

Maria Wersig

Reproduktion zwischen „Lebensschutz“, Selbstbestimmung und Technologie

aus: Lena Foljanty/Ulrike Lembke (Hrsg.)

Feministische Rechtswissenschaft

Baden-Baden: Nomos Verlag, 2. aktualisierte Auflage 2012, S.186 – 201

(mit freundlicher Genehmigung des Verlags)

§ 9 Reproduktion zwischen „Lebensschutz“, Selbstbestimmung und Technologie

Maria Wersig

Inhalt

1.	Embryo versus Schwangere? Die Abtreibungsdebatte	186
	a) Rechtssubjekt Embryo?	87
	b) Uneingeschränkter Schutz?	189
	c) Die „Kind als Schaden“-Rechtsprechung	190
2.	Embryonen als Rohstoff der Zukunft? Kompromisse für die Stammzellforschung	191
3.	Pränataldiagnostik und „Spätabtreibungen“	192
4.	Präimplantationsdiagnostik	194
5.	Assistierte Reproduktion	196
6.	Regelungen zu Leihmutterschaft, Adoption und Vaterschaftstests	19
7.	Bevölkerungspolitik und reproduktive Rechte	200
	Weiterführende Literatur	201

§ 9 Reproduktion zwischen „Lebensschutz“, Selbstbestimmung und Technologie

Maria Wersig

*„Es muss übrigens darauf hingewiesen werden,
dass die Gesellschaft, die so heftig bestrebt ist,
die Rechte des Embryos zu verteidigen,
sich um die Kinder nicht mehr kümmert,
sowie sie auf der Welt sind.“
(Simone de Beauvoir, Das andere Geschlecht, 1949)*

- 1 Das vorliegende Kapitel gibt zunächst einen kurzen Einblick in den rechtlichen Diskurs um Abtreibung in der Bundesrepublik. Danach soll skizziert werden, vor welche Herausforderungen das Thema Reproduktion das Recht und feministische Standpunkte angesichts fortschreitender medizinischer Möglichkeiten stellt.

Unter Feminist/innen besteht Einigkeit in der Forderung nach liberalen Abtreibungsregelungen. Wie mit den durch Fortschritt der Technik neu entstandenen Möglichkeiten der Biomedizin und deren Auswirkungen auf weibliche Lebens- und Reproduktionsbedingungen umgegangen werden soll, wird von Feminist/innen hingegen sehr unterschiedlich gesehen. Gemeinsamer Bezugspunkt der zunächst gegensätzlich erscheinenden Themen ist die Fokussierung der Debatten des Mainstreams auf „den“ Embryo sowie Inhalt und Reichweite „seines“ Schutzes. Dieser Schutzzumfang war wesentlicher Inhalt der Abtreibungsurteile des Bundesverfassungsgerichts; der Streit um die grundsätzliche Einschätzung des Rechtsstatus des Embryos flammte jedoch noch stärker auf, als Zulässigkeit und Grenzen reproduktiver Medizin und humangenetischer Grundlagenforschung auf die Agenda kamen. Im feministischen Diskurs wird dieser Fokussierung die Frage nach dem Subjekt Frau, nach dem Stellenwert ihrer Rechte und ihren Möglichkeiten der Selbstbestimmung gegenübergestellt. Auch außerhalb des Abtreibungsdiskurses ist zu thematisieren, welche Rolle das Rechtssubjekt Frau in der Diskussion um die Regulierung von Embryonenschutz, Stammzellenforschung, Pränataldiagnostik und Präimplantationsdiagnostik spielt.

Im internationalen Kontext betrachtet, sind auch andere Aspekte als das in westlichen Industrieländern stark eingeforderte Recht auf Abtreibung oder der Umgang mit Reproduktionstechnologien von Bedeutung. Deshalb soll abschließend schlaglichtartig der Blick auf antinatalistische (geburtenfeindliche) Bevölkerungspolitiken und feministische Diskurse über reproduktive Rechte gelenkt werden.

1. Embryo versus Schwangere? Die Abtreibungsdebatte

- 2 In den 1970er Jahren begannen Frauen in Westdeutschland, für ein Recht auf Abtreibung zu kämpfen.¹ Nachdem die DDR 1972 eine Fristenregelung mit freiem Entscheidungsrecht für die schwangere Frau eingeführt hatte, wurde in der Bundesrepublik 1974 ein vergleichbares Gesetz verabschiedet, gegen das Bundestagsabgeordnete und Landesregierungen vor dem BVerfG klagten. So wurden liberale Abtreibungsregelungen 1975 und – nach einem erneuten Reformversuch – 1993 zum Gegenstand verfassungsgericht-

¹ Vgl. § 1, Rn. 34.

licher Entscheidungen. In beiden Fällen erklärte das BVerfG wichtige Teile der Reformgesetze für verfassungswidrig. Der seit 1993 geltende Kompromiss lautet: Ein Schwangerschaftsabbruch kann nach heutigem Recht unter bestimmten Voraussetzungen gerechtfertigt² oder innerhalb der ersten zwölf Wochen der Schwangerschaft nach Teilnahme an einem institutionalisierten Beratungsgespräch³ rechtswidrig, aber dennoch straflos sein (§ 218 a I StGB). Die grundsätzliche Strafbarkeit sei als Ausdruck der staatlichen Missbilligung der Abtreibung notwendig, betonte das BVerfG 1993.⁴

Eine Pflicht zur Duldung körperlicher Beeinträchtigungen zugunsten eines anderen Menschen kennt unsere Rechtsordnung nicht, denn das Selbstbestimmungsrecht über den eigenen Körper gehört zum Kern der Grundrechte. Deshalb wäre beispielsweise eine Pflicht zur Organspende oder auch nur zur Blutspende undenkbar.⁵ Trotzdem ging das BVerfG in beiden Abtreibungsurteilen von einer grundsätzlichen Pflicht der Schwangeren aus, das Kind auszutragen. So postulierte das Gericht 1993: „Das grundsätzliche Verbot des Schwangerschaftsabbruchs und die grundsätzliche Pflicht zum Austragen des Kindes sind zwei untrennbar verbundene Elemente des verfassungsrechtlich gebotenen Schutzes menschlichen Lebens.“⁶ Denn das Lebensrecht des Ungeborenen dürfe nicht, auch nicht für eine nur begrenzte Zeit, der freien, rechtlich nicht gebundenen Entscheidung eines Dritten, und sei es selbst der Mutter, überantwortet werden.⁷ Auch die Grundrechte der Frau trügen nicht so weit, dass die Rechtspflicht zum Austragen des Kindes – auch nur für eine bestimmte Zeit – generell aufgehoben wäre.⁸ Vom Embryo her denkend entschied also ein ganz überwiegend männlich besetztes Gericht darüber, wie weit das Recht der Selbstbestimmung von Frauen über ihren eigenen Körper reicht, nämlich nicht besonders weit.⁹ Der Verfassungsrechtlerin *Ute Sacksofsky* zufolge gehören beide Entscheidungen zu den „unrühmlichsten Kapiteln der bundesverfassungsgerichtlichen Rechtsprechung“.¹⁰

a) Rechtssubjekt Embryo?

Wie wird die Rechtspflicht zur Austragung des Kindes begründet? 1975 sah das BVerfG den Embryo als *Schutzobjekt*: „Wäre der Embryo nur als Teil des mütterlichen Organismus anzusehen, so würde auch der Schwangerschaftsabbruch in dem Bereich privater Lebensgestaltung verbleiben, in den einzudringen dem Gesetzgeber verwehrt ist. Da indessen der nasciturus ein selbstständiges menschliches Wesen ist, das unter dem Schutz

3

2 Bei medizinisch-sozialer Indikation (vgl. hierzu unten Rn. 14) oder kriminologischer Indikation gemäß § 218 a II und III StGB.

3 Nach dem Wortlaut des § 219 StGB soll die Beratung der Frau „helfen, eine verantwortliche und gewissenhafte Entscheidung zu treffen.“ – Offensichtlich zweifelt der Gesetzgeber, ob sie ohne Hilfe dazu in der Lage ist. Zum bevormundenden Konzept des Beratungsgesprächs, das Frauen die Kompetenz zur eigenständigen Gewissensentscheidung abspricht, vgl. *Ute Sacksofsky*, in: Beate Rudolf (Hg.) *Geschlecht im Recht*, 2009, S. 191 (211).

4 *BVerfGE* 88, 203 (279, 321 ff.). Aus dieser rechtlichen Konstruktion folgt an sich, dass auch Nothilfe zugunsten des Embryos möglich und gerechtfertigt wäre. So weit wollte das Bundesverfassungsgericht nicht gehen und schloss diese Rechtsfolge explizit aus.

5 *Ute Sacksofsky*, *KJ* 2003, 274 (286).

6 *BVerfGE* 88, 203 (255).

7 *BVerfGE* 88, 203 (255).

8 *BVerfGE* 88, 203 (255).

9 Der am ersten Abtreibungsurteil 1975 beteiligte Richter *Ernst-Wolfgang Böckenförde* war zudem Mitglied der Juristenvereinigung Lebensrecht e.V. Zum abgelehnten Befangenheitsantrag aufgrund dieses Umstandes vgl. *BVerfGE* 88, 17–51.

10 *Ute Sacksofsky* (Fn. 3), S. 191 (209).

der Verfassung steht, kommt dem Schwangerschaftsabbruch eine soziale Dimension zu, die ihn der Regelung durch den Staat zugänglich und bedürftig macht.¹¹ Demnach erfordert der Schutz menschlichen Lebens ein staatliches Eingreifen. Es bestehe ein Vorrang des Schutzgutes des menschlichen Lebens vor dem Selbstbestimmungsrecht der Grundrechtsträgerin, ein Kompromiss zwischen Schwangerer und Embryo sei nicht möglich. Daher müsse „die Entscheidung zugunsten des Vorrangs des Lebensschutzes für die Leibesfrucht vor dem Selbstbestimmungsrecht der Schwangeren fallen. Diese kann durch Schwangerschaft, Geburt und Kindeserziehung in manchen persönlichen Entfaltungsmöglichkeiten beeinträchtigt sein. Das ungeborene Leben hingegen wird durch den Schwangerschaftsabbruch vernichtet.“¹² Weiterhin sei aus den Erfahrungen des Nationalsozialismus zu lernen, dass jegliches menschliches Leben schutzwürdig und Träger der Menschenwürde sei; dabei sei „nicht entscheidend, ob der Träger sich dieser Würde bewußt ist und sie selbst zu wahren weiß.“¹³

- 4 Eine Minderheit von zwei Verfassungsrichter/innen wies in ihrem Sondervotum darauf hin, dass eine Analogie zu Euthanasie und Zwangssterilisationen und -abtreibungen im Nationalsozialismus in diesem Kontext unangebracht sei, weil gerade dort aus bevölkerungspolitischen Gründen ein sehr striktes Abtreibungsrecht gegolten habe und durchgesetzt wurde.¹⁴ Auch sonst war das Minderheitenvotum sehr kritisch gegenüber der Senatsmehrheit. Der unbestrittene hohe Rang des Lebensschutzes verbiete es nicht, zwischen ungeborenem und geborenem Leben zu unterscheiden. Zudem sei es bereits im Ansatz verfehlt, zwischen Lebensschutz und den Rechten der Schwangeren abzuwägen, weil der Frau nicht lediglich ein Unterlassen auferlegt, sondern vielmehr zugemutet werde, „die Menschwerdung ihrer Leibesfrucht im eigenen Körper zuzulassen“ und eine lebenslange Verantwortung als Mutter wahrzunehmen.¹⁵ Die Richterin *Wiltraut Rupp-von Brünneck* betonte zudem, dass die Menschwerdung des Embryos sich lange Zeit nicht trennbar vom mütterlichen Organismus abspiele und das Schutzniveau diesem Entwicklungsprozess Rechnung tragen müsse.¹⁶
- 5 Im Abtreibungsurteil von 1993 wurde der Embryo vom *Schutzobjekt* zum *Rechtssubjekt* erklärt und eine Abwägung seiner Rechte mit den Rechten der Schwangeren vorgenommen. Für die grundsätzliche Frage nach dem Verhältnis von Lebensschutz und Selbstbestimmung sah die Mehrheit des BVerfG im Grundgesetz eine eindeutige Antwort. Das Selbstbestimmungsrecht ungewollt Schwangerer müsse zurücktreten, weil der Embryo, zumindest vom Zeitpunkt der Einnistung der befruchteten Eizelle in die Gebärmutter an, ein der Frau grundsätzlich gleichrangiges Rechtssubjekt mit Menschenwürde und Lebensrecht sei.¹⁷ Der besondere Zustand der Schwangerschaft, den das Bundesverfassungsgericht mit der Formel „Zweiheit in Einheit“ beschrieb, ändere am Erfordernis dieser Abwägung nichts. Die Würde des Embryos erfordere insbesondere gerade nicht die vorherige „Annahme“ durch seine Mutter oder die Ausbildung persönlicher Eigenschaften oder Merkmale.¹⁸

11 *BVerfGE* 39, 1 (42).

12 *BVerfGE* 39, 1 (43).

13 *BVerfGE* 39, 1 (41).

14 *BVerfGE* 39, 1 (76 f., 80); vgl. zur nationalsozialistischen Geburtenpolitik auch § 1, Rn. 28.

15 *BVerfGE* 39, 1 (79 f.).

16 *BVerfGE* 39, 1 (80).

17 *BVerfGE* 88, 203 (251).

18 *BVerfGE* 88, 203 (252).

Im Ergebnis wurde das Fristenmodell unter der Bedingung einer institutionalisierten Beratungspflicht für die ersten zwölf Wochen der Schwangerschaft und Beibehaltung der grundsätzlichen Strafbarkeit gebilligt. Das zweite Abtreibungsurteil hielt am Konzept des lückenlosen Lebensschutzes fest und erweiterte den Schutzrahmen sogar noch, indem es mit eigenen Rechten des Embryos argumentierte. Zudem war das Urteil voller Widersprüche: Zwar wurde die Abtreibung als grundsätzlich abzulehnen und strafbar bezeichnet, ihre verfassungsrechtlich akzeptable Regelung gleichzeitig aber bis in Details des Sozialrechts vorgezeichnet.¹⁹

b) Uneingeschränkter Schutz?

Der so ohne nähere Begründung ab seiner Entstehung zum Rechtssubjekt erklärte Embryo wurde vom BVerfG gegen die Rechte der Frau in Stellung gebracht, lautete die Kritik aus einer feministischen Perspektive.²⁰ Durch die Fokussierung der Argumente auf den Embryo und dessen moralischen Status werde dieser aber erst als „virtuelles Wesen“ konstruiert und die Abhängigkeit der Entwicklung des Ungeborenen von der schwangeren Frau ausgeblendet.²¹ Der besondere Zustand der Schwangerschaft könne durch die Gegenüberstellung von zwei Individuen mit gegebenenfalls entgegengesetzten Interessen nicht zufriedenstellend erfasst werden.²² Wenn aber mit der Schwangerschaft die Vorstellung entgegengesetzter Interessen verbunden werde, müsse auch reflektiert werden, dass der Embryo von der Schwangeren ein Leistungsrecht beanspruche, welches einen unmittelbaren Eingriff in ihren Körper darstellt. Eine ungewollte Schwangerschaft sei daher immer unzumutbar und ihre Aufrechterhaltung nicht verfassungsrechtlich geboten.²³

Die amerikanische Feministin *Catharine MacKinnon* sieht einen Schwangerschaftsabbruch nicht als einen selbstbestimmten Akt der Freiheit, sondern vielmehr als verzweifelten Ausweg aus einer Situation, in die Frauen aufgrund der sexistischen Herrschaftsstrukturen geraten.²⁴ Der beste „Schutz“ für den Embryo wäre ihr zufolge daher die Abschaffung der sozialen und sexuellen Unterdrückung von Frauen.

Über diese Möglichkeiten – wenn auch in etwas anderer Terminologie – hat auch das BVerfG im zweiten Abtreibungsurteil nachgedacht, wo es auf die Pflicht des Staates zur Verankerung der Vereinbarkeit von Kindererziehung und Beruf und die gesellschaftliche Verantwortung für Mütter hinwies.²⁵ Durch eine Verbesserung der sozialen und ökonomischen Situation von Müttern und der Pflichtberatung sollten Frauen dazu bewegt werden, sich für das Austragen der Schwangerschaft zu entscheiden. Damit wurde ungewollt schwangeren Frauen zwar faktisch eine (wenn auch stark eingeschränkte und mit Beratungspflichten versehene) Entscheidungsmöglichkeit über den Schwangerschaftsabbruch eingeräumt, durch das Festhalten an der grundsätzlichen Strafbarkeit aber gleichzeitig die staatliche Missbilligung der Abtreibung bekräftigt.

19 So sollten etwa die Krankenversicherungen wegen der rechtlichen Missbilligung der Abtreibung nicht deren Kosten übernehmen; vgl. dazu *Sabine Berghahn*, *Leviathan* 1998, 400 (410).

20 *Claudia Wiesemann*, in: *Sigrid Graumann/Ingrid Schneider* (Hg.), *Verkörperter Technik – Entkörperter Frau*. Biopolitik und Geschlecht, 2003, 141 (144).

21 *Barbara Duden*, *Der Frauenleib als öffentlicher Ort: vom Missbrauch des Begriffs Leben*, 1994.

22 *Claudia Wiesemann* (Fn. 20), 144.

23 *Ute Sacksofsky*, *KJ* 2003, 274 (284).

24 *Catharine MacKinnon*, *Yale Law Journal* 1997, 1281–1328.

25 *BVerfGE* 88, 203 (260).

- 8 Andere Auffassungen, die einen nach Entwicklungsphasen des Embryos gestuften Lebens- und Würdeschutz vertreten,²⁶ hätten eine Zulassung der Abtreibung in den ersten Schwangerschaftsmonaten weitaus unproblematischer bejahen können. Einer solchen Stufung hatte das BVerfG mit seinem Konzept des lückenlosen Lebensschutzes aber gerade mit dem Argument eine Absage erteilt, dass der Embryo ab Einnistung in die Gebärmutter einen fortlaufenden Entwicklungsprozess ohne erkennbare Einschnitte durchlaufe.²⁷ Ein solches Dogma des Schutzes von Anfang an ist der Rechtsordnung aber keineswegs immanent, Stufungen dieses Schutzes sind faktisch gegeben.²⁸ Durch die neuen Möglichkeiten der Fortpflanzungs- und Gentechnologien wurde die Bewertung des BVerfG über den Schutz und die Lebensrechte von Embryonen zunehmend in Frage gestellt; starke Wertungswidersprüche existieren beispielsweise zwischen dem Dogma des Schutzes von Anfang an und den rechtspolitischen Kompromissen für die Stammzellforschung.²⁹ Trotz dieser offenkundigen Wertungswidersprüche bleibt die Ansicht des BVerfG politisch bis heute durchschlagend.

c) Die „Kind als Schaden“-Rechtsprechung

- 9 In seinem zweiten Abtreibungsurteil von 1993 hatte der damals zuständige Zweite Senat des BVerfG einen Leitsatz geprägt, der in den Folgejahren einigen Konfliktstoff bot: „Eine rechtliche Qualifikation des Daseins eines Kindes als Schadensquelle kommt von Verfassungen wegen (Art. 1 Abs. 1 GG) nicht in Betracht. Deshalb verbietet es sich, die Unterhaltspflicht für ein Kind als Schaden zu begreifen.“³⁰ Diese Sätze standen im Widerspruch zur zivilrechtlichen Rechtsprechung des BGH zu ärztlichen Fehlern etwa bei fehlgeschlagener Sterilisation. Danach wurde zwar nicht das Kind, wohl aber die Unterhaltspflicht für das Kind als zivilrechtlicher Schaden angesehen, den Ärzt/innen unter Umständen zu ersetzen hatten. In der ersten Entscheidung zum Thema nach dem erwähnten Urteil des BVerfG hielt der BGH an dieser Auffassung fest.³¹ Die Eltern einer „schwer behinderten“ Tochter hatten vor der Entscheidung über eine weitere Schwangerschaft eine Untersuchung über das Vorliegen bestimmter genetischer Faktoren vornehmen lassen, um die Wahrscheinlichkeit der Zeugung eines Kindes mit einer ähnlichen Behinderung abzuschätzen. Ihnen wurde mitgeteilt, dass eine vererbte Störung äußerst unwahrscheinlich sei und man ihnen von einer erneuten Schwangerschaft nicht abraten müsse. Später stellte sich heraus, dass die Beratung fehlerhaft gewesen war; das zweite Kind kam mit denselben geistigen und körperlichen Behinderungen wie das erste zur Welt. Der BGH sprach den vollen Kindesunterhalt als Schadensersatz zu. Es wäre ein zu großer Eingriff in das Vertragsgefüge, wenn Ärzt/innen von den haftungsrechtlichen Konsequenzen einer schuldhaften Verletzung ihrer Vertragspflichten freigestellt würden, führte der BGH im Hinblick auf das Urteil des BVerfG aus. Mit dem Schutz ungeborenen Lebens vor einem Schwangerschaftsabbruch habe dies nichts zu tun. Außerdem werde bei der Schadensfeststellung nicht etwa die Nichtexistenz des Kindes als positiver, seine Existenz hingegen als negativer Vermögensfaktor berücksichtigt, sondern es werde allein auf die wirtschaftliche Belastung durch die Unterhaltspflichten abgestellt.

26 Horst Dreier, ZRP 2002, 377–383; Ute Sacksofsky, KJ 2003, 274–292.

27 BVerfGE 88, 203 (251 ff.).

28 Horst Dreier, ZRP 2002, 377 (379 ff.).

29 Vgl. Rn. 11.

30 BVerfGE 88, 203 (204).

31 BGHZ 124, 128.

Einige Ärzt/innen, die sämtliche Rechtsmittel gegen ihre Verurteilung zum Schadensersatz ausgeschöpft hatten, gelangten auch zum BVerfG. Der zuständige Erste Senat sah in der Rechtsprechung der Zivilgerichte zum Thema „Kind als Schaden“ keine Verletzung der in Art. 1 I GG geschützten Menschenwürde und lehnte die Verfassungsbeschwerden der Ärzt/innen ab.³² Weder das Argument, das Kind werde durch die Verpflichtung zur Unterhaltszahlung der Ärzt/innen zum wirtschaftlichen Objekt gemacht, noch die Befürchtung, die Psyche des Kindes könne Schaden nehmen, wenn es später erfahre, dass seine Zeugung hätte vermieden werden sollen, überzeugten den Senat. Außerdem könne nicht davon ausgegangen werden, dass die Ärzte gegen ihre ethischen Grundsätze schwangeren Frauen zu Abtreibungen raten würden, um Haftungsansprüche zu vermeiden, wie die Beschwerdeführer/innen unterstellt hatten.

10

Diese Entscheidung stand in offensichtlichem Widerspruch zur oben wiedergegebenen Position des Zweiten Senats. Gem. § 16 I BVerfGG entscheidet das Plenum des BVerfG darüber, wenn ein Senat in einer Rechtsfrage von der in einer Entscheidung des anderen Senats enthaltenen Rechtsauffassung abweichen will. Der Erste Senat lehnte die vom Zweiten Senat geforderte Anrufung des Plenums³³ jedoch ab, weil kein notwendiger Zusammenhang zwischen den Entscheidungen zur Abtreibung und zu Arzthaftungsfragen bestünde.

2. Embryonen als Rohstoff der Zukunft? Kompromisse für die Stammzellforschung

Die Herstellung von überzähligen Embryonen zu Forschungszwecken sowie die Forschung an Embryonen sind seit 1990 durch das Embryonenschutzgesetz (ESchG)³⁴ verboten. Das Interesse von Forschern richtet sich in den letzten Jahren auf sogenannte pluripotente Zellen, besser bekannt unter dem Namen embryonale Stammzellen. Diese Zellen können sich in jede Art Gewebe, aber (im Gegensatz zu totipotenten Zellen, aus denen der Embryo bis zur 8. Zellteilung besteht) nicht in ein selbstständiges Individuum entwickeln. Ihnen wird großes medizinisches Potenzial zugesprochen, was ihre Verwendung auch zu einem forschungspolitischen Thema macht. Forscher/innen, die an genetischen Therapien zur Heilung von Krankheiten wie Parkinson, Multiple Sklerose und Alzheimer arbeiten, erhoffen sich neue Erkenntnisse und Therapien.

11

Stammzellen lassen sich aber nur durch Zerstörung eines Embryos gewinnen; deshalb wird die Stammzellforschung auch „verbrauchende Embryonenforschung“ genannt. Eine Zulassung dieser Art von Forschung stünde in absolutem Widerspruch zu dem umfassenden Lebens- und Würdeschutz, der dem Embryo insbesondere im Abtreibungsdiskurs zugesprochen wurde. Nach anhaltenden Kontroversen wurde schließlich im Stammzellgesetz (StZG)³⁵ vom Juni 2002 die Herstellung von Stammzellen in Deutschland grundsätzlich verboten, ihr Import aber unter bestimmten Bedingungen zugelassen. Dadurch wurde Stammzellforschung in Deutschland möglich, wenn auch nur mit ausländischen Zellen, die vor dem Jahr 2002 aus Embryos gewonnen wurden (§ 4 II StZG a.F.). Diese Lösung ist ein Kompromiss, der an die Abtreibungsregelung erinnert und auf den durch sie erzeugten Widersprüchen basiert. Im Jahr 2008 wurde das StZG nach langer Debatte geändert³⁶ und die Einfuhr und Verwendung ausländischer Zellen, die vor dem

32 BVerfGE 96, 375.

33 Dies war die Forderung des Zweiten Senats, vgl. BVerfGE 96, 409 (413 f.).

34 BGBl I 1990, S. 2746, zuletzt geändert durch Gesetz vom 23.10.2001 (BGBl I, S. 2702).

35 BGBl I 2002, S. 2277.

36 Gesetz zur Änderung des Stammzellgesetzes (BGBl I 2008, S. 1708).

1. Mai 2007 gewonnen wurden, gestattet (§ 4 II Nr. 1 a StZG). Für die Zukunft erscheint es wahrscheinlich, dass der gesetzliche Stichtag immer wieder verschoben werden muss, wenn die Möglichkeiten der Forschung erhalten werden sollen.

3. Pränataldiagnostik und „Spätabtreibungen“

- 12 Pränataldiagnostik (PND) bezeichnet Untersuchungen des Embryos und der Schwangeren während der Schwangerschaft mit dem Ziel der Identifizierung von Krankheiten oder „Behinderungen“ des Ungeborenen. Dabei wird unterschieden zwischen nichtinvasiven Methoden, wie etwa Ultraschalluntersuchungen oder Bluttest bei der Schwangeren,³⁷ und invasiven Methoden, wie etwa Fruchtwasseruntersuchungen (Amniozentese) und Chorionzottenbiopsie (Biopsie der Plazenta). Die invasiven Maßnahmen sind selbst mit Risiken verbunden (eine Fruchtwasseruntersuchung birgt ein Fehlgeburtsrisiko von 1%). Verschiedene Maßnahmen der Pränataldiagnostik sind in den Mutterschaftsrichtlinien³⁸ verankert³⁹ und gehören zum Standard der medizinischen Betreuung während der Schwangerschaft.⁴⁰ Die pränatal ungetestete Schwangerschaft gehört inzwischen der Vergangenheit an. Hierfür müsste die Schwangere sich bewusst gegen jede Form der Diagnostik entscheiden, also bereits vor dem ersten Ultraschall oder der ersten Blutuntersuchung, die bei entsprechendem „Befund“ den Einstieg in weitere Diagnostik bilden. In diesem Zusammenhang wird häufig das Konzept der „aufgeklärten Zustimmung“ (*informed consent*)⁴¹ genannt; nur durch Beratung von Anfang an kann verhindert werden, dass Schwangere in die Pränataldiagnostik „hineinrutschen“. Das setzt entsprechende Beratungsangebote bzw. Beratungspflichten voraus. So muss vor den ersten Ultraschalluntersuchungen, die von Schwangeren überwiegend positiv gesehen und befürwortet werden, über Implikationen und Folgen eines „auffälligen Befundes“ beraten werden.
- 13 Die Zulässigkeit von Pränataldiagnostik ist unter Feminist/innen hoch umstritten. Befürworter/innen sehen in den diagnostischen Möglichkeiten einen Gewinn an Selbstbestimmung für Frauen, die dadurch selbst entscheiden können, ob sie ein „behindertes“ Kind erziehen wollen.⁴² Kritiker/innen argumentieren, dass eine eigenständige Entscheidung angesichts der sozialen Zwänge eher erschwert als erleichtert werde⁴³ und der Erwartungsdruck immens steige, als „gesund“ definierten Nachwuchs zu „produzieren“. ⁴⁴ Zudem erwecke die umfassende Nutzung der verschiedenen diagnostischen Möglichkeiten den Eindruck, es könne Vorsorge im Sinne einer Vermeidbarkeit der untersuchten Risiken betrieben werden. Der überwiegende Teil der diagnostizierbaren Krankheiten

37 Wie der sogenannte Triple-Test, der zwischen der 15. und 20. Schwangerschaftswoche durchgeführt wird und anhand der Messung von Hormonkonzentrationen im Blut bestimmt, ob ein erhöhtes Risiko dafür besteht, dass das Kind das sog. Down-Syndrom (Trisomie 21) hat.

38 Richtlinien des Gemeinsamen Bundesausschusses der Ärzte und Krankenkassen, vgl. unter <http://www.g-ba.de/informationen/richtlinien/19/>, 1.6.2011.

39 In der Regel handelt es sich um drei Ultraschalluntersuchungen, von denen eine dem Aufspüren von körperlichen Fehlbildungen dient (Fehlbildungultraschall), verschiedene serologische Untersuchungen, sowie weitere invasive Methoden wie etwa Amniozentese oder Chorionzottenbiopsie, falls die Vorsorgeuntersuchungen Hinweise auf eine „Risikoschwangerschaft“ ergeben; vgl. *Gerhilt Dietrich*, Die Krankenversicherung 2005, 311 (ebd.).

40 *KG Berlin*, NJW 2004, 691–692.

41 Vgl. *Robert Francke/Daniela Regenbogen*, Der Schutz des Selbstbestimmungsrechts der Frau bei der Betreuung nach den Mutterschaftsrichtlinien des Bundesausschusses der Ärzte und Krankenkassen, 2001.

42 *Monika Frommel*, KJ 2002, 411 (425).

43 *Reingard Zimmer*, Forum Recht 2005, 7 (11).

44 *Marion Baldus*, Feministische Studien 2002, 241 (250).

oder „Behinderungen“ sei aber nicht therapierbar, ein Befund im Rahmen der Pränataldiagnostik könne oft nur hingenommen oder die Schwangerschaft abgebrochen werden.⁴⁵ Die Diagnostik habe daher eher den Charakter einer Selektion.

Dieser Aspekt wird insbesondere vom Standpunkt der *disability theory*, die im Zuge der US-amerikanischen Behindertenrechtsbewegung entstand, scharf angegriffen. Die *disability theory* zeigt auf, dass auch Behinderung ein sozial und kulturell konstruiertes Phänomen ist, das durch Bilder und Vorurteile fortwährend erneuert wird.⁴⁶ Menschen sind nicht „behindert“, sie werden behindert, lautet der Kern dieser Argumentation. Daraus wird die Forderung nach Veränderung der Gesellschaft hin zu mehr Unterstützung und Abbau von Benachteiligungen abgeleitet.⁴⁷ „Behinderung“ ist eine mögliche Variante des Lebens⁴⁸ und was als Behinderung definiert wird, ist Ergebnis gesellschaftlicher Prozesse und damit wandelbar. Aus diesem Blickwinkel ist das „Aufspüren“ von „Behinderungen“ durch PND die Naturalisierung eines sozial und kulturell definierten Menschen- und Familienbildes.⁴⁹

Mit ihrer individuellen Entscheidung über Maßnahmen der Diagnostik und den aus den Befunden zu ziehenden Konsequenzen werden Frauen zu Akteurinnen in gesellschaftlich problematischen Prozessen. Im Rahmen der medizinisch-sozialen Indikation des § 218 a II StGB ist eine Abtreibung zur Abwendung der Gefahr einer schwerwiegenden Beeinträchtigung des körperlichen oder *seelischen* Gesundheitszustandes der Schwangeren gerechtfertigt und ohne Frist (also auch in einem fortgeschrittenen Stadium der Schwangerschaft) möglich. Die medizinisch-soziale Indikation ersetzte 1995 die sogenannte embryopathische Indikation, die eine Behinderung des Ungeborenen als eigenständigen Rechtfertigungsgrund für eine Abtreibung vorsah.⁵⁰ Durch das Abstellen auf den seelischen und gesundheitlichen Zustand der Schwangeren in § 218 a II StGB sollte dem Eindruck widersprochen werden, eine festgestellte Behinderung rechtfertige für sich allein bereits einen Schwangerschaftsabbruch. Der problematische Automatismus zwischen Befund und Abtreibung sollte aufgelöst und stattdessen die derzeitige und zukünftige körperliche oder seelische Belastung der Schwangeren in den Mittelpunkt gestellt werden. Letztlich kann die frühere embryopathische Indikation so aber fortbestehen, wenn auch nun unter dem Label der medizinisch-sozialen Indikation.

Die medizinisch-soziale Indikation ist rechtspolitisch zunehmend umstritten. Das liegt nicht zuletzt daran, dass die Möglichkeiten und die Verbreitung der Pränataldiagnostik zugenommen haben. Dies ist auch auf haftungsrechtliche Hintergründe zurückzuführen. Ärzt/innen sind verpflichtet, die schwangere Frau über die Amniozentese und andere pränatale Diagnosemaßnahmen umfassend und detailliert aufzuklären.⁵¹ 2002 entschied der BGH, dass eine Ärztin, die im Rahmen der Pränataldiagnostik eine Fehlbildung der Gliedmaßen übersehen hatte, als Schadensersatz vollen Unterhalt für das Kind zu zahlen hatte.⁵²

45 Marion Baldus, *Feministische Studien* 2002, 241 (242).

46 Ausführlich Jutta Jacobi Swantje Köbsell/Eske Wollrad (Hg.), *Gendering Disability. Intersektionale Aspekte von Behinderung und Geschlecht*, 2010.

47 Zum entsprechenden Ansatz der UN-Behindertenrechtskonvention vgl. § 6, Rn. 24.

48 Adrienne Asch, in: Erik Parens/Adrienne Asch (Hg.), *Prenatal Testing and Disability Rights*, 2000, 234–258.

49 Regine Kollek, *Präimplantationsdiagnostik, Embryonenselektion, weibliche Autonomie und Recht*, 2002.

50 Vgl. ausführlich Albin Eser, in: Adolf Schönke/Horst Schröder (Hg.), *StGB*, 26. A. 2001, § 218 a, Rn. 37 ff.

51 *BGH*, NJW 1989, 1536–1537; *OLG Düsseldorf*, NJW 1989, 1548 (1550); *BGH*, NJW 1987, 2923–2924.

52 *BGH*, NJW 2002, 2636–2639.

- 15 Im Koalitionsvertrag von 2005 hatten SPD und CDU/CSU festgelegt, eine Regelung zu den besonders kontroversen sogenannten „Spätabtreibungen“ zu finden.⁵³ Aufgrund einer medizinischen Indikation wurden 2009 in Deutschland 3.200 Schwangerschaften abgebrochen. In besonders seltenen Fällen (im Jahr 2009: 237) fanden die Abbrüche in einem späten Stadium der Schwangerschaft statt (nach der 23. Schwangerschaftswoche).⁵⁴ In den Koalitionsparteien herrschte Uneinigkeit über die Notwendigkeit einer Verschärfung des Schwangerschaftskonfliktgesetzes (SchKG), sodass der übliche Fraktionszwang aufgehoben wurde. Es lagen fünf verschiedene Gesetzentwürfe und Anträge mit Änderungsvorschlägen vor, die teilweise von Abgeordneten verschiedener Parteien gemeinsam vertreten wurden.⁵⁵ In einer Stellungnahme im Rahmen einer Anhörung wies *Monika Frommel* darauf hin, dass der Zusammenhang von bürokratischer Kontrolle, Dokumentationspflichten und angedrohten Bußgeldern die Bereitschaft von Ärzt/innen weiter senken dürfte, überhaupt eine medizinische Indikation festzustellen. Faktisch könne dies dazu führen, dass eine medizinische Indikation nur noch bei Lebensgefahr für die Frau gestellt würde.⁵⁶

Im Ergebnis setzte sich die Gruppe der Abgeordneten durch, die Ärzt/innen eine verschärfte Beratungspflicht auferlegen wollte, wenn sie Schwangeren die Diagnose mitteilen, dass ihr Kind wahrscheinlich behindert zur Welt kommt. Bei Missachtung der Pflicht droht Ärzt/innen nun ein Bußgeldverfahren (§ 14 SchKG). Zwischen Diagnose und Ausstellung der schriftlichen Bestätigung der Indikation müssen in der Regel drei Tage liegen (§ 2 a II 2 SchKG), wenn nicht erhebliche Gefahr für Leib oder Leben der Schwangeren besteht (§ 2 a II 3 SchKG). Damit wird Frauen faktisch eine dreitägige Mindestbedenkzeit vorgeschrieben, bevor sie einen Abbruch vornehmen lassen können. Selbstbestimmung der Frau versus Bevormundung durch den Staat sind also weiterhin die prägenden Positionen in der Debatte. Pflichtberatungen und Zwangsbedenkzeiten unterstellen notwendig, dass eine Entscheidung für eine Abtreibung leichtfertig erfolgt.

4. Präimplantationsdiagnostik

- 16 Über ein Verbot oder die Zulassung von Präimplantationsdiagnostik (PID) wird nicht nur unter Feminist/innen kontrovers diskutiert. Dieses bislang in Deutschland verbotene Verfahren⁵⁷ bezeichnet die Untersuchung von außerhalb des Körpers (*in vitro*) erzeugten befruchteten Eizellen mit dem Ziel, wahrscheinlich „gesunde“ Embryonen auszuwählen, um sie dann in die Gebärmutter einzusetzen. Die PID ist nicht nur für Menschen interessant, die ohne künstliche Befruchtung kein Kind zeugen können, sondern auch für Frauen, die als „Risikoschwangere“ gelten, sowie für als „genetische Risikogruppen“ definierte Personen. Vertreter/innen eines umfassenden Lebens- und Würdeschutzes des

53 Den Begriff „Spätabtreibung“ kennt das StGB nicht. Damit waren Abtreibungen gemeint, die auf der Grundlage einer medizinisch-sozialen Indikation nach der 12. Schwangerschaftswoche durchgeführt werden. Unter Spätabtreibung könnte man allerdings auch nur diejenigen Schwangerschaftsabbrüche verstehen, die ab der 23. Schwangerschaftswoche mit einer medizinisch-sozialen Indikation durchgeführt wurden.

54 Statistisches Bundesamt, <http://www.destatis.de/jetspeed/portal/cms/Sites/destatis/Internet/DE/Content/Statistiken/Gesundheit/Schwangerschaftsabbrueche/Tabellen/Content75/RechtlicheBegrueundung,templateId=renderPrint.psml>, 1.6.2011.

55 Vgl. die Zusammenfassung der unterschiedlichen Forderungen in BT-Drs. 16/12970.

56 *Monika Frommel*, Gutachten zu den geplanten Änderungen der Anforderungen an eine medizinische Indikation und einen Rechtsanspruch auf Beratung nach Pränataldiagnostik (PND), vorgelegt unter dem irreführenden Titel „Spätabtreibungen – Hilfen für Eltern und Kinder“, BT-Ausschussdr. 16(13)439 a, S. 2 f., http://www.uni-kiel.de/isk/cgi-bin/files/gutachten_frommel_0109.pdf, 1.6.2011.

57 Unstrittig ist, dass die PID an totipotenten embryonalen Zellen nach § 2 I ESchG untersagt ist. Zur PID an nicht mehr totipotenten Zellen vgl. unten Rn. 18.

Embryos ab Verschmelzung von Eizelle und Samenzelle lehnen die PID ab. Sie führe zur Erzeugung von Embryos, die im Anschluss dann möglicherweise verworfen würden. Dies liefe auf eine Entscheidung über „lebensunwertes“ Leben hinaus, die nicht hinnehmbar sei.⁵⁸

Ob der grundrechtliche Schutz einer befruchteten Eizelle vor Einnisten in die Gebärmutter (Nidation) verfassungsrechtlich geboten ist, ist allerdings nicht eindeutig geklärt. Die Aussagen des BVerfG in den Abtreibungsurteilen bezogen sich auf die Schwangerschaft, also auf die Zeit nach der Nidation.⁵⁹ Für die Zeit davor stellte das BVerfG in einem obiter dictum fest, dass einiges für einen Lebensschutz des Embryos *in vitro* spreche.⁶⁰ Aus feministischer Perspektive wird darauf verwiesen, dass Embryonen *in vitro* ohne den weiblichen Organismus kein Entwicklungspotenzial haben – sie können sich nicht aus sich selbst heraus zum Menschen entwickeln. Eine Austragungspflicht der genetischen „Mutter“ für alle extrakorporal erzeugten Embryonen kommt aber keinesfalls in Betracht.⁶¹ Den Embryo als potenziell eigenständigen Menschen anzusehen, ist also in diesem Stadium noch weitaus theoretischer als in der Gebärmutter (*in utero*). Doch auch wer einen nach Entwicklungsstufen eingeschränkten Lebens- und Würdeschutz des Embryos annimmt, befürwortet nicht notwendigerweise die Zulassung der PID.⁶²

Ähnlich wie in der Debatte um die Pränataldiagnostik diskutieren Feminist/innen insbesondere die Auswirkungen, die eine Zulassung der PID auf die Lebensbedingungen von Frauen hätte. Die feministischen Standpunkte kreisen dabei im Wesentlichen um die Begriffe Selbstbestimmung und Autonomie: Strittig ist unter anderem, ob ein solches Verfahren die Autonomie von Frauen stärkt oder vielmehr einen Eingriff in ihr Selbstbestimmungsrecht und eine abzulehnende Technisierung der Schwangerschaft darstellt.⁶³

Befürworter/innen der PID schließen aus dem Selbstbestimmungsrecht und der Fortpflanzungsfreiheit auf die Notwendigkeit einer Zulassung des Verfahrens – Selbstbestimmung der Frau beinhalte auch umfassende Information und die darauf basierende Entscheidung, ob ein „krankes“ oder „behindertes“ Kind gewollt sei.⁶⁴ Auch sei die Möglichkeit der Entscheidung gegen ein „krankes“ oder „behindertes“ Kind bereits durch Pränataldiagnostik und die Möglichkeit der Abtreibung bei medizinisch-sozialer Indikation für Embryonen im Mutterleib gegeben, also wäre es inkonsequent, die PID nicht zuzulassen.⁶⁵ Eine Frau, die PID in Anspruch nehme, weise die Pflicht von sich, ein behindertes Kind entweder zu gebären oder abzutreiben; darin liege ein Zuwachs an Autonomie.⁶⁶ Wer die PID nicht zulasse, dränge Frauen in eine passive Opferrolle, um der Gattungsethik Nichtbetroffener zu genügen.⁶⁷ Frauen würden auf diese Weise letztlich gezwungen, über die medizinisch-soziale Indikation eine Schwangerschaft abzubre-

17

58 *Nationaler Ethikrat*, Genetische Diagnostik vor und während der Schwangerschaft, Stellungnahme 2003, S. 45; *Enquetekommission Recht und Ethik der modernen Medizin*, Schlussbericht 2002, BT-Drs. 14/9020, S. 106.

59 *BVerfGE* 88, 203 (251).

60 „Es bedarf im vorliegenden Verfahren keiner Entscheidung, ob, wie es Erkenntnisse der medizinischen Anthropologie nahelegen, menschliches Leben bereits mit der Verschmelzung von Ei und Samenzelle entsteht.“; *BVerfGE* 88, 203 (251).

61 *Ute Sacksofsky*, KJ 2003, 274 (278).

62 Ablehnend etwa *Marcus Düwell*, in: ders./Dietmar Mieth (Hg.), *Ethik in der Humangenetik*, 1998, 26–48; *Ute Sacksofsky*, KJ 2003, 274–292.

63 Umfassende Darstellung des Meinungsstandes bei *Katja Sander*, DJB Aktuell 2 (2004), 22–24.

64 *Monika Frommel*, in: BMG (Hg.), *Fortpflanzungsmedizin in Deutschland*, 2001, 67; *dies.*, KJ 2002, 411–426.

65 *Monika Frommel*, *Fortpflanzungsmedizin* (Fn. 64), 71.

66 *Monika Frommel*, KJ 2002, 413 (424).

67 *Monika Frommel*, KJ 2002, 413 (425).

chen, die sie mithilfe der PID eventuell von vornherein vermieden hätten. Die PID ermögliche es außerdem, Embryonen erst gar nicht zu implantieren, die aufgrund schwerwiegender genetischer Erkrankungen bereits während der Schwangerschaft oder wenige Tage nach der Geburt sterben würden.⁶⁸

- 18 Kritiker/innen der PID verweisen darauf, dass aus dem Recht auf Fortpflanzung kein Recht auf ein Kind mit bestimmten Merkmalen folge.⁶⁹ Tatsächlich greife die PID den Kern der Menschenwürde an, nämlich die grundsätzliche Berechtigung aller, als Freie und Gleiche anerkannt zu werden.⁷⁰ Durch die PID als einer institutionalisierten Zugangskontrolle zum Menschwerden würde die Subjektqualität aller Menschen in Frage gestellt.⁷¹ Auch die gesellschaftlichen Folgen von PID werden kritisch gesehen: Sie erhöhe den gesellschaftlichen Druck auf Frauen, als „gesund“ definierte Kinder zu gebären.⁷² „Behinderung“ ist dann nicht mehr Schicksal und Herausforderung der Solidargemeinschaft, sondern wird zum persönlichen Planungsversagen.

Im Zusammenhang mit der PID wurde außerdem nicht zuletzt auch die Frage aufgeworfen, wie sich ein Verbot mit der Möglichkeit strafloser Abtreibung vereinbaren ließe.⁷³ Wenn ein Embryo zwar abgetrieben, nicht aber mithilfe der PID vor der Einsetzung in die Gebärmutter ausgeschlossen werden könne, sei er im Leib der Schwangeren weniger stark geschützt als *in vitro*. Dieser Logik wird aus feministischer Perspektive das Argument entgegengehalten, dass der besondere Zustand der Schwangerschaft verfassungsrechtlich mit zu bedenken sei.

Im Jahr 2010 entschied der Bundesgerichtshof⁷⁴ in einem viel beachteten Musterverfahren, das der angeklagte Arzt durch eine Selbstanzeige ausgelöst hatte, dass das Embryonenschutzgesetz die PID an nicht mehr totipotenten embryonalen Zellen⁷⁵ nicht verbietet. Ein Verstoß gegen § 1 I Nr. 2 ESchG liege nicht vor, da der Arzt mit dem Ziel gehandelt habe, eine Schwangerschaft herbeizuführen.

5. Assistierte Reproduktion

- 19 Die Befruchtung sowie die erste embryonale Entwicklungsphase⁷⁶ können heute – etwa zur Behandlung von Unfruchtbarkeit – auch außerhalb des Körpers ablaufen. Hierfür wird zunächst durch hormonelle Stimulation und Eibläschenpunktion die Eizelle einer Frau gewonnen. Diese Eizelle wird danach im Reagenzglas befruchtet und zwei oder drei Tage später in den Uterus übertragen (sog. In-vitro-Fertilisation). Eine weitere Reproduktionstechnologie ist die intrauterine Insemination, dabei werden ausgewählte Spermazellen direkt in die Gebärmutterhöhle eingebracht.

68 Vgl. die Beispiele im Fall *BGH*, NJW-Spezial 2010, 538 (dort Fn. 68).

69 *Ute Sacksofsky*, KJ 2003, 274 (289).

70 *Ute Sacksofsky*, KJ 2003, 274 (290).

71 *Ute Sacksofsky*, KJ 2003, 274 (290).

72 *Reingard Zimmer*, Forum Recht 2005, 7 (9).

73 *Kurt Fassbender*, NJW 2001, 2745 (2751).

74 *BGH*, NJW-Spezial 2010, 538; vgl. auch die Urteilsbesprechung von *Monika Frommell Henning Beier*, djbZ 2010, 118.

75 Diese Zellen können sich nicht mehr zu einem eigenen Menschen, sondern nur noch zu verschiedenen Organen entwickeln. Eine PID an embryonalen Zellen in einem früheren Entwicklungsstadium kann weiterhin gemäß §§ 2, 8 ESchG strafbar sein, weil dann jeweils eine Zelle zerstört würde, die als Embryo gilt; vgl. *Monika Frommell Henning Beier*, djbZ 2010, 118.

76 Für einen detaillierten Überblick zu embryonalen Entwicklungsstufen aus medizinischer Sicht vgl. *Nationaler Ethikrat*, Genetische Diagnostik (Fn. 58), S. 2–16.

Die rechtspolitische Diskussion beschäftigte sich in den letzten Jahren mit der Zulässigkeit der Präimplantationsdiagnostik, also mit gendiagnostischen Verfahren vor dieser Übertragung. Weitgehend unreflektiert blieb, wer in welchem Umfang überhaupt Zugang zu Fortpflanzungstechnologien hat. Wie sich zeigt, schaffen rechtliche Regelungen hier einen Vorrang für verheiratete heterosexuelle Paare.

In den einschlägigen Richtlinien der Ärztekammern ist festgelegt, dass grundsätzlich nur heterosexuelle Paare Zugang zu einer künstlichen Befruchtung haben,⁷⁷ die „eigene“ Fortpflanzungszellen verwenden können. Demnach ist eine künstliche Befruchtung für alleinstehende Frauen oder homosexuelle Paare in Deutschland nicht möglich. Sehr problematisch ist es, dass eine so wesentliche Frage nicht gesetzlich, sondern nur in ärztlichen Standesrichtlinien festgelegt wird.⁷⁸ Im Krankenversicherungsrecht wird die Kostenübernahme für künstliche Befruchtungen sogar auf Ehepaare beschränkt, Unverheiratete müssen die teilweise erheblichen Kosten selbst übernehmen. Im Steuerrecht wiederum können inzwischen sowohl Verheiratete als auch Unverheiratete die Kosten als besondere Belastung geltend machen.

§ 27 a SGB V regelt die Kostenübernahme für künstliche Befruchtungen. Demnach ist die hälftige Übernahme der Kosten einer künstlichen Befruchtung durch die gesetzlichen Krankenkassen für den Fall vorgesehen, dass die betroffenen Personen miteinander verheiratet sind und ausschließlich Samenzellen und Eizellen der Ehegatten Verwendung finden. Unverheiratete Paare und Alleinstehende müssen die Kosten selbst tragen. Das BVerfG hat diese Regelung in einer Entscheidung aus dem Jahr 2007 als verfassungsgemäß bestätigt.⁷⁹ Im Ergebnis habe der Gesetzgeber hinreichende Gründe für die Beschränkung der Leistung der gesetzlichen Krankenkassen auf verheiratete Paare gehabt: Er könne davon ausgehen, dass die Ehe als Solidargemeinschaft mit rechtsverbindlicher Basis den erhöhten Belastungen standhalte, die mit der Situation der künstlichen Befruchtung verbunden sind. Außerdem stehe es dem Gesetzgeber frei, die Ehe „in typisierender Betrachtung wegen ihres besonderen rechtlichen Rahmens als eine Lebensbasis für ein Kind an[z]usehen, die den Kindeswohlbelangen mehr Rechnung trägt als eine nichteheliche Partnerschaft“.⁸⁰

Die Kosten für In-Vitro-Fertilisationen können nach der Rechtsprechung des BFH steuerlich eine zu berücksichtigende außergewöhnliche Belastung (gem. § 33 EStG) darstellen. Eine außergewöhnliche Belastung besteht, wenn der steuerpflichtigen Person zwangsläufig größere Aufwendungen als der überwiegenden Mehrzahl der Steuerpflichtigen gleicher Einkommensverhältnisse, gleicher Vermögensverhältnisse und gleichen Familienstandes erwachsen. Zwangsläufig sind Aufwendungen dann, wenn die Steuerpflichtigen sich ihnen aus rechtlichen, tatsächlichen oder sittlichen Gründen nicht entziehen können, soweit die Aufwendungen den Umständen nach notwendig sind und einen angemessenen Betrag nicht übersteigen (§ 33 II 1 EStG).

77 Bis 2006 war für Unverheiratete eine Anhörung bei der Ethikkommission der örtlichen Ärztekammer notwendig, um Zugang zu assistierten Reproduktionsmethoden zu erlangen. Seit 2006 empfiehlt die Bundesärztekammer, dass rechtlich zulässige Methoden der assistierten Reproduktion auch für unverheiratete Frauen angewendet werden können, wenn die/der behandelnde Arzt/in zu der Einschätzung gelangt ist, dass die Frau mit einem nicht verheirateten Mann in einer festgefügtten Partnerschaft zusammenlebt und dieser Mann die Vaterschaft an dem so gezeugten Kind anerkennen wird; vgl. Deutsches Ärzteblatt 2006, 1392–1403.

78 Vgl. dazu *Friederike Wapler*, in: Dorett Funcke/Petra Thorn (Hg.), *Die gleichgeschlechtliche Familie mit Kindern*, 2010, 115 (139).

79 *BVerfGE* 117, 316–330.

80 *BVerfGE* 117, 316 (327).

Bis zum Jahr 2007 übernahm die Rechtsprechung der Finanzgerichte die Wertung des Gesetzgebers aus dem SGB V, sodass nur verheiratete Paare, die eigene Ei- und Samenzellen verwenden (können),⁸¹ die Kosten für eine künstliche Befruchtung als außergewöhnliche Belastung geltend machen konnten. Mit der Eheschließung, führte der BFH aus, sei überwiegend der Wunsch der Ehepartner verbunden, eine Familie mit gemeinsamen Kindern zu gründen. Denn es gehöre zu den „überkommenen, in dem verfassungsrechtlichen Leitbild eingeschlossenen Zielen“ der Ehe, gemeinsam Kinder aufzuziehen.⁸² Eine verheiratete, empfangnisunfähige Frau, die zusammen mit ihrem Ehepartner Kinder haben möchte, befinde sich daher in einer tatsächlichen Zwangslage, die es rechtfertige, nicht nur die Kosten für ärztliche Maßnahmen zur (Wieder-)Herstellung der Empfängnisfähigkeit, sondern auch die Aufwendungen für künstliche Befruchtungen als außergewöhnliche Belastung steuermindernd zu berücksichtigen.⁸³ Für unverheiratete Frauen, die sich Kinder wünschen, gelte diese Bewertung allerdings nicht. Zwar hätten diese das Recht, Kinder zu gebären, was sich unmittelbar aus der garantierten freien Entscheidung der Persönlichkeit ergibt (Art. 2 I GG), und auch auf entsprechende medizinische Behandlung, daraus lasse sich aber kein Leistungsanspruch ableiten.⁸⁴ Die unterschiedliche Behandlung von Ehe und Nichtehe sei von der Wertung des Art. 6 I GG gedeckt und der Gleichbehandlungsgrundsatz aus Art. 3 I GG insofern nachrangig.⁸⁵

In einer Entscheidung aus dem Jahr 2007 eröffnete der BFH auch unverheirateten Frauen die Möglichkeit, die Kosten einer künstlichen Befruchtung bei der Einkommensteuer geltend zu machen.⁸⁶ Auch bei ihnen rechtfertige die seelische Zwangslage bei ungewollter Kinderlosigkeit die Gewährung des Abzuges der Aufwendungen als außergewöhnliche Belastung – allerdings nur, wenn die Frau in einer verfestigten Partnerschaft (mit einem Mann) lebt und dessen Samenzellen Verwendung finden.

Obwohl die Reproduktionsmedizin „technisch“ andere Konstellationen zulassen würde, wird die Fortpflanzung von heterosexuellen (Ehe)Paaren mit eigenem Genmaterial als Norm betrachtet, durch die Regelungen bestätigt und immer wieder hervorgebracht. Unverheirateten heterosexuellen Paaren wurden durch das Recht Hürden in den Weg gelegt, die inzwischen zumindest im Steuerrecht abgebaut wurden. Frauen ohne Partner oder homosexuelle Frauen, die nicht ohne medizinische Assistenz schwanger werden können und Kinder gebären möchten, sind von den Möglichkeiten einer künstlichen Befruchtung zumindest rechtlich gesehen generell abgeschnitten. Ihnen bleibt der Weg des Vortäuschens einer verfestigten Partnerschaft mit dem Samenspender oder die künstliche Befruchtung im Ausland. Indem mit Mitteln des Rechts an einem bestimmten Bild der Kleinfamilie festgehalten wird, erweist sich die Regulierung der assistierten Reproduktion so auch als Teil heteronormativer Praxis.

6. Regelungen zu Leihmutterschaft, Adoption und Vaterschaftstests

- 23 Mit dem Aufkommen der Reproduktionstechnologien eng verbunden ist das Phänomen, dass eine Frau ihre Fähigkeit, schwanger zu werden und zu gebären, als Dienstleistung anbietet. Dabei gibt es zwei Konstellationen: Entweder wird eine Eizelle dieser so-

81 Die Übernahme der Kosten ist also auch dann ausgeschlossen, wenn ein/e Ehegatt/in zeugungsunfähig ist und daher ein genetisch eigenes Kind nicht erzeugt werden kann.

82 *BFHE* 183, 476; vgl. kritisch *Katja Sander*, *KJ* 2006, 303–310.

83 *BFHE* 183, 476.

84 *BFH*, *FamRZ* 2005, 1990–1993.

85 Zum Verhältnis beider Grundgesetznormen vgl. § 4, Rn. 18 ff.

86 *BFH*, *NJW* 2007, 3596–3598.

nannten Leihmutter intrauterin mit dem Sperma des Auftraggebers inseminiert oder es wird *in vitro* ein Embryo aus den Fortpflanzungszellen der Auftraggeber/innen erzeugt und dann in den Uterus der Leihmutter eingesetzt. In einigen Ländern der Welt ist Leihmutterchaft rechtlich möglich.⁸⁷ In Deutschland sind medizinische Leistungen in Verbindung mit einer Leihmutterchaft nach dem Embryonenschutzgesetz strafbar (§ 1 I Nr. 7 ESchG). Ein zivilrechtlicher Vertrag, der eine Leihmutterchaft zum Gegenstand hat, ist in Deutschland sittenwidrig und damit unwirksam. Außerdem regelt der 1997 neu eingefügte § 1591 BGB, dass Mutter eines Kindes immer die Frau ist, die es geboren hat. Die Durchführung von Leihmutterchaftsverträgen mit Frauen im Ausland, vor allem in Indien, Russland und der Ukraine, ist aber inzwischen Realität. Durch diese Möglichkeiten entstehen neue Probleme aufenthalts-, personenstands- und familienrechtlicher Natur.⁸⁸

Ähnliche Wertungen wie die Beschränkung der Fortpflanzungstechnologien auf heterosexuelle Paare enthält auch das Adoptionsrecht, das beispielsweise eingetragenen Lebenspartner/innen teilweise immer noch vorenthalten wird.⁸⁹ Zwar bietet § 9 VII LPartG die Möglichkeit, das leibliche Kind des Lebenspartners/der Lebenspartnerin zu adoptieren – sie wird gerade bei künstlicher Befruchtung oder sonstigen Methoden der Herbeiführung einer Schwangerschaft mithilfe von Samenspenden in Anspruch genommen.⁹⁰ Eine gemeinschaftliche Adoption ist aber ebenso ausgeschlossen wie die Adoption eines Kindes, welches der Lebenspartner/die Lebenspartnerin allein adoptiert hat.⁹¹

Es gibt noch weitere Gruppen, die zwar theoretisch zur Adoption berechtigt sind, faktisch aber kaum Chancen auf die Adoption eines Kindes haben (Alleinstehende, „Behinderte“), weil sie nicht dem gängigen Bild der heterosexuellen Kleinfamilie entsprechen.

Die technische Möglichkeit der Feststellung der biologischen Vaterschaft eines Mannes hat neue Probleme in den Geschlechterverhältnissen mit sich gebracht.⁹² Sie führte zum Beispiel zu Klärungsbedarf bei der Frage, ob ein solcher Test ohne das Wissen oder die Einwilligung der Mutter durchgeführt werden darf und ob die rechtlichen Möglichkeiten zur Feststellung der Vaterschaft ausreichen. Im Jahr 2007 hat das BVerfG dazu entschieden⁹³ und ein Recht des Kindes und des möglichen Vaters auf Kenntnis der Abstammung aus Art. 2 I GG anerkannt. Das Gericht stellte fest, dass die Möglichkeit der Vaterschaftsfeststellung rechtlich geregelt werden müsse, und billigte außerdem die Nichtverwertbarkeit heimlicher Vaterschaftstests.

Am 1. Februar 2010 trat das Gesetz über genetische Untersuchungen bei Menschen⁹⁴ (GenDG) in Kraft. Damit wurde auch die Problematik der „heimlichen“ Vaterschafts-

87 Vgl. für Europa *Dieter Henrich*, FamRZ 2010, 333–338, für die USA vgl. *Bridget Crawford*, in: Kim Brooks/Åsa Gunnarsson/Lisa Philipps/Maria Wersig (Hg.), *Challenging Gender Inequality in Tax Policy Making – Comparative Perspectives*, 2011, 95–108.

88 Vgl. z. B. *VG Berlin*, AuAS 2010, 86–88; *AG Nürnberg*, JAmt 2010, 82–83.

89 *Nina Dethloff*, FPR 2010, 208–2010; vgl. auch den Gesetzesentwurf von Bündnis 90/DIE GRÜNEN zur Gleichstellung im Adoptionsrecht, BT-Drs. 17/1429 vom 21.4.2010.

90 *Nina Dethloff*, FPR 2010, 208–2010, plädiert in diesen Fällen für die Einführung der Möglichkeit der abstammungsrechtlichen Konstituierung der Elternschaft der Co-Mutter anstelle der Möglichkeit der späteren Adoption. Das bedeutet, dass die Co-Mutter als Elternteil in die Geburtsurkunde eingetragen wird und damit von Anfang an auch rechtlich gesehen Mutter mit allen Rechten und Pflichten ist.

91 Das *OLG Hamburg* vom 22.12.2010, Az. 2 Wx 23/09, hat dem BVerfG die Frage zur Entscheidung vorgelegt, ob dieses Verbot der sog. Kettenadoption bzw. sukzessiven Adoption für gleichgeschlechtliche gegenüber verheirateten Paaren nicht gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz aus Art. 3 I GG verstößt.

92 Vgl. dazu *Sabina Schutter*, „Richtige“ Kinder: Von heimlichen und folgenlosen Vaterschaftstests, 2011.

93 *BVerfGE* 117, 202–244.

94 BGBl I 2009, S. 2529.

tests geregelt: Gemäß § 26 I Nr. 6, Nr. 7 GenDG sind heimliche Abstammungsuntersuchungen für die damit Beauftragten und die Auftraggeber/innen bußgeldbewehrt. Gemäß § 17 I GenDG darf eine genetische Untersuchung zur Klärung der Abstammung nur vorgenommen werden, wenn die Person, deren genetische Probe untersucht werden soll, zuvor über die Untersuchung aufgeklärt worden ist und in die Untersuchung und Gewinnung der dafür erforderlichen genetischen Probe eingewilligt hat. § 17 III GenDG ermöglicht die Einwilligung des Elternteiles oder des/der Betreuer/in für eine Person, die „nicht in der Lage ist, Wesen, Bedeutung und Tragweite der genetischen Untersuchung zu erkennen und ihren Willen hiernach auszurichten“, und ist deshalb für die Entnahme von Proben bei Kindern von Bedeutung.

7. Bevölkerungspolitik und reproduktive Rechte

- 26 Schon früh kämpften Frauen in westlichen Industrieländern für ein Recht auf Abtreibung, den Zugang zu Verhütungsmitteln und damit um das Recht von Frauen, selbst über das Ob und die Zahl ihrer Kinder zu bestimmen.⁹⁵ In den 1970er Jahren prägte die neue Frauenbewegung für diese Forderungen den Begriff der reproduktiven Rechte. Frauen in Entwicklungsländern waren und sind aber häufig mit dem Gegenteil konfrontiert, nämlich mit den Zwängen bevölkerungspolitischer Programme, die das Ziel einer *Einschränkung* und Kontrolle der Geburtenraten in der „Dritten Welt“ verfolgen. Zu den Mitteln einer solchen antinatalistischen Bevölkerungspolitik gehören Verhütungsmittel und Sterilisationsprogramme, ihre Durchsetzung reicht von Zwangsmaßnahmen gegen den Willen oder das Wissen der betroffenen Frauen (und Männer) über Erpressung bis hin zum In-Aussicht-Stellen ökonomischer Vorteile durch Geburtenkontrolle.⁹⁶ Der Blick der *weißen*⁹⁷ Feminist/innen der Mittelschicht auf reproduktive Rechte wird besonders von Schwarzen Frauen kritisiert, denn er nehme die sozialen und ökonomischen Bedingungen, unter denen Reproduktion und ihre Kontrolle stattfindet, nicht in den Blick.⁹⁸ Die Gesellschaft unterscheidet zwischen verschiedenen (Gruppen von) Menschen, deren Reproduktion mehr oder weniger erwünscht sei, und der Staat beeinflusse bzw. steuere das Reproduktionsverhalten. Die Forderung nach Kontrollmöglichkeiten von Reproduktion im Kontext einer staatlich verordneten und durchgesetzten Geburtenkontrolle sei deshalb rassistisch und ein Mittel der Unterdrückung.⁹⁹

Wie Selbstbestimmung von Frauen tatsächlich ermöglicht werden kann, welche Inhalte „reproduktive Rechte“ haben sollten und inwieweit feministische Ansätze und bevölkerungspolitische Ziele überhaupt kompatibel sind, wird unter Feminist/innen nach wie vor stark debattiert.¹⁰⁰

95 In Deutschland setzten sich Feministinnen im 1905 gegründeten *Bund für Mutterschutz* für die freie Vergabe von Verhütungsmitteln und die Legalisierung der Abtreibung ein. Ebenfalls im Jahr 1905 führte die Amerikanerin *Margret Sanger* den Begriff *birth control* (Geburtenkontrolle) ein; vgl. *Diana Hummel*, Der Bevölkerungsdiskurs, 2000, S. 124.

96 Beispiele für die verschiedenen Methoden bei *Diana Hummel*, (Fn. 95), S. 108 ff.

97 Zu dieser Schreibweise siehe Einleitung, Rn. 12.

98 Allgemein zur Kritik Schwarzer Frauen am *weißen* Mittelschichtsfeminismus vgl. § 2, Rn. 25 ff.

99 *Susanne Heim/Ulrike Schaz*, Berechnung und Beschwörung: Überbevölkerung – Kritik einer Debatte, 1996.

100 *Diana Hummel*, (Fn. 95), S. 133 ff.; *Sonya Schneider*, Bevölkerungspolitik – Vom Zwang zum Konsens, 2000.

Für Deutschland ist festzustellen, dass sich in der öffentlichen Debatte etliche problematische Argumentationsmuster finden.¹⁰¹ Auf der einen Seite wird beklagt, dass in Deutschland zu wenig Kinder geboren werden und damit die Stabilität der sozialen Sicherungssysteme und des kapitalistischen Systems (Stichwort Arbeitskräftemangel) insgesamt gefährdet sei. Aber nicht alle Frauen sollen animiert werden, sich für Kinder zu entscheiden, sondern insbesondere Akademikerinnen. „Fortpflanzungsunwilligen“ Frauen wird häufig vorgeworfen, sie wollten sich selbst verwirklichen, anstatt ihre „Mutterpflichten“ zu erfüllen; auf diese Weise wird ihnen Verantwortung für demographische Veränderungsprozesse zugewiesen. Sinkende Geburtenraten dienen Abtreibungsgegner/innen sogar als Argument für schärfere Abtreibungsregeln. Auf der anderen Seite werden Eltern mit vielen Kindern stigmatisiert, wenn sie einen Migrationshintergrund haben oder ihre Familie nicht vollständig aus eigenem Erwerbseinkommen ernähren können. Diesen Eltern wird unter anderem unterstellt, dass sie nicht gut für ihre Kinder sorgen und kindbezogene Sozialleistungen für eigene Zwecke wie etwa Alkoholkonsum missbrauchen. Gesellschaftliche Diskurse und die dargestellten Regelungen tragen dazu bei, dass private Entscheidungen über Fortpflanzung keineswegs so privat sind, wie dies zunächst den Anschein haben mag.

27

Weiterführende Literatur

Marion Baldus, Die totale Erfassung: Pränataldiagnostik in der Schwangerenvorsorge, in: *Feministische Studien* 2002, S. 241–253. *Sabine Berghahn*, Der Geist des Absoluten in Karlsruhe und die Chancen der Demokratie in der Abtreibungsfrage, in: *Leviathan – Zeitschrift für Sozialwissenschaft* 1998, S. 253–269 (Teil I); S. 400–422 (Teil II). *Monika Frommel*, Die Menschenwürde des Embryos in vitro, in: *KJ* 2002, S. 411–426. *Dagmar Oberlies*, Zur Entstehung des Embryos als Rechtssubjekt, in: *Streit* 1997, S. 51–61. *Ute Sacksofsky*, Präimplantationsdiagnostik und Grundgesetz, in: *KJ* 2003, S. 274–292. *Katja Sander*, Gene, Geschlecht und Recht: Die Kategorien ‚Geschlecht‘ und ‚Behinderung‘ im Recht zu Schwangerschaftsabbrüchen, in: *Kathrin Arioli/Michelle Cottier/Patricia Farahmand/Zita Küng* (Hg.): *Wandel der Geschlechterverhältnisse durch Recht?*, 2008, S. 285–298.

101 Neben den an dieser Stelle dargestellten Argumentationsmustern der politischen Debatte besteht weiterhin auch in Deutschland rechtlicher Handlungsbedarf: So muss weiter über den freien Zugang zu Verhütungsmitteln diskutiert werden – z.B. fordert pro familia die kostenlose Abgabe von Verhütungsmitteln an Personen im SGB II- bzw. SGB XII-Leistungsbezug. Diskussionsbedarf besteht auch bei der rezeptfreien Zulassung der sogenannten „Pille danach“, welche in Deutschland, anders als z.B. in den USA, verschreibungspflichtig ist. Kurz nach ungeschütztem Geschlechtsverkehr eingenommen, kann ein solches Notfallkontrazeptivum eine ungewollte Schwangerschaft verhindern. Der „Sachverständigenausschuss für Verschreibungspflicht“ beim Bundesinstitut für Arzneimittel und Medizinprodukte hat bereits 2004 die Aufhebung der Rezeptpflicht empfohlen.