

Zusammenfassung der Ergebnisse der Untersuchung

Im Ergebnis bestätigt sich ein *pluralistisches* und *gleiches* Recht auf Zugang zur Persönlichkeitsentwicklung durch Elternschaft mit *Primat der intentionalen und sozialen Elternschaft* auf allen Ebenen. Es ist sowohl aus menschenrechtlicher als auch rechtsphilosophischer und verfassungsrechtlicher Perspektive begründet: zum einen als Ausdruck des Rechts auf Achtung der Entscheidung für oder gegen eine (genetische) Elternschaft, zum anderen als Ausdruck des Rechts auf persönliche Entwicklung durch die Beziehung zum Kind als wesentlichem Bestandteil der eigenen Identitätsbildung und -entfaltung. Allem voran ein rechtsvergleichender Blick auf die Lage in den Mitgliedstaaten des Europarates offenbart die Notwendigkeit der Anerkennung eines solchen Rechts, das Elternschaft als Kernaspekt persönlicher Identität anerkennt und deshalb als besonders menschenwürdenahes Grund- und Menschenrecht kaum Eingriffen – etwa in Form von gesetzlichen Verboten oder gleichheitswidrigen Beschränkungen im Bereich der Fortpflanzungsmedizin – zugänglich ist. Der Gesetzgeber wird den daraus erwachsenden Auftrag für mehr Neutralität gegenüber der Pluralität an verschiedenen Lebensentwürfen und Familienformen sowohl im Fortpflanzungsmedizinrecht als auch im Familienrecht umzusetzen haben.

1)Der *erste Teil des ersten Hauptteils* hat gezeigt, dass die Gewährleistungen der EMRK und die Rechtsprechung des EGMR die deutsche Verfassungsinterpretation ganz erheblich beeinflussen, ja den Inhalt und die Reichweite deutscher Grundrechte und rechtsstaatlicher Prinzipien mit definieren, die öffentliche Gewalt binden und zu einer konventionsgemäßen Auslegung verpflichten.

2)Der *zweite Teil des ersten Hauptteils* hat gezeigt, dass ein Recht auf Zugang zur Elternschaft sowohl als Menschenrecht als auch aus rechtsphilosophischer Perspektive begründet ist. Dazu wurden, dem speziellen Auslegungskanon der EMRK folgend, Art. 8 EMRK rechtsdogmatisch analysiert und Argumente fruchtbar gemacht, die in den teils differenzierteren rechts- und moralphilosophischen Diskussionen, sprich in der praktischen Philosophie, entwickelt wurden und rechtlich anschlussfähig sind.

a)Die teleologische Auslegung hat durch eine Auswertung einschlägiger Urteile des EGMR zum Thema Reproduktion und Elternschaft ergeben, dass sich der Gewährleistungsgehalt des Rechts auf Achtung des Privatle-

bens aus Art. 8 I EMRK auch auf ein Zugangsrecht erstreckt, seine Persönlichkeit durch Elternschaft zu entwickeln. Wegen der starken Eingriffsermächtigung des Art. 8 II EMRK bleibt dieses bislang aber weitestgehend wirkungslos.

b) Gleichwohl konnte im Rahmen eines rechtsphilosophischen Exkurses zum Verhältnis der Menschenwürde und den Menschenrechten eine veränderte Auslegungspraxis des Gerichtshofs nachgewiesen werden. Danach begreift der EGMR Menschenwürde zunehmend als normative Grundlage für den Gehalt und die Weiterentwicklung von Menschenrechten und das Recht auf Achtung des Privatlebens als zentrales Triebwerk dieses Prinzips. Während das Privatleben in radikaler Eigendynamik ständig neue Ausprägungen hervorbringt, bemüht sich der Gerichtshof, den gleichen Achtungsanspruch vor der Würde des Einzelnen auch angesichts der wachsenden Pluralität individueller Lebensentwürfe einzulösen. In anderen Worten: Der Gerichtshof beginnt, Art. 8 EMRK als Grundsatznorm personaler Autonomie auszulegen. In dieser Funktion bewertet der Gerichtshof offenbar das Bedürfnis, sich um ein Kind zu kümmern, es zu lieben und aufzuziehen, also wechselseitige Gefühle der Zuneigung und Bande der Zugehörigkeit durch die Übernahme sozialer Verantwortung und emotionaler Fürsorge zu begründen, als besonders menschenwürdennahe Ausprägungen persönlicher Identität. Er fordert vom Staat, die höchstpersönliche Entscheidung zur Ausübung und Entwicklung dieser grundlegenden menschlichen Fähigkeiten zu respektieren. Ein Versagen der notfalls mithilfe der Fortpflanzungsmedizin realisierbaren Möglichkeit zur Persönlichkeitsentwicklung durch Elternschaft verstößt demnach gegen den gleichen Achtungsanspruch vor der Würde des Einzelnen.

c) Die kontextuelle Auslegung hat unter Rückgriff auf staatsphilosophische Überlegungen die systemischen Argumente untersucht, die aus den Grundprinzipien der rechtsstaatlichen Verfassungstradition für oder gegen eine Einbeziehung des Zugangsrechts in den Menschenrechtskatalog der EMRK sprechen. Als wesentliche, der Konvention zugrunde liegende, Prinzipien wurde die Ausgangsvermutung zugunsten der Freiheit eines jeden identifiziert, der in erster Ableitung ein Anspruch auf gleiche Achtung inhärent ist, sowie die staatliche Neutralitätspflicht gegenüber der Pluralität individueller Lebensentwürfe, insbesondere im Bereich des Privat- und Familienlebens. Sodann wurden die Bedingungen beleuchtet, die sich daraus für die Qualität des Zugangsrechts als Freiheits- und Gleichheitsrecht ergeben sowie die Frage, wer daraus in der Konsequenz deshalb theoretisch

einen Anspruch auf Zugang zu welcher Form von Elternschaft ableiten kann. Im Ergebnis ergibt sich folgendes:

aa) Neben dem anthropologisch tief verankerten Interesse der meisten Menschen daran, Kinder zu zeugen, besteht ein anthropologisch nicht minder tief verankertes, auch losgelöst von der eigenen Abstammung herrschendes, Interesse daran, sich um ein Kind zu sorgen und es großzuziehen. Die Möglichkeit, das eigene Wesen durch die Beziehung zu einem Kind – als Kernaspekt persönlicher Identität – zu formen und zu entwickeln, fällt damit als unmittelbarer Ausdruck der Freiheitsvermutung in den Systemzusammenhang der EMRK. Das heißt nicht, dass man Kinder haben muss, um sich als Mensch zu verwirklichen. Es bedeutet lediglich, dass ein jedem die Möglichkeit gegeben sein sollte, diese Form der Selbstverwirklichung zu wählen. Ein Mensch mag sich indes genauso verwirklichen durch seine Entscheidung, keine Kinder zu bekommen.

bb) Der egalitäre Achtungsanspruch vor der höchstpersönlichen Entscheidung des Einzelnen für ein Leben mit oder ohne Kind macht es erforderlich, den Zugang zur Elternschaft jedem zu öffnen, vermählten und unvermählten Paaren, verschieden- und gleichgeschlechtlichen Paaren, inter- und transgeschlechtlichen Personen sowie alleinstehenden Personen. Als Gleichheitsrecht muss das Konventionsrecht den Zugang zur Elternschaft also losgelöst von Ehestatus, sexueller Orientierung, geschlechtlicher Identität und Beziehungsstatus gewährleisten.

cc) Nimmt man das der Konvention zugrundeliegende Recht auf gleiche Achtung ernst sowie den daraus erwachsenden Auftrag für staatliche Neutralität gegenüber der florierenden Pluralität individueller Familien- und Elternformen, geht damit in erster Linie ein Verlust der Überzeugungskraft von Argumenten *ex-natura* als normative Grundlage für den Zugang zur Elternschaft und die Zuschreibung der elterlichen Rechte und Pflichten einher. Vielmehr müssen die möglichen Gründe plural bedacht werden. Denn keine Kausalbeziehung – weder genetisch noch biologisch noch intentional und sozial – ist allein oder in Kombination mit anderen zwingend erforderlich, um Elternschaft zu begründen. Sie sind jeweils zwar ausreichend, aber nicht notwendig, um Elternschaft zu begründen. Danach 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 zu übernehmen.

Dieses so definierte Zugangsrecht ist, das hat die systematische Auslegung weiter gezeigt, auch kompatibel mit den wesentlichen, der EMRK

nahestehenden völkerrechtlichen Grundsätzen und Verträgen. Dafür sprechen in den untersuchten Vertragswerken jeweils das Recht auf Gleichbehandlung, das Recht auf Familiengründung, das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens sowie das Recht auf ein Höchstmaß an körperlicher und geistiger Gesundheit in Verbindung mit einem Recht auf Teilhabe an den Errungenschaften des technischen Fortschritts.

d)Die objektive Konventionsauslegung hat als Gründe für die auf Rechtfertigungsebene bislang gleichwohl restriktive Haltung des EGMR gegenüber dem im Anwendungsbereich des Art. 8 EMRK konstatierten Zugangsrecht, zum einen die rechtshistorischen Schwächen der EMRK als ein am christlichen Naturrecht orientiertes Vertragswerk identifiziert, zum anderen die historisch gewachsenen methodischen Schwächen des EGMR bei seiner Auslegung des Art. 8 EMRK. Die methodischen Schwächen wurden sodann als Folge der rechtshistorischen Schwächen interpretiert, die einer progressiven Auslegung der Konvention mit dem erklärten Ziel, die Menschenrechte auch im stetigen Wandel der gesellschaftlichen Normen zu garantieren, entgegenstehen.

e)Die evolutiv-dynamische Konventionsauslegung hat insbesondere durch einen rechtsvergleichenden Blick auf die Rechtslage und Rechtsentwicklung in den Konventionsstaaten gezeigt, dass das wegen der starken Eingriffsermächtigung des Art. 8 Abs. II EMRK und der historisch gewachsenen methodischen Schwächen bislang noch weitestgehend wirkungslos bleibende Recht auf Zugang zur Elternschaft durch ständige Rechtsfortbildung an Gewicht gewinnt. Es steht zu erwarten, dass:

aa)der Gerichtshof die Frage, ob ein Verbot im Bereich der Fortpflanzungsmedizin notwendig ist, künftig nicht länger daran misst, ob es zum Zeitpunkt seines Erlasses konventionskonform gewesen ist, sondern daran, ob es unter den heutigen Voraussetzungen der Konvention gerechtfertigt erscheint.

bb)der Gerichtshof sich nicht länger darauf beschränkt, die Staaten zu ermahnen, ihr Fortpflanzungsmedizinrecht unter Berücksichtigung der rapiden Entwicklungen in Wissenschaft und gesellschaftlicher Einstellung zu korrigieren, sondern ohne weitere Vorwarnung einen Konventionsverstoß feststellt, wenn sie es nicht tun.

cc)der Gerichtshof einen Perspektivwechsel vornimmt, indem er in Fällen, die den Zugang zur Elternschaft durch Reproduktionsmedizin betreffen, für seine Einschätzung eines Konsenses nicht länger auf das gleich oder ungleich beurteilte Ob und Wie der diversen fortpflanzungsmedizinischen Verfahren abstellt, sondern auf die viel grundlegendere Frage nach der

Schutzbedürftigkeit von Elternschaft als Kernaspekt persönlicher Identität. Dabei hat selbst ein noch in Entwicklung begriffener Konsens zu den gesetzesmedizinischen Details der Verfahren im Einzelnen bereits Indiz-Wirkung für die Akzeptanz des zugrundeliegenden Ziels als Ganzem, nämlich die Persönlichkeitsrechte all derer zu schützen, die ohne medizinisch assistierte Fortpflanzung auf die identitätsprägende Erfahrung Elternschaft verzichten müssten. Da der Trend im Bereich der Fortpflanzungsmedizin zu einer für die Eltern persönlichkeitsrechtsfreundlichen Gesetzgebung geht, ist danach eine Ermessensreduzierung bereits *ex-nunc* geboten.

dd)der Gerichtshof, selbst wenn er keinen Perspektivwechsel vornimmt, erkennt, dass sich Konsens zu einer Vielzahl an reproduktionsmedizinischen Verfahren abzeichnet, teilweise sogar schon fest etabliert ist, so dass das staatliche Ermessen eher früher als später eingeschränkt gehört.

ee)der Gerichtshof neben seiner bereits etablierten Pflicht zu einer Ermessensreduzierung auf null bei an sexueller Orientierung oder geschlechtlicher Identität anknüpfenden Ungleichbehandlungen im Zugang zur Elternschaft eine Ermessensreduzierung bei Ungleichbehandlungen wegen des Ehestandes, Beziehungsstatus und der Art der intendierten Eltern-Kind-Beziehung forciert.

ff)der Gerichtshof, selbst wenn er keinen Perspektivwechsel vornimmt und weiter davon ausgeht, dass zu den meisten reproduktionsmedizinischen Verfahren kein tauglicher Konsens herrscht und deshalb eine weite staatliche Einschätzungsprärogative geboten ist, künftig doch wenigstens eine sachgerechte Interessenabwägung vornehmen wird. Und zwar zu der Frage, ob das gesetzesmedizinische Verbot auch im konkreten Einzelfall zu einem konventionskonformen Ergebnis führt. Das wird ihm erlauben, ein Netz an Präzedenzfällen zu Konstellationen zu entwickeln, in denen dem Recht auf Zugang zur Persönlichkeitsentwicklung durch Elternschaft als besonders menschenwürdenahe Ausdrucksform persönlicher Identität der Vorzug einzuräumen ist. So würde Zugangsbeschränkungen im Bereich der Fortpflanzungsmedizin sukzessive der Boden entzogen.

gg)der Gerichtshof seiner Harmonisierungsfunktion gerecht wird, indem er das Verbot eines fortpflanzungsmedizinischen Verfahrens in einem Mitgliedsstaat nicht länger mit Verweis auf die Möglichkeit rechtfertigt, es in einem anderen Mitgliedsstaat in Anspruch nehmen zu können, wo es erlaubt ist.

f)Insgesamt lassen die *“evolving principles”* vermuten, dass die Konvention künftigen Eingriffen, die darauf zielen, das Zugangsrecht mit nationalen Verboten in der Fortpflanzungsmedizin einzuschränken, einen engen Rah-

men setzen wird. Die Weichen sind gestellt nicht nur für die Anerkennung, sondern auch Durchsetzung eines *pluralistischen* und *gleichen Rechts* auf Zugang zur Persönlichkeitsentwicklung durch Elternschaft mit *funktionalem Primat der intentionalen und sozialen Elternschaft*.

3)Der *dritte Teil des ersten Hauptteils* hat gezeigt, dass auch die deutsche Verfassung bei funktional-dynamischer Grundrechtsinterpretation ein eben solches Recht begründet. Geschützt ist die mit der Elternrolle verbundene Möglichkeit, das eigene Wesen durch die Beziehung zum Kind zu formen und zu entwickeln.

a)Das *erste und zweite Kapitel* hat ergeben, dass sich das Recht auf Zugang zur Elternschaft als eigene Fallgruppe des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts aus Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG begründen sowie dem Recht auf Achtung des Privatlebens aus Art. 8 Abs. 1 EMRK in Verbindung mit Art. 20 III GG entnehmen lässt. Der damit denknotwendig assoziierte Anspruch auf Zugang zur Fortpflanzungsmedizin folgt außerdem aus Art. 2 II S.1 GG. Das gilt nicht nur für Personen mit einer biologischen oder genetischen Beziehung zu ihrem Kind *in spe*, sondern grundsätzlich für jeden, der bereit ist, dauerhaft die umfassende Elternverantwortung für es zu übernehmen. Verfassungsrechtliche Eltern und damit Grundrechtsträger des Zugangsrechts als Ausdruck des Elterngrundrechts nach Art. 6 II S.1 GG sind die genetischen, biologischen, rechtlichen und bei völkerrechtsfreundlicher und konventionskonformer Auslegung des Grundgesetzes die Initiativeltern. Auch soziale Eltern können unter Umständen über das Familiengrundrecht des Art. 6 I GG einen verfassungsrechtlichen Anspruch auf rechtliche Stabilisierung ihrer Elternbeziehung ableiten. Sie alle gilt es in den einfachrechtlich vorzunehmenden Ausgleich der konkurrierenden Ausübungs- und Verzichtsinteressen an einer Persönlichkeitsentwicklung durch Elternschaft einzubeziehen. Der Gesetzgeber ist gehalten, diesen Verfassungsauftrag für mehr Pluralität umzusetzen mit allen Konsequenzen sowohl für das Fortpflanzungsmedizinrecht als auch das Familienrecht.

b)Das *dritte Kapitel* hat gezeigt, dass auch die deutsche Verfassung ein Recht auf *gleichen* Zugang zur Elternschaft gewährt, das unabhängig von der Familienform (Ehe- und Beziehungsstatus), sexuellen Orientierung und geschlechtlichen Identität jedem zusteht. Auch darüber hinaus sichert das Zugangsrecht den Abbau diskriminierender Tendenzen im Bereich der Fortpflanzungsmedizin umfassend ab und verbietet speziell jegliche Geschlechterdiskriminierung im Zugang zur und im Umfang der Kinderwunschbehandlung sowie bei der rechtlichen Zuordnung der Elternstellung.

c) Das *vierte Kapitel* kennzeichnet das Zugangsrecht primär als Abwehrrecht. Negativ geht es darum, nicht durch gesetzmedizinische Verbote, Beschränkungen oder Ungleichbehandlungen im Bereich der Fortpflanzungsmedizin an der persönlichkeitsprägenden Möglichkeit gehindert zu werden, Elternverantwortung wahrzunehmen. Gleichzeitig wurde das Zugangsrecht als Leistungsrecht ausgewiesen, soweit dies Bedingung ist für die Möglichkeit seiner Durchsetzung als Freiheitsrecht. Als solches verpflichtet das Zugangsrecht den Gesetzgeber, eine möglichst vollumfängliche Finanzierung der Kinderwunschbehandlung durch die GKV zu gewährleisten, und zwar nach hier vertretener Ansicht auch für unvermählte und homosexuelle Paare sowie für alleinstehende Personen. Soweit das Zugangsrecht zur rechtlichen Stabilisierung sozialer Elternbeziehungen verpflichtet, zum Ausgleich der kollidierenden Ausübungs- und Verzichtsz Interessen an einer Persönlichkeitsentwicklung durch Elternschaft zwischen den genetischen, biologischen, Initiativeltern und sozialen Eltern und zur Schaffung familienrechtlicher Institutionen und Handlungsformen zu diesem Zweck, handelt es sich um ein normgeprägtes Grundrecht, das für seine Ausgestaltung auf gesetzgeberisches Handeln angewiesen ist. Dabei spricht aus Warte des Gesetzgebers vieles dafür, sich am *Primat der intentionalen und sozialen Elternschaft* zu orientieren.

d) Das *fünfte und sechste Kapitel* hat ergeben, dass mit Rücksicht auf die Grundrechtspositionen der potenziellen Eltern im Verhältnis zu den Rechten der assistiert gezeugten Kinder, des Embryos, der fortpflanzungsmedizinische Hilfe leistenden Dritten und der Belange der Gesellschaft alles für eine erweiterte Zulässigkeit der Verfahren der assistierten Fortpflanzung und eine Gleichstellung der auf sie Angewiesenen spricht. Dies schließt die Angleichung ihrer finanziellen Zugangsvoraussetzungen ein.

4) Der *zweite Hauptteil* wendet das Zugangsrecht als Optimierungsgebot an, das auf die rechtlichen und tatsächlichen Möglichkeiten und auf die gegenläufigen Wertungsgesichtspunkte in möglichst hohem Maße realisiert werden muss. Danach spricht im Fortpflanzungsmedizinrecht, vor dem Hintergrund der Lösungen, die Gesellschaften mit einem ähnlichen Wert- und Moralverständnis gefunden haben und im direkten Rechtsvergleich mit der Schweiz, alles dafür, dass sich auch der deutsche Gesetzgeber zur Ablösung des Embryonenschutzgesetzes durch ein neues Fortpflanzungsmedizinengesetz veranlasst sehen sollte. Dieses solle nicht länger einseitig die Interessen des Embryos in den Vordergrund stellen und zulasten des Selbstbestimmungsrechts gerade von Frauen mitunter gleichheitswidrig nur paternalistisch realisierbaren objektiven Gesundheitsinteressen den Vortritt

einräumen, sondern vielmehr dem egalitären Anspruch auf gleiche Achtung des berechtigten Interesses an einer Persönlichkeitsentwicklung durch Elternschaft all derer gerecht werden, denen die Möglichkeit zur Erschließung dieses Kernbereichs persönlicher Identität ansonsten verwehrt bliebe.

5) Der *dritte Hauptteil* skizziert die Folgeänderung im deutschen Familienrecht, die angesichts der durch ein Zugangsrecht angeleiteten Rechtsanpassungen vorzunehmen wären. Im Fokus steht die Gleichstellung verschieden- und gleichgeschlechtlicher Personen in ihren abstammungsrechtlichen Möglichkeiten, Eltern zu werden. Das setzt die Einführung einer Co-Mutterschaft voraus, die eine unmittelbare Eltern-Kind-Zuordnung zu der Ehefrau, Lebenspartnerin oder faktischen Partnerin der Geburtsmutter ohne Umweg über die Stiefkind-Adoption erlaubt. Erforderlich wäre ferner die Gewähr einer funktionalen Elternzuordnung bei Hinzutreten reproduktionsmedizinische Hilfe leistender Dritter. Dafür wichtig ist die Möglichkeit zum optionalen Transfer der Elternverantwortung an die Person, die bereit ist die soziale Verantwortung und emotionale Fürsorge zu übernehmen. Abzuwägen ist schließlich, ob es vor diesem Hintergrund Konstellationen gibt, in denen eine konsensuelle Begründung originärer Mehrelternschaft sinnvoll erscheint.