

# Einleitung

„Toleranz ist ein Preis, den wir für unser Abenteuer Freiheit zahlen müssen.“

(Dworkin, Die Grenzen des Lebens, Abtreibung, Euthanasie und persönliche Freiheit)

## A) Einführung

Was macht Menschen zu Eltern? Und: Elternschaft, was ist das eigentlich? Früher gaben die Kirche und der Gesetzgeber darauf eine eindeutige Antwort: Mann und Frau, in der Regel verheiratet, bekamen ein Kind; das machte sie zu Eltern. Die Entscheidung war körperlich definiert, über die Zusammenführung zweier Gensätze in einem Kind. Heute ist die Antwort komplizierter: Heterosexuelle Paare sind immer noch verheiratet, aber längst nicht mehr die einzigen, die heiraten und Kinder haben dürfen. Genauso gibt es unverheiratete Paare mit Kindern, alleinerziehende Mütter und Väter. Und in jeder dieser Konstellationen auch Personen, die nicht heterosexuell sind, sondern schwul, lesbisch, bi- oder asexuell, trans- oder intergeschlechtlich oder sich noch anders von der Cisgender-Heteronormativität absetzen<sup>1</sup>. Zur sexuellen und geschlechtlichen Diversität des modernen Menschen treten die ständig neuen Möglichkeiten auf dem Gebiet der sich rasant entwickelnden Fortpflanzungsmedizin, die auch in diesen neuen Konstellationen Kinderwünsche zu erfüllen vermag. Elternschaft wird also nicht mehr notwendig durch einen eigenen körperlichen Schöpfungsakt definiert. Wie aber dann?

Viel spricht dafür, dass der Wille, sich um ein Kind zu kümmern und damit die Elternverantwortung zu übernehmen, eine zeitgemäßere Definition von Elternschaft ist. Das führt aber vor dem Hintergrund der neuen Möglichkeiten assistiert herbeigeführter Elternschaft zu einer Reihe ungeklärter Rechtsfragen, insbesondere der, ob es ein Recht auf Zugang zur Elternschaft gibt, das jedem zusteht. Diese Dissertation untersucht, ob sich ein solcher Rechtsanspruch aus menschenrechtlicher, rechtsphilo-

---

1 Hier und im Folgenden stehen die grammatisch männlichen Bezeichnungen als generische Oberbegriffe für Angehörige beiderlei Geschlechts.

sophischer und verfassungsrechtlicher Perspektive begründen lässt, und wenn ja, welche Struktur und welchen Inhalt ein solcher Anspruch hat. Außerdem widmet sie sich der Frage, wie sich in diesem Fall das deutsche Reproduktionsmedizinrecht und Familienrecht verändern muss.

So wie sich die medizinischen Möglichkeiten der assistierten Fortpflanzung geändert haben, so hat sich in den vergangenen Jahren der Rechtsrahmen in Europa dazu gewandelt. Das deutsche Embryonenschutzgesetz (ESchG) aus dem Jahr 1990 steht mittlerweile stark in der Kritik. Gerügt als antiquiert, lückenhaft und in sich widersprüchlich, mehren sich Stimmen, die sich für ein zeitgemäßes, umfassendes und in sich stimmiges Fortpflanzungsmedizinengesetz aussprechen. So sieht etwa der Augsburg-Münchener-Entwurf (AME-FMedG) eine umfassende Novellierung des Fortpflanzungsmedizinrechts vor<sup>2</sup>. Zuletzt äußerte sich die Nationale Akademie der Wissenschaften (Leopoldina) zu den aktuellen reproduktionsmedizinischen Fragen und formulierte Vorschläge zu ihrer rechtlichen Einordnung<sup>3</sup>.

Um diese Vorstöße zu bewerten, muss man sich das eigentliche Ziel der Reproduktionsmedizin vor Augen führen; nämlich Paaren, die auf natürlichem Weg kein Kind bekommen können, den Zugang zur Elternschaft zu ermöglichen. Vor der Neuordnung des Fortpflanzungsmedizinrechts steht deshalb die Frage, ob es auf nationaler Ebene eine verfassungsrechtliche Garantie oder auf supranationaler Ebene sogar eine menschenrechtliche Verpflichtung gibt, ein Recht auf Zugang zur Elternschaft anzuerkennen.

Gemeint ist ein Recht, das die mit der Elternrolle verbundene Möglichkeit schützt, das eigene Wesen durch die Beziehung zu einem Kind – als Kernaspekt persönlicher Identität – zu formen und zu entwickeln. Kurz gesagt: War die Frage des traditionellen Elternentwurfs noch: „Was macht Menschen zu Eltern?“, geht es nun um die Frage: „Was macht Elternsein mit dem Menschen?“. Und wenn man mit dieser Arbeit davon ausgeht, dass Elternschaft zur Ausbildung, Entwicklung und Entfaltung der eigenen Persönlichkeit ein Menschenrecht ist, was bedeutet das dann für den Zugang zur Elternschaft durch die Verfahren der medizinisch assistierten Reproduktion?

Ein Recht auf Persönlichkeitsentwicklung durch Elternschaft könnte sich zum einen aus der sich wandelnden Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) ergeben, der Menschenrechte

---

2 Gassner et al., AME-FMedG 2013.

3 Leopoldina, Fortpflanzungsmedizin in Deutschland – für eine zeitgemäße Gesetzgebung, 2019.

zunehmend als Grundsatznormen personaler Autonomie auszulegen beginnt; zum anderen aus der gefestigten Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG), das Menschenwürde längst als „Grundnorm personaler Autonomie“ anerkennt<sup>4</sup>. Das zeigt nicht zuletzt das aktuelle Urteil vom 26.2.2020, wonach das allgemeine Persönlichkeitsrecht aus Art. 1 I i.V.m. Art. 2 I GG „als Ausdruck persönlicher Autonomie ein Recht auf selbstbestimmtes Sterben“ umfasst<sup>5</sup>. Dasselbe Autonomieverständnis, das zur Begründung eines Rechts auf assistierte Sterbehilfe herangezogen wird, muss auch für das Recht auf assistierte Fortpflanzung und Elternschaft gelten. Beides sind nicht minder menschenwürde-nahe Ausprägungen des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts und damit Grundsatzfragen personaler Autonomie.

In gleichheitsrechtlicher Hinsicht wiederum ist entscheidend, wie weit ein Recht auf Zugang zur Elternschaft reicht. Warum schreiben wir wem die Elternrolle zu? Sind moderne Formen der Elternschaft wie die Elternschaft gleichgeschlechtlicher Paare, alleinstehender Mütter und Väter oder auch Konstellationen der Mehrelternschaft im gleichen Maße schützenswert wie die traditionelle Elternschaft von Mann und Frau? Erst eine Antwort auf diese Fragen ermöglicht eine Bearbeitung der Anschlussfrage; nämlich wem de lege ferenda reproduktionsmedizinische Maßnahmen zur Verfügung stehen müssen.

Diese Arbeit unterscheidet sich in ihrem Ansatz insofern von den bisherigen Veröffentlichungen zum Thema Reproduktionsmedizin, als dass sie die Frage nach einer Reform des deutschen Rechts der Reproduktionsmedizin auch unter Einbeziehung der bislang vernachlässigten sozialempirischen Erkenntnisse zum Begriff der Elternschaft beurteilt. Nicht nur leitet sie ein so noch nicht formuliertes Recht auf Persönlichkeitsentwicklung durch die Übernahme der Elternverantwortung und die Beziehung zum Kind als Kernaspekt persönlicher Identität her; und definiert damit neue Maßstäbe sowohl für den europäischen Menschenrechtsschutzstandard als auch für den Grundrechtsschutz der deutschen Verfassung.

Sie stellt in diesem Kontext auch originär einen Zusammenhang zwischen dem Fortpflanzungsmedizinrecht und dem Familienrecht her und spricht – unter Berücksichtigung von rechtsdogmatischen, rechtsphilosophischen, rechtssoziologischen und rechtsvergleichenden Aspekten –

4 Gutmann, Struktur und Funktion der Menschenwürde als Rechtsbegriff, in: Gethmann, Lebenswelt und Wissenschaft, Bd. II, 2011, S. 309-330 (312).

5 Urt. v. 26.2.2020 – 2 BvR 2347/15, BVerfGE 153, 182, NJW 2020, S. 905-921.

Handlungsempfehlungen für beide Regelungsbereiche aus. Damit ist sie herausfordernd sowohl in ihrer methodischen Herangehensweise als auch ihrer interdisziplinären Ausrichtung, da sie einen Knotenpunkt zweier Rechtsgebiete nicht nur auf nationaler, sondern auch auf supranationaler Ebene abbildet.

Das Recht auf Zugang zur Elternschaft, so die Prämisse, hat eine reproduktionsmedizinrechtliche und familienrechtliche Seite, die es im Zusammenhang zu beurteilen gilt, wobei der Fokus der Untersuchung auf ersterer liegt.

## *B) Gegenstand der Untersuchung*

Dieser Arbeit liegt die Hypothese zugrunde, dass das Recht auf Achtung des Privatlebens aus Art. 8 der Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK) ein Recht auf Zugang zur Persönlichkeitsentwicklung durch Elternschaft gewährt. Dieses Recht ist zum einen Ausdruck des Rechts auf Achtung der Entscheidung für oder gegen eine (genetische) Elternschaft, zum anderen Ausdruck des Rechts auf persönliche Entwicklung durch die Beziehung zum Kind als wesentlichen Bestandteils der eigenen Identität. Auf nationaler Ebene lässt es sich aus Art. 8 EMRK i.V.m. Art. 20 III GG und Art. 6 II GG herleiten sowie als neue Fallgruppe des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts aus Art. 1 i.V.m. Art. 2 I GG begründen. Eine rechtsphilosophische Analyse kann die Notwendigkeit der Anerkennung eines solchen Rechts untermauern, das auf vier Grundsätzen fußt:

1. Elternschaft wird als Kernaspekt persönlicher Identität anerkannt und ist deshalb als besonders menschenwürdenahes Grundrecht kaum Eingriffen zugänglich – etwa in Form von gesetzlichen Verboten im Bereich der Fortpflanzungsmedizin. In primär abwehrrechtlicher Dimension garantiert es, „nicht durch gesetzliche Verbote an der Wahrnehmung des Selbstbestimmungsrechts in Fragen der eigenen Fortpflanzung [bzw. in Fragen der eigenen Persönlichkeitsentwicklung durch die Übernahme

der Elternverantwortung und Beziehung zum Kind] gehindert zu werden“<sup>6</sup>.

2. Dieses Recht steht jedem zu, vermählten und unvermählten Paaren, verschieden- und gleichgeschlechtlichen Paaren, inter- und transgeschlechtlichen Personen sowie alleinstehenden Personen. Als Gleichheitsrecht gewährleistet es den Zugang zur Elternschaft also losgelöst von Ehestatus, sexueller Orientierung, geschlechtlicher Identität und Beziehungsstatus.
3. Die möglichen Gründe für die Zuschreibung der elterlichen Rechte und Pflichten werden plural bedacht. Insbesondere werden die intentionale und soziale Elternschaft berücksichtigt. Es genügt als normative Grundlage für die Elternstellung, unabhängig von einer biologisch-genetischen Beziehung, jede ernsthafte Entscheidung einer Person, dauerhaft die soziale Verantwortung und emotionale Fürsorge für ein Kind übernehmen zu wollen. Dem wohnt die Möglichkeit inne, dass sich mehr als zwei Personen als Eltern eines Kindes eignen. Soweit das Recht auf Zugang zur Elternschaft – im Folgenden kurz als „Zugangsrecht“ bezeichnet – zur Auflösung der kollidierenden Ausübungs- und Verzichtsinteressen an einer Elternrolle der jeweils aufgrund ihrer spezifischen Beziehung zum Kind als Eltern in Betracht kommenden Personen zur Schaffung familienrechtlicher Institutionen und Handlungsformen verpflichtet, handelt es sich mit der Lehre von den „rechtlich konstituierten Freiheiten“<sup>7</sup> um ein normgeprägtes Grundrecht, das für seine Ausgestaltung auf gesetzgeberisches Handeln angewiesen ist.
4. Dieses Recht verpflichtet als Leistungsrecht dazu, die Finanzierung der Kinderwunschbehandlung durch die Gesetzliche Krankenversicherung (GVK) sicherzustellen. Denn der Ausgleich sozialer Ungleichheiten beim Zugang zur Kinderwunschbehandlung ist notwendige Bedingung für eine egalitäre Ausübung der durch das Zugangsrecht geschützten Freiheit.

---

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

7 Für eine kritische Auseinandersetzung mit der Lehre von den rechtlich konstituierten Freiheiten bzw. normgeprägten Grundrechten vgl. Cornils, Die Ausgestaltung der Grundrechte, 2005, S. 497, 518 ff.; zur Wechselwirkung von Verfassung und Privatrecht vgl. Ruffert, Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts, 2002, S. 37-45.

### C) Gang der Untersuchung

Diese Arbeit untersucht auf supranationaler und nationaler Ebene, ob ein Recht auf Zugang zur Persönlichkeitsentwicklung durch Elternschaft aus menschenrechtlicher und verfassungsrechtlicher Perspektive begründet ist und macht hierfür auch Argumente fruchtbar, die in den teils differenzierteren rechts- und moralphilosophischen Diskussionen entwickelt wurden und rechtlich anschlussfähig sind (Erster Hauptteil). Darauf aufbauend untersucht sie, wie sich die Umsetzung in einfaches Gesetzesrecht auf eine Neugestaltung des deutschen Rechts der Reproduktionsmedizin auswirken würde (Zweiter Hauptteil). Schließlich skizziert sie die mit einer Reform des deutschen Fortpflanzungsmedizinrechts verbundenen notwendigen Folgeänderungen im Familienrecht (Dritter Hauptteil).

Der erste Hauptteil besteht aus drei Teilen. Er beginnt mit einer Einführung in das Völkerrecht (Teil A). Der zweite Teil widmet sich einer rechtsdogmatischen Analyse des Art. 8 EMRK zur möglichen Herleitung des Rechts auf Zugang zur Elternschaft als Menschenrecht und seiner Begründung aus rechtsphilosophischer Perspektive (Teil B). Dem speziellen Auslegungskanon für die EMRK folgend (Kapitel I), wird dafür eine grammatische Exegese nach dem Grundsatz der authentischen Konventionsauslegung (Kapitel II), eine teleologische Exegese nach dem Grundsatz der effektiven Konventionsauslegung (Kapitel III), eine systematische Exegese nach dem Grundsatz der autonomen Konventionsauslegung (Kapitel IV), eine historische Exegese nach dem Grundsatz der objektiven Konventionsauslegung (Kapitel V) und schließlich eine evolutiv-dynamische Exegese nach dem Grundsatz der lebendigen Konventionsauslegung (Kapitel VI) vorgenommen. Darauf folgt eine Bilanz zum Ob und Wie eines Rechts auf Zugang zur Elternschaft als Menschenrecht, in dem die menschenrechtlichen Argumente rechtsphilosophisch mit Argumenten aus der praktischen Philosophie zusammengeführt werden (Kapitel VII). Der dritte Teil beschäftigt sich mit der Frage, ob ein Recht auf Zugang zur Elternschaft als Grundrecht begründet ist (Teil C). Nach dem Grundsatz der völkerrechtsfreundlichen und konventionskonformen sowie dynamischen Verfassungsinterpretation (Kapitel I) könnte aus verschiedenen Grundrechten (Kapitel II) ein Freiheits- (Unterkapitel 1) und Gleichheitsrecht (Unterkapitel 2) auf Persönlichkeitsentwicklung durch Elternschaft zu entnehmen sein. Diese Rechte sind als normgeprägte Gewährleistungen in primär abwehrrechtlicher, aber auch leistungsrechtlicher Funktion (Unterkapitel 3) für ihre pluralistische und gleiche Ausgestaltung auf gesetzgeberisches Handeln

angewiesen, und das sowohl im Reproduktionsmedizinrecht als auch im Familienrecht. Im Folgenden sind zur Evaluation einer möglichen verfassungsrechtlichen Rechtfertigung von gesetzesmedizinischen Eingriffen in das Recht auf Zugang zur Elternschaft die kollidierenden Rechte der Eltern, der Kinder, des Embryos und der Gesellschaft gegenüberzustellen und nach dem Grundsatz praktischer Konkordanz abzuwägen (Kapitel III).

Der zweite Hauptteil untersucht, wie das deutsche Fortpflanzungsmedizinrecht künftig nach dem Maßstab eines Grund- und Menschenrechts auf Zugang zur Elternschaft aussehen sollte (Teil A) in Bezug auf die Samenspende (Kapitel I), die Eizellspende (Kapitel II), die Spende überzähliger und auf Vorrat erzeugter Embryonen (Kapitel III), die Dreierregel und den "Elective-Single-Embryo-Transfer" (Kapitel IV), die Präimplantationsdiagnostik (Kapitel V), eine Leihmutterchaft (Kapitel VI) und schließlich die finanziellen Rahmenbedingungen (Kapitel VII). Dafür wird jeweils nach Erläuterung der medizinischen Grundlagen (Unterkapitel 1) eine Problemanalyse des Rechtsrahmens *de lege lata* vorgenommen (Unterkapitel 2). Danach werden die bisher vorgelegten Vorschläge für eine neue Gesetzgebung zur Reproduktionsmedizin auf ihre Kompatibilität mit dem Zugangsrecht hin bewertet. Auf dieser Grundlage werden eigene Empfehlungen für ein Fortpflanzungsmedizinrecht *de lege ferenda* vorgestellt (Unterkapitel 3) und durch eine rechtsvergleichende Darstellung der "Best Practices" zur Umsetzung eines Menschenrechts auf Persönlichkeitsentwicklung durch Elternschaft in das nationale Fortpflanzungsmedizinrecht der Konventionsstaaten untermauert (Unterkapitel 4). Der zweite Hauptteil schließt mit einem rechtspolitischen Plädoyer, das Grund- und Menschenrecht auf Zugang zur Elternschaft in ein neues, liberales und wertungskonsistentes Fortpflanzungsmedizinrecht zu gießen (Teil B).

Der dritte Hauptteil skizziert die Herausforderungen, die auf das deutsche Familienrecht zukommen, um die umfassenden Reformen abstammungsrechtlich abzusichern. Dies erfordert Änderungen im Hinblick auf das Primat der intentionalen und sozialen Elternschaft. Ein Abgleich der Grundmaximen des Zugangsrechts mit dem geltenden Abstammungsrecht und dem vorliegenden Diskusstextentwurf des Bundesjustizministeriums (BMJV) für ein neues Abstammungsrecht zeigt die konkreten, gegebenenfalls noch über die geplanten Reformen hinausgehenden Rechtsanpassungen auf, die notwendig sind, um der zu erwartenden gesetzesmedizinischen Liberalisierung einen adäquaten abstammungsrechtlichen Rahmen zu setzen. Im Fokus steht die Gleichstellung heterosexueller und gleichgeschlechtlicher Personen in ihren abstammungsrechtlichen Möglichkeiten,

Eltern zu werden. Hierbei geht es vor allem um die Einführung einer Co-Mutterschaft, die eine unmittelbare Eltern-Kind-Zuordnung zu der Ehefrau, Lebenspartnerin oder faktischen Partnerin der Geburtsmutter ohne Umweg über die Stiefkind-Adoption erlaubt (Kapitel I). Aufgabe ist ferner die Gewähr einer funktionalen Elternzuordnung bei Hinzutreten eines Samen- und Embryospenders (Unterkapitel 1), einer Eizellspenderin (Unterkapitel 2) und Leihmutter (Unterkapitel 3) an die Wunscheltern (Kapitel II). Diese Gewähr soll im Fall der Keimzell- und Embryospende unmittelbar mit Geburt des Kindes greifen, im Fall der Leihmutterschaft durch einen optionalen Transfer der Elternverantwortung nach der Geburt. Eine Modifizierung des Grundsatzes „mater semper certa est“ aus § 1591 BGB ist einerseits geboten, um eine Kindeswohlgerechte Elternzuordnung zu gewährleisten, andererseits erforderlich, um Mann und Frau in ihren Möglichkeiten gleichzustellen, auf Elternschaft zu verzichten, nämlich in Fällen, in denen genetische, biologische und soziale bzw. intentionale Elternschaft auseinanderfallen (Kapitel III). Zu erwägen sind schließlich auch Konstellationen zur konsensuellen Begründung von Elternschaft im mehr als Zwei-Personen-Verhältnis (Kapitel IV).