

Bei der offiziellen Samenspende, beim Spender von der Samenbank, mag es – mit der h.M.<sup>97</sup> – angehen zu sagen, dass der Samenspender damit zugleich auf seine Vaterrechte verzichtet. Der „Deal“ reduziert sich hier weitgehend auf die Leistung von Samen gegen Geld. Auf die private Samenspende lässt sich dieser Gedanke jedoch nicht übertragen<sup>98</sup>, weil die Sachverhalte hier vielfältig sind. Das zeigt auch der Blick in die Rechtsprechung<sup>99</sup>. Manche private Spender wollen keinerlei Rechte und Pflichten, andere immerhin Informationsrechte oder auch Umgangsrechte. Die Haltung dazu mag sich auch nach der Geburt des Kindes ändern. Der BGH hat zuletzt einem privaten Samenspender ein Umgangsrecht als nur leiblicher Vater aus § 1686a BGB zugebilligt, denn der Spender hatte zwar in die Stiefkindadoption eingewilligt, aber gerade nicht auf seine Kontakte mit dem Kind verzichten wollen<sup>100</sup>.

Eine Vermutung, dass ein privater Samenspender grundsätzlich auf seine Vaterrechte verzichten will, dürfte sich verbieten. Schließlich geht es dabei um verfassungsrechtlich geschützte Rechtspositionen. Zudem bleibt zu beachten, dass die Rechte zur Anerkennung, Anfechtung<sup>101</sup> und Feststellung der Vaterschaft als höchstpersönliche Rechte ausgestaltet sind, vgl. §§ 1596 Abs. 4, 1600a Abs. 1 BGB<sup>102</sup>. Demgemäß hat der BGH auch das Anfechtungsrecht der Mutter als unverzichtbar und unverwirkbar eingestuft<sup>103</sup>. Etwaige Verzichtserklärungen eines privaten Spenders sind daher als rechtlich unverbindlich einzuordnen<sup>104</sup>. Bei der schwierigen Entscheidung, ob man einen offiziellen oder privaten Spender nehmen soll, ist das damit verbundene Risiko im Blick zu behalten.

## VII. Fazit

Das Recht der Samenspende leidet bislang an Unterregulierung. Aber laut Koalitionsvertrag sollen immerhin einzelne Regelungen kommen. Es sollen „Vereinbarungen zu rechtlicher Elternschaft, elterlicher Sorge, Umgangsrecht und Unterhalt schon vor der Empfängnis“ ermöglicht werden. Wenn ein Kind in die Ehe zweier Frauen geboren wird, sollen „automatisch beide rechtliche Mütter des Kindes“ werden, sofern nichts anderes vereinbart ist. Und das Samenspenderregister soll „auch für bisherige Fälle, private Sa-

menspenden und Embryonenspenden“ geöffnet werden<sup>105</sup>. Es scheint also in kleinen Schritten vorwärts zu gehen.

**Open Access.** Dieser Artikel wird unter der Creative Commons Namensnennung 4.0 International Lizenz veröffentlicht, welche die Nutzung, Vervielfältigung, Bearbeitung, Verbreitung und Wiedergabe in jeglichem Medium und Format erlaubt, sofern Sie den/die ursprünglichen Autor(en) und die Quelle ordnungsgemäß nennen, einen Link zur Creative Commons Lizenz beifügen und angeben, ob Änderungen vorgenommen wurden.

Die in diesem Artikel enthaltenen Bilder und sonstiges Drittmaterial unterliegen ebenfalls der genannten Creative Commons Lizenz, sofern sich aus der Abbildungslegende nichts anderes ergibt. Sofern das betreffende Material nicht unter der genannten Creative Commons Lizenz steht und die betreffende Handlung nicht nach gesetzlichen Vorschriften erlaubt ist, ist für die oben aufgeführten Weiterverwendungen des Materials die Einwilligung des jeweiligen Rechteinhabers einzuholen. Weitere Details zur Lizenz entnehmen Sie bitte der Lizenzinformation auf <http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.de>.

Open Access funding enabled and organized by Projekt DEAL.

- 97) Vgl. Rechtsausschuss, BT-Dr. 15/2492, S. 9; *Keuter*, NZFam 2017, 873, 874; *Osthold*, FF 2016, 53, 59; *Arnold*, JR 2015, 235, 243; *Hammer*, FamRB 2013, 298, 299; ferner BGH, NJW 2013, 2589.
- 98) Vgl. Arbeitskreis Abstammungsrecht, Abschlussbericht, 2017, S. 67; *Makosi*, JR 2014, 529, 532; *Löhnig/Preisner*, FamFR 2013, 340; großzügiger OLG Bamberg, RNotZ 2017, 538, 541.
- 99) Vgl. BGH, NJW 2015, 1820; OLG Düsseldorf, FamRZ 2017, 809; OLG Hamm, NJW 2014, 2369; OLG Frankfurt, FamRZ 2019, 37; OLG Celle, ZKJ 2010, 74.
- 100) BGH, NJW 2021, 2801.
- 101) Dazu bereits BGH, NJW 1983, 2073.
- 102) Dazu näher *Reuß*, Theorie eines Elternschaftsrechts, 2018, S. 153f.
- 103) BGH, NJW 2020, 2956.
- 104) Vgl. OLG Zweibrücken, NJW 2016, 3252; OLG Frankfurt, FamRZ 2019, 37 (kein konkludenter Verzicht bez. Umgangsrecht); *Letmaier/Moes*, FamRZ 2018, 1553, 1560ff.; *Grziwotz*, notar 2018, 163, 171; *Raude*, RNotZ 2019, 451, 456 und 458; Arbeitskreis Abstammungsrecht, Abschlussbericht, 2017, S. 67; a. A. *Arnold*, JR 2015, 235, 243.
- 105) Mehr Fortschritt wagen, 2021, S. 101f.

<https://doi.org/10.1007/s00350-022-6311-x>

# Fortpflanzungsmedizinrecht – quo vadis?

Verfassungsrechtliche Anmerkungen zu aktuellen Reformdiskussionen\*

Ralf Müller-Terpitz

## Abstract

Der Beitrag untersucht aktuelle Reformdiskussionen zum Fortpflanzungsmedizinrecht. Hierzu fokussiert er ausgewählte Rechtsfragen. So wird analysiert, worin der Unterschied eines Fortpflanzungsmedizingesetzes im Vergleich zum geltenden Embryonenschutzgesetz besteht, was empirisch wie normativ von der Kindeswohlargumentation mit

Blick auf das Verbot der gespaltenen Mutterschaft zu halten ist und inwiefern die Reformdebatten die Frage nach dem grundrechtlichen Status des Embryos *in vitro* tangieren.

## I. Einführung

1. *Dynamische Fortpflanzungsmedizin, statisches Fortpflanzungsmedizinrecht*

Der normative Nukleus des deutschen Fortpflanzungsmedizinrechts, das Embryonenschutzgesetz (ESchG),

Prof. Dr. iur. Ralf Müller-Terpitz,  
Direktor am Institut für Deutsches, Europäisches  
und Internationales Medizinrecht, Gesundheitsrecht und Bioethik,  
Universitäten Heidelberg und Mannheim (IMGB),  
Universität Mannheim, IMGB, Schloss,  
Mittelbau, 68131 Mannheim, Deutschland

\*) Schriftliche Fassung des im Rahmen der Tagung der deutschsprachigen Medizinrechtslehrerinnen und Medizinrechtslehrer „Medizinrecht zwischen Unter- und Überregulierung“ vom 13. und 14. 5. 2022 in München gehaltenen Vortrags.

geht auf das Geburtsjahr 1990 zurück<sup>1</sup>, sein Zeugungsakt sogar auf die 1980er Jahre<sup>2</sup>. Das Baby von einst ist – um im Bilde zu bleiben – zu einem mittlerweile 31-jährigen Erwachsenen herangewachsen – also zu einer Person im besten Alter, voller Schaffenskraft und Tatendrang. Ganz so verhält es sich allerdings nicht: Denn die Welt, für die das ESchG geschaffen wurde, hat sich rasant entwickelt, weshalb seine genetische Ausstattung für dieses veränderte Umfeld nicht mehr uneingeschränkt geeignet zu sein scheint. Fortpflanzungsmedizinische Techniken haben sich weiterentwickelt und verfeinert<sup>3</sup>. Auch scheinen sich die gesellschaftlichen Anschauungen und Erwartungshaltungen hinsichtlich der Grenzen des reproduktionsmedizinisch Zulässigen verschoben zu haben. Zu verwundern vermag dies wenig; denn wie den meisten technik- und wissenschaftsbasierten Realbereichen wohnt auch der Fortpflanzungsmedizin eine große Dynamik inne.

Um Deutschland herum haben andere Rechtsordnungen auf diese Veränderungen reagiert. Österreich und die Schweiz etwa haben ihre Fortpflanzungsmedizinengesetze (FMedG) mehrfach geändert und damit fortlaufend an jüngere Entwicklungen angepasst, wohingegen in Deutschland das ESchG in seinen über 31 Jahren erst einmal in Gestalt einer Regelung zur Präimplantationsdiagnostik (PID) ergänzt wurde<sup>4</sup> – und das nur aufgrund einer strafrechtlichen Entscheidung des BGH<sup>5</sup>. Von daher verwundert es wenig, dass auch in Deutschland seit Jahren ein „modernes Fortpflanzungsmedizinrecht“, zumeist in Gestalt eines FMedG, gefordert wird. Prominente Beispiele hierfür sind der Augsburg-Münchener-Entwurf für ein FMedG von 2013<sup>6</sup> sowie die Stellungnahme der Nationalen Akademie der Wissenschaften Leopoldina und der Union der deutschen Akademien der Wissenschaften „Fortpflanzungsmedizin in Deutschland – für eine zeitgemäße Gesetzgebung“ von 2019.

Die Gründe für diese gesetzgeberische Abstinenz sind hinlänglich bekannt: Das Fortpflanzungsmedizinrecht ist ein ethisch wie (verfassungs-)rechtlich „heiβes Eisen“. Die zwischen 1991 und 2021 regierenden Parteien unterschiedlicher Couleurs wollten oder konnten dieses „heiβe Eisen“ nicht anfassen. Nur vereinzelt gab es Anträge auf eine Gesetzesänderung<sup>7</sup>, die von der jeweiligen Parlamentsmehrheit jedoch abgelehnt wurden<sup>8</sup>.

Dieser für ein über dreißigjähriges Gesetz ungewöhnliche Gesetzgebungsstillstand scheint indes zu einem Ende zu kommen: Denn seit der Bundestageswahl im September 2021 und der Bildung der sog. „Ampelkoalition“ könnte Bewegung in die Thematik einer Reform des Fortpflanzungsmedizinrechts gekommen sein. Der Koalitionsvertrag von SPD, Grünen und FDP stellt sie unter die Überschrift einer Stärkung der reproduktiven Selbstbestimmung. Die insoweit von den Koalitionären vorgesehenen Maßnahmen zur besseren Unterstützung ungewollt Kinderloser enthalten neben finanzwirksamen Absichtserklärungen zu Förderfähigkeit und -umfang künstlicher Befruchtungen und der PID die Ankündigung, dass Embryonenspenden im Vorkernstadium legalisiert werden sollen. Auch soll der „elektive Single Embryo Transfer“ (eSET) zugelassen werden. Zudem soll eine Kommission zur reproduktiven Selbstbestimmung und Fortpflanzungsmedizin mit dem Auftrag eingesetzt werden, u. a. die Möglichkeiten zur Legalisierung der Eizellspende und der altruistischen Leihmutterchaft zu prüfen<sup>9</sup>.

Auch wenn diese Vorschläge recht punktuell bleiben, lassen sie eine begrenzte politische Bereitschaft zur Veränderung des derzeitigen Fortpflanzungsmedizinrechts erkennen. Diese aktuelle politische Entwicklung unter Einschluss der jüngeren Vorschläge aus dem Kreise der Wissenschaft bieten deshalb Anlass für die Frage: Fortpflanzungsmedizinrecht – quo vadis?

## 2. Fokussierung auf ausgewählte Rechtsfragen

Diese Frage ist freilich zu weit gefasst und kann im Rahmen des vorliegenden Beitrags nicht einmal ansatzweise erschöpfend behandelt werden. Deshalb sollen im Weiteren folgende Eckpunkte aus den Reformvorschlägen einer näheren Betrachtung unterzogen werden:

Die Forderung nach einem „modernem Fortpflanzungsmedizinrecht“ wird nicht selten – dem Vorbild von Österreich und der Schweiz folgend – mit der Ersetzung des ESchG durch ein FMedG verbunden. Insofern soll die Frage untersucht werden, was mit dieser Ersetzung bezweckt wird und welche rechtlichen Vorteile sich hieraus ergeben können (II.1.). Des Weiteren liegt nicht nur in den Reformvorschlägen, sondern auch im Koalitionsvertrag der Fokus auf einer Reproduktion unter Beteiligung Dritter (Eizellspende, Leihmutterchaft etc.). Neben empirischen Fragen steht hier die Rechtsfrage im Raum, inwieweit diese reproduktionsmedizinische Vorgehensweise durch Kindeswohlargumente beschränkt werden kann (II.2.). Und schließlich tangieren die Reformvorschläge die Frage nach dem Status des Embryos *in vitro* (II.3.).

## II. Rechtliche Analyse ausgewählter Untersuchungsgegenstände

### 1. Gesetzestyp „Fortpflanzungsmedizingesetz“

An den Vorschlägen der letzten Jahre für eine Reform des Reproduktionsrechts fällt auf, dass zumeist der Erlass eines FMedG gefordert wird, welches an die Stelle des geltenden ESchG treten soll<sup>10</sup>. Prominent kommt dies durch den Augsburg-Münchener-Entwurf für ein FMedG aus dem Jahre 2013 zum Ausdruck. Aber schon 1989 anlässlich der Beratungen zum ESchG brachten die SPD-Fraktion<sup>11</sup> und der Freistaat Bayern<sup>12</sup> Entwürfe für ein FMedG in die parlamentarische Beratung ein. Auch die Enquete-Kommission „Recht und Ethik der modernen Medizin“ hat sich 2002 in ihrem Abschlussbericht für ein solches Gesetz ausgesprochen<sup>13</sup>. Dies führt zu der Frage, was mit der Forderung nach einem FMedG bezweckt wird. Insofern lassen sich zwei Motive identifizieren:

#### a) Neujustierung des Gesetzesfokus

Zum einen soll durch die Änderung der Denomination der Fokus des Gesetzes neu justiert werden. Schon aufgrund

- 1) ESchG v. 13.12.1990, BGBl. I S. 2746, zuletzt geändert durch Art. 1 des Gesetzes v. 21.11.2011, BGBl. I S. 2228.
- 2) Vgl. insofern Bundesministerium für Bildung und Forschung (Hrsg.), *In-Vitro-Fertilisation, Genomanalyse und Gentherapie*. Bericht der gemeinsamen Arbeitsgruppe des Bundesministers für Forschung und Technologie und des Bundesministers der Justiz, 1985 (sog. Bericht der Benda-Kommission).
- 3) Schlagwortartig sei insofern auf die Technik des Zellkerntransfer-Klonens oder auf den „elective Single Embryo Transfer“ verwiesen.
- 4) S. oben Fn. 1. Durch den dort erwähnten Artikel wurde § 3a in das ESchG eingefügt.
- 5) BGH, MedR 2010, 844 ff.
- 6) *Gassner/Kersten/Krüger/Lindner/Rosenau/Schroth*, Fortpflanzungsmedizinengesetz, Augsburg-Münchener-Entwurf (AME-FMedG), 2013.
- 7) So der Antrag der FDP-Fraktion, BT-Dr. 19/17633 v. 5.3.2020 zur Legalisierung der Eizellspende.
- 8) BT-Dr. 19/29731.
- 9) Koalitionsvertrag 2021–2025 zwischen der Sozialdemokratischen Partei Deutschlands (SPD), Bündnis 90/Die Grünen und den Freien Demokraten (FDP), *Mehr Fortschritt wagen, Bündnis für Freiheit, Gerechtigkeit und Nachhaltigkeit*, S. 92.
- 10) So auch *Lang*, JZ 2022, 327.
- 11) BT-Dr. 11/5710.
- 12) BR-Dr. 535/88.
- 13) BT-Dr. 14/9020, S. 64 ff.

seiner Bezeichnung soll das FMedG nicht mehr primär ein (strafrechtsbasiertes) Gesetz zum Schutze von Embryonen, sondern ein Gesetz sein, das im Schwerpunkt Fragen der assistierten Reproduktion und damit die Verwirklichung reproduktiver Autonomie zum Gegenstand hat.

Zwar lassen sich legitime Gründe für eine solche sprachliche Verschiebung des Gesetzesfokus identifizieren. Denn die rechtliche Steuerung der assistierten Reproduktion erschöpft sich nicht in einem reinen Embryonenschutz. Schon jetzt bildet dieser einen wichtigen, aber nicht den alleinigen Regelungsgegenstand des ESchG, wie Normen zur Inanspruchnahme der Hilfe Dritter (heterologe Reproduktion), zum Verbot der Geschlechterwahl oder der *Post-Mortem*-Befruchtung erkennen lassen.

Dennoch eint die Vorschläge für ein FMedG im Regelfall, dass sie neben der bloßen Denominationsänderung zugleich inhaltlich ein niedrigeres Niveau des Embryonenschutzes vorschlagen<sup>14</sup>. Stattdessen rücken sie die reproduktive Autonomie der Fortpflanzungswilligen in den Vordergrund, was im Regelfall einen geringeren Schutz der Embryonen *in vitro* zur Folge hat. Vor diesem Hintergrund muss man sich des Umstands bewusst werden, dass die persistente Forderung nach einem FMedG im Regelfall nicht von einem bestimmten, vorab zu klärenden Verständnis der rechtlichen Schutzwürdigkeit des Embryos *in vitro* getrennt werden kann<sup>15</sup>.

#### b) Entkriminalisierung des Reproduktionsmedizinrechts

Zum zweiten scheint sich mit dem Wechsel von einem ESchG zu einem FMedG die Erwartung zu verbinden, das Reproduktionsrecht aus seiner gegenwärtigen strafrechtlichen Konnotation zu lösen<sup>16</sup>.

Wie allgemein bekannt, wurde das ESchG 1990 nicht nur wegen der verfassungsrechtlichen Bedeutung des Regelungsgegenstands, sondern auch mangels expliziter Gesetzgebungskompetenz für den Sachbereich „medizinisch unterstützte Erzeugung menschlichen Lebens“<sup>17</sup> als ein Nebenstrafgesetz erlassen<sup>18</sup>. Dieser strafrechtliche Charakter des Gesetzes hat u. a. zur Folge, dass es aufgrund des in Art. 103 Abs. 2 GG verankerten Grundsatzes *nulla poena sine lege stricta* der auslegungsmethodischen Restriktion des Analogieverbots zulasten Betroffener unterliegt und deshalb nur schwer bis gar nicht an die dynamische Entwicklung des Realbereichs Reproduktionsmedizin angepasst zu werden vermag<sup>19</sup>. Der schon seit Jahren schwelende Streit über die Strafbarkeit des Zellkerntransfer-Klonens nach § 6 Abs. 1 ESchG mag hier als plakatives Beispiel dienen<sup>20</sup>. Aus jüngerer Zeit sind weitere Zweifelsfragen wie etwa die Anwendbarkeit des § 3a ESchG auf nicht-invasive pränimplantationsdiagnostische Maßnahmen<sup>21</sup> oder die Subsumtion epigenetischer Veränderungen von Keimbahnzellen unter § 5 Abs. 1 ESchG<sup>22</sup> hinzugetreten.

Vor diesem Hintergrund scheint die Forderung nach einem FMedG auch durch das Anliegen motiviert zu sein, reproduktionsmedizinische Fragen außerhalb eines strafrechtlichen Kontextes zu regeln<sup>23</sup>. Durch diese Herauslösung erlangten die Normen einen privatrechtsgestaltenden (z. B. in Bezug auf das Arzt-Patienten-Verhältnis), öffentlich-rechtlichen (z. B. bei Zustimmungspflichten von Ethikkommissionen) oder berufsrechtlichen (z. B. mit Blick auf Dokumentationspflichten) Charakter. In der Folge könnten neue reproduktionsbezogene Sachverhalte im Wege eines Analogieschlusses zu nicht-strafrechtlichen Normen erfasst, sprich das juristische Methodenarsenal der Dynamik des Realbereichs angepasst werden. Schaut man sich den Augsburg-Münchener-Entwurf<sup>24</sup> oder bereits existente Fortpflanzungsmedizinengesetze (Österreich, Schweiz)<sup>25</sup> an, so scheinen diese Gesetze eine solche Herangehensweise umzusetzen und damit dem Bedürfnis nach einer dynamischen Anpassungsfähigkeit der Gebots-, Verbots- und Verfahrensnormen Rechnung zu tragen.

Allerdings sind diese Rechtsquellen durch eine weitere Gemeinsamkeit geprägt: Neben den strafrechtsneutralen Regelungen enthalten die Entwürfe bzw. Gesetze in ihren hinteren Abschnitten Tatbestände, die Verstöße gegen bestimmte außerstrafrechtliche Gebots- oder Verbotsnormen des FMedG straf- bzw. ordnungswidrigkeitenrechtlich ahnden<sup>26</sup>.

Dies führt zu der Frage, welchen methodischen Restriktionen derartige akzessorische Blankettstrafnormen, welche eine Strafbarkeit an die Verwirklichung außerstrafrechtlicher Tatbestände knüpfen, unterliegen. Der strafrechtliche Diskurs hat diesem Aspekt bislang wenig Beachtung geschenkt und sich stattdessen auf die Frage konzentriert, welchen Bestimmtheitsanforderungen die in Bezug genommenen außerstrafrechtlichen Normen zu genügen haben und inwiefern diese Normen mit verordnungs- oder unionsrechtlichen Verweis- bzw. Rückverweisketten arbeiten dürfen<sup>27</sup>. Die Frage, inwiefern akzessorische Blankettstrafnormen einer dynamischen Anpassung des (an sich hinreichend bestimmten) außerstrafrechtlichen, d. h. entkoppelten Tatbestands im Wege des Analogieschlusses entgegenstehen, bleibt hingegen merkwürdig unterbelichtet. Immerhin musste sich das BVerfG 1978 mit einer solchen Konstellation befassen: So hatte es über eine Strafnorm der Konkursordnung (heute Insolvenzordnung) zu befinden, die tatbestandlich an die Verletzung einer Bestimmung aus dem Handelsgesetzbuch (HGB) anknüpfte. Das Gericht stellte seinerzeit fest, dass aufgrund dieses Verweises auf die Bestimmung des HGB die strafrechtliche Norm der Konkursordnung der nicht-strafrechtlichen Norm des HGB im Umfang ihrer Inbezugnahme den Charakter eines Straftatbestands verlieh. Hieraus folgte das Gericht, dass der handelsrechtliche Tatbestand unter strafrechtlichen Gesichtspunkten, d. h. nach den Maßstäben zu würdigen sei, die für die Auslegung von Strafgesetzen gälten<sup>28</sup>. Zu diesen Maßstäben gehören insbesondere das Bestimmtheitsgebot und die Analogiefeindlichkeit. Mithin „infiziert“ nach Auffassung des BVerfG der strafrechtliche Charakter einer akzessorischen Blankettbestimmung den in Bezug genommenen „neutralen“ außerstrafrechtlichen Tatbestand mit

14) Exemplarisch sei hier auf § 14 AME-FMedG verwiesen, der – anders als § 2 Abs. 1 ESchG – eine Verwendung überzähliger Embryonen zu Forschungszwecken zulassen will.

15) Kritisch wie hier *Augsberg*, medstra 2020, 323, 327, dem zufolge die verfassungsnormativen Anforderungen nicht dadurch umgangen werden können, „dass formal statt von Embryonenschutz von Fortpflanzungsmedizin gesprochen wird“. Zurückhaltend mit Blick auf eine Denominationsänderung bereits *Müller-Terpitz*, ZRP 2016, 51, 52f.

16) In diese Richtung auch *Lang*, JZ 2022, 327.

17) So nunmehr der 1994 ins Grundgesetz eingefügte Art. 74 Abs. 1 Nr. 26 GG.

18) *Gassner/Kersten/Krüger/Lindner/Rosenau/Schroth*, Fortpflanzungsmedizinengesetz, Augsburg-Münchener-Entwurf (AME-FMedG), 2013, S. 22.

19) *Augsberg*, medstra 2020, 323, 326.

20) Hierzu m. w. N. *Müller-Terpitz*, in: *Spickhoff*, Medizinrecht, 3. Aufl. 2018, § 6 ESchG, Rdnrn. 2f.

21) *Taupitz*, MedR 2020, 335ff.

22) *Müller-Terpitz*, WissR 54 (2021), 225, 238ff.

23) Vgl. *Merkel*, ZRP 2020, 162, 164; *Lang*, JZ 2022, 327.

24) Vgl. dort die §§ 3ff. AME-FMedG.

25) Vgl. dort die §§ 2ff. FMedG Österreich u. Art. 3ff. FMedG Schweiz.

26) Vgl. insoweit z. B. § 27 Abs. 1 AME-FMedG u. § 23 Abs. 1 FMedG Österreich.

27) Vgl. insoweit BVerfGE 143, 38ff.; 153, 310ff.; *Hoven*, NSStZ 2016, 377ff.

28) BVerfGE 48, 48, 60f. Dem zustimmend *Dannecker*, in: *Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann*. LK-StGB, Erster Bd., 12. Aufl. 2007, § 1, Rdnr. 257; *Radtke*, in: *Epping/Hillgruber*, BeckOK Grundgesetz, 51. Ed. 15.2.2022, Art. 103, Rdnr. 29.1.

den besonderen strafrechtlichen Maßstäben und begrenzt in der Folge die Möglichkeit seiner offenen, dynamischen Interpretation. Das verfassungsgerichtliche Diktum gewährleistet dadurch die einheitliche (privat-, straf- und verwaltungs-)rechtliche Bewertung ein und desselben Normtextes sowie den methodischen Grundsatz der Einheit der Rechtsordnung. Dass insoweit eine Einheitlichkeit der Norminterpretation geboten ist, folgt im Übrigen aus dem Prozessrecht, welches über entsprechende Vorlageverfahren (§ 132 GVG, Art. 95 Abs. 3 GG) eine Divergenz der Interpretation von Normen durch unterschiedliche oberste Bundesgerichte bzw. deren Senate auszuschließen versucht.

### c) Schlussfolgerungen

Für die Ausgestaltung eines FMedG lassen sich hieraus folgende Schlüsse ziehen:

Eine Dynamisierung des Fortpflanzungsmedizinrechts lässt sich nicht durch akzessorische Blankettstrafatbestände, die außerrechtliche Gebots-, Verbots- oder Verfahrensvorschriften in Bezug nehmen, erreichen. Im Umfang der Bezugnahme verleiht diese Regelungstechnik auch der außerstrafrechtlichen Norm ein strafrechtliches Gepräge mit den daraus fließenden methodischen Restriktionen.

Zur Dynamisierung der Rechtsanwendung bedarf es mithin anderer rechtstechnischer Ausgestaltungen. Zu diesen gehört einerseits die Möglichkeit, reproduktionsmedizinische Verhaltensweisen zu entkriminalisieren und Normverstöße anderweitigen Sanktionsmechanismen (etwa berufs- oder zivilrechtlicher Art) zu überlassen<sup>29</sup>. Andererseits kann dieses Ziel durch die Schaffung eigenständiger Straftatbestände erreicht werden, die neben die außerstrafrechtlichen Normen treten<sup>30</sup>. Zudem sollten die reproduktionsbezogenen Ge- und Verbotsnormen weniger handlungs- als ziel- bzw. ergebnisorientiert formuliert werden<sup>31</sup>. Sofern Verhaltensweisen an die Inanspruchnahme bestimmter Techniken oder Prozedere geknüpft sind, unterliegen sie eher der Gefahr, durch den reproduktionsmedizinischen Fortschritt überholt zu werden, wohingegen die Erreichung gesellschaftlich konsentierter Ziele über lange Zeiträume hinweg stabil zu bleiben vermag<sup>32</sup>. Zudem müssen zentrale Begriffe des Fortpflanzungsmedizinrechts (Was ist eine Befruchtung, was ist ein Embryo?) klar, einheitlich und entwicklungs offen definiert werden.

## 2. Reproduktion unter Beteiligung Dritter

Die im Koalitionsvertrag verabredeten Reformvorhaben nehmen eine Reproduktion unter Beteiligung Dritter in den Fokus. Wie gesehen (I.1.), soll eine Kommission u. a. mit dem Ziel eingesetzt werden, die Möglichkeiten zur Legalisierung der Eizellspende und altruistischen Leihmutterchaft zu prüfen. Auch soll klargestellt werden, dass „Embryonenspenden im Vorkernstadium“, d. h. 2-PN-Spenden, legal sind. Die Umsetzung dieser Vorhaben wird eine Ausweitung gespalteener Mutter- und Vaterschaften (Auseinanderfallen der genetischen, biologischen und sozialen Elternschaft) zur Folge haben. Anders als die gespalte- ne Vaterschaft ist die gespalte- ne Mutterchaft nach geltendem Recht jedoch verboten<sup>33</sup>; ausgenommen hiervon ist lediglich die Konstellation der Embryonenspende<sup>34</sup>.

### a) Ratio des Verbots der gespaltenen Mutterchaft

Das Verbot der gespaltenen Mutterchaft zielt darauf ab, ein Auseinanderfallen von genetischer und austragender Mutter zu verhindern<sup>35</sup>. Dies hinwiederum soll das Kindeswohl schützen, welches nach Auffassung des Gesetzgebers durch eine gespalte- ne Mutterchaft infolge seelischer Beeinträchtigungen oder Störungen bei der Identitätsfindung des so Erzeugten gefährdet sein könnte<sup>36</sup>. Für das Verbot der Eizellspende wird zudem auf die Gefahr einer Herstellung von Embryonen zu fremdnützigen Zwecken (Forschung)

sowie von seelischen Konflikten für die Eizellspenderin, die Gefahren einer *Post-mortem*-Befruchtung sowie auf den Zusammenhang zum Leihmutterchaftsverbot (§ 1 Abs. 1 Nr. 7 ESchG) rekurriert<sup>37</sup>. Auch gegen die Leihmutterchaft werden darüber hinausgehend weitere, teils widersprüchliche Begründungen angeführt wie die innere Einstellung der Ersatzmutter und Wunscheltern zum *Nasciturus* bzw. Kind und daraus resultierende Probleme während der Schwangerschaft bzw. nach der Geburt (gefühlsmäßige Bindung oder Distanz), gesundheitliche Gefahren für die Leihmutter sowie die Degradierung von Kind und Ersatzmutter zu einer Ware bzw. „Gebärmaschine“, sprich zu einem kommerziellen Objekt<sup>38</sup>.

### b) Bewertung des Verbots der gespaltenen Mutterchaft

Eine detaillierte Auseinandersetzung mit diesen schon häufig erörterten Argumenten kann an dieser Stelle nicht erfolgen. Es soll der grundsätzliche Hinweis genügen, dass den formulierten Einwänden durch eigenständige Verbotsnormen (wie z. B. in Gestalt des Verbots der Embryonenforschung nach § 2 Abs. 1 ESchG) Rechnung getragen wird oder – wie z. B. in Gestalt des Gebots einer altruistischen Leihmutterchaft – Rechnung getragen werden könnte. Auch erscheint fraglich, ob das Verbot der gespaltenen Mutterchaft die grundrechtlich verbürgte Autonomie der Eizellspenderinnen, Leihmütter sowie Wunscheltern (Art. 2 Abs. 1 i. V. mit Art. 1 Abs. 1 GG, Art. 6 Abs. 1 GG) in verhältnismäßiger Weise einschränkt, zumal bei diesen Personen typischerweise die Bedingung freier Selbstbestimmung erfüllt sein wird oder durch eine informierte Einwilligung und das Altruismusgebot gewährleistet werden kann<sup>39</sup>. Zudem schreibt das Verbot der Mutter ein Gewicht zu, welches die Gesellschaft seit der Entscheidung des BVerfG zum Nachtarbeitsverbot<sup>40</sup> und dem darauf fußen-

29) Exemplarisch etwa §§ 27 u. 28 AME-FMedG, die nur punktuell eine Straf- oder Bußgeldbewährung für Normverstöße vorsehen.

30) Diesen Weg beschreitet das schweizerische FMedG in seinen Art. 29 ff.

31) In diesem Sinne auch *Merkel*, ZRP 2020, 162.

32) Typisches Bsp. insoweit § 3a ESchG, der eine genetische Untersuchung von „Zellen eines Embryos“ pönalisiert. Diese stark handlungsbezogene Formulierung erschwert es, sie auch auf die Untersuchung von Zellen des Nährmediums des Embryos zu beziehen. Dies könnte durch eine ziel- bzw. ergebnisorientierte Formulierung („Untersuchung des Genoms des Embryos“) vermieden werden.

33) Für das Verbot der Eizellspende folgt dies aus § 1 Abs. 1 Nr. 1 u. 2 ESchG, für das Verbot der Leihmutterchaft aus § 1 Abs. 1 Nr. 7 ESchG. Das Verbot der 2-PN-Spende folgt nach der Rspr. des BayObLG, MedR 2021, 460 ff. ebenfalls aus § 1 Abs. 1 Nr. 2 ESchG.

34) Zum Vorstehenden *Müller-Terpitz*, in: *Spickhoff*, Medizinrecht, 3. Aufl. 2018, § 1 ESchG, Rdnrn. 6 ff.

35) *Taupitz*, in: *Günther/Taupitz/Kaiser*, Embryonenschutzgesetz, 2. Aufl. 2014, C. II. § 1 Abs. 1 Nr. 1, Rdnr. 1

36) Vgl. BT-Dr. 11/5460, S. 7 f.; *Taupitz*, in: *Günther/Taupitz/Kaiser*, Embryonenschutzgesetz, 2. Aufl. 2014, C. II. § 1 Abs. 1 Nr. 1, Rdnr. 5 u. C. II. § 1 Abs. 1 Nr. 7, Rdnr. 10.

37) Vgl. BT-Dr. 11/5460, S. 7 f.; *Lang*, JZ 2022, 327, 333.

38) Vgl. BT-Dr. 11/5460, S. 8; *Hillgruber*, JZ 2020, 1, 15; *Lang*, JZ 2022, 327, 335 f.

39) Von daher vermag auch der Einwand, die Eizellspende bzw. Leihmutterchaft sei mit (höheren) biologischen Risiken für die betroffenen Frauen verbunden (in diese Richtung *Lang*, JZ 2022, 317, 333), nicht durchzudringen. Losgelöst von der Frage, ob dieser Einwand rechtstatsächlich zutrifft (vgl. insoweit Nationale Akademie der Wissenschaften Leopoldina/Union der deutschen Akademien der Wissenschaften, Fortpflanzungsmedizin in Deutschland – für eine zeitgemäße Gesetzgebung, 2019, S. 70 f.), kommt ihm mit Blick auf die grundrechtlich verbürgte Autonomie der involvierten Frauen wenig Überzeugungskraft zu.

40) BVerfGE 85, 191 ff.

den Gleichstellungsauftrag in Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG gerade zu überwinden trachtet<sup>41</sup>. Und schließlich gehen die skizzierten Argumente gegen eine gespaltene Mutterschaft von zwei Prämissen aus, die im Folgenden einer vertiefenden Betrachtung unterzogen werden sollen: einer empirischen und einer normativen Prämisse.

#### aa) Empirische Validität des Verbots

Das in den Bestimmungen des ESchG enthaltene Verbot der gespaltenen Mutterschaft wurde ursprünglich mit fehlenden Erkenntnissen hinsichtlich der Auswirkungen auf die Identitätsfindung der betroffenen Personen begründet<sup>42</sup>. Mangels belastbarer Daten war dies 1990 nachvollziehbar und damit vom Gestaltungs- und Prognosespielraum des Gesetzgebers gedeckt<sup>43</sup>. Seit Inkrafttreten des ESchG sind jedoch mehr als 30 Jahre vergangen. Dementsprechend liegen aus ausländischen Rechtsordnungen, die das Verbot der gespaltenen Mutterschaft nicht kennen, empirische Erkenntnisse vor, die auf eine psychologisch unauffällige Entwicklung der so gezeugten Kinder hindeuten<sup>44</sup>. Die postnatale Entwicklung des Kindes wird nicht durch die Modalitäten seiner (Er-)Zeugung, sondern vielmehr durch die Qualität der Familienbeziehungen (Wunschkind, stabile Beziehung der Wunscheltern, Kontaktmöglichkeiten zu anderen Akteuren) und durch die Kommunikation der Entstehungsumstände beeinflusst. Insoweit sind keine substantiellen Unterschiede zu anderen, zulässigen Formen der gespaltenen Elternschaft (Adoption, Samenspende) zu erkennen<sup>45</sup>. Die Erfahrungen der letzten 30 Jahre bestätigen folglich die vom Gesetzgeber für die gespaltene Mutterschaft ursprünglich geäußerten Bedenken nicht; ein von ihr über andere Konstellationen gespalteiner Elternschaft hinausgehendes Identitäts- und Beziehungsrisiko ist nicht erkennbar.

Dieser Befund wird auch von denjenigen, die für ein Festhalten am derzeitigen Verbotsregime plädieren, nicht grundsätzlich in Abrede gestellt. Vielmehr wird dort in dem Sinne argumentiert, dass Beeinträchtigungen der pränatalen wie postnatalen Entwicklung des Kindes „weder sicher nachgewiesen noch ausgeschlossen (sein)“, weshalb dem Gesetzgeber eine das Verbot legitimierende Einschätzungsprärogative zukomme<sup>46</sup>. Eine solche Schlussfolgerung erscheint indes als zu weitgehend: Sie resultiert in der Forderung, dass Entwicklungsbeeinträchtigungen des Kindes sicher ausgeschlossen sein müssen, um das Verbot der gespaltenen Mutterschaft verfassungsrechtlich ins Wanken zu bringen. Zwar handelt es sich beim Kindeswohltopos, der im allgemeinen Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 i. V. mit Art. 1 Abs. 1 GG) und in der Elternverantwortung (Art. 6 Abs. 2 GG) wurzelt<sup>47</sup>, um ein hochrangiges Verfassungsrechtsgut. Gleiches gilt allerdings auch für die in Art. 6 Abs. 1 GG und/oder Art. 2 Abs. 1 i. V. mit Art. 1 Abs. 1 GG zu verortende Reproduktionsautonomie der Wunscheltern. Da sich die bisherige empirische Befundlage zur Kindeswohlgefährdung auch und gerade im Vergleich zu anderen Formen gespalteiner Elternschaften als unauffällig erweist bzw. ihnen durch geeignete Maßnahmen im postnatalen Stadium begegnet werden kann, bestehen schon seit längerem erhebliche Zweifel an einer verhältnismäßigen Rechtsgüterzuordnung. Diese Zweifel lassen sich auch nicht unter Berufung auf die Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers überspielen, da die hierdurch implizierte Forderung nach einem sicheren Ausschluss von Kindeswohlgefährdungen aus Sicht der ebenfalls grundrechtlich geschützten Wunscheltern einer verfassungsrechtlich nicht zu legitimierenden Umkehr der Beweislast gleichkäme. Nicht sie müssen Kindeswohlgefährdungen sicher ausschließen, sondern der Gesetzgeber muss solche Gefährdungen sicher oder zumindest plausibel nachweisen, was ihm aufgrund der bislang unauffälligen Befundlage indes nicht zu gelingen vermag<sup>48</sup>.

#### bb) Normative Validität des Verbots

Jenseits der vorstehend bereits benannten Einwände überstrapaziert das Verbot der gespaltenen Mutterschaft zudem das normative Argument des Kindeswohls. Dieser Gedanke soll nachstehend unter dem Schlagwort des „Kindeswohlparadoxons“<sup>49</sup> beleuchtet werden, welches die verfassungsdogmatische Frage umreißt, ob in reproduktionsmedizinischen Konstellationen das Kindeswohl als ein verfassungsrechtlicher Topos zur Legitimierung des Verbots einer gespaltenen Mutterschaft fruchtbar gemacht werden kann. Denn letztlich soll hier der Schutz des Kindeswohls durch ein Erzeugungsverbot realisiert werden. Das Paradoxe dieser Argumentation wurde bislang nur gelegentlich thematisiert. Zumeist wird vielmehr – so auch vom Gesetzgeber des ESchG<sup>50</sup> – lediglich pauschal und ohne nähere Reflexion auf den Schutz des Kindeswohls rekuriert.

Immerhin hat sich das OLG München in einer Entscheidung zum Verbot der *Post-mortem*-Befruchtung kurz mit diesem Paradoxon auseinandergesetzt. Nach seiner Auffassung scheiterte der in dieser Norm zum Ausdruck kommende Schutz des Kindeswohls als denkbare und der gesetzlichen Regelung primär zugrunde liegendes Rechtsgut nicht schon an dem Umstand, dass die Interessen eines Kindes geschützt würden, das wegen § 4 Abs. 1 Nr. 3 ESchG nicht gezeugt werden dürfe. Zwar – so das Gericht weiter – werde die Auffassung vertreten, dass es mit der Menschenwürde nicht vereinbar sei, Eingriffe in Freiheitsrechte zum angeblichen Schutz anderer vorzunehmen, deren Entstehen gerade durch diesen Eingriff verhindert werden soll. Noch weniger, so werde argumentiert, könne die Menschenwürde selbst angeführt werden, um die Entstehung eines Menschen zum Schutze gerade dieses potenziellen Menschen zu verhindern<sup>51</sup>. Diesen auch aus Sicht des Gerichts nachvollziehbaren Erwägungen setzt das OLG München indes die sehr formale Begründung entgegen, dass sie durch die Inzestentscheidung des BVerfG<sup>52</sup> relativiert worden seien: Durch diese habe die Intention, den Nachwuchs durch ein strafbewehrtes Inzestverbot (§ 173 StGB) vor möglichen Erbkrankheiten zu schützen, indem bereits seine Zeugung verboten werde, die Billigung des Verfassungsgerichts erfahren<sup>53</sup>.

41) Kritisch in diesem Sinne auch *Taupitz*, in: *Günther/Taupitz/Kaiser*, Embryonenschutzgesetz, 2. Aufl. 2014, C. II. § 1 Abs. 1 Nr. 1, Rdnr. 7, der von einem „Tabuschutz“ im Hinblick auf traditionelle Vorstellungen von der Mutterschaft spricht.

42) Vgl. BT-Dr. 11/5460, S. 7.

43) Allg. zu Legislativprognosen *Goldhammer*, Die Prognoseentscheidung im Öffentlichen Recht, 2021, S. 361 ff.

44) *Kentenich*, in: *Beier/Brügge/Thorn/Wiesemann*, Assistierte Reproduktion mit Hilfe Dritter, 2020, S. 19, 25 f. u. *Wiesemann*, ebd., S. 129, 133 f.

45) Vgl. Nationale Akademie der Wissenschaften Leopoldina/Union der deutschen Akademien der Wissenschaften, Fortpflanzungsmedizin in Deutschland – für eine zeitgemäße Gesetzgebung, 2019, S. 70; *Taupitz*, in: *Günther/Taupitz/Kaiser*, Embryonenschutzgesetz, 2. Aufl. 2014, C. II. § 1 Abs. 1 Nr. 1, Rdnr. 7. S. ferner OLG Hamburg, MedR 2022, 497, 501.

46) *Hillgruber*, JZ 2020, 1, 16 für die Eizellspende.

47) Vgl. *Lang*, JZ 2022, 327, 332.

48) I. Erg. so auch *Taupitz*, in: *Günther/Taupitz/Kaiser*, Embryonenschutzgesetz, 2. Aufl. 2014, C. II. § 1 Abs. 1 Nr. 1, Rdnr. 7.

49) Laut *Kersten*, NVwZ 2020, 1248, 1250 m. w. N. wird dieser Themenkomplex in der Bioethik unter den Stichworten „possible people“ oder „contingent future persons“ abgehandelt.

50) Vgl. BT-Dr. 11/5460, S. 6: „der Wahrung des Kindeswohls wird besondere Beachtung geschenkt“.

51) Das Gericht nimmt an dieser Stelle auf *Coester-Waltjen*, Gesetzgebung in der Fortpflanzungsmedizin – die Lage in der Bundesrepublik Deutschland, Vortrag vor der deutsch-französischen Juristenvereinigung v. 21.9.2002, Bezug.

52) BVerfGE 120, 224, 243 ff.

53) OLG München, NZFam 2017, 957, 959 f., Rdnrn. 30 ff.

Zwar ist diese Berufung auf das BVerfG zutreffend und mag formal als Rechtfertigung für eine gegen die Entstehung des Kindes zielende Kindeswohlargumentation herhalten<sup>54</sup>. Eine andere Frage ist freilich, ob diese Argumentation in der Sache zu überzeugen vermag. Schon *Winfried Hassemer* hatte in seinem viel beachteten Sondervotum zur Inzest-Entscheidung an ihr mit dem Argument Kritik geübt, dass der Schutz potenzieller Nachkommen „die absurde Abwägung des mutmaßlichen Interesses potentiell gezeugten Nachwuchses an einem Leben mit genetischen Defekten einerseits mit einem mutmaßlichen Interesse an der eigenen Nichtexistenz andererseits voraus(setze)“<sup>55</sup>. Aber auch losgelöst von dieser nicht leistbaren Abwägung bereitet der Rekurs auf den Topos des Kindeswohls grundrechtsdogmatische Probleme, da hier legislativer Schutz durch die Verhinderung der Erzeugung eines Kindes realisiert werden soll. Dem Ziel grundrechtlicher Schutzpflichten – sei es für das Leben, die körperliche Unversehrtheit oder das Kindeswohl – zuwider liefe es allerdings, wenn der Schutz des Individuums durch dessen Entstehensverhinderung bewerkstelligt werden soll<sup>56</sup>. Zudem entzieht diese Entstehensverhinderung der gesetzgeberischen Schutzpflicht gerade das Fundament, auf dem sie ruht und bringt die ganze dogmatische Konstruktion damit zum Einsturz. Dies ist dem Umstand geschuldet, dass Schutzpflichten zwar einerseits vorwirken, diese Vorwirkung aber stets das zukünftige Rechtssubjekt als Bezugspunkt hat, dessen Schutz durch Maßnahmen in der Gegenwart gewährleistet werden soll.

*Christian Hillgruber* hat dieser Argumentation entgegengehalten, dass zwischen dem allgemeinen und dem individuellen Kindeswohl unterschieden werden müsse. Ein präventives Verbot der Leihmutterchaft diene dem allgemeinen Kindeswohl, weil und soweit es eine für die betroffenen Kinder möglicherweise nachteilhafte Trennung von der Geburtsmutter *ex ante* unterbinde<sup>57</sup>. Zwar ist dem nicht prinzipiell zu widersprechen. Die Argumentation führt allerdings zu der Frage, woraus dieses allgemeine Kindeswohl, welches rein objektiv-rechtliche Züge zu tragen scheint, verfassungsrechtlich fließen soll. Verankert man das Kindeswohl in Art. 2 Abs. 1 i. V. mit Art. 1 Abs. 1 GG und radiziert es dadurch grundrechtlich<sup>58</sup>, kann die objektiv-rechtliche nicht von der subjektiv-rechtlichen Dimension gelöst werden. Beide Dimensionen sind in Bezug auf den persönlich und sachlichen Schutzbereich vielmehr koextensional<sup>59</sup> und setzen deshalb ein konkretes, in der Zukunft potenziell existentes Rechtssubjekt voraus. Einen vom Individualrechtsgüterschutz losgelösten Schutz allgemeiner Interessen verwirklicht die Verfassung demgegenüber durch das Instrument der Staatszielbestimmung, sprich durch einen objektiv-rechtlichen Verwirklichungsauftrag an die jeweils adressierten Staatsgewalten. Paradigmatisch hierfür steht der aus Art. 20a GG fließende Schutz künftiger Generationen; diese auf den Naturschutz bezogene Staatszielbestimmung ist auf reproduktionsmedizinische Kontexte freilich nicht anwendbar.

Auch im Übrigen bereitet es Schwierigkeiten, Verfassungsnormen zu identifizieren, auf die sich ein allgemeiner Kindeswohltopos stützen lässt. Weder die Menschenwürdegarantie noch die Präambel der Verfassung helfen insofern weiter: Art. 1 Abs. 1 GG und ein daraus ggf. zu deduzierender Menschheits- bzw. Kindheitsschutz scheitert an dem Umstand, dass dieser von einem konkreten Individuum losgelöste Schutzgehalt in Rechtsprechung und Literatur zu Recht keine Anerkennung erfahren hat<sup>60</sup>; zudem wäre vorab die Frage zu klären, warum bestimmte Arten der Erzeugung menschlichen Lebens als würdevollig zu qualifizieren sind. Aber auch der Annahme, dass für die verfassungsrechtliche Bewertung von Fortpflanzungstechniken das im ersten Satz der GG-Präambel auch für künftige Menschen verankerte Verantwortungsprinzip greife und die Möglichkeit einer ausschließlich objektiv-rechtlichen

Technikfolgenabschätzung eröffne<sup>61</sup>, kann nicht gefolgt werden. Zwar hat sich das deutsche Volk eine Verfassung im Bewusstsein seiner Verantwortung vor den Menschen (unter Einschluss künftiger Generationen) gegeben. Diese leitmotivische Voranstellung erweist sich aufgrund ihrer Abstraktheit indes als kaum geeignet, höchstrangige Grundrechtspositionen zu beschränken. Hierzu bedarf es vielmehr eines Anknüpfungspunkts in den dieses Leitmotiv konkretisierenden Grundgesetzartikeln – nicht zuletzt, um eine Aufladung dieser vagen Formulierung mit subjektiven Präferenzentscheidungen des jeweiligen Verfassungsinterpreten zu verhindern. Von daher klingt in der Verantwortungsklausel lediglich eine Begrenzung staatlicher Gewalt an, welche sodann durch die nachfolgenden Grundrechte und staatsorganisationsrechtlichen Bestimmungen eine Umsetzung erfährt und in bewusster Abgrenzung zur nationalsozialistischen Terror- und Willkürherrschaft die dienende Funktion der Verfassung unterstreicht. Des Weiteren zielt auch diese Voranstellung auf in der Gegenwart oder Zukunft existente Menschen, zu deren Schutz und Wohlergehen eine freiheitlich-demokratische Grundordnung errichtet werden soll; eine Rechtfertigung zur Verhinderung der Erzeugung von Menschen unter bestimmten Entstehensvoraussetzungen lässt sich aus dieser Formulierung demgegenüber kaum deduzieren.

Hieraus folgt indessen nicht, dass das Kindeswohlargument im Kontext reproduktionsmedizinischer Sachverhalte als verfassungsrechtliche Schranke überhaupt keine Rolle zu spielen vermag. Entscheidend ist vielmehr der Regelungskontext: Wenn eine reproduktionsmedizinische Norm lediglich die Umstände der Erzeugung eines Embryos („Wie“) erfasst, ohne indes die Erzeugung menschlichen Lebens auf eine bestimmte Art und Weise *per se* („Ob“) zu verbieten, können Kindeswohlgesichtspunkte in die verfassungsrechtliche Bewertung der Norm miteinfließen. Dies ist etwa der Fall, wenn das Gesetz die Übertragung von mehr als drei Embryonen in den Uterus einer Frau (§ 1 Abs. 1 Nr. 3 ESchG) oder Manipulationen an Keimbahnzellen verbietet (§ 5 ESchG). Mit diesen Normen verfolgt der Gesetzgeber nicht das Ziel, die Erzeugung von Embryonen mittels einer bestimmten reproduktionsmedizinischen Technik *per se* zu verhindern, sondern regelt lediglich die Begleitumstände ihrer Erzeugung mit Blick auf eventuelle Schädigungen im prä- oder postnatalen Stadium, die im Interesse des künftig existenten Rechtssubjekts durch die vorwirkenden Normen des ESchG abgewendet werden sollen. Kann die Erzeugung und Geburt eines Menschen allerdings nicht ohne eine bestimmte Vorgehensweise (Eizellspende, Leihmutterchaft) realisiert werden, erscheint es fragwürdig, das Verbot dieser reproduktionsmedizinischen Maßnahme unter Berufung auf das Kindeswohl zu legitimieren. In diesen Fällen braucht es vielmehr andere Argumente (medizinisch nicht

54) So denn auch die wohl dominierende Ansicht im Schrifttum. S. insbes. *Hillgruber*, JZ 2020, 1, 15, Fn. 32; *Taupitz*, in: *Günther/Taupitz/Kaiser*, Embryonenschutzgesetz, 2. Aufl. 2014, C. II. § 1 Abs. 1 Nr. 1, Rdnr. 8; Nationale Akademie der Wissenschaften Leopoldina/Union der deutschen Akademien der Wissenschaften, Fortpflanzungsmedizin in Deutschland – für eine zeitgemäße Gesetzgebung, 2019, S. 38.

55) BVerfGE 120, 224, 258f.

56) *Müller-Terpitz*, in: *Spickhoff*, Medizinrecht, 3. Aufl. 2018, Art. 6 GG, Rdnrn. 12ff. Ebenso AG Augsburg, medstra 2016, 383, Rdnr. 4; *Coester-Waltjen*, FamRZ 2017, 908, 909.

57) *Hillgruber*, JZ 2020, 1, 15.

58) Art. 6 Abs. 2 GG scheidet hier als Anknüpfungspunkt *a limine* aus, da diese Norm existente Kinder (Personen) voraussetzt.

59) Näher hierzu *Müller-Terpitz*, Der Schutz des pränatalen Lebens, 2007, S. 154.

60) Ausführlich dazu *Müller-Terpitz*, Der Schutz des pränatalen Lebens, 2007, S. 328ff.

61) *Kersten*, NVwZ 2020, 1248, 1250f.

vertretbare Gefahr für die Eizellspenderin oder Schwangere, Gefahr einer Ausbeutung oder Kommerzialisierung der Eizellspenderin oder Leihmutter, psychologische Schwierigkeiten bei Übergabe des Kindes an die Wunscheltern etc.) um – freilich unter Beachtung des Autonomie- und Verhältnismäßigkeitsprinzips – derartige Verbote zu legitimieren<sup>62</sup>. Wer dennoch einen vorwirkenden allgemeinen Kindeswohlschutz für geboten erachtet, sollte diesen auf das Fundament einer expliziten objektiv-rechtlichen Staatszielbestimmung stellen. In Anlehnung an die erst unlängst gescheiterte Initiative zur ausdrücklichen Verankerung des Kindeswohls in der Verfassung könnte eine solche Norm wie folgt lauten: „Die staatliche Gemeinschaft trägt Sorge für kindgerechte Lebensbedingungen.“<sup>63</sup>

### 3. Status des Embryos

Die Mehrzahl der aktuellen Reformvorschläge betrifft zwar den Bereich der Reproduktion unter Beteiligung Dritter. Vorhaben, die den Status des Embryos tangieren, bleiben eher ausgespart, sind aber dennoch existent. Dies betrifft etwa den eSET, der zur Folge haben wird, dass nicht alle erzeugten und entwicklungsfähigen Embryonen auf eine Frau übertragen oder gespendet werden können. Ist der Embryo allerdings über Art. 1 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG geschützt, folgt aus diesen Grundrechten ein Recht auf Transfer mit dem Ziel, seine Überzähligkeit *a priori* soweit wie möglich durch geeignete gesetzliche Vorkehrungen zu verhindern<sup>64</sup>. Aber auch die bisweilen geforderte Zulassung der Forschung an überzähligen Embryonen<sup>65</sup> wirft Fragen nach dem grundrechtlichen Status des Embryos *in vitro* auf.

In auffälligem Kontrast zur fundamentalen Bedeutung dieser Frage steht der Umstand, dass in rechtspolitischen Stellungnahmen und Reformvorschlägen der grundrechtliche Status des Embryos mitunter ausgespart bleibt<sup>66</sup>. Und auch der überfraktionelle Gesetzentwurf zur Einfügung des § 3a in das ESchG argumentierte lediglich mit der Unverhältnismäßigkeit eines Totalverbots der PID<sup>67</sup>, ohne sich näher zu den möglicherweise konfigrierenden Grundrechtspositionen des Embryos zu äußern.

Mit Blick auf die aktuellen Reformvorschläge ist es jedoch unverzichtbar, eine Klärung des rechtlichen Status des Embryos *in vitro* herbeizuführen<sup>68</sup>. Nur so können die Grenzen des rechtlich Zulässigen präzise gezeichnet und die spätere Normanwendung rechtssicher geleitet werden. Für die postnidative Phase hat das BVerfG in seiner zweiten Schwangerschaftsabbruch-Entscheidung bereits geklärt, dass es sich „jedenfalls (ab der Nidation/Individuation) (...) bei dem Ungeborenen um individuelles, in seiner genetischen Identität und damit in seiner Einmaligkeit und Unversehrtheit bereits festgelegtes, nicht mehr teilbares Leben handelt, das im Prozess des Wachsens und Sich-Entfaltens sich nicht erst zum Menschen, sondern als Mensch entwickelt (...)“<sup>69</sup>. Eine entsprechende höchstrichterliche Klärung für die in reproduktionsmedizinischen Kontexten relevante pränidative Phase fehlt jedoch.

Über diesen Zeitraum wird deshalb seit den späten 1990er Jahren intensiv gestritten. Ohne an dieser Stelle ins Detail gehen zu können, lassen sich in diesem Diskurs folgende Grundströmungen identifizieren: So knüpft ein interessenorientierter Ansatz die Grundrechtsträgerschaft an die „Erlebensfähigkeit“ bzw. das „Überlebensinteresse“ des Grundrechtsträgers<sup>70</sup>; beides fehlt dem Embryo unstreitig. Aufgrund der Normhistorie des Art. 1 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG haben sich diese Ansätze in der deutschen Debatte jedoch aus guten Gründen nicht durchgesetzt<sup>71</sup>. Schon mit Blick auf die vorstehend zitierte Rechtsprechung des BVerfG herrschen dort vielmehr „biologisch-physiologische Begründungsansätze“ vor, welche die Grundrechtsträgerschaft an das inhärente Potenzial des Embryos knüpfen, sich in einem selbstgesteuerten Prozess zu einem „fertigen“ Individuum zu

entwickeln. Innerhalb dieser Ansätze umstritten ist jedoch, ab wann dieses Potential vorliegt (Abschluss der Befruchtung<sup>72</sup>, Nidation/Individuation<sup>73</sup>, rudimentäre Hirntätigkeit<sup>74</sup> etc.). Zum Teil wird auch für einen Grundrechtsschutz ab Befruchtung plädiert, der mit Blick auf den Gesetzesvorbehalt in Art. 2 Abs. 2 S. 3 GG jedoch „abstufbar“ sein soll<sup>75</sup>.

Grundrechtsdogmatisch haben diejenigen, die für einen vollen Grundrechtsschutz ab vollendeter Befruchtung eintreten, nach wie vor gute, da in sich dogmatisch konsistente Argumente auf ihrer Seite: Sie können sich nicht nur auf den zitierten Begründungsansatz des BVerfG berufen<sup>76</sup>, sondern vermögen auch plausibel darzulegen, warum die Anknüpfung des Würde- und Lebensschutzes an spätere biologische Zäsuren willkürlich erscheint<sup>77</sup>. Zudem vermeiden sie die grundrechtsdogmatischen Widersprüche einer objektiv-rechtlichen „Rückerstreckung“ sowie einer vermeintlichen „Abstufbarkeit“ des aus Art. 1 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG fließenden Grundrechtsschutzes<sup>78</sup>. Nichtsdestotrotz kann dieser grundrechtsdogmatische Ansatz kaum leugnen, dass er in einem Spannungsverhältnis zum geltenden Recht und seiner Anwendung steht, welches in Gestalt der PID (§ 3a ESchG) und des Abtreibungsstrafrechts (§§ 218 ff. StGB) *de facto* das Konzept eines „abgestuften Lebensschutzes“ verwirklicht.

Erneut ist deshalb zu konstatieren, dass sich auf dem Fundament der geltenden Grundrechtsdogmatik eine befriedende statusrechtliche Begründung der derzeitigen und möglicherweise künftigen Rechtslage kaum aufbauen lässt.

62) Zu beachten ist i. Ü., dass in diesem Kontext Argumente wie die Verhinderung genetischer Schäden, der Schutz der Volksgesundheit oder betroffener Familienangehöriger sowie die Entlastung der Sozialversicherungssysteme mit Blick auf Art. 1 Abs. 1 GG, Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG und Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG als verfassungsrechtlich prekär anzusehen sind. Auch hierauf hat *Winfried Hassemer* in seinem Sondervotum (BVerfGE 120, 224, 258f.) überzeugend hingewiesen.

63) Abschlussbericht der Bund-Länder-Arbeitsgruppe „Kinderrechte ins Grundgesetz“ v. 14. 10. 2019, S. 76 (Regelungsvorschlag 1).

64) Vgl. hierzu *Müller-Terpitz*, in: *Spickhoff*, Medizinrecht, 3. Aufl. 2018, Art. 2 GG, Rdnr. 29.

65) S. oben Fn. 14 sowie Nationale Akademie der Wissenschaften Leopoldina/Union der deutschen Akademien der Wissenschaften, Neubewertung des Schutzes von In-vitro-Embryonen in Deutschland, 2021, S. 5f., 39f.

66) S. insbes. Nationale Akademie der Wissenschaften Leopoldina/Union der deutschen Akademien der Wissenschaften, Fortpflanzungsmedizin in Deutschland – für eine zeitgemäße Gesetzgebung, 2019, S. 26ff., 32ff., wo diese Frage nur aus ethischer, nicht aber aus verfassungsrechtlicher Sicht beleuchtet wird.

67) BT-Dr. 17/5451, S. 7.

68) So auch *Augsberg*, medstra 2020, 323, 328.

69) BVerfGE 88, 203, 251f.

70) *Hoerster*, Ethik des Embryonenschutzes, 2002, S. 70f.; *Merkel*, Forschungsobjekt Embryo, 2002, S. 134ff.

71) Ausführlich dazu *Müller-Terpitz*, Der Schutz des pränatalen Lebens, 2007, S. 157ff.

72) *Hillgruber*, JZ 2020, 12, 18; *Lackermair*, Hybride und Chimären, 2017, S. 217ff.; *Lang*, in: *Epping/Hillgruber*, BeckOK Grundgesetz, 51. Ed. 15. 5. 2022, Art. 2, Rdnr. 64; *Müller-Terpitz*, Der Schutz des pränatalen Lebens, 2007, S. 223ff. Ferner VGH München, BeckRS 2018, 30892, Rdnr. 89.

73) So u. a. *Dederer*, AöR 127 (2002), 1, 15f. u. 17; *Ipsen*, NJW 2004, 268, 269; *Taupitz*, NJW 2001, 3433, 3438.

74) *Laimböck*, Totipotenz, 2014, S. 122ff.

75) *Englhofer*, Humane artifizielle Gameten, 2019, S. 135ff. S. zudem *Gassner/Kersten/Krüger/Lindner/Rosenau/Schroth*, Fortpflanzungsmedizinengesetz, Augsburg-Münchner-Entwurf (AME-FMedG), 2013, S. 40f.

76) In diesem Sinne schon *Augsberg*, medstra 2020, 323, 328, der insoweit gar von einer „weitreichende(n) Präformation“ spricht.

77) Ausführlich hierzu *Müller-Terpitz*, Der Schutz des pränatalen Lebens, 2007, S. 172ff.

78) Erneut ausführlich hierzu *Müller-Terpitz*, Der Schutz des pränatalen Lebens, 2007, S. 149ff., 270ff., 282ff., 349ff.

Vor diesem Hintergrund ist unlängst vorgeschlagen worden, eine „Einweisungsvorschrift“ zu schaffen, die dem Gesetzgeber Gestaltungsmacht hinsichtlich der Bestimmung des Embryonenstatus *in vitro* eröffnet soll<sup>79</sup>. Eine solche „einfachrechtliche Fixierung“ führte allerdings weder zu einer Rechtsbefriedigung noch zu einem Mehr an Rechtssicherheit, da diese gesetzgeberische Deziision ihrerseits den umstrittenen Grenzen der Verfassung unterläge. Eine von wechselnden parlamentarischen Mehrheiten unabhängige und zudem dogmatisch konsistentere Lösung der Statusfrage ließe sich demgegenüber möglicherweise durch eine verfassungsrechtliche Regelung erreichen<sup>80</sup>. Freilich setzte dies einen gegenwärtig nicht erkennbaren breiten gesellschaftlichen und politischen Konsens über diese Frage voraus. Von daher ist damit zu rechnen, dass reproduktionsmedizinische Reformen, die den Status des Embryos *in vitro* berühren, irgendwann ihren Weg nach Karlsruhe finden werden, um dort eine höchstrichterliche Klärung zu erfahren – eine für das BVerfG wahrlich nicht einfache Aufgabe!

### III. Fazit

Und sie bewegt sich doch, so könnten man – frei nach *Galileo Galilei* – die gegenwärtige Diskussion über eine Reform des Fortpflanzungsmedizinrechts zusammenfassen. Sprachlich findet diese Entwicklung Ausdruck in einer Veränderung der Denomination – weg von einem ESchG hin zu einem FMedG. Dieser Perspektivenwechsel auf ein nicht primär strafrechtlich konnotiertes Fortpflanzungsmedizinrecht eröffnet grundsätzlich die Möglichkeit der Dynamisierung des rechtswissenschaftlichen Methodenarsenals (Analogien), sofern das Gesetz bestimmte Konstruktionsprinzipien (entkoppelte Strafnormen, zielorientierte Gesetzesformulierungen) beachtet. Der Fokus der Reformdebatte liegt dabei auf der „nicht-statusrelevanten“ Reproduktion unter Beteiligung Dritter, was auf die empirische wie normative Schwäche der Kindeswohlargumentation zurückzuführen ist. Die aktuellen Reformvorschläge berühren indes auch „statusrelevante“ Aspekte, weshalb eine juristische Auseinandersetzung mit dieser Frage unumgänglich erscheint.

Insgesamt ist zu konstatieren, dass die biomedizinischen Diskurse die Grundrechtsdogmatik „strapazieren“, wenn nicht gar „überdehnen“ – sei es in Gestalt einer pauschalen Kindeswohlargumentation oder in Gestalt feingliedriger Diskurse um den subjektiven Schutzbereich des Art. 1 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 2 GG. Verfassungskonsistentere Lösungen ließen sich durch Verfassungsergänzungen erreichen, die allerdings einen breiten politischen Konsens voraussetzen. Dieser wird am ehesten für den Schutz des Kindeswohls, wohl aber nicht für die Klärung der embryonalen Statusfrage zu erreichen sein.

**Open Access.** Dieser Artikel wird unter der Creative Commons Namensnennung 4.0 International Lizenz veröffentlicht, welche die Nutzung, Vervielfältigung, Bearbeitung, Verbreitung und Wiedergabe in jeglichem Medium und Format erlaubt, sofern Sie den/die ursprünglichen Autor(en) und die Quelle ordnungsgemäß nennen, einen Link zur Creative Commons Lizenz beifügen und angeben, ob Änderungen vorgenommen wurden.

Die in diesem Artikel enthaltenen Bilder und sonstiges Drittmaterial unterliegen ebenfalls der genannten Creative Commons Lizenz, sofern sich aus der Abbildungslegende nichts anderes ergibt. Sofern das betreffende Material nicht unter der genannten Creative Commons Lizenz steht und die betreffende Handlung nicht nach gesetzlichen Vorschriften erlaubt ist, ist für die oben aufgeführten Weiterverwendungen des Materials die Einwilligung des jeweiligen Rechteinhabers einzuholen. Weitere Details zur Lizenz entnehmen Sie bitte der Lizenzinformation auf <http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.de>.

Open Access funding enabled and organized by Projekt DEAL.

79) *Lang*, JZ 2022, 327, 337.

80) Ob Art. 79 Abs. 3 GG insoweit einer den Embryonenschutz aufweichenden, dezisionistischen Entscheidung des verfassungsändernden Gesetzgebers entgegenstünde, bliebe allerdings noch zu klären. Dagegen könnte sprechen, dass die Norm nur die in Art. 1 GG niedergelegten Grundsätze vor einer Verfassungsänderung schützt. Hierzu muss nicht zwangsläufig die Frage nach dem Beginn des personalen Schutzbereichs gehören. Für Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG jedenfalls konnte der Parlamentarische Rat insofern keine Einigkeit erzielen.

## Triage und Priorisierung\*

Hauke Brettel und Jan C. Schuhr

### I. Einleitung

Wahrscheinlich gibt es im Moment kaum ein Thema, auf das hinzuführen so weniger Worte bedarf – wird doch über die Triage nun schon seit mehr als zwei Jahren in der (Fach-)Öffentlichkeit intensiv diskutiert. Die jetzigen Vor-

bemerkungen halten sich deshalb auch kurz und bestimmen vor allem – zur Schaffung einer gemeinsamen Ausgangslage – den Begriff der Triage, der den nachfolgenden Überlegungen zugrunde liegt:

Das BVerfG hat im Dezember über Vorkehrungen zum Schutz behinderter Menschen für den Fall einer pandemiebedingt auftretenden Triage entschieden. Darin spricht es vom „Fall der Triage“ als Entscheidung über die Zuteilung medizinischer Ressourcen, die nicht für alle Behandlungsbedürftigen ausreichen können<sup>1</sup>. Es geht also um einen Fall der Ressourcenknappheit, um eine Mangelsituation – in der Entscheidung des BVerfG vor allem um den Mangel

Prof. Dr. iur. Dr. med. Hauke Brettel, Inhaber des Lehrstuhls für Kriminologie, Strafrecht und Medizinrecht, einschließlich Jugendstraf- und Strafvollzugsrecht, Johannes Gutenberg Universität Mainz, Deutschland

Prof. Dr. iur. Jan C. Schuhr, Inhaber des Lehrstuhls für Strafrecht und Strafprozessrecht, Medizinrecht und Rechtsphilosophie, Universität Heidelberg, Deutschland

Der Text beruht auf den Vorträgen der Medizinrechtslehrertagung von Hauke Brettel zu den Teilen I. und III., von Jan Schuhr zum Teil II

\*) Schriftliche Fassung des im Rahmen der Tagung der deutschsprachigen Medizinrechtslehrerinnen und Medizinrechtslehrer „Medizinrecht zwischen Unter- und Überregulierung“ vom 13. und 14.5.2022 in München gehaltenen Vortrags.

1) BVerfG, Beschl. v. 16.12.2021 – 1 BvR 1541/20 –, Rdnr. 1.