REZENSIONEN

<https://doi.org/10.1007/s00350-020-5619-7>

Das Verbot der präkonzeptionellen Geschlechtswahl – Eine empirische und verfassungsrechtliche Analyse.

Von Janet Opper. *Schriften zum Bio-, Gesundheits- und Medizinrecht*, Bd. 39, Nomos Verlag Baden-Baden 2020, 198 S., kart., €49,-.

Fragen zur Regulierung der Fortpflanzungsmedizin erfreuen sich grundsätzlich kontroverser Ansichten und können auch in den Rechtswissenschaften aufgrund des anhaltenden Praxisbezugs nicht über Aufmerksamkeitsmangel klagen. Es gibt in diesem Bereich jedoch auch Themen, die bislang am Katzentisch gegessen haben und ein Orchideendasein fristen. Eine dieser vergleichsweise weniger beachteten Fragen betrifft den Rechtsrahmen der indikationslosen Geschlechtswahl des Kindes, also eine Geschlechtswahl lediglich des Geschlechts wegen und nicht zur Vermeidung der Manifestation einer Erbkrankheit im späteren Kind. Janet Opper hat sich in ihrer von Ulrich Gassner an der Universität Augsburg betreuten Dissertation dieser Thematik nun nicht nur von der rechtswissenschaftlichen Seite, sondern auch mit einer vergleichenden empirischen Untersuchung angenommen.

Die für die Geschlechtswahl genutzten Methoden lassen sich in natürliche und medizinisch-assistierte Verfahren einteilen. Natürliche Verfahren wie die Einhaltung einer Diät, terminorientierter Beischlaf mit Ausrichtung nach Mondphasen oder dem Zyklus der Frau entziehen sich unabhängig von ihrer statistisch signifikanten Wirksamkeit bei Einvernehmlichkeit dem Zugriff durch Gesetz. Demgegenüber sind medizinisch assistierte Verfahren aufgrund ihres körperlich invasiven Charakters oder des Zugriffs auf Embryonen und Keimzellen mit Rechtsfragen verbunden. Bei den medizinisch assistierten Verfahren ist zu unterscheiden zwischen prä- und postkonzeptionellen Verfahren. Die Unterscheidung beruht darauf, ob die Geschlechtswahl vor Abschluss der Befruchtung (Konzeption) mittels auf Selektion beruhender Verwendung bestimmter Samenzellen, die das Geschlecht des späteren Kindes bestimmen, realisiert wird oder anhand der genetischen Untersuchung multizellulärer Embryonen nach der Befruchtung. Bei der präkonzeptionellen Geschlechtswahl werden nur Embryonen mit Wunschgeschlecht erzeugt, bei postkonzeptionellen Verfahren werden zunächst Embryonen geschlechtsunabhängig erzeugt, dann aber werden nur die Embryonen in vitro kultiviert bzw. transferiert, die das Wunschgeschlecht haben; die übrigen Embryonen können je nach Rechtskreis und Willen des Paares in technischer Hinsicht verworfen, für eventuelle eigene Nutzung gelagert oder gespendet werden.

Die postkonzeptionelle Geschlechtswahl ist in Deutschland nicht praktikabel, da in Deutschland Embryonen, wenn auch umstritten, ab dem Abschluss der Befruchtung auf verfassungsrechtlicher Ebene als Träger eigener Rechte angesehen werden. Daher existieren zur Sicherstellung dieser Rechte u. a. mit § 2 Abs. 1 ESchG Normen, die den Schutzauftrag des Staates einfachgesetzlich verwirklichen. Da die präkonzeptionelle Geschlechtswahl nicht auf Erzeugung und Zerstörung überzähliger Embryonen angewiesen ist, ist der mit der Embryodebatte diskutierte Schutz verfassungsrechtlicher Rechtsgüter in Bezug auf Embryonen nicht einschlägig. Damit scheint der verfassungsrechtliche Anknüpfungspunkt für einfachgesetzliche strafbeschwerte Verbote zu fehlen, sodass auf den ersten Blick nichts für ein – verfassungsrechtlich begründetes – Verbot solcher Techniken sprechen sollte. Dennoch ist die präkonzeptionelle Geschlechtswahl durch § 3 ESchG grundsätzlich verboten und nur in bestimmten Fällen zur Verhinderung bestimmter Erkrankungen zulässig. Inwieweit diese Regelung verfassungsrechtlich zu rechtfertigen ist, wurde im Rechtsdiskurs bislang allenfalls am Rande gestreift.

In ihrer Untersuchung beschreibt Opper zunächst die medizinischen Grundlagen der Geschlechtswahl und die Dogmatik des § 3 ESchG, um sich dann der Frage zu widmen, inwieweit dem Einzelnen ein Grundrecht auf reproduktive Autonomie zusteht und inwieweit innerhalb dieses Rechts der Einzelne ein verfassungsrechtlich verankertes Recht auf die Bestimmung des Geschlechts des Nachwuchses hat. Die Verortung der reproduktiven Autonomie im Grundrecht auf Schutz der Ehe und Familie aus Art. 6 Abs. 1 GG verneint Opper u. a. mit dem Argument,

dass dieses Grundrecht die Beziehung der Familienmitglieder allein um ihre Existenz willen schütze. Da die biologische Fortpflanzung nur ein Weg zur Familiengründung ist, nicht jedoch der einzig mögliche (nicht-biologische wie Adoption, rechtliche Annahme eines Kindes), sei es nicht zwingend, dass Art. 6 Abs. 1 GG die Fortpflanzungsfreiheit als einen vorgelagerten Schutz der Familiengründung garantiere. Stattdessen sei eine Differenzierung zwischen der Familiengründungsfreiheit aus Art. 6 Abs. 1 GG und der Fortpflanzungsautonomie notwendig. Die grundgesetzlich geschützte Fortpflanzungsautonomie leitet Opper als Unterfall des Selbstbestimmungsrechts aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht gemäß Art. 2 Abs. 1 i. V. mit Art. 1 Abs. 1 GG ab. Hierzu rekurriert sie u. a. auf die Feststellung, dass sich Fortpflanzung nicht allein in der Weitergabe genetischer Informationen erschöpfe, sondern auch die Weitergabe eigener Wertvorstellung oder die Förderung von Talenten enthalte, worin ein Ausdruck menschlicher Selbstverwirklichung liege, die ein Teil des allgemeinen Persönlichkeitsrechts sei.

Darauf aufbauend argumentiert Opper, dass es dem Einzelnen im Rahmen seines Grundrechts auf reproduktive Autonomie zustehe, das Geschlecht seines zukünftigen Kindes zu bestimmen. Die bislang in § 3 S. 2 ESchG normierte medizinisch-präventive Motivationslage sei nur eine Interessenslage, aus der sich der Wunsch nach einer Geschlechtswahl ergeben könne. Den anderen Motivationslagen dürfe der Gesetzgeber nicht schon auf Ebene des Schutzbereichs der Fortpflanzungsfreiheit die Anerkennung versagen. Vielmehr trage der Gesetzgeber die Begründungslast, warum das Grundrecht auf reproduktive Autonomie, auch wenn es nicht grenzenlos gelte, für bestimmte Motivations- und Interessenlagen nicht ausgeübt werden dürfe. Ausgehend von der Verankerung der Fortpflanzungsfreiheit im allgemeinen Persönlichkeitsrechts komme eine Beschränkung jedoch nur im Hinblick auf solche Interessen und Rechtsgüter in Betracht, die selbst Verfassungsrang aufweisen. Folglich widmet sich Opper der Frage, welche Interessen und Rechtsgüter von Verfassungsrang dies sein sollen. Gerade dieser Aspekt wurde im bisherigen Rechtsdiskurs noch nicht aufbereitet.

Opper arbeitet u. a. heraus, dass sich der Eingriff mittels § 3 S. 1 ESchG in die reproduktive Autonomie nicht durch den Schutz der Menschenwürde aus Art. 1 Abs. 1 GG rechtfertigen lässt. Zum einen sind einzelne Samenzellen kein Grundrechtsträger, sodass ihre Selektion nach Geschlechtschromosom kein Abwehrrecht aus Art. 1 Abs. 1 GG zu ihren Gunsten begründe. Zum anderen lässt sich kein Abwehrrecht der Menschenwürde in Bezug auf die durch die Selektion gezeugten Kinder konstruieren. Eine grundrechtliche Vorwirkung kommt nur hinsichtlich der tatsächlich gezeugten Kinder in Betracht, da andernfalls kein hinreichender Bezug zwischen der als würdeverletzend erachteten Handlung (Samenselektion) und dem späteren Grundrechtsträger bestehe. Allerdings wird die Würde des später gezeugten Kindes durch die Samenselektion nicht verletzt, da die in der Selektionsentscheidung liegende Fremdbestimmung durch die Eltern nicht stärker auf das spätere Individuum einwirkt als die Entscheidung, überhaupt Nachwuchs bekommen zu wollen. Das nach einer Geschlechtswahl gezeugte Kind hätte auch auf natürlichem Weg entstehen können und ist im Vergleich zu diesem – hypothetischen Kind – in seinem Erbgut identisch. Ein Kind habe auch keinen Anspruch auf die äußeren Rahmenbedingungen im Sinne eines Mindeststandards seiner Entstehung. Weiterhin arbeitet Opper mit einer eigenen empirischen Studie und mit einem Vergleich zu früheren soziologischen Studien zur Geschlechtswahl heraus, dass entgegen landläufiger Vermutungen durch die präkonzeptionelle Geschlechtswahl keine Umwälzungen im Sinne einer übermäßigen Geschlechterverschiebung zu befürchten sei. Zudem sei die Geschlechterparität kein Rechtsgut von Verfassungsrang, zu dessen Schutz ein Eingriff in das Grundrecht auf reproduktive Autonomie zulässig wäre. Da auch keine weiteren Rechtfertigungsgründe haltbar seien, kommt Opper zum Ergebnis, dass das gegenwärtige Verbot der präkonzeptionellen Geschlechtswahl verfassungswidrig in das Grundrecht auf reproduktive Autonomie eingreift. Im Übrigen sei zwar die im Augsburg-Münchner Entwurf eines Fortpflanzungsmedizingesetzes vorgesehene Entkriminalisierung der Geschlechtswahl zu begrüßen, würde jedoch der Fortpflanzungsfreiheit in Bezug auf die Geschlechtswahl nicht ausreichend Rechnung tragen. Vielmehr müsse die künstliche Befruchtung mittels selektierter Samenzellen zur Wahrung des Grundrechts auf reproduktive Autonomie rechtlich zugelassen werden. Es ist damit das Verdienst von Janet Opper, diese Thematik erstmalig für die Rechtswissenschaft systematisch aufbereitet und gezeigt zu haben, dass das bisherige dogmatische Verständnis dieser Regelung fragwürdig ist.