

Schriften zum Gesundheitsrecht

Band 77

Kindeswohl im Fortpflanzungsmedizinrecht

Eine verfassungsrechtliche Untersuchung zum Verbot
der heterologen Eizellspende, der Leihmutterschaft
und der postmortalen Befruchtung

Von

Katharina Auer



Duncker & Humblot · Berlin

KATHARINA AUER

Kindeswohl im
Fortpflanzungsmedizinrecht

Schriften zum Gesundheitsrecht

Band 77

Herausgegeben von Professor Dr. Helge Sodan,
Freie Universität Berlin,
Direktor des Deutschen Instituts für Gesundheitsrecht (DIGR)
Präsident des Verfassungsgerichtshofes des Landes Berlin a.D.

Kindeswohl im Fortpflanzungsmedizinrecht

Eine verfassungsrechtliche Untersuchung zum Verbot
der heterologen Eizellspende, der Leihmutterschaft
und der postmortalen Befruchtung

Von

Katharina Auer



Duncker & Humblot · Berlin

Die Rechtswissenschaftliche Fakultät
der Universität zu Köln
hat diese Arbeit im Jahr 2023
als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten
© 2024 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Satz: Textforma(r)t Daniela Weiland, Göttingen
Druck: CPI Books GmbH, Leck
Printed in Germany

ISSN 1614-1385
ISBN 978-3-428-19267-0 (Print)
ISBN 978-3-428-59267-8 (E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☼

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

*Meinen Eltern
und
allen, die mich auf diesem Weg unterstützt haben*

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2023/2024 von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität zu Köln als Dissertationsschrift angenommen. Die mündliche Prüfung fand am 15.02.2024 statt.

Mein herzlicher Dank gilt Herrn Professor Stephan Rixen für viele wertvolle Denkanstöße und die sehr angenehme Betreuung der Arbeit sowie Herrn Professor Wolfram Höfling für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens. Bedanken möchte ich mich auch bei Herrn Professor Christoph Krönke für die gute Zusammenarbeit und viele wertvolle Eindrücke am Lehrstuhl.

Ganz besonderer Dank gebührt Sonja Lorenz, die meine Arbeit nicht nur sprachlich vorangetrieben, sondern mich ebenso wie Stefan Auer stets in meinem Vorhaben unterstützt hat. Nicht unerwähnt bleiben soll auch Klaus Klöck (†), der von Beginn meines Studiums an wie kein anderer Begeisterung für die Wahl meines Studienganges gezeigt hat. Ich habe beim Erstellen dieser Arbeit oft an ihn gedacht.

Mein Dank gilt zudem Tim Klein für das unerbittliche Korrekturlesen und vielfältige Anregungen. Schließlich möchte ich Isabelle Zundel danken – für einfach alles!

Bayreuth, im Juni 2024

Katharina Auer

Inhaltsverzeichnis

1. Teil

	Einleitung	19
§ 1	Thema und Gang der Untersuchung	19
§ 2	Begriffsbestimmung und medizinische Hintergründe der untersuchten Behandlungsmethoden	21
	A. Heterologe Eizellspende	21
	I. Begriffsbestimmung	21
	II. Medizinischer Hintergrund	21
	1. Verfahren	21
	2. Indikation	23
	B. Leihmutterchaft	25
	I. Begriffsbestimmung	25
	II. Arten der Leihmutterchaft	27
	III. Medizinischer Hintergrund	27
	1. Verfahren	27
	2. Indikation	28
	C. Postmortale Befruchtung	29
	I. Begriffsbestimmung	29
	II. Medizinischer Hintergrund	29
	1. Verfahren	29
	2. Indikation	30

2. Teil

	Das Kindeswohl als Begründungselement fortpflanzungsmedizinrechtlicher Regulierung	31
§ 3	Terminologische Präzisierung des Kindeswohls im Sinne des Fortpflanzungsmedizinrechts	31
	A. Die Problematik der Begriffsbestimmung	31
	I. Interdisziplinarität der Begriffsbestimmung	31
	II. Multiattributive Begriffsbestimmung	34
	1. Vorherrschende gesellschaftliche Ansichten	34

2. Entwicklungsgrad und Alter	36
3. Zwischenfazit	37
B. Das Kindeswohl als sozialwissenschaftlicher Begriff	37
I. Positive Begriffsbestimmung	38
1. Interessenorientierte Ansätze	38
a) Interessenbasierter Definitionsansatz nach Wapler	38
b) Familienrechtspsychologische Perspektive nach Dettenborn	39
c) Psychologische Arbeitsdefinition nach Sponzel	39
d) Kinderethische Begriffsbestimmung nach Schickhardt	40
e) Interessen im engen Sinne versus Bedürfnisse	40
2. Rechteorientierte Ansätze	41
a) Kinderrechteorientierte Perspektive nach Maywald	41
b) Rechteorientierter Ansatz nach Eichholz	42
3. Gemischt interessen- und rechteorientierter Ansatz nach Remschmidt und Mattejat	42
II. Negative Begriffsbestimmung	43
1. Zukunftsorientierte Perspektive nach Harnach	44
2. Gefahrenorientierte Perspektive nach Schone	44
III. Sechs Erkenntnisse zur Auslegung des Kindeswohlbegriffes	44
C. Das Kindeswohl als Rechtsbegriff	45
I. Historischer Hintergrund und Regelungsanliegen des Kindeswohls	45
1. Die historische Entwicklung des Kindeswohlbegriffs im Recht	46
2. Das Kindeswohl als unbestimmter Rechtsbegriff	48
3. Funktionen des Kindeswohls als Rechtsbegriff	50
4. Zur Schutzintensität des Kindeswohls	52
5. Zwischenfazit	53
II. Begriffsverständnis in verschiedenen Rechtsmaterien	53
1. Nationales Recht	54
a) Bundesverfassungsrecht	54
aa) Schutz der Familie (Art. 6 Abs. 1 GG)	54
bb) Das Familiengrundrecht (Art. 6 Abs. 2 GG)	54
(1) Elternrecht und Elternpflicht (Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG)	54
(a) Die Elternverantwortung	55
(b) Das Kindeswohl als Verantwortungsgegenstand	56
(aa) Historischer Hintergrund	56
(bb) Interpretationsprimat der Eltern	57
(cc) Ausrichtung nach dem Menschenbild des Grundgesetzes	58

(dd) „Abschmelzendes“ Elternrecht	59
(ee) Interessenorientierter Ansatz	59
(2) Das staatliche Wächteramt (Art. 6 Abs. 2 S. 2 GG)	60
(3) Zwischenfazit	62
cc) Grundrechtsdogmatische Verortung des Kindeswohles	62
(1) Spezifische Adaption der Menschenwürde	63
(2) Menschwerdungsgrundrecht	63
(3) Wertentscheidungen der Grundrechte	65
(4) Zwischenfazit	66
dd) Begriffsbestimmung	66
(1) Weit gefasster Begriff	66
(2) Einzelfallbezug	66
(3) Langfristige Perspektive	67
(4) Wachsende Berücksichtigung des Kindeswillens	67
(5) Tatsächliche Bindungen und Betreuungssituation	68
ee) Zwischenfazit	68
b) Landesverfassungsrecht	69
c) Familienrecht	69
aa) Normative Verankerung	70
bb) Begriffsverständnis	70
(1) Interessenorientierte Betrachtungsweise	70
(2) Gesetzgeberische Wertentscheidungen	71
(3) Das Kindeswohl als Maßstab von familiengerichtlichen Ent- scheidungen	72
(a) Kindbezogene Kriterien	73
(b) Elternbezogene Kriterien	75
(c) Zwischenfazit	76
(4) Zwischenfazit	77
cc) Kindeswohlgefährdung	77
(1) Begriffsbestimmung	78
(2) Fallgruppen einer Kindeswohlgefährdung	78
dd) Zwischenfazit	79
d) Kinder- und Jugendhilferecht	80
aa) Doppelmandat des Kinder- und Jugendhilferechts	80
bb) Normative Verortung	80
cc) Begriffsverständnis	81
(1) § 1 SGB VIII	81
(2) § 8 SGB VIII	82

(3) § 8a SGB VIII	82
(4) § 9 Nr. 2 SGB VIII	83
(5) § 27 SGB VIII	83
(6) § 44 SGB VIII	84
(7) § 45 SGB VIII	85
dd) Nichtgewährleistung der dem Wohl des Kindes entsprechenden Erziehung	86
ee) Zwischenfazit	87
2. Völkerrecht	87
a) UN-Kinderrechtskonvention (UN-KRK)	87
aa) Art. 3 Abs. 1 UN-KRK	89
(1) Inhalt des Kindeswohlprinzips	89
(2) Unmittelbare Anwendbarkeit	90
(3) Vermittlung subjektiver Rechte	92
(4) Begriffsverständnis	93
bb) Weitere Bestimmungen	95
cc) Zwischenfazit	96
b) UN-Behindertenrechtskonvention (UN-BRK)	96
aa) Art. 7 Abs. 2 UN-BRK	97
(1) Inhalt des Kindeswohlprinzips	97
(2) Unmittelbare Anwendbarkeit und Vermittlung subjektiver Rechte	98
(3) Begriffsverständnis	99
bb) Weitere Bestimmungen	100
c) Zwischenfazit	100
3. Europäische Grundrechtecharta (GRCh)	101
a) Kreis der Grundrechtsverpflichteten	101
b) Kindeswohl	102
aa) Art. 24 Abs. 2 GRCh	102
(1) Inhalt des Kindeswohlprinzips	102
(2) Bindungswirkung	103
(3) Qualifizierung als Grundrecht	104
(4) Verhältnis zum nationalen Grundrechtsschutz	104
(a) Recht auf Vergessen I	105
(b) Recht auf Vergessen II	105
(5) Begriffsverständnis	106
bb) Weitere Bestimmungen	108
c) Zwischenfazit	108
III. Fazit	108

D. Operationalisierung des Kindeswohlbegriffes im fortpflanzungsmedizinrechtlichen Sinne	110
I. Divergierende Begriffsfunktion im Fortpflanzungsmedizinrecht	110
II. Neun Erkenntnisse zur „funktionsakzessorischen“ Auslegung des Kindeswohlbegriffes im Kontext des Fortpflanzungsmedizinrechts	111
§ 4 Anforderungen an das Kindeswohl als Rechtfertigungsgrund für Eingriffe in das Recht auf reproduktive Autonomie	113
A. Normative Verortung des Rechts auf reproduktive Autonomie	114
I. Schutz der Familie (Art. 6 Abs. 1 GG)	114
II. Allgemeine Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG)	116
III. Allgemeines Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG) ..	117
B. Gewährleistungsbereich des Rechts auf reproduktive Autonomie	119
C. Eingriffe in das Recht auf reproduktive Autonomie durch das Embryonenschutzgesetz	121
I. Verbot der heterologen Eizellspende	122
1. Regelungsgehalt von § 1 Abs. 1 Nr. 1, 2, Abs. 2, Abs. 3 Nr. 1 ESchG ...	122
a) § 1 Abs. 1 Nr. 1 ESchG	122
b) § 1 Abs. 1 Nr. 2 ESchG	123
c) § 1 Abs. 2 ESchG	123
d) Strafausschließungsgrund nach § 1 Abs. 3 Nr. 1 ESchG	124
e) Zwischenfazit	125
2. Wechselwirkungen mit §§ 26, 27 StGB	125
3. Wechselwirkungen mit § 9 Abs. 1, Abs. 2 S. 2 StGB	126
4. Zwischenfazit	127
II. Verbot der Leihmutterchaft	128
1. Regelungsgehalt von § 1 Abs. 1 Nr. 7, Abs. 3 Nr. 2 ESchG und dem Adoptionsvermittlungsgesetz	128
a) § 1 Abs. 1 Nr. 7 ESchG	128
b) § 1 Abs. 1 Nr. 1, 2, Abs. 2 ESchG	129
c) Strafausschließungsgründe nach § 1 Abs. 3 Nr. 1, 2 ESchG	129
d) Verbote nach dem Adoptionsvermittlungsgesetz	130
e) Zwischenfazit	130
2. Wechselwirkungen mit §§ 26, 27 StGB und § 9 Abs. 1, Abs. 2 S. 2 StGB	131
3. Zwischenfazit	132
III. Verbot der postmortalen Befruchtung	132
1. Regelungsgehalt von § 4 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2 ESchG	132
2. Wechselwirkungen mit §§ 26, 27 StGB und § 9 Abs. 1, Abs. 2 S. 2 StGB	133
3. Zwischenfazit	134

IV. Zwischenfazit	134
D. Anforderungen an die verfassungsrechtliche Rechtfertigung von Eingriffen in das Recht auf reproduktive Autonomie	134
E. Fazit	136
§ 5 Grundrechtliche Einordnung des Kindeswohles im fortpflanzungsmedizinrecht- lichen Sinne	137
A. Normative Verankerung des Kindeswohles künftiger Kinder	137
I. Das Kindeswohl als Element des Schutzes der menschlichen Gattung	137
1. Die Gattungswürde als Rechtsfigur	139
a) Argumentativer Ursprung der Gattungswürde	139
b) Der Wortlaut des Art. 1 Abs. 1 S. 1 GG	141
c) Systematik	141
d) Telos	142
e) BVerfGE 87, 209 (Tanz der Teufel)	142
f) Generelle Einwendungen gegen einen abstrahierten Schutz	143
g) Strukturelle Kritik an der Rechtsfigur der Gattungswürde	143
h) Zwischenfazit	144
2. Übertragbarkeit auf die Kindeswohlgefährdung künftiger Kinder	144
3. Zwischenfazit	145
II. Das Kindeswohl als „Funktionsbegriff“	145
B. Die verfassungsrechtliche Problematik der Berücksichtigung künftiger Kinder ..	146
I. Abwehrrechtliche Gehalte	147
II. Schutzpflichtendimension	147
1. Grundkonstellation	148
2. Dogmatische Herleitung der Schutzpflichten	148
3. Grundrechtliche Schutzpflichten in der subjektiv-rechtlichen Dimen- sion	150
4. Vorwirkung grundrechtlicher Schutzpflichten	150
a) Begriffsverständnis	151
b) Zeitliche Reichweite des vorwirkenden Schutzanspruches	151
c) Zwischenfazit	153
5. Objektivrechtliche Dimension der Schutzpflichten	154
C. Fazit	155
§ 6 Rechtfertigung der Verbote der heterologen Eizellspende, der Leihmutterschaft und der postmortalen Befruchtung im Hinblick auf das Kindeswohl	156
A. Schutz durch Nichtentstehung: Das Kindeswohl als Grund zur Rechtfertigung eines fortpflanzungsmedizinrechtlichen Totalverbotes?	157

I.	Vergleich mit den gesetzgeberischen und verfassungsgerichtlichen Wertungen zu § 173 Abs. 2 StGB (Beischlaf zwischen Verwandten)	157
II.	Vergleich zu den Wertungen von <i>wrongful life</i> und <i>wrongful birth</i>	159
III.	Mit starken, vorhersehbaren Schädigungen belastetes künftiges Leben	160
IV.	Notwendigkeit des Schutzes	161
V.	Paradoxes Schutzkonzept	162
VI.	Zwischenfazit	163
B.	Heterologe Eizellspende	164
I.	Die gesplante Mutterschaft als Gefahr für das Kindeswohl	164
1.	Begriffsverständnis der Mutterschaftsspaltung im Kontext der heterologen Eizellspende	164
2.	Beeinträchtigung der Identitätsfindung	165
a)	Gesetzesbegründung	165
b)	Ansichten im Schrifttum	167
c)	Verhältnismäßigkeit	168
aa)	Verfassungsrechtlicher Maßstab	168
(1)	Legitimer Zweck	168
(2)	Geeignetheit	169
(3)	Erforderlichkeit	169
(4)	Angemessenheit	170
bb)	Kenntnisstand zum Zeitpunkt des Erlasses des Embryonenschutzgesetzes	172
cc)	Gegenwärtiger Kenntnisstand	174
(1)	Studienlage	174
(2)	Kritische Würdigung der Studienlage	176
(3)	Rechtliche Bewertung der Erkenntnisse	177
(a)	Geringfügige Abweichungen im Alter von sieben Jahren	179
(b)	Beeinträchtigungen der Identitätsfindung durch eine späte oder zufällige Offenlegung der Zeugungsart	180
d)	Zwischenfazit	183
3.	Drohende Konflikte als Gefahr für das Kindeswohl	184
a)	Gesetzesbegründung	184
b)	Empirische Erkenntnisse	185
c)	Kritische Würdigung der Gesetzesbegründung	185
II.	Physische Risiken	186
III.	Das Widernatürlichkeitsargument	186
IV.	Erforderlichkeit des Verbotes zur Verhinderung von Rechtsunsicherheit	188
V.	Dammbbruch zur Legalisierung der Leihmutterschaft	189
VI.	Geburt durch eine postmenopausale Mutter	190

VII. Kindeswohlgefährdung durch Vereitelung des Rechts auf Kenntnis der genetischen Abstammung	191
VIII. Zwischenfazit	192
C. Leihmutterschaft	194
I. Die gespaltene Mutterschaft als Gefahr für das Kindeswohl	194
1. Begriffsverständnis der Mutterschaftsspaltung im Kontext der Leihmutterschaft	195
2. Beeinträchtigung der Identitätsfindung	195
a) Gesetzesbegründung	195
b) Ansichten im Schrifttum	196
c) Verhältnismäßigkeit	196
aa) Kenntnis zum Zeitpunkt des Erlasses des Embryonenschutzgesetzes und des Adoptionsvermittlungsgesetzes	197
bb) Gegenwärtiger Kenntnisstand	198
(1) Studienlage	198
(2) Kritische Würdigung der Studienlage	200
(3) Rechtliche Bewertung der Erkenntnisse	201
(a) Geringfügige Abweichungen im Alter von sieben Jahren	201
(b) Beeinträchtigungen der Identitätsfindung durch eine späte oder zufällige Offenlegung der Art der Zeugung	202
d) Zwischenfazit	202
3. Drohende Konflikte zwischen der Leihmutter und der Wunschmutter ..	203
II. Annahme- und Herausgabeverweigerung	204
1. Abstammungsrechtliche Vorfragen	204
a) Die rechtliche Mutterschaft	204
b) Die rechtliche Vaterschaft	209
c) Zwischenfazit	210
2. Gesetzesbegründung	210
a) Annahmeverweigerung durch die Wunscheltern	210
b) Herausgabeverweigerung seitens der Leihmutter	212
3. Zwischenfazit	215
III. Schutz der physischen Gesundheit	215
IV. Folgen der postnatalen Trennung von der austragenden Mutter	217
1. Gesetzesbegründung	217
2. Empirische Erkenntnisse	218
3. Zwischenergebnis	220
V. Das Widernatürlichkeitsargument	220
VI. Kindeswohlgefährdung durch Vereitelung des Rechts auf Kenntnis der genetischen Abstammung	221

VII. Zwischenfazit	221
D. Postmortale Befruchtung	223
I. Kindeswohlgefährdungen durch eine Beeinträchtigung der Identitätsfindung	223
1. Grundsätzliche Bedenken	223
2. Empirische Erkenntnisse zur Beeinträchtigung der Identitätsfindung	225
3. Rechtliche Bewertung der Erkenntnisse	225
4. Zwischenergebnis	227
II. Beeinträchtigung des Kindeswohles durch ein Aufwachsen ohne sozialen Vater	227
1. Empirische Erkenntnisse zum Fehlen des sozialen Vaters	227
a) Vergleich mit der Situation von Scheidungskindern	227
b) Vergleich mit der Samenspende an alleinstehende Frauen	228
c) Vergleich mit adoptionsrechtlichen Wertungen	228
2. Rechtliche Bewertung der Erkenntnisse	229
3. Zwischenergebnis	230
III. Kindeswohlgefährdung durch einen ungesicherten Rechtsstatus	230
1. Rechtliche Vaterschaft des durch postmortale Befruchtung gezeugten Kindes	231
2. Kindeswohlgefährdung infolge des ungesicherten Rechtsstatus	232
3. Zwischenergebnis	233
IV. Beeinträchtigung des Kindeswohles wegen der Zeugung des Kindes als bloßer emotionaler Ersatz des verstorbenen Partners	233
V. Das Widernatürlichkeitsargument	234
VI. Kindeswohlgefährdung durch Generationensprung	234
VII. Kindeswohlgefährdung durch Vereitelung des Rechts auf Kenntnis der genetischen Abstammung	235
VIII. Zwischenfazit	236
E. Fazit	236
§ 7 Tatsächliche Auswirkungen und Reformbedarf	237
A. Heterologe Eizellspende	237
I. „Fortpflanzungstourismus“ als Umgehung des Totalverbotes	237
II. Legalisierungsversuch	238
III. Plädoyer für eine Legalisierung der heterologen Eizellspende	240
B. Leihmutterschaft	241
I. „Fortpflanzungstourismus“ als Umgehung des Totalverbotes	241
II. Rechtfertigung des Verbotes der nicht kommerziellen Leihmutterschaft zur Vermeidung der Ausbeutung von Frauen	244

1. Kommerzialität der Leihmutterschaft	245
a) Transplantationsrechtliche Wertungen	246
aa) Verbot des Organ- und Gewebehandels nach § 17 TPG	246
(1) Kommerzialisierungsverbot bei der Organ- und Gewebe-	
spende, § 17 Abs. 1 S. 1 TPG	247
(2) Bereichsausnahme nach § 17 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TPG	247
bb) Zwischenfazit	249
b) Regulierung der nicht kommerziellen Leihmutterschaft de lege ferenda	249
aa) Übertragung transplantationsrechtlicher Wertungen	249
(1) Grundsatz: Verbot der Kommerzialisierung	250
(2) Bereichsausnahmen	250
(3) Bemessungsprobleme	251
bb) Schutz durch Verfahren	252
2. Rechtspraktische Probleme	253
3. Zwischenfazit	254
III. Legalisierungsbestrebungen	254
IV. Plädoyer für eine strenge Regulierung der Leihmutterschaft	254
C. Postmortale Befruchtung	256
I. „Fortpflanzungstourismus“ als Umgehung des Totalverbotes	256
II. Legalisierungsbestrebungen	256
III. Plädoyer für eine Legalisierung der postmortalen Befruchtung	257
D. Fazit	257

3. Teil

Schlussbemerkungen	258
§ 8 Zusammenfassung	258
§ 9 Plädoyer für eine Neuregulierung im Rahmen eines umfassenden Fortpflanzungs-	
medizingesetzes	260
Literaturverzeichnis	261
Sachverzeichnis	296

1. Teil

Einleitung

§ 1 Thema und Gang der Untersuchung

Das 1990 in Kraft getretene Embryonenschutzgesetz bildet das zentrale Regelungswerk des Fortpflanzungsmedizinrechts in Deutschland. Ein tragendes Rechtfertigungselement bildet dabei die Vermutung des Gesetzgebers, dass sich eine assistierte Fortpflanzung negativ auf das dadurch gezeugte Kind auswirken könnte. Trotz zahlreicher Innovationen und neuer empirischer Erkenntnisse besteht dieser Rechtsrahmen seit über 30 Jahren nahezu unverändert fort.

Bereits seit Jahren wird daher eine Novellierung des deutschen Reproduktionsmedizinrechts gefordert.¹ Dabei besteht weitgehend Einigkeit, dass das strafrechtlich geprägte² Embryonenschutzgesetz zu einem Fortpflanzungsmedizinengesetz fortentwickelt werden sollte.³ Anders als bei bisherigen Regierungskoalitionen⁴ wurde dem Ziel der reproduktiven Selbstbestimmung im Koalitionsvertrag zur 20. Legislaturperiode ein eigener Abschnitt gewidmet und dabei nicht nur die Legalisierung der Embryonenspende und des „elektiven Single Embryo Transfer“ in Aussicht gestellt, sondern auch die Einsetzung einer Kommission zur Evaluierung der Möglichkeiten der Legalisierung der Eizellspende und der altruistischen Leihmutterchaft angekündigt.⁵

¹ Beispielfhaft *Kentenich/Pietzner*, Probleme der Reproduktionsmedizin in Deutschland aus medizinischer und psychosozialer Sicht, in: Rosenau, Ein zeitgemäßes Fortpflanzungsmedizinengesetz für Deutschland, 2012, S. 13, 31; *Kersten*, NVwZ 2018, 1248, 1251; *Taupitz*, in: Günther/Taupitz/Kaiser, Embryonenschutzgesetz, 2014, B. I. Rn. 8.

² *Müller-Terpitz*, MedR 2020, 794, 796 benennt dabei die – damals – fehlende Gesetzgebungskompetenz des Bundes im Bereich der Fortpflanzungsmedizin, vgl. nunmehr aber Art. 74 Abs. 1 Nr. 26 GG.

³ Beispielfhaft *Kersten*, NVwZ 2018, 1248, 1251; *Nationale Akademie der Wissenschaften Leopoldina/Union der deutschen Akademien der Wissenschaften*, Stellungnahme 2019, S. 13, abrufbar unter https://www.leopoldina.org/uploads/tx_leopublication/2019_Stellungnahme_Fortpflanzungsmedizin_web_01.pdf (Abruf v. 10. 10. 2023); *Rosenau*, Vorwort, in: Rosenau, Ein zeitgemäßes Fortpflanzungsmedizinengesetz für Deutschland, 2012, S. 5, 7; *Taupitz*, in: Günther/Taupitz/Kaiser, Embryonenschutzgesetz, 2014, B. I. Rn. 10.

⁴ Vgl. Koalitionsvertrag 2017–2021 zwischen der Christlich Demokratische Union Deutschlands (CDU), der Christlich-Sozialen Union (CSU) und der Sozialdemokratischen Partei Deutschlands (SPD), S. 132.

⁵ Koalitionsvertrag 2021–2025 zwischen der Sozialdemokratischen Partei Deutschlands (SPD), Bündnis 90/Die Grünen und den Freien Demokraten (FDP), S. 114.

Auch juristisch ist die angestrebte Novellierung angezeigt. 2019 stellte eine von der Nationalen Akademie der Wissenschaften Leopoldina und der Union der Akademien der Wissenschaft durchgeführte Untersuchung zahlreiche Lücken und Widersprüche in dem Embryonenschutzgesetz fest. Dies erzeuge Rechtsunsicherheit, sei ungerecht und dem Kindeswohl sogar abträglich.⁶

Während bereits umfangreiche Untersuchungen hinsichtlich der Verfassungsmäßigkeit einzelner Verbotsnormen des Embryonenschutzgesetzes vorliegen,⁷ steht eine übergeordnete Untersuchung des von dem Gesetzgeber bemühten „Kindeswohles“ als Rechtfertigungselement fortpflanzungsmedizinrechtlicher Regulierungen bislang noch aus.

Das Ziel dieser Arbeit ist es daher zunächst, den schillernden Begriff des Kindeswohles im Kontext des Fortpflanzungsmedizinrechts inhaltlich näher zu präzisieren (§ 3) und diesen verfassungsrechtsdogmatisch einzuordnen (§ 5). Anhand der Verbote der heterologen Eizellspende, der Leihmutterchaft und der postmortalen Befruchtung wird exemplarisch herausgearbeitet, ob das Kindeswohl als Rechtfertigungsgrund für Eingriffe in das Recht auf reproduktive Autonomie der Wunscheitern in Betracht kommt (§ 4). Anschließend soll geklärt werden, ob die Totalverbote der heterologen Eizellspende, der Leihmutterchaft und der postmortalen Befruchtung unter Berufung auf das Kindeswohl des noch nicht geborenen Kindes verfassungsrechtlich gerechtfertigt werden können (§ 6). Schließlich werden die tatsächlichen Auswirkungen der Verbote aufgezeigt und ein etwaiger Reformbedarf dargelegt (§ 7). Ein dritter Teil schließt die Ausführungen mit einer Zusammenfassung (§ 8) und einem Plädoyer für eine Neuregulierung im Rahmen eines umfassenden Fortpflanzungsmedizingesetzes (§ 9).

⁶ *Nationale Akademie der Wissenschaften Leopoldina/Union der deutschen Akademien der Wissenschaften*, Stellungnahme 2019, S. 5, abrufbar unter https://www.leopoldina.org/uploads/tx_leopublication/2019_Stellungnahme_Fortpflanzungsmedizin_web_01.pdf (Abruf v. 10. 10. 2023).

⁷ Vgl. beispielhaft zum Verbot des Klonens: *Kersten*, Das Klonen von Menschen, 2004; vgl. beispielhaft zum Verbot der Leihmutterchaft: *Esser*, Ist das Verbot der Leihmutterchaft in Deutschland noch haltbar?, 2021; *Lammers*, Leihmutterchaft in Deutschland, 2017; *Voss*, Leihmutterchaft in Deutschland, 2015; vgl. beispielhaft zu Regelung der Präimplantationsdiagnostik: *Bögerhausen*, Präimplantationsdiagnostik, 2016; *Landwehr*, Rechtsfragen der Präimplantationsdiagnostik, 2017; *Patzke*, Die gesetzliche Regelung der Präimplantationsdiagnostik auf dem Prüfstand, 2020; *Svensson*, Präimplantationsdiagnostik, 2023, S. 82 ff.

§ 2 Begriffsbestimmung und medizinische Hintergründe der untersuchten Behandlungsmethoden

Um den Zugang zur komplexen Materie Fortpflanzungsmedizinrecht zu erleichtern und um zugleich die Grundlage für die sich anschließende rechtliche Analyse der Verbote der heterologen Eizellspende, der Leihmutterchaft sowie der postmortalen Befruchtung durch das Embryonenschutzgesetz zu legen, erfolgt zunächst eine Begriffsbestimmung und eine kurze Erläuterung der medizinischen Hintergründe dieser Behandlungsmethoden.

A. Heterologe Eizellspende

I. Begriffsbestimmung

Eine Eizellspende bezeichnet das zur Verfügung stellen einer oder mehrerer Eizellen einer Spenderin mit dem Ziel, bei der Empfängerin eine Schwangerschaft auszulösen.⁸ Bei der heterologen Eizellspende wird die Eizelle einer Frau verwendet, die nicht mit der Frau identisch ist, auf die der Embryo transferiert wird. Im Falle der homologen Eizellspende stammt die Eizelle von der Frau, auf die der Embryo anschließend übertragen wird.

II. Medizinischer Hintergrund

1. Verfahren

Nach erfolgreichem Durchlaufen medizinischer und psychologischer Tests wird die Eizellspenderin für circa zwei Wochen einer Hormonbehandlung unterzogen, um zu gewährleisten, dass nicht nur eine, sondern mehrere Eizellen gleichzeitig reifen.⁹ Ziel ist es, möglichst 10–15 Eizellen pro Behandlung zu erlangen.¹⁰ Die Eizellreifung der Spenderin wird dazu in aller Regel mit rekombinantem FSH (Follikelstimulierendes Hormon) oder hMG (humanes Menopausengonadotropin)

⁸ *Boot*, Die Rolle des Notars bei der künstlichen Befruchtung mit Spendersamen, 2023, S. 32; *Tinneberg/Michelmann/Naether*, Lexikon der Reproduktionsmedizin, 2007, S. 41.

⁹ *Nationale Akademie der Wissenschaften Leopoldina/Union der deutschen Akademien der Wissenschaften*, Stellungnahme 2019, S. 66, abrufbar unter https://www.leopoldina.org/uploads/tx_leopublication/2019_Stellungnahme_Fortpflanzungsmedizin_web_01.pdf (Abruf v. 10. 10. 2023); *Reinke*, Fortpflanzungsfreiheit und das Verbot der Fremdeizellspende, 2008, S. 41.

¹⁰ *Nationale Akademie der Wissenschaften Leopoldina/Union der deutschen Akademien der Wissenschaften*, Stellungnahme 2019, S. 66, abrufbar unter https://www.leopoldina.org/uploads/tx_leopublication/2019_Stellungnahme_Fortpflanzungsmedizin_web_01.pdf (Abruf v. 10. 10. 2023).