltern einschränken.

3.4.2.2. Einzelpersonen und nichteheliche gleichgeschlechtliche Lebensgemeinschaften

Personen, die überhaupt keinen fortpflanzungswilligen, gegengeschlechtlichen Partner haben, sollen nach den Richtlinien der Bundesärztekammer überhaupt nicht mit Methoden der medizinisch assistierten Fortpflanzung behandelt werden. Für diesen Fall ist im ärztlichen Standesrecht auch keine Ausnahmeregelung vorgesehen, Nr. 3.2.3. der Richtlinien enthält vielmehr ein ausdrückliches Verbot gegenüber einer Ärztin oder einem Arzt, in dieser Konstellation eine fortpflanzungsmedizinische Behandlung durchzuführen.

Bei Einzelpersonen und gleichgeschlechtlichen Lebensgemeinschaften ist an erster Stelle zu hinterfragen, in welches Grundrecht durch ein Verbot der Inanspruchnahme ärztlicher Hilfe eingegriffen wird. Wie bereits im Teil 2 festgestellt (vgl. Abschnitt 2.3.2.1.7.) kann man sich ohne gegengeschlechtlichen Partner nicht fortpflanzen. Ein Eingriff in Fortpflanzungsgrundrechte scheidet daher beim Verbot der Inanspruchnahme ärztlicher Behandlung durch Einzelpersonen oder gleichgeschlechtliche Lebensgemeinschaften aus, da es an einer tatsächlichen Voraussetzung der Wahrnehmung von Fortpflanzungsgrundrechten fehlt, nämlich am gegengeschlechtlichen, fortpflanzungswilligen Partner. Mit demselben Argument lehnt z.B. auch *Marlow* einen Erstattungsanspruch in der privaten Krankenversicherung für Kosten der medizinisch assistierten Fortpflanzung bei gleichgeschlechtlichen Lebensgemeinschaften ab:

> „Doch dürfte eine Erstattungspflicht bei gleichgeschlechtlichen Paaren trotz organisch bedingter Sterilität nach Sinn und Zweck des Krankenversicherungsvertrags ausgeschlossen sein. Denn es ist nicht Sinn der privaten Krankenversicherung, biologisch Unmögliches - nämlich die Herbeiführung einer Schwangerschaft zwischen gleichgeschlechtlichen Partnern - zu finanzieren. Dies wäre den gleichgeschlechtlichen Partnern auch in völlig gesundem Zustand nicht möglich."[1099]

Ein Verbot der Inanspruchnahme ärztlicher Hilfe zur Fortpflanzung stellt daher bei diesem Personenkreis keinen Eingriff in Fortpflanzungsgrundrechte, sondern nur einen Eingriff in die allgemeine Handlungsfreiheit dar. Allerdings fehlt es selbst bei einem Eingriff in die allgemeine Handlungsfreiheit an einer entsprechenden Rechtsetzungskompetenz der Ärztekammern. Auch diese Regelung ist deshalb **formell verfassungswidrig**. Fraglich ist, ob das Verbot auch **materiell verfassungswidrig** ist. Das Verbot in Nr. 3.2.3. der Richtlinien wird im Anhang der Richtlinien unter Nr. I. 3 wie folgt begründet:

> "Im Hinblick auf das Kindeswohl verbietet es sich, einer alleinstehenden Frau oder gleichgeschlechtlichen Paaren einen Kinderwunsch zu erfüllen."

Hier wird in der von der Bundesärztekammer abgegebenen Begründung wieder in unzulässiger Weise mit der Berufung auf das Wohl des Kindes seine Entstehung verhindert (vgl. Abschnitt 3.2.2.1.). Diese Ansicht vertritt auch *Coester-Waltjen* in Bezug auf die Zulässigkeit der künstlichen Insemination bei einer nicht verheirateten Frau:

> „Abgesehen davon, dass auch bei natürlichen Zeugungen das Kind häufig in eine Ein-Eltern-Familie hineingeboren wird oder - infolge einer Scheidung der Eltern - in einer Ein-Eltern-Familie aufwächst, sieht das Gesetz selbst die Möglichkeit der Begründung eines Eltern-Kind-Verhältnisses mit nur einem Elternteil in § 1741 III BGB vor. Bereits aus dieser gesetzgeberischen Wertung ergibt sich, dass ein derartiger Vorgang nicht in Widerspruch zu Art. 6 GG steht. Überlegungen, dass das Wohl des so gezeugten Kindes durch eine eventuelle labile oder unübliche Partnerverbindung oder die alleinige Beziehung zur Mutter gefährdet sein könnte, dürfen hier, wie oben ausführlich dargelegt, nicht herangezogen werden, da die Handlungsalternative, die Nichtzeugung dieses Kindes, dem Wohl dieses Kindes nicht dienen kann."[1100]

Wie bereits ausgeführt, fehlt es bei alleinstehenden Personen an einer tatsächlichen Voraussetzung zur Wahrnehmung von Fortpflanzungsgrundrechten, denn wer keine gegengeschlechtliche fortpflanzungswillige Person zur Verfügung hat, kann sein Grundrecht auf Fortpflanzung nicht ausüben. Hier wird nicht durch einen staatlichen Eingriff oder einen Eingriff von dritter Seite, sondern durch die fortpflanzungswillige Person selbst ein notwendiger Aspekt der Fortpflanzung (gegengeschlechtlicher Partner) abgelehnt. Der Ausschluss von Personen ohne gegengeschlechtlichen Partner mit Elternwille von der Inanspruchnahme ärztlicher Hilfe zur Fortpflanzung ist daher nicht wegen eines Eingriffs in Fortpflanzungsgrundrechte materiell verfassungswidrig. Es handelt sich vielmehr um

---

[1099] MARLOW, Sven: Voraussetzungen und Fallgruppen der Kostenerstattung für Maßnahmen künstlicher Befruchtung in der privaten Krankenversicherung, VersR 2002, S. 144 (146)

[1100] COESTER-WALTJEN: Die künstliche Befruchtung beim Menschen - Zulässigkeit und zivilrechtliche Folgen, Gutachten B für den 56. deutschen Juristentag, 1986, S. 74

den rechtlichen Ausschluss einer unmöglichen Handlung. Allerdings darf nicht übersehen werden, dass mit der Regelung im ärztlichen Standesrecht ausweislich der Begründung keine unmögliche Handlung, sondern vielmehr ein Unterfall der heterologen Fortpflanzung von nichtehelichen gegengeschlechtlichen Personen verboten werden sollte. Eindeutig formuliert müsste das Verbot entsprechend dieser Zielrichtung lauten:

> "Die Verwendung von Spenderkeimzellen (alternativ: Spenderinneneizellen oder Spendersamen) bei Personen, die Kinder allein oder in einer gleichgeschlechtlichen Lebensgemeinschaft aufziehen wollen, ist verboten."

Es ist daher **hilfsweise** auch zu überprüfen, ob der Gesetzgeber ein solches Verbot aufstellen könnte.

Da, wie bereits mehrfach festgestellt, die heterologe Fortpflanzung nur vom Randbereich von Fortpflanzungsgrundrechten geschützt wird, liegt es im Ermessen des Gesetzgebers, insoweit aus vernünftigen Erwägungen des Allgemeinwohls Regelungen oder Verbote zu erlassen. Eine Einschränkung der Inanspruchnahme von Methoden der medizinisch assistierten Fortpflanzung durch alleinstehende Frauen oder durch gleichgeschlechtliche Paare kann z.B. damit begründet werden, dass diese nicht im Intimbereich der genetischen Eltern stattfindet und ein genetischer Elternteil von vornherein ohne Elternwillen handelt und deshalb jegliche soziale und finanzielle Verantwortung für das entstehende Kind ablehnt.

Es wird auch immer wieder vorgetragen, es bestehe bei der Behandlung unverheirateter Paare die Gefahr, dass eine nichteheliche Gemeinschaft nur vorgetäuscht würde, während tatsächlich die Fortpflanzung auf eine alleinige soziale Elternschaft eines der Partner gerichtet sei. Diese Gefahren erscheinen aufgrund der zivilrechtlichen Rahmenbedingungen der Fortpflanzung als gering: Die zivilrechtlichen Regelungen in Bezug auf die Fortpflanzung erlauben nahezu keine dem Willen der sozialen Wunschelternperson entsprechende Regelung der „alleinigen" sozialen Elternschaft. Die austragende Frau ist immer auch die rechtliche Mutter des Kindes. Ist sie nicht verheiratet, so wird der genetische Erzeuger des Kindes der rechtliche Vater. Eine Änderung dieser rechtlichen Zuordnung könnte nur durch Adoption erreicht werden, wobei aber vermutlich die Vortäuschung der nichtehelichen Paarbeziehung zur Fortpflanzungszwecken auffallen würde. Es erscheint auch höchst unwahrscheinlich, dass sich fremde gegengeschlechtliche Personen überhaupt bereit erklären würden, auf entsprechende Bitte einer „allein" fortpflanzungswilligen Person eine nichteheliche Partnerschaft zum Zwecke des Zuganges zu Methoden der medizinisch assistierten Fortpflanzung vorzutäuschen. Denn eine solche Handlung ist für die Person ohne Elternwillen damit verbunden, dass ihr die rechtliche Elternschaft und die damit einhergehenden zivilrechtlichen Unterhaltsverpflichtungen für das entstehende Kind dennoch zufallen. Bei medizinisch assistierter Fortpflanzung ist es auch nicht möglich, den Namen des anderen Elternteils zu verheimlichen, da die

behandelnde Ärztin oder der behandelnde Arzt einer Pflicht zur Dokumentation der persönlichen Daten der genetischen Eltern unterliegt (vgl. Teil 3, Abschnitt 3.2.2.2.3.). Die Gefahr eines Missbrauchs der Fortpflanzungsgrundrechte nichtehelicher Wunscheltern ist daher aufgrund der unabdingbaren rechtlichen Verpflichtungen der physiologischen Mutter und des genetischen Vaters gegenüber dem Kind, insbesondere der rechtlichen Probleme auf Seiten des Elternteils mit Elternwille, den gegengeschlechtlichen Elternteil ohne Elternwillen sofort wieder loszuwerden, sowie der hohen Kosten der Inanspruchnahme einer medizinisch assistierten Fortpflanzung und dem damit verbundenen Aufwand als äußerst gering einzustufen.

3.4.3. Überprüfung der Kinderwunschmotivation durch den Arzt

Die Richtlinien schreiben im Anhang in Abschnitt I Nr. 1 die Überprüfung der Kinderwunschmotivation durch den behandelnden Arzt vor. Die Vorschrift trägt die Überschrift "Vermeidung sozialer und rechtlicher Nachteile für ein durch IVF gezeugtes Kind" und hat folgenden Text (Auszug):

> "Im Rahmen der Anwendung der genannten Methoden ist sicherzustellen, daß dem betroffenen Ehepaar neben der ärztlich-somatischen Behandlung eine psychosomatische und psychotherapeutische Behandlung eröffnet wird. Dieses ist nicht zuletzt notwendig, um auch soziale und rechtliche Nachteile für ein künftiges Kind zu vermeiden. Gelangt der Arzt aufgrund seiner Gespräche mit dem Ehepartner und konsiliarischer Beratung mit psychotherapeutisch tätigen Fachkollegen oder Psychologen - insbesondere in Fällen, in denen ein Kinderwunsch geäußert wird, um bestehende Probleme in einer Partnerschaft zu überwinden - zu der Überzeugung, dass sich durch die Geburt eines Kindes diese Probleme der Partnerschaft nicht bewältigen lassen, so soll er keine der aufgeführten Behandlungsmethoden der Fortpflanzungsmedizin anwenden."

Die Überprüfung der individuellen Kinderwunschmotivation eines Ehepaares, das sich homolog fortpflanzen will, durch den Arzt stellt einen Eingriff in die Fortpflanzungsgrundrechte der Ehepartner aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 GG (allgemeines Persönlichkeitsrecht), Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG (Recht auf körperliche Unversehrtheit) und Art. 6 Abs. 1 GG (Schutz von Ehe und Familie) dar. Insbesondere die zur Kinderwunschmotivationsprüfung gehörende Überprüfung des Zustandes der Paarbeziehung eines verheirateten oder eines nichtehelichen Paares stellt einen schweren Eingriff in die Intimsphäre der Wunscheltern dar. Die Regelung im ärztlichen Berufsrecht wird dazu führen, dass die behandelnde Ärztin oder der Arzt die Kinderwunschmotivation gründlich überprüft und dokumentiert. Der bei einem Paar in einer solchen Situation vorhandene Rechtfertigungsdruck gegenüber der behandelnden Ärztin oder dem Arzt wird seitens der Betroffenen als Diskriminierung empfunden. Sie führen insbesondere an, dass die Kinderwunschmotivation fruchtbarer Paare auch oft fraglich sei, aber nicht geprüft werde.[1101] Besonders problematisch ist die Prüfung der Kinderwunschmotivation der Behandlungssuchenden bei Sterilität aufgrund körperlicher

[1101] SONNEMANN, Swanette: Mein Kind ist ein Retortenbaby - Aspekte der In-vitro-Befruchtung; 1987, S. 56

Defekte. Die Wunscheltern können sich in ihrer Würde dadurch verletzt fühlen, dass in ihre Krankenakte ein Bericht über ihre „Eignung als Eltern“ aufgenommen wird. Diese Motivationsprüfung kann von Betroffenen auch als Diskriminierung aufgrund einer körperlichen Behinderung empfunden werden. Gegenüber körperlich gesunden Paaren, nach deren Kinderwunschmotivation niemand fragt, fühlen sie sich ungerecht behandelt.[1102] Aus diesen Gründen stellt die im ärztlichen Standesrecht vorgeschriebene Überprüfung der Kinderwunschmotivation als Behandlungsvoraussetzung einen schweren Eingriff in Fortpflanzungsgrundrechte der Wunscheltern dar. Für eine solche Regelung im Wege der Satzung fehlt der Landesärztekammer die Rechtsetzungskompetenz (vgl. Abschnitt 3.4.1.2.). Auch diese Regelung des ärztlichen Standesrechts ist **formell verfassungswidrig**. In dieser Richtung äußert sich Deutsch bereits 1985 wie folgt:

> „So ist es vielleicht auf die Dauer nicht haltbar, daß, durchaus angemessen und vernünftig, die Richtlinien verlangen, daß der Arzt das Wohl des künftigen Kindes im Auge hat und auch bei Eheleuten im Falle einer instabilen Ehe die In-vitro-Fertilisation ablehnt.“[1103]

Auch in **materieller Hinsicht** bestehen wegen der betroffenen Fortpflanzungsgrundrechte der Wunscheltern verfassungsrechtliche Bedenken. Eine Überprüfung der individuellen Kinderwunschmotivation als Behandlungsvoraussetzung ist bereits deswegen problematisch, weil der individuelle Kinderwunsch, der auf einer Entscheidung der persönlichen Lebensplanung beruht, Grundrechtsschutz genießt und keiner Überprüfung durch Dritte zugänglich ist. Er findet seine Rechtfertigung bereits in der allgemeinen Kinderwunschmotivation (vgl. hierzu Teil 2, insbesondere Abschnitt 2.3.1.1.2). Ein mit der Überprüfung der individuellen Kinderwunschmotivation einher gehender Eingriff in Fortpflanzungsgrundrechte könnte möglicherweise dennoch ausnahmsweise zulässig sein, wenn dies zum Schutz überragend wichtiger Gemeinschafts- oder Individualrechtsgüter zwingend erforderlich erscheint. Es ist daher zu untersuchen, ob eine Beeinträchtigung solcher Gemeinschafts- oder Individualrechtsgüter bei Inanspruchnahme von medizinisch assistierter Fortpflanzung in Betracht kommt.

Im Kommentar der Bundesärztekammer zur Regelung *„elterlicher Voraussetzungen“* in Nr. 3.2.3. der Richtlinien wird die vorgeschriebene Überprüfung der Elterneignung durch die behandelnde Medizinerin oder den Mediziner wie folgt begründet:

> „Seine aktive Rolle bei der Entstehung der Schwangerschaft legt dem Arzt gegenüber dem Kind eine besondere Verantwortung auf. Für die Entscheidung des Arztes über die Behandlung einer Fertilitätsstörung durch Verfahren der assistierten Reproduktion oder verwandter Methoden ist daher nicht nur der - auf anderem Wege nicht erfüllbare - Kinderwunsch seiner Patientin maßgebend, sondern mit zumindest ebenso starker Gewichtung das künftige Wohl des erhofften Kindes.“

[1102] SONNEMANN, Swanette: Mein Kind ist ein Retortenbaby - Aspekte der In-vitro-Befruchtung; 1987, S. 56

[1103] DEUTSCH, Erwin: An der Grenze von Recht und künstlicher Fortpflanzung, VersR 1985, S. 1004

Seitens der Bundesärztekammer wird daher auch in diesem Fall in unzulässiger Weise mit dem Wohl eines Kindes argumentiert, dessen Existenz durch die Anwendung der Regelung verhindert wird. Die Verhinderung eines Menschen kann aber seinem Wohl nicht dienen. Hiervon ist nur dann eine Ausnahme zu machen, wenn auch aus der Sicht des neuen Menschen die Geburt in eine bestimmte Situation hinein unerträglich erscheint. Dies wird vom ärztlichen Standesrecht offensichtlich dann angenommen, wenn die Eltern in unüberwindbar belasteter Paarbeziehung leben. Auch in eine solche Situation hineingeboren zu werden, erscheint aber nicht unerträglich. Viele normal gezeugte Kinder werden in belastete Paarbeziehungen hinein geboren oder sind sogar gänzlich unerwünscht. Es ist aber nicht davon auszugehen, dass es Menschen vorziehen, nicht zu existieren, als in eine belastete Paarbeziehung hineingeboren zu werden. Ein Eingriff in Fortpflanzungsgrundrechte der Wunscheltern durch Zwang zur Offenbarung intimer Umstände, insbesondere über den Zustand der Paarbeziehung und die individuelle Kinderwunschmotivation, kann daher nicht mit dem Schutz von Interessen des Kindes gerechtfertigt werden. Dies gilt allerdings nur insoweit, als eine solche Prüfung als zwingende Behandlungsvoraussetzung aufgestellt wird. Es begegnet keinerlei verfassungsrechtlichen Bedenken, die Wunscheltern umfassend psychologisch zu betreuen und auch auf ärztliche Bedenken hinsichtlich der Elterneignung einzugehen, wenn hiermit kein Zwang zur Offenbarung intimer Sachverhalte durch die Wunscheltern verbunden ist. Auch dann, wenn die Überprüfung der Kinderwunschmotivation dem Interesse der Wunscheltern im Rahmen des ärztlichen Behandlungsverhältnisses dienen soll, darf sie nicht gegen deren Willen erfolgen.

Es könnten neben den Individualinteressen des Kindes auch wichtige Gemeinschaftsgüter für eine Einschränkung von Fortpflanzungsgrundrechten der Wunscheltern in Frage kommen. Hierzu kann möglicherweise das Interesse der Gemeinschaft gehören, dass keine Kinder erzeugt werden, die wegen der von vornherein feststehenden Ungeeignetheit der Wunscheltern zur Pflege und Erziehung dieser Kinder der Fürsorge der Gemeinschaft zur Last fallen. Insoweit wird gelegentlich als Argument für die Notwendigkeit der Überprüfung des Kinderwunsches von Wunscheltern vor Inanspruchnahme von Methoden der medizinisch assistierten Fortpflanzung vorgebracht, dass Personen, die sich zu innig ein Kind wünschen, gerade nicht dazu geeignet wären, ein solches zu bekommen. Wenn die Fortpflanzung auf normalem Wege erfolglos bleibt, so wird der Kinderwunsch als neurotisch oder überwertig qualifiziert. Im Extremfall wird sogar die Auffassung vertreten, Sterilität sei keine Krankheit, sondern „*ein sinnvoller psychosomatischer Schutzmechanismus einer Person, die durch ein eigenes Kind überfordert wäre*“.[1104] Diese extreme Auffassung wird mit Untersuchungen über Persönlichkeitsstruktur und Partnerbeziehungen von Sterilitätspatientinnen gerechtfertigt, die ergeben haben sollen, dass diese stark

[1104] MERZ, Bettina: Die medizinische, ethische und juristische Problematik artifizieller menschlicher Fortpflanzung: artifizielle Insemination, In-vitro-Fertilisation mit Embryotransfer und die Forschung an frühen menschlichen Embryonen; 1991, S. 63 m.w.N.

depressiv und narzisstisch gestört, dementsprechend in ihrem Selbstwertgefühl erheblich geschwächt waren. Bei funktionell sterilen Frauen seien physische und psychische Retardierung, sowie Insuffizienzgefühle gegenüber der Mutterrolle festgestellt worden. In Bezug auf die Paarbeziehungen wird vorgetragen, es „*falle ein anklammernd-symbiotisches Beziehungsmuster*“ mit den typischen Charakteristika ängstliche Depressivität, mangelndes Selbstbewusstsein, Aggressivität sowie Abschirmung gegenüber der Außenwelt auf.[1105]

Demgegenüber sind nach den 2000 getroffenen Aussagen des Reproduktionsmediziners *Kentenich* Befürchtungen in Bezug auf negative Auswirkungen der medizinisch assistierten Fortpflanzung auf die Paarbeziehung oder die Eltern-Kind-Beziehung unbegründet. Die Paarbeziehung der Eltern von IVF-Kindern zeige keine Unterschiede bezüglich Zufriedenheit und Trennungsrate im Vergleich zu anderen Paaren. Es gebe zwar in der grundsätzlich unauffälligen Eltern-Kind-Beziehung gelegentlich Anzeichen für Überbehütung und Geheimhaltungstendenzen in Bezug auf die Art der Zeugung, doch sprächen alle anderen Befunde für eine hohe Qualität der Elternschaft.[1106] Andere Untersuchungen kamen zu dem Ergebnis, dass die eine IVF durchführenden Eltern insgesamt sowohl die Schwangerschaft als auch die Elternschaft als positiv empfanden und sich nicht als vermehrt vorsichtig im Umgang mit ihren Kindern einschätzten.[1107]

Es würde den Rahmen dieser juristischen Arbeit sprengen, sich detailliert mit der Validität der Studien auseinander zu setzen, auf denen diese Aussagen beruhen. Auffällig ist allerdings, dass sich im Punkt der psychischen Eignung von sterilen Personen als Eltern sehr extreme Positionen in den Untersuchungsergebnissen gegenüberstehen, die von *„völlig unproblematisch geeignet“* und *„ohne psychische Auffälligkeiten“* bis hin zu *„völlig ungeeignet“* und *„häufige psychische Auffälligkeiten“* reichen. Hinzu kommt, dass eine Durchschnittsbetrachtung keine Rückschlüsse auf die psychische Eignung eines konkreten sterilen Paares mit unerfülltem Kinderwunsch zulässt.[1108] Es hat sich z.B. gezeigt, dass

---

[1105] MERZ, Bettina: Die medizinische, ethische und juristische Problematik artifizieller menschlicher Fortpflanzung: artifizielle Insemination, In-vitro-Fertilisation mit Embryotransfer und die Forschung an frühen menschlichen Embryonen; 1991, S. 62-63 m.w.N.

[1106] Bericht der Ärztezeitung „In den USA kommt es bei IVF in 80 Prozent zu Mehrlingsgeburten“ vom 21.06.2000 (zusammenfassende Wiedergabe der Aussagen von Professor Dr. Heribert Kentenich, Frauenklinik der Charité, Campus Virchow-Klinikum in Berlin beim 53. Kongress der Deutschen Gesellschaft für Gynäkologie und Geburtshilfe in München)

[1107] DIEDRICH, Klaus/LUDWIG, Michael: In-vitro-Fertilisation und intrazytoplasmatische Spermieninjektion - Gibt es ein Gesundheitsrisiko für die geborenen Kinder?, Deutsches Ärzteblatt 96, Heft 45 (12.11.1996), Seite A-2892 ff.

[1108] MERZ, Bettina: Die medizinische, ethische und juristische Problematik artifizieller menschlicher Fortpflanzung: artifizielle Insemination, In-vitro-Fertilisation mit Embryotransfer und die Forschung an frühen menschlichen Embryonen; 1991, S. 63

IVF-Patientinnen nicht als homogene Gruppe behandelt werden können.[1109] Damit ist zumindest nicht wissenschaftlich erwiesen, dass bei sterilen Personen die Elterneignung grundsätzlich fraglich ist. Es lässt sich außerdem die Tendenz erkennen, dass neuere Studien diesen Personenkreis in Bezug auf die Eignung als Eltern als einen unauffälligen Ausschnitt aus der Normalbevölkerung einstufen. Als **Ergebnis** der Betrachtung von Stellungnahmen zur Elterneignung von Personen, die sich der Methoden der medizinisch assistierten Fortpflanzung bedienen wollen, bleibt festzuhalten, dass wegen der stark divergierenden Ergebnisse der vorliegenden Studien die generalisierende Annahme, diese Männer und Frauen seien psychisch auffällig, wissenschaftlich nicht belegt ist.

Weiterhin wird neben dem Argument der behaupteten psychischen Auffälligkeit von Sterilitätspatientinnen und Sterilitätspatienten oft vorgetragen, deren Kinderwunschmotivationen seien fragwürdig, da das Kind der Befriedigung eigener Bedürfnisse dienen würde. Grundsätzlich ist zu den **Gründen, warum sich Menschen dafür entscheiden, Kinder zu bekommen** folgendes anzumerken: Auch die Kinderwunschmotivation ist kulturell bedingt. In unserer Gesellschaft stehen im Bevölkerungsdurchschnitt beim Kinderwunsch inzwischen eindeutig emotionale Motive im Vordergrund, während in anderen Gesellschaftsformen eindeutig ökonomische Gründe (z.B. Versorgung der Eltern im Alter) vorherrschen.[1110] In unserer modernen Gesellschaft haben Kinder ihren ökonomischen Nutzen verloren. Die Qualität des Kinderwunsches hat sich deshalb in den letzten Jahrzehnten deutlich gewandelt. Traditionelle und gesamtgesellschaftliche Motive haben an Bedeutung verloren und der früher eher versorgungszentrierte Wunsch nach Kindern wurde durch persönliche, sinnstiftende Motive abgelöst. Kinder gelten als Quelle individueller Glückserfahrung und emotionaler Bereicherung des Lebens. Die kindliche Liebe und Zuneigung wird mit der Erfüllung individueller Sehnsüchte assoziiert.[1111] Infolgedessen werden Kinder nunmehr vermehrt zur Erfüllung eigener Lebenspläne und zur Befriedigung intimer sozialer Bedürfnisse bekommen.[1112] Im konkreten Einzelfall können die Gründe für den Wunsch nach Kindern dennoch sowohl auf ideeller als auch auf pragmatischer Ebene liegen.[1113] Eine Motivation des Wunsches nach Kindern kann z.B. auch heute noch deren spätere Funktion für die

---

[1109] KAHLKE, Winfried und REITER-THEIL, Stella (Hg.): Ethik in der Medizin; 1995, dies. im Kapitel „Fortpflanzungsmedizin“, S. 34-35

[1110] GRUNDMANN, Matthias: Kindheit, Identitätsentwicklung und Generativität“, in: LANGE, Andreas/LAUTERBACH, Wolfgang (Hg.): Kinder in Familie und Gesellschaft - zu Beginn des 21sten Jahrhunderts, 2000, S. 89

[1111] OLBRICH, Erhard/BRÜDERL, Leokadia in: OERTER, Rolf/MONTADA, Leo (Hg.): Entwicklungspsychologie, 1998, S. 411

[1112] GRUNDMANN, Matthias: Kindheit, Identitätsentwicklung und Generativität“, in: LANGE, Andreas/LAUTERBACH, Wolfgang (Hg.): Kinder in Familie und Gesellschaft - zu Beginn des 21sten Jahrhunderts, 2000, S. 89

[1113] CROMM, Jürgen: Bevölkerung, Individuum, Gesellschaft - Theorien und soziale Dimensionen der Fortpflanzung; 1988, S. 126

Eltern sein.[1114] Der Kinderwunsch kann auch von der Vorstellung motiviert sein, nicht auf die eigene Lebensdauer beschränkt zu sein, sondern sich in einem familiären Kontinuitätsverhältnis zu fühlen.

In Bezug auf die **Kinderwunschmotivationen unfruchtbarer Paare** listet *Merz* folgende Punkte auf: Das Kind werde bei depressiv-narzisstischer Persönlichkeitsstruktur von Eltern, die in einer anklammernd-symbiotischen Paarbeziehung leben, als Mittel zum Zweck der Stärkung des eigenen, angeschlagenen Selbstwertgefühls und zum Ausgleich der Depressivität angesehen. Die Eltern benötigten das Kind für ihre eigenen Bedürfnisse und ungelösten Konflikte sowie zur Befriedigung eigener Besitzansprüche (sog. „Messiaserwartung" bei den Wunscheltern). Mit der Erlösungserhoffung entstehe oft ein als fixiert, zwanghaft oder übersteigert bezeichneter Kinderwunsch.[1115]

Molinski beschreibt den Kinderwunsch von Sterilitätspatientinnen als u.a. durch folgende Erwägungen motiviert:

- die Bedürfnisse eines hilfsbedürftigen Wesens zu stillen;
- symbioseähnliche Nähe mit dem Kind;
- durch Weiterleben im Kind Unsterblichkeit zu erlangen;
- Weitergabe des eigenen materiellen, geistigen oder kulturellen Erbes;
- Hoffnung auf bessere Zukunft und Erlösung durch das Kind;
- Kind als Mittel zur Ausfüllung der eigenen Einsamkeit und Leere;
- innigere Verbindung mit dem Partner durch ein Kind;
- Förderung der eigenen Entwicklung (erwachsen werden durch ein Kind).[1116]

Es darf bei der Überlegung, ob an diese - zumindest teilweise als fragwürdig einzustufenden - Kinderwunschmotivationen rechtliche Folgen angeknüpft werden sollten, nicht übersehen werden, dass auch die **Kinderwunschmotivationen normal fruchtbarer Personen** ebenso fragwürdig sein können.[1117] So stellt *Merz* fest, dass auch hier der Kinderwunsch vorwiegend von egoistischen, kinderfeindlichen Beweggründen und einer Anspruchshaltung geprägt sei. Die Liebe zum Kind werde bei Erfragen der Kinderwunschmotivation oft erst an letzter Stelle des Motivbündels erwähnt.

[1114] CROMM, Jürgen: Bevölkerung, Individuum, Gesellschaft - Theorien und soziale Dimensionen der Fortpflanzung; 1988, S. 93

[1115] MERZ, Bettina: Die medizinische, ethische und juristische Problematik artifizieller menschlicher Fortpflanzung: artifizielle Insemination, In-vitro-Fertilisation mit Embryotransfer und die Forschung an frühen menschlichen Embryonen; 1991, S. 65

[1116] MOLINSKI in: KAISER, Rolf/SCHUMACHER, Gebhard F.B. (Hg.): Menschliche Fortpflanzung - Fertilität-Sterilität-Kontrazeption, 1981, S. 279

[1117] MERZ, Bettina: Die medizinische, ethische und juristische Problematik artifizieller menschlicher Fortpflanzung: artifizielle Insemination, In-vitro-Fertilisation mit Embryotransfer und die Forschung an frühen menschlichen Embryonen; 1991, S. 65

Folgende Motivationen (aufgelistet in absteigender Häufigkeit der Nennung) wurden von *Merz* bei normal fruchtbaren Paaren festgestellt:

- Wunsch nach namenserhaltenden Nachkommen;
- Kinder gehören zur Familie;
- Kinder als Erfüllung des Lebens und der Ehe;
- Kinderwunsch als natürliches Bedürfnis;
- Kinder bringen Abwechslung in die Ehe;
- Kinder als Lebensaufgabe;
- Kinder halten die Ehe zusammen;
- Damit die Eltern im Alter nicht allein sind;
- Aus Liebe zu Kindern.[1118]

Diese von den Befragten angegebenen, bewussten Begründungen ergaben nach einer psychoanalytischen Untersuchung die folgenden Hintergrundmotive:

- Wunsch nach Zuwendung und Aufmerksamkeit von Seiten der sozialen Umwelt;
- Ausleben extremer Selbstliebe in sozial akzeptierter Form;
- Sehnsucht nach einem Objekt für die eigene Zärtlichkeit;
- Ersatz für ein verlorenes Liebesobjekt;
- Flucht aus Einsamkeit und Entfremdung;
- Stabilisierung einer Partnerbeziehung;
- Erzwingen einer Ehe;
- Streben nach Dominanz und Kontrolle über andere Menschen;
- Wettbewerb mit anderen Frauen, z.B. mit der eigenen Mutter;
- Flucht aus Abhängigkeit von den Eltern oder dem Partner;
- Erlösung aus der Furcht vor Sterilität;
- Selbstbestrafungstendenzen (insbes. bei unverheirateten Frauen);
- Beweis der biologischen Vollwertigkeit und der sexuellen Potenz;
- Überwindung eigener Hilflosigkeit;
- Fortsetzung des eigenen Lebens in die Zukunft hinein;
- Erleben einer Schwangerschaft;
- Realisierung eines starren Lebensplanes.[1119]

Beim Vergleich der individuellen Kinderwunschmotivationen von normal fruchtbaren Personen mit den individuellen Kinderwunschmotivationen steriler Personen lässt sich daher kein besonderer qualitativer Unterschied feststellen. Der individuelle Kinderwunsch

[1118] MERZ, Bettina: Die medizinische, ethische und juristische Problematik artifizieller menschlicher Fortpflanzung: artifizielle Insemination, In-vitro-Fertilisation mit Embryotransfer und die Forschung an frühen menschlichen Embryonen; 1991, S. 65-66

[1119] MERZ, Bettina: Die medizinische, ethische und juristische Problematik artifizieller menschlicher Fortpflanzung: artifizielle Insemination, In-vitro-Fertilisation mit Embryotransfer und die Forschung an frühen menschlichen Embryonen; 1991, S. 66

kann auch bei fruchtbaren Personen bzw. Paaren auf egoistischen Motiven beruhen. Auch hier kann das Kind als Mittel zum Zweck der Verwirklichung eigener Lebensziele seitens der Eltern angesehen werden. *Merz* schließt daraus, dass der Kinderwunsch grundsätzlich nicht als Mittel zur Rechtfertigung einer Sterilitätstherapie herangezogen werden kann und *„ein Wunsch mit seinem emotionalen, inkonstanten und subjektiven Charakter“* sowieso grundsätzlich für die Begründung der sittlichen Richtigkeit einer Handlung ungeeignet sei.[1120] Dem ist in dieser pauschalen Form nicht zuzustimmen. Zum einen sind der allgemeine Kinderwunsch und der individuelle Kinderwunsch strikt voneinander zu unterscheiden. Bereits die allgemeine Kinderwunschmotivation rechtfertigt die Entscheidung von Personen oder Paaren, sich fortzupflanzen. Es bedarf keiner Begründung für diese Entscheidung. Dementsprechend sind die zum individuellen Kinderwunsch vorgetragenen Motivationen überhaupt nicht zur Rechtfertigung der Entscheidung, Kinder in die Welt setzen zu wollen, erforderlich. Zum anderen dürfen die für den individuellen Kinderwunsch genannten Motivationen auch nicht zu negativ gesehen werden. Denn bei der Planung eines Kindes vorherrschende egoistische Motive dürfen nicht darüber hinwegtäuschen, dass trotz der vielen Erwartungen, mit denen ein Kind seitens seiner Eltern konfrontiert wird, Eltern das Kind dennoch als eigenständige Person annehmen können. Eltern müssen sich in vielerlei Hinsicht damit abfinden, dass ein Kind nicht alle ihre Erwartungen erfüllt. Eine liebevolle Eltern-Kind-Beziehung ist nicht deswegen ausgeschlossen, weil der Planung des Kindes vor seiner Entstehung (individueller Kinderwunsch) auch egoistische und nicht rein altruistische Motive zugrunde lagen.

Als **Ergebnis** dieser Ausführungen ist festzuhalten, dass der individuelle Kinderwunsch von normal fruchtbaren und ohne ärztliche Hilfe unfruchtbaren Paaren keine besonderen qualitativen Unterschiede aufweist. Im Durchschnitt liegen der individuellen Kinderwunschmotivation beider Gruppen grundsätzlich egoistische Motive auf Seiten der Wunscheltern zugrunde. Es erscheint daher nicht gerechtfertigt, den Kinderwunsch von ohne ärztliche Hilfe unfruchtbaren Paaren einer besonderen, standardisiert vorgeschriebenen Überprüfung zu unterwerfen.

Selbst wenn man unterstellt, dass Restzweifel an der Eignung von Sterilitätspatientinnen und Sterilitätspatienten als Eltern verbleiben, so stellt sich die Frage, ob solche Zweifel es rechtfertigen können, der behandelnden Ärztin oder dem Arzt eine standardisierte Entscheidungskompetenz darüber zuzubilligen, ob einem Paar die Inanspruchnahme ärztlicher Hilfe zum Zwecke der Fortpflanzung erlaubt wird oder nicht. Dies ist abzulehnen. Zum einen erscheint es aus der Sicht des Kindes nicht unerträglich, in eine nur mögliche, aber nicht erwiesene Konfliktlage hineingeboren zu werden. Dies geschieht genauso bei normaler Fortpflanzung. Zum anderen ist eine Gefährdung von Gemeinschaftsgütern

[1120] MERZ, Bettina: Die medizinische, ethische und juristische Problematik artifizieller menschlicher Fortpflanzung: artifizielle Insemination, In-vitro-Fertilisation mit Embryotransfer und die Forschung an frühen menschlichen Embryonen; 1991, S. 67

ebenfalls nicht nachweisbar, da allein die Möglichkeit einer problematischen Elternschaft es nicht rechtfertigt, den individuellen Kinderwunsch von ohne ärztliche Hilfe unfruchtbaren Paaren einer Zensur zu unterziehen. Die Möglichkeit einer problematischen Elternschaft besteht ebenso bei normaler Fortpflanzung. Verbleibende Zweifel an der Elterneignung unfruchtbarer Paare können ohne entsprechenden wissenschaftlichen Beleg eine Diskriminierung dieser Personengruppe bei der Ausübung von Fortpflanzungsgrundrechten nicht rechtfertigen. Auch der Kinderwunsch von ohne ärztliche Hilfe unfruchtbaren Paaren beruht auf der allgemeinen Kinderwunschmotivation, gegenüber dem die individuelle Kinderwunschmotivation nachrangig ist. Diese ist insbesondere keiner rechtlichen Überprüfung zugänglich, auch nicht durch die behandelnde Ärztin oder den Arzt.

Diese Feststellungen schließen es nicht aus, dass die umfassende ärztliche Beratung auch die Beratung über die Kinderwunschmotivation umfassen kann, die Inanspruchnahme der ärztlichen Behandlung darf aber nicht von der Art der Kinderwunschmotivation (oder von der Bereitschaft der Behandlungssuchenden, diese zu offenbaren) abhängig gemacht werden. Die Erklärung der fortpflanzungswilligen Personen, dass sie bereit sind, die soziale Verantwortung für das entstehende Kind zu übernehmen, ist nicht rechtlich überprüfbar. Daher darf das ärztliche Standesrecht nicht standardisiert als Behandlungsvoraussetzung vorschreiben, dass die behandelnde Ärztin oder der behandelnde Arzt die Motivationen des Kinderwunsches oder die intimen Beziehungen der Partner zueinander erforscht und vom Ergebnis die Inanspruchnahme einer medizinischen Behandlung abhängig macht.

Es steht unabhängig von der Frage der durch Standesrecht standardisiert vorgeschriebenen Überprüfung der Kinderwunschmotivation als Voraussetzung der ärztlichen Behandlung jedem Arzt frei, aufgrund eigener Gewissensentscheidung eine reproduktionsmedizinische Behandlung abzulehnen (§ 10 ESchG, Nr. 3.1. S. 5 der Richtlinien). Dieses Instrument erscheint völlig ausreichend, um in Extremfällen (z.B. schwere psychische Erkrankung auf Seiten der Wunscheltern) dem behandelnden Arzt die Möglichkeit offen zu lassen, eine Sterilitätsbehandlung zu verweigern, die er nicht mit seinem Berufsethos vereinbaren kann. Wie allerdings die nach wie vor offene juristische Diskussion zur Sterilisation von geistig Behinderten oder zur Gabe von Verhütungsmitteln an geistig Behinderte zeigt, haben selbstverständlich auch diese Menschen, selbst wenn dies (wegen der oft notwendigen Übernahme der Fürsorge für die Kinder) gesellschaftlich unerwünscht sein mag, ein Recht auf Fortpflanzung. Infolgedessen wäre es z.B. auch unzulässig, ein generelles Verbot der Behandlung geisteskranker Sterilitätspatientinnen oder -patienten mit Methoden der medizinisch assistierten Fortpflanzung festzulegen.

Als **Ergebnis** ist festzuhalten, dass keine wichtigen Gemeinschafts- oder Individualgüter erkennbar sind, die den mit der Überprüfung des individuellen Kinderwunsches

verbundenen Eingriff in Fortpflanzungsgrundrechte der Wunscheltern rechtfertigen. Die zwingende Überprüfung der Kinderwunschmotivation als Behandlungsvoraussetzung ist daher auch materiell verfassungswidrig. Hiervon ist strikt die ärztliche Beratung der Wunscheltern über mögliche Entwicklungsprobleme des Kindes aufgrund einer belasteten Paarbeziehung der Eltern zu trennen, die im Rahmen einer Sterilitätsbehandlung bei entsprechenden Anhaltspunkten selbstverständlich erfolgen kann. Die Feststellung der Verfassungswidrigkeit bezieht sich nur auf die standardisiert vorgesehene Ausforschung und Bewertung intimer Details aus der Paarbeziehung der Wunscheltern, bei der diese unter dem Druck stehen, bei festgestellter „mangelhafter" Elterneignung mit einer Behandlungsverweigerung konfrontiert zu werden.

3.4.4. Beschränkung der Samenspende auf Fälle der physischen Sterilität

Die in den Richtlinien angegebenen Indikationen für die Inanspruchnahme von Methoden der medizinisch assistierten Fortpflanzung beziehen sich auf Fälle der physischen, psychischen oder idiopathischen (= ungeklärten) Sterilität. Die Samenspende ist nach den Bestimmungen der Richtlinie (Anhang der Richtlinien, I Nr. 4) nur zulässig, wenn

> "eine der Methoden der assistierten Reproduktion im homologen System wegen Unfruchtbarkeit des Mannes nicht möglich ist."

Eine Inanspruchnahme von Methoden der medizinisch assistierten Fortpflanzung mittels Samenspende ist daher für den Fall der ungewollten Kinderlosigkeit aufgrund genetischer Motivationen nicht vorgesehen. Wie bereits dargestellt, ist die Eizellenspende bereits durch das ESchG verboten (vgl. Abschnitt 3.3.1.).

Eine Beschränkung des Zugangs zu Methoden der assistierten Reproduktion bei heterologer Fortpflanzung greift, wie im Teil 2 dargestellt, nicht in den Kernbereich von Fortpflanzungsgrundrechten ein. Vielmehr stellt eine solche Regelung, je nachdem auf welchen Grundrechtsträger abgestellt wird, lediglich einen Eingriff in die Öffentlichkeitssphäre des allgemeinen Persönlichkeitsrechts oder in die allgemeine Handlungsfreiheit dar. Ein solcher Eingriff durch ärztliches Standesrecht ist allerdings, mangels Rechtsetzungskompetenz der Landesärztekammern, ebenfalls formell verfassungswidrig (vgl. Abschnitt 3.4.1.2.).

Zu prüfen bleibt, ob die Beschränkung der Samenspende auf Fälle der physischen Sterilität auch materiell verfassungswidrig ist. Da kein Eingriff in den Kernbereich von Fortpflanzungsgrundrechten vorliegt, hat der Gesetzgeber die Möglichkeit, aus vernünftigen Erwägungen des Allgemeinwohls einfachgesetzliche Regelungen zur Eizellen- und Samenspende für Fälle der ungewollten Kinderlosigkeit aufgrund genetischer Motivationen zu treffen. Eine der Regelung im ärztlichen Standesrecht entsprechende Regelung durch den Gesetzgeber wäre daher nicht materiell verfassungswidrig.

Es stellt sich unter Berücksichtigung des Grundrechtsschutzes der Eltern allerdings die Frage, in welchem Umfang dies zumindest sinnvoll ist. Personen mit genetisch vererbbaren Erkrankungen können durch die diagnostischen Möglichkeiten der Reproduktionsmedizin in unauflösbare Konflikte gestürzt werden. Sie stehen vor der Entscheidung, ob sie sich überhaupt nicht fortpflanzen sollen (= ungewollte Kinderlosigkeit aufgrund genetischer Motivation, vgl. Teil 1, Abschnitt 1.2.2.) oder ob sie die Möglichkeit in Kauf nehmen wollen, ein behindertes Kind zu zeugen, ggf. mit der legalen Option, im Falle einer Erkrankung des Embryos die Schwangerschaft zu unterbrechen (sog. "Schwangerschaft auf Probe"). Hier ist zu erwägen, ob es nicht in bestimmten Fällen einem Paar erlaubt sein sollte, mittels Eizellen- oder Samenspende zu versuchen, ein Kind zu bekommen. Dies ist insbesondere unter dem Aspekt des Schutzes von Ehe und Familie zu überlegen. Denn ohne die Möglichkeit der Eizellen- oder Samenspende auf der Seite des genetisch vorbelasteten Partners oder der Partnerin stellt im Extremfall eine Trennung für die genetisch „gesunde" Person die einzige Möglichkeit dar, eigene Kinder zu bekommen.

Man muss die Beurteilung dieser Sachlage von der Frage entkoppeln, ob hierdurch eine bestimmte Form der Erkrankung oder Behinderung als „lebensunwert" oder „wrongful" deklariert oder in sonstiger Weise diskriminiert wird. Darum geht es nicht. Die Fortpflanzungsmedizin kann und darf nicht als Mittel zur Abschaffung Behinderter angesehen werden. Es geht allein um die Frage, was die Eltern sich zumuten wollen und können. Ein behindertes Kind bringt objektiv eine Belastung für die ganze Familie mit sich und kann daher auch subjektiv als Last empfunden werden. Die subjektive Einschätzung eines Menschen, er fühle sich außerstande, einer solchen Belastung standzuhalten, ist nicht überprüfbar.[1121] Dieser Bereich berührt so extrem das zukünftige Dasein der potentiellen Eltern, dass es nicht in der Entscheidungsbefugnis der Gesellschaft liegt, die Belastungsgrenzen von Eltern objektiv festzulegen (vgl. hierzu Teil 1, Abschnitt 1.2.2.). Dies hat die Gesellschaft auch insoweit anerkannt, als eine Abtreibung aufgrund im Einzelfall zu prüfender medizinischer Indikation durch § 218a Abs. 2 StGB auch nach Ablauf der Frist von zwölf Wochen seit der Empfängnis (§ 218a Abs. 1 Nr. 3 StGB) zugelassen wird. Eine solche medizinische Indikation kann u.a. dann vorliegen, wenn eine psychische Beeinträchtigung der Schwangeren wegen einer zu erwartenden schweren Behinderung des Kindes droht. Es ist zwar immer wieder notwendig zu erwähnen, dass der Umgang unserer Gesellschaft mit Behinderten deutlich verbessert werden müsste, aber darauf können die betroffenen Wunscheltern nicht verwiesen werden. Es erscheint daher am sinnvollsten, es der Entscheidung der zukünftigen Eltern zu überlassen, ob sie bereit sind, ggf. ein behindertes Kind zu bekommen und die Verantwortung für dessen Pflege und Erziehung zu übernehmen.

[1121] KROLZIK, Volker/SALZMANN, Werner: Kind um jeden Preis? Beiträge zur ethischen Diskussion der neuen Reproduktionstechniken; 1989, BARTH, Hermann, S. 38

Es ist an dieser Stelle jedoch nochmals darauf hinzuweisen, dass es keinen grundrechtlichen Anspruch darauf gibt, bei der Fortpflanzung auf Methoden zurückzugreifen, die die gezielte Entstehung eines Kindes mit bestimmten Eigenschaften ermöglichen. Es wird nur die Tätigkeit der Fortpflanzung an sich, nicht aber ein bestimmtes Ergebnis grundrechtlich garantiert (vgl. Teil 2, Abschnitt 2.3.4.1.5.).

Da es keinen verfassungsrechtlichen Anspruch darauf gibt, die Möglichkeit der Nutzung von gespendeten Ei- und Samenzellen vom Gesetzgeber eingeräumt zu bekommen, liegt im **Ergebnis** die Beschränkung einer Samenspende auf Fälle der physischen Sterilität im Ermessen des Gesetzgebers.

3.4.5. Entscheidung einer Ethikkommission über die Zulässigkeit der Samenspende

Die Verwendung vom Spendersamen bedarf nach Nr. 3.2.3. der Richtlinien der Zustimmung durch eine bei der Ärztekammer eingerichtete Ethikkommission. Aus der Begründung dieser Vorschrift im Anhang der Richtlinien ergibt sich, dass grundsätzlich sowohl bei Ehepaaren als auch bei nichtehelichen Lebensgemeinschaften die Verwendung von Spendersamen möglich ist. Ein zustimmendes Votum der Ethikkommission soll nach den Ausführungen im Anhang der Richtlinie nur abgegeben werden, wenn

> "- eine der Methoden der assistierten Reproduktion im homologen System wegen Unfruchtbarkeit des Mannes nicht möglich ist,
>
> - die Verwendung eines Mischspermas ausgeschlossen ist, da durch sie die spätere Identifikation des biologischen Vaters erschwert würde,
>
> - der Samenspender sich mit der Bekanntgabe seines Namens an das Kind durch den Arzt für den Fall ausdrücklich einverstanden erklärt, dass ein entsprechendes Auskunftsersuchen an den Arzt gestellt wird,
>
> - die Eheleute/Partner und der Samenspender über die Möglichkeit der Anfechtung der Ehelichkeit/Vaterschaft und die sich daraus ergebenden Rechtsfolgen und das hiervon bestehende Recht des Kindes auf Namensnennung des Samenspenders aufgeklärt worden sind und diese Aufklärung ausreichend dokumentiert worden ist,[1122]
>
> - bei nicht verheirateten Paaren zuverlässig festgestellt werden kann, dass diese in einer auf Dauer angelegten Partnerschaft leben. „

Diese Regelungen stellen einen Eingriff in Fortpflanzungsgrundrechte der Wunscheltern dar. Auch hier fehlt der Bundesärztekammer für einen solchen Eingriff die Rechtsetzungskompetenz. Die Regelung ist formell verfassungswidrig.

[1122] das früher vorhandene Anfechtungsrecht eines rechtlichen Vaters, der in eine heterologe Insemination eingewilligt hatte, existiert inzwischen nicht mehr, vgl. aktuelle Fassung des § 1600 Abs. 4 BGB, zu sonstigen Anfechtungsrechten vgl. Teil 1 Abschnitt 1.4.3.

Da die heterologe Fortpflanzung nicht vom unantastbaren Kernbereich von Fortpflanzungsgrundrechten geschützt wird (vgl. Teil 2, Abschnitte 2.3.2.1.4 bis 2.3.2.1.6., 2.3.4.1.2. und 2.3.5.1.4.), könnte der Gesetzgeber aus vernünftigen Erwägungen des Allgemeinwohls eine entsprechende Vorschrift erlassen. Die Regelung ist nicht grundsätzlich materiell verfassungswidrig.

3.5. Ergebnis zu Teil 3

Die Inanspruchnahme von Methoden der medizinisch assistierten Fortpflanzung in Deutschland wird für ein Paar, das sich mit seinen eigenen Keimzellen fortpflanzen will (= homologe Fortpflanzung), nicht vom **ESchG** beschränkt. Im ESchG ist auch keine dahingehende Einschränkung enthalten, dass das Paar verheiratet sein muss. Bei homologer medizinisch assistierter Fortpflanzung liegt daher kein Eingriff in den Kernbereich von Fortpflanzungsgrundrechten durch das ESchG vor. Soweit im ESchG Ausübungsregelungen zur Fortpflanzung getroffen werden (z.B. Arztvorbehalt, Beschränkung der Befruchtungen pro Zyklus der Frau), handelt es sich um einen geringfügigen, regelnden Eingriff in Fortpflanzungsgrundrechte der Wunscheltern. Insoweit sind keine Anhaltspunkte dafür erkennbar, dass in verfassungswidriger Weise in Fortpflanzungsgrundrechte eingegriffen wird.

Die vom ESchG aufgestellten Verbote des Klonens von Menschen, der Chimären- und Hybridbildung, der wissentlichen Verwendung von Keimzellen verstorbener Personen und das Verbot der Geschlechtswahl sind ebenfalls verfassungsgemäß.

Das Verbot der Verwendung fremder Eizellen bei einer Frau, die beabsichtigt, die soziale Mutter des Kindes zu werden, ist, gemessen am vom Gesetzgeber beabsichtigen Zweck (Verhinderung einer Tragemutterschaft), unverhältnismäßig und deshalb verfassungswidrig. Auch das vom Gesetzgeber gewählte Mittel des Strafrechts ist unverhältnismäßig, denn es fehlt bei der Hervorrufung einer Schwangerschaft mittels einer fremden Eizelle bei einer Frau, welche später die soziale Mutter des Kindes werden will, am strafwürdigen Verhalten der beteiligten Ärztin oder des Arztes. Es liegt außerdem aufgrund des Verbotes der Eizellenspende bei gleichzeitiger Zulässigkeit der Samenspende ein Verstoß gegen Art. 3 Abs. 2 S. 1 GG vor, da eine ungerechtfertigte Ungleichbehandlung von Männern und Frauen vorliegt.

Alle Regeln im **ärztlichen Standesrecht**, die zwingende Behandlungsvoraussetzungen, insbesondere nicht medizinische Voraussetzungen wie z.B. eine bestehende Ehe, für die Inanspruchnahme ärztlicher Hilfe durch ungewollt kinderlose Paare aufstellen, sind mangels einer entsprechenden Rechtsetzungskompetenz der Landesärztekammern verfassungswidrig. Über solche Eingriffe in Grundrechte Dritter muss der demokratisch legitimierte Gesetzgeber entscheiden. Aus diesem Grund sind die folgenden Regelungen in den Richtlinien zur Durchführung der assistierten Reproduktion **formell verfassungswidrig**:

- Bindung der Inanspruchnahme ärztlicher Hilfe an die bürgerlich-rechtliche Ehe;
- Prüfung der Kinderwunschmotivation durch den Arzt;

- Ausschluss der Samenspende bei genetisch bedingter ungewollter Kinderlosigkeit;

- Entscheidung einer Ethikkommission über die Zulässigkeit einer Samenspende.

Demgegenüber ist die Aufstellung **fachlich-technischer Behandlungsmodalitäten** durch ärztliches Standesrecht **verfassungsgemäß**. Ein insoweit unvermeidlicher, geringfügiger Eingriff in Grundrechte behandlungssuchender Personen ist von der gesetzlichen Ermächtigung zum Erlass fachlich-technischer Regelungen mitumfasst. Insoweit liegt eine dem Zweck der Nutzung von Satzungsrecht als sachnahes und flexibles Regelungsinstrument entsprechende Gestaltung fachlich-technischer Punkte vor. Dies kollidiert weder mit dem Demokratieprinzip noch mit dem Rechtsstaatsprinzip.

Die erschwerte Inanspruchnahme von Methoden der medizinisch assistierten Fortpflanzung für nichteheliche Paare, sowie die ärztliche Überprüfung der Kinderwunschmotivation als Behandlungsvoraussetzung begegnen bei Fortpflanzung mit den eigenen Keimzellen der unverheirateten Wunscheltern (**homologe Fortpflanzung**) auch **materiellen verfassungsrechtlichen Bedenken**. In der generellen Form, wie diese Regelungen vom ärztlichen Standesrecht aufgestellt werden, wären sie auch bei einer inhaltsgleichen Regelung durch den Gesetzgeber als verfassungswidrig anzusehen. Bereits kleine Änderungen können jedoch den Grundrechtseingriff gegenüber den Wunscheltern erheblich abmildern. Daher kann über die Verfassungswidrigkeit einer ähnlichen gesetzlichen Regelung nicht abschließend geurteilt werden, da es auf den genauen Inhalt der Regelung und die damit einhergehende Intensität eines Eingriffs in Fortpflanzungsgrundrechte der Wunscheltern ankommen wird.

Regelungen der heterologen Fortpflanzung kann der einfache Gesetzgeber aus vernünftigen Erwägungen des Allgemeinwohls treffen, da die heterologe Fortpflanzung nur durch den Randbereich von Fortpflanzungsgrundrechten geschützt wird. Daher könnte eine den Bestimmungen im ärztlichen Standesrecht entsprechende Beschränkung der Samenspende auf Fälle der physischen Sterilität und die Pflicht zur Zustimmung einer Ethikkommission bei Samenspende durch einfaches Gesetz getroffen werden. Diese Regelungen sind nicht grundsätzlich als materiell verfassungswidrig einzustufen.

Teil 4: Zusammenfassung und Ausblick

Diese Überblicksarbeit zum Umgang von Gesetzgebung, Rechtsprechung und juristischer Literatur mit der menschlichen Fortpflanzung zeigt, dass es eine umfassende rechtswissenschaftliche Auseinandersetzung mit diesem Thema nie gegeben hat. Insbesondere wurden die faktischen Besonderheiten einer Tätigkeit wie der Fortpflanzung, die nicht alleine, sondern nur zusammen mit einer gegengeschlechtlichen Person ausgeübt werden kann und je nach Geschlecht verschiedene Bedeutungsgehalte hat, nicht vertieft juristisch diskutiert.[1123] Die vorhandenen Aussagen zum grundrechtlichen Schutz der Fortpflanzung sind „Stückwerk" und wurden anhand von isolierten Problemkreisen der menschlichen Fortpflanzung getroffen.

4.1. Ergebnisse in Thesenform

Die Untersuchung des Themas „Recht auf Fortpflanzung und medizinischer Fortschritt" hat zu folgenden Ergebnissen geführt:

1. Fortpflanzung ist eine Tätigkeit mit der Zielrichtung, ein neues Menschenleben zur Entstehung zu bringen. Demgegenüber ist Elternschaft ein Zustand.

2. Zur Fortpflanzung als tatsächlicher Vorgang gehören eine Entscheidungskomponente und eine Handlungskomponente.

3. Fortpflanzung liegt begrifflich nur vor, wenn die Vereinigung der Keimzellen zweier gegengeschlechtlicher Personen zur Entstehung eines neuen Menschen führt. Ein Individuum kann diese Tätigkeit daher nicht alleine, sondern nur zusammen mit einer gegengeschlechtlichen Person ausüben. Aus diesem Grund ist das Vorhandensein einer gegengeschlechtlichen, fortpflanzungswilligen Partnerin oder eines solchen Partners eine unabdingbare tatsächliche Voraussetzung der Fortpflanzung.

4. Die Suche nach einer fortpflanzungswilligen gegengeschlechtlichen Partnerin oder einem solchen Partner ist Sache des Individuums.

5. Bei der Ausübung der Tätigkeit Fortpflanzung können zwei Komponenten unterschieden werden: Zum einen die genetische Fortpflanzung (= Weitergabe des eigenen Erbgutes durch Verwendung eigener Ei- oder Samenzellen), zum anderen die physiologische Fortpflanzung (= Nutzung der eigenen Körperfunktionen durch Zeugung, Empfängnis oder Austragung eines Kindes). Bei normaler Fortpflanzung fallen beide Komponenten immer zusammen, bei medizinisch assistierter Fortpflanzung können sie auseinanderfallen.

[1123] Einzig der Aufsatz von RAMM, Thilo: Die Fortpflanzung - Ein Freiheitsrecht? JZ 1989, S. 861-874 befasst sich intensiver mit diesen Punkten.

6. Jedem Individuum in einer ehelichen oder nichtehelichen Geschlechtsgemeinschaft wird von der Rechtsordnung zugestanden, über seine Fortpflanzungsfähigkeit und über die Verwendung oder Nicht-Verwendung von Verhütungsmitteln eigenverantwortlich und ohne Beteiligung des anderen Partners oder der Partnerin zu entscheiden. Die Partner einer Geschlechtsgemeinschaft können nur wirksam darüber entscheiden, ob sie zu einvernehmlichem Geschlechtsverkehr bereit sind. Die bei der Durchführung von intimem Geschlechtsverkehr gleichzeitig mögliche Fortpflanzung findet im Innenverhältnis der Partner einer Geschlechtsgemeinschaft in einem von der Rechtsprechung anerkannten „rechtsfreien Raum“ statt.

7. Die Entscheidung für oder gegen eigene Kinder beruht auf einer sozial und biologisch vorgegebenen allgemeinen Kinderwunschmotivation, die in unserer Gesellschaft als Grundkonstante menschlicher Existenz anzusehen ist. Erst aufgrund der allgemeinen Kinderwunschmotivation stellt sich jedes Individuum irgendwann die Frage, ob es Kinder in die Welt setzen möchte und entwickelt dann eine individuelle Kinderwunschmotivation. Da bereits die allgemeine Kinderwunschmotivation eine positive Fortpflanzungsentscheidung rechtfertigt, sind die individuellen Beweggründe für diese Entscheidung dem besonders geschützten Bereich der persönlichen Lebensplanung zuzuweisen und nicht rechtlich überprüfbar.

8. Die Entscheidung, sich fortzupflanzen, und die dazugehörigen Handlungen können durch folgende Grundrechte geschützt sein:

    8.1. Art. 1 GG (Würde des Menschen)

    8.2. Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 GG (Allgemeines Persönlichkeitsrecht)

    8.3. Art. 2 Abs. 1 GG (Allgemeine Handlungsfreiheit)

    8.4. Art. 2 Abs. 2 S.1 GG (Recht auf körperliche Unversehrtheit, einschließlich Anspruch auf Behandlung krankhaft ausgefallener Nutzungsmöglichkeiten)

    8.5. Art. 6 Abs. 1 1. Alt. GG (Schutz der Ehe)

    8.6. Art. 6 Abs. 1 2. Alt. GG (Schutz der Familie)

    8.7. Art. 4 GG (Religionsfreiheit)

9. Der Grundrechtsschutz beschränkt sich nicht auf die normale Fortpflanzung durch einverständlichen (intimen) Geschlechtsverkehr. Auch die Inanspruchnahme von Methoden der medizinisch assistierten Fortpflanzung genießt grundsätzlich Grundrechtsschutz.

10. Der Grundrechtsschutz bei der Fortpflanzung ist aufgrund der biologischen Vorgaben dieser Tätigkeit geschlechtsspezifisch verschieden: Die Frau kann sich nur auf einen Grundrechtsschutz für die Tätigkeit berufen, ein Kind zu empfangen, auszutragen und zu gebären, der Mann kann sich nur auf einen Grundrechtsschutz für die Tätigkeit berufen, ein Kind zu zeugen.

11. Welche Fortpflanzungsgrundrechte eine Person für sich in Anspruch nehmen kann und welche Schutzintensität diese Grundrechte entfalten, ist in großem Umfang abhängig von den Umständen des Einzelfalls. Die maßgeblichen Kriterien hierfür sind u.a.:

    11.1. Ursachen der ungewollten Kinderlosigkeit bei den Wunscheltern (organisch/psychisch/genetisch/ungeklärt);

    11.2. Umfang der Beteiligung weiterer Personen an der Fortpflanzung (medizinisches Personal, weitere Personen, die einzelne Fortpflanzungskomponenten im Interesse der Wunscheltern wahrnehmen sollen);

    11.3. Familienstand der Wunscheltern (verheiratet/ledig);

    11.4. Zeitpunkt der Tätigkeit, für die Schutz begehrt wird, innerhalb des Fortpflanzungsgeschehens;

    11.5. Gleichzeitiges oder isoliertes Vorliegen genetischer und physiologischer Fortpflanzung;

    11.6. Vorliegen von Elternwille, der in der Übernahme von Verantwortung für das neue Menschenleben zu sehen ist;

    11.7. Religiöse Überzeugung der Grundrechtsschutz beanspruchenden Person;

    11.8. Art und Zielrichtung eines staatlichen Eingriffs in die Fortpflanzung. Der Grundrechtsschutz der Fortpflanzung variiert insbesondere auch danach, ob die Entscheidungs- oder die Handlungskomponente der Fortpflanzung durch einen staatlichen Eingriff betroffen ist.

12. Die im Rahmen der Inanspruchnahme medizinisch assistierter Fortpflanzung beteiligte Ärztin oder der Arzt ist dem Privatbereich eines fortpflanzungswilligen Paares zuzurechnen. Die Beteiligung von außerhalb einer Paarbeziehung stehenden Dritten mit vorgesehener Übernahme einzelner Elternfunktionen (Leih- oder Ersatzmutter, Ei- oder Samenspender) ist nicht dem Privatbereich eines fortpflanzungswilligen Paares zuzurechnen. Die Inanspruchnahme einer solchen Person erfolgt auf der gesellschaftlichen Ebene.

13. Je nach den Umständen des Einzelfalles ist zu entscheiden, ob sich eine Person auf den Kernbereich von Fortpflanzungsgrundrechten berufen kann. Als Faustregel für die Beurteilung des Grundrechtsschutzes der Fortpflanzung gilt, dass die homologe Fortpflanzung (= eigene genetische und physiologische Fortpflanzung eines gegengeschlechtlichen Paares, das gemeinsame soziale Elternschaft anstrebt, ggf. unter Inanspruchnahme ärztlicher Hilfe) vom Kernbereich der Fortpflanzungsgrundrechte geschützt wird. Demgegenüber wird die heterologe Fortpflanzung (= Fortpflanzung unter Inanspruchnahme von Eizellen- oder Samenspende, Leih- oder Tragemutter), wenn überhaupt, nur vom Randbereich von Fortpflanzungsgrundrechten geschützt. Dies bedeutet für die verfassungsrechtliche Beurteilung staatlicher Eingriffe, dass Beschränkungen der homologen Fortpflanzung einer umfassenderen Rechtfertigung bedürfen, als Eingriffe in die heterologe Fortpflanzung.

14. Bei medizinisch assistierter Fortpflanzung ist die genetische Fortpflanzung einer Person nicht das allein entscheidende Kriterium für die Inanspruchnahme des Schutzes von Fortpflanzungsgrundrechten. Bei der Frau, der im Gegensatz zum Mann eine isolierte physiologische Fortpflanzung (Austragung eines genetisch fremden Kindes) möglich ist, genießt auch die isolierte physiologische Fortpflanzung Grundrechtsschutz.

15. Fortpflanzungsgrundrechte schützen die Tätigkeit der Fortpflanzung, damit das Recht darauf, die genetischen und/oder physiologischen Fortpflanzungsmöglichkeiten eines Individuums zu nutzen. Sie schützen dagegen nicht einen bestimmten Erfolg dieser Tätigkeiten. Insbesondere besteht aufgrund von Fortpflanzungsgrundrechten kein Anspruch auf die Nutzung von Methoden, die dazu führen, nur ein Kind mit bestimmten Eigenschaften (z.B. ein gesundes Kind) zu bekommen. Die Inanspruchnahme solcher Methoden im Zusammenhang mit der Fortpflanzung wird lediglich von der allgemeinen Handlungsfreiheit geschützt.

16. Die Entstehung eines Kindes durch Verschmelzung der Zellkerne von Ei- und Samenzelle stellt eine entscheidende Zäsur im Fortpflanzungsgeschehen dar. Ab diesem Zeitpunkt stehen den Fortpflanzungsgrundrechten der Eltern grundsätzlich Rechte des neuen Menschen gegenüber.

17. Ab dem Zeitpunkt der Zeugung eines neuen Menschen hat der Mann seinen geschlechtsspezifisch bedingten Anteil an der Fortpflanzung vollständig ausgeübt. Aus diesem Grund kann er sich nach der Entstehung eines Kindes nicht mehr auf Fortpflanzungsgrundrechte, sondern nur noch auf Elternrechte berufen, um ggf. die Vollendung der Fortpflanzung durch seine Partnerin zu erreichen. Bei der Frau dauert der geschlechtsspezifische Anteil an der Fortpflanzung während der Schwangerschaft noch an, daher treten bei ihr nach Entstehung eines neuen Menschen Elternrechte neben noch bestehende Fortpflanzungsgrundrechte.

18. Die Einschränkung von Fortpflanzungsgrundrechten kann in Bezug auf die an der Fortpflanzung beteiligten erwachsenen Personen nicht mit kollidierenden Grundrechten oder Verfassungsprinzipien gerechtfertigt werden (kein „Schutz vor sich selbst“).

19. Die Einschränkung von Fortpflanzungsgrundrechten kann nicht mit dem Individualgrundrecht der Würde eines noch nicht existierenden Kindes gerechtfertigt werden, wenn hierdurch seine Entstehung verhindert wird.

20. Mit Eingriffen in Fortpflanzungsgrundrechte der Wunscheltern verbundene Regelungen, die vor der Entstehung eines neuen Menschen liegen und dazu dienen, diese Entstehung zu verhindern, können grundsätzlich aufgrund des Verfassungsprinzips des objektiv-rechtlichen Gehaltes der Menschenwürde gerechtfertigt sein. Hierbei ist allerdings ein hoher Maßstab anzulegen. Die Menschenwürdeverletzung muss so erheblich sein, dass sie es rechtfertigt, einem Menschen seine Entstehung zu verweigern. Daher muss die Menschenwürdeverletzung aus der Sicht des fiktiven, zukünftigen Menschen beurteilt werden. Allein die Möglichkeit, dass ein neuer Mensch in eine konfliktträchtige Existenz hineingeboren wird, ist zur Annahme einer Verletzung des objektiv-rechtlichen Gehaltes der Menschenwürde regelmäßig nicht ausreichend.

21. Bei Regelungen, welche die Entstehung eines Kindes **nicht** verhindern, sondern den Entstehungsvorgang unter Berücksichtigung der Grundrechte des zukünftigen Kindes gestalten, können Grundrechtseinschränkungen bei den Wunscheltern (ausnahmsweise) mit Grundrechten des noch nicht existierenden Menschen, auf dessen Entstehung die Handlungen der Wunscheltern gerichtet sind, gerechtfertigt

werden. Dies ist deshalb erforderlich, weil es bei der Fortpflanzung möglich ist, Individualgrundrechte durch Handlungen zu verletzen, die vor der Entstehung einer neuen Grundrechtsträgerin oder eines neuen Grundrechtsträgers begangen werden müssen, sich aber erst nach der Entstehung auswirken (z.B. Erfassung der Personalien der genetischen Eltern zur Sicherung des Rechtes des Kindes auf Kenntnis der eigenen Abstammung).

22. Sobald durch Verschmelzung der Zellkerne von Ei- und Samenzelle ein neues menschliches Wesen entstanden ist, stehen dessen Grundrechte auf Achtung seiner Menschenwürde, auf Leben und körperliche Unversehrtheit und auf Achtung seines allgemeinen Persönlichkeitsrechts den Fortpflanzungsgrundrechten der Wunscheltern gegenüber.

23. Die anonyme Spende von Keimzellen (Ei- und Samenzellen) fügt sich nicht in die deutsche Rechtsordnung ein und vereitelt das später erst entstehende Grundrecht des mit der gespendeten Keimzelle zu zeugenden Kindes auf Kenntnis seiner genetischen Herkunft. Sie ist daher soweit als möglich zu verhindern.

24. Das völlige Verbot der Eizellenspende durch das ESchG bei gleichzeitiger Zulassung der Samenspende ist unverhältnismäßig und zudem wegen einer ungerechtfertigten Ungleichbehandlung von Mann und Frau verfassungswidrig.

25. Die Vorschriften im ärztlichen Berufsrecht (a) zur grundsätzlichen Bindung der uneingeschränkten Inanspruchnahme ärztlicher Hilfe an die bürgerlich-rechtliche Ehe, (b) zur Überprüfung der Kinderwunschmotivation durch den Arzt, (c) zur Beschränkung der Samenspende auf Fälle der physischen Sterilität und (d) zur Entscheidung über die Zulässigkeit einer Samenspende durch eine Ethikkommission sind mangels einer Rechtsetzungskompetenz der Landesärztekammern für einen Eingriff in Fortpflanzungsgrundrechte von Wunscheltern durch Aufstellung von Behandlungsvoraussetzungen formell verfassungswidrig.

26. Die Bindung der Inanspruchnahme ärztlicher Hilfe zum Zwecke der Fortpflanzung an eine bestehende bürgerlich-rechtliche Ehe ist bei homologer Fortpflanzung materiell verfassungswidrig.

27. Eine Überprüfung der Kinderwunschmotivation von Personen, die bei homologer Fortpflanzung auf die Inanspruchnahme ärztlicher Hilfe angewiesen sind, greift in unzulässiger Weise in Fortpflanzungsgrundrechte ein und ist materiell verfassungswidrig.

4.2. Ausblick

Wie sich aus den Ausführungen in Teil 2 und 3 dieser Arbeit ergibt, sind so weitreichende Verbote der Methoden der medizinisch assistierten Fortpflanzung, wie sie in den 80er Jahren in der Literatur gefordert und zum Teil durch das ESchG und das ärztliche Berufsrecht umgesetzt wurden, nicht durch das Verfassungsrecht geboten oder sogar verfassungswidrig.

Seit Erlass des ESchG hat die juristische Diskussion der Fortpflanzungsmedizin merklich nachgelassen. Der scheinbare rechtliche Friede um dieses Thema ist aber trügerisch. Zwar ist bisher kein einziger Fall eines gerichtlichen Strafverfahrens aufgrund der Vorschriften des ESchG vor ein deutsches Gericht gekommen, es wäre aber falsch, daraus den Rückschluss zu ziehen, dass es keinerlei Probleme mit der rechtlichen Regelung in Deutschland gibt. Dies gilt ganz besonders für die einschneidenden Beschränkungen durch das ärztliche Standesrecht. Es ist ein offenes Geheimnis, dass Paare oder Einzelpersonen, denen die Regelungen in Deutschland die Inanspruchnahme medizinisch assistierter Fortpflanzung versagen, sich im Ausland ärztliche Hilfe suchen.[1124] Voraussetzung hierfür sind allein finanzielle Mittel in Höhe von mehreren tausend Euro, die Möglichkeiten, an die betreffenden Informationen zu kommen, sind vielfältig.[1125] Insbesondere die nicht zum Schutze des Embryos notwendigen Regelungen im ESchG und im ärztlichen Berufsrecht führen nur zu einer Verdrängung der Problematik, nicht aber zu einer gesellschaftlich verträglichen Lösung des Problems selbst. Die getroffenen Entscheidungen sind nicht immer aus ethischer, medizinischer und juristischer Sicht nachvollziehbar, es ist vielmehr anzunehmen, dass es sich um ideologisch geprägte Entscheidungen handelt. Durch solche ideologisch motivierte Gesetzgebung wird lediglich erreicht, dass über die Machbarkeit des Kinderwunsches allein die finanzielle Ausstattung der Betroffenen entscheidet.

Das Strafrecht, für das der Bund zum Zeitpunkt des Erlasses des ESchG allein die notwendige Gesetzgebungskompetenz hatte, ist zudem nicht das geeignete Mittel zur Regelung eines grundlegenden menschlichen Lebensbereiches wie der Fortpflanzung. Das strafrechtliche Verbot ist unter Grundrechtsaspekten der intensivste staatliche Eingriff in ein Grundrecht. Strafrecht ist nur die ultima ratio für staatliches Handeln und bedarf stets einer besonderen Rechtfertigung. Es darf nur zum Schutz der Gemeinschaft oder

---

[1124] Dass die in Deutschland geltenden gesetzlichen Regelungen der Fortpflanzungsmedizin zu einer Abwanderung fortpflanzungswilliger Paare ins Ausland führen, wird immer wieder vorgetragen, z.B.: Bericht der Ärztezeitung vom 02./03.03.2001 („Adoption von gefrorenen Embryos auch in Deutschland"), S. 1; Pressemitteilung der Bundesärztekammer vom 10.11.2000 (Internetpublikation: „Ethisches Dilemma der Fortpflanzungsmedizin parteiübergreifend diskutieren")

[1125] Unter den Schlagworten „Fortpflanzung", „procreation" und „fertility" sind über die Suchmaschinen des Internet weltweit Angebote diverser medizinischer Institute zu finden, die von unverbindlicher Beratung bis zum Pauschalurlaub zu Befruchtungszwecken (mit oder ohne Mann und mit unbegrenzten Auswahlmöglichkeiten, was die Spender- oder Spenderinnenkriterien angeht) inclusive Hotelbuchung und Freizeitprogramm reichen.

einzelner Personen verwendet werden und dient nicht dem Schutz moralischer Vorstellungen. Es ist zudem fraglich, ob die hohen Strafandrohungen des ESchG nicht eher symbolische Kriminalisierungen darstellen. Bei dem Wunsch nach Kindern, bei dem es sich in unserer Gesellschaft um eine Grundkonstante der menschlichen Existenz handelt, ist zudem das ansonsten bei unter Strafe gestelltem Verhalten mögliche rechtmäßige Alternativverhalten, nämlich der Verzicht auf Kinder, keine Alternative, die der Gesetzgeber beliebig vorschreiben darf. Statt einer allein strafrechtlichen Regelung der medizinisch assistierten Fortpflanzung durch das ESchG hätte in vielen Punkten eine andere Form der Regelung gefunden werden können. Diese Kriminalisierung ist auch im Ausland auf Kritik gestoßen.[1126] Das Missbrauchspotential der neuen medizinischen Möglichkeiten ist unbestreitbar vorhanden, aber eine wissenschaftliche Entdeckung, die einmal in der Welt ist, lässt sich auch durch strafrechtliche Verbote nicht ungeschehen machen. Wenn eine solche Technologie Teil unserer Existenz geworden ist, so hat die Gesellschaft die Aufgabe, den Umgang mit ihr zu regeln. Dieser Umgang des Rechts mit einer wissenschaftlich-medizinischen Innovation war unserem Rechtssystem bisher völlig fremd. Übliche Gesetze, die neue Technologien regeln (z.B. GentechnikG und AtomG) enthalten umfangreiche öffentlich-rechtliche Regelungen zum Umgang mit der Materie und im Schlussteil die notwendigen Ordnungswidrigkeits- und Strafnormen. Der regelnde Komplex fehlt beim ESchG völlig. Der Umstand, dass dem Bund beim Erlass des ESchG außerhalb des Strafrechts die Rechtsetzungskompetenz fehlte, entschuldigt nicht das Unterlassen der notwendigen Regelungen der medizinisch assistierten Fortpflanzung. Die hierfür nunmehr existierende Bundeskompetenz hätte (statt erst im Jahr 1994) bereits vor Erlass des ESchG geschaffen werden können. Das Unterlassen der Verabschiedung eines umfassenden Regelungskomplexes der Materie durch den Gesetzgeber hat dazu geführt, dass die Landesärztekammern in diesem rechtlichen Vakuum Regelungen zur medizinisch assistierten Fortpflanzung erlassen haben, die weit jenseits ihrer Rechtsetzungskompetenz liegen. Die in dieser Arbeit geübte Kritik der Regelungen im ärztlichen Standesrecht darf nicht dahin gehend missverstanden werden, dass die standesrechtliche Vorgabe von Behandlungsstandards für Ärzte als generell unzulässig oder undemokratisch anzusehen wäre. Das ärztliche Standesrecht ist vielmehr ein sinnvolles und notwendiges Mittel zur Regelung medizinischer Fragen. Die Kritik des ärztlichen Standesrechtes beschränkt sich darauf, dass Regelungen gegenüber Wunscheltern erlassen wurden, die einen schweren, verfassungswidrigen Eingriff in Grundrechte der Wunscheltern darstellen. Es ist hier der außergewöhnliche Fall vorgesehen worden, dass ein Patient nichtmedizinische “Qualifikationen” (z.B. “Eignung zur Erziehung eines Kindes“ oder „verheiratet“) vorweisen muss, damit eine Ärztin oder ein Arzt eine medizinische Behandlung durchführt. Die Festsetzung solcher Anforderungen muss wegen des damit verbundenen Grundrechtseingriffs dem demokratischen Gesetzgeber überlassen bleiben.

[1126] SCHICK, Peter: Der Entwurf eines Fortpflanzungshilfegesetzes (FHG) - Eine kritische Stellungnahme; in: Fortpflanzungsmedizin - Wertung und Gesetzgebung, Hrsg.: Univ.-Doz. Dr. Erwin Bernat, 1991, S. 15 u. 18-19

Man mag die in dieser Arbeit vertretene Auffassung zur Reichweite des Schutzbereiches von Fortpflanzungsgrundrechten für übertrieben oder unvertretbar halten. Hierbei sollte man sich aber über eines deutlich im Klaren sein: Die heute bereits von obersten Bundesgerichten vertretene Position zu zivil- oder steuerrechtlichen Aspekten der medizinisch assistierten Fortpflanzung wäre vor zwanzig Jahren vermutlich ein gesellschaftlicher Skandal gewesen. Unsere Akzeptanz gegenüber den medizinisch assistierten Formen der Fortpflanzung nimmt ständig zu und Methoden, die zuerst als „Horrorszenario" bezeichnet wurden[1127], gehören heute zum Standardrepertoire der Fortpflanzungsmediziner. Gleichzeitig hat sich die gesellschaftliche Diskussion in den letzten Jahren erfreulich versachlicht. Die in dieser Arbeit festgestellten Ergebnisse sind dementsprechend als Anregung zum Überdenken vorhandener Wertvorstellungen zu verstehen. Dies betrifft insbesondere die Frage, ob das von den obersten Bundesgerichten nach wie vor verwendete klassische Verständnis von Fortpflanzung (Identität von genetischen und sozialen Eltern, Bindung der Fortpflanzung an die Ehe) noch der Gesellschaftswirklichkeit entspricht. Wenn man damit argumentiert, dass der Schutz von Ehe und Familie im Existenzinteresse des Staates liege[1128], so muss man sich immer vor Augen halten, dass in erster Linie die im Rahmen dieser Institutionen ausgeübte Fortpflanzung im Existenzinteresse des Staates liegt. Es ist daher unverständlich, dass der Staat Personen, die dieses hoch stehende Ziel mittels der Inanspruchnahme medizinisch assistierter Fortpflanzung erreichen möchten, die in dieser Arbeit dargestellten Hindernisse in den Weg legt, anstatt einen die Interessen aller Beteiligten berücksichtigenden Rechtsrahmen vorzusehen.

Es bleibt zu hoffen, dass es irgendwann doch noch zu einer umfassenden Regelung der Materie, z.B. durch ein Fortpflanzungsmedizingesetz, kommen wird. Man muss allerdings nicht über prophetische Fähigkeiten verfügen, um vorauszusagen, dass die Verabschiedung eines umfassenden Fortpflanzungsmedizingesetzes die Probleme im Zusammenhang mit der medizinisch assistierten menschlichen Fortpflanzung nicht endgültig beseitigen wird. Aufgrund des Fortschrittes der Wissenschaft kommt es zu immer neuen Entdeckungen, die gerade im Bereich der Humanbiologie und Genetik extreme familiäre und allgemeingesellschaftliche Auswirkungen haben werden. Im Rahmen der Forschungstätigkeit werden jedoch allgemeingesellschaftliche Erwägungen nur selten angestellt. Was gemacht werden kann, wird in der Regel auch erforscht.[1129] Dies lässt sich besonders gut anhand des Verhaltens einzelner Wissenschaftler illustrieren, die

---

[1127] vgl. die Zusammenstellung zahlreicher wertender Aussagen bei MERSSON, Günter: Fortpflanzungstechnologien und Strafrecht; Studienverlag Dr. N. Brockmeyer, Bochum 1984, S. 30

[1128] BRAUN, Johann: Gleichgeschlechtliche Partnerschaft und Ehe, ZRP 2001, 14 ff. (16); SCHOLZ, Rupert/UHLE, Arnd: „Eingetragene Lebenspartnerschaft" und Grundgesetz, NJW 2001, S. 393 ff. (393)

[1129] SELB, Walter: Rechtsordnung und künstliche Reproduktion des Menschen; Verlag J.C.B. Mohr Tübingen 1987, S. 9

angekündigt haben, das auch in der wissenschaftlichen Welt ethisch höchst umstrittene Experiment des reproduktiven Klonens von Menschen durchführen zu wollen.[1130] Es ist abzusehen, dass uns die Freiheit der Forschung in den nächsten Jahren weitere Problemkreise liefern wird, die in ähnlich brisanter Weise wie die Technologie der medizinisch assistierten Fortpflanzung die Grenzen der menschlichen Existenz in Frage stellen werden. Es wird daher immer wieder notwendig sein, die Rechtslage mit der gesellschaftlichen Entwicklung abzugleichen und entsprechende rechtliche Anpassungen zu treffen.

Abschließend ist noch auf die im Titel dieser Arbeit enthaltene Grundfrage zurückzukommen:

„Können sich neue wissenschaftliche Erkenntnisse unmittelbar auf den Inhalt eines Grundrechts auswirken?"

Die Antwort ist nach der Lektüre dieser Abhandlung eindeutig „ja". Als Fortpflanzung ist inzwischen auch die medizinisch assistierte Fortpflanzung anzusehen, welche ebenso wie die normale Fortpflanzung vom Schutzbereich der Fortpflanzungsgrundrechte von Wunscheltern umfasst ist, auch wenn der Schutzumfang unterschiedlich ist und jeweils nach den besonderen Umständen des Einzelfalls bestimmt werden muss.

[1130] Das entsprechende Interesse einzelner Wissenschaftler, diesen Schritt zu wagen, ist bereits in der Presse publik gemacht worden (vgl. Bericht der Ärztezeitung „Der Geist ist aus der Flasche beim Thema Menschenklonen - Forscherteam bekräftigt sein Ziel, Menschen zu duplizieren" vom 12.03.2001). Von den Gerüchten, die über bereits existierende geklonte Kinder seit 2002 kursieren (vgl. z.B. Bericht der Ruhr Nachrichten vom 02.12.2002 „Erstes Klonbaby ist ein Mädchen - UFO-Sekte: Geburt noch dieses Jahr"; Bericht der Frankfurter Rundschau online „Klon-Baby angekündigt - US-Forscher Zavos will Leihmutter Embryo eingepflanzt haben" vom 19.01.2004), wurde bislang keines durch zuverlässige wissenschaftliche Quellen bestätigt.

Index der verwendeten Fachbegriffe

Chimäre
Ursprüngl. aus der griechischen Mythologie: Mischwesen mit Löwenkopf, Ziegenkörper und Schlangenschwanz. In der modernen Biologie Bezeichnung für ein Mischwesen, das Zellen mit unterschiedlicher Erbinformation beherbergt. Chimären entstehen, indem man Zellen eines Lebewesens in den Embryo eines genetisch verschiedenen Lebewesens injiziert. Dies ist innerhalb einer Spezies und artübergreifend möglich.**

Embryo
Durch Kernverschmelzung von Ei- und Samenzelle entstehendes neues Lebewesen.

Embryotransfer (ET)
Einführung des Embryos in die Gebärmutter***

Eugenik
Versuch/Absicht durch bestimmte Maßnahmen das Erbgut zu verbessern; die naturwissenschaftliche Bezeichnung ist durch den Missbrauch der Nationalsozialisten in Verruf geraten; negative Eugenik = Maßnahmen mit dem Ziel, genetische Schäden, bzw. negative Erbanlagen zu reduzieren oder zu verhindern; positive Eugenik = Bevorzugung oder Herstellung gewünschter Eigenschaften.*

Gameten
Keimzellen, synonym: Keimbahnzellen (= Ei- und Spermazellen).

Genetisches Screening
Untersuchung größerer Bevölkerungsgruppen auf rezessive erbliche Krankheiten.*

Gentechnologie
Gesamtheit der auf molekularbiologischen Erkenntnissen beruhenden Methoden zur Charakterisierung, Isolierung und Rekombination genetischen Materials. Das Jahr 1973 gilt als Geburtsstunde der Gentechnologie. Es gelang des Forschern Stanley Cohen und Herbert Boyer erstmals, Bakterien herzustellen, in deren Erbanlagen sie ein fremdes Gen eingebaut hatten.**

heterologes System
Verwendung der Keimzellen von Personen, die nicht beabsichtigen, die sozialen Eltern des Kindes zu werden (keine einheitliche Verwendung des Begriffs in der Literatur).

homologes System
Verwendung von Keimzellen von Personen, die beabsichtigen, zusammen die sozialen Eltern des Kindes zu werden (keine einheitliche Verwendung des Begriffs in der Literatur).

Hormonbehandlung
Eine Hormonbehandlung im Rahmen der medizinisch assistierten Fortpflanzung soll bei der Frau die Eierstöcke stimulieren, beim Mann die Spermaproduktion/sexuelle Potenz beeinflussen*

Humanbiotechnik
Methoden der Biotechnologie, die am Menschen angewendet werden.

Hybrid
Organismen, Zellen oder Moleküle, die aus einer Kreuzung oder einer Fusion zweier genetisch verschiedener Elternzellen oder Elternmoleküle entstehen.**

ICSI
s. Mikroinjektion in vitro

Insemination
Spermazellen werden zum Zeitpunkt des Eisprungs in die Gebärmutter gespült*

intratubarer Embryotransfer (= Embryo-Intrafallopian-Transfer - EIFT)
Einführung des Embryos in den Eileiter***

intratubarer Gametentransfer (= Gamete-Intrafallopian-Transfer - GIFT)
s. künstliche Befruchtung in vivo

intratubarer Zygotentransfer (Zygote-Intrafallopian-Transfer - ZIFT)
Einführung der Zygote in den Eileiter***

in-vitro-Fertilisation (IVF)
Im Labor werden Ei- und Samenzellen zusammengebracht, von den dort entstehenden Embryonen werden einer oder mehrere auf die austragende Frau übertragen (Embryotransfer)*

Keimbahnzellen
Zur Keimbahn zählen die menschlichen Keimzellen (Ei- und Samenzellen) und die Vorläuferzellen des Körpers, aus denen Keimzellen hervorgehen. Ei- und Samenzelle enthalten im Gegensatz zu Körperzellen (doppelter Gensatz = diploide Zellen) nur einen einfachen Gensatz (= haploide Zellen). Verschmelzen Ei- und Samenzelle, so entsteht eine diploide Zelle, in der die Erbanlagen von Vater und Mutter enthalten sind.**

Klonen
Grundlegende molekularbiologische Technik, mittels der genetisch identische Organismen, Zellen oder DNA-Fragmente erzeugt werden können.**

Kryokonservierung
Standardverfahren in der Reproduktionsmedizin, bei der befruchtete Eizellen im Vorkernstadium (d.h. vor Entstehung eines Embryos) bei minus 194 Grad Celsius in flüssigem Stickstoff gelagert werden. Die Schwangerschaftsrate liegt bei der Implantation aufgetauter Eizellen mit 13 % deutlich niedriger als bei der Implantation frisch entnommener Eizellen, wo die Schwangerschaftsrate 24 % beträgt (Zahlen aus dem deutschen IVF-Register 1999). Die Lagerungsdauer kryokonservierter Eizellen beträgt in Deutschland bis zum nächsten Behandlungszyklus der Mutter einige Monate, höchstens zwei bis drei Jahre. An der Frauenklinik der Universität Bonn ist aber bereits ein Kind zur Welt gekommen, das aus einer befruchteten Eizelle entstanden ist, die 9 Jahre lang kryokonserviert war.****

künstl. Befruchtung in vivo (= Gametentransfer, engl.: Gamete Intrafallopian Transfer [GIFT])
Abgesaugte Eizellen werden zusammen mit Samenzellen in einen oder beide Eileiter gespült, wo sich die Keimzellen unter natürlichen Bedingungen vereinigen können.*

Leih- oder Ersatzmutter
Genetische und physiologische Mutter eines Kindes, das mit dem Samen des Partners der später vorgesehenen sozialen Mutter gezeugt wurde, i.d.R. mittels Insemination (keine einheitliche Verwendung der Begriffe in der Literatur).

Microinjektion in vitro (= ICSI: Intra Cytoplasmatic Sperm Injection)
Moderne Variante der IVF, bei der Ärzte mittels einer Injektion ein einziges Spermium in eine Eizelle einschleusen.**

Reproduktionsmedizin
Methoden der medizinisch assistierten Fortpflanzung, die in der ärztlichen Praxis angewendet werden und nicht mit einer Manipulation von Keimzellen verbunden sind.

Tragemutter
Eine nicht mit dem Kind genetisch verwandte Frau, die das Kind austrägt (allein physiologische Mutter) und nicht beabsichtigt, die soziale Mutter zu werden, sondern das Kind Dritten zu überlassen (keine einheitliche Verwendung des Begriffs in der Literatur).

Zygote
Befruchtete Eizelle

---

* Definitionen entnommen aus den Kapiteln „Fortpflanzungsmedizin“ und „Eugenik“ in: KAHLKE, Winfried und REITER-THEIL, Stella (Hg.): Ethik in der Medizin; Verlag Ferdinand Enke Stuttgart 1995

** Definitionen entnommen aus: AMGEN's biotech glossar: 500 wichtige Begriffe der modernen Biotechnologie, Verlag Zuckerschwerdt, München 1998

*** Definitionen entnommen aus den “Richtlinien der Bundesärztekammer zur Durchführung der assistierten Reproduktion”, Deutsches Ärzteblatt 1998; 95: A-3166-3171

**** Bericht der Ärztezeitung vom 26./27.01.2001, „Einfrieren und Auftauen ist Stress für Eizellen“

Literaturverzeichnis

AMGEN's biotech glossar: 500 wichtige Begriffe der modernen Biotechnologie, Verlag Zuckerschwerdt, München 1998

BACKHAUS, Albert: Kostenübernahme bei In-vitro-Fertilisation auch in der gesetzlichen Krankenversicherung; VersR 1996, S. 564-565

BAKER, Debra: Catching Up to Science; American Bar Association Journal (ABA Journal), December 1999, S. 88

BAUMANN-HÖLZLE, Ruth/BONDOLFI, Alberto/RUH, Hans: Genetische Testmöglichkeiten - Ethische und rechtliche Fragen; Campus Verlag Frankfurt/M 1990

BECKER, Ulrich: Das ‚Menschenbild des Grundgesetzes' in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, Duncker & Humblot GmbH, Berlin 1996

BERNAT, Erwin: - Fortpflanzungsmedizin - Wertung und Gesetzgebung (Hg.), Juristische Schriftenreihe Band 31, Verlag der Österreichischen Staatsdruckerei, Wien 1991

- Anmerkung zu Österreichischer VfGH, Erkenntnis vom 14.10.1999, G 91/98-13 und G 116/98-13, MedR 2000, 394-396

- Statusrechtliche Probleme im Gefolge medizinisch assistierter Zeugung, MedR 1986, S. 245-253

BERTAZZONI, Umberto/FASELLA, Paolo/KLEPSCH, Andreas/LANGE, Peter (Hg.): Human Embryos and Research - Proceedings of the European Bioethics Conference in Mainz, 7-9 November 1988; Campus Verlag Frankfurt/M 1990

BLASIUS, Dirk: Ehescheidung in Deutschland 1794-1945, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen 1987

BRAUN, Johann: Gleichgeschlechtliche Partnerschaft und Ehe, ZRP 2001, 14 ff.

BUNDESMINISTERIUM FÜR BILDUNG UND FORSCHUNG (Hg.): Humane Stammzellen - Perspektiven und Grenzen in der regenerativen Medizin, Verlag: Schattauer GmbH, Stuttgart 2001

COESTER-WALTJEN: Die künstliche Befruchtung beim Menschen - Zulässigkeit und zivilrechtliche Folgen, Gutachten B für den 56. Deutschen Juristentag; C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung München 1986

COESTER-WALTJEN, Dagmar: Die Lebensgemeinschaft - Strapazierung des Parteiwillens oder staatliche Bevormundung? NJW 1988, 2085 ff.

CONZE, Werner (Hg.): Industrielle Welt - Schriftenreihe des Arbeitskreises für moderne Sozialgeschichte, Band 21: Sozialgeschichte der Familie in der Neuzeit Europas, Ernst Klett Verlag, Stuttgart 1976

CROMM, Jürgen: Bevölkerung, Individuum, Gesellschaft - Theorien und soziale Dimensionen der Fortpflanzung; Westdeutscher Verlag Opladen 1988

DALCKE, A.: Strafrecht und Strafprozeß - Eine Sammlung der wichtigsten, das Strafrecht und das Strafverfahren betreffenden Gesetze zum Handgebrauche für den Preußischen Praktiker, Verlag H. W. Müller, Berlin 1879

DAUDE, Paul: Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich vom 15. Mai 1871 mit den Entscheidungen des Reichsgerichts, 8. Auflage, Verlag H. W. Müller, Berlin 1901

DENNINGER, Erhard/HOFFMANN-RIEM, Wolfgang/SCHNEIDER, Hans-Peter/STEIN, Ekkehart (Hg.): Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (Reihe Alternativkommentare), Hermann Luchterhand Verlag, Neuwied und Kriftel 2001, Stand: 2. Ergänzungslieferung, August 2002

DESCHNER, Karlheinz: Das Kreuz mit der Kirche - Eine Sexualgeschichte des Christentums, Econ Verlag, Düsseldorf Wien New York Moskau 1992

DEUTSCH, Erwin: An der Grenze von Recht und künstlicher Fortpflanzung, VersR 1985, S. 1002-1004

DEUTSCHE FORSCHUNGSGEMEINSCHAFT (Hg.): Forschung mit humanen embryonalen Stammzellen/Research with Human Embryonic Stem Cells - Standpunkte/Positions, Wiley-VCH Verlag, Weinheim 2003

DIEDRICH, Klaus/LUDWIG, Michael: In-vitro-Fertilisation und intrazytoplasmatische Spermieninjektion - Gibt es ein Gesundheitsrisiko für die geborenen Kinder?, Deutsches Ärzteblatt 96, Heft 45 (12.11.1996), Seite A-2892 ff.

DIENEL, Christiane: - Kinderzahl und Staatsräson - Empfängnisverhütung und Bevölkerungspolitik in Deutschland und Frankreich bis 1918, Verlag Westfälisches Dampfboot, Münster 1995

- Familienpolitik - Eine praxisorientierte Gesamtdarstellung der Handlungsfelder und Probleme, Juventa Verlag, Weinheim und München 2002

DOLZER, Rudolf/VOGEL, Klaus/GRAßHOF, Karin: (Hg.): Bonner Kommentar zum Grundgesetz, C. F. Müller Verlag, Heidelberg, Stand: 113. Ergänzungslieferung, September 2004

DREIER, Horst (Hg.): Grundgesetz - Kommentar, Verlag J.C.B. Mohr, Tübingen 1996

DRESSLER, Angelika: Verfassungsfragen des Embryonenschutzes hinsichtlich der Reproduktionsmedizin; Diss. Bielefeld 1992

DUDEN, Barbara: Der Frauenleib als öffentlicher Ort - Vom Missbrauch des Begriffs Leben, Luchterhand Literaturverlag GmbH, Hamburg Zürich 1991

EBERBACH, Wolfram H.: Rechtliche Probleme der „Leihmutterschaft“, MedR 1986, S. 253-259

EICHENHOFER, Eberhard (Hg.): 80 Jahre Weimarer Reichsverfassung - Was ist geblieben?, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen 1999

EICHER, Wolfgang: Die in-vitro-Fertilisation als Leistung der gesetzlichen Krankenkassen im Rahmen der Sterilitätsbehandlung der Frau; MedR 1986, S. 265-275

ESER, Albin: Schwangerschaftsabbruch: Auf dem verfassungsgerichtlichen Prüfstand - Rechtsgutachten im Normenkontrollverfahren zum Schwangeren- und Familienhilfegesetz von 1992, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 1994

FLOSSMANN, Ursula/LEHNER, Oskar (Hg.): Frau-Recht-Gesellschaft - Seminar zur Frauenrechtsgeschichte, Universitätsverlag Rudolf Trauner, 2. Auflage, Linz 1986

FRANCKE, Robert/REGENBOGEN, Daniela: Die ärztliche Betreuung der schwangeren Frau nach den Vorgaben der Mutterschaftsrichtlinien des Bundesausschusses der Ärzte und Krankenkassen; MedR 2002, S. 174-179

FREUDENSTEIN, Gustav: Der pecuniäre Contract in der Ehe und andere Bestimmungen des deutschen Rechts über Mitgift, Eherecht, Ehescheidung, etc., 2. Auflage, Verlag von Woldemar Urban, Leipzig 1884

GERLAND, Heinrich: Deutsches Reichsstrafrecht - Ein Lehrbuch, 2. Auflage, Verlag Walter de Grunter & Co., Berlin und Leipzig 1932

GERNHUBER, Joachim/COESTER-WALTJEN, Dagmar: Lehrbuch des Familienrechts, 4. Auflage, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München 1994

GÖTZ, Christoph: Medizinische Ethik und katholische Kirche - Die Aussagen des päpstlichen Lehramtes zu Fragen der medizinischen Ethik seit dem Zweiten Vatikanum, LIT Verlag Münster-Hamburg-London 2000

HAMMER, Margot: Häufigkeit, Ursachen und Folgen der kinderlosen Ehen, unter Berücksichtigung der gewollten Kinderlosigkeit, Dissertation, Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität zu Bonn 1964

HARMS-ZIEGLER, Beate: Illegitimität und Ehe - Illegitimität als Reflex des Ehediskurses in Preußen im 18. und 19. Jahrhundert, Duncker & Humboldt, Berlin 1991

HILGENDORF, Eric: Ektogenese und Strafrecht, MedR 1994, S. 429-432

HIRSCH, Günter: - Zeugung im Reagenzglas, MedR 1986, S. 237-240

- Die „Pille danach"; MedR 1987, S. 12-16

HIRSCH, G./HIERSCHE, H.-D.: Sterilisation geistig Behinderter, MedR 1987, S. 135-140

HIRSCH, Günter/SCHMIDT-DIDCZUHN, Andrea: Fortpflanzungsmedizin, Humangenetik, Gentechnik auf dem Weg zur gesetzlichen Regelung, MedR 1990, S. 167 ff.

HÖMIG, Dieter/SEIFERT, Karl-Heinz (Hg.): Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland - Taschenkommentar; 6. Auflage, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 1999

HOERSTER, Norbert: Abtreibung im säkularen Staat - Argumente gegen den § 218, 2. Auflage, Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main 1995

HOFFMANN, Birgit: Sterilisation geistig behinderter Erwachsener - Betreuungsrechtliche Behandlung und strafrechtliche Sanktionierung, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 1996

HOHMANN, Joachim S.: Sexualforschung und -aufklärung in der Weimarer Republik - Eine Übersicht in Materialien und Dokumenten, Foerster Verlag, Berlin 1985

ITTNER, Edith/HIMMEL, Wolfgang/KOCHEN, Michael: „Ungewollte Kinderlosigkeit als primärärztliches Beratungsproblem – Handlungsempfehlungen für Hausärzte, Internetpublikation: „http://www.allgemeinmedizin.med.uni-goettingen.de/“ unter dem Schlagwort „Kinderwunsch“, Zugriff: Mai/2001

JARASS, Hans D./PIEROTH, Bodo: Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 7. Auflage, München 2004

JÜTTE, Robert (Hg.): Geschichte der Abtreibung - Von der Antike bis zur Gegenwart, Verlag C.H. Beck München 1993

KAHLKE, Winfried und REITER-THEIL, Stella (Hg.): Ethik in der Medizin; Verlag Ferdinand Enke Stuttgart 1995

KAISER, Rolf/SCHUMACHER, Gebhard F.B. (Hg.): Menschliche Fortpflanzung - Fertilität-Sterilität-Kontrazeption, Georg Thieme Verlag Stuttgart - New York 1981

v. KALER, Matthias: Die Rechtsstellung des Vaters zu seinem ungeborenen Kind unter Geltung einer Fristenregelung, Peter Lang GmbH, Frankfurt am Main Berlin Bern New York Paris Wien 1997

KAPP, Wolfgang: Der Fötus als Patient? MedR 1986, 275-280

KELLER, Rolf/GÜNTHER, Hans-Ludwig/KAISER, Peter: Embryonenschutzgesetz, W. Kohlhammer GmbH, Stuttgart Berlin Köln 1992

KERN, Bernd-Rüdiger: Rechtliche Aspekte der Humangenetik, MedR 2001, S. 9 ff.

KIENLE, Else: Frauen - Aus dem Tagebuch einer Ärztin (Berlin 1932), 2. Auflage, Schmetterling Verlag, Stuttgart 1989

KINGREEN, Thorsten: Die verfassungsrechtliche Stellung der nichtehelichen Familie am Beispiel des Sonderurlaubs für Beamte, NVwZ 1999, 852 ff.

KLIEMT, Michael: Kostenerstattungspflicht bei In-vitro-Fertilisation, VersR 1996, S. 32-33

KOCH, Hans-Georg: „Medizinisch unterstützte Fortpflanzung“ beim Menschen - Handlungsleitung durch Strafrecht?, MedR 1986, S. 259-265

KOLLEK, Regine: Präimplantationsdiagnostik - Embryoselektion, weibliche Autonomie und Recht, A. Francke Verlag, Tübingen und Basel 2000

KRAUSKOPF, Dieter (Hg.): Soziale Krankenversicherung Pflegeversicherung Kommentar, Verlag C. H. Beck, Stand: 43. Ergänzungslieferung April 2002

KREBS, Dieter/VAN DER VEN, Hans (Hg.): Aktuelle Reproduktionsmedizin - Gegenwart und Zukunft der IVF und ICSI; Georg Thieme Verlag, Stuttgart New York 1999

KROLZIK, Volker/SALZMANN, Werner: Kind um jeden Preis? Beiträge zur ethischen Diskussion der neuen Reproduktionstechniken; Orientierungshilfen für die Beratungspraxis / für d. Evang. Verein für Adoptions- u. Pflegekindervermittlung Rheinland e. V.; Neukirchener Verlag Neukirchen-Vluyn 1989

KUHL, Herbert/JUNG-HOFFMANN, Claudia: Kontrazeption; Georg Thieme Verlag, Stuttgart New York 1999

LANDWEHR, Götz (Hg.): Die nichteheliche Lebensgemeinschaft, Verlag Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen 1978

LANGE, Andreas/LAUTERBACH, Wolfgang (Hg.): Kinder in Familie und Gesellschaft - zu Beginn des 21sten Jahrhunderts, Lucius & Lucius Verlagsgesellschaft mbH, Stuttgart 2000

LAUFS, Adolf: Arzt, Patient und Recht am Ende des Jahrhunderts, NJW 1999, S. 1758 ff.

LEIBHOLZ, Gerhard/RINCK, Hans-Justus/HESSELBERGER, Dieter: - Grundgesetz, Kommentar an Hand der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, Verlag Dr. Otto Schmidt KG, Köln, Stand: 41. Ergänzungslieferung, Oktober 2003

LINKE, Christine: Die rechtlichen Einflußmöglichkeiten des werdenden Vaters auf die Entscheidung über Fortdauer oder Abbruch der Schwangerschaft; Diss. Berlin 1991

LITTWIN, Frank: Grundrechtsschutz gegen sich selbst - Das Spannungsverhältnis von grundrechtlichem Selbstbestimmungsrecht und Gemeinschaftsbezogenheit des Individuums, Verlag Peter Lang GmbH, Frankfurt am Main 1993

LORENZ, Dieter (Hg.): Rechtliche und ethische Fragen der Reproduktionsmedizin, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2003

v. MANGOLDT, Hermann/KLEIN, Friedrich/STARCK, Christian (Hg.): Das Bonner Grundgesetz, 4. Auflage, Verlag Franz Vahlen GmbH, München 1999

MARLOW, Sven: Voraussetzungen und Fallgruppen der Kostenerstattung für Maßnahmen künstlicher Befruchtung in der privaten Krankheitskostenversicherung; VersR 2002, S. 144-151

MAUNZ, Theodor/DÜRIG, Günter (Hg.): Kommentar zum Grundgesetz; C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, Stand: 43. Ergänzungslieferung, Februar 2004
(Für die Kommentierung des Art. 1 Abs. 1 GG und des Art. 2 Abs. 2 GG durch *Dürig* wurde auf den Stand der 33. Ergänzungslieferung, Nov. 1997 zurückgegriffen. Inzwischen wurde *Dürig's* frühere Kommentierung des Art. 1 Abs. 1 GG durch eine völlige Neukommentierung von *Herdegen* und die frühere Kommentierung des Art. 2 Abs. 2 GG durch eine völlige Neukommentierung von *Di Fabio* ersetzt. Insoweit werden in dieser Arbeit sowohl die alten Kommentierungen von *Dürig,* als auch die neuen Kommentierungen verwendet.)

MAYER, Joseph: Gesetzliche Unfruchtbarmachung Geisteskranker; Band 3 der Reihe „Studien zur Katholischen Sozial- und Wirtschaftsethik"; Buchdruckerei von Herder & Co, Freiburg i. Br. 1927

MERSSON, Günter: Fortpflanzungstechnologien und Strafrecht; Studienverlag Dr. N. Brockmeyer, Bochum 1984

MERZ, Bettina: Die medizinische, ethische und juristische Problematik artifizieller menschlicher Fortpflanzung: artifizielle Insemination, In-vitro-Fertilisation mit Embryotransfer und die Forschung an frühen menschlichen Embryonen; Verlag Peter Lang GmbH, Frankfurt am Main 1991

MÜHLENS, Elisabeth/KIRCHMEIER, Karl-Heinz/GREßMANN, Michael/KNITTEL, Bernhard: Kindschaftsrecht - Kommentierende Darstellung der Familienrechtsreform; 2. Auflage, Bundesanzeiger Verlag Köln 1998

MÜLLER, Hj. (Hg.): Reproduktionsmedizin und Gentechnologie - Schweizer Experten informieren; Verlag Schwabe & Co., Basel 1987

MÜLLER, Joachim: Sterilisation und Gesetzgebung bis 1933; Matthiesen Verlag Husum 1985

von MÜNCH, Ingo/KUNIG, Philip (Hg.): Grundgesetz-Kommentar, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 5. Auflage, München 2000

NAUCK, Bernhard/ONNEN-ISEMANN, Corinna (Hg.): Familie im Brennpunkt von Wissenschaft und Forschung, Hermann Luchterhand Verlag GmbH, Neuwied 1995

NIEDERER, Andreas: Reproduktionsmedizinische Methoden zur Überwindung männlicher Infertilität im Spiegel des Rechts, Dissertation, Stuttgart 1989

NIEDERT, Rudolf: Brauchen wir ein Fortpflanzungsmedizingesetz? MedR 1088, 347-353

NIELSSON, Lennart/HARMBERGER, Lars: Ein Kind entsteht, Mosaik Verlag GmbH, München 1990

OERTER, Rolf/MONTADA, Leo (Hg.): Entwicklungspsychologie, 4. Auflage, Beltz Psychologie Verlags Union, Weinheim 1998

OTT, Sieghart: Die Begriffe „Ehe und Familie" in Art. 6 I GG; NJW 1998, 117 ff.

PALANDT, Otto (Begr.): Bürgerliches Gesetzbuch, 63. Auflage, Verlag C. H. Beck, München 2004

PAP, Michael: Die Würde des werdenden Lebens in vitro - verfassungsrechtliche Grenzen der extrakorporalen Befruchtung, MedR 1986, S. 229-236

PELKNER, Eva: Gott, Gene, Gebärmütter - Anthropologie und Frauenbild in der evangelischen Ethik zur Fortpflanzungsmedizin; Chr. Kaiser/ Gütersloher Verlagshaus, Gütersloh 2001

PETERS, Horst (Begr.): Handbuch der Krankenversicherung, Teil II - Sozialgesetzbuch V, Verlag W. Kohlhammer GmbH, Stuttgart, Stand: 46. Ergänzungslieferung, 15. April 2002

PICKER, Eduard: Menschenwürde und Menschenleben - Das Auseinanderdriften zweier fundamentaler Werte als Ausdruck der wachsenden Relativierung des Menschen, Klett-Cotta, Stuttgart 2002

PIEROTH, Bodo: Die Verfassungsmäßigkeit der Sterilisation Einwilligungsunfähiger gemäß dem Entwurf für ein Betreuungsgesetz, FamRZ 1990, S. 117-124

PLUISCH, Frank: Der Schwangerschaftsabbruch aus kindlicher Indikation im Spannungsfeld der pränatalen Diagnostik; Springer-Verlag Berlin Heidelberg 1992

POSCH, Willibald: Rechtsprobleme der medizinisch assistierten Fortpflanzung und Gentechnologie; Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien 1988

RAMM, Thilo: Die Fortpflanzung - ein Freiheitsrecht? JZ 1989, S. 861-874

REICH, Andreas: Magdeburger Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Verlag Karl Heinrich Block, Bad Honnef 1998

REINHART, Gert: Zur Festlegung persönlicher Ehewirkungen durch Rechtsgeschäft, JZ 1983, 184 ff.

RÖMER, Thomas/STRAUBE, Wolfgang (Hg.): Pschyrembel Wörterbuch Gynäkologie und Geburtshilfe; Walter de Gruyter, Berlin New York 1999

RÜSKEN, Reinhart: Künstliche Befruchtung als Heilbehandlung - Zur steuermindernden Berücksichtigung von Kosten homo- und heterologer Befruchtung, NJW 1998, S. 1745-1750

SAATZ, Ursula: § 218, Das Recht der Frau ist unteilbar - Über die Auswirkungen des § 218 und die Bewegung gegen die Abtreibungsgesetzgebung zur Zeit der Weimarer Republik, VOTUM Verlag GmbH, Münster 1991

SACHS, Michael (Hg.): Grundgesetz Kommentar; 3. Auflage, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München 2003

SALGO, Ludwig: Zur Stellung des Vaters bei der Adoption seines nichtehelichen Kindes durch die Mutter und deren Ehemann, NJW 1995, S. 2129 ff.

SCHMIDT-BLEIBTREU, Bruno/KLEIN, Franz: Kommentar zum Grundgesetz, Hermann Luchterhand Verlag, 9. Auflage, Neuwied und Kriftel 1999

SCHIMKE, Hans-Jürgen: Das neue Kindschaftsrecht; 2. Auflage, Hermann Luchterhand Verlag GmbH, Neuwied 1998

SCHNEIDER, Ingrid: Föten - Der neue medizinische Rohstoff, Campus Verlag GmbH, Frankfurt am Main 1995

SCHÖNKE, Adolf/SCHRÖDER, Horst (Hg.): Strafgesetzbuch - Kommentar, 26. Auflage, Verlag C. H. Beck, München 2001

SCHÖNKE, Adolf: Strafgesetzbuch - Kommentar, 3. Auflage, Biederstein Verlag, München und Berlin 1947

SCHOLZ, Rupert/UHLE, Arnd: „Eingetragene Lebenspartnerschaft" und Grundgesetz, NJW 2001, S. 393 ff.

SCHRÖDER, Hannelore: Die Rechtlosigkeit der Frau im Rechtsstaat, Campus-Verlag, Frankfurt am Main, New York 1979

SCHUBNELL, Hermann: Gesetzgebung und Fruchtbarkeit, Schriftenreihe des Bundesinstituts für Bevölkerungsforschung, Band 2, Deutsch Verlags-Anstalt, Stuttgart 1975

SCHUMANN, Eva: Die nichteheliche Familie - Reformvorschläge für das Familienrecht, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München 1998

SCHWAB, Dieter (Hg.): Das neue Familienrecht - Systematische Darstellung zum KindRG, KindUG, EheschlRG und ErbGleichG, Verlag Ernst und Werner Gieseking, Bielefeld 1998

SCHWEIZERISCHE NATIONALKOMMISSION JUSTITIA ET PAX: Machbares Leben? - Ethik in der Medizin, NZN Buchverlag AG, Zürich 1998

SCHWENZER, Ingeborg: Gesetzliche Regelung der Rechtsprobleme nichtehelicher Lebensgemeinschaften? JZ 1988, 781 ff.

SEEWALD, Ottfried: Zum Verfassungsrecht auf Gesundheit, Carl Heymanns Verlag KG, Köln Berlin Bonn München 1981

SEIDENSPINNER, Gerlinde/KEDDI, Barbara/WITTMANN, Svendy/GROSS, Michaela/HILDEBRANDT, Karin/STREHMEL, Petra: Junge Frauen heute - Wie sie leben, was sie anders machen. Ergebnisse einer Längsschnittstudie über familiale und berufliche Lebenszusammenhänge junger Frauen in Ost- und Westdeutschland, Leske + Budrisch, Opladen 1996

SELB, Walter: Rechtsordnung und künstliche Reproduktion des Menschen; Verlag J.C.B. Mohr, Tübingen 1987

SINA, Stephan: „Recht auf Elternschaft“? FamRZ 1997, 862-866

SONNEMANN, Swanette: Mein Kind ist ein Retortenbaby - Aspekte der In-vitro-Befruchtung; Rowohlt Verlag Reinbeck bei Hamburg 1987

STARCK, Christian: Die künstliche Befruchtung beim Menschen - Zulässigkeit und zivilrechtliche Folgen, Gutachten A für den 56. Deutschen Juristentag; C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung München 1986

von STAUDINGER, Julius (Begr.): J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 12. Auflage, J. Schweitzer Verlag, Berlin 1980 (in Bezug auf § 1353: 13. Bearbeitung 2000)

STEPAN, Jan (Hg.): International Survey of Laws on Assisted Procreation; Schulthess Polygraphischer Verlag Zürich 1990

STÜRNER, Rolf: Der straffreie Schwangerschaftsabbruch in der Gesamtrechts-ordnung - Rechtsgutachten für das Bundesverfassungsgericht mit seiner Vorgeschichte und einer Stellungnahme zur Entscheidung, Verlag J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen 1994

THEILIG, Susanne: Die Strafbarkeit pränataler Einwirkungen auf die menschliche Leibesfrucht unter besonderer Berücksichtigung der Möglichkeiten der medizinischen Diagnostik, Diss. Bonn 1995

THIELE, Christoph: Plastinierte „Körperwelten“, Bestattungszwang und Menschenwürde, NVwZ 2000, S. 405-408

TRÖNDLE, Herbert/FISCHER, Thomas: Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 51. Auflage, Verlag C. H. Beck, München 2003

ULMER, Claus-Dieter: Embryonenschutz durch Bussgeldtatbestände - Zugleich ein Beitrag über das Verhältnis von Strafrecht und Ordnungswidrigkeitenrecht, Diss. Tübingen 1995

UMBACH, Dieter C./CLEMENS, Thomas (Hg.): Grundgesetz - Mitarbeiterkommentar und Handbuch, C. F. Müller Verlag, Heidelberg 2002

VESTING, Jan W.: Ärztliches Standesrecht: Instrumentarium zur Regelung der Gentherapie? NJW 1997, 1605 ff.

VOLAND, Eckart (Hg.): Fortpflanzung: Natur und Kultur im Wechselspiel; Suhrkamp Verlag, Frankfurt/M 1992

WANITZEK, Ulrike: Rechtliche Elternschaft bei medizinisch unterstützter Fortpflanzung, Verlag Ernst und Werner Gieseking, Bielefeld 2002

WEGNER, Jörg: Familiennachzug und Ausweisung von nichtehelichen Lebenspartnern, FamRZ 1996, 587 ff.

ZWIßLER, Finn: Die nichteheliche Lebensgemeinschaft - Grundlagen und Muster für die anwaltliche Praxis; Deutscher Anwalt Verlag, Bonn 1999