

Vierter Beratungsgegenstand:

Regulierungsauftrag für den Staat im Bereich der Fortpflanzungsmedizin?*

1. Referat von *Gernot Sydow*, Münster

Inhalt

	Seite
I. Problemaufriss	362
II. Regelungsaufträge im Bereich der Reproduktionsmedizin im Rechtsvergleich	365
1. Adressat eines reproduktionsmedizinischen Regelungsauftrags	365
a) Ausgangspunkt: Dominanz nationaler Rechtsetzung . . .	365
b) Funktionale Surrogate des deutschen Staatskonzepts . .	369
2. Regelungsziele und Erwartungen an die Gesetzgebung . . .	369
a) Deutschland: Das Recht der Reproduktionsmedizin als konkretisiertes Verfassungsrecht	369
b) Frankreich: Das Recht der Reproduktionsmedizin als Ausdruck der <i>volonté générale</i>	371
c) Großbritannien: Das Recht der Reproduktionsmedizin als Handbuch des Qualitätsmanagements für Reproduktionskliniken	373
3. Zwischenresümee	374
III. Regelungstechniken für das Recht der Fortpflanzungsmedizin im Rechtsvergleich	375

* Für einen vielfältig bereichernden Gedankenaustausch und kritische Hinweise zum Manuskript dankt der Berichtersteller *Olivier Jouanjan*, *Ralf Peter Schenke* und seinen Münsteraner Fakultätskollegen *Stefan Arnold*, *Oliver Lepsius*, *Janbernd Oebbecke*, *Bodo Pieroth*, *Sabine Schlacke*, *Hinnerk Wißmann* und *Fabian Wittreck*, für Unterstützung von der Materialrecherche bis zum Abschluss des Manuskripts den Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern seines Lehrstuhls, für Verständnishilfen in Bezug auf die humangenetischen und medizinischen Zusammenhänge und für zahlreiche Hinweise auf die reproduktionsmedizinische Praxis mehreren Medizinerinnen aus dem eigenen Freundeskreis.

1. Deutschland: Gestufte Rechtsetzung mit Verweis auf ärztliches Standesrecht	375
2. Frankreich: Gesetzliche Dynamik durch regelmäßige Gesetzesrevisionen	377
a) Zentralität und kontinuierliche Dynamisierung des Bioethikgesetzes	377
b) Partizipationsprozesse im Vorfeld der Gesetzgebung	378
c) Einbeziehung religiöser Positionen	380
3. Großbritannien: Dominanz von exekutivem Recht und <i>soft law</i> der Regulierungsbehörde	381
a) Parlamentsrecht	381
b) <i>Statutory instruments</i> als Instrument exekutiver Rechtsetzung	381
c) <i>Soft law</i> der Regulierungsagentur für die Reproduktionsmedizin	383
IV. Zusammenfassende Erkenntnisse und Perspektiven	384
1. Erklärungsansätze für die unterschiedliche Liberalität der Gesetzgebung	384
2. Kontroversen über die Reproduktionsmedizin als Gradmesser der Vitalität demokratischer Prozesse	387

I. Problemaufriss

Die Fortpflanzungsmedizin¹ verheißt die Erfüllung sehnlichster Wünsche und löst zugleich apokalyptische Ängste aus.² So illusorisch manche Hoffnung, so ungetrübt von Sachkenntnis mancher Einwand.³ Jede

¹ Je nach Zählung von Varianten gibt es 10 bis 20 reproduktionsmedizinische Verfahren oder Techniken; das Standardmedizinlehrbuch von *Klaus Diedrich/Michael Ludwig/Georg Griesinger* (Hrsg.) *Reproduktionsmedizin*, 2013, stellt 17 verschiedene reproduktionsmedizinische Behandlungsverfahren dar (Kap. 10 bis 26).

² Vgl. *Robert G. Lee/Derek Morgan* *Human Fertilisation & Embryology*, 2001, 12: In der modernen Reproduktionsmedizin erblickten manche das Armageddon der Apokalypse.

³ Diskurse zur Reproduktionsmedizin sind in einem auffälligen Maße von Argumenten geprägt, die den Kern der Sache nicht treffen. Gegenansichten werden verzerrt dargestellt und argumentativ verfehlt. Denn Extrempositionen lassen sich besser widerlegen, vor allem, wenn sie niemand vertritt. So wäre beispielsweise „Anspruch auf Wunschkinder“ (*Reinhard Müller* *Die im Dunkeln schützen*, FAZ, 12.12.2017, 1), dem Vertreter liberaler Regelungen angeblich das Wort reden, in der Tat ein Ding der Unmöglichkeit, schon weil sich der Anspruch mangels korrespondierender Pflichten gegen niemanden richten könnte. Es ist indes nicht erkennbar, wer einem solchen Anspruch auf Wunschkinder überhaupt das Wort reden soll und wessen Position demzufolge widerlegt werden könnte; vgl. *Thomas Gutmann* *Rechtsphilosophische Reflexionen zum gegenwärtigen Stand des österreichi-*

Regelung steht vor multiplen Herausforderungen: die Menschenwürde zu sichern, Freiheit und Autonomie zu gewährleisten, Gleichheit herzustellen, Schutz und Vorsorge gegen Risiken zu treffen. Wie einfach wäre es, wenn es nur um diese grundrechtliche Quadratur des Kreises ginge! Doch im Recht der Reproduktionsmedizin bündeln sich zahlreiche weitere große Streitfragen:

- über den Wert feministischer Ansätze in der Rechtswissenschaft;
- über das Verhältnis von Recht und Religion;
- über Fragen globaler Gerechtigkeit im Rahmen der *sustainable development goals* der UN;⁴
- über die Akzeptanz homosexueller Lebensformen, speziell in Bezug auf Elternschaft.

Wie könnte in diesem multiplen Spannungsverhältnis ein Regelungsauftrag wahrgenommen werden? Wer ist Adressat eines solchen Regelungsauftrags und woher leitet sich der Regelungsauftrag ab? Das soll rechtsvergleichend für Deutschland, Frankreich und Großbritannien untersucht werden.

Ohne dass man die Regelungen eines Staates auf einer schlichten eindimensionalen Skala abbilden könnte, kann man als erste Orientierung zur Rechtslage sagen: Großbritannien hat sehr liberale Regelungen zur Reproduktionsmedizin⁵, Frankreich recht restriktive, Deutschland deutlich restriktive.⁶ Die britische Rechtslage ist schnell auf den Punkt zu bringen:

schen Fortpflanzungsmedizinrechts, in: Stefan Arnold et al. (Hrsg.) Das Recht der Fortpflanzungsmedizin 2015 – Analyse und Kritik, 2016, 45 (46): Es geht allein darum, „nicht durch gesetzliche Verbote an der Wahrnehmung des Selbstbestimmungsrechts in Fragen der eigenen Fortpflanzung gehindert zu werden.“ Der Vorwurf von Rationalitätsdefiziten (ebd. 58, dort als Vorwurf an den deutschen Gesetzgeber) ist schnell bei der Hand. Die verbreitete Emotionalität der Diskurse ist ein Hinweis auf die Wertgebundenheit der Positionen. Da es um Verluste des Selbstverständlichen und bisher Unverfügbaren geht, sind heftige Reaktionen nicht weiter erstaunlich und erwartbar. Folge ist ein ausgeprägtes Bedürfnis, die eigenen Positionen schon prophylaktisch gegen Missverständnisse zu schützen und darzulegen, wie die eigenen Ausführungen *nicht* zu verstehen seien. Das Problem trifft differenzierte Ansichten im Zweifel stärker als Radikalpositionen.

⁴ Zum Widerspruch zu den Sustainable Development Goals der UN: *Generalversammlung der UN Resolution* vom 25. Sept. 2015 „Transforming our world: the 2030 Agenda for Sustainable Development“, A/Res/70/1, insb. Goal 5.6 <http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/70/1&Lang=E> (Stand 11.10.2018).

⁵ Das wirkt sich auch in der psychologischen Akzeptanz der Begrifflichkeiten aus: Reproductive autonomy oder procreative autonomy, dieser Anfang der 1990er Jahre von Dworkin (*Ronald Dworkin* Life's Dominion, 1993, 148) geprägte Begriff, ist in Großbritannien eine eingeführte Begrifflichkeit, die dort wenig Aufregungspotential hat.

⁶ Eine Qualifizierung der deutschen Rechtslage als „äußerst“ restriktiv (etwa *Jens Kersten* Regulierungsauftrag für den Staat im Bereich der Reproduktionsmedizin, NVwZ 2018, 1248 [1248]) übersieht, dass auch in Deutschland gerade wichtige reproduktionsme-

keinerlei Verbote für Methoden von medizinischer Relevanz.⁷ Als einzige Ausnahme ist das Arrangieren einer *bezahlten* Leihmutterschaft strafbar.⁸ Anders hingegen in Frankreich und Deutschland: Im Zweifel führen ein Vorsichtsprinzip und Schutzkonzepte zu Verboten, in Deutschland teilweise noch weitergehend als in Frankreich, beispielsweise auch mit einem Verbot der Eizellspende.⁹

Es geht im folgenden Beitrag primär um einen Strukturvergleich der Rechtsordnungen. Im Zentrum des Interesses steht nicht so sehr und vor allem nicht flächendeckend, *was* die drei Staaten im Einzelnen alles geregelt haben¹⁰ oder regeln sollten,¹¹ sondern *wie* und *warum* sie zu ihren

dizinische Verfahren von zentraler Relevanz ohne weiteres zulässig sind (insb. In-Vitro-Fertilisation [IVF] und Samenspende), zudem weitere Verfahren von medizinischer Relevanz mit materiellen und prozeduralen Vorkehrungen (insb. Präimplantationsdiagnostik mit dem Erfordernis der Zustimmung einer Ethikkommission bei Risiken schwerer Erbkrankheiten, § 3a Embryonenschutzgesetz [ESchG], §§ 4 ff. Präimplantationsdiagnostikverordnung [PIDV], zudem die Embryonenspende, soweit es sich um „überzählige“ Embryonen aus einer IVF handelt, vgl. § 1 Absatz 1 Nr. 2, 6 ESchG).

⁷ Grundlegende Bedeutung für die liberale britische Rechtslage hatte der sog. Warnock Report (benannt nach der Berichterstatteerin): *Department of Health & Social Security Report of the Committee of Inquiry into Human Fertilisation and Embryology*, 1984; nachfolgende Urteile zur Zulässigkeit von In-Vitro-Fertilisation und Präimplantationsdiagnostik: Court of Appeal (Civil Division), 16.05.2003, *The Queen (on the Application of Quintavalle) v Human Fertilisation and Embryology Authority*, [2003] EWCA Civ 667, und House of Lords, 28.04.2005, *The Queen (on the Application of Quintavalle) v Human Fertilisation and Embryology Authority*, [2005] 2 A.C. 561; zur Frage der Zulässigkeit des therapeutischen Klonens: Court of Appeal (Civil Division), 18.01.2002, *R. (on the application of Quintavalle) v Secretary of State for Health*, [2002] EWCA Civ 29, sowie House of Lords, 13.03.2003, *R. (on the application of Quintavalle) v Secretary of State for Health*, [2003] UKHL 13; zur Stammzellenforschung: *UK Department of Health Stem Cell Research: Medical Progress with Responsibility*, 2000 <http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20120907200018/http://www.dh.gov.uk/prod_consum_dh/groups/dh_digitalassets/@dh/@en/documents/digitalasset/dh_4065085.pdf> (11.10.2018), sowie *Parliamentary Office of Science and Technology Stem Cell Research*, in: postnote No. 174, 2002.

⁸ Surrogacy Arrangements Act 1985; danach ist es auch verboten, für Schwangerschaftsfremdaustragung zu werben, entsprechende Verträge sind nicht bindend; zu den britischen Leihmutterschaftsregelungen *Katherine Wade The Legal Regulation of Surrogacy in the UK: A Children's Rights Perspective*, *Child and Family Law Quarterly* 29 (2017), 113. Weitere gesetzliche Verbote finden sich nur für Techniken, die jenseits der Tabugrenze liegen dürften: die Übertragung eines menschlichen Embryos in ein Tier, verboten nach sec. 3 (3b) *Human Fertilisation and Embryology Act 1990* (HFEA 1990) <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2008/22/pdfs/ukpga_20080022_en.pdf> (Stand 11.10.2018); ein weiteres Verbot besteht zudem für das Klonen von Menschen zu Reproduktionszwecken.

⁹ § 1 Abs. 1 ESchG.

¹⁰ Überblicksdarstellungen zum französischen und britischen Recht bspw. für die Stammzellenforschung: *Hinner Schütze Embryonale Stammzellen*, 2007, 19 ff., 88 ff.; für die Leihmutterschaft: *Anna Lina Gummersbach Die Leihmutterschaft im französischen*

reproduktionsmedizinischen Regelungen kommen: Welchen Zielen soll die Gesetzgebung zur Reproduktionsmedizin dienen, welche Erwartungen werden an den Gesetzgeber herangetragen?

II. Regelungsaufträge im Bereich der Reproduktionsmedizin im Rechtsvergleich

1. Adressat eines reproduktionsmedizinischen Regelungsauftrags

a) Ausgangspunkt: Dominanz nationaler Rechtsetzung

Internationale Regelungen und europarechtliche Vorgaben¹² gibt es kaum. Das Recht der Reproduktionsmedizin eignet sich daher für einen

Recht, bzw. *Sebastian Schwind* Regulierung der Leihmutterchaft im Vereinigten Königreich, in: Beate Ditzen/Marc-Philippe Weller (Hrsg.) Regulierung der Leihmutterchaft, 2018, 101 ff. bzw. 117 ff., *Louis Perreau-Saussine/Nicolas Sauvage* sowie *Michael Wels-Greco* in: Katarina Trimmings/Paul Baumont, International Surrogacy Arrangements – Legal Regulation at the International Level, 2013, 119 ff. bzw. 367 ff. sowie *Michael Coester* Ersatzmutterchaft in Europa, in: Heinz-Peter Mansel et al. (Hrsg.) FS Jayme, Bd. II, 2004, 1242 ff.; Folgefragen reproduktionsmedizinischer Behandlungen – etwa Informationsrechte des Kindes hinsichtlich der eigenen genetischen Abstammung – werden im Folgenden nicht thematisiert, dazu bspw. für die Rechtslage in Großbritannien *Eric Blyth* Access to genetic and birth origins information for people conceived following third party assisted conception in the United Kingdom, *International Journal of Children's Rights* 20 (2012), 300 ff.; dasselbe gilt für Erstattungsregelungen im Recht der Krankenkassen, dazu u.a. BSG, NJW 2002, 1517, und BGH, NJW 2017, 2348, sowie *Jan D. Lüttringhaus* In Deutschland verbotene reproduktionsmedizinische Auslandsbehandlungen und Versicherungsschutz durch private Krankenversicherungen, *FamRZ* 2017, 2005.

¹¹ Regelungsbedarf besteht für jede einzelne der zehn bis 20 reproduktionsmedizinischen Behandlungstechniken (Fn. 1) jeweils für mehrere Fragenkomplexe: erstens für die Grundsatzentscheidung, ob ein Verfahren prinzipiell für zulässig oder für generell unzulässig erklärt wird; das erfordert reproduktionsmedizinischspezifische Wertungen; zweitens für die Indikationen, also darum, wer in welcher Konstellation und unter welchen Voraussetzungen Zugang zu prinzipiell zulässigen Verfahren hat; drittens für akzessorische Regelungen, die bisweilen eine erhebliche Steuerungswirkung haben können, etwa das Leistungsrecht gesetzlicher Krankenkassen; viertens für Folgeregelungen, insbesondere familienrechtlicher Natur. Bezüglich des dritten und vierten Regelungskomplexes besteht zudem Regelungsbedarf für Auslandsbehandlungen, insbesondere dann, wenn die Behandlung als solche oder in der gegebenen Personenkonstellation im Inland verboten ist.

¹² RL 2004/23/EG (über menschliche Gewebe und Zellen), umgesetzt durch Gewebegesetz (GewebeG) vom 20.7.2007, das ein reines Mantelgesetz ist und u.a. das Arzneimittelgesetz (AMG), das Transplantationsgesetz (TPG) und das Transfusionsgesetz (TFG) geändert hat; es enthält zumindest auch für Reproduktionsmedizin relevante Regelungen über Umgang, Kryokonservierung etc. von Keimzellen: Kernregelung über Samenbanken; Vorschlag für weitreichende europarechtliche Harmonisierung bei *Magdalena Flatscher-Thöni/Caroline Voithofer* Should Reproductive Medicine Be Harmonized Within Europe?,

Vergleich nationaler Regelungskonzeptionen sehr gut. Denn der Rechtsvergleich wird kaum durch supranationales Recht gestört.¹³

Jenseits der Liberalisierungswirkung, die die europäischen Grundfreiheiten für Auslandsbehandlungen haben,¹⁴ ist einige Rechtsprechung des EGMR auf der Grundlage der EMRK zu nennen.¹⁵ Völkerrechtliche

European Journal of Health Law 22 (2015), 61 (72 ff.), differenziert dazu *Guido Pennings* Legal harmonization and reproductive tourism in Europe, *Human Reproduction* 19 (2004), 2689 ff.

¹³ Vielleicht gerade deshalb sind die Diskurse zur Reproduktionsmedizin in einem hohen Grad rechtsvergleichend geprägt. Es gibt kaum einen anderen Rechtsbereich, in dem es in ähnlicher Weise zum Standard gehört, die Regelungen anderer Staaten und fremdsprachige Literatur heranzuziehen. Natürlich sind die Ambitionen dabei unterschiedlich – mal findet sich ein eher anekdotischer Hinweis darauf, was in Indien so alles erlaubt sei, häufig wird der Anspruch an eine methodisch abgesicherte Rechtsvergleichung aber auch eingelöst. Insgesamt zeichnen sich die Diskurse – in Deutschland nicht anders als in Frankreich oder Großbritannien – durch einen ungewöhnlich hohen Anteil rechtsvergleichender Fragestellungen aus. Offenbar ist es so, dass gerade das weitgehende Fehlen supra- und internationalrechtlicher Vorgaben dazu führt, dass die Kontingenz des Diskurses und der rechtlichen Regelungen im eigenen Staat bewusst reflektiert wird. Kompensatorische Anstrengungen in der Rechtsvergleichung, zumindest in der Wahrnehmung ausländischer Regelungskonzeptionen und Diskussionen, sind daher in diesem Feld weit verbreitet. Die Diskurse über die Regulierung der Reproduktionsmedizin können wir uns deshalb nicht als national oder sprachlich geschlossene Diskurse vorstellen. Argumente, Regelungskonzeptionen etc. aus anderen Staaten sind durchweg präsent. Gleichwohl unterscheiden sich die Diskurse in der Bedeutung, die einzelnen Argumenten zugemessen wird etc. Hier zeigen sich nationale Prägnungen, andere historische Erfahrungen, unterschiedliche verfassungsrechtliche Vorgaben und nationale Diskursstrukturen.

¹⁴ Zur Erfassung medizinischer Auslandsbehandlungen durch die Dienstleistungsfreiheit EuGH, 28.4.1998, Rs. C-158/96 (Kohl); Einordnung dieser grundfreiheitlichen Sicht auf Auslandsbehandlungen in größere gesundheitspolitische Kontexte durch *Tamara K. Hervey/Jean V. McHale* Law, health and the European Union, *Legal Studies* 25 (2005), 228 (insb. 257 zu reproduktionsmedizinischen Auslandsbehandlungen); zur tatsächlichen Nutzung der dadurch eröffneten Möglichkeiten reproduktionsmedizinischer Auslandsbehandlungen innerhalb der EU *Francoise Shenfield et al.* Cross border reproductive care in six European countries, *Human Reproduction* 25 (2010) 1361; zur Ablehnung von Erstattungsansprüchen für reproduktionsmedizinische Auslandsbehandlungen, die im Inland verboten sind, BSG, NJW 2002, 1517 (gesetzliche Krankenversicherung) und BGH, FamRZ 2017, 1365 (mit Anm. *Lüttringhaus* Auslandsbehandlungen (Fn. 10), 2005); zu weiterer EuGH-Rechtsprechung mit reproduktionsmedizinischen Bezügen *Stéphanie Hennette-Vauchez* Human Embryos as Persons in EU Law, in: Loïc Azoulay/Ségolène Barbou des Places/Etienne Pataut (Hrsg.) *Constructing the Person in EU Law: Rights, Roles, Identities*, 2016, 259 (266 f.). Zu den Motiven für Reproduktionsreisen und den bevorzugten Zielstaaten am Beispiel von Bürgern des Vereinigten Königreichs *Lorraine Culley et al.* Crossing borders for fertility treatment: motivations, destinations and outcomes of UK fertility travellers, *Human Reproduction* 26 (2011), 2373 ff.

¹⁵ Überblick über EGMR-Rechtsprechung zu reproduktiven Rechten und der Nutzung reproduktionsmedizinischer Verfahren bei *Flatscher-Thöni/Voithofer* Reproductive Medi-

Abkommen speziell zur Reproduktionsmedizin kommen mangels internationalen Konsenses erst gar nicht zu Stande oder werden nur von wenigen

cine (Fn. 12), 68 ff.; kritische Diskussion zur Österreich betreffenden EGMR-Rechtsprechung, nach der das Verbot der IVF mit gespendeten Gameten mit der EMRK kompatibel ist (EGMR, 3.11.2011, S.H. and Others v. Austria, No. 57813/00), durch *Mike Sanderson A New Approach to Sex-Based Classifications in the Context of Procreative Rights: S.H. & Others v. Austria in Context*, European Journal of Health Law 20 (2013), 21. Die EGMR-Rechtsprechung betrifft im Übrigen vor allem zwei Einzelfragen:

a) den Personenstand von Kindern nach Leihmutterschaft im Ausland, dazu keine Verurteilung Italiens durch EGMR, das eine russische Entscheidung zu Gunsten italienischer Wunscheltern nicht anerkennen wollte (EGMR, 27.1.2015, Paradiso und Campanelli v. Italien, No. 25358/12); Überblick bei *Tobias Helms* Leihmutterschaft – ein rechtsvergleichender Überblick, StAZ 2013, 114; vertiefend für die Schweiz: *Bundesamt für Justiz, Direktionsbereich Öffentliches Recht, Fachbereich Rechtsetzungsbegleitung I* Gutachten vom 15. Mai 2013 über „Anerkennung ausländischer Entscheide, durch die gestützt auf eine Leihmutterschaft ein Kindesverhältnis erstellt wird: Verfassungsmäßigkeit und Vereinbarkeit mit dem Übereinkommen über die Rechte des Kindes“, Abdruck in: Bericht des Bundesrates vom 29. November 2013 zur Leihmutterschaft <<https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/aktuell/news/2013/2013-11-29/ber-br-d.pdf>> (Stand 11.10.2018); zudem zwei Urteile der französischen *Cour de Cassation* aus 2013 (*Cour de Cassation*, 13.9.2013, Nr. 12-30.138 und Nr. 12.18-315 <www.legifrance.gouv.fr> (Stand 11.10.2018), Urteilsdiskussion bei *Frédérique Ferrand et al.* Entwicklungen im französischen Familienrecht 2013–2014, FamRZ 2014, 1506 [1507]). Es ging um das Problem des Personenstands von Kindern nach einer Leihmutterschaft im Ausland. Die *Cour de Cassation* rekurriert auf das gesetzliche Verbot der Leihmutterschaft in Frankreich und sieht in der ausländischen Leihmutterschaft einen Fall der Gesetzesumgehung, *fraus legis, fraude de la loi*. Wegen dieses Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot könnten die Kinder den französischen Wunscheltern nicht familienrechtlich zugeordnet werden, weil das die Gesetzesumgehung perpetuieren würde. Den im Gerichtsverfahren vorgetragenen Einwand, dass das Wohl des Kindes ein anderes Ergebnis gebiete, hat der Kassationshof ausdrücklich zurückgewiesen. Die Diktion des Kassationshofs klingt rigoristisch und ist tatsächlich rigoros. Durchgesetzt wird die formale Beachtung der französischen Rechtsordnung. Eine Abwägung mit dem Kindeswohl oder Elternrechten wird ausdrücklich verweigert. Nach – französischen – Kommentaren zu dieser Rechtsprechung platziert die *Cour de Cassation* diese Kinder dort, wo einst die schuldlos Ungetauften vermutet wurden: im Limbus, in der „Vorhölle des Rechts“ (Zitat nach *Paul Lagarde* Die Leihmutterschaft – Probleme des Sach- und Kollisionsrechts, ZEuP 2015, 233 [239]). Errettet hat sie der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte, der Frankreich wegen dieser Rechtsprechung verurteilt hat, und zwar wegen Verstoßes gegen das Recht auf Achtung des Familienlebens. Die *Cour de Cassation* hat ihre Rechtsprechung 2015 entsprechend korrigiert (Nachweise: *Comité Consultatif National d’Ethique pour les sciences de la vie et de la santé*, Konsultationspapier Nr. 126 vom 15. Juni 2017, „Avis du CCNE sur les demandes sociétales des recours à l’assistance médicale à la procréation (AMP)“, 37 ff. <www.ccne-ethique.fr> (Stand 11.10.2018).

b) Zugangsanspruch homosexueller Paare zu reproduktionsmedizinischen Verfahren: Der EGMR verneint ein solches Recht aus der EMRK mit der Folge, dass auch diese Frage in nationaler Regelungshoheit verbleibt; dazu EGMR, 15.3.2012, Gas et Dubois v. France, No. 25951/07; zudem auch EGMR (GK), 3.11.2011, SH et autres v. Autriche, No. 57813/00 sowie – allerdings ohne Sachentscheidung mangels Erschöpfung des inner-

Staaten ratifiziert: Die unmittelbar einschlägige Europaratskonvention von Oviedo zur Biomedizin¹⁶ ist nur von Frankreich, nicht aber von Deutschland oder Großbritannien ratifiziert.¹⁷ Den Briten ist sie zu restriktiv, Deutschland hält sie für zu liberal. Schließlich ist ein aktuelles Projekt der Haager Konferenz für Internationales Privatrecht zu bezahlten Auslandsleihmutterchaften zu verzeichnen.¹⁸ Aber so drängend eine Regelung wäre, so wenig ist ein internationales Abkommen in Sicht.¹⁹ Wir haben es also ganz überwiegend mit nationaler Rechtsetzung zu tun.²⁰

staatlichen Rechtswegs – EGMR, 16.1.2018, Charron et Merle–Montet v. France, No. 22612/15.

¹⁶ Übereinkommen über Menschenrechte und Biomedizin des Europarates vom 4. April 1997; dazu *Flatscher-Thöni/ Voithofer* Reproductive Medicine (Fn. 12), 67 ff.

¹⁷ <https://www.coe.int/de/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/164/signatures?p_auth=dKSrZGVS> (Stand 11.10.2018).

¹⁸ <<https://www.hcch.net/de/projects/legislative-projects/parentage-surrogacy/>> (Stand 11.10.2018); dazu *Katarina Trimmings/Paul Beaumont* International Surrogacy Agreements: An urgent need for Legal Regulation at the International Level, *Journal of Private International Law* 7 (2011), 627, *Paul Beaumont/Katarina Trimmings* Regulating International Surrogacy Agreements, *International Family Law* 2012, 125; *Erin Nelson* Global Trade and Assisted Reproductive Technologies: Regulatory Challenges in International Surrogacy, *Journal of Law, Medicine & Ethics* 41 (2013), 240; *Daniel Gruenbaum* Foreign Surrogate Motherhood: mater semper certa erat, *American Journal of Comparative Law* 60 (2012), 475 (488 ff.); *Martin Engel* Cross-Border Surrogacy: Time for a Convention?, in: *Katharina Boele-Woelki/Nina Dethloff/Werner Gephart* (Hrsg.) *Family Law and Culture in Europe*, 2014, 199; zu den abstammungsrechtlichen Fragen von Auslandsleihmutterchaften *Konrad Duden*, *Leihmutterchaft im Internationalen Privat- und Verfahrensrecht – Abstammung und ordre public im Spiegel des Verfassungs-, Völker- und Europarechts*, 2015, *ders.*, *International Surrogate Motherhood*, *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 23 (2015), 637.

¹⁹ Zum Regelungsbedarf auf internationaler Ebene *Katharina Boele-Woelki*, (Cross-Border) Surrogate Motherhood: We need to take action now, in: *A Commitment to Private International Law – Essays in Honour of Hans van Loon*, 2013, 47 ff.; bis 2020 sind auf der Ebene der Haager Konferenz für Internationales Privatrecht zunächst weitere Expertenkonferenzen zur Vorbereitung eines völkerrechtlichen Abkommens terminiert.

²⁰ Diese Dominanz einzelstaatlicher Regelungen schafft freilich ein Problem, vor allem in Bezug auf das reproduktive Reisen, leicht pejorativ Fortpflanzungstourismus genannt. Er ist nicht generell problematisch, sondern unter dem Aspekt eines Wettbewerbs der Rechtsordnungen (u.a. *Karl M. Meessen* Prinzip Wettbewerb, *JZ* 2009, 697 (703 ff.)); zudem *Anne Peters* bzw. *Thomas Giegerich* Wettbewerb von Rechtsordnungen, *VVDStRL* 69 (2010), 7 bzw. 57) und der Wahlfreiheit für den Einzelnen nützlich. Dass die Steuerungskraft des nationalen Rechts an der Staatsgrenze endet, wird indes zu einer ethischen Herausforderung und zu einem Rechtsproblem spätestens nach Rückkehr ins Inland. In der Regel geht es um den Personenstand von Kindern nach einer ausländischen Leihmutterchaft; rechtsvergleichender Überblick dazu bei *Helms* Leihmutterchaft (Fn. 15), 114; vertiefend für die Schweiz: *Bundesamt für Justiz* Gutachten vom 15. Mai 2013 (Fn. 15).

b) *Funktionale Surrogate des deutschen Staatskonzepts*

Nach einem Regelungsauftrag „für den Staat“ kann man allerdings nur in Bezug auf die deutsche Rechtsordnung und auf der Basis des deutschen Staatskonzepts fragen. Der britischen Rechtsordnung ist dieses Konzept des Staates bekanntlich fremd. Funktional treten teilweise *the crown*, teilweise *government* an seine Stelle, ohne dass das jeweils deckungsgleiche Konzepte wären. Frankreich spricht von der *république* oder der *nation*, durchaus auch vom *état républicain*, so dass das Staatskonzept zwar vorhanden, aber der Staatsbegriff doch anders qualifiziert, mit anderen Bedeutungsgehalten aufgeladen ist.

Rechtsvergleichend ist also Vorsicht geboten. Das ist nicht so sehr eine terminologische, sondern vor allem eine inhaltliche Frage. Denn hinter den Begriffen stehen andere Konzepte: andere Staatsverständnisse und Staatsaufgabenlehren, andere Vorstellungen, was den Staat, was *government* oder die *république* eigentlich ausmacht, wozu sie berufen sind, wie sie agieren. Daraus leiten sich andere Erwartungen an die Gesetzgebung oder an hoheitliche regulatorische Maßnahmen zur Reproduktionsmedizin ab.

2. *Regelungsziele und Erwartungen an die Gesetzgebung*

a) *Deutschland: Das Recht der Reproduktionsmedizin als konkretisiertes Verfassungsrecht*

Den Regelungsauftrag für den Staat wird man in Deutschland weitgehend darin erblicken müssen, die materiellen Vorgaben der Verfassung auszubuchstabieren: insbesondere die Grundrechtspositionen aus Art. 1, 2, 3 des Grundgesetzes zu achten, vor allem das Recht auf reproduktive Selbstbestimmung als Ausdruck des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts,²¹ dies in einen Ausgleich mit anderen Verfassungspositionen zu bringen und dabei verfassungsrechtlichen Schutzaufträgen zu genügen. Welche Position auch immer man betont – stets wird von verfassungsrechtlichen Regelungsaufträgen aus gedacht und argumentiert:²² Das Recht der Reproduktionsmedizin als konkretisiertes Verfassungsrecht.

²¹ Zum Gewährleistungsinhalt *Kersten* Regulierungsauftrag (Fn. 6), 1249.

²² Bspw. jüngst *Kersten* Regulierungsauftrag (Fn. 6), 1248: „verfassungsrechtlicher Anspruch auf ein Fortpflanzungsmedizinrecht, das die aktuellen biowissenschaftlichen und bioethischen Entwicklungen normativ reflektiert“, ebenso *Christian F. Majer* Die Vermietung des eigenen Körpers – Verträge über Leihmutterschaft und Prostitution, NJW 2018, 2294 (2295 f., 2298 zur Leihmutterschaft); seltene Ausnahme: *Elisabeth Beck-Gernsheim* Ist das Embryonenschutzgesetz anachronistisch geworden? Sollen wir das Verbot von Leihmutterschaft aufheben?, in: Beate Ditzen/Marc-Philippe Weller (Hrsg.) Regulierung der Leihmutterschaft, 2018, 47.

Natürlich ist das alles umstritten: die Konstitutionalisierung – oder Überkonstitutionalisierung – im Allgemeinen und die Schutzpflichtendogenetik im Besonderen. Am Ende lesen wir die Argumente zur Reproduktionsmedizin vielleicht eher in das Grundgesetz hinein, als dass wir sie aus der Verfassung ableiten könnten. Aber gerade im Kontrast zu den anderen Staaten prägt diese Konstitutionalisierung doch sehr deutlich den Handlungsrahmen des deutschen Gesetzgebers unter Kontrolle durch das Bundesverfassungsgericht.²³ Der Handlungsrahmen wird materiell abgesteckt und steht prinzipiell fest. Die Wertdebatte²⁴ wird in aller Regel mit verfassungsrechtlichen Argumenten geführt, als Konflikt über Verfassungsnormen und deren Auslegung.

Frankreich und Großbritannien kennen demgegenüber kaum verfassungs- oder grundrechtsbezogene Diskurse zur Reproduktionsmedizin. Eine abschließende Erklärung dafür wird man kaum finden, wenn man allein auf Unterschiede im normhierarchischen Rang der jeweiligen Grundrechtsdokumente verweist oder auf die Stellung der Verfassungsgerichtsbarkeit und auf die verfassungsgerichtlichen Kontrollmaßstäbe gegenüber Parlamentsgesetzen.²⁵ Man *könnte* auch in Frankreich und Großbritannien grundrechtlich argumentieren, vor allem mit Blick auf die EMRK. Die Erwartungen an die Gesetzgeber im Bereich der Reproduktionsmedizin leiten sich aber vorrangig aus anderen Überlegungen ab.

²³ Einen Vorteil hat die deutsche Neigung, den Wertkonflikt über das Recht der Reproduktionsmedizin als Konflikt über Verfassungsnormen zu führen: Der Konflikt wird dadurch aus der Unlösbarkeitsfalle herausgeführt, in der Wertkonflikte vielfach gefangen sind. Er wird dadurch verfassungsgerichtlich entscheidbar, freilich an Hand eines materiellen, prinzipiell statischen Maßstabs, der Verfassung, in der Interpretationshoheit des Bundesverfassungsgerichts.

²⁴ Instruktiv zur Unterscheidung von Wert- und Interessenkonflikten bzw. Varianten und Alternativen, z.B. teilbare/nicht teilbare Konflikte etc. (und mit historischem Überblick seit dem Begründer dieser Unterscheidung: *Vilhelm Aubert* Competition and dissensus: two types of conflict and conflict resolution, *Journal of Conflict Resolution* 7 [1963], 26): *Ulrich Willems* Wertkonflikte als Herausforderung der Demokratie, 2016, 11 ff. Verfassungsrechtliche Argumente gelten in Deutschland als legitime und starke Argumente. Sie werden nicht nur dort vorgetragen, wo die Entscheidungssituation einen Selektionsmechanismus – systemtheoretisch: eine entsprechende Kodierung – vorgibt, also vor dem Bundesverfassungsgericht. Dessen Maßstab wird antizipiert: Auch die Theologen im Deutschen Ethikrat sprechen von der Würde des Menschen, nicht von seiner Gottesebenbildlichkeit. Liegt es daran, dass deutsche Theologen einer genuin religiösen Begründung gesamtgesellschaftlich wenig Überzeugungskraft zutrauen – oder möchten sie sie anderen nicht zumuten? Zu konstatieren sind jedenfalls Übersetzungsleistungen in einen Diskurs, der als Verfassungsdiskurs geführt wird.

²⁵ Verfahren der *question prioritaire de constitutionnalité* (QPC) bzw. in Großbritannien die *declaration of incompatibility* nach sec. 4 Human Rights Act (HRA) 1998.

b) *Frankreich: Das Recht der Reproduktionsmedizin als Ausdruck der volonté générale*

Gesetzgebung dient in Frankreich dazu, gesellschaftliche Wertvorstellungen in Gesetzesform zu überführen und damit verbindlich zu machen: das Recht der Reproduktionsmedizin nicht als konkretisiertes Verfassungsrecht, sondern als Ausdruck der *volonté générale*.

Diese Perzeption des Gesetzes als zentrales demokratisches Gestaltungsinstrument führt zu anderen Begründungen für die Argumente, die in den französischen Diskursen zur Reproduktionsmedizin vorgebracht werden: Es sind die Werte, die eine demokratische Gesellschaft begründen, die *valeurs de la République*, breiter gesellschaftlicher Konsens,²⁶ die historische Entwicklung der Emanzipation,²⁷ Freiheits- und Gleichheitsansprüche,²⁸ aber kaum die Französische Verfassung mit ihrer Inkorporation der Menschenrechtserklärung von 1789 oder die EMRK.²⁹ Aus dieser Verfassungsunabhängigkeit der Diskurse spricht das Selbstbewusstsein einer demokratischen Gesellschaft, die ihre Maßstäbe in ihrer Geschichte, in ihren kollektiven Prägungen, in den republikanischen Idealen der Freiheit, der Gleichheit und der Brüderlichkeit findet.³⁰

²⁶ Bspw. für einen Anspruch des Kindes auf Kenntnis seiner Abstammung: *Comité Consultatif National d’Ethique* Bericht vom Juni 2018: <http://www.ccne-ethique.fr/sites/default/files/rapport_de_synthese_ccne_bat.pdf> (Stand 11.10.2018), 108 f.: „importance pour l’enfant d’avoir accès à ses origines est assez consensuelle“, ähnlich 110 für weitere Argumente.

²⁷ *Comité Consultatif National d’Ethique* Konsultationspapier 126 (Fn. 15), 19: „La demande d’IAD [scil. bei lesbischen Paaren] s’inscrit dans une évolution historique d’émancipation des personnes, de revendications de liberté et d’égalité ...“ Dass es ein Fortschrittsparadigma gebe, nach dem die Entwicklung der Menschenrechte zwangsläufig auf ihre volle Entfaltung hinauslaufe, nämlich die volle Reproduktionsfreiheit bei Inklusion aller, wird auch in Deutschland teilweise vertreten, bspw. *Gutmann* Reflexionen (Fn. 3), 46 ff.

²⁸ *Comité Consultatif National d’Ethique* Konsultationspapier 126 (Fn. 15), 18: „La liberté fait partie des valeurs qui fondent une société démocratique. Elle comprend la liberté des femmes de procréer, ou non.“ 19: „La demande d’IAD [scil. bei lesbischen Paaren] s’inscrit dans une évolution historique d’émancipation des personnes, de revendications de liberté et d’égalité ...“

²⁹ Ansätze einer verfassungsbezogenen Herleitung des Würdearguments: *Conseil d’Etat*, Révision de la loi de bioéthique: quelles options pour demain?, 28.6.2018, 37 ff., freilich auch dort eingebunden in zahlreiche andere Herleitungszusammenhänge (u.a. Privatrecht, Geschichte, nämlich Abschaffung der Sklaverei).

³⁰ Strukturell ist dieser Diskussionsansatz mit dem Verweis auf den Nationalsozialismus in Deutschland vergleichbar: Die traumatisierende kollektive Erfahrung stiftet heute – ein Glück – in bestimmten Punkten Orientierungsgewissheit, die sich aus der Geschichte und nicht aus der Verfassung speist.

Welche Konsequenzen hat dieser andere Bezugsrahmen, hat die andere Herleitung der Argumente im deutsch-französischen Vergleich? In der Sachdiskussion bestehen teilweise deutliche Parallelen. So findet sich etwa die Kant'sche Objektformel zur Würde des Menschen³¹ auch in den Stellungnahmen des französischen Ethikrats zur Leihmutterschaft: dort als Ablehnung einer *reification*, einer Verdinglichung des Kindes, dessen Körper und Person nicht in eine *position d'objet* gebracht werden dürfen.³² Die vergleichbaren Sachargumente gegen Leihmutterschaften führen in Deutschland wie in Frankreich jeweils zu ihrem generellen Verbot.³³

Die andere normative Verankerung der Argumente begründet aber grundsätzlich andere Erwartungen an die Dynamik der Gesetzgebung. Dem deutschen Verfassungsumsetzungsgebot genügt grundsätzlich eine statische Gesetzgebung. Von der Verfassung kann man keinen Impuls zu gesetzlichen Neuregelungen mehr erwarten, wenn ihre Anforderungen einmal Gesetzesform gefunden haben. Ganz im Gegenteil: Auch wenn die Grundgesetzinterpretation sich gewandelten gesellschaftlichen Vorstellungen nicht strikt verschließt und neue tatsächliche Erkenntnisse zu einer veränderten verfassungsrechtlichen Bewertung zwingen können,³⁴ so behindert eine starke verfassungsrechtliche Determinierung doch tendenziell gesetzliche Neukonzeptionen.

Die Werte einer demokratischen Gesellschaft sind demgegenüber schon vom Grundsatz her ein offenes, veränderbares Konzept. Das eröffnet in Frankreich die Möglichkeit, zur Beantwortung ethisch strittiger und diffiziler Fragen auf prozedurale Mechanismen statt auf Verfassungsinterpretation und Gerichtsentscheidungen zu setzen.³⁵ Man kann das sehr gut am Stil, an der Diktion, nicht zuletzt auch am schlichten Umfang der Dokumente des *Conseil d'Etat* ablesen, der ja in Frankreich eine Doppelfunktion als Bera-

³¹ Zurückgehend auf *Immanuel Kants* Instrumentalisierungsverbot, von *Günter Dürig* in den deutschen Verfassungsdiskurs eingeführt und z.T. auch vom BVerfG aufgegriffen; zur Genese und Kritik der Objektformel *Horst Dreier* in: ders. (Hrsg.) *Grundgesetz Kommentar*, Bd. I, 3. Aufl. 2013, Art. 1 I Rn. 55.

³² *Comité Consultatif National d'Ethique* Konsultationspapier 126 (Fn. 15), 34, 40: Eine „*position d'objet*“ des Körpers und der Person des Kindes im Falle einer Leihmutterschaft wäre „*incompatible avec les principes généraux du droit*“. So zu denken erscheint anderen als „schlicht abwegig“, weil sie das Menschenwürdeargument nur als autonomieförderndes Argument akzeptieren, *Gutmann* Reflexionen (Fn. 3), 56.

³³ Nach britischem Verständnis wirft die Leihmutterschaft hingegen keine Würdeprobleme auf, im Einzelfall aber unter Umständen Ausbeutungsprobleme: Nur das Arrangieren *bezahlter* Leihmutterschaften steht daher dort unter Strafe (oben Fn. 8).

³⁴ Zu Dynamisierung der bioethischen Gesetzgebung durch neue Erkenntnisse noch näher unten III. 2. und IV. 2.; zudem *Kersten* Regulierungsauftrag, 1251.

³⁵ Es geht um eine „*éthique de la discussion et de l'échange*“: *Comité Consultatif National d'Ethique* Bericht (Fn. 26), 9.

tungsorgan und als Gericht hat. In seiner gerichtlichen Funktion formuliert er stets apodiktisch kurz. Über das Recht der Reproduktionsmedizin urteilt aber kein französisches Gericht. Vielmehr hat der *Conseil d'Etat* im Sommer 2018 ein großes Gutachten zur geplanten Revision des Bioethikgesetzes³⁶ erarbeitet. Dieses Gutachten ist lang: viele hundert Seiten. Es ist differenziert, zeigt Handlungsoptionen auf und wägt die Argumente ausführlich ab. Das wäre in einer justiziellen Logik in Frankreich undenkbar.

Der Rechtsvergleich hängt also von der richtigen Vergleichsperspektive ab: Im Vergleich zu französischen Gerichten ist der Stil des Bundesverfassungsgerichts diskursiv, auf argumentative Überzeugung angelegt. Im Vergleich zu so einem Gutachten wirkt aber plötzlich der Urteilsstil des Bundesverfassungsgerichts autoritär. Dadurch, dass über das Recht der Reproduktionsmedizin in Frankreich am Ende nicht in einem Gerichts-, sondern abschließend im Gesetzgebungsverfahren entschieden wird und der *Conseil d'Etat* dementsprechend nicht in seiner justiziellen, sondern in seiner beratenden Funktion tätig wird, wird ein Freiraum für die diskursive Auseinandersetzung eröffnet.

c) *Großbritannien: Das Recht der Reproduktionsmedizin als Handbuch des Qualitätsmanagements für Reproduktionskliniken*

Schließlich der Regelungsauftrag für die Reproduktionsmedizin in Großbritannien, wo so gut wie nichts verboten ist. Das Regularienwerk der britischen Regulierungsbehörde für die Reproduktionsmedizin umfasst aber 308 Seiten. Wofür braucht man, wenn nichts verboten ist, 308 Seiten voller Regeln? In Großbritannien geht es darum, hohe Qualitätsstandards für reproduktionsmedizinische Behandlungen zu gewährleisten, ohne dabei die medizinischen Möglichkeiten und die individuelle Freiheit zu beschneiden: Die Gesetzgebung zur Reproduktionsmedizin soll nichts anderes liefern als ein Handbuch des Qualitätsmanagements für Reproduktionskliniken.

Die britischen Regelungen konzentrieren sich daher auf die institutionellen und personellen Qualifikationsanforderungen, die Reproduktionskliniken erfüllen müssen: Die 308 Seiten sind voller *licencing conditions*. In deutscher Diktion arbeitet das britische Recht vor allem mit dem Instrument des präventiven Verbots mit Erlaubnisvorbehalt, um Qualitätsstan-

³⁶ Näher noch unten III.2.; zum Verfahrensstand: Der Gesundheitsminister plant die Einbringung eines Gesetzesentwurfs in die parlamentarischen Beratungen im Herbst 2018 mit dem Ziel einer Verabschiedung des revidierten Gesetzes vor dem 1. September 2019 <http://circulaire.legifrance.gouv.fr/pdf/2017/12/cir_42790.pdf> (Stand 11.10.2018); Bestellung der Berichterstatter im Senat am 12.07.2018 <<http://www.senat.fr/comptendu-commissions/20180709/opecst.html>> (Stand 11.10.2018).

dards sicherzustellen.³⁷ Darin zeigt sich die Denkweise des *New Public Management*, das seit *Thatcher* und *New Labour* das britische Verständnis von *government* prägt, und zwar unabhängig davon, ob *government* im gesetzgeberischen oder im exekutiven Handlungsmodus agiert: Parlament und Regierung sollen nicht die Bürger reglementieren, sondern für ein vernünftiges, vor allem effizientes Funktionieren des staatlichen Gesundheitswesens sorgen. Der Regelungsauftrag des Reproduktionsmedizinrechts liegt daher im Qualitätsmanagement für, nicht im Verbot von Behandlungsmethoden.

Neben dem *New Public Management* wirken hier die Freiheitstradition des *Common Law* und die historische Erfahrung, dass das Parlament immer dem Schutz der Freiheit gedient hat. Es gilt daher üblicherweise nicht als Aufgabe parlamentarischer Gesetzgebung, gesellschaftlich strittige Fragen im Verbotswege zu regeln oder in die Freiheit des einen einzugreifen, um Rechtsgüter oder Interessen anderer zu schützen. Das Gebot des Respekts vor der Freiheit des einzelnen ist in der *Common-Law*-Tradition nicht verfassungsrechtlich als Grundrecht ausgebildet, aber gleichwohl wirkmächtig. Diese Denkweise erklärt ein Stück weit auch den *Brexit*. Er wird ungeachtet seiner mit Händen zu greifenden Nachteile teilweise nach wie vor als Selbstbefreiung aus einer Union wahrgenommen, die alles reglementieren wolle und dadurch die wirtschaftliche Entwicklung und den technologischen Fortschritt fessele – konkret: die Entwicklungspotentiale der Biomedizin behindere.

Diese Denkweise bewirkt, dass ethische Streitfragen nicht als verfassungsrechtliche Abwägungsgebote reformuliert und letztlich gar nicht als Rechtsprobleme wahrgenommen werden. Sie bleiben in Großbritannien gänzlich außerhalb der QM-Perspektive des staatlichen Regelungszugriffs auf die Reproduktionsmedizin.

3. *Zwischenresümee*

Zusammenfassend kann man drei ganz unterschiedliche Regelungsaufträge im Bereich der Reproduktionsmedizin konstatieren:

- In Deutschland soll die Gesetzgebung vor allem die – tendenziell statischen – Vorgaben der Verfassung umsetzen. Dass der Regelungsauftrag

³⁷ Auch in Frankreich bedürfen reproduktionsmedizinische Zentren einer Zulassung, die dort von der *Agence de la biomédecine* erteilt wird, einer *autorité administrative indépendante*, deren institutionelle Stellung mit der britischen *Human Fertilisation and Embryology Agency* vergleichbar ist. Die französische Behörde agiert allerdings in einem gesetzlich weitaus intensiver reglementierten Handlungsumfeld, während sich die britische Behörde ihren Handlungsrahmen zu einem erheblichen Teil selbst setzt.

an den Gesetzgeber verfassungsrechtlich determiniert ist, ist konsentiert, so umstritten es ist, *wie* dann die einzelnen Verfassungspositionen zu gewichten sind.

- In Frankreich dient die Gesetzgebung demgegenüber dazu, die – sich tendenziell dynamisch entwickelnden – Wertvorstellungen der Gesellschaft in die verbindliche Form des demokratischen Gesetzes zu bringen.
- In Großbritannien soll *government* für Qualität im Gesundheitswesen sorgen, ohne Freiheiten einzuschränken.

III. Regelungstechniken für das Recht der Fortpflanzungsmedizin im Rechtsvergleich

1. *Deutschland: Gestufte Rechtsetzung mit Verweis auf ärztliches Standesrecht*

In Deutschland ist der parlamentarische Gesetzgeber seinem verfassungsrechtlichen Regelungsauftrag bislang nur in eingeschränkter Form nachgekommen. Er hat allerdings schon früh Pflöcke eingeschlagen: Soweit er sich verpflichtet gesehen hat, grundrechtlichen Schutzpflichten zu entsprechen, ist er dieser Verpflichtung 1990 mit dem Erlass des Embryonenschutzgesetzes nachgekommen. Was darin aber nicht für strafbar erklärt wurde, blieb gesetzlich ungeregelt.³⁸

Die ursprüngliche Begründung für diesen teils rigiden, teils minimalistischen Regelungsansatz ist mit der Schaffung einer konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz für die Fortpflanzungsmedizin 1994 entfallen.³⁹ Der Kompetenztitel ist bislang allerdings nicht für ein umfassendes Reproduktionsmedizingesetz nach österreichischem oder schweizerischem Vorbild⁴⁰

³⁸ Überblick über regelungsbedürftige Fragen in: *Nationale Akademie der Wissenschaften Leopoldina* Ein Fortpflanzungsmedizingesetz für Deutschland, 2017, Diskussion Nr. 13, 6 ff.

³⁹ Art. 74 I Nr. 22 GG, 2006 umformuliert.

⁴⁰ Österreich und die Schweiz haben ihre Fortpflanzungsmedizingesetze, die jeweils umfassenden Regelungsansätzen folgen, 2015 bzw. 2017 grundlegend reformiert. In der Schweiz sind Einzelaspekte der Reproduktionsmedizin zudem in der Bundesverfassung geregelt (Art. 118b, 119 Bundesverfassung), eine weltweit singuläre Regelung auf verfassungsrechtlicher Ebene, dies zudem auf der Basis von zwei Volksabstimmungen, zuletzt 2015, dazu *Markus Möstl* Volksabstimmungen und Biopolitik, in: Stephan Rixen (Hrsg.) *Die Wiedergewinnung des Menschen als demokratisches Projekt*, Bd. II, 2018, 151 (153 ff.), *ders.* Elemente direkter Demokratie als Entwicklungsperspektive, *VVDStRL* 72 (2013), 361; skeptisch zur Übertragbarkeit der (insgesamt positiven) schweizerischen Erfahrungen mit biopolitischen Referenden auf Deutschland *Cornelia Hagedorn* Legitime Strategien der Dissensbewältigung in demokratischen Staaten, 2013, 420, die freilich ande-

genutzt worden.⁴¹ Aufforderungen zu gesetzgeberischem Handeln gibt es genug⁴² – ich vermute, wir hören sie auch gleich in der Diskussion wieder. Doch sie verhalten bislang ungehört.

Punktueller Regelungen mit Bezug zu reproduktionsmedizinischen Verfahren finden sich allerdings im Transplantationsgesetz.⁴³ Es sieht – in der heutigen Form seit 2007⁴⁴ – eine gestufte Rechtsetzung vor: nämlich auf gesetzlicher Grundlage im Transplantationsgesetz eine Rechtsverordnung des Bundesministeriums für Gesundheit⁴⁵ und ergänzend, wiederum gesetzlich vorgesehen, die Definition des Standes der medizinischen Wissenschaft durch die Bundesärztekammer.⁴⁶ Die ältere, bis heute nachwirkende

rerseits (412 f.) die zweifelhafte These verfißt, dass die Positionen innerhalb politischer Parteien in biopolitischen Fragen so uneinheitlich seien, dass sie ihre Vermittlungsfunktion in diesem Bereich nur eingeschränkt wahrnehmen könnten; ähnlich *Silja Vöneky* Recht, Moral und Ethik – Grundlagen und Grenzen demokratischer Legitimation für Ethikgremien, 2010, 177 ff.; dagegen zu Recht *Mösl* Volksabstimmungen (Fn. 40), 162 f.

⁴¹ Entsprechende rechtspolitische Vorstöße durch *Ulrich Gassner et al.* Fortpflanzungsmedizingesetz. Augsburg-Münchner-Entwurf (AME-FMedG), 2013.

⁴² Sie reichen auch zeitlich weit zurück, etwa schon – in der Sache differenzierend nach Behandlungsmethoden – *Rudolf Neidert* Brauchen wir ein Fortpflanzungsmedizingesetz?, MedR 1998, 347.

⁴³ Menschliche Keimzellen (Ei- und Samenzellen) sind Gewebe im Sinne von § 1a Nr. 4 TPG (BT-Drs. 16/3146, 23); siehe im Einzelnen Fn. 12.

⁴⁴ Eingeführt durch Art. 1 GewebeG.

⁴⁵ Rechtsgrundlage § 16a TPG, darauf basierend die Verordnung über die Anforderungen an Qualität und Sicherheit der Entnahme von Geweben und deren Übertragung nach dem Transplantationsgesetz (TPG-Gewebeverordnung – TPG-GewV), zur Reproduktionsmedizin dort insb. § 6.

⁴⁶ Seit 2017 gilt die Richtlinie zur Entnahme und Übertragung von menschlichen Keimzellen im Rahmen der assistierten Reproduktion, dieses Jahr bereits geändert zur Anpassung an das im Juli in Kraft getretene Samenspenderegistergesetz, Deutsches Ärzteblatt vom 11.05.2018, <https://www.bundesaerztekammer.de/fileadmin/user_upload/downloads/pdf-Ordner/RL/Ass-Reproduktion_Richtlinie.pdf> (Stand 11.10.2018). Die Richtlinie gilt nach Ziffer 1.2. für die Entnahme und Übertragung von menschlichen Keimzellen im Rahmen von Verfahren der assistierten Reproduktion, einschließlich der Insemination und der In-vitro-Fertilisation auch im Rahmen einer Präimplantationsdiagnostik (PID). Die alleinige hormonelle Stimulation (ohne Insemination) wird als Methode nicht von dieser Richtlinie erfasst, ebenso wenig die Eizellspende zur heterologen Verwendung, da diese gemäß § 1 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 ESchG verboten ist. Die Übertragung und Spende von Embryonen (§ 8 Abs. 1 ESchG) wird ebenfalls nicht erfasst. Die Einhaltung des allgemein anerkannten Standes der Erkenntnisse der medizinischen Wissenschaft wird vermutet, wenn diese Richtlinie beachtet wird (§ 16b Abs. 2 TPG). Unabhängig davon, ob die Richtlinien der Bundesärztekammer auch über die Berufsordnungen der Kammern Rechtsverbindlichkeit erhalten können, haben sie faktisch eine hohe Bindungswirkung. Zur professionellen Selbstregulierung durch Ärzte in der Schweiz: *Natassia Gili* Staatliche gesteuerte Selbstregulierung am Beispiel der medizinisch-ethischen Richtlinien der Schweizerischen Akademie der Medizinischen Wissenschaften, 2017.

Kritik, dass der parlamentarische Gesetzgeber in Deutschland das ganze Feld der Reproduktionsmedizin schlechthin der ärztlichen Selbstregulierung überlasse oder „jahrzehntelang“⁴⁷ untätig gewesen sei, ist damit teilweise überholt.

Gleichwohl ist ein Legitimationsproblem der Richtlinien der Bundesärztekammer nicht zu übersehen: Denn Mediziner haben Sachverstand, eine hohe gesellschaftliche Reputation – und Interessen. Das ist nicht illegitim. Auf anderen Gebieten ist aber die Skepsis gegenüber der legitimatorischen Wirkung expertokratischen Sachverstandes weit verbreitet und demokratietheoretisch gut begründet.⁴⁸ Diese Skepsis fällt gegenüber Medizinern tendenziell aus, wäre jedoch auch hier geboten, so sehr Ärzte seit dem Eid des Hippokrates⁴⁹ auch auf das Wohl der Patienten verpflichtet sind.⁵⁰

2. Frankreich: Gesetzliche Dynamik durch regelmäßige Gesetzesrevisionen

a) Zentralität und kontinuierliche Dynamisierung des Bioethikgesetzes

In Frankreich gibt es ein zentrales Gesetz zur Bioethik, das auch die Bestimmungen zur Reproduktionsmedizin umfasst: die *loi relative à la bioéthique*.⁵¹ Dieses Parlamentsgesetz enthält eine Revisionsklausel, nach der es spätestens alle sieben Jahre zu revidieren ist, also gerade jetzt wieder. Angesichts der dynamischen medizinischen und gesellschaftlichen Entwicklungen scheint mir ein solcher Sieben-Jahres-Zeitraum ein sachlich angemessener Revisionsrhythmus.

⁴⁷ So Kersten Regulierungsauftrag (Fn. 6), 1249.

⁴⁸ Zur Diskussion etwa Vöneky Ethik (Fn. 40), 130 ff.

⁴⁹ Dass Ärzte seit dem Eid des Hippokrates auf das Wohl der Patienten verpflichtet sind, verleiht ihnen keine demokratische Legitimation. Fraglich dürfte sein, ob eine pluralistische und pluridisziplinäre Zusammensetzung allein schon ausreicht, Ethikkomitees demokratische Legitimation zu vermitteln, wie es v.a. in der französischen Diskussion verfochten wird, vgl. Sophie Monnier Les Comités d’Ethique et le droit, 2005, 180 ff.; ähnlich Christian Byk/Gérard Mémeteau Le droit des comités d’éthique, 1996, 88 ff.

⁵⁰ Kritik am Einfluss von Medizinern in Beratungsgremien zur Fortpflanzungsmedizin u.a. bei Byk/Mémeteau, droit des comités d’éthique (Fn. 49), 55 f.

⁵¹ Daneben reproduktionsmedizinische Einzelregelungen im Code Civil (art. 311 CC zu den familienrechtlichen Zuordnungen) und im Code de la santé publique (insb. art. 2142 CSP); ursprünglich loi n° 94-654 du 29 juillet 1994 relative au don et à l’utilisation des éléments et produits du corps humain, à l’assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal (zusammen mit zwei weiteren Gesetzen von 1994); sodann loi n° 2004-800 du 6 août 2004; chronologischer Überblick über die französische Gesetzgebung mit Kurzdarstellung der jeweiligen Kernregelung unter <<http://www.ladocumentationfrancaise.fr/dossiers/bioethique/historique-lois-bioethique.shtml>> (Stand 11.10.2018).

b) *Partizipationsprozesse im Vorfeld der Gesetzgebung*

Ein Gesetzentwurf des Gesundheitsministeriums zur Revision des Bioethikgesetzes wird im Oktober 2018 in das parlamentarische Gesetzgebungsverfahren eingebracht werden. Vorbereitet worden ist dies durch eine sehr breit angelegte öffentliche Partizipation unter Verantwortung des französischen Ethikrates⁵² – ein Novum in Frankreich und in dieser Form wohl weltweit.⁵³ Dazu zählten im Frühjahr 2018 etwa 150 Regionaltreffen und Expertenanhörungen und vor allem eine thematisch strukturierte Internetdebatte mit 30.000 Beiträgen und über 300.000 Abstimmungsvoten⁵⁴: „*un véritable exercice de démocratie*“⁵⁵ mit sehr viel *electronic participation*. Das erscheint in der Tat als breite Beteiligung. Mitmachen konnte ja auch jeder, unter anderem ein Münsteraner Juraprofessor, und sei es aus Neugierde an solchen demokratischen Experimentierformen in der Vorbereitung eines Staatsrechtslehrevortrags. Eine einfache Registrierung per E-Mail genügte, Staatsangehörigkeit oder Wohnsitz waren gleichgültig.⁵⁶ *Liquid democracy* in dem Sinne, dass sich feste Grenzen des Legitimationssubjekts verflüssigen.

Thematisch geht es zur Zeit in Frankreich um die Zulassung des „*social freezing*“, also der Konservierung von Eizellen als Vorsorge für einen Kinderwunsch im höheren Alter, und um den Zugang zu reproduktionsmedizinischen Behandlungen für lesbische Paare und alleinstehende Frauen.⁵⁷

⁵² Rechtsgrundlage für die Funktion des Ethikrates in diesem Prozess: Art. 46 des Bioethikgesetzes; Eröffnung der Debatte mit *Comité Consultatif National d’Ethique* Konsultationspapier Nr. 126 (Fn. 15); *ders.* Bericht (Fn. 26), insb. 105 ff. zum Themengebiet Reproduktion, Beteiligungszahlen 106; zuvor *Agence de la biomédecine* Rapport sur l’application de la loi de bioéthique, Januar 2018 <<https://www.agence-biomedecine.fr/IMG/pdf/rapport-loi2018.pdf>> (Stand 11.10.2018).

⁵³ Eingehende Reflexion der Chancen und Risiken der Digitalisierung für die Demokratie durch *Jens Kersten* Schwarmdemokratie, 2017; zum aktuellen französischen Konsultationsprozess aus deutscher Perspektive *Claudia Wiesemann*, Ethik in der Medizin 2018 (<https://doi.org/10.1007/s00481-018-0506-8>) mit dem treffenden Hinweis, dass ethische Positionen nicht allein durch eine lückenlose, philosophisch stichhaltige Argumentationskette überzeugen können, sondern „auch lebensweltliche Erfahrungen widerspiegeln, die Sichtweise der von Entscheidungen betroffenen Personen berücksichtigen und dabei marginalisierten gesellschaftlichen Gruppen eine Stimme verleihen“ müssen, was der französische Ethikrat mit diesem Verfahren getan habe.

⁵⁴ Nachweise bei *Comité Consultatif National d’Ethique* Bericht (Fn. 26); die hochgegriffene Terminologie (états généraux de la bioéthique 2018) erinnert bewusst an die Generalstände der Frz. Revolution.

⁵⁵ *Comité Consultatif National d’Ethique* Bericht (Fn. 26), 8.

⁵⁶ „[O]uverte à tous, sur simple inscription“: *Comité Consultatif National d’Ethique* Bericht (Fn. 26), 12.

⁵⁷ In französischer Diktion: Zulassung reproduktionsmedizinischer Behandlungen aus sozialen Indikationen. Die Unterscheidung von sozialen und medizinischen Indikationen ist

Der öffentliche Konsultationsprozess zeigt typische Zeichen der demokratischen Partizipation des Internetzeitalters: themengebunden, zeitlich begrenzt, durchaus intensiv, aber nicht institutionell gebunden oder verstetigt. Und es war qualitativ eine ernsthafte Debatte auf hohem Niveau, selbst im Internet. Eine gewisse Filterung der Debatte durch staatliche oder staatlich eingesetzte Gremien – der Ethikrat für die Initiierung und Vorstrukturierung des Konsultationsprozesses, der *Conseil d'Etat* für die Auswertung von dessen Ergebnissen – scheint ein wirksames Mittel gegen eine Verrohung der Sprache und eine Banalisierung der Argumente zu sein. Frankreich scheint in der Entwicklung solcher Partizipationsmodelle – oder im Experimentieren mit internetgestützten Beteiligungsformen – weiter als Deutschland zu sein. Auch das französische Parteienspektrum ist ja bereits in dieser Richtung umgebrochen – *la République en marche*: die Bewegung *Macrons* müsste man sagen, wenn der Begriff im Deutschen nicht so belastet wäre.

Die Ergebnisse des öffentlichen Konsultationsprozesses sind in das schon erwähnte Gutachten des *Conseil d'Etat*⁵⁸ und in den Abschlussbericht des Ethikrats eingeflossen.⁵⁹ Bindend ist das Gutachten nicht. Nach den aktuellen politischen Diskussionen in Frankreich wird man es nicht für ausgemacht halten, ob die Position des Ethikrates in diesem Fall entscheidenden – und das hieße: liberalisierenden – Einfluss auf die Gesetzgebung haben wird.⁶⁰

im französischen Recht angelegt, weil Art. L. 152-2 des code de la santé publique in der bisherigen Fassung (bis 2018) die reproduktionsmedizinischen Verfahren (AMP) definiert als Verfahren zur Behebung von pathologischer Unfruchtbarkeit oder zur Vermeidung von (Erb-)Krankheitsübertragung, so dass es bislang nur drei Gründe für reproduktionsmedizinische Behandlungen gibt: Unfruchtbarkeit aus pathologischen Gründen; das Ziel der Vermeidung einer Weitergabe von Krankheiten und medizinische Behandlungen mit sterilisierenden Nebenfolgen, was die Gametenkonservierung rechtfertigt.

⁵⁸ *Conseil d'Etat* Révision de la loi de bioéthique: quelles options pour demain?, 28. Juni 2018.

⁵⁹ *Comité Consultatif National d'Ethique* Konsultationspapier 129, "Contribution du Comité consultatif national d'éthique à la révision de la loi de bioéthique 2018–2019", publiziert am 25.09.2019 <http://www.ccne-ethique.fr/sites/default/files/avis_129_vf.pdf> (Stand 11.10.2018).

⁶⁰ Der Einfluss des Ethikrates auf die französische Gesetzgebung ist für andere Konstellationen gut untersucht: *Stéphanie Dagron* Die demokratische Legitimation des französischen nationalen Ethikrates, *Die Verwaltung* 44 (2011), 1 (14 ff.).

c) *Einbeziehung religiöser Positionen*

Unter den vierzig Mitgliedern des französischen Ethikrates⁶¹, der diesen Konsultationsprozess initiiert und gelenkt hat, sind fünf Persönlichkeiten, die den „*principales familles philosophiques et spirituelles*“⁶² angehören, den philosophischen und spirituellen Hauptströmungen Frankreichs. Ohne sich allzu viel Mühe zu geben, maskiert die Formulierung ein wenig, dass dies primär Vertreter von Religionsgemeinschaften sind, die der Staatspräsident in dieses Gremium beruft: zurzeit eine Katholikin, ein Protestant, ein Jude, ein Muslim, zudem ein Marxist.⁶³ Das entspricht dem Anteil von Theologen im Deutschen Ethikrat, in Frankreich freilich mit größerer religiöser Pluralität.

Die laizistische Französische Republik bindet Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften demnach ohne weiteres in die staatliche Willensbildung ein, und zwar auch institutionell in ganz ähnlicher Weise, wie wir es vom Deutschen Ethikrat kennen. Das ist durchaus konsequent angesichts des Regelungsauftrags für die Reproduktionsmedizin, wie er in Frankreich verstanden wird: nämlich die Wertvorstellungen der Gesellschaft in Gesetzesform zu gießen. Denn Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften formulieren gesellschaftlich relevante Positionen.

Es schafft aber ein Problem mit der traditionellen Lesart des Laizitätsprinzips als Trennung von Staat und Religion im Sinne eines strikten

⁶¹ Über dessen demokratische Legitimation gibt es zahlreiche Untersuchungen; auf Deutsch *Vöneky* Ethik (Fn. 40), 388 ff., sowie *Dagron* Legitimation (Fn. 60), 1 ff.

⁶² Art. 4 § 1° du décret n° 83-132 du 23 février 1983 portant création d'un Comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé, article 2 § 1° du décret relatif au Comité Consultatif National d'Éthique pour les sciences de la vie et de la santé, n° 97-555 mai 1997, article 1er de la loi du 6 août 2004 relative à la bioéthique codifié à l'article L 1412-2 § 1° du code de la santé publique.

⁶³ Der nationale französische Ethikrat ist wie der Deutsche Ethikrat ein staatlich errichtetes Gremium, dessen Mitglieder durch den französischen Staatspräsidenten nach Beteiligung beider Parlamentskammern ernannt werden; Berufungsverfahren für die Mitglieder nach Art. 13 Abs. 5 CF: „... le pouvoir de nomination du Président de la République s'exerce après avis public de la commission permanente compétente de chaque assemblée. Le Président de la République ne peut procéder à une nomination lorsque l'addition des votes négatifs dans chaque commission représente au moins trois cinquièmes des suffrages exprimés au sein des deux commissions.“ Anwendbarkeit dieser Verfahrensnorm der Verfassung auf das CCNE gemäß Annex zur loi organique no 2010-837 vom 23. Juli 2010; zu den Funktionen des französischen Ethikrats: *Christophe Sauvat* Le Comité Consultatif National d'Éthique, 1999, 23 ff.; zu seiner Besetzung, allerdings noch auf Grund der 1992/1997 geschaffenen, mittlerweile modifizierten Rechtslage: ebd. 31 ff.; Forderung zur Erhöhung der Zahl der Mitglieder, die auf Grund ihrer Zugehörigkeit zu den philosophischen Hauptströmungen Frankreichs berufen werden: ebd. 37; allgemeine Forderung nach pluraler Besetzung durch *Sophie Monnier* Les Comités d'Éthique et le droit (Fn. 49), 180 ff.

Kooperationsverbots. Da das Laizitätsprinzip Verfassungsrang hat, kann man es nicht ignorieren, wohl aber umdeuten: Vorstellungen von Laizität im Sinne eines strikten Kooperationsverbots sind in Frankreich auf weiten Strecken verabschiedet. Zunehmend wird das Laizitätsprinzip zu einem Anwendungsfall staatlicher Neutralität ohne eigenen Gehalt herabgestuft.⁶⁴ In dieser Interpretation als schlichtes Neutralitätsgebot steht das Laizitätsprinzip Kooperationen des französischen Staates mit Religionsgemeinschaften nicht entgegen: im Ethikrat gleich fünffach, Marxismus eingeschlossen.

3. *Großbritannien: Dominanz von exekutivem Recht und soft law der Regulierungsbehörde*

a) *Parlamentsrecht*

Unter den erwähnten 308 Seiten Gesamtregelung im *Code of Practice* der britischen Regulierungsbehörde sind entsprechend den Rechtsquellen drei Ebenen zu unterscheiden: erstens die Parlamentsgesetzgebung. Kernregelung ist der *Human Fertilisation and Embryology Act* von 1990⁶⁵, zudem ein Einzelgesetz zum eingangs erwähnten Vermittlungsverbot für bezahlte Leihmutterchaften.⁶⁶ Beide Gesetze sind – wie alle britischen Parlamentsgesetze – recht technizistisch, man kann auch sagen: extrem umständlich formuliert und dadurch lang. Das täuscht aber: Über weite Strecken steht außer Definitionen wenig Substanzielles darin. Die gesetzlichen Regelungen sind punktueller Natur.

b) *Statutory instruments als Instrument exekutiver Rechtsetzung*

Denn wie in Großbritannien auch in anderen Bereichen üblich, sind entscheidende Einzelfragen durch umfangreiche exekutive Rechtsetzung normiert. Sie beruht in diesem Fall auf einer parlamentarischen Ermächtigung im *Human Fertilisation and Embryology Act*. Er ermächtigt die Regierung zum Erlass von *statutory instruments*, die unseren Rechtsverordnungen vergleichbar sind. Allerdings statuiert die parlamentarische Ermächtigung kei-

⁶⁴ So Francis Messner et al. *Droit français des religions*, 2. Aufl. 2013, 70; Jean-Louis Bianco *La France est-elle laïque?*, 2016, 20 f.; sehr differenzierte Darstellung der gegenwärtig in Frankreich kontrovers diskutierten, divergierenden Laizitätskonzeptionen durch Jean Baubérot, *Les 7 laïcités françaises. Le modèle français de laïcité n'existe pas*, 2015, fußend auf zahlreichen einschlägigen Publikationen desselben Autors in den vergangenen Jahrzehnten, u.a. *ders.*, *L'intégrisme républicain contre la laïcité*, 2006, und *ders.*, *La laïcité falsifiée*, 2012.

⁶⁵ HFEA 2008 (Fn. 8).

⁶⁶ Surrogacy Arrangements Act 1985.

nerlei materiellen Vorgaben, wie es nach Art. 80 GG oder Art. 290 AEUV erforderlich wäre.

Jüngstes Beispiel ist das *statutory instrument* zur Mitochondrienspende.⁶⁷ Dafür Grundlagen der Humangenetik in einer Minute: Kritiker meinen, die Mitochondrienspende führe zu „Drei-Eltern-Babys“⁶⁸. Das trifft den genetischen Zusammenhang vage und am Ende doch falsch. Denn die Erbinformationen der Zellkern-DNA stammen wie üblich allein von Mutter und Vater. Wenn aber die Mutter Mitochondriendefekte vererben würde – das ist ein Sonderfall zytoplasmatischer Vererbung nur durch die Mutter –, wird dafür die entkernte Eizelle einer anderen Frau ohne diese Mitochondriendefekte genutzt. Das verhindert seltene, schwere Erbkrankheiten. Genutzt werden also gespendete Mitochondrien, und doch ist die Mitochondrienspende etwas anderes als eine Organspende. Denn die Kinder (weiblichen Geschlechts) vererben sowohl ihre Zellkern-DNA als auch die DNA der Fremdmitochondrien weiter, was bei der Spenderniere ja nicht der Fall ist. Das Verfahren verstößt daher als vererblicher Keimbahneingriff gegen die eingangs erwähnte Biomedizinkonvention des Europarats. Es ist in Deutschland⁶⁹ wie in Frankreich⁷⁰ verboten, in Großbritannien hingegen zulässig, das die Konvention wohlweislich nicht ratifiziert hat.

Die britischen Regelungen dazu finden sich – und das scheint mir das Entscheidende – im erwähnten *statutory instrument*. Die Ministerialbürokratie hat diese umstrittene, genetisch risikobehaftete und ethisch schwierige Frage⁷¹ praktisch alleine geregelt. Grundlage ist allein eine Klausel im *Human Fertilisation and Embryology Act* zur prinzipiellen Zulassungsfähigkeit der Mitochondrienspende mit der einzigen Anforderung, dass das

⁶⁷ Rechtsgrundlage: The Human Fertilisation and Embryology (Mitochondrial Donation) Regulations 2015, <https://www.legislation.gov.uk/ukxi/2015/572/pdfs/ukxi_20150572_en.pdf> (Stand 11.10.2018)

⁶⁸ Mit entsprechend schlagwortartiger Überschrift etwa *Pak Lee Chau/Jonathan Herring Three parents and a baby*, Family Law 45 (2015), 912 ff.

⁶⁹ Nicht völlig unbestritten, aber nach § 5 Abs. 1 ESchG recht eindeutig, siehe *Silvia Deuring* Die „Mitochondrienspende“ im deutschen Recht – Zur Strafbarkeit des Kerntransfers zwischen unbefruchteten und imprägnierten Eizellen nach dem Embryonenschutzgesetz, MedR 2017, 215 (217 ff.).

⁷⁰ Art. 16-4 Code civil: „Sans préjudice des recherches tendant à la prévention et au traitement des maladies génétiques, aucune transformation ne peut être apportée aux caractères génétiques dans le but de modifier la descendance de la personne“; zudem Art. L. 1251-2 Code de la santé publique vom 7.7.2011: „La création d’embryons transgéniques ou chimeriques est interdite.“

⁷¹ Aus den US-amerikanischen Diskussionen zur verfassungsrechtlichen Zulässigkeit: *J. Ravindra Fernando Three’s Company: A Constitutional Analysis of Prohibiting Access to Three-Parent In Vitro Fertilization* Notre Dame Journal of Law, Ethics & Public Policy 29 (2015), 523 ff.

„in prescribed circumstances“ und in einem „prescribed process“ geschehen müsse.⁷² *Nota bene*: Das Parlamentsgesetz beschränkt sich auf die Vorgabe, dass das Exekutivrecht die Voraussetzungen und das Verfahren vorschreiben müsse; das Parlamentsgesetz definiert die Voraussetzungen nicht etwa selbst.

c) *Soft law der Regulierungsagentur für die Reproduktionsmedizin*

Neben der Parlamentsgesetzgebung und solchen *statutory instruments* gibt es als dritte Regelungsschicht das *soft law* der Regulierungsbehörde, der *Human Fertilisation and Embryology Authority*. Sie erteilt in Großbritannien die Lizenzen für die Reproduktionskliniken – und finanziert sich aus den Gebühren dafür, was die Frage nach wirtschaftlichen Abhängigkeiten nicht als aus der Luft gegriffen erscheinen lässt. Diese in dieser Weise unabhängige, jedenfalls weisungsfreie Behörde erlässt einen *Code of Practice*. Vom Texttypus her ähnelt dieser Kodex mit seinen Detailregelungen medizinischer Verfahren den Richtlinien der Bundesärztekammer in Deutschland. Und wie es sich mit solchen Kodices auch sonst verhält, ist das darin niedergelegte Recht so *soft* am Ende nicht: Es ist zwar nicht *judicially enforceable*, nicht zwangsdurchsetzbar. Seine Missachtung würde aber die Lizenz der jeweiligen Klinik bedrohen, die den Kodex daher natürlich als verbindlich betrachtet.

Das ist nicht weiter erstaunlich, wirft aber noch einmal ein Licht auf die Legitimationsbasis dieses *soft law*: Der Kodex der Regulierungsbehörde ist dem Parlament lediglich zur Kenntnis zu geben.⁷³ Über seinen Erlass entscheidet allein das *board* der Regulierungsbehörde, das ganz überwiegend mit Medizinern besetzt ist – acht von elf.⁷⁴ Die Behörde hat auch ganz offen erklärt, dass sie nicht nur die Interessen der Patienten und Kinder, sondern auch der Reproduktionsmediziner berücksichtige.⁷⁵ In ihren jüngsten Jahresberichten steht davon freilich nichts mehr. Kritik an wirtschaftlichen Abhängigkeiten zeigt eben Wirkung, zwar nicht in der Sache, wohl aber in der Außendarstellung.

Neben Medizinern gehört dem *board* auch ein einzelner anglikanischer Bischof an. Seine Präsenz in diesem Gremium scheint mir konzeptionell nur bedingt sinnvoll: Denn auf dieser Ebene der administrativen Regulie-

⁷² Rechtsgrundlage: sec. 3ZA (5) HFEA.

⁷³ Rechtsgrundlage: sec. 26 (4) HFEA.

⁷⁴ Insgesamt 11 Mitglieder: <<https://www.hfea.gov.uk/about-us/our-people/meet-our-authority-members/>> (Stand 12.10.2018).

⁷⁵ *Human Fertilisation and Embryology Authority* 8th annual report 1999, 1: Die Behörde wolle alle relevanten Interessen berücksichtigen: “patients, children, doctors and scientists, the wider public and future generations”.

rung und der Erteilung von Zulassungen für reproduktionsmedizinische Zentren geht es nicht um ethische Grundsatzfragen, zu denen eine Religionsgemeinschaft eine begründete Position haben könnte, sondern um medizinische Qualitätsstandards. Konsequenterweise hat die anglikanische Kirche keinen Moraltheologen benannt, sondern einen Bischof, der zufälligerweise Naturwissenschaftler ist und daher zur medizinischen Qualitätssicherung vielleicht sogar etwas beitragen kann. Das ist dann aber keine Einbeziehung religiöser Positionen, sondern naturwissenschaftlichen Sachverstandes, der zufällig bei einem anglikanischen Bischof vorhanden ist.

IV. Zusammenfassende Erkenntnisse und Perspektiven

1. Erklärungsansätze für die unterschiedliche Liberalität der Gesetzgebung

Zwei zusammenfassende Überlegungen, zunächst die Frage nach Erklärungsansätzen für die unterschiedliche Liberalität der Gesetzgebung in Großbritannien, Frankreich und Deutschland. Warum diese Unterschiede? Dafür gibt es zahlreiche Hypothesen, etwa institutionelle, religionssoziologische oder historische Deutungsangebote.

Manches klang schon an: In Großbritannien prägen die Freiheitstradition und das *New Public Management* das Verständnis der Aufgaben von *government*. In Deutschland könnte die ausgebaute Schutzpflichtendogmatik eine ohnehin in der deutschen Gesellschaft vorhandene Grundhaltung verstärken, von der Risikovermeidung aus zu denken und nicht von der Chance neuer Möglichkeiten.⁷⁶ Es gibt auch Stimmen, nach denen Dambruchargumente typisch deutsche Argumentationsmuster seien, die sich aus traumatisierenden historischen Erfahrungen in der NS-Zeit erklären ließen,⁷⁷ und dass die deutsche Gesetzgebung wegen solcher Dambruchhängste schon im Ansatz restriktiv ausfalle. Institutionalistische Ansätze verweisen auf die Zahl der Vetospieler, auf ausgeprägte Elemente einer Verhandlungsdemokratie oder die

⁷⁶ Auch in den französischen Diskussionen spielt indes das Vorsichtsprinzip eine entscheidende Rolle: vgl. bspw. die Berufung auf das *principe de précaution* in: *Comité Consultatif National d'Ethique* Bericht (Fn. 26), 114 (dort als Argument gegen den Zugang Alleinstehender und homosexueller Paare zu künstlicher Befruchtung, weil die entwicklungspsychologischen Auswirkungen auf das heranwachsende Kind nicht hinreichend geklärt seien), 116 (als Argument gegen Kryokonservierung von Eizellen); ebenso *Conseil d'Etat* Révision (Fn. 58), 53, dort sogar mit der Diskussion, ob das umweltrechtliche Vorsichtsprinzip, positiviert in Art. 5 der französischen Charte de l'environnement, nicht auch für den Bereich der Biomedizin Verfassungsrang haben könnte.

⁷⁷ *Patricia Jofe* Regulierung der Reproduktionsmedizin, 2014, 475 f. m. Nw.

Stärke und Autonomie einer Verfassungsgerichtsbarkeit als Faktoren, die restriktive Positionen in bioethischen Fragen begünstigen könnten.⁷⁸ Schließlich: Erklärt sich die liberale Gesetzeslage in Großbritannien aus dem Säkularisierungsgrad der britischen Gesellschaft? Ist das laizistische Frankreich am Ende eben doch durch und durch katholisch? Alle diese Zusammenhänge haben mehr oder weniger Plausibilität.⁷⁹ Doch zugleich sind zwingende Kausalitätsnachweise methodisch kaum zu führen.⁸⁰

Für die untersuchten drei Rechtsordnungen scheint mir ein Wirkungsfaktor von Bedeutung: die Revisionshäufigkeit für gesetzliche Regelungen. Denn im Recht der Reproduktionsmedizin führen Gesetzesrevisionen praktisch immer zu einer Liberalisierung. Das liegt einerseits an zunehmender Akzeptanz für unterschiedliche Lebens- und Sexualitätsformen, andererseits am medizinischen Fortschritt, der Risiken reduziert, etwa das Problem der Mehrlingsschwangerschaften. Schließlich gibt es immer wieder Erkenntnisfortschritte darüber, dass sich ursprünglich befürchtete Risiken nicht realisiert haben.⁸¹ Regelmäßige Gesetzesrevisionen bewirken im

⁷⁸ Überblick über mögliche Hypothesen bei *Simon Fink* Forschungspolitik zwischen Innovation und Lebensschutz, 2008, 25 ff.

⁷⁹ Würde man den Rechtsvergleich über die drei Staaten hinaus erweitern, lägen Gründe teilweise wohl auf der Hand, zum Beispiel für die liberalen Regelungen Israels zur Präimplantationsdiagnostik: in diesem Fall die Vorstellung einer göttlichen Beseelung des Fötus im Judentum (auch im Islam), die meist erst auf den 40. Tag *post conceptionem* datiert wird. Zur Bioethikpolitik in Israel *Barbara Prainsack* Streitbare Zellen? Die Politik der Bioethik in Israel, *Leviathan* 2005, 69 (insb. 75).

⁸⁰ Die Politikwissenschaft versucht es mit Korrelationsberechnungen, etwa zwischen den Wahlerfolgen christdemokratischer Parteien und der Restriktivität biomedizinischer Regelungen; bspw. *Fink* Sonderweg (Fn. 79), 112 ff., 115, 117, 119 f., *ders.* Forschungspolitik (Fn. 78), insb. 63 ff.; ähnlich (zu Belgien) *Nathalie Schiffino/Frédéric Varone*, in: Ivar Bleiklie/Malcom Goggin/Christine Rothmayr (Hrsg.) *Comparative Biomedical Policy: Governing Assisted Reproductive Technologies*, 2004, 21 (30 ff.); politikwissenschaftliche Politikfeldanalysen analysieren teilweise allgemein Wertkonflikte oder kulturelle Konflikte und den Verlauf entsprechender Diskurse (bspw. *Willems* Wertkonflikte (Fn. 24). Daneben gibt es international vergleichende, politikwissenschaftliche Studien unmittelbar zur Embryonenforschungspolitik, bspw. *Simon Fink* Ein deutscher Sonderweg? Die deutsche Embryonenforschungspolitik im Licht international vergleichender Daten, *Leviathan* 35 (2007), 107 ff.; *Ivar Bleiklie et al.* (Hrsg.) *Comparative Biomedical Policy: Governing Assisted Reproductive Technologies*, 2004. Mit den vorstehend nachgewiesenen Korrelationsberechnungen kann man Korrelationen aufspüren; Kausalität beweist das nicht. Zur Unterscheidung von Kausalität und Korrelation am Beispiel der Klapperstorchthese *Thomas Höfer/Hildegard Przyrembel/Silvia Verleger* New evidence for the theory of the stork, *Paediatric and Perinatal Epidemiology* 2004, 88.

⁸¹ Ein typisches Beispiel sind die liberalisierenden Neuregelungen im österreichischen Fortpflanzungsmedizingesetz von 2015 im Vergleich zur Ursprungsfassung von 1992: Das betrifft die vom österreichischen Verfassungsgerichtshof erzwungene Freigabe der künstli-

Recht der Reproduktionsmedizin also Liberalisierungen.⁸² Wie sähe die deutsche Gesetzgebung zur Reproduktionsmedizin heute aus, wenn das BVerfG dem Gesetzgeber des Embryonenschutzgesetzes von 1990 regelmäßige Beobachtungs- und Nachbesserungspflichten auferlegt hätte, wie das Gericht das ja bisweilen in anderen Bereichen tut!⁸³

chen Insemination zugunsten lesbischer Paare, zudem die Präimplantationsdiagnostik und den heterologen Embryotransfer nach Eizellspende: Österreichischer VfGH v. 10.12.2013, G 16/2013.

⁸² In Deutschland hat es nur auf Landesebene Versuche gegeben, in vergleichbarer Weise Gesetzgebungsdynamik durch systematische Befristungsregelungen zu schaffen; sehr erfolgreich war das nicht: Vgl. die – teilweise wieder aufgegebene – systematische Befristung von fast sämtlichen Landesgesetzen in NRW, Bremen, Hessen, Niedersachsen, Saarland und Thüringen. Ziele war vor allem Bürokratieabbau, Reduzierung des Normbestands (und damit Vereinfachung der Rechtsanwendung) sowie das für die Befristung des französischen Bioethikgesetz maßgebende Ziel, Gesetze unter einen ständigen Aktualisierungs- und Rechtfertigungszwang zu stellen. In NRW wurden schrittweise durch fünf Befristungsgesetze aus den Jahren 2004 und 2005 Berichtspflichten (Pflicht zur Evaluierung durch Landesregierung und Bericht gegenüber dem Landtag) und zum Teil auch Verfallsklauseln (ebenfalls Pflicht zur Evaluierung, bei Untätigkeit Unwirksamkeit des Gesetzes) in etliche Gesetze eingefügt (vgl. GV. NRW 2004, 247 ff.; GV. NRW 2005, 274 ff., 306 ff., 332 ff., 351 ff.). In Bezug auf neue Gesetze verpflichtet gegenwärtig § 39 NWGGGO (Ministerblatt NRW 2014, 826 ff.) grundsätzlich zum Einfügen einer Verfallsklausel, ansonsten zum Einfügen von Berichtspflichten (v. a. bei der Umsetzung von EU-Recht und Bundesrecht); zur Praxis in NRW *Andrea Becker* Die Befristungsgesetzgebung in Nordrhein-Westfalen, NVwZ-Extra 2010, Heft 17, 1 ff.; insgesamt *Antonis Chanos* Möglichkeiten und Grenzen der Befristung parlamentarischer Gesetzgebung, 1999; kritisch zu Verfallsklauseln: *Wolfgang Kahl* Gesetzesfolgenabschätzung und Nachhaltigkeitsprüfung, in: Winfried Kluth/Günter Krings (Hrsg.) Gesetzgebung, 2014, § 13 Rn. 22 f., 34; vgl. auch *Wolfram Höfling/Andreas Engels* Parlamentarische Eigenkontrolle als Ausdruck von Beobachtungs- und Nachbesserungspflichten, in: Winfried Kluth/Günter Krings (Hrsg.) Gesetzgebung, 2014, § 34 Rn. 43 ff.

⁸³ BVerfGE 16, 147 (181 ff.); 18, 315 (332); 25, 1 (13); 33, 171 (189 f.); 49, 89 (130); 50, 290 (335 f.); 54, 11 (34, 36 ff.); 55, 274 (308); 56, 54 (78 f.); 57, 139 (162 f.); 59, 119 (127); 67, 299 (328); 68, 287 (309); 73, 40 (94); 82, 353 (380); 100, 59 (101); 103, 242 (267); 95, 167 (314 f.); 123, 186 (242, 266); umfassend *Höfling/Engels* Eigenkontrolle (Fn. 83), Rn. 13 ff.; markant zum weiten Spielraum, dem das BVerfG insofern dem Gesetzgeber belässt: BVerfGE 110, 141 (158): „Allerdings kann es, wenn der Gesetzgeber sich über die tatsächlichen Voraussetzungen oder die Auswirkungen einer Regelung im Zeitpunkt ihres Erlasses ein ausreichend zuverlässiges Urteil noch nicht hat machen können, geboten sein, dass er die weitere Entwicklung beobachtet und die Norm überprüft und revidiert, falls sich erweist, dass die ihr zugrunde liegenden Annahmen nicht mehr zutreffen [...]. Das gilt unter anderem dann, wenn komplexe Gefährdungslagen zu beurteilen sind, über die verlässliche wissenschaftliche Erkenntnisse noch nicht vorliegen.“ – Eine durchgängige Befristungspraxis auf Bundesebene für Gesetze besteht nicht; nur in Einzelfällen ist sie verfassungsrechtlich vorgegeben (Art. 110 Abs. 4 S. 1 GG, 115k Abs. 2 GG) oder wird sektoral praktiziert (Beispiele: § 55 SGB II, § 120 SGB IV i. d. F. v. 12.11.2009 BGBl. 3710, 3770, § 1 Abs. 2 a.F. Steinkohlefinanzierungsgesetz [SteinkFinG]). Nach § 43

2. *Kontroversen über die Reproduktionsmedizin als Gradmesser der Vitalität demokratischer Prozesse*

Die Reproduktionsmedizin gehört zu den Themen großer ethischer Kontroversen. Die Kontroverse aber, das Ringen um die beste Lösung – und daher auch der Konflikt – sind gerade das, was eine funktionierende Demokratie ausmacht und was die Stärke dieser Regierungsform begründet. Wir beobachten indes in letzter Zeit eine politische Harmoniesucht, eine Einheits- und Wahrheitssehnsucht,⁸⁴ die konfliktscheu ist und einer naiven, wenn nicht gefährlichen Sehnsucht nach starker politischer Führung anhängt.⁸⁵ Es ist daher auch unter demokratietheoretischem Blickwinkel von Interesse, wie die drei Staaten ihre Regelungen der Reproduktionsmedizin entwickeln. Zusammenfassend kann man sagen: Für die Regelung der Reproduktionsmedizin vertraut Großbritannien der eigenen Freiheitstradition, Frankreich dem politischen Prozess, Deutschland auf das Grundgesetz. Die Orientierungspunkte sind somit strukturell verschieden: einerseits prozeduraler, andererseits materieller Natur.

Die weitgehende Reduktion des Themas auf ein Qualitätssicherungsproblem in Großbritannien überzeugt nicht. Denn wenn die ethischen Grundsatzen bereits vorab dadurch als geklärt gelten, dass es nicht Aufgabe von *government* sei, Freiheiten einzuschränken, dann verlagern sich die Entscheidungen in die Ministerialbürokratie und auf die Ebene der Lizenzierung von Reproduktionskliniken, soweit auf dieser Ebene überhaupt noch etwas zu entscheiden ist. Eine demokratische Auseinandersetzung findet letztlich kaum statt.

Andererseits steht sich auch die deutsche Rechtsordnung mit ihrer Überkonstitutionalisierung im Bereich der Reproduktionsmedizin gleich mehrfach im Weg: Sie verhindert zwar nicht vollends, aber behindert doch Fortentwicklungen des Rechts, die angesichts gesellschaftlicher wie medizinischer Entwicklungen notwendig wären. Zudem ist den verfassungsrechtlichen Vorgaben eine gewisse Widersprüchlichkeit eigen: Einerseits

Abs. 1 Nr. 6 GGO der Bundesministerien ist bei der Begründung einer Gesetzesvorlage zu erörtern, ob das Gesetz befristet werden kann.

⁸⁴ *Steffen Augsberg* „Sternstunden des Parlaments“? Ideal und Wirklichkeit biopolitischer Entscheidungsfindung in der repräsentativen Demokratie, in: Stephan Rixen (Hrsg.) Die Wiedergewinnung des Menschen als demokratisches Projekt, Bd. II, 2018, 169 (174).

⁸⁵ Analysen von Defiziten der repräsentativen Demokratie im Allgemeinen oder ihrer konkreten Ausgestaltung (oder jedenfalls eines Unbehagens) haben Konjunktur und finden ihren Ausdruck in Wortzusammensetzungen wie Postdemokratie, Verlustdemokratie u.ä., siehe nur pointiert *Colin Crouch* Postdemokratie, 2008; zudem *Klaus von Beyme* Von der Postdemokratie zur Neodemokratie, 2012; *Hans-Michael Heinig/Jörg Philipp Terhechte* (Hrsg.) Postnationale Demokratie, Postdemokratie, Neoetatismus, 2013; *Alexander Thiele* Verlustdemokratie, 2. Aufl. 2018.

erzwingt die Dogmatik der Parlamentsvorbehalte eine parlamentarische Regelung, andererseits ist aber deren Inhalt weitgehend verfassungsrechtlich determiniert. Das Parlament hat zwar über alles zu befinden, in der Sache aber wenig zu entscheiden. Dass dann die Aufhebung des Fraktionszwangs zu „Sternstunden des Parlaments“ führen könnte, ist eine Illusion, die die Legitimationsstruktur parlamentarischer Demokratie verfehlt.⁸⁶

Es spricht viel dafür, dass prozedurale Mechanismen in einer pluralen, funktional ausdifferenzierten Gesellschaft leistungsfähiger sind als ein Verfassungsverständnis, das ethisch umstrittene Fragen für materiell determiniert hält. Das Verfahren zur Vorbereitung der Revision des französischen Bioethikgesetzes in diesem Jahr – der partizipative Konsultationsprozess im Vorfeld der parlamentarischen Beratungen, dessen Vorstrukturierung durch den Ethikrat und jetzt dessen Überführung in das parlamentarische Verfahren durch die Gutachten des *Conseil d'Etat* und des Ethikrats – scheinen mir deshalb überzeugend gelungen zu sein, gerade in einer Situation weltanschaulicher Pluralität und unter den veränderten Kommunikationsgewohnheiten durch die Digitalisierung. Es geht, wohlgemerkt, um breite Partizipation zur Vorbereitung der parlamentarischen Beratungen, nicht um ein Referendum zur Bestätigung von dessen Ergebnis.⁸⁷

Die guten Erfahrungen, die Frankreich mit diesem Experiment in diesem Jahr macht, unterstreichen die Vitalität demokratischer Prozesse und ihr Problemlösungs- und Konsensbildungspotential, wenn man denn die Mühe aufbringt für ein adäquates Verständnis medizinischer Zusammenhänge, für eine ernsthafte Auseinandersetzung mit ethischen Grundpositionen, für ein Verstehen auch der Gegenposition, für ein rationales Abwägen von Argumenten. Das haben die französische Gesellschaft ebenso wie die Institutionen der Republik dieses Jahr im Bereich der Reproduktionsmedizin geleistet. Da kann man abschließend nur sagen: Vielen Dank!

⁸⁶ Eingehend zu den fehlgehenden Prämissen einer Position, die in biopolitischen Entscheidungen ohne Fraktionsdisziplin „Sternstunden des Parlaments“ erblicken möchte: Augsberg „Sternstunden“ (Fn. 85), insb. 171 ff.; ders. Gesellschaftlicher Wandel und Demokratie: Die Leistungsfähigkeit der parlamentarischen Demokratie unter Bedingungen komplexer Gesellschaften, in: Hans-Michael Heinig/Jörg Philipp Terhechte (Hrsg.) Postnationale Demokratie, Postdemokratie, Neoetatismus, 2013, 27; zu den epistemischen Vorteilen des Parlamentarismus Oliver Lepsius Die erkenntnistheoretische Notwendigkeit des Parlamentarismus, in: Martin Bertschi et al. (Hrsg.) Demokratie und Freiheit – 39. Assistententagung Öffentliches Recht, 1999, 123 ff.

⁸⁷ Zu möglichen Vorteilen biopolitischer Referenden, in der Tendenz zurückhaltend: Möstl Volksabstimmungen (Fn. 40), insb. 159 ff.

Leitsätze des 1. Referenten über:

Regulierungsauftrag für den Staat im Bereich der Fortpflanzungsmedizin?

I. Problemaufriss

(1) Die Fortpflanzungsmedizin verheißt die Erfüllung sehnlichster Wünsche und löst zugleich apokalyptische Ängste aus. So illusorisch manche Hoffnung, so ungetrübt von Sachkenntnis mancher Einwand.

(2) Im Recht der Reproduktionsmedizin bündeln sich zahlreiche große Streitfragen. Die Spannweite nationaler Regelungen reicht von sehr liberal (Großbritannien) über recht restriktiv (Frankreich) bis zu deutlich restriktiv (Deutschland).

II. Regelungsaufträge im Bereich der Reproduktionsmedizin im Rechtsvergleich

1. Adressat eines reproduktionsmedizinischen Regelungsauftrags

(3) Das Recht der Reproduktionsmedizin ist kaum durch internationale Regelungen und europarechtliche Vorgaben geprägt. Völkerrechtliche Abkommen kommen in biomedizinischen Fragen kaum zu Stande oder werden nur von wenigen Staaten ratifiziert, so dringlich sie für bestimmte Fragen (Auslandsleihmutterchaft) wären.

(4) Nach einem Regelungsauftrag „für den Staat“ kann man nur in Bezug auf Deutschland fragen. In Großbritannien und Frankreich treten andere, nicht deckungsgleiche Konzepte an diese Stelle (crown/government bzw. république/nation, zudem auch der Staat, qualifiziert als état républicain). Das hat Konsequenzen für die Erwartungen an die Normierung der Reproduktionsmedizin.

2. Regelungsziele und Erwartungen an die Gesetzgebung

(5) Dem deutschen Gesetzgeber ist verfassungsrechtlich die Aufgabe gestellt, die – tendenziell statischen – Vorgaben des Grundgesetzes auszu-

buchstabieren. Je nach Position werden dabei insbesondere grundrechtliche Schutzpflichten oder das Recht auf reproduktive Selbstbestimmung betont. Stets wird also von der Verfassung aus gedacht und argumentiert: das Recht der Reproduktionsmedizin als konkretisiertes Verfassungsrecht.

*(6) In Frankreich dient die reproduktionsmedizinische Gesetzgebung dazu, die – tendenziell dynamischen – Wertvorstellungen der Gesellschaft in die verbindliche Form des demokratischen Gesetzes zu überführen: das Recht der Reproduktionsmedizin als Ausdruck der *volonté générale*.*

(7) In Großbritannien soll government, sei es im gesetzgebenden, sei es im exekutiven Handlungsmodus, für Qualität im Gesundheitswesen sorgen, ohne dabei individuelle Freiheiten einzuschränken: das Recht der Reproduktionsmedizin als Handbuch des Qualitätsmanagements für Reproduktionskliniken.

III. Regelungstechniken für das Recht der Reproduktionsmedizin im Rechtsvergleich

1. Deutschland

(8) Der verfassungsrechtlich hochgezogene Parlamentsvorbehalt ist im Reproduktionsmedizinrecht (wie in anderen Rechtsgebieten) partiell wirkungslos, auch wenn sich die verbreitete Kritik an gesetzgeberischer Zurückhaltung teilweise auf überholte Rechtszustände bezieht.

(9) Gegenüber der legitimierenden Wirkung expertokratischen Sachverständs ist aus demokratietheoretischen Gründen auch dann Skepsis geboten, wenn er von Ärzten eingebracht wird und deren Handeln auf das Wohl der Patienten verpflichtet ist.

2. Frankreich

(10) Die Selbstbindung des französischen Gesetzgebers zur Revision des Bioethikgesetzes in einem Sieben-Jahres-Rhythmus verleiht der Gesetzgebung eine sachlich angemessene Dynamik.

(11) Der Konsultationsprozess im Vorfeld der laufenden Revision des Bioethikgesetzes zeigt typische Zeichen der demokratischen Partizipation im Internetzeitalter: themengebunden, zeitlich begrenzt, intensiv, aber nicht institutionell gebunden oder verstetigt. Die staatliche Initiierung, Lenkung und Filterung der Debatte haben eine Verrohung der Sprache und eine Banalisierung der Argumente wirksam verhindert.

(12) In Abkehr von einem tradierten Laizitätsverständnis verleiht die französische Rechtsordnung religiös begründeten Positionen zur Repro-

duktionsmedizin ausdrücklich Gehör und bindet die Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften in die Partizipationsprozesse ein.

3. Großbritannien

(13) Die britische Parlamentsgesetzgebung zur Reproduktionsmedizin ist wegen der technizistischen Gesetzgebungstechnik recht umfangreich, beschränkt sich inhaltlich aber auf punktuelle Regelungen.

(14) Entscheidende Einzelfragen (beispielsweise die Mitochondrien-spende) werden im Wege exekutiver Rechtsetzung durch statutory instruments normiert. Für deren Inhalte ist die Ministerialbürokratie weitgehend frei von parlamentarischen Vorgaben.

(15) Die im Code of Practice der britischen Regulierungsbehörde niedergelegten Lizenzierungsbedingungen sind für Reproduktionskliniken faktisch bindend. Die Behörde ist formal unabhängig gestellt; ihre finanzielle Abhängigkeit von den Reproduktionskliniken und die Dominanz von Medizinern in ihrem board begründen indes Zweifel an ihrer sachlichen Unabhängigkeit.

IV. Zusammenfassende Erkenntnisse und Perspektiven

1. Erklärungsansätze für die unterschiedliche Liberalität der reproduktionsmedizinischen Regelungen

(16) Es gibt zahlreiche Erklärungsansätze für die unterschiedliche Liberalität der reproduktionsmedizinischen Gesetzgebung, beispielsweise aus institutioneller, religionssoziologischer oder historischer Perspektive. Auch eine Praxis regelmäßiger Gesetzesrevisionen liberalisiert tendenziell die Regelungen zur Reproduktionsmedizin. Entsprechende Zusammenhänge liegen aber nur selten auf der Hand; zwingende Nachweise sind methodisch kaum zu führen.

2. Kontroversen über die Reproduktionsmedizin als Gradmesser der Vitalität demokratischer Prozesse

(17) Für die Regelung der Reproduktionsmedizin vertraut Frankreich dem politischen Prozess, Großbritannien der eigenen Freiheitstradition, Deutschland auf das Grundgesetz. Die Orientierungspunkte sind damit strukturell verschieden: einerseits prozeduraler, andererseits materieller Natur.

(18) *Die weitgehende Reduktion des Themas Reproduktionsmedizin auf ein Qualitätssicherungsproblem in Großbritannien überzeugt nicht, weil durch diesen Ansatz eine demokratische Auseinandersetzung über die ethischen Grundsatzfragen kaum stattfindet.*

(19) *Prozedurale Mechanismen sind in einer pluralen, funktional ausdifferenzierten Gesellschaft tendenziell leistungsfähiger als das in Deutschland dominierende Verfassungsverständnis, das ethisch umstrittene Fragen für materiell durch die Verfassung determiniert hält.*

(20) *Der breite gesellschaftliche Konsultationsprozess im Vorfeld der Revision des französischen Bioethikgesetzes in diesem Jahr und dessen Überführung in das parlamentarische Gesetzgebungsverfahren unterstreichen das Potential und die Vitalität demokratischer Prozesse, und zwar gerade in einer Situation weltanschaulicher Pluralität und unter den veränderten Kommunikationsgewohnheiten durch die Digitalisierung.*

Vierter Beratungsgegenstand:

Regulierungsauftrag für den Staat im Bereich der Fortpflanzungsmedizin?*

2. Referat von *Angelika Siehr*, Bielefeld

Inhalt

	Seite
I. Einleitung	394
II. Bestandsaufnahme und besondere Herausforderungen der gesetzlichen Regulierung	398
III. Biomedizin im Spannungsfeld von gesellschaftlichem Pluralismus, staatlicher Neutralität und verfassungsrechtlichem Grundkonsens.	404
1. Drei Perspektiven auf das Problem des fundamentalen Wertepluralismus.	404
a) „Overlapping consensus“ im Sinne Rawls bzw. verfassungsrechtlicher Grundkonsens.	407
b) Sanktionierung des rechtsethischen Minimums in der Fortpflanzungsmedizin?	408
c) Gestaltung des Modus Vivendi über prozedurale Spielregeln: Bioethische Kontroversen als Gegenstand parlamentarischer Gesetzgebung	409
2. Verfassungsrechtliche Grenzen des politischen Prozesses ..	411
a) Grundrechte im Schatten der Menschenwürdenorm. ...	411
b) Staatliche Neutralität: Religiöser Pluralismus und die Frage nach der Ergebnis- bzw. Begründungsneutralität von Gesetzen	412
3. Auslegung der Menschenwürdenorm des Art. 1 Abs. 1 GG im Horizont des fundamentalen Wertepluralismus	414

* Mein Dank gilt meinem Lehrstuhlteam für tatkräftige Unterstützung bei der Recherche, meinem Bielefelder Kollegenkreis im Öffentlichen Recht sowie *Anna-Bettina Kaiser*, *Tobias Herbst* und *Martin Hochhuth* für Gespräche und Hinweise, vor allem aber *Thomas Wischmeyer* und *Carsten Bäcker* für intensive Diskussionen einzelner Thesen.

a)	Funktion des Art. 1 Abs. 1 GG als Staatsfundamentalnorm	414
b)	Religiös-weltanschauliche Neutralität des Staates	420
c)	Konsequenzen für die Auslegung des Art. 1 Abs. 1 GG	421
IV.	Der Status des extrakorporalen Embryos als Kristallisationspunkt der auf die Menschenwürde fokussierten Regulierungsdebatte	422
1.	Unterschiedliche Dimensionen der Menschenwürdenorm des Art. 1 Abs. 1 GG	422
2.	Moralischer Status des extrakorporalen Embryos: Die SKIP-Argumente	424
3.	Rechtlicher Status: Sachlicher Gehalt der Menschenwürdenorm des Art. 1 Abs. 1 GG im Hinblick auf den extrakorporalen Embryo	427
a)	Sachlicher Gehalt der Menschenwürdenorm beim geborenen Menschen und beim extrakorporalen Embryo	427
b)	Gesetzgeberische Ausgestaltung des Respekt- und Achtungsgebots und die Definition des Verletzungstatbestandes	431
4.	Skizze der Rechtslage in drei unterschiedlichen Stadien menschlichen Lebens	432
V.	Fazit: Fortpflanzungsmedizin zwischen verfassungsrechtlichen Anforderungen und politischem Prozess	434

I. Einleitung

Eigene Kinder sind für viele Menschen ein wesentlicher Teil ihres Lebensentwurfs. Um den häufig als existentiell erlebten Kinderwunsch zu erfüllen, kommt schon seit vielen Jahren die künstliche Befruchtung bzw. In-vitro-Fertilisation (IVF) zum Einsatz. Galt die Geburt des ersten „Retortenbabys“, der Britin Louise Brown, vor 40 Jahren noch als Sensation, so sollen inzwischen weltweit bereits mehr als acht Millionen Kinder auf diese Weise gezeugt worden sein.¹ Dank der rasanten Entwicklung in der

¹ Vgl. *Aerzteblatt.de* 40 Jahre künstliche Befruchtung: Acht Millionen Babys kamen zur Welt, 04.06.2018 <<https://www.aerzteblatt.de/nachrichten/96224/40-Jahre-kuenstliche-Befruchtung-Acht-Millionen-Babys-kamen-zur-Welt>> (Stand 26.10.18); s.a. *Lea-Melissa Vehling* Acht Millionen Menschen aus dem Reagenzglas, 03.07.2018 <<http://www.faz.net/aktuell/wissen/leben-gene/kuenstliche-befruchtung-wie-oft-klappt-es-15672295.html>> (Stand 22.10.18). Im Jahr 2015 waren es noch 5 Mio., s. *Deutsches IVF-Register (DIV) e.V.* Deutsches IVF-Register Jahrbuch 2016, Journal für Reproduktionsmedizin und Endokrinolo-

Reproduktionsmedizin können heute Probleme überwunden werden, die früher das Schicksal der Kinderlosigkeit besiegelt hätten.² Damit steigen aber nicht nur die Chancen, das Grundrecht auf Fortpflanzungsfreiheit³ realisieren zu können, sondern auch der Regulierungsbedarf. Daher ist der Ruf

logie 2017 (8). Allein in Deutschland sollen zwischen 1997–2015 ca. 250.000 Kinder auf diese Weise gezeugt worden sein, vgl. ebd., 41. Die Zahl der in vitro gezeugten Kinder steigt weiter exponentiell an, da heute einerseits das Durchschnittsalter der Erstgebärenden höher ist, andererseits Umweltbelastungen, Stress und weitere Faktoren die Spermienqualität einschränken können. Zudem ist die Reproduktionsmedizin in den Industrieländern längst der breiten Bevölkerung zugänglich. So wurden in Deutschland im Jahr 2015 ca. 65.000 künstliche Befruchtungen durchgeführt, s. ebd., 11. Damit liegt Deutschland in Europa hinter Spanien (200.000 Befruchtungsversuche im Jahr 2015) und Russland (96.512 Befruchtungsversuche) auf dem dritten Platz, vgl. *Vehling* ebd.

² Bei mangelhafter Motilität (Beweglichkeit) der Spermien kann ein Spermium z.B. im Rahmen der sog. Intrazytoplasmatischen Spermieninjektion (ICSI) direkt in die Eizelle injiziert werden. Bei Problemen in der Spermatogenese können (noch unreife) Spermien durch eine Testikuläre Spermienextraktion (TESE) direkt aus den Hoden oder durch eine Mikrochirurgische epididymale Spermienaspiration (MESA) aus den Nebenhodenkanälchen gewonnen und für eine ICSI verwendet werden; s. dazu und zu weiteren Methoden der assistierten Reproduktion *Anna-Katharina Wagner* Die Fortpflanzungsmedizin auf dem Prüfstand der europäischen Dienstleistungsfreiheit, 2018, 38 ff.

³ Über die Herleitung des Rechts auf Fortpflanzungsfreiheit besteht Streit. Zumeist wird es aus dem in Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG verankerten allgemeinen Persönlichkeitsrecht (APR) abgeleitet; s. etwa *Ulrich M. Gassner/Jens Kersten/Matthias Krüger/Josef F. Lindner/Henning Rosenau/Ulrich Schroth* Fortpflanzungsmedizinergesetz Augsburg-Münchner-Entwurf (AME-FMedG), 2013, 31 f.; *Ulrich M. Gassner* Legalisierung der Eizellspende?, ZRP 2015, 126; s.a. *Thorsten Kingreen/Ralf Poscher* Grundrechte, 34. Aufl. 2018, Rn. 443. Beim APR betrifft es den Aspekt der Selbstbestimmung; einige sprechen daher auch vom Grundrecht auf reproduktive Selbstbestimmung aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG, so *Jens Kersten* Regulierungsauftrag für den Staat im Bereich der Fortpflanzungsmedizin, NVwZ 2018, 1248 (1249); *Carina Dorneck* Das Recht der Reproduktionsmedizin de lege lata und de lege ferenda, 2018, 67 ff. (69 f. m.w.N. zum Meinungsstreit); ebenso *Andrea Büchler* Reproduktive Autonomie und Selbstbestimmung, 2017, 5 ff. u. *pass.* (Gutachten für den Schweizerischen Juristentag 2016). Andere stützen das Grundrecht auf Fortpflanzungsfreiheit (so die überwiegende Bezeichnung) auf Art. 6 Abs. 1 GG, da es um die selbstbestimmte Familiengründung gehe, s. *Frauke Brosius-Gersdorf* in: Horst Dreier (Hrsg.) Grundgesetz Kommentar, Bd. I, 3. Aufl. 2013, Art. 6 GG Rn. 117; *Friedhelm Hufen* Präimplantationsdiagnostik aus verfassungsrechtlicher Sicht, MedR 2001, 440 (442); *Dagmar Coester-Waltjen* Reproduktive Autonomie aus rechtlicher Sicht, in: Claudia Wiesemann/Alfred Simon (Hrsg.) Patientenautonomie, 2013, 222 (223 f.), die Art. 6 Abs. 1, 4 GG nennt; *dies.* in: Ingo v. Münch/Philip Kunig (Hrsg.) Grundgesetz Kommentar I, 6. Aufl. 2012, Art. 6 Rn. 49, 109. Wieder andere setzen zwar beim APR an, gehen jedoch von einer Verstärkung durch Art. 6 Abs. 1 GG aus, s. *Hieb* Gespaltene Mutterschaft, 20 ff. (bes. 21, 24 f.); s.a. *Wagner* Fortpflanzungsmedizin (Fn. 2), 26 f. (beides sei möglich und die Wahl der dogmatischen Grundlage letztlich unerheblich).

nach einem Fortpflanzungsmedizingesetz laut geworden,⁴ das das gesamte Spektrum reproduktionsmedizinischer Maßnahmen sowie familien-, sozialrechtliche und sonstige Aspekte umfassend regelt.⁵ Anders als bei dem

⁴ Siehe dazu *Nationale Akademie der Wissenschaften Leopoldina* Ein Fortpflanzungsmedizingesetz für Deutschland. Diskussion Nr. 13, 2017 <https://www.leopoldina.org/uploads/tx_leopublication/2017_Diskussion_Fortpflanzungsmedizin.PDF> (Stand 23.10.2018), die dies nachdrücklich fordert; jetzt auch *Dorneck* Fortpflanzungsmedizin (Fn. 3), 27 ff. u. *pass.*; s. zuvor statt vieler *Christiane Wendehorst* Rechtliche Anforderungen an ein künftiges Fortpflanzungsmedizingesetz, in: Fuat Oduncu/Katrin Platzer/Wolfram Henn (Hrsg.) Der Zugriff auf den Embryo, 2005, 35 ff. (zusf. 50 f.); *Hans-Georg Koch* Einfachgesetzliche Regelungsoptionen für den Gesetzgeber, in: Giovanni Maio (Hrsg.) Der Status des extrakorporalen Embryos, 2007, 657 (658 f. m.w.N. in Fn. 3); *Henning Rosenau* (Hrsg.) Ein zeitgemäßes Fortpflanzungsmedizingesetz für Deutschland, 2012; *Gassner* u.a. AME-FMedG (Fn. 3), *pass.*; *Patricia Jofer* Regulierung der Reproduktionsmedizin, 2014, 533 ff. (552); s. für die wenigen Gegenstimmen, die nur einen eingeschränkten Änderungsbedarf im Hinblick auf den Schutz des Samenspenders und seiner Erben vor finanziellen Ansprüchen des Kindes sehen, *Monika Frommel/Jochen Taupitz/Alexandra Ochsner/Franz Geisthövel* Rechtslage der Reproduktion in Deutschland, *Journal für Reproduktionsmedizin und Endokrinologie* 2010, 96 (105).

⁵ Es wird nicht immer ganz deutlich, ob die u.a. auf medizin-, familien- und sozialrechtliche Unstimmigkeiten gestützte Forderung nach „einer neue[n], umfassende[n] Regelung der Fortpflanzungsmedizin“ (s. *Nationale Akademie der Wissenschaften Leopoldina* FMedG [Fn. 4], 6) ein einheitliches Gesetz meint – das könnte dann nur ein Artikelgesetz sein, wie dies von *Gassner* u.a. AME-FMedG (Fn. 3), 45, auch explizit vorgeschlagen wird. Andere denken wohl eher an eine Neuregelung der Fortpflanzungsmedizin, die u.a. das ESchG, das Gewebegesetz von 2007 zur Umsetzung der EU-Geweberichtlinie, die Regelungen zur PID und das StZG (die Einbeziehung des StZG bejahend *Jofer* Regulierung [Fn. 4], 553) reformieren bzw. zusammenfassen würde, sowie an die getrennte Regelung von Folgefragen (so *Dorneck* Fortpflanzungsmedizin [Fn. 3], 263 ff., 270, für familien-, erb-, sozial-, steuer- und arbeitsrechtliche Folgefragen). Zu familienrechtlichen Folgefragen ausführlich *Arbeitskreis Abstammungsrecht* Abschlussbericht. Empfehlungen für eine Reform des Abstammungsrechts, 2017; *Nina Dethloff* Was will der Staat? Mutterschaft als Regelungsaufgabe, in: Anne Röthel/Bettina Heiderhoff (Hrsg.) Regelungsaufgabe Mutterstellung: Was kann, was darf, was will der Staat?, 2016, 19 ff.; *Ann-Katrin Kaufhold* Was darf der Staat? Verfassungsrechtliche Vorgaben für die einfach-rechtliche Regelung der Mutterstellung, ebd., 87 ff., u. weitere Beiträge in diesem Bd. sowie in: *Anne Röthel/Bettina Heiderhoff* (Hrsg.) Regelungsaufgabe Vaterstellung, 2014. Zu erb- und anderen zivilrechtlichen Folgefragen schon früh *Dagmar Coester-Waltjen*, Die künstliche Befruchtung beim Menschen. Zulässigkeit und zivilrechtliche Folgen, 2. Teilgutachten Zivilrechtliche Probleme, Gutachten B für den 56. Deutschen Juristentag, 1986; s. jetzt speziell zur Mehrelternschaft *Anne Sanders* Mehrelternschaft, 2018. Eingehend zu dem die künstliche Befruchtung regelnden § 27a SGB V *Frauke Brosius-Gersdorf* in: Josef Berchtold/Stefan Huster/Martin Rehborn (Hrsg.) Gesundheitsrecht, 2. Aufl. 2018, § 27a SGB V; s. dazu auch *Kersten* Regulierungsauftrag (Fn. 3), 1251 f., u. unten Fn. 28.

noch als reines Strafgesetz erlassenen Embryonenschutzgesetz⁶ hat der Bund dafür heute auch die Gesetzgebungskompetenz.⁷

Der Vortragstitel zielt nun auf die Frage, ob der kompetentiell mögliche Erlass eines Fortpflanzungsmedizingesetzes rechtspolitisch oder sogar verfassungsrechtlich geboten ist. Da kein expliziter Gesetzgebungsauftrag existiert, wäre Letzteres nur zu bejahen, wenn der Regulierungsbedarf so dringlich ist, dass ein weiteres Untätigbleiben des Gesetzgebers als Verletzung staatlicher Schutzpflichten zu werten wäre. Dem liegt die Frage voraus, warum der Gesetzgeber sich dieser Aufgabe bislang nicht gestellt hat.

Die Beantwortung dieser Fragen erfordert zunächst eine Bestandsaufnahme im Hinblick auf die monierten Defizite des Embryonenschutzgesetzes. Zudem sollen die mit einer Neuregelung im Bereich der Reproduktionsmedizin verbundenen besonderen Herausforderungen für den Gesetzgeber näher beleuchtet und ihre verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen skizziert werden.

⁶ Embryonenschutzgesetz (ESchG) v. 13.12.1990 (BGBl. I 2746, zul. geänd. durch Ges. v. 21.11.2011, BGBl. I 2228); s. zur damaligen kompetenzrechtlichen Lage und den Vorarbeiten für das ESchG *Jofer* Regulierung (Fn. 4), 53 ff. Das Stammzellgesetz von 2001 beruht hingegen bereits auf Art. 74 Abs. 1 Nr. 26 GG. Es betrifft aber nur die Forschung; d.h. allein zu diesem Zweck dürfen Stammzellen unter sehr restriktiven Bestimmungen eingeführt werden; s. *Jochen Taupitz* Import embryonaler Stammzellen, ZRP 2002, 111–115; allg. *Peter Kaiser* in: Hans-Ludwig Günther/Jochen Taupitz/ders. (Hrsg.) ESchG, 2. Aufl. 2014, A. V. Rn. 218 ff.; zur Legaldefinition der (pluripotenten) Stammzelle *Hans-Georg Dederer* Gesetz zur Sicherstellung des Embryonenschutzes im Zusammenhang mit Einfuhr und Verwendung menschlicher embryonaler Stammzellen, 2012, § 3, Rn. 1 ff. Während das ESchG durch europarechtliche Vorgaben kaum berührt wird, ist dies beim StZG anders; s. dazu *ders.* Human-embryonale Stammzellforschung vor dem Aus?, EuR 2012 336 (bes. 341 ff.). Das Urt. des EuGH in der Rs. *Brüstle/Greenpeace* v. 18.10.2011, C-34/10, das sich mit der Auslegung von Art. 6 Abs. 2 lit. c der Richtlinie 98/44/EG (Biopatentrichtlinie) beschäftigt, schließt eine Patentierung auf dem Gebiet der human-embryonalen Stammzellforschung in Europa weitgehend aus und bremst damit i.E., wie *Dederer* ebd., 341, krit. anmerkt, die Entwicklung von Zellersatztherapien zur Heilung schwerer, bislang unheilbarer Krankheiten aus; s. dazu auch *Pedro Henrique Batista* Zur Patentierung menschlicher embryonaler Stammzellen – kritische Würdigung der Entscheidung des EuGH im Fall *Brüstle*, GRUR Int. 2013, 514 ff.

⁷ Nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 26 GG hat der Bund die konkurrierende Gesetzgebungskompetenz für „die medizinisch unterstützte Erzeugung menschlichen Lebens, die Untersuchung und die künstliche Veränderung von Erbinformationen sowie Regelungen zur Transplantation von Organen, Geweben und Zellen“.

II. Bestandsaufnahme und besondere Herausforderungen der gesetzlichen Regulierung

Die Defizite der aktuellen Rechtslage sind wiederholt beschrieben worden. Besonders prägnant wird das Votum für ein umfassendes Fortpflanzungsmedizingesetz von der nationalen Akademie der Wissenschaften Leopoldina auf den Punkt gebracht.⁸ Die Kritik zielt darauf, dass das Embryonenschutzgesetz von 1990 als reines Strafgesetz auf die medizinische Entwicklung und den gesellschaftlichen Wandel nicht angemessen reagieren könne und der Komplexität der Materie nicht gerecht werde. Es beruhe auf einem veralteten Wissensstand, was in der Praxis große Rechtsunsicherheit erzeuge.⁹ Tatsächlich stützt sich bereits die Definition des Embryos in § 8 ESchG, wonach jede „befruchtete, entwicklungsfähige menschliche Eizelle vom Zeitpunkt der Kernverschmelzung an, ferner jede einem Embryo entnommene totipotente Zelle [...]“ als Embryo gilt,¹⁰ auf überholte Vorstellungen von den zell- und molekularbiologischen Abläufen bei der Befruchtung und frühen Embryonalentwicklung. Aktuelle Forschungsergebnisse legen nahe, dass die – für den Rechtsbegriff des Embryos entscheidende – Verschmelzung der elterlichen Chromosomensätze in der befruchteten Eizelle später stattfinden könnte als bisher gedacht.¹¹ Ferner hat sich gezeigt, dass Zellen reprogrammierbar sind, der Verlust der Totipo-

⁸ Siehe *Nationale Akademie der Wissenschaften Leopoldina* FMedG (Fn. 4), zusf. 5.

⁹ *Nationale Akademie der Wissenschaften Leopoldina* FMedG (Fn. 4), 6 f.; *Dorneck* Fortpflanzungsmedizin (Fn. 3), 27 ff.; s.a. *Gassner* u.a. AME-FMedG (Fn. 3), 20 ff.

¹⁰ Eingehend zum Begriff des Embryos i.S.v. § 8 ESchG *Taupitz* in: Günther/ders./Kaiser (Fn. 6), C. II. § 8 Rn. 2 ff.; *Dorneck* Fortpflanzungsmedizin (Fn. 3), 55 f., betont, dass diese Legaldefinition den Begriff des Embryos lediglich für das ESchG als strafrechtliches Nebengesetz festlege und die Frage nach dem verfassungsrechtlichen Status nicht beantworten könne. *Eric Hilgendorf* Stufungen des vorgeburtlichen Lebens- und Würdeschutzes, in: Carl F. Gethmann/Stefan Huster (Hrsg.) *Recht und Ethik in der Präimplantationsdiagnostik*, 2010, 175 (176 f.), kritisiert die Ausweitung und Bedeutungsverschiebung des Begriffs „Embryo“ (auch) im ESchG; insbes. laufe die Abgrenzung über den Begriff der „Totipotenz“ (s. dazu auch Fn. 12) im Hinblick auf die heutigen Möglichkeiten der „Rückprogrammierung“ von Zellen ins Leere. *Hartmut Kreß* Präimplantationsdiagnostik und Fortpflanzungsmedizin angesichts des ethischen Pluralismus, ZRP 2010, 201 (204), hält es für sinnwidrig, für künstlich reprogrammierte Zellen einen Würde- oder Embryonenschutz behaupten zu wollen. Gleichzeitig werde es aber auch schwieriger, ihn für die natürliche Totipotenz aufrechtzuerhalten, da die Grenze zwischen der natürlichen Totipotenz frühembryonaler Zellen und einer künstlichen Pluri- oder Totipotenz immer unschärfer werde. Der Rekurs auf die Totipotenz in § 8 Abs. 1 ESchG müsse heute kritisch hinterfragt werden. Zur normativen Bewertung von totipotenten menschlichen Zellen s. die Beiträge in *Tobias Cantz/Thomas Heinemann/Hans-Georg Dederer* (Hrsg.) *Entwicklungsbiologische Totipotenz in Ethik und Recht*, 2014.

¹¹ Siehe dazu *Joachim Müller-Jung* FAZ v. 13.7.2018, Nr. 160, 9.

tenz, also der Fähigkeit, einen eigenständigen Organismus zu bilden, somit prinzipiell umkehrbar ist.¹²

Bestimmte Maßnahmen, wie die Embryonenspende, bei der die intendierte Mutter oder Wunschmutter einen für eine abgeschlossene Kinderwunschbehandlung gezeugten, nun ungewollt überzähligen Embryo austrägt, fallen in eine Gesetzeslücke.¹³ Hier ist, angefangen bei der Einwilligung der Spender, noch vieles ungeregelt.¹⁴ Auch wird kritisiert, dass das Embryonenschutzgesetz teils eine nach dem internationalen Standard

¹² Dazu ausführlich *Kaiser* in: Günther/Taupitz/ders. (Fn. 6), A. V. Rn. 218 ff. (bes. 229 f.); s.a. *Kersten* Regulierungsauftrag (Fn. 3), 1248 f., sowie oben Fn. 10.

¹³ Vgl. § 1 Abs. 1 Nr. 2, 6 ESchG: Diese Verbotstatbestände werden als nicht erfüllt angesehen, da es hier ja um die Rettung eines überzähligen Embryos gehe und dies auch Vorrang vor dem Verbot der gespaltenen Mutterschaft habe (s. zu diesem Teilziel des ESchG *Günther* in: ders./Taupitz/Kaiser [Fn. 6], C. II. Vor § 1 Rn. 4). Mit dieser Begründung wird die Embryonenspende als nicht strafbar angesehen, s. *Jochen Taupitz/Franz Geisthövel/Dagmar Coester-Waltjen/Helmut Frister/Monika Frommel/Sara Gerke/Benjamin Hermes/F. Hufen/Henning-Martin Beier/C. Thaler/Alexandra Ochsner* V. Mannheimer Workshop zur Fortpflanzungsmedizin: Ein juristischer Diskurs zur Präimplantationsdiagnostik und Embryonenspende auf der Basis neuerer reproduktionsbiologischer Prämissen, *Journal für Reproduktionsmedizin und Endokrinologie* 2015, 42 (53); *Deutscher Ethikrat* Embryospende, Embryooption und elterliche Verantwortung, 2016, bes. 9 ff., 23, 135; *Kersten* Regulierungsauftrag (Fn. 3), 1248; *Günther* in: ders./Taupitz/Kaiser (Fn. 6), B. V. Rn. 79 und C. II Rn. 44; *Taupitz* ebd., C. II. § 1 Abs. 1 Nr. 6 Rn. 6 ff.; *Ralf Müller-Terpitz* in: Andreas Spickhoff (Hrsg.) *Medizinrecht* 2014, § 1 ESchG Rn. 8 ff.; s.a. *Jochen Taupitz/Benjamin Hermes* Eizellspende verboten – Embryonenspende erlaubt?, *NJW* 2015, 1802 (1803 f.), die aber darauf hinweisen, dass das Lebensrettungsargument nur nach der Kernverschmelzung gilt, der Transfer im Vorstadium der Imprägnation hingegen nach dem ESchG strafbar ist und das Auftauen und Weiterkultivieren kryokonservierter 2-PN-Zellen zum Zweck einer (ursprünglich nicht geplanten) Embryonenspende str. ist. Für die ausdrückliche Zulassung der Embryonenspende *Dorneck* Fortpflanzungsmedizin (Fn. 3), 143 ff. (152); s. zur Embryonenoption (so ihr Begriff) auch *Michaela Lehmann* Die In-vitro-Fertilisation und ihre Folgen, 2007, 149 f., 152–164.

¹⁴ So muss u.a. geregelt werden, ob eine Einwilligung beider Spender erforderlich ist; bejahend *Christian Starck* Verfassungsrechtliche Grenzen der Biowissenschaft und Fortpflanzungsmedizin, *JZ* 2002, 1066 (1072); a.A. *Lehmann* In-vitro-Fertilisation (Fn. 13), 155 ff. (bes. 159 f. m.w.N.), die zwar prinzipiell eine Zustimmung der Eltern verlangt, doch könne diese durch den Staat im Sinne des Kindeswohls ersetzt werden; ebenso *dies*. Die Adoption elternfreier Embryonen aus verfassungsrechtlicher Sicht, *Zeitschrift für Lebensrecht* 2008, 106 (114 ff.). Teils wird insoweit auch eine Parallelwertung zur Adoption vorgenommen, s. *Eva Schumann* Familienrechtliche Fragen der Fortpflanzungsmedizin im Lichte des Grundgesetzes, in: Henning Rosenau (Hrsg.) Ein zeitgemäßes Fortpflanzungsmedizinengesetz für Deutschland, 2012, 155 (177 ff.); *dies*. Elternschaft nach Keimzellspende und Embryooption, *MedR* 2014, 736 (739 f., 743 f.). Siehe zu den unterschiedlichen Fragen in diesem Zusammenhang (Eltern-Kind-Zuordnung, Anspruch auf statusunabhängige Klärung der genetischen Abstammung, Aufnahme der Spender ins Spenderregister, keine konkrete Kindeswohlprüfung etc.) eingehend *Anke Hübner* Die Embryooption, 2009; s.a. *Arbeitskreis Abstammungsrecht* Abschlussbericht (Fn. 5), 35, 110 f. u.

nicht mehr adäquate, mit gesundheitlichen Risiken verbundene Behandlung erzwingen. So könnten durch den „elektive Single Embryo Transfer“, bei dem nur der Embryo mit den besten Entwicklungschancen in den Uterus transferiert wird, die Risiken von Mehrlingsgeburten deutlich reduziert werden.¹⁵ Nach § 1 Abs. 1 Nr. 5 ESchG ist dies jedoch verboten.¹⁶

Ferner sind nach geltendem Recht bestehende Ungleichbehandlungen an Art. 3 Abs. 2 S. 1 und Abs. 3 S. 1 GG zu messen; bspw. ist in Deutschland die Samenspende erlaubt, die Eizellspende aber verboten.¹⁷ Das bedeutet, dass ein Mann, der Fertilitätsprobleme hat, hier eine Familie gründen kann, eine Frau hingegen nicht.¹⁸ In der Praxis führen die Verbote der

pass.; *Deutscher Ethikrat* Embryospende (Fn. 13), zusf. 126 ff.; *Sanders* Mehrelternschaft (Fn. 5), bes. 268 ff., 309 f., 439 f.

¹⁵ Diese Methode (eSET) wird vor allem in den skandinavischen Ländern mit Erfolg praktiziert (dazu im Einzelnen *Taupitz* in: Günther/ders./Kaiser [Fn. 6], C. II. § 1 Abs. 1 Nr. 3, Rn. 5 ff.). Nur der Embryo, der nach morphologischer Begutachtung die besten Entwicklungschancen besitzt, wird in den Uterus transferiert. Der zweite Embryo wird für einen weiteren Versuch kryokonserviert, also in flüssigem Stickstoff eingefroren. Zu den mit Mehrlingsschwangerschaften verbundenen Risiken zählt u.a. ein niedrigeres Geburtsgewicht der Kinder und die Gefahr einer Frühgeburt, die zu bleibenden Beeinträchtigungen führen kann, vgl. dazu jüngst unter Hinweis auf aktuelle Studien *Jakob Simmank*, Künstliche Befruchtung, 2018 <<https://www.zeit.de/wissen/gesundheit/2018-09/kuenstliche-befruchtung-zeugung-kinderwunsch-fortpflanzung-kinder-gesundheit/komplettansicht>> (Stand 22.10.18). Bei der Mutter besteht u.a. ein sechsfach erhöhtes Risiko für schwangerschaftsassozierte Komplikationen wie Bluthochdruck, Diabetes und Embolien, vgl. dazu und zu weiteren Risiken *Josef Deutinger* Mehrlingsschwangerschaft – Risikoschwangerschaft, Geburtshilfe und Frauenheilkunde, 2012, 378 (383).

¹⁶ § 1 Abs. 1 Nr. 5 ESchG verbietet unter Androhung einer Freiheitsstrafe von bis zu drei Jahren oder Geldstrafe, mehr Eizellen einer Frau zu befruchten, als ihr innerhalb eines Zyklus übertragen werden sollen. Nach § 1 Abs. 1 Nr. 3 ESchG dürfen innerhalb eines Zyklus max. drei Embryonen übertragen werden (sog. Dreier-Regel); s. zu der str. Frage, was das für die Zahl der zu befruchtenden Eizellen bedeutet, *Günther* in: ders./*Taupitz*/Kaiser (Fn. 6), C. II. § 1 Abs. 1 Nr. 5 Rn. 7 f.; *Joachim Renzikowski* Embryonenauslese und „Dreierregel“, Gynäkologische Endokrinologie 2004, 172 ff. (177), macht deutlich, dass de lege lata kein Weg an der „Dreierregel“ vorbeiführt. Beim eSET wird aber zunächst ganz bewusst nur ein Embryo übertragen (s. Fn. 15); s. zur strafrechtlichen Problematik des eSET nach dem ESchG auch *Müller-Terpitz* in: Spickhoff (Fn. 13), § 1 ESchG Rn. 13.

¹⁷ Dazu *Mathias Reinke* Fortpflanzungsfreiheit und das Verbot der Fremdeizellspende, 2008; *Sigrid Graumann* Eizellspende und Eizellhandel – Risiken und Belastungen für die betroffenen Frauen, in: Gisela Bockenheimer-Lucius/Petra Thorn/Christiane Wendehorst (Hrsg.) Umwege zum eigenen Kind – Ethische und rechtliche Herausforderungen an die Reproduktionsmedizin 30 Jahre nach Louise Brown, 2008, 175 ff.; *Giselind Berg* Die Eizellspende – eine Chance für wen?, in: ebd., 239 ff.; *Gassner* Eizellspende (Fn. 3); *Taupitz/Hermes* Eizellspende (Fn. 13).

¹⁸ Unbestreitbar existieren hinsichtlich der Gewinnung von Keimzellen zwischen Männern und Frauen biologische Unterschiede. Doch fragt sich, ob diese die Ungleichbehandlung tatsächlich rechtfertigen, zumal sich die körperlichen Belastungen für Eizellspenderin-

Eizellspende und auch der Leihmutterschaft vor allem dazu, dass diese im Ausland¹⁹ durchgeführt werden. Der deutsche Gesetzgeber, der die dortigen Rahmenbedingungen nicht beeinflussen kann, sollte sich zumindest auf völkerrechtlicher Ebene um Regelungen zum Schutz der betroffenen Frauen und Kinder bemühen.²⁰ Nur so können Fälle wie der eines australischen Paares, das ein behindertes Kind bei seiner thailändischen Leihmutter zurückließ,²¹ künftig verhindert werden. Das deutsche Rechtssystem muss aber auch die Folgen der (legalen) Inanspruchnahme der Leihmutterschaft im Ausland bewältigen. Wie die Rechtspraxis zeigt,²²

nen heute durch verbesserte Stimulationstechniken deutlich reduzieren lassen und auch ein „egg sharing“ möglich ist, also die Spende überzähliger Eizellen aus einer IVF-Behandlung (dazu *Kersten* Regulierungsauftrag [Fn. 3], 1253). Der Umstand, dass auch bei der Keimzellspende allein die „gespaltene Mutterschaft“ (dazu *Hieb* Gespaltene Mutterschaft [Fn. 3]; *Taupitz* in: Günther/ders./Kaiser [Fn. 6], C. II. § 1 Abs. 1 Nr. 1, Rn. 1 f.), nicht aber die „gespaltene Vaterschaft“ (dazu *Hans-Ludwig Günther* ebd., B. V. Rn. 81 ff.), problematisiert wird, spricht dafür, dass es schlicht um tradierte Rollenbilder gehen könnte. Zumindest hat dieses Argument bei der in Deutschland gleichfalls verbotenen Leihmutterschaft ein ganz anderes Gewicht, da eine Leihmutter zu dem Kind, das sie für die intendierten Eltern austrägt, in der Schwangerschaft eine eigene Bindung entwickeln kann.

¹⁹ Siehe zum „Reproduktionstourismus“ *Coester-Waltjen* Reproduktive Autonomie, in: Wiesemann/Simon (Fn. 3), 222 (233 m.w.N. in Fn. 56); s. zu den Strafbarkeitsrisiken solcher Behandlungen mit Auslandsbezug *Brian Valerius* Kinderwunschbehandlungen im Ausland, *Zeitschrift für Medizinstrafrecht (medstra)* 2017, 20 ff.; allg. zur Rechtslage bzgl. der Reproduktionsmedizin in einzelnen europäischen Ländern *Wagner* Fortpflanzungsmedizin (Fn. 2), 47 ff.

²⁰ So auch *Coester-Waltjen* Reproduktive Autonomie, in: Wiesemann/Simon (Fn. 3), 222 (233 f.); *Nina Dethloff* Leihmutterschaft in rechtsvergleichender Perspektive, in: Beate Ditzsch/Marc-Philippe Weller (Hrsg.) *Regulierung der Leihmutterschaft*, 2018, 55 (67).

²¹ Es ging um Zwillinge, die das Paar durch eine Leihmutter in Thailand legal hatte austragen lassen. Sie nahmen dann aber nur das gesunde Kind mit; s. dazu *Christoph Hein* FAS v. 10.8.2014, Nr. 32, 44, u. FAZ v. 12.8.2014, Nr. 185, 7. Thailand verbot daraufhin grundsätzlich die kommerzielle Leihmutterschaft, s. FAZ v. 21.2.2015, Nr. 44, 1, u. sz.de v. 20.2.2015 <<https://www.sueddeutsche.de/panorama/konsequenzen-aus-dem-fall-gammy-thailand-verbietet-leihmutterschaft-fuer-auslaendische-paare-1.2359705>> (Stand 13.10.2018).

²² Vgl. BGHZ 203, 350: In diesem Fall hatte ein kalifornisches Gericht zwei in einer Lebenspartnerschaft verbundene Männer als rechtliche Eltern eines Kindes anerkannt, das mit dem Samen eines der Partner und einer Eizellspende gezeugt und von einer Leihmutter nach kalifornischem Recht legal austragen worden war. Der BGH entschied, dass die Entscheidung des kalifornischen Gerichts nicht gegen den deutschen ordre public verstoße. Das Wohl des geborenen Kindes, dessen stabile Zuordnung zu bestimmten Eltern ansonsten gefährdet wäre, hat danach Vorrang vor generalpräventiven Erwägungen im Hinblick auf die Sanktionierung der in Deutschland verbotenen Leihmutterschaft; jetzt bestätigt durch Beschl. des BGH v. 5.9.2018, Az. XII ZB 224/17, in einem ein heterosexuelles Paar betreffenden, im Übrigen aber parallel gelagerten Fall. Es bleibt aber in beiden Fällen offen, wie zu entscheiden wäre, wenn keine ausländische Gerichtsentscheidung oder keine genetische Verwandtschaft mit einem Wunscherternteil (im Unterschied zur Leihmutter) vorläge.

sind daher auch internationalprivatrechtliche Fragen dringend regelungsbedürftig.²³

Zudem generiert die IVF, soweit sie mit Keimzellspenden arbeitet, stets Mehrelternschaft.²⁴ Der Gesetzgeber muss daher u.a. die Eltern-Kind-Zuordnung klar regeln,²⁵ (ggf. gestufte) Elternrechte gesetzlich ausgestalten²⁶ und das Recht des Kindes auf Kenntnis seiner Abstammung aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG sichern.²⁷

²³ Nina Dethloff Leihmütter, Wunscheltern und ihre Kinder, JZ 2014, 922 (931 f.).

²⁴ Bei Leihmutterschaft wird dort, wo sie legal ist, i.d.R. die Verwendung einer Eizellspende vorgeschrieben, um zu verhindern, dass die Leihmutter mit dem Kind genetisch verwandt ist. Daher führt die Leihmutterschaft meist zu einem Auseinandertreten von genetischer Mutter, Geburtsmutter und intendierter Mutter. Bei allen Keimzellspenden fallen zumindest die genetische und die intendierte Elternschaft auseinander. In der seltenen Konstellation eines (wegen einer Erbkrankheit der Mutter vorgenommenen) Zellkerntransfers hat ein Kind sogar zwei genetische Mütter, da auch die Mitochondrien der Eihülle, in die der Zellkern transferiert wird, in geringem Maße genetisch aktiv sind; s. SZ v. 28.9.2016, 16, u. faz.net v. 27.9.2016 <<http://www.faz.net/aktuell/gesellschaft/kernttransfer-baby-mit-drei-eltern-geboren-14456379.html>> (Stand 30.10.2018); s.a. „Zwei Mütter und ein Baby“, FAZ v. 7.5.2001, Nr. 105, S. 13: Hier wurde fremdes Zytoplasma in eine Eizelle injiziert; die fremden Gene machen dann aber nur 0,03 Prozent des Erbguts aus. Mehrelternschaft gab es bei Adoptionen und in Stiefkind-Familien schon immer; es treten jetzt also nur neue Konstellationen dazu; eingehend zu alledem Sanders Mehrelternschaft (Fn. 5), 197 ff. m.w.N.

²⁵ Dies folgt aus dem Recht des Kindes auf staatliche Gewährleistung seiner Erziehung und Pflege aus Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 6 Abs. 2 GG, vgl. dazu insbesondere Gabriele Britz Das Grundrecht des Kindes auf staatliche Gewährleistung elterlicher Pflege und Erziehung – jüngere Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, JZ 2014, 1069; s.a. Sanders Mehrelternschaft (Fn. 5), 125 ff. Welche Probleme insoweit auftreten können, zeigt der Fall eines unverheirateten Mannes, der der heterologen künstlichen Befruchtung seiner Partnerin zugestimmt hatte, sich aber später von der Vaterschaft lösen wollte, s. BGHZ 207, 135; Urt. v. 23.9.2015, Az. XII ZR 99/14; dazu Sanders ebd., 215 ff. Auch die Nationale Akademie der Wissenschaften Leopoldina FMedG (Fn. 4), 8, mahnt eine klare Zuordnung des Kindes zum Wunschelerteil mit (oder zeitnah nach) der Geburt in allen Fällen „gespaltener Elternschaft“ an.

²⁶ Dabei geht es, sofern die Elternstellung aus Art. 6 Abs. 2 GG geklärt ist, um hochkomplexe mehrpolige Grundrechtsverhältnisse, in deren Rahmen unterschiedliche Elternrechte zu koordinieren sind. Dies erfordert u.a. eine Vermittlung zwischen dem verfassungs- und dem einfachrechtlichen Elternbegriff. Von zivilrechtlicher Seite ist dies jetzt eingehend analysiert und ein Modell für die gesetzliche Ausgestaltung der Mehrelternschaft entwickelt worden, s. Sanders Mehrelternschaft (Fn. 5), 365 ff., 385 ff.

²⁷ Das BVerfG hat das Recht auf Kenntnis der (eigenen) Abstammung, das sich zunächst auf die Vaterschaft bezog, aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG (APR) abgeleitet, s. BVerfGE 79, 256 (268 f.); 90, 263 (270 f.); 96, 56 (63); st. Rspr. Es kann auch den einem Kind rechtlich zugeordneten Vater berechtigen, s. BVerfGE 117, 202 (225 f.). Inzwischen geht es jedoch auch um die (genetische oder Leih-)Mutterschaft, s. BGH Beschl. v. 14.12.2014, Az. XII ZB 463/13, Rn. 63. Allg. zu dem Recht eines durch reproduktionsmedizinische Maßnahmen erzeugten Kindes auf Kenntnis seiner Abstammung s. Arbeitskreis Abstammungsrecht Abschlussbericht (Fn. 5), 77 ff.; Deutscher Ethikrat Embryospende

Als Zwischenergebnis ist festzuhalten, dass die Reproduktionsmedizin in unterschiedlichen Bereichen und auf mehreren Ebenen dringenden Regulierungsbedarf erzeugt hat. Allerdings ist der Gesetzgeber hier mit einer hochkomplexen Materie und mit schwierigen Rahmenbedingungen konfrontiert: *Erstens* ist der gesamte Bereich durch eine besondere Dynamik gekennzeichnet. Zum einen schlägt der wissenschaftliche Erkenntnisfortschritt unmittelbar auf die gesetzliche Ebene durch. Zum anderen muss die Regulierung dem gesellschaftlichen Wandel – insbesondere der Pluralisierung der Familienstrukturen – Rechnung tragen.²⁸ Diese liegt der Fortpflanzungsmedizin voraus, wird durch sie aber auch weiter verstärkt. *Zweitens* müssen die Folgen einer globalisierten Fortpflanzungsmedizin reflektiert und geregelt werden. *Drittens* stellt sich für den Gesetzgeber die heikle Frage, wie er mit dem tiefgreifenden moralischen Dissens in grundlegenden Fragen rund um den Beginn menschlichen Lebens umgehen soll. Da auf diesem Feld heute die „neuen Glaubenskriege“²⁹ ausgefochten werden, kann es kaum

(Fn. 13), 70 f.; *Dethloff* Leihmütter (Fn. 23), 928; *Schumann* Elternschaft (Fn. 14), 747 f.; *dies.* Familienrechtliche Fragen, in: *Rosenau* (Fn. 14), 155 (171 f.).

²⁸ Neben die herkömmliche Vater-Mutter-Kind-Familie sind Patch-Work-Familien, gleichgeschlechtliche Paare mit Kindern, Alleinerziehende und schwul-lesbische Familienverbünde getreten. Auch insoweit treten unter Gleichbehandlungsaspekten neue Fragen auf. So machen heute auch Alleinstehende ein Recht auf Fortpflanzungsfreiheit geltend; die Frage, ob grds. am „Zwei-Eltern-Modell“ festgehalten werden sollte, wird kontrovers diskutiert, s. *Arbeitskreis Abstammungsrecht* Abschlussbericht (Fn. 5), 29, 61; *Deutscher Ethikrat* Embryospende (Fn. 13), 72 ff.; für eine Erstreckung der Fortpflanzungsfreiheit auf Alleinstehende *Gassner* u.a. AME-FMedG (Fn. 3), 32, 56. Homosexuelle Paare haben zwar seit 2017 das Recht auf Eheschließung, doch beteiligen sich die Gesetzlichen Krankenkassen nach § 27 a Abs. 1 Nr. 3, 4 SGB nur dann an den Kosten einer IVF, wenn diese innerhalb einer Ehe und homolog, d.h. ausschließlich unter Verwendung von Keimzellen der Ehepartner, stattfindet. Damit sind homosexuelle verheiratete Paare ebenso ausgeschlossen wie unverheiratete Paare oder heterosexuelle Paare, die auf eine heterologe Gametenspende angewiesen sind. Nach *Brosius-Gersdorf* in: *Berchtold/Huster/Rehborn* (Fn. 5), § 27a SGB V Rn. 23, ist dies gerechtfertigt, da die Familiengründung im homologen und im heterologen System unterschiedliche Sachverhalte seien. A.A. *Kersten* Regulierungsauftrag (Fn. 3), 1251 f.: Die IVF müsse allen unabhängig vom Familienstand und der sexuellen Orientierung offenstehen. Auch die *Nationale Akademie der Wissenschaften Leopoldina* FMedG (Fn. 4), 6, 8, fordert eine Harmonisierung von einander widersprechenden Regelungen im ESchG einerseits, im Familien- und Sozialrecht sowie im ärztlichen Berufsrecht andererseits; s.a. *Berit Völzmann* Zugang zu assistierter Reproduktion, djbZ 2017, 6, u. den eindringlichen Appell an den Gesetzgeber: „Regelt das endlich!“ von *Martin Spiewak*, Die Zeit v. 19.10.2017, Nr. 43, 41.

²⁹ Siehe *Hasso Hofmann* Verfassung der Freiheit gegen Gentechnik?, in: *Adolf-Arndt-Kreis* (Hrsg.) *Menschliches Leben – was ist das?*, 2004, 63 (65): „Art von Religionskrieg“; *Horst Dreier* Bioethik, 2013, 1 f. m.w.N.; s.a. *Patrick Bahners* FAZ v. 2.7.2001, Nr. 150, 43. Es gilt generell, dass bei Fragen, „die sich um Tod und Leben, Sexualität und Reproduktion sowie Partnerschaft und Familie drehen, die Rahmung als Wertkonflikt besonders

überraschen, dass er trotz dringenden Handlungsbedarfs davor zurückschreckt, mit einer Reform die ‚Büchse der Pandora‘ zu öffnen.

Der moralische Dissens spiegelt sich aber auch in der Kontroverse um den aus Art. 1 Abs. 1 GG abgeleiteten Rechtsstatus des extrakorporalen Embryos wider: Bioethische Position und Auslegung der Menschenwürdenorm werden so miteinander verwoben. In den ungelösten Fragen nach dem Umgang mit dem fundamentalen Wertepluralismus und der Auslegung des Art. 1 Abs. 1 GG³⁰ liegen die Hauptursachen für die gesetzgeberische Blockade, da das Verdikt der Menschenwürdewidrigkeit die jeweiligen Regulierungsvorschläge aus dem politischen Raum verbannt.³¹ Diese Grundsatzfragen müssen daher vor allen Einzelfragen der geforderten Regulierung geklärt werden; dem widmet sich der folgende Vortrag.

III. Biomedizin im Spannungsfeld von gesellschaftlichem Pluralismus, staatlicher Neutralität und verfassungsrechtlichem Grundkonsens

1. Drei Perspektiven auf das Problem des fundamentalen Wertepluralismus

Unterschiedliche Disziplinen nähern sich dem Problem des Wertepluralismus, den wir zugleich als Ausdruck der Freiheitlichkeit unseres Gemeinwesens begreifen, auf unterschiedliche Weise an. So kann man mit *John Rawls* fragen: „Wie kann eine stabile und gerechte Gesellschaft freier und

nahe[liegt], weil es sich um existentielle Fragen der Lebensführung handelt, die vielfach im Zentrum umfassender normativer religiöser wie säkularer Vorstellungen von Gerechtigkeit oder gutem Leben stehen“, so *Ulrich Willems* Wertekonflikt über bioethische Fragen aus politikwissenschaftlicher Sicht. Zu Theorie und Empirie des Umgangs demokratischer Gesellschaften mit fundamentalem moralischem Dissens, in: Marion Albers (Hrsg.) Bioethik, Biorecht, Biopolitik, 2016, 79 (90).

³⁰ Nach *Christoph Enders* in: Karl H. Friauf/Wolfram Höfling (Hrsg.) Berliner Kommentar, 2000; Stand: Mai 2018, Art. 1 GG Rn. 122 (2011), sind die „von Bio- und Gentechnologie sowie Fortpflanzungsmedizin eröffneten Handlungsmöglichkeiten [...] zu einem Hauptanwendungsfeld des Satzes von der Menschenwürde geworden“, da hier „eine ‚Behandlung (des Menschen), die seine Subjektqualität prinzipiell in Frage stellt‘, offenkundig“ erscheine. Diese Formulierung hat das BVerfG wiederholt gewählt, um eine Verletzung der Menschenwürde zu beschreiben, s. dazu BVerfGE 30, 1 (26); 109, 279 (312 f.).

³¹ *Dreier* Bioethik (Fn. 29), 24 f., spricht insoweit im Blick auf Art. 79 Abs. 3 GG von einer „Art von verfassungsrechtlicher ‚Hochsicherheitszone‘: der Gesetzgeber, selbst der verfassungsändernde, sieht sich absolut gefesselt, wenn bestimmte Maßnahmen den Schutzgehalt der Menschenwürde tangieren.“ Wenn es also gelinge, bestimmte biotechnologische Praktiken als Verstöße gegen die Menschenwürde einzustufen, seien diese jedenfalls in Deutschland auf ewig untersagt: „Menschenwürdeargumente sind eben ‚Gewinnerargumente‘.“

gleicher Bürger, die durch vernünftige und gleichwohl einander ausschließende religiöse, philosophische und moralische Lehren einschneidend voneinander getrennt sind, dauerhaft bestehen?“ Anders formuliert: „Wie können solche Lehren zusammen bestehen und dennoch alle dieselbe politische Konzeption einer konstitutionellen Ordnung bejahen?“³² Rawls fand die Antwort in seiner Schrift „Politischer Liberalismus“ im rationalen Kern eines alle streitigen metaphysischen Argumente aussparenden „overlapping consensus“ vernunftbegabter Subjekte.³³ Im Kontext unserer Fragestellung betrifft das von ihm skizzierte Problem vor allem die Staatsfundamentalnorm des Art. 1 Abs. 1 GG, die ja auch den Kristallisationspunkt der Debatte um die Fortpflanzungsmedizin bildet.

Ein anderer Aspekt der Freiheitlichkeit unseres Gemeinwesens rückt durch den rein strafrechtlichen Charakter des Embryonenschutzgesetzes in den Fokus: Seit *Kant* ist die Idee der Freiheit mit der prinzipiellen Trennung von Recht und Moral bzw. der strikten Unterscheidung von Rechts- und, wie *Kant* es ausdrückt, „Tugendpflichten“ verbunden. Das Recht gilt als äußere Zwangsordnung, die dem Einzelnen die Freiheit der Entscheidung für das aus seiner Sicht moralisch Richtige belässt.³⁴ Das heißt, dass

³² John Rawls *Politischer Liberalismus*, 5. Aufl. 2016, 14 (s. dort für beide Zitate).

³³ Ders. *Liberalismus* (Fn. 32), 219 ff., bes. 231 ff., zu den drei Merkmalen eines übergreifenden Konsenses; ders. *The Idea of an Overlapping Consensus* (1987), in: ders./Samuel R. Freeman (Hrsg.) *Collected papers*, 1999, 421 ff.; s. dazu auch Dieter Sturma/Bert Heinrichs *Handbuch Bioethik*, 2015, 78 ff., s. bes. 79 zu Rawls u. 80 f. zur Konsensbildung in der Bioethik. Rainer Wahl *Die Rolle des Verfassungsrechts angesichts von Dissens in Gesellschaft und Rechtspolitik*, in: Giovanni Maio (Hrsg.) *Der Status des extrakorporalen Embryos*, 2007, 551 (579 ff.), transformiert dies in ein „Konzept der komplexen Verständigung“ (ebd., 581 ff.) und macht deutlich, dass die „Lösung nicht im Inhaltlichen liegen [kann], sondern im Akzeptieren des Dissenses und in der Verständigung, dass eine weltliche Rechtsordnung hier von vornherein, obwohl es grundlegende Fragen betrifft, nicht ein inhaltlich gefülltes Fundament, die substantielle Wertbasis bieten und legen kann“ (ebd., 583). Allg. zum Umgang mit moralischem Dissens und den ethischen Begründungen und Grenzen dessen, worüber Konsens erzielt werden kann, auch Klaus Tanner *Umgang mit Dissens*, in: Maio ebd., 703 (bes. 713 ff., 715).

³⁴ So heißt es bei Immanuel Kant *Die Metaphysik der Sitten*. Einl. in die Rechtslehre, § E, hrsgg. v. Wilhelm Weischedel *Werke in zehn Bänden*, Bd. 7, 1983, 339: „[...] man kann den Begriff des Rechts in der Möglichkeit der Verknüpfung des allgemeinen wechselseitigen Zwanges mit jedermanns Freiheit unmittelbar setzen. So, wie nämlich das Recht überhaupt nur das zum Objekte hat, was in Handlungen äußerlich ist, so ist das strikte Recht, nämlich das, dem nichts Ethisches beigemischt ist, dasjenige, welches keine andern Bestimmungsgründe der Willkür als bloß die äußern fordert; denn alsdann ist es rein und mit keinen Tugendvorschriften vermenget.“ Durch staatlichen Zwang sanktionierte Rechtspflichten betreffen also allein das äußere Verhalten, während Tugendpflichten durch die innere ethische Selbstgesetzgebung bzw. durch Einsicht in das Vernunftnotwendige erzeugt und durch Selbstzwang sanktioniert werden. Hasso Hofmann *Recht und Ethik*, in: *Verhandlungen des Deutschen Juristentages*, 2002, K 5 (K 8), merkt an, dass das sittlich gute Leben

wir in einer pluralistischen Gesellschaft um der Freiheit willen aushalten müssen, dass keineswegs alles, was Teile der Bevölkerung als moralisch verwerflich empfinden, auch rechtlich verboten ist.³⁵ Der Moralisierung des Rechts sind damit gewisse Grenzen gesetzt;³⁶ insbesondere soll das scharfe Schwert des Strafrechts nur zum Schutz des rechtsethischen Minimums³⁷ eingesetzt werden. Aber wird § 1 Abs. 2 ESchG, der die Verwendung einer Eizellspende bei einer IVF mit bis zu drei Jahren Freiheitsstrafe bedroht, dieser Vorstellung gerecht? Wie lässt sich jenes rechtsethische Minimum bestimmen und taugt es als Schutzwall gegen eine übermäßige Moralisierung des Rechts? Oder ist, wie manche meinen, der „schöne Satz Georg Jellineks, das Recht sei das ethische Minimum,“ heute sogar „falsch“ geworden?³⁸

daher kein möglicher Gegenstand rechtsstaatlicher Gesetzgebung sei, der Rechtsstaat aber gleichwohl auf eine „weltanschaulich [...] abgerüstete Moral“ angewiesen sei. Siehe auch *Dietmar von der Pfordten* Kants Rechtsbegriff, in: ders. (Hrsg.) *Menschenwürde, Recht und Staat bei Kant*, 2009, 27 ff. Er stellt hier die These auf, dass Kant die Restriktion des Rechts auf das äußere Verhalten im Sinne seiner eigenen Moralphilosophie [d.h. i.E. eher weit] interpretiere (ebd., 28). Denn spezifisch für äußeres Handeln seien nach Kant auch „alle Veränderungen im Akteur, die keine rein apriorische Vernunftnatur aufweisen“ (ebd., 30, s.a. 36 ff.). Daher habe Kant ungeachtet der strengen Unterscheidung von (äußeren) Rechts- und (inneren) Tugendpflichten auch keine Probleme damit, dass das Recht sich oft auch auf den inneren Willen (im Alltagssprachlichen Sinne) beziehe (ebd., 37). *Dreier* Bioethik (Fn. 29), 86, hebt hervor, dass die Trennung von Recht und Moral gerade auf dem verminten Gelände bioethischer Debatten die einzige Möglichkeit darstelle, in einer Gesellschaft mit unterschiedlichen ethischen Grundüberzeugungen zu einem Modus Vivendi zu gelangen. Allg. zum Verhältnis von Ethik, Recht und Moral *Dietmar von der Pfordten* Rechtsethik, 2. Aufl. 2011, 63 ff.

³⁵ Vgl. *Dreier* Bioethik (Fn. 29), 86.

³⁶ Speziell zu den Grenzen der Moralisierung des Verfassungsrechts eingehend und sehr instruktiv *Tilman Graf* Ethik und Moral im Grundgesetz, 2017.

³⁷ Die Formulierung geht auf *Georg Jellinek* Die sozioethische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe, 1878, Nachdr. 1967, 43 f., zurück. Es heißt dort: „Das Recht ist nichts anderes als das ethische Minimum. Objektiv sind es die Erhaltungsbedingungen der Gesellschaft, soweit sie vom menschlichen Willen abhängig sind, also das Existenzminimum ethischer Normen, subjektiv ist es das Minimum sittlicher Lebensbetätigung und Gesinnung, welches von den Gesellschaftsgliedern gefordert wird. [...] Das Recht verhält sich nach dieser Auffassung wie der Teil zum Ganzen, wie das Fundament zum Gebäude [...]“. Siehe zu Jellinek auch *Horst Dreier* Die Ethik des Rechts, in: Günter Eifler/Otto Saame (Hrsg.) *Wissenschaft und Ethik*, 1992, 24 (30), der betont, dass Recht für Jellinek „eine Art von Kernmoral“ bildet, „Ausdruck des gesellschaftlichen Minimalkonsenses“ ist.

³⁸ *Gerhard Robbers* Rechtsethische Aspekte der Gentechnologie, in: *Gesellschaft für Rechtspolitik, Institut für Rechtspolitik an der Universität Trier* (Hrsg.) 2003 – 40. *Bitburger Gespräche*, 141 (146). Er führt dort weiter aus: „Er gilt in einer Gesellschaft, deren Recht eingebettet liegt in homogenen Moralvorstellungen [...] und in der deshalb nur das Minimum rechtlicher Bewehrung bedarf. In der pluralistischen Welt sind auch die Grundlagen der Ethik streitig geworden. [...] Ein kleinster gemeinsamer Nenner würde das Recht

Richtig ist zumindest, dass die Problematik des Wertepluralismus hier nicht durch Regulierungsverzicht umgangen werden kann,³⁹ der Gesetzgeber sich also damit auseinandersetzen muss. Damit gelangt man zu einer dritten, meist von Politikwissenschaftlern vertretenen Position, die im Umgang mit dem Wertepluralismus ganz pragmatisch auf die gesetzgeberische Gestaltung eines *Modus Vivendi* setzt.⁴⁰

Die Herausforderung durch den Wertepluralismus wird in diesen drei Ansätzen somit im Hinblick auf die Grundlagen unserer konstitutionellen Ordnung, die freiheitssichernde Trennung von Recht und Moral sowie praxisorientierte Lösungsmöglichkeiten näher beleuchtet. Zumindest bestimmte Aspekte dieser drei Perspektiven auf das Problem scheinen im deutschen Grundgesetz im Hegel'schen Sinne ‚aufgehoben‘ zu sein:

a) „*Overlapping consensus*“ im Sinne Rawls bzw.
verfassungsrechtlicher Grundkonsens

Das, was wir als verfassungsrechtlichen Grundkonsens bezeichnen, lässt sich auch als „*overlapping consensus*“ hinsichtlich der das staatliche Zusammenleben regelnden Grundnormen inmitten im Übrigen unvereinbarer moralischer Positionen in einer pluralistischen Gesellschaft begrei-

ethisch entblößen. Hier muß denn rechtlich und es muß politisch entschieden werden.“ Dazu krit. *Graf Ethik* (Fn. 36), 75.

³⁹ Auch die Strategie des politischen Liberalismus, grundlegende Wertekonflikte durch Verweisung in die Privatsphäre zu lösen (s. *Willems Wertekonflikt*, in: Albers [Fn. 29], 79 [82 mit Fn. 9, 118, 120]), die Wahl moralisch kontrovers beurteilter Handlungsoptionen vor dem Hintergrund konkurrierender Vorstellungen des guten Lebens (jenseits der Schwelle des Schädigungsprinzips) also der freien Entscheidung des Einzelnen zu überlassen (vgl. dazu *Stefan Huster* Die religiös-weltanschauliche Neutralität des Staates, in: Winfried Brugger/ders. [Hrsg.] *Der Streit um das Kreuz in der Schule*, 1998, 69 [70 ff., bes. 72 f., 76]) und so einer freiheitsbeschränkenden Moralisierung des Rechts bzw. „einer politischen Definition des ‚richtigen‘ Freiheitsgebrauchs“ (ders. ebd., 71) entgegenzutreten, trägt hier nicht bzw. kann nur im Streit um das ‚wie‘ der Regulierung zur Geltung kommen.

⁴⁰ Dazu eingehend *Willems Wertekonflikt*, in: Albers (Fn. 29), 79 (bes. 120 ff. m.w.N.), der den Ansatz von Rawls ablehnt, da dieser zumindest die Unterscheidung von öffentlichen politischen Werten und Werten auf der Basis umfassender Lehren sowie die relative Unstrittigkeit der dafür notwendigen Kriterien voraussetze. Unter den „Bedingungen einer offensichtlichen Umstrittenheit jeglicher metaphysischer und metaethischer Annahmen über Charakter und Struktur moralischer Prinzipien und Werte erweist sich daher das Ideal der friedlichen Koexistenz in Form eines *modus vivendi* und eine verhandlungsbasierte kompromissorientierte Politik als einzig realistische Option für den Umgang mit den für pluralistische Gesellschaften typischen endemischen moralischen Dissensen und Konflikten“ (ebd., 120). Umgekehrt macht *Rawls Liberalismus* (Fn. 32), 235 ff., sehr deutlich, dass ein übergreifender Konsens etwas ganz anderes sei als ein *Modus Vivendi*; gegen einen „*Modus vivendi Liberalismus*“ auch *Huster Neutralität*, in: Brugger/ders. (Fn. 39), 69 (77 f.).

fen.⁴¹ Es wird noch zu klären sein, was daraus für die Auslegung von Art. 1 Abs. 1 GG folgt.⁴²

*b) Sanktionierung des rechtsethischen Minimums
in der Fortpflanzungsmedizin?*

Ungeachtet aller Schwierigkeiten bei Bestimmung des rechtsethischen Minimums wird vertreten, dass es sich zumindest in den Grundrechten materialisiere bzw. diese Ausdruck der „ethische[n] Imprägnierung“ der Verfassung seien.⁴³ Der Zusammenhang mit dem Strafrecht ergibt sich dann mittelbar über staatliche Schutzpflichten, wobei aber der große Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers zu berücksichtigen ist: Dieser kann, solange er nicht unverhältnismäßig in Rechte anderer eingreift, nicht nur den liberalen oder restriktiven Charakter einer Regelung, sondern auch deren ‚Moralisierungsgrad‘ festlegen. Die Forderung, nur das rechts-

⁴¹ Zur Notwendigkeit eines Grundkonsenses *Huster* Neutralität, in: Brugger/ders. (Fn. 39), 69 (73): Auch der liberale Staat könne nicht gegenüber allen normativen Aspekten des Gemeinwesens neutral sein, sondern müsse einen Basis- oder Grundkonsens innerhalb des Gemeinwesens voraussetzen. „Dies setzt eine Unterscheidung von zwei Gruppen von Normen voraus: Normen, deren Akzeptanz oder zumindest Befolgung durch alle gewährleistet sein muß, und Normen, die nur für einzelne Bürger oder Gruppen verbindlich sein können.“

⁴² Siehe zum Zusammenhang zwischen der Auslegung der Menschenwürdenorm des Art. 1 Abs. 1 GG und der Idee des überlappenden Konsenses *Wahl* Verfassungsrecht, in: Maio (Fn. 33), 551 (567, 575 ff.): Es sei nicht etwa so, dass die Menschenwürde die Stelle im Rechtssystem sei, an der alle Pluralität ein Ende habe und eine einheitliche Substanz zutage trete. Vielmehr sei sie „ein Exempel für die Einigkeit bloß in den Ergebnissen, nicht aber in der Gesamtlehre“ (ebd., 575); s. dazu näher unten in Fn. 82

⁴³ Vgl. *Graf* Ethik (Fn. 36), zuseh. 80 f.: Das Grundgesetz sei nicht ethisch neutral, sondern dem „Prinzip Person“ verpflichtet. Der Grundrechtekatalog intendiere eine materiale Konzeption „idealen Rechts“, die sich aus dem ethischen Minimalkonsens der Art. 1 und 20 GG ableite und in den jeweiligen Grundrechtsnormen präzisiere. *Jürgen Habermas* Die Einbeziehung des Anderen, 1999, 255, spricht von einer „ethische[n] Imprägnierung“ der Verfassung in den Grundrechten, vgl. auch ebd., 252; s.a. *Stefan Huster* Die ethische Neutralität des Staates, 2002, bes. 11 f., 652 f. u. *pass.*, der zwischen dem Rechten und dem Guten unterscheidet und meint, dass in der rechtlichen Rahmenordnung eine politische Minimalmoral zum Ausdruck komme, die von allen ethischen Überzeugungen akzeptiert werden müsse und auch könne, da diese Normen keine [auf das Gute bezogenen!] ethischen Vorentscheidungen enthalten, sondern lediglich einen gerechten Ausgleich zwischen den verschiedenen Überzeugungen und Lebensformen gewährleisten (ebd., 11). Die Grundrechte stehen für den Vorrang des Rechten (ebd., 105 ff.). Eingehend auch *Wahl* Verfassungsrecht, in: Maio (Fn. 33), 551 (566 ff., 568 ff., 572 ff.), der sich mit der Funktion des Verfassungsrechts als ethisches Minimum, das sich im Bannkreis der Pluralität nach Umfang und Gehalt aber sehr reduziert haben könnte (ebd. 568), sowie mit dem Transfer ethisch-philosophischer Begriffe ins Recht und den aus der Transformation solcher Konzepte als Inhalt von Rechtsnormen resultierenden Veränderungen auseinandersetzt.

ethische Minimum zu sanktionieren, hat daher bloß appellativen Charakter; verbindliche Vorgaben für die Regulierung der Fortpflanzungsmedizin erwachsen daraus nicht.

c) *Gestaltung des Modus Vivendi über prozedurale Spielregeln:
Bioethische Kontroversen als Gegenstand parlamentarischer
Gesetzgebung*

Schließlich ermöglicht es die Verfassung als Rahmenordnung mit bestimmten prozeduralen Spielregeln aber auch, dass wir den Modus Vivendi gesetzgeberisch stets neu austarieren. Gemeint ist damit natürlich kein Zustand ohne Rechtsgrundlage, sondern der Umstand, dass ungeachtet grundlegender Wertekonflikte zumindest für Teilfragen vorläufige legislative Lösungen gefunden werden können. In einer pluralistischen Demokratie gibt es kein vorgegebenes Gemeinwohl und keine für alle verbindliche Konzeption „des Guten“;⁴⁴ die Konkretisierung des Gemeinwohls im Hinblick auf bestimmte Fragestellungen erfolgt vielmehr nach den jeweiligen Mehrheitsverhältnissen im Parlament stets nur auf Zeit.⁴⁵ Der entscheidende Mechanismus zur Auflösung des sachlichen Dissenses ist das demokratische Mehrheitsprinzip.⁴⁶

⁴⁴ Die Kurzfassung „conceptions of the good“ steht bspw. bei Rawls für „the plurality of conflicting, and indeed incommensurable, conceptions of the meaning, value, and purpose of human life“, s. Rawls *Overlapping Consensus*, in: ders./Freeman (Fn. 33), 421 (424 f.).

⁴⁵ Da es in einer freiheitlich-pluralistischen Ordnung „das Gemeinwohl“ als vorgegebene Größe bzw. „objektive Wahrheit“ nicht mehr geben kann, unterliegen die – regelmäßig nur auf Zeit verbindlichen – Gemeinwohldefinitionen einer offenen Pluralisierung und strikten Prozeduralisierung, s. dazu die Beiträge in: Herfried Münkler/Karsten Fischer (Hrsg.) *Gemeinwohl und Gemeinsinn im Recht*, 2002; i.S. einer strikten Prozeduralisierung auch Claus Offe *Wessen Wohl ist das Gemeinwohl?*, in: Lutz Wingert/Klaus Günther (Hrsg.) *Die Öffentlichkeit der Vernunft und die Vernunft der Öffentlichkeit*. FS Habermas, 2001, 459 ff. (485); s. dazu auch Christoph Engel *Offene Gemeinwohldefinitionen, Rechtstheorie* 32 (2001), 23 ff.; Horst Dreier *Das Majoritätsprinzip im demokratischen Verfassungsstaat*, ZParl 1986, 94 (104).

⁴⁶ Der von der Volksvertretung artikulierte Wille gilt nicht etwa, weil er ‚objektiv vernünftig‘ ist und damit die sachlich einzig ‚richtige‘ Entscheidung formuliert. Er gilt vielmehr, weil er der Wille der Mehrheit der unmittelbar demokratisch legitimierten Repräsentativkörperschaft ist, s. Horst Dreier *Demokratische Repräsentation und vernünftiger Allgemeinwille*, AöR 113 (1988), 450 (457); s.a. Angelika Siehr *„Objektivität“ in der Gesetzgebung?*, ARSP 91 (2005), 535 (552). Ausführlich zum Mehrheitsprinzip Dreier *Majoritätsprinzip* (Fn. 45); Hasso Hofmann/Horst Dreier *Repräsentation, Mehrheitsprinzip und Minderheitenschutz*, in: Hans-Peter Schneider/Wolfgang Zeh (Hrsg.) *Parlamentsrecht und Parlamentspraxis in der Bundesrepublik Deutschland*, 1989, § 5 165 ff. (bes. auch Rn. 48). Siehe zu den aktuellen Herausforderungen sowie grdl. zum Mehrheitsprinzip Egon Flaig *Die Mehrheitsentscheidung*, 2013, 473 ff., 499 ff. u. pass.

Zugleich lässt sich über das Mehrheitsprinzip aber auch das für das Gesetz so charakteristische Spannungsverhältnis zwischen Rationalitätsanspruch und politischer Praxis lösen: Einerseits steht das Gesetz in einer langen rationalistischen Traditionslinie,⁴⁷ die in der Philosophie der Aufklärung ihren Höhepunkt fand, sodass „rationale Gesetzgebung“ seither, wie *Schulze-Fielitz* zu Recht feststellt, als „Pleonasmus“ gelten darf.⁴⁸ Andererseits ist das Gesetz ein Produkt des politischen Prozesses, seiner Eigengesetzlichkeiten und Irrationalitäten.⁴⁹ Das Mehrheitsprinzip rückt in diesem Zusammenhang das voluntative Moment in den Vordergrund.⁵⁰ Die Annäherung an das Ideal der Rationalität ist also zwar erstrebenswert, Abweichungen sind jedoch regelmäßig nicht justitiabel.⁵¹

⁴⁷ Dies kam schon in Ciceros Bezeichnung als „ratio scripta“ zum Ausdruck, war dort aber noch mit der Vorstellung verbunden, dass sich im römischen Recht das ewige und unveränderliche Gesetz der Natur und der diese durchwaltenden Vernunft abbilde, s. *Siehr* Objektivität (Fn. 46), 537.

⁴⁸ Wie *Helmuth Schulze-Fielitz* Theorie und Praxis parlamentarischer Gesetzgebung, 1988, 458, darlegt, ist „rationale Gesetzgebung [...] seit der Aufklärung ein Pleonasmus und nicht ein beliebig ‚aufgebarter‘, sondern ein unhintergehbare Maßstab für alle heutigen Formen der Rechtsetzung.“

⁴⁹ Dazu *Siehr* Objektivität (Fn. 46), 538; *dies.* Symbolic Legislation and the Need for Legislative Jurisprudence, *Legisprudence* 2 (2008), 271 (282); s. zu unterschiedlichen Rationalitätskonzepten und -standards, zu denen auch die neuere Rspr. des BVerfG beigetragen hat (Stichwort: „Normenwahrheit/-klarheit“), sowie zum Spannungsverhältnis zum Demokratieprinzip und der Frage, inwieweit solche Rationalitätsanforderungen justitiabel sind, *dies.* Symbolic Legislation under Judicial Control, in: Klaus Meßerschmidt/A. Daniel Oliver-Lalana (Hrsg.) *Rational lawmaking under review*, 2016, 315 (324 ff., 329, 331 f., 333 ff. m.w.N. u. *pass.*). Siehe zu unterschiedlichen Aspekten dieses Diskurses *Christian Waldhoff* „Der Gesetzgeber schuldet nichts als das Gesetz“: Zu alten und neuen Begründungspflichten des parlamentarischen Gesetzgebers, in: Otto Depenheuer/Matthias Jestaedt (Hrsg.) *FS Isensee*, 2007, 325 ff.; *Philipp Dann* Verfassungsgerichtliche Kontrolle gesetzgeberischer Rationalität, *Der Staat* 49 (2010), 630 ff.; *Christian Bumke* Die Pflicht zur konsistenten Gesetzgebung, *Der Staat* 49 (2010), 77 ff.; s.a. *Matthias Cornils* Rationalitätsanforderungen an die parlamentarische Rechtsetzung im demokratischen Rechtsstaat, *DVBl.* 2011, 1053 ff., sowie insbes. *Georg Lienbacher/Bernd Grzeszick*, Rationalitätsanforderungen an die parlamentarische Rechtsetzung im demokratischen Rechtsstaat, *VVDStRL* 71 (2012), 7 ff., 49 ff., jeweils m.w.N.

⁵⁰ Hier gilt der Satz: „voluntas statt ratio“, s. *Dreier* Demokratische Repräsentation (Fn. 46), 457; s.a. *Siehr* Symbolic Legislation, in: Meßerschmidt/Oliver-Lalana (Fn. 49), 315 (333).

⁵¹ So mögen Wertungswidersprüche zu anderen gesetzlichen Regelungen zwar die Qualität eines Gesetzes in Frage stellen, führen als solche aber nicht zu seiner Verfassungswidrigkeit; s. dazu *Siehr* Symbolic Legislation, in: Meßerschmidt/Oliver-Lalana (Fn. 49), 315 (bes. 336 ff.).

Damit ist der Grundmodus umschrieben, der auch für die gesetzliche Regulierung hochkontroverser bioethischer Streitfragen gilt: Sie sind im politischen Prozess über das demokratische Mehrheitsprinzip zu lösen.

2. Verfassungsrechtliche Grenzen des politischen Prozesses

a) Grundrechte im Schatten der Menschenwürdenorm

Seine Grenze findet der politische Prozess allein in der Verfassung, namentlich in den Grundrechten, die vom Gesetzgeber eine Rechtfertigung von Freiheitsbeschränkungen nach Maßgabe ihrer Schranken verlangen. Tatsächlich stehen die Grundrechte im Diskurs über die Fortpflanzungsmedizin jedoch ganz im Schatten der Kontroverse um die Menschenwürdenorm.⁵² Dies erklärt sich daraus, dass Art. 1 Abs. 1 GG als abwägungsfest gilt; soweit seine Wirkung reicht, findet also keine Abwägung mit den Grundrechten anderer mehr statt.⁵³

⁵² Vgl. Dreier Bioethik (Fn. 29), 23; Hofmann Verfassung, in: Adolf-Arndt-Kreis (Fn. 29), 63, 67; Friedhelm Hufen Individuelle Rechte und die Zulassung der Präimplantationsdiagnostik, in: Carl F. Gethmann/Stefan Huster (Hrsg.) Recht und Ethik in der Präimplantationsdiagnostik, 2010, 129 (131 ff.). Zur dbzgl. Lagerbildung und grdl. zu Art. 1 I GG Manfred Baldus Kämpfe um die Menschenwürde, 2016, 123 ff. u. pass.

⁵³ Siehe BVerfGE 93, 266 (293): „[...] denn die Menschenwürde als Wurzel aller Grundrechte ist mit keinem Einzelgrundrecht abwägungsfähig“; E 109, 279 (314, Rn. 121): „Dieser Schutz darf nicht durch Abwägung [...] relativiert werden“; s.a. die in E 130, 1 (22, Rn. 99) umfangreich aufgelistete Rspr. Aus der Lit. statt vieler Christian Starck in: Peter M. Huber/Andreas Voßkuhle (Hrsg.) Hermann v. Mangoldt/Christian Starck/Friedrich Klein (Begr.) Grundgesetz Kommentar I, 7. Aufl. 2018, Art. 1 GG Rn. 34; Horst Dreier in: ders. (Hrsg.) Grundgesetz Kommentar, Bd. I, 3. Aufl. 2013, Art. 1 I GG Rn. 46, 130, jeweils m.w.N.; s.a. die zahlr. Nachw. zu dieser „völlig h.M.“ bei Manfred Baldus Menschenwürdegarantie und Absolutheitsthese, AöR 136 (2011), 529 (530 f. mit Fn. 1–5). Zu einer i.E. relativen Konstruktion der Menschenwürde gelangt hingegen Robert Alexy Menschenwürde und Verhältnismäßigkeit, AöR 140 (2015), 497 ff. Für einen Überblick zu relativierenden Positionen s. Josef Isensee Menschenwürde: die säkulare Gesellschaft auf der Suche nach dem Absoluten, AöR 131 (2006), 173 (194 ff.); Baldus ebd., 532 ff. Carsten Bäcker Begrenzte Abwägung, Der Staat 55 (2016), 433 (444 ff., 451 ff.), differenziert hingegen zwischen „Abwägungsfähigkeit“ und „Abwägungszulässigkeit“ (ebd., 444): Zwar sei die Menschenwürde grds. abwägungsfähig, doch ziehe das GG um einen bestimmten Bereich den besonderen Schutzwall des Abwägungsverbots. Sei ein Eingriff im konkreten Fall von hinreichend hoher Intensität, so löse er den absoluten Schutz der Unantastbarkeitsregel aus (ebd., 457). Umgekehrt bedeute das aber, dass entgegen der h.M. nicht jeder Eingriff in die Menschenwürde auch eine Verfassungsverletzung darstelle (ebd., 458). I.E. finde sich in Art. 1 Abs. 1 GG somit „Relatives und Absolutes“; diese Doppelstruktur erkläre, warum er trotz der Unantastbarkeitsklausel einer Abwägung zugänglich sein könne (ebd., zusf. 459 f.).

b) *Staatliche Neutralität: Religiöser Pluralismus und die Frage nach der Ergebnis- bzw. Begründungsneutralität von Gesetzen*

Bevor näher auf Art. 1 Abs. 1 GG eingegangen wird, soll noch geklärt werden, ob bei der Regulierung der Fortpflanzungsmedizin auch das Prinzip der religiös-weltanschaulichen Neutralität des Staates,⁵⁴ soweit es dessen Nichtidentifikation mit bestimmten religiösen oder weltanschaulichen Positionen fordert,⁵⁵ als verfassungsrechtliche Grenze des Gesetzgebungsprozesses fungiert. Es besteht ein deutlicher Konnex zwischen der jeweiligen religiösen Position und der Haltung in der Regulierungsdebatte. Allerdings zeigen sich zwischen Katholiken, Protestanten und Juden ganz erhebliche Unterschiede: Die katholische Position ist am restriktivsten. Danach beginnt menschliches Leben mit der Verschmelzung von Ei- und Samenzelle.⁵⁶ Da jedem menschlichen Leben Würde zukomme, sei auch der extrakorporale Embryo Träger der Menschenwürde.⁵⁷ Überzählige

⁵⁴ Es wird aus den Art. 4 Abs. 1, Art. 3 Abs. 3, Art. 33 Abs. 3 GG sowie Art. 136 Abs. 1 und 4 und Art. 137 Abs. 1 WRV i.V.m. Art. 140 GG hergeleitet, s. BVerfGE 19, 206 (216). Dort heißt es: „Das Grundgesetz legt durch Art. 4 Abs. 1, Art. 3 Abs. 3, Art. 33 Abs. 3 sowie durch Art. 136 Abs. 1 und 4 und Art. 137 Abs. 1 WRV in Verbindung mit Art. 140 GG dem Staat als Heimstatt aller Staatsbürger ohne Ansehen der Person weltanschaulich-religiöse Neutralität auf. Es [...] untersagt auch die Privilegierung bestimmter Bekenntnisse [...]“. Grundlegend *Klaus Schlaich* Neutralität als verfassungsrechtliches Prinzip, 1972; s.a. *Christian Waldhoff* Was bedeutet religiös-weltanschauliche Neutralität des Staates?, in: Martin Honecker (Hrsg.) Gleichheit der Religionen im Grundgesetz?, 2011, 17 ff., der betont, dass jedenfalls keine schematische Gleichbehandlung gefordert sei und staatliche Neutralität auch keine „Meta- oder Übernorm“ darstelle (ebd., 18); s. zur Herleitung in Österreich *Ulrich Wagrandl* Die weltanschauliche Neutralität des Staates, Journal für Rechtspolitik 24 (2016), 309 (314 ff.).

⁵⁵ Siehe dazu *Schlaich* Neutralität (Fn. 54), 236 ff. m.w.N.; s.a. *Waldhoff* Neutralität des Staates, in: Honecker (Fn. 54), 17 (18). Das Neutralitätsprinzip weist unterschiedliche Bedeutungsgehalte auf und ist umstritten. Teils wird es als objektiv-rechtliches Gegenstück zur Religionsfreiheit der Bürger oder als ihr Korrelat begriffen; s. dazu *Martin Morlok* in: Horst Dreier (Hrsg.) Grundgesetz Kommentar, Bd. I, 3. Aufl. 2013, Art. 4 GG Rn. 48, 161; *Horst Dreier* Staat ohne Gott, 2018, 96 f.; vertiefend *Huster* Ethische Neutralität (Fn. 43), 12 ff., 29–124 u. pass. Vorliegend ist jedoch nur seine allg. konsentierende Lesart als sachliche Nichtidentifikation (s. *Dreier* ebd., 98 f.) maßgeblich.

⁵⁶ Für einen Überblick über unterschiedliche Anknüpfungspunkte für die Zuerkennung der Menschenwürde vom Gameten- oder Vorkernstadium über die Kernverschmelzung, die Nidation, die Individuation, die Gehirnfunktion, die Wahrnehmung als Person bis zur Geburt s. *Lehmann* In-vitro-Fertilisation (Fn. 13), 45 ff. Dagegen *Enders* in: Friauf/Höfling (Fn. 30), Art. 1 GG Rn. 134: Die Anerkennung der unantastbaren Würde des Menschen sei ein normativer Vorgang, die Würde des Menschen also „keine Frage der Biologie, sondern des rein geistigen Aktes ihrer Anerkennung und seiner Geschichte.“

⁵⁷ Vgl. *Klaus Arntz* Fortpflanzungsmedizin – moraltheologische Perspektiven, in: Henning Rosenau (Hrsg.) Ein zeitgemäßes Fortpflanzungsmedizingesetz für Deutschland, 2012, 37 (38 ff.), der die offiziellen kirchenamtlichen Positionen vorstellt und diese durch

Embryonen seien daher auch um den Preis einer noch geringeren Erfolgsquote der IVF – derzeit liegt sie bei ca. 20 %⁵⁸ – strikt zu vermeiden.⁵⁹ Zudem wird auch die in Deutschland ohnehin sehr restriktiv geregelte Präimplantationsdiagnostik (PID)⁶⁰ abgelehnt, bei der im frühen Teilungsstadium des Embryos eine Zelle entnommen und auf genetische Defekte untersucht wird.⁶¹ Im Unterschied dazu ist die jüdische – ähnlich wie die islamische⁶² – Haltung gegenüber Fragen der Fortpflanzungsmedizin ausgesprochen liberal; im Hinblick auf die PID, die Erzeugung überzähliger Embryonen oder die Forschung mit embryonalen Stammzellen bestehen

Reflexionen aus dem Bereich der Theologischen Ethik ergänzt. *David Hollenbach* Human dignity in catholic thought, in: Dietmar Mieth/Marcus Düwell (Hrsg.) *The Cambridge handbook of human dignity*, 2014, 250 (257), weist darauf hin, dass sich das katholische Verständnis der Menschenwürde seit dem Zweiten Vatikanischen Konzil (1962–65) stark gewandelt habe, die Entwicklung einer liberaleren Haltung zur Reproduktionsmedizin daher nicht ausgeschlossen sei. Diese ablehnend jedoch *Sekretariat der Deutschen Bischofskonferenz* Instruktion *Dignitas Personae* über einige Fragen der Bioethik, 2008, 22 u. *pass.*; vgl. auch *Wolfgang Göbel* Der ontologische und moralische Status des Embryos aus der Sicht eines katholischen Moraltheologen, in: Fuat Oduncu/Katrin Platzer/Wolfram Henn (Hrsg.) *Der Zugriff auf den Embryo*, 2005, 94 ff.

⁵⁸ Dies bezieht sich auf den einzelnen Behandlungszyklus und damit ist nicht schon der Eintritt einer Schwangerschaft, sondern die „Baby-take-home-Rate“ gemeint, vgl. *Deutsches IVF-Register (DIV) e.V.* IVF-Register Jahrb. 2016 (Fn. 1), 8, 11, 24, für Zahlen aus 2015.

⁵⁹ Nicht alle Ei- und Samenzellen haben das Potential, sich zu Embryonen zu entwickeln. Die Mediziner befruchten also meist mehr Eizellen, um im Ergebnis zwei oder drei Embryonen pro Zyklus übertragen zu können (s. zur Dreier-Regel oben Fn. 16). Die Nidation gelingt, statistisch gesehen, wiederum nur bei ca. einem Drittel der Embryonen. Da Mediziner immer nur auf der Basis von Erfahrungswerten arbeiten können, kann man überzählige Embryonen nicht ganz vermeiden, wenn die Behandlung reale Erfolgchancen haben soll.

⁶⁰ Gem. § 3a Abs. 2 ESchG ist sie nur im Falle eines hohen Risikos für schwere Erbkrankheiten mit Zustimmung einer Ethikkommission (vgl. Nr. 2) zugelassen, s. zu weiteren Voraussetzungen auch Nr. 1 u. 3. § 3a ESchG, der die PID regelt, wurde 2011 nach heftigen Kontroversen eingefügt, s. Gesetz zur Regelung der Präimplantationsdiagnostik v. 21.11.2011 (BGBl I 2228). *Hufen* Individuelle Rechte, in: Gethmann/Huster (Fn. 52), 129 (131), stellt demgegenüber klar, dass die verfassungsrechtlich entscheidende Frage nicht laute, ob die PID erlaubt werden könne, sondern ob ein Verbot der PID verfassungsrechtlich gerechtfertigt sei; ebenso *ders.* Präimplantationsdiagnostik (Fn. 3), 442.

⁶¹ Ablehnend gegenüber der PID auch *Ute Sacksofsky* Der verfassungsrechtliche Status des Embryos in vitro. Gutachten für die Enquete-Kommission des Deutschen Bundestages „Recht und Ethik der modernen Medizin“, 2001, 63 ff., bes. 72 f.; *dies.* Präimplantationsdiagnostik und Grundgesetz, KJ 2003 274 ff., zusf. 292 (PID als Verstoß gegen Art. 1 Abs. 1 u. Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG); s.a. *dies.* Schöne neue Welt? Anmerkungen zur Präimplantationsdiagnostik, djbZ 2017, 8. Differenzierend *Enders* in: Friauf/Höfling (Fn. 30), Art. 1 GG Rn. 125.

⁶² Differenziert *Thomas Eich* Islam und Bioethik, 2005, zusf. 108 ff.

hier keine Bedenken. Nach dem jüdischen Glauben beginnt menschliches Leben aber auch erst 40 Tage nach der Befruchtung.⁶³ Die evangelische Kirche bewegt sich zwischen diesen Polen und zeichnet sich vor allem durch Meinungsvielfalt aus.⁶⁴

Diese religiöse Pluralität scheint nach staatlicher Neutralität zu verlangen. Gleichwohl kann von Gesetzen keine *Ergebnisneutralität* gefordert werden,⁶⁵ da dies im Widerspruch zum Demokratieprinzip stünde. Allerdings setzt die Rechtfertigung eines durch Gesetz ermöglichten Freiheitsingriffs *Begründungsneutralität* voraus, d.h. dieser muss ohne Rückgriff auf eine bestimmte religiöse oder weltanschauliche Position begründbar sein.⁶⁶ Dabei kommt es nicht darauf an, ob der Gesetzgeber überhaupt eine Begründung für das Gesetz gegeben hat und wenn ja, welche, da er nicht begründungspflichtig ist.⁶⁷ Notwendig, aber auch ausreichend, ist die allgemein akzeptable Begründbarkeit⁶⁸ im Rahmen der verfassungsgerichtlichen Kontrolle.

3. *Auslegung der Menschenwürdenorm des Art. 1 Abs. 1 GG im Horizont des fundamentalen Wertepluralismus*

a) *Funktion des Art. 1 Abs. 1 GG als Staatsfundamentalnorm*

Damit kommen wir zu der zentralen Frage nach der Bedeutung des in Art. 1 Abs. 1 GG verankerten Schutzes der Menschenwürde für die gesetz-

⁶³ Ausgangspunkt sind verschiedene Textstellen im Talmud, die so verstanden werden, dass die Beseelung erst 40 Tage nach der Befruchtung erfolge (Sukzessiv-Beseelung); vorher liege zwar Leben, aber kein selbstständiges, von der Mutter unabhängiges menschliches Leben vor, vgl. dazu *Yves Nordmann/Michel Birnbaum* Die aktuelle Biomedizin aus der Sicht des Judentums, in: Silke Schicktanz/Christof Tannert/Peter Wiedemann (Hrsg.) *Kulturelle Aspekte der Biomedizin*, 2003, 84 (97 f.).

⁶⁴ Zur Position der evangelischen Kirche s. *Dreier Bioethik* (Fn. 29), 10 ff. m. zahl. weit. Nachw. in Fn. 22, s.a. Fn. 23. Vgl. für eine liberalere Position die Beiträge in: *Reiner Anselm/Ulrich H. J. Körtner/Trutz Rendtorff* (Hrsg.) *Streitfall Biomedizin*, 2003; a.A. *Wolfgang Huber* Das Ende der Person? Zur Spannung zwischen Ethik und Gentechnologie, in: Hans-Richard Reuter/Horst Dreier/ders. (Hrsg.) *Bioethik und Menschenwürde*, 2002, 51 ff.

⁶⁵ Teils ist auch von Wirkungsneutralität die Rede; s. dazu *Huster Ethische Neutralität* (Fn. 43), 98 ff., 190 ff., 396 ff. u. *pass.*; s.a. *Dreier Staat ohne Gott* (Fn. 55), 103 ff.

⁶⁶ Eingehend zur Begründungsneutralität *Huster Ethische Neutralität* (Fn. 43), 98 ff., 296 ff., 397 ff., 533 ff., bes. 633 ff. u. *pass.*; s.a. *Dreier Staat ohne Gott* (Fn. 55), 106 ff., der in Fn. 56 als Bsp. für den seltenen Fall fehlender Begründbarkeit BVerfGE 36, 146 (163) – Eheverbot der Geschlechtsgemeinschaft – zitiert. Auch der Gedanke der Begründungsneutralität als Grenze der Gesetzgebung ist daher nur von marginaler Bedeutung.

⁶⁷ Siehe dazu *Siehr Symbolic Legislation*, in: Meßerschmidt/Oliver-Lalana (Fn. 49), 315 (338 m.w.N. in Fn. 110).

⁶⁸ Dazu *Dreier Staat ohne Gott* (Fn. 55), 108 m.w.N.

liche Regulierung der Fortpflanzungsmedizin. Als absichtsvoll an die Spitze der Verfassung gestellte Staatsfundamentalnorm setzt sie, soweit sie einschlägig ist, dem Gesetzgebungsprozess selbstverständlich Grenzen. Doch ist zu klären, wie sich der Wertpluralismus, der den Diskurs um den extrakorporalen Embryo prägt, zur Auslegung der Menschenwürdenorm verhält. Auf diese Weise wird auch eine Brücke zwischen den Überlegungen zum Gesetzgebungsprozess und seinen Grenzen und der Idee des „overlapping consensus“ bzw. des verfassungsrechtlichen Grundkonsenses geschlagen.

Der Diskurs um den moralischen und rechtlichen Status des extrakorporalen Embryos wird interdisziplinär vor allem zwischen Juristen, Theologen und Medizinern bzw. Medizinethikern geführt.⁶⁹ Soweit er ethische Fragen thematisiert, ist es unschädlich, dass die verschiedenen Positionen durch ganz unterschiedliche Vorverständnisse geprägt sind. Es geht dabei jeweils um partikulare Sichtweisen auf den Beginn, die spezifischen Besonderheiten und den Sinn menschlichen Lebens, kurz: um verschiedene, gleichermaßen legitime Auffassungen des Guten, die miteinander ringen.

Problematisch wird es, wenn diese Kontroverse sich ungefiltert auf die Auslegung unserer Staatsfundamentalnorm verlagert,⁷⁰ die zudem unter dem Schutz der Ewigkeitsgarantie des Art. 79 Abs. 3 GG steht. Auch wenn dieser sich seinem Wortlaut nach auf die Verfassung und nicht auf die Verfassungsrechtsprechung bezieht, wäre eine durch das Bundesverfassungsgericht bestätigte, gleichwohl nur von einem partikularen Verständnis des Guten inspirierte Auslegung des Art. 1 Abs. 1 GG selbst durch den verfassungsändernden Gesetzgeber faktisch nicht revidierbar.⁷¹ Da es, wie schon

⁶⁹ Es sind noch eine Reihe weiterer wissenschaftlicher Disziplinen (Biologie, Philosophie, Psychologie, Soziologie etc.) beteiligt; doch gibt es keine, „die für sich allein eine Definitionsmacht über den Status des Embryos reklamieren könnte“, s. *Giovanni Maio/Annette Hilt* Einleitung. Der Status des extrakorporalen Embryos im interdisziplinären Zugang – Grundlagen, Herausforderungen und Ergebnisse, in: Giovanni Maio (Hrsg.) *Der Status des extrakorporalen Embryos*, 2007, 11; s. im Einzelnen die Beiträge in diesem Bd., in denen ganz bewusst die disziplinspezifischen Prämissen, aber auch Unterschiede in Fragestellung und Methodik, herausgearbeitet und neue (Sub-)Kriterien für die moralische und rechtliche Bewertung des extrakorporalen Embryos entwickelt werden (s. ebd., bes. 12, 14 f., zu einzelnen Kriterien 21 ff.).

⁷⁰ Dazu instruktiv und überzeugend *Wahl* Verfassungsrecht, in: Maio (Fn. 33), 551 (bes. 574 f.); s.a. *Hufen* Präimplantationsdiagnostik (Fn. 3), 445.

⁷¹ Dem BVerfG als „Hüter der Verfassung“ (vgl. BVerfGE 1, 184 [195 ff., 200]; 1, 396 [408 f.]; 2, 124 [129, 131]; 6, 300 [304]; 40, 88 [93]; krit. gegenüber dieser Terminologie *Andreas Voßkuhle* in: Hermann v. Mangoldt/Friedrich Klein/Christian Starck [Hrsg.] GG III, 7. Aufl. 2018, Art. 93 Rn. 18 m.w.N.) steht die Befugnis zur *autoritativen* Interpretation der Verfassung zu (s. statt vieler *Matthias Jestaedt* Und er bewegt sie doch! Der Wille des

erwähnt, in einer pluralistischen Demokratie kein vorgegebenes Gemeinwohl geben kann, würde die Zementierung einer solchen partikularen Auffassung in Art. 1 Abs. 1 GG⁷² jedoch in einen Selbstwiderspruch mit der

Verfassungsgesetzgebers in der verfassungsgerichtlichen Auslegung des Grundgesetzes, in: Hans-Detlef Horn [Hrsg.] FS Schmitt Glaeser, 2003, 267 [270]; *Christian Burkiczak* in: ders./Frank Schorkopf [Hrsg.] BVerfGG-Kommentar 2015, § 1 BVerfGG Rn. 64). Andere sehen das BVerfG sogar als *authentischen* Interpreten des Grundgesetzes: „Die Verfassungsinterpretation durch die Verfassungsgerichtsbarkeit ist eine letztverbindliche; niemand anders als das Gericht selbst kann sie korrigieren. Sie ist mithin der Wirkung nach *authentische* Verfassungsinterpretation.“ Sie bedeute „Teilhabe an der Verfassungsgesetzgebung“ (so *Ernst-Wolfgang Böckenförde* Verfassungsgerichtsbarkeit: Strukturfragen, Organisation, Legitimation, NJW 1999, 9 [12]; s.a. *Andreas Heusch* Verfassungsgerichtliche Gesetzeskontrolle, in: Winfried Kluth/Günter Krings/Steffen Augsberg [Hrsg.] Gesetzgebung, 2014, § 36 Rn. 23). Bekräftigt wird dies durch die parallel vertretene These, dass die Konkretisierung der Grundrechte als Grundsatznormen durch das BVerfG auch selbst *Verfassungsrang* aufweise (s. *Böckenförde* Zur Lage der Grundrechtsdogmatik nach 40 Jahren Grundgesetz, 1989, 40, 56 f., 61, 69). Die These von der authentischen Interpretation durch das BVerfG wird mit Recht mehrheitlich abgelehnt (s. *Christian Hillgruber/Christoph Goos* Verfassungsprozessrecht, 3. Aufl. 2011, Rn. 15; *Jestaedt* Grundrechtsentfaltung im Gesetz, 1999, 372 ff. [374], s.a. 363 ff. für eine Auseinandersetzung mit Carl Schmitt, der diese These als erster formuliert hatte: Schmitts historische Herleitung sei schon wegen der Unterschiede im Verfassungsverständnis nicht stichhaltig und auch der auf die Unterscheidung zwischen Verfassung und Verfassungsgesetz rekurrierende Begründungsstrang trage nicht; s. zur heutigen Rechtslage *ders.* ebd., 372 ff.). Da das BVerfG selbst „verfassungsakzessorisch und gesetzdeteterminiert“ agiert (s. *Vofbkühle* in: v. Mangoldt/Klein/Starck [s.o.] Art. 93 Rn. 18., dort in Fettdr.), kann es zumindest unter dem Grundgesetz in der Tat keine Teilhabe des Gerichts an der Verfassungsgesetzgebung geben. Nach Art. 20 Abs. 3 GG bezieht es seine Legitimität und Autorität ja gerade aus der Bindung an Gesetz und Recht (so auch *Burkiczak* ebd., Rn. 64; s.a. *Christoph Möllers* Legalität, Legitimität und Legitimation des Bundesverfassungsgerichts, in: *Matthias Jestaedt/Oliver Lepsius/ders./Christoph Schönberger* in: Das entgrenzte Gericht, 2011, 283 [289 f.]). Auch *Hillgruber/Goos* ebd., Rn. 15, betonen, dass das BVerfG nicht selbst über die Verfassung verfügen könne, da sie ihm als Maßstab vorgegeben sei. Auch wenn es also allein um eine *autoritative* Interpretation des Art. 1 Abs. 1 GG gehen kann und auch § 31 Abs. 1 BVerfGG nur insoweit greift, als man die die Entscheidung tragenden Gründe an der Bindungswirkung teilhaben lässt (*Hillgruber/Goos* ebd., 12 f.; s.a. *Möllers* ebd., 382 ff.), führt die Befugnis zur Letztentscheidung in der Praxis doch dazu, dass die übrigen Verfassungsinterpreten auch die einschlägige Rspr. des BVerfG in ihre Interpretation einbeziehen. Jenseits von Art. 79 Abs. 3 GG hat der verfassungsändernde Gesetzgeber aber immerhin die Möglichkeit, ggf. die auszulegende Verfassungsnorm zu ändern. Da Art. 1 GG jedoch unter dem besonderen Schutz des Art. 79 Abs. 3 GG steht, kommt eine Grundgesetzänderung insoweit nicht in Betracht. Damit kann der normative Gehalt, den Art. 1 Abs. 1 GG in der Rspr. des BVerfG gewinnt, tatsächlich nur durch das Gericht selbst – bei späterer besserer Erkenntnis oder in neuen Konstellationen – geändert werden; gerade bei Art. 1 Abs. 1 GG wird das Gericht insoweit aber sehr vorsichtig sein.

⁷² Siehe zur Warnung, Art. 1 Abs. 1 GG nicht zum Einfallstor von Partikularethiken zu machen, auch *Horst Dreier* in: ders. (Fn. 53), Art. 1 I GG Rn. 51; ähnlich *Friedhelm Hufen* Erosion der Menschenwürde?, JZ 2004, 313 (315).

durch diese Norm postulierten, aus dem Schutz individueller und kollektiver Autonomie erwachsenden Freiheitlichkeit führen.

Das Bundesverfassungsgericht hat sich bislang nicht explizit zum Rechtsstatus des extrakorporalen Embryos geäußert. Seine beiden Abtreibungsentscheidungen werden unterschiedlich gedeutet: Ein Teil der Literatur betont, dass die apodiktische Aussage: „Wo menschliches Leben existiert, kommt ihm Menschenwürde zu“,⁷³ im Widerspruch dazu stehe, dass die Abtreibung nach einer bloßen Beratung verfassungsgemäß sein könne.⁷⁴ Andere entgegnen, dass die Aussage des Gerichts zur Menschenwürde zusammen mit dem Satz, dass Leben „jedenfalls“ ab der Nidation bestehe,⁷⁵ doch zeige, dass auch für den extrakorporalen Embryo der volle Menschenwürdeschutz gelte.⁷⁶

Auf den Streit um die Abtreibungsentscheidungen kann hier nicht näher eingegangen werden. Vielmehr soll der Blick noch einmal auf die staatskonstitutive Bedeutung des Art. 1 Abs. 1 GG gelenkt werden, aus der sich meines Erachtens auch Schlussfolgerungen für die Auslegung dieser Norm ergeben: Als Staatsfundamentalnorm⁷⁷ steht Art. 1 Abs. 1 GG für die verfassungsrechtliche Grundentscheidung, die neue staatliche Ordnung

⁷³ BVerfGE 39, 1 (41); E 88, 203 (252); nachdrücklich zustimmend *Wolfram Höfling* in: Michael Sachs (Hrsg.) Grundgesetz Kommentar, 8. Aufl. 2018, Art. 1 GG Rn. 56; ebenso *Josef Isensee* Würde des Menschen, in: HGR IV, 2011, § 87 Rn. 200; krit. *Dreier* Bioethik (Fn. 29), 35 f. m.w.N.; *Hofmann* Verfassung, in: Adolf-Arndt-Kreis (Fn. 29), 63 (69 f.), der auch darauf hinweist, dass dieser Satz auf die Phase nach der Nidation gemünzt sei.

⁷⁴ *Dreier* in: ders. (Fn. 53), Art. 1 I GG Rn. 71; *ders.* Grenzen des Tötungsverbotes – Teil 1, JZ 2007, 261 (268 ff.); s.a. *Matthias Herdegen* in: Roman Herzog/ders. (Hrsg.) Theodor Maunz/Günter Dürig (Begr.) Grundgesetz Kommentar I, 2017, Art. 1 I Rn. 112 (2009); *Bernhard Schlink* Aktuelle Fragen des pränatalen Lebensschutzes, 2002, 6 ff.; *Reinhard Merkel* Forschungsobjekt Embryo, 2002, 64 ff.; *Jörn Ipsen* Der „verfassungsrechtliche Status“ des Embryos in vitro, JZ 2001, 989 (992); *Klemens Störkuhl/Markus Rothaar* Menschenwürde und embryonale Stammzellforschung, in: Jan C. Joerden/Eric Hilgendorf/Felix Thiele (Hrsg.) Menschenwürde und Medizin, 2013, 783 (791).

⁷⁵ Siehe BVerfGE 39, 1 (37). Es heißt dort: „Leben [...] besteht [...] jedenfalls vom 14. Tage nach der Empfängnis (Nidation, Individuation) an“; auf den Zeitpunkt der Nidation stellt auch BVerfGE 88, 203 (251 f.) ab.

⁷⁶ *Ernst Benda* Verständigungsversuche über die Würde des Menschen, NJW 2001, 2147 (2148), der hier auch die (oft zitierte) Formulierung des BVerfG, wonach der Nasciturus sich „nicht erst zum Menschen, sondern als Mensch“ entwickle (E 88, 203 [252]) anführt; s.a. *Sacksosky* Status des Embryos (Fn. 61), 51, 53 m.w.N.

⁷⁷ Die Bezeichnung als „Staatsfundamentalnorm“ geht auf *Hans Nawiasky* Allgemeine Rechtslehre als System der rechtlichen Grundbegriffe, 2. Aufl. 1948, 33, zurück. *Hasso Hofmann* spricht, um das Prozesshafte des Staatsgründungsvorgangs zu betonen, von „Staatsfundamentierungsnorm“ s. *Hasso Hofmann* Die versprochene Menschenwürde, in: ders. (Hrsg.) Verfassungsrechtliche Perspektiven, 1995, 104 (119).

des Grundgesetzes in der Würde des Menschen zu fundieren.⁷⁸ Nach den grauenvollen, die Grundlagen menschlicher Zivilisation erschütternden Verwerfungen der NS-Diktatur soll nun der einzelne Mensch und der Schutz seiner Freiheit im Mittelpunkt stehen.⁷⁹ Freiheit als archimedischer Punkt dieser Verfassungsordnung meint individuelle und kollektive *Selbstbestimmung*.⁸⁰ In Art. 1 Abs. 1 GG wird alle staatliche Gewalt unter dem Grundgesetz also auf die Achtung und den Schutz der Autonomie des Einzelnen verpflichtet. Wie dies dann in unterschiedlichen Lebensbereichen zu gewährleisten ist und vor welchen Verletzungen der körperlichen und psychischen Integrität der Einzelne als Vorbedingung für die Entfaltung von Autonomie zu schützen ist, wird in den nachfolgenden Grundrechten näher konkretisiert.⁸¹

Aus ihrem Charakter als Staatsfundamentalnorm folgt, dass die Menschenwürdenorm Ausdruck des verfassungsrechtlichen Grundkonsenses bzw. des „overlapping consensus“ im Sinne *Rawls*’ sein muss. Wie *Rawls* darlegt, bedeutet das, dass man sich auf den rationalen Kern unterschiedlicher, gleichermaßen legitimer Lehren konzentrieren und ihre miteinander unvereinbaren religiösen, philosophischen und moralischen Begründungs-

⁷⁸ *Hofmann* Versprochene Menschenwürde, in: ders. (Fn. 77), 104 (bes. 106 f., 117 ff.); *Christoph Enders* Die Menschenwürde in der Verfassungsordnung, 1997, 25–91.

⁷⁹ Deutlich kommt das in der Formulierung des Herrenchiemseer Entwurfs zum Ausdruck: „Der Staat ist um des Menschen willen da, nicht der Mensch um des Staates willen“, die später nur als sprachlich unelegant verworfen wurde, s. *Verfassungsausschuss der Ministerpräsidenten-Konferenz der westlichen Besatzungszonen* Bericht über den Verfassungskonvent auf Herrenchiemsee vom 10. bis 23. August 1948, 61.

⁸⁰ Diese Idee bestimmt seit der Rede „De dignitate“ des Florentiners Pico della Mirandola (mit Ausnahme der NS-Zeit) die europäische Geistesgeschichte, s. *Hofmann* Versprochene Menschenwürde, in: ders. (Fn. 77), 104 (109 mit Fn. 23); allg. *Enders* Menschenwürde (Fn. 78), 11, 147, 491 ff., 499 u. *pass.* Zum Zusammenhang zwischen Selbstbestimmung und Würde auch *Dietmar von der Pfordten* Some Remarks on the Concept of Human Dignity, in: Winfried Brugger/Stephan Kirste (Hrsg.) *Human dignity as a foundation of law*, 2013, 13 (20 f.) sowie *ders.* The rise of human dignity, in: Walter Schweidler (Hrsg.) *Human rights and natural law*, 2013, 217 (225 ff.); *ders.* Menschenwürde, 2016, 54 ff.

⁸¹ Vgl. *Christoph Enders* Würde- und Lebensschutz im Konfliktfeld von Biotechnologie und Fortpflanzungsmedizin, JURA 2003, 666 (667); *ders.* Menschenwürde (Fn. 78), 499 f., 501 ff.; a.A. *Herdegen* in: Maunz/Dürig (Fn. 74), Art. 1 I Rn. 22. Allerdings darf der Zusammenhang zwischen dem durch Art. 1 Abs. 1 GG geschützten Autonomieprinzip und den Grundrechten auch nicht im Sinne einer bloßen Deduktion der Grundrechte aus dem abstrakten Prinzip Menschenwürde missverstanden werden. Vielmehr wurde der Autonomiegedanke hier in Abhängigkeit von den konkreten Verletzungserlebnissen, auf die die Grundrechte reagieren, weiter ausgeformt; diese Eigenarten eines spezifischen, auch durch den historischen Kontext des Entstehungszusammenhangs geprägten Schutzes ergeben sich natürlich nicht aus dem abstrakten Prinzip selbst.

stränge ausklammern muss.⁸² Oder um es im Sinne unseres Verständnisses vom verfassungsrechtlichen Grundkonsens zu formulieren: Es geht um die Schnittmenge unterschiedlicher Vorstellungen zur Menschenwürde und damit, kurz gesagt, um die verfassungsrechtliche Stellung und den Schutz des autonomen Subjekts.⁸³ Weitere Elemente der philosophischen und christlichen Traditionslinien in der langen Entwicklungsgeschichte der Würdeidee sind damit nicht Gegenstand ihrer verfassungsrechtlichen Verbürgung geworden.⁸⁴ Das schließt aber selbstverständlich nicht aus, dass

⁸² So bezogen auf Art. 1 Abs. 1 GG explizit *Wahl* Verfassungsrecht, in: Maio (Fn. 33), 551 (574 ff., bes. 575): Das Konzept der Menschenwürde speise sich aus der antiken Stoa, dem Christentum, der Renaissance und der Aufklärung, hier vor allem aus der Philosophie Kants. Doch sei der Menschenwürdesatz des Art. 1 Abs. 1 GG geradezu „ein Exempel für die Einigkeit bloß in Ergebnissen, nicht aber in der Gesamtlehre. [...] Alle diese Auffassungen treffen sich in der Antithese zu den erlebten Unmenschlichkeiten in der Geschichte. Für dieses Ergebnis kommt es nicht auf die erwähnten Auffassungen und ihre Konzepte als solche an. Konsentiert sind die Ergebnisse, nicht die Ursprungslehren“ (ebd., 575 f.). Denn Kants Lehre von der Selbstzweckhaftigkeit des Menschen unterscheide so sich stark von der christlichen Lehre von der Gottesebenbildlichkeit des Menschen, dass sie für Theologen zunächst nichts anderes als Blasphemie gewesen sei. Sie sei mit dieser erst in einem längeren Prozess für einen Teilbereich, das Verständnis der Menschenwürde, kompatibel gemacht worden, und auch das nur partiell. „In diesem komplexen Prozess wurde der Gehalt der Menschenwürde als verfassungsrechtliches Konzept viel schmäler [...] und keinesfalls so voll und inhaltsreich wie die ursprünglichen religiösen, ethischen oder philosophischen Vorstellungen“ (ebd., 576). – Zu ergänzen wäre lediglich, dass es bei Art. 1 Abs. 1 GG nicht allein (im Sinne einer strikten Historisierung) um die Antithese zur Nazi-Barbarei geht, sondern auch positiv um die Subjektqualität des Menschen, sein Personsein, beides aber selbstverständlich zusammenhängt, da das NS-Regime Letzteres ja gerade systematisch negiert hat.

⁸³ Dabei lassen sich zwei unterschiedliche Dimensionen des verfassungsrechtlichen Gehalts der Würdenorm unterscheiden, und zwar geht es einerseits um das mit Art. 1 Abs. 1 S. 1 GG gesetzte Axiom, dass der Mensch als Mensch mit dem Recht auf Selbstbestimmung ausgestattet und damit von Rechts wegen sein eigener Herr ist, andererseits um die Wahrung seiner Subjektqualität durch Schutz vor Verletzungen der körperlichen und seelischen Identität und Integrität, s. dazu *Angelika Siehr* Die Deutschenrechte des Grundgesetzes, 2001, 53 ff., 57 mit Fn. 145, 58 ff. Zu der für Art. 1 Abs. 1 GG entscheidenden Subjektqualität des Individuums eingehend *Enders* Menschenwürde (Fn. 78), 18 ff., 383 ff., 391 f., 400, 427, 492 ff., jeweils m.w.N., der (ebd., 18 mit Fn. 93) deutlich macht, dass es sich dabei um einen von allen konsentierten Fixpunkt handelt. Vielfach wird er dank seiner Selbstverständlichkeit auch nur kurz erwähnt, dient also lediglich als Ausgangspunkt weiterer Überlegungen, s. statt vieler *Dreier* in: ders. (Fn. 53), Art. 1 I GG Rn. 62; *Herdegen* in: Maunz/Dürig (Fn. 74), Art. 1 I Rn. 7, 12, 79; *Enders* Würde (Fn. 81), 667, 670; s.a. *Hofmann* Versprochene Menschenwürde, in: ders. (Fn. 77), 104 (109): Mitgift- und Leistungstheorien der Menschenwürde beruhten letztlich beide auf dem „Prinzip der Personhaftigkeit des Menschen, der Subjektivität des Individuums und d.h.: auf dem Prinzip der Autonomie des einzelnen“.

⁸⁴ Zu den geistigen Grundlagen der Menschenwürde eingehend (u.a. zur Lehre von der Gottesebenbildlichkeit, zu Thomas v. Aquin, Pico della Mirandola, Pufendorf, Kant und

diese Wertvorstellungen, die sich auch zu bestimmten ‚Menschenbildern‘ verdichten können, im politischen Meinungskampf artikuliert und so für die Gesetzgebung fruchtbar gemacht werden. Ausgangspunkt des Gedankens, dass die Würdenorm einen auf den gemeinsamen Grundkonsens reduzierten Gehalt aufweist, ist ja gerade die Anerkennung des Umstandes, dass diese miteinander unvereinbaren moralischen Standpunkte *gleichermaßen Legitimität* beanspruchen können. Es stellt gewiss nicht die schlechteste Lösung dar, ihre Überzeugungskraft und Problemlösungskapazität bezogen auf drängende aktuelle Fragen, wie jetzt im Bereich der Fortpflanzungsmedizin, im parlamentarischen Prozess zu klären und über das Mehrheitsprinzip zu entscheiden.

b) Religiös-weltanschauliche Neutralität des Staates

Ergänzend kann zur Begründung der These, dass bei Auslegung des Art. 1 Abs. 1 GG nur auf den allgemein konsentierten verfassungsrechtlichen Kern der Menschenwürde abgestellt werden sollte, aber auch das Neutralitätsprinzip herangezogen werden: Während es in seiner Lesart als Begründungsneutralität der Überprüfung von Gesetzen dient, weist das Gebot der Nicht-Identifikation des Staates mit bestimmten religiösen Positionen im Hinblick auf die Auslegung des Art. 1 Abs. 1 GG auf eine nicht zu rechtfertigende Verengung des Spielraums des Gesetzgebers und der Freiheit der Bürgerinnen und Bürger hin: Die Zementierung einer partikularen Position über Art. 79 Abs. 3 GG würde aus Sicht derer, die sie nicht teilen, eine massive Freiheitseinbuße darstellen.⁸⁵ Verstärkt würde dies noch

Hegel) Enders Menschenwürde (Fn. 78), 176–219 u. *pass.*; s.a. Christian Starck Menschenwürde als Verfassungsgarantie im modernen Staat, JZ 1981, 457 ff.; Hofmann Versprochene Menschenwürde, in: ders. (Fn. 77), 104 (bes. 108 f., 120 f.); s. zur philosophischen Entwicklungslinie der Würdeidee, beginnend in der griechischen Antike auch von der Pfordten Menschenwürde (Fn. 80), 11 ff.; ders. Rise of human dignity, in: Schweidler (Fn. 80), 217 ff.; speziell zu Kant ders. Zur Würde des Menschen bei Kant, in: ders. (Hrsg.) Menschenwürde, Recht und Staat bei Kant, 2009, 9; s. zur christlichen Auffassung Huber Ende der Person, in: Reuter/Dreier/ders. (Fn. 64), 51 (bes. 53): „Für den christlichen Glauben gründet das Personsein des Menschen darin, dass er von Gott angesprochen und dadurch zur Antwort befähigt wird. Person ist der Mensch, weil er das Gott entsprechende Wesen ist.“

⁸⁵ In diesem Sinne warnt auch Wahl Verfassungsrecht, in: Maio (Fn. 33), 551 (574 f.), vor einer „unfreiheitlichen Vereinnahmung der anderen“ (ebd., 574): Im Recht könnten sich einzelne Ergebnisse religiöser, ethischer oder weltanschaulicher Konzepte finden, aber nicht diese selbst. Das Proprium des Menschenwürdesatzes sei nicht seine inhaltliche Deckungsgleichheit mit anspruchsvollen religiös-ethischen Konzepten. Gerade die Menschenwürdenorm, „obwohl einer breiten anspruchsvollen geistesgeschichtlichen Tradition entsprungen, ist und bleibt damit eine eigenständige und gegenüber ethischen Normen *spezifische Rechtsregel mit eigenem zurückgenommenem Gehalt*. Sie hat einen juristischen

über die Ausstrahlungswirkung der so interpretierten Menschenwürde auf das gesamte einfache Recht.

c) *Konsequenzen für die Auslegung des Art. 1 Abs. 1 GG*

Im Ergebnis fällt der spezifisch verfassungsrechtliche Gehalt der Menschenwürde also deutlich ‚sparsamer‘ aus und hält weniger Antworten auf Einzelfragen bereit als manche Stellungnahmen zum Rechtsstatus des Embryos nahelegen.⁸⁶ Gleichzeitig erweitert sich damit jedoch der Spielraum des Gesetzgebers, der auch insoweit den Modus Vivendi gestalten darf und muss.⁸⁷

Selbststand, und dieser ist – der Aufgabe und Hauptfunktion von Recht entsprechend – nicht auf die Fülle des Gehalts oder von ‚Wahrheit‘, sondern auf seine Eignung als Grundlage des Zusammenlebens von unterschiedlich urteilenden Menschen angelegt“ (ebd., 575). Im Hinblick auf die Verfassungsauslegung heißt das: Wenn schon allg. Methodenfragen hier eine besondere Bedeutung zukommt (s. *Jestaedt* Auslegung des Grundgesetzes, in: FS Schmitt Glaeser [Fn. 71], 267 [bes. 273 ff.]; zuvor eingehend *Dieter Grimm* Methode als Machtfaktor, in: ders. Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft, 1987, 347 ff.), so ist vor allem speziell bei der Menschenwürde Zurückhaltung geboten (s. dazu *Möllers* Legalität, in: *Jestaedt/Lepius/ders./Schönberger* [Fn. 71], 283 [395 ff.]). Wir sind bei unserer Staatsfundamentalnorm besonders darauf angewiesen, dass sie auch auf Dauer „Stabilität, Zukunftsoffenheit und Vielfalt [...]“ (so allg. für das GG *Andreas Voßkuhle* Stabilität, Zukunftsoffenheit und Vielfaltssicherung – Die Pflege des verfassungsrechtlichen „Quellcodes“ durch das BVerfG, JZ 2009, 917 ff.) sichern kann, was bei einer ausgreifenden, partikulare religiös-ethische Konzepte in Verfassungsrecht überführenden Interpretation jedoch gefährdet wäre.

⁸⁶ So schon *Hofmann* Versprochene Menschenwürde, in: ders. (Fn. 77), 104 (125 m.w.N. in Fn. 115): „Folglich gibt das Menschenwürdeprinzip für alle Probleme, die mit den wirklichen, möglichen oder auch nur befürchteten Manipulationen der menschlichen Reproduktion zusammenhängen, juristisch sehr viel weniger her, als es nach der öffentlichen Diskussion dieser humangenetischen Fragen den Anschein hat“. Eingehend zur Menschenwürde im bioethischen Diskurs *Dreier* Bioethik (Fn. 29), 23 ff.; s. allg. *ders.* in: ders. (Fn. 53), Art. 1 I GG Rn. 47 ff., 51: Art. 1 Abs. 1 GG sei kein „Auffangproblemlöser“.

⁸⁷ Auf Basis einer weniger weit ausgreifenden Auslegung des Art. 1 Abs. 1 GG wird es auch besser gelingen, innerhalb der Wertegemeinschaft mit anderen EU-Mitgliedstaaten zu kohärenteren Menschenwürdeinterpretationen zu gelangen; s. zu Art. 1 GRC den auch bioethische bzw. -medizinische Fragestellungen aufgreifenden Beitrag von *Michael Schwarz* Die Menschenwürde als Ende der Europäischen Wertegemeinschaft?, *Der Staat* 50 (2011), 533 ff., 565, der u.a. feststellt, dass „[d]ie ‚Europaunverträglichkeit‘ des Art. 1 Abs. 1 GG, fasst man darunter auch den umfassenden Embryonenschutz, [...] Anlass geben [sollte], darüber nachzudenken, ob man sich auf bundesrepublikanischer Seite ‚möglichlicherweise verstiegen‘ hat.“ Siehe für eine Auseinandersetzung mit der Menschenwürde im Gemeinschaftsrecht und dem Verhältnis zur Bedeutung und Dogmatik der Menschenwürde in den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten die Schlussanträge der Generalanwältin Stix-Hackl v. 18.3.2004, OMEGA, Rs. C-36/02, Rn. 82 ff., bes. Rn. 92 f.: „Aufgrund des ausfüllungsbedürftigen Charakters des Begriffes der Menschenwürde dürfte es dem Gerichtshof im vorliegenden Fall [...] kaum möglich sein, den Gewährungsinhalt der Menschenwürdegarantie

IV. Der Status des extrakorporalen Embryos als Kristallisationspunkt der auf die Menschenwürde fokussierten Regulierungsdebatte

1. Unterschiedliche Dimensionen der Menschenwürdenorm des Art. 1 Abs. 1 GG

Die im Kontext der Fortpflanzungsmedizin entscheidende Frage ist natürlich die, was aus diesen Überlegungen bezogen auf den in Deutschland vor allem an Art. 1 Abs. 1 GG festgemachten Rechtsstatus des extrakorporalen Embryos folgt. Um sie beantworten zu können, ist zunächst auf weitere Dimensionen der Menschenwürdenorm einzugehen. Ihre objektive Dimension ist unstreitig. Nach weit verbreiteter, wenn auch nicht unbestrittener Ansicht hat sie aber auch Grundrechtscharakter.⁸⁸ Der positiven Dimension der Menschenwürde, die den Schutz der Autonomie bzw. der Subjektstellung des Einzelnen beinhaltet, korrespondiert die negative Definition des Verletzungstatbestandes über die sogenannte Objektformel;⁸⁹ danach darf der Einzelne nicht zum Objekt staatlichen Handelns gemacht werden.⁹⁰ Würdeverletzende Handlungen werden einerseits in Formu-

des deutschen Grundgesetzes mit demjenigen der Garantie der Menschenwürde, wie sie vom Gemeinschaftsrecht anerkannt wird, ohne weiteres gleichzustellen. Es empfiehlt sich somit die Beurteilung der in Rede stehenden nationalen Maßnahme anhand des Gemeinschaftsrechts [...]. Der Gerichtshof darf also [...] möglichst keine Auslegung der Grundfreiheiten zulassen, die einen Mitgliedstaat zwingen, Handlungen bzw. Aktivitäten zu gestatten, die gegen die Menschenwürde verstoßen [...].“ <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=49004&pageIndex=0&doclang=DE&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=164356>> (Stand: 30.10.2018).

⁸⁸ Statt vieler für die Bejahung des Grundrechtsschutzes *Höfling* in: Sachs (Fn. 73), Art. 1 GG Rn. 5 ff.; *Herdegen* in: Maunz/Dürig (Fn. 74), Art. 1 I Rn. 29; *Hans Jarass* in: ders./Bodo Pieroth (Hrsg.) Grundgesetz, 15. Aufl. 2018, Art. 1 GG Rn. 3, jeweils m.w.N.; a.A. *Enders* Menschenwürde (Fn. 78), 91 ff., m.w.N. Es spricht m.E. deutlich mehr für als gegen den Grundrechtscharakter; doch sollte dieser grundrechtliche Schutz auf solche Ausnahmekonstellationen begrenzt bleiben, die vom Gewicht her den gravierenden Verletzungserlebnissen entsprechen, die zur Verankerung der Würdenorm geführt haben (wie eben bspw. Folter, s.a. Fn. 92).

⁸⁹ Zu Schutz und Freiheit als zwei Dimensionen der Menschenwürde *Siehr* Deutschenrechte (Fn. 83), 53 ff., 56 ff. m.w.N.

⁹⁰ BVerfGE 9, 89 (95); 27, 1 (6); 28, 386 (391); 45, 187 (227 f.); 50, 166 (175); 72, 105 (116); 96, 375 (399); 109, 133 (149 f.); 109, 279 (311 f.); 117, 71 (89). Sie wurde von *Günter Dürig* Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde, AöR 81 (1956), 117 (127), formuliert, und zwar im Anschluss an *Josef Wintrich* Über Eigenart und Methode verfassungsgerichtlicher Rechtsprechung, in: Adolf Susterhenn (Hrsg.) FS Laforet, 227 (231 f.), der sie in Bezug auf Art. 100 BayVerf entwickelt hatte. Sie wird letztlich aber auf Kants ethische Maximen, namentlich das Instrumentalisierungsverbot, zurückgeführt, s. *Hofmann* Versprochene Menschenwürde, in: ders. (Fn. 77), 104 (110); *Jens Kersten* Das Klonen von Menschen, 2004, 425 ff.; *Herdegen* in: Maunz/Dürig (Fn. 74), Art. 1 I Rn. 36; *Dreier* in: ders.

lierungen wie „Erniedrigung, Brandmarkung, Verfolgung, Ächtung“ umschrieben,⁹¹ andererseits anhand von Fallgruppen wie dem Folterverbot veranschaulicht.⁹²

Somit stellt sich die Frage, ob der extrakorporale Embryo Träger des Grundrechts aus Art. 1 Abs. 1 GG ist oder ob der Staat insoweit zumindest objektivrechtlich im Sinne eines vollen Menschenwürdeschutzes gebunden ist. Art. 1 Abs. 1 GG spricht von der „Würde des Menschen“. Die Norm selbst trifft aber naturgemäß keine Aussage zu der vorgelagerten Frage, ab wann es sich in diesem Sinne um menschliches Leben handelt. Eindeutig ist die Rechtslage ab Vollendung der Geburt, mit der nach § 1 BGB die Rechtsfähigkeit beginnt: Der geborene Mensch ist nicht nur Träger „angeborener“ Menschenrechte, sondern vor allem der positivierten Grundrechte, besitzt also Grundrechtsfähigkeit.⁹³ Darüber hinaus hat das Bundesverfas-

(Fn. 53), Art. 1 I GG Rn. 55 m.w.N.; *Höfling* in: Sachs (Fn. 73), Art. 1 GG Rn. 15; *Eric Hilgendorf* Die mißbrauchte Menschenwürde, *Jahrb. für Recht und Ethik* 1999, 137 (141 ff.). Vertiefend zu Kant von der Pflichten Würde, in: ders. (Fn. 84), 9 ff. Krit., auch zur Definition vom Verletzungstatbestand her, *Enders* Menschenwürde (Fn. 78), 20 ff., 92, 156 ff., 384 ff., 497.

⁹¹ Diese Formulierung hat das BVerfG bereits 1951 geprägt, vgl. BVerfGE 1, 97 (104); s. zu dieser „Beispielstechnik“ auch *Enders* in: Friauf/Höfling (Fn. 30), Art. 1 GG Rn. 53 ff.; *Herdegen* in: Maunz/Dürig (Fn. 74), Art. 1 I Rn. 37.

⁹² Siehe *Enders* in: Friauf/Höfling (Fn. 30), Art. 1 GG Rn. 89 ff., 99 ff., zu Fallgruppen wie Sklaverei, Aussagezwang, Folter etc. *Hufen* Erosion der Menschenwürde? (Fn. 72), 317, spricht von völliger Missachtung, Folter, Schmähung und extremer staatlicher Willkür und macht deutlich, dass die Objekt-Formel ein Bollwerk gegen den befürchteten Rückfall in die Nazi-Barbarei errichten soll; s.a. *ders.* Individuelle Rechte, in: Gethmann/Huster (Fn. 52), 129 (142). *Hofmann* Versprochene Menschenwürde, in: ders. (Fn. 77), 104 (113), differenziert zwischen der durch Art. 1 Abs. 1 GG garantierten prinzipiellen rechtlichen Gleichheit aller Menschen, der durch die Würdenorm geforderten Wahrung der menschlichen Subjektivität durch Schutz der körperlichen und seelischen Identität und Integrität (durch das Folterverbot etc.) und dem aus Art. 1 Abs. 1 GG folgenden Gebot der Sicherung eines menschenwürdigen Existenzminimums; ebenso *Kingreen/Poscher* Grundrechte (Fn. 3), § 7 Rn. 426; s. zur Sicherung des Existenzminimums auch *Enders* ebd., Rn. 114 ff.; *Dreier* in: ders. (Fn. 53), Art. 1 I GG Rn. 155 m.w.N.

⁹³ Grundsätzlich ist die Menschenwürde sowohl nach ihrer ideengeschichtlichen Herkunft als ‚Wurzel‘ der angeborenen Menschenrechte als auch nach ihrer verfassungsgeschichtlichen Genese und der konkreten historischen Stoßrichtung bei ihrer Verankerung im GG (gegen die Verletzung von Mindeststandards der Humanität, etwa durch Folter, Vernichtung von Menschen ‚artfremden Blutes‘ und sog. ‚lebensunwerten Lebens‘) auf den geborenen Menschen bezogen, s. *Dreier* in: ders. (Fn. 53), Art. 1 I GG Rn. 83; *ders.* Lebensschutz und Menschenwürde in der bioethischen Diskussion, in: Hans-Richard Reuter/ders./Wolfgang Huber (Hrsg.) *Bioethik und Menschenwürde*, 2002, 9 (41). So ganz explizit auch *Hans-Georg Dederer* Menschenwürde des Embryo in vitro?, *AöR* 127 (2002), 1 (10): „Denn [...] Art. 1 Abs. 1 S. 1 GG bezieht sich auf den geborenen Menschen, d.h. der geborene Mensch ist der ‚Normalfall‘ der Menschenwürdegarantie [...]“. Siehe auch *Hofmann* Verfassung, in: Adolf-Arndt-Kreis (Fn. 29), 63 (67): „Menschwürde und die

sungsgericht bestimmte Vor- und Nachwirkungen des Grundrechtsschutzes vor der Geburt bzw. nach dem Tod anerkannt. So rekurriert das Gericht explizit auch auf die Menschenwürde, um „jedenfalls“ ab der Nidation eine staatliche Schutzpflicht für das Leben des Nasciturus zu begründen.⁹⁴ Doch bleibt offen, was für den extrakorporalen Embryo gilt.

2. *Moralischer Status des extrakorporalen Embryos: Die SKIP-Argumente*

In der medizinethischen Debatte um den Status des extrakorporalen Embryos werden vier Argumente diskutiert, die unter dem Akronym SKIP zusammengefasst werden: das Speziesargument, das Kontinuum- oder Kontinuitätsargument, das Identitätsargument und das Potentialitätsargument.⁹⁵ Das Speziesargument leitet die Würde des Embryos aus der Zugehörigkeit zur Spezies Mensch ab.⁹⁶ Dagegen wird eingewandt, dass hier

anderen unverlierbaren Menschenrechte sind, wie eine ehrwürdige europäisch-nordatlantische Tradition weiß, den Menschen ‚angeboren‘, nicht ‚angezeugt‘; instruktiv auch *Enders* in: Friauf/Höfling (Fn. 30), Art. 1 GG Rn. 133 f., der gleichfalls betont, dass die Menschenwürde allein den geborenen Menschen als Person auszeichne und dabei u.a. auf die Tradition und vernunftrechtliche Begründung der („angeborenen“) Menschenrechte rekurriert.

⁹⁴ Das BVerfG begründet die staatliche Schutzpflicht für den Nasciturus in erster Linie mit der Geltung des Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG; „darüber hinaus“ ergebe sie sich auch aus Art. 1 Abs. 1 S. 2 GG (BVerfGE 39, 1 [36 ff., 41]). Dabei bezieht es sich auf die Entstehungsgeschichte von Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG, s. BVerfGE 39, 1 (38 ff.). Allerdings bestand bereits im Parlamentarischen Rat Streit darüber, ob der Nasciturus in den Schutzbereich der Norm einbezogen sei oder nicht. Ein Antrag des Abgeordneten Dr. Seeböhm (DP), der in den damaligen Art. 2 Abs. 1 GG den klarstellenden Satz anfügen wollte: „Das keimende Leben wird geschützt“, wurde abgelehnt (s. 42. Sitzung des Hauptausschusses in: *Horst Risse/Hartmut Weber* Hauptausschuß, 2010, 1298 ff.). Während Abgeordnete der CDU/CSU und der FDP erklärten, dass dies überflüssig sei, da der Begriff des „Lebens“ auch das „keimende Leben“ enthalte (*dies. ebd.*, S. 1300 f.), widersprach der Abgeordnete der SPD Dr. Greve dem ausdrücklich (*dies. ebd.*, 1302). Der vorgeschlagene Zusatz wurde mit 11:7 Stimmen abgelehnt. Eine eindeutige Klärung ist das nicht; vgl. auch die vorsichtige Formulierung des BVerfG, *ebd.*, 40: Es spreche mehr für die Einbeziehung des keimenden Lebens, jedenfalls „noch weniger“ für die Gegenansicht.

⁹⁵ Dazu *Merkel* Forschungsobjekt Embryo (Fn. 74), 130 ff.; *Gregor Damschen/Dieter Schönecker* Argumente und Probleme in der Embryonendebatte – ein Überblick, in: *dies.* (Hrsg.) *Der moralische Status menschlicher Embryonen*, 2003, 1 ff., sowie weitere Beiträge in diesem Band; *Dreier* in: *dies.* (Fn. 53), Art. 1 I GG Rn. 86; *dies.* *Bioethik* (Fn. 29), 42 ff.

⁹⁶ Dazu *Torsten Hartleb* Die verfassungsrechtliche Statusdebatte zum extrakorporalen Embryo anhand der Kriterien Intentionalität, Artspezifität, Entstehungsart, Extrakorporalität und Potentialität, in: *Giovanni Maio* (Hrsg.) *Der Status des extrakorporalen Embryos*, 2007, 191 (198 ff.); bejahend *Lehmann* Adoption (Fn. 14), 110. Das Speziesargument wird teils mit dem Hinweis relativiert, dass die Speziesgrenzen nicht so deutlich ausfallen, wie

zwar *artspezifisches*, aber *kein individualisiertes* menschliches Leben vorliege.⁹⁷ Die Individuation verläuft in etwa zeitgleich zur Nidation; erst mit der Ausprägung des sogenannten Primitivstreifens endet auch die Möglichkeit zur Mehrlingsbildung.⁹⁸

Das Kontinuitätsargument besagt, dass eine kontinuierliche Entwicklung von der befruchteten Eizelle zum geborenen Menschen vorliege. Ohne echte Zäsuren ließen sich über die verschiedenen Entwicklungsphasen aber keine moralischen Wertungsunterschiede begründen.⁹⁹ Daher müsse der Würdeschutz von Beginn an gelten. Dem wird, u.a. unter Berufung auf die Nobelpreisträgerin für Medizin, *Christiane Nüsslein-Volhard*, entgegengehalten, dass es „[b]iologisch gesehen [...] fast nichts Diskontinuierlicheres“¹⁰⁰ gebe als die Nidation. Tatsächlich sterben

bislang angenommen, s. *Störkuhl/Rothaar* Menschenwürde, in: Joerden/Hilgendorf/Thiele (Fn. 74), 783 (792 ff.).

⁹⁷ *Hartleb* Statusdebatte, in: Maio (Fn. 96), 191 (200); dagegen *Lehmann* Adoption (Fn. 14), 110 f.: Der Embryo sei ab der Kernverschmelzung artspezifisch und individual-spezifisch eindeutig als menschliches Wesen geprägt. Ihm komme daher ab diesem Zeitpunkt auch Würde zu. *Dreier* in: ders. (Fn. 53), Art. 1 I GG Rn. 86, lehnt das Speziesargument mit der Begründung ab, dass Menschen nicht wegen ihrer biologischen Zugehörigkeit, sondern als Mitglied der sozialen Anerkennungs- und Achtungsgemeinschaft Würde zugesprochen werde. Hierzu auch *Henning Rosenau* Reproduktives und therapeutisches Klonen, in: Knut Amelung (Hrsg.) FS Schreiber, 2003, 761 (131 ff.); ebenfalls abl. *Reinhard Merkel* Contra Speziesargument: Zum normativen Status des Embryos und zum Schutz der Ethik gegen ihre biologistische Degradierung, in: Gregor Damschen/Dieter Schönecker (Hrsg.) Der moralische Status menschlicher Embryonen, 2003, 35 ff.; *ders.* Forschungsobjekt Embryo (Fn. 74), 131 ff.

⁹⁸ Der sog. Primitivstreifen ist ein sich nur vorübergehend bildender Zellwulst. Das Argument der Mehrlingsbildung führt u.a. *Dreier* Bioethik (Fn. 29), 37 f., an; dagegen *Sacksofsky* Status des Embryos (Fn. 61), 15; *Lehmann* Adoption (Fn. 14), 110; *Huber* Ende der Person, in: Reuter/Dreier/*ders.* (Fn. 64), 51 (60).

⁹⁹ Vgl. BVerfGE 39, 1 (37); das Kontinuitätsargument bejahend *Huber* Ende der Person, in: Reuter/Dreier/*ders.* (Fn. 64), 51 (59 ff., 62); *Starck* in: Mangoldt/Klein/Starck (Fn. 53), Art. 1 GG Rn. 19; *Christian Hillgruber* in: Volker Epping/*ders.* (Hrsg.) BeckOK Grundgesetz, 38. Aufl. 2018, Art. 1 GG Rn. 4; *Lehmann* In-vitro-Fertilisation (Fn. 13), 50 ff.; (ohne den Begriff zu verwenden) *Ernst-Wolfgang Böckenförde* Menschenwürde als normatives Prinzip: Die Grundrechte in der bioethischen Debatte, JZ 2003, 809 (812 f.); dagegen *Dreier* in: ders. (Fn. 53), Art. 1 I GG Rn. 86 (dort auch zum sog. Sôritês-Paradoxon); *Merkel* Forschungsobjekt Embryo (Fn. 74), 157 ff., 160 („Kontinuumsargument“); *Rosenau* Klonen, in: FS Schreiber (Fn. 97), 761 (769 ff.); *Werner Heun* Menschenwürde und Lebensrecht als Maßstab für PID? Dargestellt aus verfassungsrechtlicher Sicht, in: Carl F. Gethmann/Stefan Huster (Hrsg.) Recht und Ethik in der Präimplantationsdiagnostik, 2010, 103 (111 ff.).

¹⁰⁰ *Christiane Nüsslein-Volhard* Das Werden des Lebens, 2006, 190: „Die Zygote hat lediglich das Potential, eine Blastocyste zu bilden, die aus der Eihülle schlüpfen muß, um mit der Einnistung in das nächste Stadium der Entwicklung einzutreten. Biologisch gesehen gibt es fast nichts Diskontinuierlicheres in einer Entwicklung als einen solchen Vor-

ca. 70 % aller Embryonen zu diesem Zeitpunkt im mütterlichen Körper ab, und zwar ganz unabhängig von der Art ihrer Genese.¹⁰¹

Das Identitätsargument unterstreicht, dass zwischen Embryo und der Person, die sich daraus entwickeln könne, eine Identitätsbeziehung bestehe. Wenn wir also der Person Würde zusprechen, müsse dies auch für den Embryo gelten.¹⁰² Nach der Gegenansicht kann man von Identität jedoch überhaupt nur rückblickend und erst ab der Individuation sprechen, da bis dahin aus derselben befruchteten Eizelle auch mehrere Personen mit Würde hätten entstehen können.¹⁰³

Das Potentialitätsargument akzentuiert schließlich, dass Embryonen deshalb Würde zugesprochen werden müsse, weil sie das Potential besitzen, sich zu einem würdebegabten Wesen zu entwickeln.¹⁰⁴ Dem wird

gang, bei dem sich der Embryo in direkten zellulären Kontakt mit einem anderen Organismus begibt.“ Auf dieses Zitat beruft sich u.a. *Dreier* Bioethik (Fn. 29), 44 mit Fn. 119.

¹⁰¹ Dazu *Dreier* Bioethik (Fn. 29), 30 f. m.w.N.; *Michael Anderheiden* „Leben“ im Grundgesetz, KritV 2001, 353 (380); die Relevanz dieses Umstandes bezweifelnd *Böckenförde* Menschenwürde (Fn. 99), 812.

¹⁰² Siehe *Dederer* Menschenwürde (Fn. 93), 9: „Die Rückerstreckung [...] des Art. 1 Abs. 1 S. 1 GG auf die Leibesfrucht erscheint deshalb schlüssig, weil es sich bei der Leibesfrucht und dem geborenen Menschen um ein und dasselbe Individuum handelt.“ Die „Entwicklung als Mensch“ (und nicht zum Menschen) bilde gleichsam die „Brücke“; die Identität befürwortend auch *Huber* Ende der Person, in: Reuter/Dreier/ders. (Fn. 64), 51 (60, 62); s.a. *Merkel* Forschungsobjekt Embryo (Fn. 74), 178 ff., der auch auf die Kombination mit dem Potentialitätsargument eingeht (ebd., 179), aber selbst differenziert und auch auf Basis eines „Gedankenexperiments“ dagegen argumentiert.

¹⁰³ Siehe *Rosenau* Klonen, in: FS Schreiber (Fn. 97), 761 (768 f.); *Hufen* Erosion der Menschenwürde? (Fn. 72), 315; *Dreier* in: ders. (Fn. 53), Art. 1 I GG Rn. 84, 86; *ders.* Bioethik (Fn. 29), 45: „Das bin ich“ bzw. „Daraus konnte nur ich werden“, könne man eben erst nach Abschluss der Phase der Mehrlingsbildung, also nach Individuation und Nidation, sagen. Die Gegner des Identitätsarguments verneinen i.E. also eine Identität zwischen Blastozyste und dem später geborenen Menschen. Gegen eine solche Gleichsetzung spricht zudem, dass die Blastozyste, die das Embryonalstadium zum Zeitpunkt der Nidation bezeichnet, nicht nur den Embryoblast enthält, also die pluripotenten Stammzellen, aus denen der eigentliche Embryo entsteht, sondern auch den Trophoblast, eine schützende Hülle, aus der sich nach der Verbindung mit der Gebärmutterwand die Plazenta entwickelt. Letztlich ist die Würde des Menschen „kein naturwissenschaftlich feststellbarer Sachverhalt, sondern ein normativer, geschichts- und kulturbezogener Zuschreibungsbegriff“, so zutreffend *Erhard Denninger* Embryo und Grundgesetz. Schutz des Lebens und der Menschenwürde vor Nidation und Geburt, KritV 2003, 191 (203). Doch sind alle Seiten ständig in Gefahr, in die „biologistische Falle“ (*ders.* ebd.) zu tappen, da man für Wertungen jenseits des ‚Normalfalls‘ des geborenen Menschen Anknüpfungspunkte benötigt.

¹⁰⁴ Dazu *Hartleb* Statusdebatte, in: Maio (Fn. 96), 191 (220 ff.); bejahend *Starck* Verfassungsrechtliche Grenzen (Fn. 14), 1069; *Huber* Ende der Person, in: Reuter/Dreier/ders. (Fn. 64), 51 (62); a.A. *Merkel* Forschungsobjekt Embryo (Fn. 74), 161 ff., 164 ff.; *Norbert Hoerster* Forum: Ein Lebensrecht für die menschliche Leibesfrucht?, JuS 1989, 172

wiederum die nur 30%ige Erfolgschance bei der Nidation entgegengehalten.¹⁰⁵

3. *Rechtlicher Status: Sachlicher Gehalt der Menschenwürdenorm des Art. 1 Abs. 1 GG im Hinblick auf den extrakorporalen Embryo*
- a) *Sachlicher Gehalt der Menschenwürdenorm beim geborenen Menschen und beim extrakorporalen Embryo*

Schon diese nur kursorische Darstellung des Diskurses¹⁰⁶ zeigt, wie schwierig es ist, die zellbiologischen Vorgänge in der Entwicklung menschlichen Lebens moralisch angemessen zu bewerten und dann in einem zweiten Schritt in verfassungsrechtliche Kategorien zu übersetzen. Es hilft, stattdessen bei Art. 1 Abs. 1 GG selbst anzusetzen und dabei zwischen der Frage nach dem *sachlichen Gehalt* seiner Schutzwirkung und der nach der *Vorverlagerung* der Grundrechtsfähigkeit bzw. der *objektiv-rechtlichen Bindungswirkung* der Norm zu differenzieren. Letzteres ist jedenfalls möglich, auch wenn nicht alle dies befürworten.¹⁰⁷ Die sachliche Differenz

(176 f.); Dreier Bioethik (Fn. 29), 45 f.; Werner Heun Embryonenforschung und Verfassung – Lebensrecht und Menschenwürde des Embryos, JZ 2002, 517 (520 f.).

¹⁰⁵ Rosenau Klonen, in: FS Schreiber (Fn. 97), 761 (768 ff.); Anderheiden Leben (Fn. 101), 378 ff., 380. Gegen das Potentialitätsargument führt Dreier in: ders. (Fn. 53), Art. 1 I GG Rn. 86; ders. Bioethik (Fn. 29), 46, zudem an, dass es eine der Rechtsordnung fremde Vorstellung sei, dass eine später eintretende Rechtsposition bereits in vollem Umfang der früheren Entwicklungsstufe zugesprochen werden solle; ähnlich zuvor Hoerster Lebensrecht (Fn. 104), 173. Sehr pointiert (der insgesamt eine Extremposition einnehmende) Peter Singer Praktische Ethik, 3. Aufl. 2013, 251: „Es gibt keine Regel, die besagt, dass ein potenzielles X denselben Wert oder alle Rechte von X hat. Es gibt viele Beispiele, die gerade das Gegenteil beweisen. Zieht man eine keimende Eichel aus der Erde, dann ist das nicht dasselbe, als wenn man eine ehrwürdige Eiche fällt. Ein Ei in einen Topf mit kochendem Wasser zu tauchen, ist etwas ganz anderes, als dasselbe mit einem lebenden Huhn zu tun.“

¹⁰⁶ Er wurde inzwischen noch durch andere gedankliche Ansätze erweitert, s. hierzu Hartleb Statusdebatte, in: Maio (Fn. 96), 191 (192 ff.), u. weitere Beiträge in: Giovanni Maio (Hrsg.) Der Status des extrakorporalen Embryos, 2007.

¹⁰⁷ Die objektiv-rechtliche Dimension bejahend BVerfGE 39, 1 (41 f.), wobei die Frage, ob der Nasciturus „selbst Grundrechtsträger ist oder aber wegen mangelnder Rechts- und Grundrechtsfähigkeit ‚nur‘ von den objektiven Normen der Verfassung in seinem Recht auf Leben geschützt wird“, explizit offen gelassen wird, i.S. der Verneinung der Rechts- und damit auch Grundrechtsfähigkeit, aber der Bejahung des objektiv-rechtlichen Schutzes auch Udo Di Fabio in: Roman Herzog/Matthias Herdegen (Hrsg.) Theodor Maunz/Günter Dürig (Begr.) Grundgesetz Kommentar I, 2017, Art. 2 II S. 1 Rn. 28 (2004). Für ein subjektives Recht des Embryos hingegen Sacksofsky Präimplantationsdiagnostik (Fn. 61), 278 m.w.N. in Fn. 27. In Bezug auf BVerfGE 88, 203 (252) konstatiert dies. Status des Embryos (Fn. 61), 16 f., dass hier die (zuvor nur implizite) Tendenz noch deutlicher werde, das

zwischen dem extrakorporalen Embryo als Verkörperung eines Potentials und dessen Entfaltung im geborenen Menschen lässt sich hingegen nicht mehr durch Wertungen überbrücken. Die Argumente zugunsten der Würde des extrakorporalen Embryos betonen, dass, ausgehend von der befruchteten Eizelle als artspezifischem Leben, eine kontinuierliche Entwicklung zu einem autonomen Subjekt stattfinden könne.¹⁰⁸ Aber niemand behauptet, dass der Vierzeller im Kulturmedium bereits ein autonomes Subjekt ist.¹⁰⁹ Dann kann er durch die Menschenwürdenorm aber auch nicht in seiner Stellung *als autonomes Subjekt* geschützt werden. In Ermangelung eines Subjekts läuft auch die korrespondierende Objektformel ins Leere: Der extrakorporale Embryo kann gar nicht zum Objekt gemacht und dadurch in seiner Würde verletzt werden.¹¹⁰ Im Übrigen wäre auch unser Umgang mit Embryonen in vivo vor der Nidation eine Menschenwürdeverletzung, wenn hier bereits die Objektformel greifen würde. Der Staat müsste die Spirale dann ebenso verbieten wie die ‚Pille danach‘, und zwar ohne jede Abwägungsmöglichkeit.

Auch wenn also ein Würdeschutz über die Objektformel, wie er dem geborenen Menschen zukommt, beim extrakorporalen Embryo ausscheidet, verbietet es sich doch, mit ihm nach Belieben zu verfahren. Denn dieser

subjektive Recht aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG auf den Embryo zu erstrecken. Sie bezeichnet die Diskussion, ob nun subjektivrechtlicher oder objektiv-rechtlicher Schutz gegeben sei, als i.E. wenig bedeutsam. M.E. spricht zumindest bezogen auf den extrakorporalen Embryo schon die fehlende Individuation gegen eine Grundrechtsfähigkeit, da es bei Grundrechten eben um individuelle Rechte geht. *Sacksofsky* ist aber zuzustimmen, dass dieser Streit i.E. nicht viel austrägt, zumal kein Verfahren für die Geltendmachung dieser Rechte existiert (s. *Sacksofsky* ebd., 17).

¹⁰⁸ So heißt es bei *Lehmann* Adoption (Fn. 14), 110: Der Embryo sei ab dem Zeitpunkt der Kernverschmelzung „artspezifisch und individualspezifisch eindeutig als menschliches Wesen geprägt, ohne dass sich im Laufe der Entwicklung Abweichungen von diesem grundlegenden Entwicklungsprogramm ergeben.“ Es kann also nicht geleugnet werden, dass ein bestimmtes Entwicklungsprogramm ablaufen muss, bevor aus dem als „menschliches Wesen geprägt[en]“ extrakorporalen Embryo ein Mensch im Sinne eines autonomen Subjekts wird.

¹⁰⁹ So heißt es bei *Huber* Ende der Person, in: Reuter/Dreier/ders. (Fn. 64), 51 (53): „Offenkundig müssen wir [...] zwischen menschlichem Leben, einem menschlichen Lebewesen und einer menschlichen Person unterscheiden. Menschliches Leben mag man sich auch schon in der getrennten Existenz von Eizelle und Samenzelle vorstellen [...]; aus ihnen entsteht ein menschliches Lebewesen. [...] Aber unzweifelhaft ist es dann noch ein weiter Weg bis zur Ausbildung und Entfaltung der menschlichen Person.“ Ähnlich *Enders* Würde (Fn. 81), 670: Als Personen könnten die menschlichen extrakorporalen Embryonen noch nicht gelten.

¹¹⁰ A.A. *Lehmann* In-vitro-Fertilisation (Fn. 13), 40 ff., die sich zunächst ausführlich mit der Objektformel beschäftigt, sie gegen Kritik verteidigt und schließlich, ebd. 52, feststellt: „Mithin handelt es sich beim Embryo bereits mit der Verschmelzung der Vorkerne um ein menschliches Individuum i.S.d. Art. 1 I GG.“ Dies überzeugt nicht, s.o. Fn. 108.

Embryo oder ‚Keimling‘ trägt eben auch den Keim zur Subjektwerdung in sich:¹¹¹ Er kann sich unter günstigen Bedingungen zum autonomen Subjekt und damit zu einem Gleichen unter Gleichen entwickeln. Daraus folgt, dass auch diesen frühesten Stadien menschlichen Lebens mit Respekt und Achtung zu begegnen ist. Dies stellt sich als eine auf das besondere Potential des Embryos bezogene inhaltliche Vorwirkung des Art. 1 Abs. 1 GG dar¹¹² und konstituiert somit eine echte *Rechtspflicht*, die in ihrer moralischen Dimension auch durch das Potentialitäts- und das Speziesargument unterfüttert werden kann. Im Ergebnis hat der Begriff der Würde beim extrakorporalen Embryo damit einen anderen sachlichen Gehalt als bei Geborenen.¹¹³

¹¹¹ Damit wird hier auf das Potentialitätsargument zugegriffen, das eben auch jenseits der Frage eines ‚vollen Würdeschutzes‘, wie er dem geborenen Menschen zukommt, Relevanz besitzt. Instruktiv *Hartleb* ebd., 220 ff., der betont, dass diesem Argument aus verfassungsrechtlicher Sicht die größte Bedeutung zukomme. Er legt zunächst dar, dass das Verfassungsrecht hier einen aus der aristotelisch-thomistischen Tradition stammenden Begriff verwende. Potentialität i.e.S. bezeichne danach „nicht eine nur logische Möglichkeit (*Possibilität*) oder statistische Wahrscheinlichkeit (*Probabilität*), sondern eine *reale* oder *aktive* Potentialität im Sinne einer *dispositionellen* Möglichkeit“. Bezogen auf den extrakorporalen Embryo „ist mit Potentialität das anlagebedingte (inhärente) Vermögen [...] zur Ausbildung jener Fähigkeiten, die geborene Menschen auszeichnen, gemeint. Nach dieser Definition ist der extrakorporale Embryo aufgrund seiner biologischen Totipotenzeigenschaft in all seinen Erscheinungsformen bereits im Besitz dieses anlagebedingten Vermögens“ (ebd. 222 f.). Die Notwendigkeit äußerer Unterstützungsmaßnahmen, hier vor allem der Transfer in den Uterus, hindere die Annahme aktiver Potentialität nicht (ebd. 223); die aktive Potentialität bejahend auch *Starck* Verfassungsrechtliche Grenzen (Fn. 14), 1069.

¹¹² Von einer Vorwirkung der Menschenwürde gehen auch *Jarass* in: ders./Pieroth (Fn. 88), Art. 1 GG Rn. 9 m.w.N., und *Dederer* Menschenwürde (Fn. 93), 10, aus. *Enders* in: Friauf/Höfling (Fn. 30), Art. 1 GG Rn. 138 ff., der die Grundrechtsqualität von Art. 1 Abs. 1 GG verneint, bejaht eine Vorwirkung von Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG und von Art. 2 Abs. 1 GG: „Obzwar menschlichen Embryonen mangels (Grund-)Rechtsfähigkeit keine Grundrechte zustehen, können die Grundrechte der geborenen Menschen in ihrer Abwehrrichtung gegen den Staat Vorwirkungen entfalten und zwar selbst und gerade dann, wenn der Staat den Eintritt der abwehrrechtlichen Rechtfertigungspflicht durch Vernichtung des potentiellen Rechtsträgers gezielt unterläuft“ (ebd. Rn. 138). Er bejaht insoweit einen vorbeugenden grundrechtlichen Unterlassungsanspruch und bezieht sich dabei auf planmäßige staatliche Eingriffe in den Vorgang der Fortpflanzung, insbes. durch Züchtung und Selektion (ebd. Rn. 139), die nach hier vertretener Ansicht, wie im Folg. gezeigt werden soll, von der Vorwirkung des Art. 1 Abs. 1 GG erfasst sind.

¹¹³ Gegenüber dem Konzept eines gestuften, entwicklungsabhängigen Schutzes der Menschenwürde (s. *Matthias Herdegen* Die Menschenwürde im Fluß des bioethischen Diskurses, JZ 2001, 773 [778 ff.]; ders. in: Maunz/Dürig [Fn. 74], Art. 1 I Rn. 69 ff.; *Hufen* Erosion der Menschenwürde? [Fn. 72], 315 m.w.N. in Fn. 32; *Michael Kloepper* Human- gentechnik als Verfassungsfrage, JZ 2002, 417 [420 f.]) ist dieser Ansatz insofern ein Aliud, als es hier nicht um ein an [zell-]biologischen Vorgängen orientiertes graduelles Anwachsen des Menschenwürdeschutzes geht, sondern um ein unterschiedliches Rechtsgut: Ab der

Das Respekt- und Achtungsgebot aus Art. 1 Abs. 1 GG umfasst in dieser frühen Entwicklungsphase auch das potentielle Lebensinteresse des extrakorporalen Embryos.¹¹⁴ Mangels Individuation geht es hier noch nicht um die nach der Nidation aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG ableitbare staatliche Schutzpflicht,¹¹⁵ sondern nur um eine Vorwirkung der Menschenwürde.¹¹⁶ Grundrechte sind stets *individuelle* Rechte, sodass insoweit vor der Nidation und Individuation auch keine Vorwirkung in Betracht kommt, selbst wenn sie ‚nur‘ objektiv-rechtlicher Natur sein soll.¹¹⁷ Lediglich bei der Menschenwürde als Staatsfundamentalnorm, die den Bogen auch in die Zukunft der Gemeinschaft der Freien und Gleichen spannt, ist eine Vorwirkung bezogen auf den extrakorporalen Embryo anzunehmen. Der Umstand, dass die Menschenwürde in Extremfällen, wie dem der Folter, nach verbreiteter Ansicht *auch* als Grundrecht in Anspruch genommen werden kann,¹¹⁸ ändert daran nichts, da ihr ganz bewusst eine exzeptionelle Stellung im Verfassungsgefüge eingeräumt wurde, die über ihre Funktion als

Geburt ist der Mensch als zu vernünftiger Selbstbestimmung prinzipiell fähige Person geschützt. An dieser Subjektqualität fehlt es jedoch beim extrakorporalen Embryo. Insofern trägt auch hier der von *Enders* im Kontext von Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG geäußerte Gedanke, dass „das Rechtsgut, vor das sich der Staat [...] ‚schützend und fördernd‘ zu stellen hat, [...] bereits vorhanden sein [muss]“, *Enders* in: Friauf/Höfling (Fn. 30), Art. 1 GG Rn. 140. Vorhanden ist beim extrakorporalen menschlichen Embryo jedoch etwas anderes, nämlich das besondere Potential, sich unter günstigen Bedingungen zum autonomen Subjekt entwickeln zu können. Und dieses Potential ist durch eine Vorwirkung des Art. 1 Abs. 1 S. 1 GG geschützt. Daneben gewinnen ab der Nidation mit dem Fortschreiten der Schwangerschaft auch die staatlichen Schutzpflichten für das Leben des Nasciturus immer weiter an Gewicht, s. dazu unten Fn. 129 f.

¹¹⁴ Siehe dazu bezogen auf den Nasciturus *Dietmar von der Pfordten* Gibt es Argumente für ein Lebensrecht des Nasciturus?, ARSP 76 (1990), 69 (79 ff.); *ders.* Verdienen nur zukünftige Interessen Schutz, die sich tatsächlich realisieren?, ARSP (1990), 257 ff., in Erwiderung auf *Norbert Hoerster* Hat der Nasciturus ein Interesse am Überleben?, ARSP 76 (1990), 255 ff.

¹¹⁵ BVerfGE 39, 1 (37 ff., 42).

¹¹⁶ *Jarass* in: *ders./Pieroth* (Fn. 88), Art. 1 GG Rn. 9, nimmt eine solche Vorwirkung der Menschenwürde auch ganz explizit für die Zeit zwischen Befruchtung und Nidation an; ebenso *Di Fabio* in: *Maunz/Dürig* (Fn. 74), Art. 2 II S. 1 Rn. 28, vgl. auch *Dieter Murswiek/Stephan Rixen* in: *Michael Sachs* (Hrsg.) Grundgesetz Kommentar, 8. Aufl. 2018, Art. 2 GG Rn. 223a.

¹¹⁷ Dazu *Enders* Würde (Fn. 81), 670; vgl. auch BVerfGE 30, 173 (194), wonach die Grundrechte (dort geht es um Art. 2 Abs. 1 GG) „die Existenz einer wenigstens potentiell oder zukünftig handlungsfähigen Person als unabdingbar voraus[setzen].“ An dieser Stelle spielt dann wieder der Streit eine Rolle, ob von einer solchen „potentiell oder zukünftig handlungsfähigen Person“ schon ab der Kernverschmelzung oder frühestens ab der Nidation und Individuation ausgegangen werden kann. Nach der hier vertretenen Ansicht muss der Prozess der Individuation abgeschlossen sein.

¹¹⁸ Siehe dazu oben Fn. 88.

Grundrecht weit hinausreicht. Es erscheint daher schlüssig, dass allein die Menschenwürde als Wurzel der Grundrechte auch den extrakorporalen Embryo im Rahmen einer inhaltlichen Vorwirkung objektiv-rechtlich adressiert.

b) Gesetzgeberische Ausgestaltung des Respekt- und Achtungsgebots und die Definition des Verletzungstatbestandes

Was Respekt und Achtung für das Potential des extrakorporalen Embryos im Einzelnen bedeutet und welches Gewicht seinem potentiellen Lebensinteresse zukommt, ist vom Gesetzgeber unter Beachtung der Grundrechte Dritter, zu denen etwa die Fortpflanzungs- und die Forschungsfreiheit zählen,¹¹⁹ zu konkretisieren. Dem Gesetzgeber steht insoweit ein weiter Einschätzungs- und Gestaltungsspielraum zu.¹²⁰ Die Menschenwürde ist in ihrer positiven Dimension als Respekt- und Achtungsgebot gegenüber dem Embryo genauso wenig ‚abwägungsfest‘ wie sie es beim geborenen Menschen im Hinblick auf das in den einzelnen Grundrechten näher ausgeformte Autonomieprinzip ist.¹²¹ Abwägungsfest ist sie immer nur, wenn es um ihre negative Definition, also um den Verlet-

¹¹⁹ Zur Herleitung der Fortpflanzungsfreiheit s.o. Fn. 3; zur Forschungsfreiheit in der bioethischen Diskussion s. *Dreier Bioethik* (Fn. 29), bes. 48 ff. m.w.N., der zutreffend darauf hinweist, dass aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG auch staatliche Schutzpflichten für Leben und Gesundheit erwachsen, die forschungsfördernd wirken können, jedenfalls aber den ohnehin schwer zu rechtfertigenden absoluten Forschungsverbote entgegenstehen (ebd., 47 m.w.N.). Zu Fragen der Biotechnik im Humanbereich vor dem Hintergrund des Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG schon früh *Hasso Hofmann* Biotechnik, Gentherapie, Genmanipulation – Wissenschaft im rechtsfreien Raum?, *JZ* 1986, 253 (257 ff.). Siehe für eine Stellungnahme evangelischer Ethiker *Johannes Fischer/Reiner Anselm/Ulrich H. J. Körtner/Christian Schwarke/Hartmut Kreß/Klaus Tanner/Christofer Frey/Dietrich Rössler* Starre Fronten überwinden, in: *Reiner Anselm/Ulrich H. J. Körtner* (Hrsg.) *Streitfall Biomedizin*, 2003, 197 ff. Für die grds. Zulassung der Forschung an überzähligen Embryonen jetzt *Dorneck* Fortpflanzungsmedizin (Fn. 3), zusf. 254 m.w.N.

¹²⁰ Allerdings ist bei der Gesetzgebung die Wesentlichkeitstheorie zu beachten, die hier aufgrund des starken Menschenwürdebezuges hohe Relevanz besitzt. Auch sollten gesetzgeberische Maßnahmen durch einen breiten gesellschaftlichen Diskurs, der u.a. durch Stellungnahmen von Ethikkommissionen initiiert werden kann, flankiert werden; s. dazu *Karl-Peter Sommermann* Ethisierung des öffentlichen Diskurses und Verstaatlichung der Ethik, *ARSP* 89 (2003), 75 (79, 81 ff.), der zwischen rechtsetzungsvorbereitenden, -ergänzenden und -vollziehenden Ethikdiskursen differenziert und den die Gesetzgebung vorbereitenden gesellschaftlichen Diskurs zwar begrüßt, eine tendenzielle „Verstaatlichung“ von Ethikdiskursen aber kritisch sieht.

¹²¹ Auch *Jarass* in: *ders./Pieroth* (Fn. 88), Art. 1 GG Rn. 9, weist darauf hin, dass der Schutz, den die Menschenwürde im Rahmen ihrer Vorwirkung entfaltet, nicht absoluter Natur ist, sondern dem Prinzipiencharakter entsprechend ein bloßer Abwägungsschutz; s.a. *Di Fabio* in: *Maunz/Dürig* (Fn. 74), Art. 2 II S. 1 Rn. 29.

zungstatbestand geht. Auch dem auf den Embryo bezogenen Respekt- und Achtungsgebot aus Art. 1 Abs. 1 GG entspricht negativ ein Verletzungstatbestand. Auch hier lassen sich also – analog zur Objektformel – Fallgruppen formulieren, bei denen objektiv-rechtlich ein Verstoß gegen die Menschenwürde gegeben wäre, sodass ein entsprechendes Gesetz ohne jede Abwägungsmöglichkeit nichtig wäre. Dies würde etwa für ein Eugenik-Gesetz gelten oder für die gentechnische Erzeugung eigenständiger Chimären- und Hybridwesen¹²² unter Verwendung menschlichen Erbmaterials.

4. *Skizze der Rechtslage in drei unterschiedlichen Stadien menschlichen Lebens*

Die Rechtslage im Hinblick auf den extrakorporalen Embryo unterscheidet sich nicht nur von der nach der Geburt, sondern auch von der nach der Nidation. Um mit der eindeutigsten Situation zu beginnen: Nach der Geburt greift der volle Schutz vor Verletzungen der Menschenwürde im Sinne der Objektformel.¹²³ Zudem besteht mit der Rechts- auch die Grundrechtsfä-

¹²² Diese Fallgruppe wäre enger definiert als der geltende § 7 Abs. 1 Nr. 1 ESchG, der wie folgt lautet: „Wer es unternimmt, 1. Embryonen mit unterschiedlichen Erbinformationen unter Verwendung mindestens eines menschlichen Embryos zu einem Zellverband zu vereinigen [...] wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.“ Nach § 7 Abs. 1 Nr. 1 ESchG wäre es also auch verboten, auf diese Weise Organe zu züchten, die Menschen transplantiert werden könnten. Auch diese Frage ist zwar ethisch sehr heikel, unterscheidet sich aber deutlich von der Erzeugung eines eigenständig lebensfähigen Chimären- oder Hybridwesens, da viele Patienten, die vergeblich auf Organspenden warten, die Züchtung von Organen als lebensrettende Maßnahme dringend begrüßen würden. Eine solche Frage muss der Gesetzgeber entscheiden können. Siehe dazu *Deutscher Ethikrat* Mensch-Tier-Mischwesen in der Forschung, 2011, der betont, dass die Überschreitung „der traditionell als fest und eindeutig wahrgenommenen und für unser Rechtssystem konstitutiven Mensch-Tier-Grenze [...] die Gesellschaft tendenziell vor enorme Herausforderungen [stellt]: Das Universum der ethisch und rechtlich zu privilegierenden Subjekte verändert sich; vertraute Zuschreibungen können infrage gestellt und unvertraute unsere ethischen und sozialen Kompetenzen herausfordern“ (ebd. 133). Gleichwohl hält der Deutsche Ethikrat die „Erzeugung von und die Forschung mit Mensch-Tier-Zybriden unter Verwendung menschlichen Erbmaterials und tierischer Eizellen [...] – ausgenommen ihrer Einpflanzung in einen tierischen oder menschlichen Uterus – [für] ethisch vertretbar und zulässig“ (ebd.); Anm.: Ein Zybrid oder zytoplasmischer Hybrid entsteht durch einen spezieübergreifenden Zellkerntransfer.

¹²³ Dies gilt selbstverständlich für jeden Menschen, ohne Rücksicht auf die Eigenschaften oder Leistungen des Einzelnen (also auch für Neugeborene, Behinderte, Komatöse etc.), s. dazu *Hillgruber* in: Epping/ders. (Fn. 99), Art. 1 GG Rn. 3 m.w.N.; *Isensee* in: HGR IV (Fn. 73), § 87 Rn. 198. Zur Voraussetzung der Existenz eines geborenen Menschen mit prinzipieller, aber nicht notwendig aktueller Fähigkeit zur Selbstbestimmung *Dreier* in: ders. (Fn. 53), Art. 1 I GG Rn. 66. Siehe zu den tieferen Gründen, warum wir die Würde *jedem* geborenen Menschen ganz unabhängig davon, ob der Einzelne tatsächlich zur

higkeit. Der Schutz aus Art. 1 Abs. 1 GG ist vom Schutz des Lebens aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG zu entkoppeln.¹²⁴ Wie das Bundesverfassungsgericht bezogen auf den Abschuss eines nur mit Terroristen besetzten und zur Waffe umfunktionierten Flugzeugs judiziert hat,¹²⁵ kann das Leben entzogen werden, ohne die Menschenwürde zu verletzen. Umgekehrt wird die Menschenwürde durch Folter aber auch verletzt, wenn das Opfer danach weiterlebt.

Davon unterscheidet sich die Rechtslage des extrakorporalen Embryos deutlich: Er profitiert zwar von einer objektiv-rechtlichen *Vorwirkung* der Menschenwürde. Mangels Subjektqualität kann sie aber nicht dadurch verletzt werden, dass der Embryo zum Objekt gemacht wird. Doch verfügt er über das für seine Würde relevante Potential, sich unter günstigen Bedingungen zum autonomen Subjekt entwickeln zu können. Wird das daraus folgende Respekt- und Achtungsgebot evident missachtet – Stichwort: Eugenik-Gesetz – so liegt eine Würdeverletzung vor. Menschenwürde- und Lebensschutz sind in diesem Stadium noch nicht entkoppelt.

Nach der Nidation und Individuation lassen sich Menschenwürde- und Lebensschutz hingegen entkoppeln. Hier kann nun auch die vom Bundesverfassungsgericht in den Abtreibungsentscheidungen thematisierte staatliche Schutzpflicht aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG greifen.¹²⁶ Zudem löst sich

Selbstbestimmung in der Lage oder sich seiner selbst auch nur bewusst ist, in einem normativen Akt zusprechen bzw. einander versprechen müssen, *Hofmann* Versprochene Menschenwürde, in: ders. (Fn. 77), 104, 106 ff., 119 f., 123 ff., bes. 126): „Das gegenseitige Versprechen, uns als in gleicher Weise würdige Mitglieder des Gemeinwesens anzuerkennen, schließt es [...] aus, [...] einem anderen Individuum diesen Status – aus welchen Gründen auch immer – prinzipiell abzusprechen“ (ebd., 126 m.w.N.). Eine andere Begründung liefert *Enders* Menschenwürde (Fn. 78), bes. 18 f., 383 f., der deutlich macht, dass die Subjektqualität dem Menschen als Menschen zukommt und damit keine *empirische* Erscheinung gemeint ist, zur Menschlichkeit also auch kein weiterer Erwerbsstatbestand hinzutreten muss, Art. 1 Abs. 1 S. 1 GG vielmehr eine *unwiderlegliche Vermutung* zugunsten der in seiner Subjektqualität liegenden Würde des Menschen formuliert.

¹²⁴ *Dreier* Bioethik (Fn. 29), 40; ders. in: ders. (Fn. 53), Art. 1 I GG Rn. 69; *Heun* Embryonenforschung (Fn. 104), 518; *Hofmann* Versprochene Menschenwürde, in: ders. (Fn. 77), 104 (125); *Helmuth Schulze-Fielitz* in: Horst Dreier (Hrsg.) Grundgesetz Kommentar, Bd. I, 3. Aufl. 2013, Art. 2 II GG Rn. 118; dagegen *Höfling* in: Sachs (Fn. 73), Art. 1 GG Rn. 56, 69.

¹²⁵ BVerfGE 115, 118 (160 ff.). Diese Konstellation wurde zuletzt aufgrund des Theaterstücks „Terror“ von Ferdinand v. Schirach auch in der allgemeinen Bevölkerung breit diskutiert.

¹²⁶ BVerfGE 39, 1 (37); BVerfGE 88, 203 (251 f.). Siehe für eine neben der verfassungsrechtlichen auch die ethische Perspektive (in Auseinandersetzung mit Hoerster) einbeziehende Begründung des Lebensrechts (und des potentiellen Lebensinteresses) des Nasciturus von der Pfordten Lebensrecht (Fn. 114), 73 ff., 76 ff.; s.a. ders. Zukünftige Interessen (Fn. 114), in Erwiderung auf die Replik von Hoerster Nasciturus (Fn. 114), 255 ff.

auch der Widerspruch zwischen der Aussage des Gerichts zur Würde jeden menschlichen Lebens und seinen Ausführungen zur Abtreibung auf, wenn eine Würdeverletzung beim geborenen Menschen unter anderen Voraussetzungen zu bejahen ist als beim Nasciturus: Wäre beim Nasciturus bereits die Objektformel einschlägig, so müsste wohl jede Abtreibung, und zwar ohne jede Abwägungsmöglichkeit,¹²⁷ als Würdeverletzung gelten. Anders ist dies, wenn man davon ausgeht, dass auch beim Nasciturus nur die evidente Verletzung des Respekt- und Achtungsgebots Maßstab einer Würdeverletzung ist.¹²⁸ Im Übrigen ist das Respekt- und Achtungsgebot vom Gesetzgeber zu konkretisieren, der insoweit zwischen dem – wachsenden (!) – Gewicht des Lebensrechts des Nasciturus¹²⁹ und dem Selbstbestimmungsrecht der Mutter abwägen muss.¹³⁰

V. Fazit: Fortpflanzungsmedizin zwischen verfassungsrechtlichen Anforderungen und politischem Prozess

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass im Bereich der Fortpflanzungsmedizin dringender Handlungsbedarf besteht und die Komplexität der Materie in der Tat für ein umfassendes Fortpflanzungsmedizingesetz spricht. Vor dem Hintergrund der Fortpflanzungsfreiheit sowie staatlicher Schutzpflichten für die Gesundheit und die Sicherung der Rechte von Kindern wird sich dies eher früher als später zu einem *verfassungsrechtlichen*

¹²⁷ Bei wirklich gleichem Schutzniveau käme noch nicht einmal eine Abwägung mit dem Leben der Mutter in Betracht, wenn dieses bei Fortsetzung der Schwangerschaft bedroht sein sollte.

¹²⁸ Eine Verletzung der Würde des Nasciturus (und der Mutter) wäre bspw. bei staatlich angeordneten Abtreibungen zu bejahen (so auch *Enders* in: Friauf/Höfling [Fn. 30], Art. 1 GG Rn. 139), wie sie etwa im Rahmen der Ein-Kind-Politik in China praktiziert wurden.

¹²⁹ Siehe ausführlich zu dem gestuften Schutzkonzept, das sich auch in den §§ 218 ff. StGB niederschlägt, *Horst Dreier* Stufen des vorgeburtlichen Lebensschutzes, ZRP 2002, 377; *ders.* Bioethik (Fn. 29), 53 ff. Für ein „Konzept des anwachsenden Lebensschutzes“ spricht sich auch *Sacksofsky* Status des Embryos (Fn. 61), 25 ff. (27) aus; dagegen *Huber* Ende der Person, in: *Reuter/Dreier/ders.* (Fn. 64), 51 (52).

¹³⁰ Dabei wird die Position des Nasciturus umso stärker, je näher der Geburtstermin rückt. Siehe zum Schwangerschaftsabbruch bei Gefahren für Gesundheit oder Leben der Mutter durch die Leibesfrucht *Dreier* Bioethik (Fn. 29), 58 f. *Sacksofsky* Präimplantationsdiagnostik (Fn. 61), 285 ff., hält den Schwangerschaftsabbruch – jedenfalls in einem frühen Entwicklungsstadium des Embryos – wegen des Selbstbestimmungsrechts der Frau über den eigenen Körper für verfassungsrechtlich zulässig (ebd. 286, zusf. 292). Zur ethisch besonders heiklen Frage der Zulässigkeit von Spätabtreibungen *Norbert Hoerster/Jürgen Rüttgers* Zulässigkeit von Spätabtreibungen? Pro (*Hoerster*) und Contra (*Rüttgers*), ZRP 2007, 71.

Regulierungsauftrag verdichten.¹³¹ Der Gesetzgeber steht hier vor der Herausforderung, unter schwierigen Rahmenbedingungen das verfassungsrechtliche Gebot, das Potential des extrakorporalen Embryos zu respektieren und zu achten, zu konkretisieren und mit den Grundrechten Dritter in einen angemessenen Ausgleich zu bringen. Bislang wurde die Gesetzgebung insbesondere auch durch die Kontroverse um die Menschenwürdenorm blockiert. Es hat sich aber gezeigt, dass diese letztlich nur wenige ‚abwägungsfeste‘ Vorgaben für die Regulierung der Fortpflanzungsmedizin enthält.¹³² Wie restriktiv oder liberal das dringend erforderliche Fortpflanzungsmedizingesetz also ausfallen wird, ist in erster Linie eine Frage des politischen Prozesses und der Mehrheitsverhältnisse im Parlament.

¹³¹ Um dies genauer beurteilen zu können, müssten die in einem Fortpflanzungsmedizingesetz zu regelnden Fragen im Einzelnen vor dem Hintergrund der einschlägigen staatlichen Schutzpflichten unter Berücksichtigung der Grundrechte Dritter analysiert werden. Dies kann vorliegend jedoch nicht geleistet werden. Siehe für eine dezidierte Stellungnahme zu einer ganzen Reihe dieser Fragen jetzt aber *Kersten* Regulierungsauftrag (Fn. 3), 1251 ff.

¹³² Eine Würdeverletzung wäre etwa anzunehmen, wenn bei der gesetzlichen Regelung der IVF oder der Embryonenspende (unabhängig von den Wünschen der Eltern) vom Staat zwingend vorgeschrieben würde, dass vorab eine PID durchzuführen und alle Embryonen mit chromosomalen Abweichungen zu verwerfen bzw. die Abweichungen im CRISPR/Cas9-Verfahren (sog. Gen-Schere) zu beseitigen sind. Enger *Ute Sacksofsky* Anforderungen an ein Fortpflanzungsmedizingesetz – Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen, in: Fuat Oduncu/Katrin Platzer/Wolfram Henn (Hrsg.) *Der Zugriff auf den Embryo*, 2005, 52 ff., zusf. 69, nach deren Auffassung die PID immer gegen die Menschenwürde verstößt; s.a. *dies.* Präimplantationsdiagnostik (Fn. 61), zusf. 292.

Leitsätze der 2. Referentin über:

Regulierungsauftrag für den Staat im Bereich der Fortpflanzungsmedizin?

I. Einleitung

(1) Mit dem rasanten Fortschritt in der Reproduktionsmedizin sind die Chancen, das Grundrecht auf Fortpflanzungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) zu realisieren, ebenso gestiegen wie der Regulierungsbedarf. Daher wird ein umfassendes Fortpflanzungsmedizingesetz gefordert. Der Bund hat dafür auch, anders als noch beim Embryonenschutzgesetz (ESchG), die Gesetzgebungskompetenz (vgl. Art. 74 Abs. 1 Nr. 26 GG).

II. Bestandsaufnahme und besondere Herausforderungen der gesetzlichen Regulierung

(2) Das ESchG von 1990 ist wissenschaftlich überholt, lückenhaft (Bsp. Embryonenspende) und wird als reines Strafgesetz der Komplexität der Materie nicht gerecht. Einige Restriktionen wirken sich sogar nachteilig auf die Gesundheit von Mutter und Kind aus. Fragen der Eltern-Kind-Zuordnung bei Mehrelternschaft und das Recht des Kindes auf Kenntnis seiner Abstammung (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) sind unzureichend geregelt. Auch ist es vor dem Hintergrund von Art. 3 Abs. 2 S. 1, Abs. 3 S. 1 GG problematisch, dass die Samenspende erlaubt, die Eizellspende hingegen verboten ist.

(3) Die bisherige Untätigkeit des Gesetzgebers erklärt sich aus der hohen Komplexität der Materie und den schwierigen Rahmenbedingungen der Regulierung:

(a) Neue wissenschaftliche Erkenntnisse – z.B. zum Zeitpunkt der Verschmelzung der elterlichen Chromosomensätze oder zur Reprogrammierbarkeit totipotenter Zellen – schlagen unmittelbar auf die gesetzliche Ebene (Begriff des „Embryos“ i.S.v. § 8 ESchG) durch und bringen eine besondere Dynamik in die Materie.

(b) *Die Regulierung muss dem gesellschaftlichen Wandel – insbesondere der Pluralisierung der Familienstrukturen – Rechnung tragen. Diese liegt der Fortpflanzungsmedizin voraus, wird durch sie aber auch weiter verstärkt.*

(c) *Die starke Emotionalisierung der hochkontroversen bioethischen Fragen rund um den Beginn des Lebens lässt den Gesetzgeber davor zurückschrecken, mit einer Reform die ‚Büchse der Pandora‘ zu öffnen. Zudem wird die bioethische Position zum extrakorporalen Embryo mit Fragen der Auslegung der Menschenwürdenorm verwoben. In den ungeklärten Fragen nach dem Umgang mit dem fundamentalen Wertepluralismus und der Auslegung des Art. 1 Abs. 1 GG liegen die Hauptursachen für die gesetzgeberische Blockade.*

III. Biomedizin im Spannungsfeld von gesellschaftlichem Pluralismus, staatlicher Neutralität und verfassungsrechtlichem Grundkonsens

(4) *Unterschiedliche Disziplinen nähern sich dem Problem des Wertepluralismus auf unterschiedliche Weise an: John Rawls fand die Antwort im rationalen Kern eines alle streitigen metaphysischen Argumente aussparenden „overlapping consensus“ vernunftbegabter Subjekte. In der Rechtsphilosophie wurde die These formuliert, dass nur das rechtsethische Minimum über strafrechtliche Sanktionen, wie sie auch das ESchG vorsieht, durchgesetzt werden dürfe. Einige politikwissenschaftliche Ansätze setzen dagegen ganz pragmatisch auf die gesetzgeberische Gestaltung eines Modus Vivendi.*

Bestimmte Aspekte dieser drei Perspektiven scheinen im Grundgesetz im Hegel'schen Sinne ‚aufgehoben‘ zu sein:

(a) *Das, was wir als verfassungsrechtlichen Grundkonsens bezeichnen, lässt sich auch als „overlapping consensus“ hinsichtlich der das staatliche Zusammenleben regelnden Grundnormen in einer hochpluralistischen, moralisch divergenten Gesellschaft begreifen.*

(b) *Das rechtsethische Minimum materialisiert sich in den Grundrechten und wirkt so über Schutzpflichten für Leben, Gesundheit etc. auf den Gesetzgeber ein, der jedoch einen großen Gestaltungsspielraum hat. Die Forderung, nur das rechtsethische Minimum zu sanktionieren, hat daher bloß appellativen Charakter; verbindliche Vorgaben für die Regulierung der Fortpflanzungsmedizin erwachsen daraus nicht.*

(c) *Die Verfassung als Rahmenordnung mit bestimmten prozeduralen Spielregeln ermöglicht es, den Modus Vivendi gesetzgeberisch stets neu auszutarieren. In der pluralistischen Demokratie gibt es kein vorgegebenes Gemeinwohl und keine für alle verbindliche Auffassung des Guten.*

Der entscheidende Mechanismus zur Auflösung des sachlichen Dissenses sowie der Spannung zwischen Rationalitätsanspruch des Gesetzes und den Eigengesetzlichkeiten politischer Prozesse ist das demokratische Mehrheitsprinzip.

(5) Der politische Prozess findet allein in der Verfassung seine rechtliche Grenze.

(a) Dies gilt namentlich für die Grundrechte, die in der Kontroverse um die Regulierung der Fortpflanzungsmedizin jedoch ganz im Schatten der ‚abwägingstesten‘ Vorgaben der Menschenwürdenorm stehen.

(b) Als verfassungsrechtliche Grenze fungiert auch das Neutralitätsprinzip im Sinne der Nichtidentifikation des Staates mit bestimmten religiösen Positionen (vgl. Art. 4 Abs. 1, Art. 3 Abs. 3, Art. 33 Abs. 3 GG sowie Art. 136 Abs. 1, 4 und Art. 137 Abs. 1 WRV i.V.m. Art. 140 GG). Von Gesetzen kann keine Ergebnis-, sondern nur Begründungsneutralität verlangt werden: Ein durch Gesetz ermöglichter Freiheitseingriff muss also ohne Rückgriff auf eine bestimmte religiöse Position begründbar sein.

(6) Zentral für die Regulierungsdebatte ist die Auslegung der Menschenwürdenorm. Es wird prekär, wenn der moralische Diskurs zum extrakorporalen Embryo sich ungefiltert auf die Auslegung des Art. 1 Abs. 1 GG verlagert, der zudem unter dem Schutz von Art. 79 Abs. 3 GG steht. Die Zementierung einer nur partikularen Auffassung des Guten als verfassungsrechtlicher Gehalt des Art. 1 Abs. 1 GG würde in einen Selbstwiderspruch mit der durch diese Norm postulierten, aus dem Schutz individueller und kollektiver Autonomie erwachsenden Freiheitlichkeit führen.

(a) Art. 1 Abs. 1 GG steht für die Grundentscheidung, die staatliche Ordnung des Grundgesetzes in der Würde des Menschen zu fundieren. Aus der Funktion als Staatsfundamentalnorn folgt, dass die Menschenwürde Ausdruck des verfassungsrechtlichen Grundkonsenses bzw. des „overlapping consensus“ (Rawls) sein muss, dem pluralistischen Meinungskampf somit entzogen ist. Allgemein konsentierter Kern dieser Norm ist der Schutz des autonomen Subjekts. Sonstige Vorstellungen in den verschiedenen Entwicklungslinien der Würdeidee sind nicht Gegenstand ihrer verfassungsrechtlichen Verbürgung geworden, können aber selbstverständlich in die Gesetzgebung einfließen.

(b) Ergänzend weist auch das Neutralitätsprinzip als Gebot der Nicht-Identifikation des Staates mit bestimmten religiösen Positionen im Kontext der Auslegung des Art. 1 Abs. 1 GG auf eine nicht zu rechtfertigende Verengung des Spielraums des Gesetzgebers und der Freiheit der Bürgerinnen und Bürger hin.

(c) Der spezifisch verfassungsrechtliche Gehalt der Menschenwürde fällt somit deutlich ‚sparsamer‘ aus und hält weniger Antworten auf Einzelfragen bereit, als manche Stellungnahmen zum Rechtsstatus des Embryos

nahelegen. Gleichzeitig erweitert sich damit der Spielraum des Gesetzgebers, der auch insoweit den Modus Vivendi gestalten darf und muss.

IV. Der Status des extrakorporalen Embryos als Kristallisationspunkt der auf die Menschenwürde fokussierten Regulierungsdebatte

(7) Die Menschenwürdenorm schützt in ihrer positiven Dimension die Autonomie bzw. die Subjektstellung des Einzelnen. Dem entspricht die negative Definition des Verletzungstatbestands über die Objektformel.

(8) Art. 1 Abs. 1 GG spricht von der „Würde des Menschen“. Die Norm selbst trifft keine Aussage zu der vorgelagerten Frage, ab wann es sich in diesem Sinne um menschliches Leben handelt. Eindeutig ist die Rechtslage ab der Geburt (Rechts-/ Grundrechtsfähigkeit).

(9) Im Diskurs über den moralischen Status des extrakorporalen Embryos werden die sog. SKIP-Argumente – d.h. das Spezies-, das Kontinuum- oder Kontinuitäts-, das Identitäts- und das Potentialitätsargument – geltend gemacht.

(10) Ausgangspunkt der Bestimmung des Rechtsstatus des extrakorporalen Embryos muss Art. 1 Abs. 1 GG sein. Dabei ist zwischen der Frage der Vorverlagerung der objektiv-rechtlichen Bindungswirkung der Norm und ihrem sachlichen Gehalt zu differenzieren. Ersteres ist möglich, während die sachliche Differenz zwischen dem extrakorporalen Embryo als Verkörperung eines Potentials und dessen Entfaltung im geborenen Menschen nicht mehr durch Wertungen überbrückt werden kann: Der Vierzeller im Kulturmedium ist kein autonomes Subjekt und kann daher durch Art. 1 Abs. 1 GG auch nicht als autonomes Subjekt geschützt werden. In Ermangelung eines Subjekts läuft auch die Objektformel ins Leere: Der extrakorporale Embryo kann nicht zum Objekt gemacht und dadurch in seiner Würde verletzt werden.

(11) Der extrakorporale Embryo kann sich unter günstigen Bedingungen aber zum autonomen Subjekt und damit zu einem Gleichen unter Gleichen entwickeln. Daraus folgt, dass ihm mit Respekt und Achtung zu begegnen ist. Dies stellt sich als eine auf sein besonderes Potential bezogene inhaltliche Vorwirkung des Art. 1 Abs. 1 GG dar und konstituiert somit eine echte Rechtspflicht, die dem Begriff der Würde insoweit jedoch einen anderen Gehalt gibt, als er ihn bei Geborenen hat.

(12) Das Respekt- und Achtungsgebot aus Art. 1 Abs. 1 GG umfasst auch das potentielle Lebensinteresse des extrakorporalen Embryos. Die aus Art. 2 Abs. 2 GG ableitbare staatliche Schutzpflicht greift erst ab der sich parallel zur Nidation vollziehenden Individuation. Grundrechte als individuelle Rechte setzen einen individualisierten Rechtsträger voraus;

bis zur Individuation ist aber noch eine Mehrlingsbildung möglich. Erst danach entkoppelt sich der Menschenwürde- vom Lebensschutz.

(13) Es ist Aufgabe des Gesetzgebers, das Respekt- und Achtungsgebot im Hinblick auf den extrakorporalen Embryo unter Beachtung der Grundrechte Dritter zu konkretisieren. In seiner positiven Dimension ist dieses Gebot genauso wenig abwägungsfest wie das Autonomieprinzip. Abwägungsfest ist die Menschenwürde immer nur bezogen auf den Verletzungstatbestand. Analog zur Objektformel lassen sich auch bei evidenter Verletzung des Respekt- und Achtungsgebots Fallgruppen formulieren, in denen objektiv-rechtlich ein Menschenwürdeverstoß zu bejahen wäre. Dies würde z.B. für ein Eugenik-Gesetz oder für die Erzeugung von Chimären- und Hybridwesen mit menschlichem Erbmaterial gelten.

V. *Fazit: Fortpflanzungsmedizin zwischen verfassungsrechtlichen Anforderungen und politischem Prozess*

(14) Ein umfassendes Fortpflanzungsmedizingesetz ist dringend erforderlich. Der Gesetzgeber muss hier unter schwierigen Rahmenbedingungen das verfassungsrechtliche Gebot, das Potential des extrakorporalen Embryos zu respektieren und zu achten, konkretisieren und mit den Grundrechten Dritter in einen angemessenen Ausgleich bringen. Art. 1 Abs. 1 GG enthält dafür nur wenige ‚abwägungsfeste‘ Vorgaben; die Verantwortung liegt in erster Linie beim Parlament.

3. Aussprache und Schlussworte

Regulierungsauftrag für den Staat im Bereich der Fortpflanzungsmedizin?

Ute Sacksofsky: Liebe Kolleginnen und Kollegen, hiermit möchte ich die Aussprache zu unserem Beratungsgegenstand eröffnen. Da wir nicht ganz so viele Anmeldungen haben wie bisher, gebe ich eine Minute länger pro Person, sodass Sie die Chance haben, Ihre Position etwas mehr zu entfalten. Das heißt aber nicht, dass man diese Zeit ausschöpfen muss. Sie erinnern sich, Zwischenrufe sind erwünscht, aber sie müssen pointiert, kurz und witzig sein.

Die Diskussion gliedert sich in vier Blöcke: Zunächst wird es um Grundfragen und die Herangehensweise gehen, dann werden internationalrechtliche und rechtsvergleichende Fragen angesprochen. Im Anschluss kommen wir zur Menschenwürde und schließlich zum Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung. Für den ersten Block habe ich drei Diskussionsbeiträge.

Stefan Huster: Ich möchte mich zunächst einmal für die beiden Referate bedanken. Ich fand sowohl das rechtsvergleichende Panorama, als auch die differenzierte grundrechtliche Zuordnung von *Angelika Siehr* sehr beeindruckend. Auch die Ergebnisse waren plausibel; über die Begründungsneutralität habe ich mich natürlich besonders gefreut. Ich will aber trotzdem eine Grundtendenz beider Referate etwas in Frage stellen. Beide Referate sind der Meinung, dass wir in Deutschland unter einer gewissen Überkonstitutionalisierung der gesamten Diskussion leiden und es geboten ist, zu einem politischen Prozess zu kommen, in dem diese Fragen vernünftig geregelt werden. Meine Frage ist nun, ob es nicht doch einen gewissen Konflikt oder ein Spannungsverhältnis zwischen politischen und juristischen Rationalitäten an dieser Stelle gibt. Der bekannte Sozialwissenschaftler *Albert Hirschman* hat einmal versucht, verschiedene Konflikte zu unterscheiden, die die Gesellschaft spalten oder integrieren, wenn wir sie diskutieren: teilbare und unteilbare Konflikte. Die unteilbaren Konflikte sind die Wertkonflikte, die ideologisch aufgeladenen Konflikte. Die Dinge, über die wir hier sprechen, gehören sicherlich zu den unteilbaren Konflik-

ten. Und wenn man sich die politische Diskussion anschaut und sie über Jahre verfolgt, dann ist es, glaube ich, ein nicht ganz unplausibles Anliegen der Politik, zu verhindern, dass unser Gemeinwesen alle zwei Jahre oder alle fünf Jahre in eine Diskussion über diese Dinge einsteigt, wo die Bürger auf einer sehr fundamentalen Ebene zutiefst zerstritten sind; *Angelika Siehr* hat ja sogar das Wort „Glaubenskriege“ an dieser Stelle bemüht. Und insofern frage ich mich, ob nicht all das, was hier aus juristischer Sicht gesagt worden ist – der Gesetzesvorbehalt und all die wichtigen Güter, die hier zu regeln sind, und dass die alte Rechtslage veraltet ist – nicht mit der politischen Rationalität in Konflikt gerät, zu sagen, das ist wirklich ein Gebiet, wo es für das Gemeinwesen vielleicht besser ist, wenn da mal Ruhe ist, wenn da Gras drüber wächst, wenn wir das nicht alle paar Jahre wieder neu aufrufen? Vielleicht ist da auch die Juridifizierung der Diskussion eine Strategie der Gesellschaft, sich nicht immer wieder über diese Glaubensfragen unterhalten zu müssen im Modus der Politik. Meine Frage wäre jetzt: Ist es eigentlich möglich, wenn das eine halbwegs zutreffende Beschreibung ist, diese politischen Anliegen in eine juristische und insbesondere verfassungsrechtliche Betrachtung zu integrieren? Danke.

Friedhelm Hufen: Liebe Kolleginnen und Kollegen: Ich widerspreche meinem Kollegen *Huster* gerade in solchen Fragen sehr ungern, aber dass wir in Sachen Fortpflanzungsgesetz Ruhe lassen können, vermag ich nicht einzusehen. Unser heutiges Thema lautet: „Verarbeitung von technischem und medizinischem Wandel“. Heute Morgen haben wir über Verwaltung und Effizienz gesprochen, heute Nachmittag sprechen wir über medizinischen Wandel und Grundfragen des Menschen wie Zeugung und Geburt. Ich bin Herrn *Sydow* dankbar, dass er unseren Blick ein wenig in rechtsvergleichender Richtung erweitert und den sehr pragmatischen Ansatz im Vereinigten Königreich und den demokratiebetonten Ansatz Frankreichs beschrieben hat. Den deutschen Ansatz hat er dann als durch das Grundgesetz geleitet gekennzeichnet, und in der Tat: Die Grundfragen von Zeugung, Leben, Krankheit und Sterben werden in Deutschland immer auch auf Verfassungsebene und oft auch sogleich im Hinblick auf die Menschenwürde diskutiert. Damit fangen die Probleme aber oft erst an. Wenn wir über das Grundgesetz und gerade die Menschenwürde nachdenken, dann müssen wir sehr aufpassen, dass wir nicht ungefragt ethische und religiöse Maßstäbe in die Lösung konkreter verfassungsrechtlicher Fragen einfließen lassen, und auch, dass wir nicht im europäischen Kontext in eine Sonderstellung geraten. Das klang bei Frau *Siehr* kurz an, aber ich glaube in Deutschland diskutiert man über diese Dinge schlicht anders als in anderen westlichen Demokratien. Deshalb ist es nicht nur das Grundgesetz, das unsere Beurteilung bestimmt, sondern auch und vor allem das historische

Erbe und die damit zusammenhängende Schwere der Probleme. Ein hier nicht anwesender Schweizer Kollege hat mir einmal gesagt: „Wo ihr Deutschen in bioethischen Fragen hin grübelt, da wächst kein Gras mehr.“ Da scheint mir in der Tat etwas dran zu sein. Und gerade deshalb dürfen wir auch nicht innehalten, lieber Herr *Huster*, in dem, was beide Referenten gefordert haben, nämlich dass der Gesetzgeber hier in diesen elementaren Fragen der Fortpflanzung tätig wird. Denn „Verarbeitung des technischen und medizinischen Fortschritts“ in diesen Bereichen heißt auch und vorwiegend: Freiheit zur Inanspruchnahme des technischen und medizinischen Fortschritts. Wir reden hier über elementare Menschenrechte, das Recht auf Fortpflanzung, das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit der Mutter, das Elternrecht, auch über Wissenschaftsfreiheit und Berufsfreiheit. Deshalb hat der Gesetzgeber zwar in diesem Bereich Gestaltungsspielräume, aber im Grundsatz muss er regelnd tätig werden, um seiner Schutzpflicht für diese Grundrechte gerecht zu werden und die Inanspruchnahme von medizinischem Fortschritt zu ermöglichen und abzusichern. Auch muss er bestehende gesetzliche Schranken daraufhin überprüfen, ob sie vor dem Hintergrund des medizinischen Fortschritts noch berechtigt sind. Dafür sind nach der Grundrechtsdogmatik konkrete verfassungsimmanente Schranken erforderlich und es reicht im weltanschaulich neutralen Staat nicht aus, abstrakt die Menschenwürde zu beschwören, um die jeweils eigene ethische Position durchzusetzen. Das hat Frau *Siehr* dankenswerterweise mehrmals angesprochen. Deshalb würde ich dazu raten, die Lösung etwaiger Probleme der Fortpflanzungsmedizin und des Embryonenschutzes mit den bewährten Instrumenten der Grundrechtsdogmatik zu suchen. Wir haben den Schutzbereich mehrerer Grundrechte, insbesondere körperliche Unversehrtheit und Fortpflanzungsfreiheit, wir haben Eingriffe in diesen Schutzbereich im Embryonenschutzgesetz und wir haben zu prüfen, ob diese Eingriffe (noch) gerechtfertigt, d.h. durch andere Verfassungsgüter gedeckt und verhältnismäßig sind. Bei dieser Prüfung dürfen dann Argumente wie „Büchse der Pandora“ oder „Dammbruch“ die Verhältnismäßigkeit nicht unterlaufen. Frau *Siehr* hat sehr zu Recht hervorgehoben, dass im Vorgang der Reproduktionsmedizin von einer drohenden Verletzung der Menschenwürde im Allgemeinen keine Rede sein kann. Ergebnis: Der Staat muss seiner Schutzpflicht für elementare Grundrechte durch ein Fortpflanzungsgesetz Rechnung tragen, das Freiheit ermöglicht und das die Inanspruchnahme des medizinischen Fortschritts nicht übermäßig behindert. Konkret meine ich, dass Normen wie die „Drei-Embryonen-Regel“ in § 1 Abs. 1 Nr. 4 Embryonenschutzgesetz (EschG) und die Übertragungspflicht aller erzeugten Embryonen in § 1 Abs. 1 Nr. 5 veraltet sind und unverhältnismäßig die Gesundheit der Mutter gefährden und die Fortpflanzungsfreiheit einschränken. Dasselbe gilt m.E. für das Verbot der Eizellspende

und der „Embryonen-Adoption“. Bei der Leihmutterschaft scheinen mir allerdings der Schutz der Spenderin und die Verhinderung von Missbrauch gewichtige Argumente zu sein. In jedem Fall ist die Frage zu bejahen, dass der Gesetzgeber zum Schutz der Grundrechte aller Beteiligten tätig werden sollte. Vielen Dank.

Steffen Augsberg: Ich kann direkt anschließen an das, was der Kollege *Huster* gesagt hat und vielleicht noch einmal den Blick darauf lenken, dass dieses „Es-muss-einmal-Ruhe-sein“-Argument ja im Bereich des Schwangerschaftsabbruchs besondere Brisanz besitzt. Da gibt es die von *Gernot Sydow* angesprochene und eingeforderte Beobachtungs- und Nachbesserungspflicht, geschehen ist nichts. Wenn man das *Huster*’sche Argument an dieser Stelle in Ansatz bringt, dann ist das vielleicht auch ganz gut so im Sinne des gesellschaftlichen Friedens. Ob es im Sinne des ungeborenen Lebens gut ist, ist dann eine andere Frage.

Mein eigentlicher Punkt ist ein zweiter: Es gibt bei diesen beiden Referaten eine interessante Verbindungslinie dahingehend, dass *Gernot Sydow* wunderbar herausgearbeitet hat, dass es rechtskulturelle Unterschiede gibt zwischen drei großen westeuropäischen Nationen. Dann hatte man zunächst den Eindruck, dass *Angelika Siehrs* Referat gewissermaßen diese Tendenz des deutschen Rechts, sich auf das Verfassungsrecht zu konzentrieren, bestätigt. Das hat sie dann geschickt unterlaufen, indem sie am Ende doch sagte, das sei eine politisch zu entscheidende Frage, weil die verfassungsrechtliche Determinationskraft doch nicht so weit reiche wie das bisweilen behauptet wird. Das finde ich zunächst einmal eine interessante Verknüpfung dieser beiden Referate, und in gewisser Weise ist das auch ein spannender Punkt für uns, weil es natürlich die Frage aufwirft, ob tatsächlich die idealtypische Skizze dieser drei Nationen ganz zutrifft. Da setzt meine Nachfrage an. Grundsätzlich leuchtet ein, dass das Politische in Großbritannien bedeutsamer ist als das Juristische, z.B. geht die Klage oder die Beschwerde des Bürgers eher an den Parlamentarier und nicht so sehr an das Verwaltungsgericht. Aber auch wenn man das als grundlegenden Unterschied zwischen Deutschland und Großbritannien ansieht, hege ich doch leichte Zweifel, ob ausgerechnet die Biomedizin dafür das beste Beispiel bietet oder ob man nicht umgekehrt sagen könnte, in Deutschland steht insoweit nicht nur die Grundgesetzorientierung im Vordergrund, sondern es gibt jedenfalls in der Vergangenheit mit Händen zu greifende Beispiele dafür, dass es eine Verfassungsvermeidungsstrategie gibt. Das würde ich gerne festmachen an zwei Beispielen: Das eine ist das bereits mehrfach angesprochene Embryonenschutzgesetz. Dieses basiert auf der Vorstellung, dass man gerade keine umfassende, verbindliche Festlegung zum Status des intra- oder extrakorporalen Embryos vornehmen wollte. Da wird

gewissermaßen kompromisshaft eine ausgesprochen starke, aber einfachgesetzliche Schutzkomponente eingeführt, die dazu führt, dass die dahinterstehende verfassungsrechtliche Frage letztlich ausgeblendet bleiben kann. Diejenigen, die einen starken Schutz haben wollen auf verfassungsrechtlicher Ebene, können im Prinzip zufrieden sein, und alle anderen sagen, es ist ja zumindest nicht verfassungsrechtlich gefordert. Das ist eher eine Politisierung einer verfassungsrechtlichen Frage, die dadurch unbeantwortet bleiben kann, meine ich. Und vielleicht noch deutlicher oder jedenfalls vergleichbar deutlich zeigt sich das an der Debatte um die Präimplantationsdiagnostik. Erneut geht es darum, dass nicht genau entschieden wird, sind diese Fragen verfassungsrechtlich zulässig und in welchen Grenzen, also unter anderem auch in welchen Konstellationen. Mit welchen Erbkrankheiten darf man das eigentlich machen? Stattdessen wird das Problem vom Gesetzgeber auf die Verordnungsebene verlagert. Der Punkt ließe sich vielleicht noch ein bisschen erweitern. So kann man die PID-Debatte im Rahmen der aktuellen Genom-Editierungsfragen als eine Art Normalisierungsstrategie erleben. Auch das ist ein Beispiel dafür, dass die Zuspitzung, zu sagen, am Ende entscheiden es die Deutschen über das Grundgesetz, über die Verfassung, vielleicht im Bereich der Biomedizin doch an bestimmten Stellen nicht zutrifft. Vielen Dank.

Ute Sacksofsky: Vielen Dank. Wir kommen damit zum Internationalen Recht und Rechtsvergleich.

Rudolf Streinz: Vielen Dank für die beiden Vorträge, die für mich natürlich allgemein interessant waren und insbesondere auch deshalb, weil ich im Rahmen eines Fachmentorats mit einer zivilrechtlichen Habilitationsschrift zum Thema „Theorie eines Elternschaftsrechts“ von *Philipp Reuß*, die eben bei Duncker & Humblot erschienen ist, beteiligt war. Und zwar dort eben wegen dieser verfassungsrechtlichen, völkerrechtlichen und europarechtlichen Bezüge und Implikationen, die damit verbunden sind und die von Herrn *Sydow* in These 3 und von Frau *Siehr* in der These 2 angesprochen wurden. Hier mit der Eltern-Kind-Zuordnung bei Mehrelternschaft und dem Recht des Kindes auf Kenntnis seiner Abstammung, Unterhaltsansprüchen und weiteren Problemen und insbesondere auch mit der doch dramatischen Schilderung des Falles der fehlenden Akzeptanz eines von einer Leihmutter im Ausland geborenen Kindes, weil dieses behindert war. Das wirft eine Reihe von Fragen auf. In These 3 stellt Herr *Sydow* natürlich zutreffend fest, dass das Recht der Reproduktionsmedizin kaum durch internationale Regelungen und europarechtliche Vorgaben geprägt ist. Warum ist dies so? Weil hier innerhalb der Mitgliedsstaaten des Europarats und auch innerhalb der Mitgliedsstaaten der Europäischen Union kein

Konsens besteht. Das ist aus meiner Sicht ein deutliches Beispiel für die Grenzen einer Wertegemeinschaft. Dass die Gesetzeslage angesichts der wissenschaftlichen Entwicklung seit 1990 Reformbedarf aufweist, sehe ich auch so. Auch angesichts mancher Ungereimtheiten. Vorhin ist PID angesprochen worden. Wenn man PID, PND und dann § 218 vergleicht, passt das irgendwie nicht zusammen. Und bei alledem muss man auch Nebenfolgen sehen, wenn man zum Beispiel PID betrachtet. Die Frage, die dann manchmal leider gestellt wird: Hätte man nicht die Behinderung eines Kindes verhindern können? Also die Nebenfolgen, die man hier auch mitberücksichtigen soll. Selbst wenn ein verfassungsrechtlicher Anspruch auf eine Fortentwicklung des Rechts hier nicht besteht, sollte man doch überlegen, ob das Recht von 1990 nicht doch der Reform bedarf und in welche Richtung es gehen soll. Das Problem ist, dass unterschiedliche Vorstellungen in den Mitgliedsstaaten der Europäischen Union und im Europarat bestehen und angesichts dessen die europäischen Gerichte, der Europäische Gerichtshof in Luxemburg und der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte in Straßburg, den Mitgliedsstaaten insofern relativ große Gestaltungsspielräume lassen. Wobei die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte auch etwas schwankend ist, auch mit entsprechenden Folgen. Meine Frage: Soll man, und wenn ja inwieweit, die eigene Rechtsordnung mit den eigenen Wertvorstellungen auch in den Fällen durchsetzen, in denen im Inland verbotene, im Ausland aber mögliche Formen der Fortpflanzungsmedizin genutzt wurden, und wie geht man dann mit den Folgen um? Ein Argument, das sicher richtig ist, ist das Wohl des Kindes. Aber die Frage ist: Kann man die eigene Rechtsordnung, wenn man viele Ausnahmen zulassen muss, aufrechterhalten? Und die andere Frage, und das hat Herr *Hufen* auch angesprochen: Wie steht es mit der Stellung der Leihmütter in solchen Fällen? Vielen Dank.

Franz Mayer: Auch von meiner Seite zunächst vielen Dank für diese beiden Vorträge, die – wie ich meine – doch belegen, dass wir auch am Freitagnachmittag noch Themen von größter Wichtigkeit verhandeln. Ich will zum Rechtsvergleich etwas nachfragen. Das richtet sich zunächst an Herrn *Sydow*, und zwar als Frage zum französischen Beispiel. Da ging es ja bei Ihnen zentral um diesen Bericht des Conseil d'État, der wohl von der Section du rapport et des études stammt. Das ist eine Art interner Thinktank. Ich war selbst eine Zeit lang als *Stagiaire* dort und ich meine mich erinnern zu können, dass diese Section intern weniger Gewicht hat als die Section du contentieux, der Sache nach das oberste Verwaltungsgericht. Sie hat auch nicht die gleiche Bedeutung wie die Sections consultatives, die die Regierung bei der eigentlichen Normsetzung eng beraten. Es könnte vielleicht sein, dass das im Vergleich der Sections geringere Gewicht der

Section du rapport et des études dadurch kompensiert wird, dass man besonders voluminöse Berichte verfasst. Wie dem auch sei: Sie hatten ja Sympathien sowohl für Ergebnis wie Methode. Zu dieser Methode eines regierungsinternen Thinktanks würde mich interessieren, wie Sie diese im Vergleich bewerten. Wir würden hierzulande doch eher eine Enquete-Kommission einsetzen. Meine Frage ist also, ob Ihnen bei der intensiveren Befassung mit diesem Rapport dieser Vergleich auch in den Sinn kam und Sie dazu den Mehrwert des französischen Ansatzes noch einmal begründen könnten?

Daneben habe ich eine kurze Nachfrage an Dich, *Angelika*, sie betrifft die rechtsvergleichende Sicht auf das Menschenwürdetheema, wobei die Menschenwürde nachfolgend noch gesondert Gegenstand der Diskussion sein soll. Stimmt es, dass unsere deutsche Menschenwürdekonzepktion sich im Rechtsvergleich doch als singulär darstellt? Das war zwar nicht Dein Thema, aber vielleicht kannst Du zu der vergleichenden Sicht trotzdem etwas ausführen. Wenn es so wäre, dass sich unsere deutsche Menschenwürdekonzepktion im Rechtsvergleich als singulär darstellte – wäre das nicht ein Problem? Es geht vorliegend doch offenkundig um ein Thema, das Grenzen überschreitet. Konkret: Paare, die einen Kinderwunsch haben, werden sich nicht von unterschiedlichen dogmatischen Konstruktionen der Menschenwürde aufhalten lassen und dann eben im Zweifel nach Spanien reisen oder nach Großbritannien. Dazu also die Nachfrage zu der rechtsvergleichenden Perspektive im Hinblick auf die Menschenwürdekonzepktion. Vielen Dank!

Ute Sacksofsky: Vielen Dank! Jetzt *Claus Dieter Classen*, der zum einen das Internationale beschließt und zum anderen den Block der Menschenwürde beginnt.

Claus Dieter Classen: Zunächst vielen Dank für alle instruktiven Überlegungen, gerade auch für den Rechtsvergleich. Im Grundsatz bin ich insoweit mit allem einverstanden, insbesondere was Frankreich anbetrifft. Natürlich ist der politische und verfassungsrechtliche Diskurs dort deutlich anders akzentuiert. Zur Menschenwürde, nur weil da gerade *Franz Mayer* nachgefragt hat, der Hinweis: In manchen Punkten wird dort gerade auch die Menschenwürde verfassungsrechtlich sehr stark fruchtbar gemacht. Das Zwergenwerfen wird als unzulässig angesehen, während eine vergleichbare Argumentation im Kontext der Prostitution, siehe die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, in Deutschland als problematisch angesehen wird. Trotzdem sei kritisch angemerkt: Erstens ist das dargestellte aufwendige Gesetzgebungsverfahren, das dort betrieben wurde, so glaube ich, relativ singulär. Normalerweise ist französische Gesetzgebung

im Gegenteil wesentlich weniger partizipativ angelegt als in Deutschland. Zweitens: Zu These 12 von Herrn *Sydow*, zum Laizismus: Aus vier Vertretern der Ethikkommission abzuleiten, dass man den Laizismus etwas kirchenfreundlicher versteht, erscheint mir zweifelhaft; ich wäre da ein bisschen vorsichtiger. Und drittens zu England nur ganz kurz die Bemerkung zu These 18: Ich habe das Gefühl, diese These trägt dem englischen Recht insofern nicht ganz Rechnung, weil es offenbar aus englischer Perspektive gar nicht um eine ethische Grundsatzfrage geht. Dann passt die These natürlich nicht oder ist jedenfalls missverständlich formuliert.

Der Rechtsvergleich war aber nicht nur deswegen wichtig, um ein anderes Rechts- und Verfassungsverständnis vorzuführen, sondern auch, *Franz Mayer* hat das schon angesprochen, weil es hier um einen Lebensbereich geht, bei dem sich, wer mit dem deutschen Recht unzufrieden ist, vergleichsweise leicht auch der Dienstleistungen im Ausland bedienen kann. Allein damit verbinden sich ja schon verschiedene Rechtsfragen, die auch vom EGMR verhandelt wurden. Es besteht dann ein dringender Regelungsbedarf, um etwa zu vermeiden, dass aus deutschen Restriktionen abgeleitet wird, man müsste diese auch international durchsetzen, hart formuliert, bestimmte Kinder durch staatliches Recht zu Waisen zu deklarieren, weil einfach die statusrechtlichen Regelungen nicht vernünftig zusammen passen.

Zur Menschenwürde, ich habe zum Glück noch ein bisschen Zeit, ganz kurz: Ich habe viel Sympathie dafür, bei der Menschenwürde mit Vorsicht zu argumentieren, Frau *Siehr*. Ich habe trotzdem Probleme mit dem Konsensargument. Die Menschenwürde steht nicht im Grundgesetz, um einen Konsens abzusichern. Dann könnte man es auch bleiben lassen. Auch war ich überrascht, weil Sie am Anfang sehr vorsichtig waren und dann bei den Gegenargumenten, sozusagen These 9 ff., gesagt haben, dass, wenn wir die Menschenwürde so weit verstehen, sich damit dann alle möglichen Konsequenzen verbinden. An dieser Stelle scheint mir zu viel in die Menschenwürde hineingepackt zu sein. Wir sind hier letztlich nicht im Bereich der Achtungspflicht, sondern der Schutzpflicht, wo dem Staat aus meiner Sicht auch im Bereich der Menschenwürde wesentlich mehr Spielräume zukommen als von Ihnen angenommen.

Letzte Bemerkung: Die Fokussierung auf den Rechtsstatus des Embryos scheint mir in manchen Punkten ebenfalls diskussionsbedürftig. Wenn es etwa um die Frage der Leihmutterschaft geht, stellen sich ganz andere Fragen. Daher muss man da wohl doch breiter diskutieren. Vielen Dank!

Christian Hillgruber: Frau *Siehr*, Sie haben in Ihrem Referat in These 6a den Schutz des autonomen Subjekts zum Kern der Menschenwürdegarantie erklärt. Es ist nun in der Tat unübersehbar, dass die Gleichsetzung von

Menschenwürde und Autonomie den Verfassungsdiskurs jedenfalls gegenwärtig dominiert. Diese Sichtweise erscheint wohl auch vielen schon deshalb plausibel, weil wir eben vom Selbstbestimmungsparadigma bestimmt sind und daher dies dem modernen Menschen angemessene Würderverständnis zu sein scheint. Aber was mehrheitlich, vielleicht sogar überwiegend, vertreten wird, was vielleicht auch prima facie eine gewisse Plausibilität hat, muss nicht richtig sein. Ich will aus meiner Sicht gleich mehrere Einwände gegen diese Sichtweise formulieren. Erstens: Die freie, selbstbestimmt tätige Persönlichkeitsentfaltung ist unter dem Grundgesetz geschützt. Sie ist auch um der Menschenwürde willen geschützt, aber sie ist nicht Thema des ersten, sondern vorbehaltlich besonderer, Selbstbestimmung verbürgender Freiheitsgarantien, Thema des zweiten Artikels des Grundgesetzes und zwar dessen Absatz 1, also des allgemeinen Freiheitsrechts. Art. 1 Abs. 1 wiederholt nicht einfach dieses Schutzversprechen, geschweige denn, dass diese Vorschrift die Absicht hätte, Autonomiegewähr zu verabsolutieren, indem sie die individuelle Selbstbestimmung für unantastbar, also uneinschränkbar, erklärt.

Wichtiger aber ist mir noch ein zweiter Einwand: Wer Selbstbestimmungsfähigkeit, wer Autonomie als den entscheidenden Faktor betrachtet, der Menschenwürde konstituiert, der kann nicht widerspruchsfrei Menschen als würdebegabt erfassen, die über diese Eigenschaft nicht, noch nicht oder nicht mehr verfügen, verfolgt also, ob gewollt oder ungewollt, mit innerer Logik ein Konzept, das exkludiert. Und genau dies geschieht ja auch in Ihrer Argumentation, Frau *Siehr*, mit dem extrakorporalen Embryo. Auch wenn Sie diese Rechtsfolge dadurch abmildern wollen, dass Sie eine – allerdings doch recht vage bleibende – objektiv-rechtliche Vorwirkung der Menschenwürdegarantie zugunsten dieses Embryos anerkennen. Eine Sichtweise, der zufolge Würde nicht allen Menschen zugesprochen werden kann, sondern in ihrer Anwendbarkeit auf selbstbestimmungsfähige Personen beschränkt bleibt, widerspricht aber nach meiner festen Überzeugung dem Schutzzweck der Vorschrift des Art. 1 Abs. 1. Jene Vorschrift wollte als Reaktion auf die Erfahrungen der nationalsozialistischen Gewalt- und Willkürherrschaft gerade einen rechtlichen Schutz dagegen bieten, dass einzelne Menschen oder Gruppen von Menschen noch einmal aus der Rechtsgemeinschaft herausdefiniert werden. Die Würde des Menschen, von der Art. 1 Abs. 1 spricht, ist die Würde ausnahmslos jeden Menschen als Gattungswesen. So hat es auch unmissverständlich das Bundesverfassungsgericht ausgesprochen. Oder, um es mit *Wolfram Höfling* zu sagen: Es gibt unter dem Grundgesetz keine Menschen, die defizitäre Unpersonen – oder vielleicht bei Ihnen, Frau *Siehr*, dann defizitäre Halbpersonen – wären. Wenn das aber so ist, dann kann die allen Menschen eigene, gleiche Würde unmöglich jene Freiheits- und Selbstbestimmungsfähigkeit meinen, die

einigen offensichtlich fehlt. Die Würde des Menschseins liegt daher meines Erachtens, um eine Formulierung des Verfassungsgerichts aus dem zweiten Schwangerschaftsabbruchsurteil aufzugreifen, „auch für das ungeborene menschliche Leben im Dasein um seiner selbst willen“. Dieses „auch“ in diesem Satz ist bisher nicht hinreichend beachtet worden. Es bedeutet nicht weniger, als dass das Bundesverfassungsgericht die zu achtende und schützende Würde des Menschen allgemein im Dasein um seiner selbst willen erblickt. Und deshalb stimme ich *Ernst Benda* zu, der einmal festgestellt hat, es sei doch wohl weniger die dem Menschen eigene Fähigkeit zu eigenverantwortlicher, sittlicher Entscheidung, als vielmehr gerade seine Unvollkommenheit und Unzulänglichkeit und eine daraus folgende Verletzlichkeit, die Art. 1 Abs. 1 mit seinem Schutzversprechen beantworten will. Und deshalb fordert, damit komme ich zum Schluss, Art. 1 Abs. 1 GG nicht Autonomie, sondern Integritäts- und Identitätsschutz, auch für den extrakorporalen Embryo. Sein fundamentaler verfassungsrechtlicher Status schließt den Erlass eines umfassenden Fortpflanzungsmedizingesetzes keineswegs aus, verbietet es aber, dabei über ihn durch demokratische Mehrheitsentscheidung schlicht und einfach zu verfügen. Vielen Dank!

Franz Reimer: In meinen Augen waren die beiden Referate großartig in ihrer Komplementarität und überzeugend in einer zentralen Gemeinsamkeit, nämlich dem Plädoyer für eine Dekonstitutionalisierung und Reparaturarisierung. Meine Rückfrage ist demgegenüber eher punktueller Natur, sie betrifft den eben von Herrn *Hillgruber* zitierten Satz. Ich mag sie vielleicht so formulieren: Welcher Autonomiebegriff liegt der These vom Kern des Menschenwürdesatzes als Schutz des autonomen Subjekts zugrunde? Mir wäre es nicht intuitiv einleuchtend, hier einen gehaltvollen Autonomiebegriff am Werk zu sehen. Ein Subjekt mit Selbstgesetzgebung braucht, pointiert gesagt, diesen Schutz nicht. Anders gesagt, der Schutz wird immer dringender, je weniger autonom in diesem Sinne das Subjekt ist. Daher lautet meine Rückfrage: Welcher Autonomiebegriff liegt hier zugrunde? Vielen Dank!

Josef Isensee: Ich bringe keine neuen Argumente, aber ich bin der Meinung, dass, wenn diese Diskussion vor 50 Jahren in der Staatsrechtslehrervereinigung stattgefunden hätte, es wären dieselben Argumente gekommen. Wenn ich von ein paar jüngsten technischen, medizintechnischen Entwicklungen absehe, so kehrt hier ein uraltes Thema wieder auf die Tagesordnung zurück. Es besteht eine gewisse Sympathie für das britische Demokratiemodell, aber Frau *Siehr* führt doch selektiv die deutsche Neigung zum Konstitutionalisieren wieder ein. Und hier nur ein paar Argumente: Ein Einwand gegen eine demokratische Lösung des Embryonenschutzes, die

es derzeit gibt, besteht seit jeher darin, dass verschiedene Rechtsordnungen verschiedene Lösungen anbieten. Das ist überhaupt kein Argument gegen das geltende deutsche Recht, denn jedes Land ist souverän, seine Rechtsordnung zu gestalten, und auch darin souverän, ob sie Sanktionen trifft, wenn ein Staatsangehöriger sich ins Ausland begibt, um das dort geltende, seinen Interessen günstigere Recht auszunutzen. Der Umstand, dass ausländische Rechtsordnungen andere Lösungen bieten, ist kein Einwand gegen die eigene Rechtsordnung. Andernfalls stellte er die ganze völkerrechtliche Ordnung praktisch in Frage, mit ihm das Pluriversum der Staaten. Das Argument können wir, glaube ich, dem Papierkorb der Rechtsdogmatik überantworten.

Zum Thema Menschenwürde: Ich bin erstaunt, wie man zögert, die Menschenwürde dem ungeborenen Menschen zuzusprechen, aber auf der anderen Seite aus dem Zylinderhut der Menschenwürde, wie das heute üblich ist, herausholt ein Recht der Frau auf Geburt, jedenfalls auf Empfängnis eines Kindes, oder auf pränatale Beseitigung genetischer Defizite. Das ist meines Erachtens eine völlige Überforderung. Die Menschenwürde ist die höchste Norm der staatlichen Rechtsordnung und der Grund aller Grundrechte. Aber die konkreten Berechtigungen kommen aus den in der Sprache des Art. 1 Abs. 3 GG nachfolgenden Grundrechten. Rechte dieser Art mögen aus der allgemeinen Handlungsfreiheit abgeleitet werden. Diese ist in einem hohen Maße einschränkungsfähig. Dass im Übrigen Zurückhaltung bei der Berufung auf die Menschenwürde angezeigt ist, ergibt sich schon daraus, dass sie als unabwägbar und unbeschränkbar gilt. Das Unabwägbare und Unbeschränkbare kann nicht unmittelbar Konflikte lösen, wenn beide Seiten sich auf die Menschenwürde berufen. Lösbar ist der Konflikt nur auf der Ebene der nachfolgenden Grundrechte. Die Menschenwürde ist die Idee, die aller Lösung vorausgeht – noch einmal: der Grund der Grundrechte. Als weiteres stellt sich die Frage, ob der gesellschaftliche Konsens in einer sozialetischen Frage für die Auslegung der Menschenwürde erheblich ist und ob ein Wandel des Konsenses auch den Wandel der Auslegung nach sich zieht. Der Satz am Anfang des Grundgesetzes ist präskriptiv. Er will das staatliche Leben leiten, und er erwartet, dass sich die Gesellschaft in seinem Sinne einigt. Aber er ist nicht deskriptiv darin, dass er seinerseits all das abbildet, über das sich die Gesellschaft in der jeweiligen Frage einig ist. Was nicht inhaltlich von Verfassungen wegen vorgegeben ist, unterliegt der demokratischen Entscheidung.

Kurz zum Thema Autonomie: Autonomie gründet in der Würde des Menschen. Aber die Würde liegt der Autonomie voraus. Die Würde kann dem menschlichen Embryo nicht deshalb vorenthalten werden, weil er noch nicht zur Selbstbestimmung fähig ist. Warum sollen Menschenwürde wie auch Lebensschutz erst mit dem Abschluss der Geburt, analog zur

Rechtsfähigkeit des BGB, einsetzen? Die Autonomie bildet kein Kriterium. Denn der Säugling besitzt keine Autonomie. Auch nicht der Demente. Auch nicht der Embryo. Es ist nicht zufällig, dass jener Philosoph, auf den, allen philosophischen und sonstigen Neutralitätsbekundungen zum Trotz, sich heute gern jeder beruft, *Kant*, sich weigert, den Embryo als ein Gemächsel der Eltern zu behandeln, also mithin als ein den Eltern verfügbares Produkt ihrer Willkür. Diese Erkenntnis, so meine ich, könnte einiges helfen in dieser heiklen Debatte.

Ute Sacksofsky: Ich darf noch einmal daran erinnern: Zwischenrufe sind zulässig.

Jochen Frowein: Nachdem Sie das ja auch heute nochmal wiederholt haben, mache ich gerne einen kurzen Zwischenruf und weise darauf hin, dass Frau *Siehr* – meines Erachtens sehr mit Recht – in den Thesen 11 und 12 nicht von einer unmittelbaren Anwendung der Menschenwürdegarantie für den extrakorporalen Embryo ausgeht, sondern von einer Vorwirkung und dann in Leitsatz 12 von einem Respekt- und Achtungsgebot. Ich würde gerne nach diesem nochmal fragen, denn da heißt es: Das umfasst auch das potentielle Lebensinteresse des extrakorporalen Embryos. Ich meine mich zu erinnern, dass es Entscheidungen nationaler und internationaler Gerichte gibt, die schwerlich mit dieser These vereinbar sind.

Ute Sacksofsky: Jetzt gibt es noch einen Zwischenruf.

Heiko Sauer: Ich versuche mich kurz zu fassen. Ich möchte eine Bemerkung zu Herrn *Isensee* machen und zwar zu dem, was ich vielleicht „Rechtswahl“ nenne. Es ist natürlich völkerrechtlich richtig, dass die Bundesrepublik Deutschland das Recht hat, ihre abweichende Rechtsvorstellung gegenüber anderen Rechtsordnungen durchzusetzen. Das Problem, das wir damit haben, verschwindet dadurch aber nicht und ich glaube, dass die Beweglichkeit über Grenzen im Bereich der Fortpflanzungsmedizin qualitativ und quantitativ ein sehr erhebliches Problem ist; und ich glaube, dass die deutsche Rechtsordnung sich zu diesem Problem auf eine differenziertere Weise verhalten kann als einfach auf ihren Standard zu beharren. Danke!

Martin Nettesheim: Herr *Isensee* sagte, die Diskussion wäre vor 50 Jahren identisch geführt worden. Ich habe, lieber Herr *Isensee*, Zweifel. Es fällt doch auf, dass sowohl die beiden Vortragenden, vor allem Frau *Siehr*, als auch dann die sich in der nachfolgenden Diskussion beteiligenden Kolleginnen und Kollegen nicht den Versuch unternommen haben, Art. 1 irgend-

wie noch als eine Scharniernorm zu begreifen, die die grundgesetzliche Ordnung und ihren Menschenwürde-Kern, dieses Letzte, was daran vorgegeben ist, in eine überpositive Ordnung zu verankern versucht haben. Und umgekehrt wurde auch nicht versucht, aus einer über diese Verankerungs- und Scharniernorm erschlossenen vorpositiven Ordnung wiederum Rückschluss auf unser heutiges Thema zu ziehen. Wir sind also sozusagen in eine vollkommen positivistische Diskussion des Art. 1 Abs. 1 GG übergegangen. Was aber bedeutet der Schutz der Menschenwürde dann noch? Herr *Hillgruber*, so sehr ich Ihnen bei bestimmten Bedenken zustimme: Was bedeutet das dann eigentlich, wenn wir etwas als „um seiner selbst willen“ behandeln müssen? Die Hoffnung, auch in der neuen Lage noch einen Höchst- und Eigenwert zu erschließen, aus dem heraus wir dann Regeln über die Behandlung des Menschen ableiten können, mag groß sein – und die Sehnsucht danach, dass wir dies erschließen können, drängend. Aber ich befürchte, wir würden wiederum nur in metaphysisch angehauchte Unklarheiten stoßen. Insofern erscheint mir der methodische Grundansatz zwingend, der die Referentin und den Referenten verbunden hat, wenn auch einmal eher implizit und das andere Mal offensiv und dogmatisch: dass Art. 1 als eine Norm zu begreifen ist, deren Funktion in der Begrenzung des politischen Prozesses liegt und die daher auch von dort her rekonstruiert werden muss. Als eine Norm also, die letztlich aus der Binnenperspektive eines demokratischen Systems heraus zu begreifen ist. Dann ist es nicht unbedingt zwingend, das klang schon an, diese zentrale Verfassungsbestimmung als Vorschrift zu begreifen, die der Positivierung eines Grundkonsenses dient. Hier droht wieder ein Rückfall in überkommene Anker- und Einheitskonzeptionen. Dafür besteht gerade kein Anlass. Es besteht meines Erachtens aber umgekehrt dann auch kein Anlass, zu glauben, dass wir Art. 1 GG eine Bedeutung zuschreiben können, die in irgendeiner Weise ethisch neutral wäre. Natürlich geht es dieser Bestimmung um die Sicherung einer Lebensform, die wir für so unverzichtbar ansehen, dass wir sie auch einer Supermajorität entziehen wollen (Art. 79 Abs. 3 GG). Diese Formulierung darf natürlich nur in, sozusagen, „distance“ zu konkreten und tatsächlich dichten ethischen Vorstellungen vom guten Leben formuliert werden. Sie dürfen nicht diskriminierend sein, sie müssen Raum für Vielfalt, individuelle Freiheit und Verwirklichung von Selbstbestimmung ermöglichen, ich könnte hier weiter ausholen. Aber die Vorstellung, dass wir Art. 1 wirklich neutral interpretieren könnten, universalistisch, so, dass die Auslegung der Bestimmung als Plan für die ganze Menschheit dienen könnte, halte ich für grundsätzlich irrig. Insofern, *Franz Mayer*, natürlich gehen wir da einen Sonderweg, aber das wäre für mich zunächst mal kein Gegenargument. Natürlich sollten wir den Blick auf das Verständnis unserer (europäischen) Nachbarn nicht verschließen; aber das führt nicht zu einem Gleichklang.

Was bedeutet das nun, liebe Kolleginnen und Kollegen, wenn Art. 1 Abs. 1 GG als eine Bestimmung verstanden wird, die aus dem politischen Prozess heraus als eine letzte Grenznorm zu verstehen ist? Es bleibt meines Erachtens nur das, was wir eben in der Diskussion beobachten konnten. Schutzgut von Art. 1 Abs. 1 GG kann in der politischen Ordnung des Grundgesetzes nur das Leben des Menschen als autonomes Subjekt sein; die selbstbestimmte Lebensführung ist dann jener Wert, den wir (gerade aufgrund der politischen Subjektivität des Menschen) als so bedeutsam ansehen, dass sie unbedingt zu schützen ist. Und zwar nicht in der Form eines vernunftrechtlichen Subjekts à la *Kant*, das seine moralische Bestimmung in dem vernünftigen Leben findet. Es kann lediglich um eine politisch-autonome Selbstbestimmung gehen, in der sich ein gehaltvoller, eben selbstbestimmter Gebrauch der Autonomie ausdrückt. In Abgrenzung zu den speziellen Freiheits- und Gleichheitsrechten könnte es (systematisch) bei Art. 1 GG nur um die Grundlagen des Gebrauchs der Autonomie gehen – andernfalls würde das ausdifferenzierte System von Art. 19–20 GG kollabieren.

Das heute verhandelte Thema wirft damit zunächst und vor allem die Frage auf, ob wir uns Entwicklungen gegenüber gestellt sehen, die unsere Stellung als politisches Subjekt angreifen. Wenn wir sehen, dass im Rahmen der Fortpflanzungs- und der Biowissenschaften Eingriffe, Zugriffe und Formungen möglich werden, die sich einschneidend darauf auswirken, wie wir uns als einzigartige und selbstbestimmte Wesen begreifen, erscheint die Einleitung eines Selbstverständigungsprozesses drängend. Menschenwürde ist eine Zuschreibung – und wir können und müssen darauf bestehen, die darin liegende Entscheidungsfreiheit verantwortlich wahrzunehmen. Einfache Antworten sind nicht ersichtlich; und die Wertungen, vor denen wir diskutieren, sind im Fluss. Um ein Beispiel aufzunehmen: Würden wir es als Ausdruck unserer Autonomie ansehen, wenn wir bestimmte Krankheiten durch genetischen Eingriff schlicht ausrotten? Würde ein derartiger Schritt wirklich unser Selbstverständnis als politisch autonomes Subjekt beeinträchtigen? Wohl eher nicht. Jedenfalls wurde vor ein paar Monaten anlässlich der Veranstaltung des zehnjährigen Bestehens des Deutschen Ethikrats zugestanden, dass die Ausrottung von Krankheiten kein (gattungs-)ethisch verwerflicher Schritt sein kann. Wie ist es aber dann, Frau Vorsitzende, ich komme zum Schluss, wenn wir anfangen zu optimieren und dabei zugehen müssen, wenn zwischen Krankheit und Optimierung eine doch sehr flüssige Grenzziehung liegt. Niemand komme in dieser Situation mit der Idee einer Gattungswürde – das Konzept scheint mir schon in der Grundanlage entweder rein bewahrend angelegt zu sein oder nur das normativ zu verfassen, was man subjektiv als schützenswerte Eigenschaften des Menschen ansehen will. Vielen Dank.

Joachim Lege: Vielen Dank. Zur Würde lässt sich viel sagen, und ich will den Rahmen sogar noch weiter ziehen. Das Thema lautet ja: Regelungsauftrag für die Fortpflanzungsmedizin. Mich würde interessieren, Frage an beide Referenten, wie halten Sie es mit dem Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung? Es hat da ja vor einiger Zeit diese Entscheidung des BGH zur anonymen Samenspende gegeben, die dazu geführt hat, dass, sagen wir es etwas überspitzt, nachträglich die Spielregeln geändert wurden und jetzt Mediziner verpflichtet wurden, Daten preiszugeben, die sie vorher geheim halten konnten. Also, wie halten Sie es mit der anonymen Samenspende? Könnte zum Beispiel der Gesetzgeber den BGH korrigieren und sie ermöglichen? Ich glaube, Art. 1 wird nicht so ganz unmittelbar eine Bremse sein, denn es ist ja „nur“ das allgemeine Persönlichkeitsrecht, das für das Recht auf Kenntnis der Abstammung streitet, also Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1. Aber man weiß ja nie, wie weit man mit Art. 1 kommt.

Angelika Siehr: Liebe Kolleginnen und Kollegen, es war sicherlich nicht zu erwarten, dass wir bei dieser Diskussion, die bislang so kontrovers verlaufen ist, jetzt zu einem Konsens kommen würden. Das habe ich auch nicht erwartet, zumal ich mich genau an den Punkt begeben habe, an dem diese ganze Diskussion sich zuspitzt, aber nach meiner Beobachtung eben auch die Gesetzgebung blockiert. Wir haben am Mittwoch beim Abendempfang ja gehört, dass es zu den satzungsmäßigen Aufgaben der Vereinigung gehört, Gesetzgebungsvorhaben zu klären. Ich finde den Begriff der „Klärung“ nicht ganz realistisch. Wie man auch hier gesehen hat, gibt es eine große Meinungsvielfalt und die gehört auch zu einer Aussprache in der Staatsrechtslehrervereinigung. Aber vielleicht haben wir trotzdem in dem Sinne etwas erreicht, dass das Gesetzgebungsvorhaben nun auf den Weg gebracht wird.

Allerdings warf ein Beitrag unter Verweis auf das Abtreibungsrecht auch die Frage auf, ob die Fortpflanzungsmedizin überhaupt reguliert werden müsse. An diesem Punkt würde ich eine Differenzierung vornehmen: In der Tat handelt es sich sowohl bei der Fortpflanzungsmedizin als auch bei der Abtreibungsfrage um einen typischen Wertekonflikt. Es gibt aber einen gravierenden Unterschied: Bei der Abtreibungsfrage haben wir nicht gleichzeitig die Konstellation eines rasanten medizinischen Fortschritts, der dazu führt, dass das Recht hoffnungslos veraltet ist. In einer solchen Situation kann man sich fragen, ob man diese Wertekonflikte, die man jetzt auch nicht besser regeln kann, nicht lieber ruhen lassen sollte. Eine Neuregelung des Abtreibungsrechts würde ich also ganz anders beurteilen als die Frage der Regulierung der Fortpflanzungsmedizin. Die Fortpflanzungsmedizin ist aus meiner Sicht wirklich dringend regelungsbedürftig, zumal es tatsächlich so ist, dass mit der gegenwärtigen Rechtslage vermeidbare

Risiken für Mutter und Kind verbunden sind und uns – wie es *Jens Kersten* im Begleitaufsatz zu diesem Tagungsthema ausdrückt – durch neuere Entwicklungen, die sich auf diesem Feld vollzogen haben, auch schlicht der Rechtsbegriff des „Embryos“ abhandengekommen ist. Ich hatte die Gründe genannt: So ist der Begriff der Totipotenz beispielsweise heute kein vernünftiges Abgrenzungskriterium mehr. Daher meine ich, dass diese Dinge tatsächlich dringend neu geregelt werden müssen. Vielleicht können wir dazu einen Beitrag leisten.

Ich werde mich im Folgenden auf zwei Fragenkomplexe konzentrieren, nehme aber natürlich auch darüber hinaus viele Denkanstöße für mich mit. Der erste Fragenkomplex kreist um meine These, dass man die Menschenwürdenorm „sparsamer“ auslegen sollte. Ich habe sie im Wesentlichen damit begründet, dass es sich bei der Menschenwürdegarantie des Art. 1 Abs. 1 GG um unsere Staatsfundamentalnorm handelt. Das heißt, wir gründen unser Gemeinwesen auf diese Norm. Hier bin ich nach wie vor der Meinung, dass wir einen Grundkonsens über ihren rechtlichen Gehalt brauchen, der allerdings schmaler ausfällt, als manche meinen. Die Notwendigkeit eines Grundkonsenses heißt aber nicht, dass sich über diese Norm keine Grenzen ergeben. Das Gegenteil ist richtig: Erst auf dieser Basis kann der absolute Schutz aus der Menschenwürdenorm greifen. Ich hatte stichwortartig die Fallgruppen erwähnt, in denen wir in Anwendung der Objektformel eine Menschenwürdeverletzung bejahen. Aber wovor ich die Menschenwürdenorm gern bewahren würde, ist ihre partikulare Vereinnahmung. *Gernot Sydow* hatte ja deutlich gemacht, dass wir in Deutschland, gerade auch im Vergleich zu Frankreich, sehr stark von der Verfassung her argumentieren und dass dies zu eher statischem Gesetzesrecht führt. Aber wenn die Argumentation sich bei uns auch noch ganz auf Art. 1 Abs. 1 konzentriert, dann haben wir über Art. 79 Abs. 3 nicht nur statisches Recht, sondern sogar eine Petrifizierung und das ist problematisch. Dies war der erste Punkt.

Der zweite Punkt bezieht sich auf die Frage, welche Konsequenzen das für die Fortpflanzungsmedizin und speziell für den Rechtsstatus des Embryos hat. Mein eigenes Konzept folgt insoweit aus einer Frage, die bislang vielleicht so deutlich noch nicht gestellt wurde: Es geht um die Frage, ob Art. 1 Abs. 1 GG den extrakorporalen Embryo eigentlich in genau der gleichen Weise schützen kann wie den geborenen Menschen. Diese Frage habe ich verneint. Rechtsnormen greifen ja immer auch auf die Lebenswirklichkeit zu. Es ist grundsätzlich so, dass die Grundrechtsfähigkeit mit der Geburt beginnt. Grundsätzlich. Wir kennen gewisse Vor- und Nachwirkungen des Grundrechtsschutzes, die das Bundesverfassungsgericht anerkannt hat. Der Umstand, dass die Grundrechtsfähigkeit im Grundsatz mit der Geburt beginnt, indiziert aber, dass es eventuell *vor* diesem Zeitpunkt Dif-

ferenzierungen geben könnte. *Nach* diesem Zeitpunkt kann es ganz gewiss keine Differenzierung geben! Da bin ich ganz bei den Redebeiträgen, die in diese Richtung gingen: Selbstverständlich gilt die Menschenwürde für *alle* Menschen in gleicher Weise, denn der Gedanke der rechtlichen Gleichheit aller Menschen ist der Menschenwürde inhärent. Und das bedeutet, dass wir zwar von „dem Menschen“ – im Singular – als vernunftbegabtem Subjekt ausgehen, dass wir aber nicht im Einzelfall verlangen, dass der jeweilige Mensch im Vollbesitz seiner kognitiven Fähigkeiten ist. Denn wenn man sich die Menschenwürdenorm im historischen Kontext ihrer Entstehung ansieht, so wollten wir in Reaktion auf die Gräueltaten des Dritten Reichs Verbrechen wie die Vernichtung sog. „lebensunwerten Lebens“ doch für die Zukunft unmöglich machen. Es sind gerade die Schwächsten, die auf den Würdeschutz in besonderer Weise angewiesen sind. Und selbstverständlich wollen wir diese Menschen nicht exkludieren, sondern über die Menschenwürdenorm schützen; nur so kann man diese Norm verstehen.

Das bedeutet aber nicht, dass man nicht differenzieren könnte, wenn es um das vorgeburtliche Leben geht. Die mit der Menschenwürdegarantie verbundene Vorstellung ist eben, dass wir das autonome Subjekt, die Subjektstellung des Menschen schützen. Wenn wir uns fragen, ob wir in der Petrischale ein solches autonomes Subjekt sehen, so müssen wir dies verneinen. Die Situation erinnert an das Märchen von des Kaisers neuen Kleidern: Man möchte etwas sehen, aber man sieht es nicht. Man sieht in der Petrischale stattdessen im Vier-Zell-Stadium vier Bälle, im Acht-Zell-Stadium acht. Das ist nicht das, was wir uns unter dem „autonomen Subjekt“ vorstellen.

Aber das bedeutet ja nicht, dass dieses menschliche Leben deshalb schutzlos wäre. Es war gerade mein Anliegen, zwischen den beiden Extrempositionen, die bislang vertreten worden sind, eine Brücke zu schlagen: Nach der einen Ansicht hat der Embryo vollen Menschenwürdeschutz und es gilt die Objektformel. Dann können wir aber die ganze Fortpflanzungsmedizingesetzgebung vergessen bzw. müssten die Fortpflanzungsmedizin einstellen, denn der Embryo ist hier permanent Objekt. Wir müssten die Spirale genauso verbieten wie die „Pille danach“. Abtreibungen dürfte es unter gar keinen Voraussetzungen geben, noch nicht einmal dann, wenn im Einzelfall das Leben der Mutter bedroht sein sollte, da auch eine Abwägung von Leben gegen Leben noch problematisch wäre. Wenn man nicht davon ausgeht, dass wir uns ständig menschenwürdedwidrig verhalten, muss man sich vielleicht überlegen, ob es noch eine andere Sichtweise gibt.

Ausgangspunkt aller Überlegungen war für mich die Frage, wie man einen Schutz erreichen kann, der die schlichte Instrumentalisierung des werdenden Lebens verhindert, der aber nicht von der Fiktion ausgeht, dass wir es dort schon mit einem autonomen Subjekt zu tun haben,

sodass auch die Objektformel greifen muss. Mein eigener Lösungsansatz ist das Respekt- und Achtungsgebot aus Art. 1 Abs. 1 GG. Dabei handelt es sich um ein Prinzip, das der Gesetzgeber im Blick auf einzelne Fragestellungen näher konkretisieren und mit den Grundrechten Anderer in Ausgleich bringen muss. Zu diesen Grundrechten zählt aber nicht das Recht der Mutter auf Empfängnis; ein solches Recht wird auch nicht diskutiert. Diskutiert wird die Fortpflanzungsfreiheit der Eltern, die aus unterschiedlichen Grundrechtsartikeln abgeleitet wird. Die einen leiten es aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht ab, also aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1. Andere sehen es in einer Verbindung mit dem Recht, eine Familie zu gründen, bemühen also auch Art. 6. Andere Grundrechte, wie die Forschungsfreiheit, sind gleichfalls einzubeziehen. Auch das Recht des Kindes auf Kenntnis seiner Abstammung ist bei einer gesetzlichen Regulierung der Fortpflanzungsmedizin zu berücksichtigen. Was mir aber wichtig ist: Neben diesen Fragen, bei denen der Gesetzgeber Gestaltungsspielräume hat, habe ich auch Fallgruppen im Sinn, die ebenfalls letzte Grenzen bilden. Genannt hatte ich das Beispiel eines Eugenik-Gesetzes. Es sind nur wenige Fallgruppen, in denen der Embryo aus Art. 1 Abs. 1 GG absolut geschützt ist. Aber letztlich ist es beim Schutz der Menschenwürde über die Objektformel ja auch so, dass wir nur wenige Fallgruppen, wie etwa das Folterverbot, haben und aus meiner Sicht auch zu Recht davor gewarnt wird, die Menschenwürde inflationär zu gebrauchen.

Es war auch auf *Kant* hingewiesen worden. Ich meine mich zu erinnern, dass er in § 28 der Metaphysik der Sitten – aber es kann auch eine andere Stelle sein – in der Tat auf das ungeborene Kind eingeht. Natürlich konnte er noch nichts von Fortpflanzungsmedizin wissen. Aber abgesehen davon bin ich auch der Ansicht, dass diese Stelle nicht so richtig passt, weil es um die Unterhaltspflicht der Eltern gegenüber dem Kind geht und in dem Zusammenhang auf den Zeugungsakt abgestellt wird. Ganz unabhängig davon ist mir jedoch der Punkt wichtig, dass ich durchaus versucht habe, einen Schutz des extrakorporalen Embryos zu konstruieren und damit sowohl der Position, nach der ein voller Schutz durch die Objektformel gegeben sein soll, als auch der Gegenposition, die den Schutz aus Art. 1 Abs. 1 GG verneint und Schutzansprüche allenfalls auf der Ebene der moralischen Gebote gelten lassen will, eine Absage erteile. Stattdessen versuche ich, hier zu einem dem *besonderen Potential des Embryos* Rechnung tragenden verfassungsrechtlichen Schutz aus Art. 1 Abs. 1 GG zu kommen. Vielen Dank!

Gernot Sydow: In der Pause hatte ich Gelegenheit, Herrn *Fromont* zu fragen, ob ich denn die französische Sicht richtig getroffen hätte. Er sagte mir: „peut-être un peu trop optimiste“ – vielleicht ein wenig zu optimistisch. Es

mag sein, dass ich für Deutschland *peut-être un peu trop pessimiste*, vielleicht ein wenig zu pessimistisch war. Das bezieht sich auf das, was Herr *Augsberg* angemerkt hat. Natürlich ist nicht die gesamte deutsche Diskussion eine reine Verfassungsdiskussion. Es ergänzt das Bild, dass wir durchaus Bereiche haben, in denen wir Verfassungsvermeidungsstrategien verfolgen und anders diskutieren. Aber im Versuch zu kontrastieren, wie die drei Rechtsordnungen funktionieren und was dominante Unterschiede sind, möchte ich daran festhalten, dass wir in Deutschland intensiv dazu neigen, verfassungsrechtlich zu argumentieren, und unterschiedliche Argumente auch in verfassungsrechtliche Argumente übersetzen. Niemand spricht von der Gottesebenbildlichkeit des Menschen aus einer theologischen Perspektive. Das theologische Konzept wird übersetzt in eine Kategorie der Verfassung, in den Begriff der Würde, und ist dadurch anschlussfähig. Darin liegt in der Tat eine Stärke der deutschen Debatte im Anschluss an das, was Herr *Huster* gesagt hat, einer Debatte, die wir ganz dominant als verfassungsrechtliche Debatte führen. Das hat den Vorteil, dass wir sie aus der Unlösbarkeitsfalle herausführen, in der unteilbare Konflikte sehr schnell verharren. Insofern bietet es einen Vorteil, dass wir verfassungsrechtlich argumentieren, weil es dann eine gemeinsame Sprache und gemeinsame Kategorien gibt, über die eine Verständigung möglich ist. Zum Plädoyer von Herrn *Huster*, Entscheidungen auch einmal in Ruhe zu belassen, möchte ich nur sagen: Das ist in erster Linie eine Frage der Revisionsrhythmen. Niemand plädiert dafür, ein einmal geregeltes Problem jedes Jahr wieder aufzumachen. Das ist eine Frage des Zeitabstandes.

Zur Frage von Herrn *Mayer*, was denn eigentlich der Nutzen eines Dokumentes des Conseil d'État sei, wenn die Sektion, die es erstattet hat, im internen Ranking nicht hoch stehe: Was nutzt das Ganze? Ich glaube, der wesentliche Vorteil des Partizipationsprozesses, den wir in Frankreich jetzt erlebt haben, ist, dass die Argumente aufbereitet sind. Sie sind in einer Weise aufbereitet, der ein sehr ernsthaftes Bemühen zu Grunde liegt, die jeweils unterschiedlichen Positionen aufzuzeigen. Der Conseil d'État verfährt in seinem Gutachten keine eigene Position. Er referiert schlicht die Position für eine Gesetzesrevision mit ihren Argumenten und Blindstellen und ebenso die Gegenposition. Der Conseil d'État flaggt in seinem Abschlussgutachten aus, wo Konsens besteht und wo es keinen Konsens gibt. Damit sind die Argumente in einer Weise aufbereitet für das parlamentarische Verfahren, wie man sie sonst nicht als Beratungsgrundlage hätte. Das ist eine ganz wesentliche und zentrale Voraussetzung dafür, dass ein parlamentarisches Verfahren im Anschluss gelingen kann. Denn wir haben es mit einem epistemischen Problem zu tun. Die Debatte über die Reproduktionsmedizin ist nicht nur eine Wertedebatte, in der sich jeder Einzelne und jeder Parlamentarier einfach hinstellt und sagen kann: „Mein

Gewissen sagt mir aber ...“. Denn das Problem ist, dass über hochtechnisierte und anspruchsvolle Sachverhalte gestritten wird, die ein hohes Maß an medizinischem Sachverstand voraussetzen. Man kann aber nicht voraussetzen, dass dieses Wissen bei jedem einzelnen Parlamentarier vorhanden ist. Es bedarf einer Vermittlung von der intuitiven Vorstellung, es sei gut oder schlecht, wenn man eine Frage liberal oder restriktiv regelt, hin zu einer begründeten Entscheidung. Die Frage ist: Wie kann ein Parlament das leisten? Kann es das dadurch, dass – einer üblichen Praxis in Deutschland entsprechend – einfach Abstimmungen vom Fraktionszwang freigestellt werden? Führt das zu einer Sternstunde des Parlaments? Das mag so sein, aber es setzt mindestens voraus, dass die Parlamentarier in irgendeiner Weise in der Lage sind, sich argumentativ dieser Probleme zu nähern. Und wenn die Strukturen, die das üblicherweise ermöglichen, nämlich die Einbindung in Fraktionen mit politisch Gleichgesinnten, wegfallen, wird es umso wichtiger, dass die Basis der Argumentation in irgendeiner Weise vernünftig aufbereitet ist. Das hat der französische Conseil d’État jetzt geleistet. Denn wenn man sich diese Dokumente durchliest, weiß man, worum es geht. Darin sehe ich einen ganz entscheidenden Mehrwert.

Zum Problem fehlender internationaler Vorgaben mit der Folge, dass ein hohes Maß an nationalen Regelungen besteht: Herr *Streinz* hat es angesprochen, ebenso Herr *Isensee* mit der Frage, ob das nicht dazu führe, dass es durchaus legitim sei, dass jeder Staat seine eigenen Regelungen habe und sie in seinem Territorium durchsetzen könne. Doch ist das Recht der Reproduktionsmedizin wirklich ganz frei von internationalen Vorgaben? Es gibt in diesem Zusammenhang ein sehr interessantes Urteil der französischen Cour de cassation aus dem Jahr 2013. Es ging um das Problem, das auch heute ein paar Mal anklang im Zusammenhang mit der Leihmutterchaft. Welche Regelungen gelten für eine ausländische Leihmutterchaft, die im Inland verboten ist – Frankreich verbietet die Leihmutterchaft ja komplett –, wenn die Eltern ins Ausland gehen und mit dem Kind nach Frankreich zurückkehren? Wie verhält es sich mit der personenstandsrechtlichen Zuordnung dieses Kindes zu den französischen Wunschelementen, die aber nicht die leiblichen sind und die etwas getan haben, das sie in Frankreich nicht hätten tun dürfen und das strafbar gewesen wäre? Was ist mit der Staatsangehörigkeit, mit den zentralen regelungsbedürftigen Fragen, die Frau *Siehr* zum Anknüpfungspunkt genommen hat, zu sagen: Wir brauchen ein umfassendes Gesetz, nicht nur zur Frage dessen, was erlaubt und was verboten ist, sondern auch zu den Folgefragen, etwa personenstandsrechtlicher Natur. Die französische Cour de cassation hat geurteilt, es sei eine fräus legis, ein Umgehungstatbestand, wenn sich Eltern ins Ausland begeben. Dann tun sie etwas, das in Frankreich verboten ist, und das könne nicht durch personenstandsrechtliche Zuordnung dieses Kindes zu sei-

nen französischen Wunscheltern in irgendeiner Weise geheilt oder für gut befunden werden. Das französische Verbot der Leihmutterchaft gebiete es vielmehr, dass diese Regelung konsequent durchgesetzt und in Folgefragen konsequent angewandt werde – mit der Konsequenz, dass das Kind personenstandsrechtlich in ein Nichts hineinfällt. Das ist ein sehr eindrucksvolles Beispiel der französischen Argumentation und der Neigung, die gesetzliche Entscheidung des französischen Gesetzgebers für die abschließende Entscheidung zu halten. Wenn der französische Gesetzgeber die Leihmutterchaft verboten hat, dann ist diese Entscheidung bindend, und es ist nicht Aufgabe des französischen Gerichts, dies in irgendeiner Weise nachträglich zu korrigieren, indem es die Rechtsfolgen abmildert. Wir würden in Deutschland anders argumentieren. Wir würden sagen: Es gibt sicherlich gute Gründe, warum die Gesetzgebung so ist, und ein Leihmutterchaftsverbot hat auch präventive Wirkungen, die wünschenswert sind, weil wir Leihmutterchaften insgesamt ablehnen aus den genannten Gründen. Und diese gesetzliche Entscheidung soll dann möglichst nicht durch Auslandsleihmutterchaften umgangen werden können. Aber, so wäre unsere Abwägungsdogmatik, es gibt auch ein Wohl des Kindes. Und das Wohl des Kindes, das nun einmal geboren ist, gebietet es sicherlich, dass das Kind rechtlich nicht irgendwo im Nirwana ist. Wir würden also abwägen zwischen den beiden Positionen. Die französische Cour de cassation hat das nicht gemacht und hat schlicht die französische Gesetzgebung durchgesetzt. An diesem Punkt hat der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte geurteilt, es bestehe eine grundrechtliche Kollisionslage, die es gebiete, diese französische Rechtsprechung zu korrigieren und das Urteil zu kassieren. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hat daher das französische Urteil aufgehoben unter Berufung auf das Wohl des Kindes – ich meine am Ende zu Recht. Die französische Cour de Cassation ist von dieser in gewisser Weise konsequenten, aber auch rigoristischen Rechtsprechung inzwischen abgerückt.

Zur Ihrer letzten Frage, Herr *Classen*: Reichen denn die vier – oder wenn man den Marxisten mitzählt – die fünf religiösen Mitglieder im französischen Ethikrat aus, um das Laizitätsprinzip für verabschiedet zu erklären? Natürlich nicht, aber ich meine, es ist ein Beispiel dafür, dass das Laizitätsprinzip in Frankreich ohnehin unter einem ganz starken Druck steht. Die Frage, was Laizität denn eigentlich bedeutet, ist in einem hohen Maße offen. Die lange dominierende Lesart des Laizitätsprinzips, der eine antikatholische oder jedenfalls antireligiöse Stoßrichtung zu eigen war, die auf strikte Trennung zielte, ist unter anderem von der extremen Rechten ganz stark in der Diskussion. Sie hat sich des Laizitätsprinzips bemächtigt und daraus eine *laïcité* antimusulman oder identitaire gemacht. Sie nutzt also das Laizitätsprinzip, um wahrgenommene Islamisierungstendenzen in der

französischen Gesellschaft zu bekämpfen. Das ist eine grundlegend andere Vorstellung von Laizität als das Konzept einer strikten Trennung, wie es ursprünglich einmal 1905 im Trennungsgesetz gestanden hat. Das heißt, dass der Gehalt des Laizitätsprinzips in Frankreich gegenwärtig neu diskutiert wird. Die Besetzung des Ethikrats ist ein Beispiel dafür, dass tradierte Vorstellungen – das heißt eine strikte Trennung von Staat und Religionsgemeinschaften – nicht mehr tragen, sondern dass sich Frankreich neu darüber verständigt, was es in diesem Feld für richtig halten will.

Ute Sacksofsky: Vielen Dank. Damit sind wir am Ende des wissenschaftlichen Teils unserer Tagung angekommen. Ich habe diese als sehr anregend erlebt und hoffe, dass es Ihnen ähnlich ging. Es bleibt mir an verschiedene Stellen Dank zu richten. In erster Linie an *Christian Hillgruber* und dessen Team, der uns mit diesem Rahmen einen wirklich schönen Tagungs-ort beschert hat. Ganz herzlichen Dank! Mein zweiter Dank gilt den Referentinnen und Referenten, die das wissenschaftliche Programm getragen und eingeleitet haben. Ich bin der Meinung, dass wir wunderbare Vorträge erlebt haben. Auch dafür danke ich! Ein Anliegen ist es mir ebenfalls, den Diskutierenden zu danken. Denn nicht nur gäbe es ohne Diskussion keinen wissenschaftlichen Austausch, ich habe die Diskussion auch als ausgesprochen niveauvoll und fair erlebt. Dafür bin ich sehr dankbar, denn ich erinnere mich an Diskussionen, in denen weniger respektvoll miteinander umgegangen wurde. Schließlich gilt mein Dank Ihnen allen, die Sie hier sitzen. Sie wissen, wir haben immer wieder Sorgen um die Beteiligung am Freitagnachmittag. Sie haben belegt, dass die Sorgen jedenfalls in diesem Jahr nicht berechtigt waren.

Jochen Frowein: So ist es, Frau Vorsitzende. Noch ein Zwischenruf von mir. Es entspricht einer alten Tradition, dieser Vereinigung, dass der älteste anwesende Altpräsident dieser Vereinigung ein paar Dankesworte spricht. Ein mit Schrecken angenommener Rundblick von mir hat zu dem Ergebnis geführt, dass ich das wohl leider bin. Deshalb möchte ich dem Herrn Vorsitzenden und dem ganzen Vorstand sehr herzlich danken für die Vorbereitung dieser Tagung, für die Auswahl der hochinteressanten Themen: der Gleichheitssatz in neuen Beleuchtungen und dann diese hochinteressante Wendung heute zu den neuen medizintechnischen Fragen. Ich glaube, das war eine sehr gelungene Themenauswahl und ich möchte dem Vorstand und allen Referenten auch noch einmal danken, Sie haben es schon getan, und den Mitgliedern, die noch hier anwesend sind, auch sehr herzlich danken und damit das letzte Wort sprechen.