

5. Gelegenheit zur Selbstbestimmungsaufklärung

Situationen, in denen entscheidend auf die Impfentscheidung durch den Abbau von Informationsasymmetrien im Sinne des § 630e BGB eingewirkt werden kann, werden auch tatsächlich zustande kommen. Zwar kommt der Mechanismus der Selbstbestimmungsaufklärung nur zum Tragen, wenn ein Aufklärungsgespräch tatsächlich geführt wird. Man könnte also meinen, dass diejenigen, die der Impfung kritisch gegenüberstehen, erst gar nicht an einem Aufklärungsgespräch teilnehmen werden. Allerdings dürfte die Mehrheit der etwa 50 Prozent, die sich aktuell nicht deutlich für die Impfung gegen das Coronavirus SARS-Cov-2 aussprechen, nicht pauschal und grundsätzlich Impfungen ablehnen. Vielmehr dürfte vielfach die Bereitschaft zum Führen von Aufklärungsgesprächen gegeben sein. So hat die Bundeszentrale für gesundheitliche Aufklärung im Januar 2020, also unmittelbar bevor die Pandemie Deutschland erreicht hat, Studiendaten veröffentlicht, die grundsätzlich eine deutlich höhere Impfbereitschaft nahelegen. Demnach haben vor der Pandemie nur 17 Prozent der Befragten Vorbehalte gegenüber Impfungen geäußert und sogar nur 6 Prozent Impfungen grundsätzlich abgelehnt, die übrigen 77 Prozent haben sich dagegen „befürwortend“ oder „eher befürwortend“ allgemein zu Impfungen positioniert⁶². Die Bedenken eines Großteils derer, die einer Impfung gegen das Coronavirus SARS-Cov-2 skeptisch gegenüberstehen, dürften folglich zumindest teilweise auf die spezifischen pandemiebedingten Umstände und die Geschwindigkeit der Entwicklung zurückzuführen sein, nicht jedoch auf eine Ablehnung von Impfungen im Allgemeinen.

Dass nach diesen Daten etwa 94 Prozent der Menschen Impfungen nicht grundsätzlich ablehnen, unterstreicht die praktische Relevanz der Selbstbestimmungsaufklärung. Aufgrund der Omnipräsenz der Pandemie und der derzeit erforderlichen einschneidenden Maßnahmen zur Pandemiebekämpfung liegt es sogar nahe, dass diese Personen aus eigenem Antrieb ein informatives Gespräch mit einem Mediziner ihres Vertrauens suchen werden, um sich eine klarere Ent-

scheidungsgrundlage zu verschaffen. In diesen Fällen kann der Abbau von Informationsasymmetrien durch eine am Sinn und Zweck des § 630e BGB orientierte Ausübung der Selbstbestimmungsaufklärung die Impfbereitschaft beeinflussen.

V. Fazit

Die Pandemie schafft Herausforderungen in sämtlichen Lebensbereichen – auch für die Aufklärung über die Impfung gegen das Coronavirus SARS-Cov-2. Die bürgerlich-rechtliche Selbstbestimmungsaufklärung zielt zwar nicht unmittelbar auf eine Erhöhung der Impfquote ab, sie soll jedoch eine eigenverantwortliche Entscheidung der Menschen für oder gegen eine Impfung ermöglichen. Durch den Abbau von Informationsasymmetrien kann die Aufklärung zumindest soweit zur Pandemiebekämpfung beitragen, als Zweifel und Skepsis an der Impfung auf Fehlinformationen oder nicht hinreichende Informationen über die Umstände der Impfung beruhen.

Die Vorteile und Risiken der Impfung sind sorgfältig und in für den Laien verständlicher Weise zu erläutern. Dem Patienten soll zwar grundsätzlich kein Detailwissen vermittelt werden⁶³. Aufgrund der schnelllebigen und teilweise undurchsichtigen Entwicklungen um COVID-19 und die zeitnah zur Verfügung stehenden Impfstoffe ist eine besonders sorgfältige Ausübung der Selbstbestimmungsaufklärung jedoch essentiell. Umfang und Ausgestaltung der erforderlichen Aufklärung gehen daher über das bei Standardimpfungen erforderliche Maß hinaus⁶⁴. Andernfalls droht die Entscheidung für oder gegen die Impfung durch Falschinformationen beeinflusst zu werden.

62) „Mehr Menschen stehen Impfungen positiv gegenüber“, 14.1.2020, abrufbar unter: <https://www.bzga.de/presse/pressemitteilungen/2020-01-14-mehr-menschen-stehen-impfungen-positiv-gegenueber>.

63) BT-Dr. 17/10488, S. 24.

64) Vgl. zu Routineimpfungen etwa *Wagner*, in: MüKo/BGB, 8. Aufl. 2020, § 630e, Rdnrn. 19, 52.

<https://doi.org/10.1007/s00350-021-5879-x>

Die Verfassungsmäßigkeit eines möglichen Verbots der Gebärmuttertransplantation

Lucas Reinert

Abstract

Ein Totalverbot der Gebärmuttertransplantation würde unangemessen in die Fortpflanzungsfreiheit potenzieller Empfängerinnen aus Art. 6 Abs. 1 GG und die allgemeine Handlungsfreiheit potenzieller Spenderinnen aus Art. 2 Abs. 1 GG eingreifen. Das Kindeswohl kann grundsätzlich das Verbot reproduktionsmedizinischer Methoden rechtfertigen. Sowohl für die Lebendspende als auch für die postmortale Gebärmuttertransplantation gilt das gegenwärtig noch nicht. Insbesondere bestehen keine Bedenken hinsichtlich der kindlichen

Identitätsfindung. Auch die schlüssig zu prognostizierenden Gefahren für die Spenderin erreichen kein Maß, welches einen staatlichen Schutz der Spenderin vor sich selbst rechtfertigte.

I. Problemeinführung

1. Medizinischer Hintergrund und Entwicklung

Weltweit leiden mehr als 1,5 Millionen Frauen an absoluter uteriner Infertilität, was ungefähr 3–5 % der Frauen im gebärfähigen Alter ausmacht¹. Absolute uterine Infertilität

Lucas Reinert, Wissenschaftlicher Mitarbeiter und Doktorand Dr. med. Micheline Radzyner-Institut für Rechtsfragen der Medizin, Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf, Universitätsstraße 1, 40225 Düsseldorf, Deutschland

1) *Brännström*, *Curr Opin Organ Transplant* 2015, 20: 621, 622; *Millicz*, *Int J Gynecology & Obstetrics* 2009, 106: 270; *Nair et al.*, *Ann NY Acad Sci* 2008, 1127: 83, 84f., gehen von 9,5 Millionen Frauen allein in den USA aus.

meint die auf eine fehlende oder dysfunktionale Gebärmutter zurückzuführende Unfähigkeit, eine Frucht bis zur Lebensfähigkeit auszutragen. Der Uterus kann bereits von Geburt an fehlen, was häufig auf dem sog. Mayer-von-Rokitansky-Küster-Hauser-Syndrom beruht². Aber auch zu Lebzeiten kann eine Dysfunktion oder eine Entfernung des Uterus, etwa als Folge einer Gebärmutterhalskrebskrankung, eintreten³. In diesen Fällen absoluter uteriner Infertilität bleiben die Betroffenen zur Erfüllung ihres Kinderwunsches auf eine Adoption oder eine Leihmutterchaft verwiesen. Letztere ist gemäß § 1 Abs. 1 Nr. 7 ESchG strafbar.

In den letzten Jahren hat die Uterustransplantation an Bedeutung gewonnen. Bei dieser wird einer Spenderin der funktionsfähige Uterus entnommen und der Empfängerin implantiert. Mittels anschließender Kombination aus In-vitro-Fertilisation (IVF) und Embryotransfer wird der Empfängerin zu einer Schwangerschaft verholfen. Der erste ernstzunehmende Transplantationsversuch beim Menschen im Jahre 2000 in Saudi-Arabien endete noch mit dem Absterben des Organs und der Entnahme nach drei Monaten⁴. Insbesondere der Schwede *Mats Brännström* trieb die Forschung weiter voran, sodass das erste Kind aus einem transplantierten Uterus 2014 in Schweden zur Welt kam⁵.

2. Politischer Hintergrund und geltende Rechtslage

In Deutschland wurden 2019 bereits das weltweit 15. und 17. Kind nach Uterustransplantationen geboren⁶. Prompt richtete die Fraktion der FDP noch im Dezember 2019 eine Kleine Anfrage zu den Chancen der Gebärmuttertransplantation für an uteriner Infertilität leidende Frauen an die Bundesregierung⁷. Der Antwort der Bundesregierung zufolge sei – so der medizinische Stand – stets eine Einzelfallentscheidung im Rahmen eines Heilversuchs erforderlich⁸. Das geltende Transplantationsgesetz (TPG) biete einen „verlässlichen Rechtsrahmen“⁹.

Das überrascht vor dem Hintergrund, dass nach § 8 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 TPG Lebendspenden nur dann zulässig sind, wenn sie geeignet sind, das Leben des Empfängers zu erhalten (Var. 1) oder eine schwerwiegende Krankheit zumindest zu lindern (Var. 2). Schon aus systematischen Gründen muss die schwerwiegende Krankheit im Einzelfall schweremäßig zumindest an die Lebensgefahr herankommen. Die Gesetzesbegründung führt zu dem Begriff der schwerwiegenden Krankheit das Beispiel des endgültigen Nierenversagens bei Kindern an¹⁰. Weder die uterine Infertilität noch der unerfüllte Kinderwunsch vermögen diesen Anforderungen zu genügen, sodass aus § 8 TPG die gegenwärtige Unzulässigkeit der Gebärmuttertransplantation nach Lebendorganspende folgt.

Anders als von der Bundesregierung angenommen¹¹ besteht Rechtsunsicherheit und damit Handlungsbedarf des Gesetzgebers. Bisherige Erfahrungen zeigen, dass der Gesetzgeber neuen reproduktionsmedizinischen Methoden zumeist präventiv mit Verboten gegenübertritt. Dieser Beitrag widmet sich daher der Frage nach der Verfassungsmäßigkeit eines solchen Verbots. Zunächst werden die betroffenen Grundrechtspositionen dargestellt (II). Bei der Frage eines legitimen Zwecks spielen die staatliche Pflicht, Autonomie und Gesundheit der potenziellen Spenderin zu schützen sowie das Kindeswohl eine entscheidende Rolle (III). Letzteres wird im ESchG häufig aber nur selten überzeugend als Begründung zum Verbot reproduktionsmedizinischer Methoden angeführt. Einer Erörterung von Geeignetheit und Erforderlichkeit (IV) schließt sich eine Angemessenheitsprüfung (V) an.

II. Betroffene Grundrechtspositionen

1. Grundrechte der Uterusempfängerin

Die Empfängerin einer Uterusspende kann sich auf ihre Fortpflanzungsfreiheit berufen. Dass dieser Schutz grund-

rechtlich verbürgt ist, gilt als allgemein anerkannt. Ob dieses Recht in Art. 6 Abs. 1 GG zu verorten ist oder eine Ausformung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts aus Art. 2 Abs. 1 i. V. mit Art. 1 Abs. 1 GG darstellt, wird uneinheitlich beurteilt¹².

Diejenigen, die die Fortpflanzungsfreiheit als Teil des allgemeinen Persönlichkeitsrechts verorten, führen an, die eigene Fortpflanzung gehöre zum Kern personaler Identitätsbildung¹³. Auch der BGH führt aus, es gehöre „zur personalen Würde und zum Persönlichkeitsrecht von Partnern [...] sich immer wieder neu und frei für ein Kind entscheiden zu können.“¹⁴ Zudem spreche der Bezug zur Menschenwürde für diese Einordnung¹⁵. Diesem Argument lässt sich entgegenhalten, dass Art. 1 Abs. 1 GG als Verfassungsprinzip für die Interpretation aller Grundrechte, auch Art. 6 Abs. 1 GG¹⁶, von Bedeutung ist¹⁷.

Nicht ernsthaft zu hinterfragen ist hingegen die Bedeutung des realisierten Kinderwunsches für die eigene Persönlichkeit. Grundrechte, die Aspekte der Persönlichkeitsentfaltung spezieller regeln, gehen dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht aufgrund seiner Auffangfunktion jedoch vor¹⁸. Art. 6 Abs. 1 GG umfasst sowohl den Schutz

- 2) *Beckmann et al.*, Der Gynäkologe 2017, 389; so litten in einer Reihe von Transplantationen des Schweden *Brännström* im Jahre 2013 acht von neun Empfängerinnen an jenem Syndrom, s. *Brännström*, Uterus transplantation: abrufbar unter http://seud.org/wp-content/uploads/2016/05/SATURDAY_14_KNL3_BRANNSTROM.pdf; Zugriff am 14. 10. 2020.
- 3) *Beckmann et al.*, Der Gynäkologe 2017, 389; *Büchler/Schlumpf*, Jusletter 1.5.2017, 6.
- 4) *Brännström*, Uterus transplantation: abrufbar unter http://seud.org/wp-content/uploads/2016/05/SATURDAY_14_KNL3_BRANNSTROM.pdf; Zugriff am 16. 4. 2020, 621, 624.
- 5) *Brännström et al.*, Lancet 2014, 385: 607, 612f.
- 6) Pressemeldung Universitätsklinikum Tübingen v. 23. 5. 2019, abrufbar unter <https://www.medizin.uni-tuebingen.de/de/das-klinikum/pressemeldungen/meldung/167>, Zugriff am 16. 4. 2021.
- 7) BT-Dr. 19/16192.
- 8) BT-Dr. 19/16623, S. 2.
- 9) BT-Dr. 19/16623, S. 3.
- 10) BT-Dr. 13/4355, S. 20.
- 11) BT-Dr. 19/20905, S. 8; BT-Dr. 19/16623, S. 4.
- 12) Statt vieler *Ramm*, JZ 1989, 861, 870 sowie *Beckmann*, MedR 2001, 169, 172, die die Fortpflanzungsfreiheit aus der allg. Handlungsfreiheit herleiten; das OLG München, MedR 2018, 415, 416 m. Anm. *Inthorn*, *Pisani* sowie *Prehn*, MedR 2011, 559, 560, 562 leiten die Fortpflanzungsfreiheit aus beiden ab, wohl ohne Verschränkung; für Gesetzeskonkurrenz *Schächinger*, Menschenwürde und Menschheitswürde, 2014, S. 137f.
- 13) So BFH, NJW 1998, 854, 855; *Gassner*, ZRP 2015, 126; *Gassner et al.*, Fortpflanzungsmedizingesetz: Augsburg-Münchner-Entwurf, 2014, S. 31f.; *Kersten*, NVwZ 2018, 1248, 1249; *Müller-Götzmann*, Artificielle Reproduktion, S. 283f.; *Taupitz*, in: *Günther/Taupitz/Kaiser*, ESchG, 2. Aufl. 2014, § 1 Abs. 1 Nr. 1 ESchG, Rdnr. 7.
- 14) BGH, NJW 1986, 2043, 2045.
- 15) *Gassner*, ZRP 2015, 126; *Gassner et al.*, Fortpflanzungsmedizingesetz: Augsburg-Münchner-Entwurf, 2014, S. 31f.
- 16) BVerfGE 57, 361, 382; 72, 155, 172.
- 17) BVerfGE 115, 118, 152; *Geddert-Steinacher*, Die Menschenwürde als Verfassungsbegriff, 1990, S. 164; *Hillgruber*, in: BeckOK-GG, 43. Ed., Stand: 15. 5. 2020, Art. 1 GG, Rdnr. 9; *Höfling*, in: *Sachs*, GG, 8. Aufl. 2018, Art. 1 GG, Rdnr. 55.
- 18) BVerfGE, NJW 1993, 3058 ausdrücklich zu Art. 6 Abs. 1 GG und dem allg. Persönlichkeitsrecht; BVerfGE 113, 348, 364; 71, 183, 201; 54, 148, 153; BGH, NJW 1986, 2261, 2264; *Kahl*, Die Schutzergänzungsfunktion von Art. 2 Abs. 1 GG, 2000, S. 57; *Kunig*, in: *von Münch/Kunig*, GG, 6. Aufl. 2012, Art. 2 GG, Rdnr. 32; *Lang*, in: BeckOK-GG, Art. 2 GG, Rdnr. 54b; *Reinke*, Fortpflanzungsfreiheit und das Verbot der Fremdeizellspende, 2008, S. 194; *Schmidt*, in: Erfurter Kommentar Arbeitsrecht, 20. Aufl. 2020, Art. 2 GG, Rdnr. 33; *Starck*, in: *Von Mangoldt/Klein/Starck*, GG, 7. Aufl. 2018, Art. 2 GG, Rdnr. 17; *Vöss*, Leihmutterchaft in Deutschland, 2015, S. 272.

der Familie und des familiären Zusammenlebens als auch die Familiengründung¹⁹. Diese Familiengründungsfreiheit umfasst das Recht, autonom zu entscheiden, wann, mit welchem Partner und mit wie vielen Kindern eine Familie gegründet werden soll²⁰. Ob die Kinder dabei durch natürliche Befruchtung oder mit Hilfe der Reproduktionsmedizin gezeugt werden, ist irrelevant²¹. Damit schützt Art. 6 Abs. 1 GG das Recht, sich selbst durch und in Gemeinschaft der Familie zu verwirklichen²². Eines Rückgriffs auf das unbenannte Grundrecht des allgemeinen Persönlichkeitsrechts bedarf es folglich nicht.

Nichts anderes ergibt sich daraus, dass das BVerfG²³ die sexuelle Selbstbestimmung als Teil des allgemeinen Persönlichkeitsrechts anerkannt hat. Die Einstellung des Menschen zum Geschlechtlichen ist von der Bestrebung, den eigenen Kinderwunsch zu verwirklichen, streng zu unterscheiden²⁴.

Im Übrigen ist die Verankerung in Art. 6 Abs. 1 GG sachgerecht. Zwar ist die geschlechtliche Fortpflanzung nur einer von vielen Wegen zur Familiengründung und die Familiengründung nur ein möglicher Zweck der Fortpflanzung²⁵, sodass Fortpflanzung und Familiengründung nicht per se gleichzusetzen sind. Fallen der Zweck der Familiengründung und das Mittel der Fortpflanzung jedoch zusammen, so ist ein Verbot dieses Mittels maßgeblich an der Verhinderung einer Familiengründung mit genetisch eigenen Kindern und damit an Art. 6 Abs. 1 GG zu messen. Dies sollte schon in der Herleitung deutlich werden. Geht es um die Gründung einer Familie mit sozialer Bindung zum Kind ist Art. 6 Abs. 1 GG daher spezieller als Art. 2 Abs. 1 i. V. mit Art. 1 Abs. 1 GG²⁶.

Ein Verbot stellte einen besonders schwerwiegenden Eingriff in die Fortpflanzungsfreiheit aus Art. 6 Abs. 1 GG dar. Die betroffenen Frauen blieben auf die Adoption verwiesen. Ihnen bleibe es aufgrund des Verbots der Eizellspende (§ 1 Abs. 1 Nr. 1 ESchG) und der Leihmutterchaft (Art. 1 Abs. 1 Nr. 7 ESchG) verwehrt, ein genetisch eigenes Kind auf die Welt zu bringen. Der Eingriff ist nur durch kollidierende Grundrechte oder Rechtsgüter von Verfassungsrang zu rechtfertigen.

2. Grundrechte der Uterusspenderin

Die Freiheit, ein Organ zum Zwecke der Herbeiführung einer Schwangerschaft zu spenden, ist jedenfalls von der allgemeinen Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) erfasst.

Zum Teil wird darauf hingewiesen, die Spenderin gebäre das Kind im Körper der Empfängerin „indirekt“ mit²⁷ und werde „indirekt“ zur Mutter²⁸. In Fortführung dieses Gedankens könnte sich auch die Spenderin auf ihre Fortpflanzungsfreiheit berufen²⁹. Dieser Schluss verfängt jedoch in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht nicht. Sofern die Eizelle von der Uterusempfängerin selbst stammt³⁰, ist das Kind der Spenderin weder genetisch zuzuordnen noch wird sie rechtliche (§ 1591 BGB) oder soziale Mutter. Art. 6 Abs. 1 GG kann hier schon nicht herangezogen werden, da die Spende nicht der Gründung einer eigenen Familie dient. Aber auch aus Art. 2 Abs. 1 i. V. mit Art. 1 Abs. 1 GG hergeleitet umfasst die Fortpflanzungsfreiheit nur das Recht, den eigenen Kinderwunsch zu verwirklichen und autonom über das Ob, Wann und Wie der eigenen Fortpflanzung zu entscheiden³¹. Die Uterusspende eröffnet aus Sicht der Spenderin lediglich einer anderen Frau die Möglichkeit, sich den Wunsch vom eigenen Kind zu erfüllen. Die Uterusspenderin kann sich daher nicht auf die Fortpflanzungsfreiheit berufen.

Das schließt indes nicht aus, dass sie sich auf das allgemeine Persönlichkeitsrecht in seiner Funktion als Auffanggrundrecht berufen kann. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht gewährleistet gerade diejenigen Elemente der Persönlichkeit, die den besonderen Freiheitsgarantien des

Grundgesetzes in ihrer Bedeutung nicht nachstehen³². Der funktionalen Unterstützung fremder Fortpflanzung durch eine Spende des Uterus kommt jedoch kein solches Gewicht für die eigene Persönlichkeit zu, welches ein über die Schranken des Art. 2 Abs. 1 GG hinausgehendes Schutzniveau begründend würde. Insbesondere kommt der funktionalen Unterstützung fremder Fortpflanzung in ihrer Bedeutung für die Lebensführung und das eigene Leben keine der eigenen Fortpflanzung vergleichbare Bedeutung zu.

Im Ergebnis kann sich die Spenderin mangels angestrebter Familiengründung und mangels Erfüllung des eigenen

- 19) BVerfGE 76, 1, 42; 31, 58, 67 f.; *Brosius-Gersdorf*, in: *Dreier*, GG, 3. Aufl. 2013, Art. 6 GG, Rdnr. 115; *Kingreen*, JZ 2004, 938, 941; *Lehmann*, In-vitro-Fertilisation, 2007, S. 65 ff.; *Lindenberg*, NZFam 2019, 941, 942; *Müller-Terpitz*, in: *Spickhoff*, Medizinrecht, 3. Aufl. 2018, Art. 6 GG, Rdnr. 2; *Prehn*, MedR 2011, 559, 562; ausführlich *Voss*, Leihmutterchaft in Deutschland, 2015, S. 272 f.
- 20) BVerfGE 76, 1, 42; *Brosius-Gersdorf*, in: *Dreier*, GG, Art. 6 GG, Rdnr. 115; *Robbers*, in: *Von Mangoldt/Klein/Starck*, GG, Art. 6 GG, Rdnr. 92.
- 21) *Böckenförde-Wunderlich*, Präimplantationsdiagnostik als Rechtsproblem, 2002, S. 212 f.; *Brosius-Gersdorf*, in: *Dreier*, GG, Art. 6 GG, Rdnr. 117; *Gülzow*, GesR 2017, 552, 553; *Hufen*, MedR 2001, 440, 442; *Ludyga*, NZFam 2020, 185, 189; *Reinke*, Fortpflanzungsfreiheit und das Verbot der Fremdeizellspende, 2008, S. 137.
- 22) *Lindenberg*, NZFam 2019, 941, 942; *Müller-Terpitz*, in: *Spickhoff*, Medizinrecht, 3. Aufl. 2018, Art. 6 GG, Rdnr. 2; *Uhle*, in: *BeckOK-GG*, Art. 6 GG, Rdnr. 21.
- 23) BVerfG, NJW 2008, 1137; BVerfGE 60, 123, 134; 47, 46, 73.
- 24) A. A. *Ebeling/Zimmermann*, DEuFamR 1999, 25, 28.
- 25) *Opper*, Das Verbot der präkonzeptionellen Geschlechtswahl, 2020, S. 66.
- 26) So i. E. *Gülzow*, GesR 2017, 552, 553; *Ludyga*, NZFam 2020, 185, 189; für eine Herleitung aus Art. 6 Abs. 1 GG auch *Grziwotz*, NZFam 2014, 1065, 1068; *Lindenberg*, NZFam 2019, 941, 942; *Müller-Terpitz*, in: *Spickhoff*, Medizinrecht, 3. Aufl. 2018, Art. 6 GG, Rdnr. 2; *Reinke*, Fortpflanzungsfreiheit und das Verbot der Fremdeizellspende, 2008, S. 194 f.; *Voss*, Leihmutterchaft in Deutschland, 2015, S. 272; a. A. *Velte*, die postmortale Befruchtung im deutschen und spanischen Recht, 2015, S. 47 ff., die im Falle bezweckter Familiengründung eine Verstärkung des allg. Persönlichkeitsrechts durch Art. 6 Abs. 1 GG proklamiert.
- 27) *Graef*, GesR 2019, 551, 556.
- 28) *Kreß*, MedR 2016, 242, 245.
- 29) So etwa *Reinke*, Fortpflanzungsfreiheit und das Verbot der Fremdeizellspende, 2008, S. 138 zur Eizellspenderin: „Gibt sie dagegen ihre Eizellen weiter [...], ermöglicht sie biologische Fortpflanzung [...]. Die Spenderin ist dann so eng in den Fortpflanzungsprozess eingebunden, dass sie normativ am Fortpflanzungsrecht teilhat.“ Zwar unterscheiden sich Uterus- und Eizellspende darin, dass letztere die Spende einer Keimzelle und damit genetischen Materials darstellt und die Uterusspende eine bloße Organspende darstellt. Argumentiert man aber, wie *Reinke*, mit der engen Einbindung in den Fortpflanzungsprozess, muss man dies konsequent auch für die Uterusspende so sehen, da sie den Fortpflanzungsprozess überhaupt erst ermöglicht.
- 30) Zwar ist die Uterustransplantation auch i. V. mit einer IVF mit einer von der Uterusspenderin oder einer Dritten gespendeten Eizelle denkbar, dies ist jedoch in Deutschland (noch) gemäß § 1 Abs. 1 Nr. 1 ESchG verboten, vgl. zur Kritik und der Empfehlung, die Eizellspende zu erlauben, den Entwurf der Leopoldina, Fortpflanzungsmedizin in Deutschland, 2019, S. 69 ff. sowie *Frisster*, medstra 2016, 321, 322.
- 31) S. nur *Ludyga*, NZFam 2020, 185, 189: „Der Wunsch nach der Geburt eigener Kinder ist ein bedeutender Teil des Persönlichkeitsrechts [...]“ (Herv. d. Verf.); *Kersten*, NVwZ 2018, 1248, 1249; *Neuner*, AcP 2014, 460, 461; nach *Hieb*, Die gespaltene Mutterchaft im Spiegel des deutschen Verfassungsrechts, S. 31, kann sich sogar der Keimzellspender nicht auf die Fortpflanzungsfreiheit berufen, sodass dies erst recht für die Uterusspenderin gelten muss.
- 32) BVerfG, MedR 2020, 563, 564 m. Anm. *Duttge*; BVerfG, NJW 2008, 822, 824; BVerfGE 99, 185, 193.

Kinderwunsches nicht auf ihre Fortpflanzungsfreiheit berufen, weder aus Art. 6 Abs. 1 GG noch subsidiär hergeleitet aus Art. 2 Abs. 1 i. V. mit Art. 1 Abs. 1 GG. Der Spende kommt ferner keine solche Bedeutung für die Persönlichkeitsentfaltung zu, dass eine Berufung auf Art. 2 Abs. 1 i. V. mit Art. 1 Abs. 1 GG als Auffanggrundrecht angezeigt wäre. Ein mögliches Verbot würde lediglich in die allgemeine Handlungsfreiheit der Spenderin aus Art. 2 Abs. 1 GG eingreifen.

III. Legitime Zwecke eines Totalverbots

1. Gesetzgeberischer Prognosespielraum und Überprüfbarkeit durch das BVerfG

Nach dem bisherigen Forschungsstand (s. I.1.) lassen sich die Risiken für die Spenderin und das spätere Kind noch nicht vollends absehen. Dem Gesetzgeber kommt für diesen Fall ein Prognosespielraum zu. Stellt sich die Prognose im Nachhinein als falsch heraus, folgt daraus nicht zwingend die Verfassungswidrigkeit der gesetzgeberischen Maßnahme³³. Dem Gesetzgeber ist es dadurch möglich, präventiv Maßnahmen zu ergreifen, um eine prognostizierte Gefahr zu unterbinden³⁴.

Die gesetzgeberische Prognose ist vom BVerfG lediglich dahingehend zu überprüfen, ob diese auf einer hinreichend gesicherten Grundlage beruht. Der Prüfungsmaßstab des BVerfG reicht dabei von einer reinen Evidenzkontrolle³⁵ über eine Vertretbarkeitskontrolle³⁶ bis hin zu einer vertieften inhaltlichen Kontrolle³⁷. Inwieweit die Kontrollbefugnisse des BVerfG im Einzelfall reichen, hängt insbesondere von der Eigenart des betroffenen Sachbereichs, der Bedeutung möglicherweise tangierter Rechtsgüter und der Möglichkeit des Gesetzgebers, sich ein hinreichend sichereres Urteil zu bilden, ab³⁸. Diese Faktoren gilt es für die Gebärmuttertransplantation zu untersuchen, um die Reichweite des Prüfungsumfanges festzulegen.

Der Sachbereich der Gebärmuttertransplantation weist einerseits reproduktionsmedizinische Aspekte, andererseits Aspekte der Organtransplantation auf. Beide Bereiche sind von ethischen, moralischen und gesellschaftlichen Vorstellungen geprägt. Es ist Aufgabe des Gesetzgebers diese in Einklang zu bringen. Diese Besonderheit des Sachbereichs steht einer intensivierten inhaltlichen Überprüfung durch die Judikatur entgegen.

Nichts anderes ergibt sich aus den betroffenen Rechtsgütern. Mit der Fortpflanzungsfreiheit (II.1.) und der allgemeinen Handlungsfreiheit (II.2.) einerseits und dem Gesundheits- und Autonomieschutz (sodann 2.) sowie dem Kindeswohl (sodann 3.) andererseits stehen sich hochrangige Rechtsgüter von Verfassungsrang gegenüber. Ein über die Vertretbarkeitskontrolle hinausgehender Prüfungsmaßstab, etwa weil die beeinträchtigten Grundrechte die durch die Schutzpflicht geschützten Rechtsgüter wesentlich überwiegen, ist daher nicht angezeigt.

Valide wissenschaftliche Erkenntnisse zur Folgenabschätzung fehlen größtenteils. Für diesen Fall tendierte das BVerfG zuletzt dazu, die Überprüfung der Gefahrenprognose auf eine vertretbare Beurteilung der vorliegenden Informationen zu beschränken³⁹. In der folgenden Prüfung legitimer Zwecke werden mögliche Gefahren für die genannten Rechtsgüter daher am Maßstab einer Vertretbarkeitskontrolle beurteilt. Entscheidend ist, ob die erreichbaren Informationen vertretbar beurteilt wurden⁴⁰ und die Prognosen schlüssig sind⁴¹.

2. Staatliche Schutzpflichten zugunsten der Spenderin

Art. 1 Abs. 1 S. 2 GG begründet eine Schutzpflicht des Staates zugunsten der Menschenwürde⁴². Eine solche Schutz-

pflcht besteht in Verbindung mit Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG auch hinsichtlich der Gesundheit⁴³ und erstreckt sich auch darauf, die Autonomie des Einzelnen und damit mittelbar die Gesundheit zu schützen⁴⁴.

a) Schutz der Menschenwürde der Spenderin

Häufig wird die Menschenwürde als Argument gegen reproduktionsmedizinische Maßnahmen angeführt⁴⁵. Die Uterusspende zum Schutz der Würde der Spenderin zu verbieten liefe auf einen Würdeschutz der Spenderin gegen sich selbst hinaus, der dogmatisch ein Verständnis der Menschenwürde als objektives Wertekonzept voraussetze. Entgegen vereinzelter Judikate des BVerwG⁴⁶ wird die Menschenwürde nicht als objektives Wertekonzept verstanden, sondern der in ihr wurzelnde Gedanke autonomer Selbstbestimmung wird hervorgehoben⁴⁷. Allen voran das BVerfG hat jüngst die Bedeutung „der der Menschenwürde innewohnenden Idee autonomer Persönlichkeitsentfaltung“⁴⁸ betont, indem es ein Recht auf selbstbestimmtes Sterben anerkannt hat.

Demzufolge bleibt fürsorglichen Eingriffen des Staates in die Autonomie des Einzelnen nur wenig Raum⁴⁹. Sofern eine Frau sich freiwillig dafür entscheidet, ihren Körper für die Spende ihrer Gebärmutter zu instrumentalisieren und damit einer anderen Frau den sehnlichsten Traum der Schwangerschaft und Geburt eines eigenen Kindes zu ermöglichen, ist dies nichts anderes als ein Ausdruck der in ihrer Würde wurzelnden Autonomie. Mag diese Entscheidung im Hinblick auf die Risiken der Operation, die Ungewissheit psychischer Folgen und den fehlenden Eigennutzen unverständlich erscheinen, so ist sie dennoch als Ausdruck individueller Autonomie zu respektieren. Eine Gefahr für die Menschenwürde der Spenderin, die eine staatliche Schutzpflicht begründen würde, ist daher nicht ersichtlich.

b) Schutz der Gesundheit der Spenderin

Risiken für die Gesundheit der Spenderin aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG sind in physiologische Risiken und psychische Spätfolgen zu unterteilen.

33) BVerfGE 30, 250, 263; 25, 1, 12.

34) BVerfGE 39, 210, 226; 38, 61, 87; 25, 1, 17.

35) BVerfGE 40, 196, 223; 37, 1, 20; 36, 1, 17; 5, 85, 126 ff.

36) BVerfGE 39, 210, 225 ff.; 30, 250, 263; 25, 1, 12 f., 17.

37) BVerfGE 17, 269, 277 ff.; 11, 30, 45; 7, 377, 415.

38) BVerfG, MedR 2020, 563, 565 m. Anm. Duttge; BVerfG, NJW 2008, 1137, 1138.

39) BVerfG, MedR 2020, 563, 566 m. Anm. Duttge.

40) BVerfGE 50, 290, 334.

41) So zu Gefahren für das Kindeswohl durch Inzestbeziehungen BVerfG, NJW 2008, 1137, 1139.

42) BVerfGE 34, 369, 382; 1, 97, 104.

43) BVerfG, Nichtannahmebeschl. v. 19. 6. 2019 – 2 BvR 2299/15 –, BeckRS 2019, 12855, Rdnr. 27; BVerfG, NJW 2019, 2012; zur Herleitung BVerfGE 46, 160, 164; 39, 1, 20.

44) Vgl. BVerfG, MedR 2020, 563, 565 ff. m. Anm. Duttge.

45) Krit. zu diesem Arg. Dreier, in: Dreier, GG, Art. 1 Abs. 1 GG, Rdnr. 114; zutreffend krit. für die Leihmutterchaft Starck, in: Von Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 1 GG, Rdnr. 97 und Taupitz, in: Günther/Taupitz/Kaiser, ESchG, 2. Aufl. 2014, § 1 Abs. 1 Nr. 7 ESchG, Rdnr. 15; zum Widerspruch zw. diesem Arg. und der Duldung „reproduktiver Reisen“ Frister, medstra 2016, 321, 322.

46) BVerwG, NVwZ 2002, 598, 603; BVerwG, NJW 1982, 664, 665; krit. zu den Peep-Show Urteilen schon Discher, Jus 1991, 642.

47) Dreier, in: Dreier, Art. 1 Abs. 1 GG, Rdnr. 150; Herdegen, in: Maunz/Dürig, 90. EL Februar 2020, Art. 1 Abs. 1 GG, Rdnr. 79; Hufen, Jus 2010, 1, 4; ausführlich und m. w. Nw. Geddert-Steinacher, Die Menschenwürde als Verfassungsbegriff, 1990, S. 86 ff.

48) BVerfG, MedR 2020, 563, 565 m. Anm. Duttge; s. auch BVerfG NJW 1977, 1525, 1526.

49) Dreier, in: Dreier, Art. 1 Abs. 1 GG, Rdnr. 150; Herdegen, in: Maunz/Dürig, Art. 1 Abs. 1 GG, Rdnr. 79; Hufen, Jus 2010, 1, 4.

Die Spenderin ist den Operationsrisiken eines komplexen 10 bis 13 stündigen Eingriffs ausgesetzt⁵⁰. Darunter fallen z.B. Gewebeverletzungen, Reaktionen gegen die Anästhesie, Infektionen und Blutungen⁵¹. Auch besteht bei einer prämenopausalen Entfernung des Uterus das erhöhte Risiko einer Dysfunktion der Eierstöcke, die eine Hormonersatztherapie nach sich ziehen kann⁵². Bisherige Empfängerinnen eines Uterus wiesen außerdem eine erhöhte Infektionsanfälligkeit sowie die erhöhte Gefahr von Präeklampsie⁵³ auf, deren Ursache unklar ist⁵⁴. Neben gesicherten Operationsrisiken bestehen daher Anhaltspunkte für weitere physiologische Risiken.

Über den Wortlaut des Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG hinaus werden ausgehend vom weiten Schutzbereichsverständnis auch psychisch-seelische Pathologien⁵⁵ und solche psychischen Beeinträchtigungen erfasst, die körperlichen Beeinträchtigungen gleichstehen⁵⁶. Es liegt das Argument nahe, man führe bei der Spenderin den Zustand uteriner Infertilität herbei, den man bei der Empfängerin durch die Spende gerade heilt. Diese Argumentation überzeugt nicht. Die Spenderin entscheidet sich aus freiem Willen für die Spende. Die psychischen Folgen der unfreiwillig fehlenden oder funktionslosen Gebärmutter sind daher nicht übertragbar. Der Krankheitswert der uterinen Infertilität folgt nach richtiger Auffassung⁵⁷ nicht aus dem Zustand der fehlenden oder funktionslosen Gebärmutter als solchem, sondern erst aus der daraus resultierenden Unerfüllbarkeit des Kinderwunsches. Sollte jedoch kein Kinderwunsch bestehen, und nur dann spendet eine Frau ihre Gebärmutter, ist dieser Krankheitswert nicht erreicht. Das auf Freiwilligkeit beruhende Fehlen der Gebärmutter begründet für sich genommen nicht die Gefahr psychischer Pathologien oder mit Schmerzen vergleichbarer Zustände.

Mitunter wird auf das Risiko von Dysfunktionen im Sexualleben und nachfolgenden Depressionen hingewiesen⁵⁸. Dem entspricht die besondere Bedeutung der Gebärmutter für die weibliche Identität⁵⁹. Auch können Komplikationen mit dem Uterus während der Schwangerschaft zu einem medizinisch indizierten Schwangerschaftsabbruch führen. Das belegt eine Langzeitstudie aus dem Jahre 2019⁶⁰. Es ist durchaus nachvollziehbar, dass die Spenderin den Verlauf der Schwangerschaft verfolgen wird, da sie einen erheblichen physischen und psychischen Aufwand zur Ermöglichung dieser Schwangerschaft geleistet hat. Endet diese Schwangerschaft mit einem, unter Umständen späten, Schwangerschaftsabbruch, so sieht sich die Spenderin nicht nur mit der Erfolglosigkeit ihrer Spende konfrontiert, sondern eben auch mit dem Tod des Fötus, dem sie mit ihrer Spende zum Leben verhelfen wollte. Dies birgt für die Spenderin eine höhere Gefahr psychischer Pathologien als etwa eine erfolglose Nierenspende.

Das Fehlen des Uterus lässt für sich genommen keinen psychischen Krankheitswert bei der Spenderin erwarten. Dass mögliche sexuelle Beeinträchtigungen sowie ein möglicher Schwangerschaftsabbruch zu Depressionen oder anderen psychischen Pathologien führen, ist schlüssig und kann vom Gesetzgeber vertretbar angenommen werden.

c) Autonomieschutz

Trotz der Gesundheitsrisiken kann die Spenderin sich grundsätzlich autonom für die Spende entscheiden. Den Gesetzgeber trifft jedoch die Pflicht, diese Autonomie zu schützen, um mittelbar die Gesundheit zu schützen. Die Autonomie ist insbesondere gefährdet, wenn Druck auf die Spenderin ausgeübt wird⁶¹. Ein Totalverbot müsste von dem Gedanken getragen sein, jede Beziehung zwischen Spenderin und Empfängerin berge die Gefahr unzulässigen Drucks. Die in § 8 Abs. 1 S. 2 TPG zum Ausdruck kommende Einschätzung des Gesetzgebers, dass die Freiwilligkeit einer Organspende nur bei Verwandten und sonstigen nahestehenden Personen zu vermuten ist, hat das BVerfG als vom Beurteilungsspielraum gedeckt angesehen⁶².

Der BGH kam zu der Auffassung, dass nach allgemeiner Erfahrung gerade bei nahestehenden Personen davon auszugehen sei, dass die potenzielle Spenderin die Spende als sittliche Pflicht empfinde⁶³. Überzeugend kann man diesen Gedanken dahingehend weiterführen, dass bei nahestehenden Personen die Freiwilligkeit nicht zu vermuten sei, sondern, im Gegenteil, enge persönliche Beziehungen *erst recht* die Gefahr von unbewusstem Druck oder Zwang bergen⁶⁴. Ausgehend davon ist es vertretbar, wenn der Gesetzgeber die Gefahr von Druck für die Autonomie in jeder zwischenmenschlichen Beziehung prognostiziert.

Aber auch unterhalb der Schwelle von konkretem Druck und Zwang durch Dritte können gesellschaftliche Einflüsse zu einer Beeinträchtigung der Freiwilligkeit der Spenderin führen⁶⁵. So ist es nicht auszuschließen, dass eine mögliche Spenderin sich der gesellschaftlichen Erwartungshaltung ausgesetzt sieht, einer anderen Frau den Kinderwunsch zu ermöglichen, wenn sie selbst keinen Kinderwunsch (mehr) hat.

Ferner kann wirtschaftliche Not zur Ausbeutung der Spenderin führen. Der EGMR hat in seiner viel beachteten Entscheidung vom 1. 4. 2010⁶⁶ zum Verbot der Eizellspende die Gefahr der Ausbeutung als Argument gegen Reproduktionsmedizin im Generellen gelten lassen. Das Verbot einer bestimmten reproduktionsmedizinischen Maßnahme lasse sich damit jedoch nicht begründen, wenn Regulierungsmöglichkeiten und Schutzmaßnahmen erlassen werden können⁶⁷. Jedoch birgt die Gebärmuttertransplantation aufgrund des aufwendigen invasiven Eingriffs andere Risiken als die Entnahme von Eizellen. Ausgehend von dem unter 1. dargestellten Beurteilungs- und Prognosespielraum kann der Gesetzgeber den vertretbaren Schluss ziehen, nur ein Totalverbot begegne der Gefahr von Ausbeutung effektiv, da das mit Sicherungsmaßnahmen und Verfahrensvorschriften verbleibende Restrisiko einer Ausbeutung angesichts der durchaus schwerwiegenden physiologischen Risiken sowie der unbekanntenen psychischen Risiken für die Spenderin nicht in Kauf genommen werden könne.

d) Ergebnis hinsichtlich staatlicher Schutzpflichten zugunsten der Spenderin

Eine Schutzpflicht zugunsten der Menschenwürde der Spenderin, die zu einem obligatorischen Totalverbot führt

-
- 50) Brännström et al., *Fertility and Sterility* 2014, 101: 1228, 1233.
 51) Bozzaro et al., *Ethik Med* 2019, 113, 121; Farrell/Falcone, *Lancet* 2015, 385: 581.
 52) Kisu et al., *Reprod Sci* 2013, 1406, 1408f.; Moorman et al., *Obstet Gynecol Clin North Am* 2011, 118: 1271, 1272.
 53) Präeklampsie ist eine in der Schwangerschaft auftretende Komplikation, die mit einer Erhöhung des Blutdrucks und der Ausscheidung von Proteinen im Harn einhergeht, s. Goerke (2020) Präeklampsie auf Psychembel online, abgerufen am 16. 4. 2020.
 54) Arora/Blake, *J Med Ethics* 2014, 396, 398; Farrell/Falcone, *Lancet* 2015, 385: 581, 582.
 55) BVerfGE 115, 276, 304f.
 56) BVerfGE 56, 54, 75.
 57) So überzeugend Bozzaro et al., *Ethik Med* 2019, 113, 116.
 58) Kisu et al., *Reprod Sci* 2013, 1406, 1409.
 59) Bozzaro et al., *Ethik Med* 2019, 113, 121; Landau, *J Reproductive and Infant Psychology* 2007, 25: 5, 7.
 60) Järholm et al., *Fertility and Sterility* 2020, 114: 407, 413.
 61) BVerfG, *MedR* 2020, 563, 566 m. Anm. Duttge.
 62) BVerfG, *MedR* 2000, 28, 31 m. Anm. Seidenath.
 63) BGH, *MedR* 2019, 554, 558 m. Anm. Prütting.
 64) So Rittner/Besold/Wandel, *MedR* 2001, 118, 121; krit. zur Vermutung der Freiwilligkeit zw. nahestehenden Personen Parzeller/Henze/Bratzke, *KritV* 2004, 371, 383; Schroth, *JZ* 1997, 1149, 1153; ähnlich Catsanos/Rogers/Lotz, *Bioethics* 2013, 27:65, 71.
 65) BVerfG, *MedR* 2020, 563, 567 m. Anm. Duttge.
 66) EGMR, *Entsch. v. 1. 4. 2010 – 57813/00*, BeckRS 2010, 13057.
 67) EGMR, *Entsch. v. 1. 4. 2010 – 57813/00*, BeckRS 2010, 13057 Rdnr. 77.

te, besteht nicht. Der Gesetzgeber verfolgt jedoch einen legitimen Zweck, wenn er mit dem Verbot seine staatliche Schutzpflicht des in der Verfassung begründeten Autonomie- und Gesundheitsschutzes verfolgt. Neben belegbaren Operationsrisiken und Folgerisiken sowie vertretbaren Gefahren für die psychische Gesundheit bestehen schlüssige Gefahren für die Freiwilligkeit der Spenderin.

3. Kindeswohl

a) Verfassungsrechtliche Berücksichtigung des Kindeswohls
Das Wohl des ungeborenen Kindes gilt als Schutzgut vieler Strafvorschriften des ESchG. So sind etwa die Verbote der Eizellspende (§ 1 Abs. 1 Nr. 1 ESchG) und der Leihmutter-schaft (§ 1 Abs. 1 Nr. 7 ESchG) von der Erwägung des Wohls des ungeborenen Kindes getragen⁶⁸. Das Kindeswohl ist verfassungsrechtlich im allgemeinen Persönlichkeitsrecht des Kindes aus Art. 2 Abs. 1 i. V. mit Art. 1 Abs. 1 GG, dem Recht auf Gesundheit aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG sowie der Elternverantwortung aus Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG verankert⁶⁹. Dem Staat kommt insoweit ein Wächteramt zu, das ihn verpflichtet, die elterliche Pflichtenwahrnehmung im Hinblick auf das „Wie“ und das „Ob“ in Ausrichtung auf das Kindeswohl sicherzustellen⁷⁰.

Eine Vorwirkung von Schutzpflichten auf noch nicht gezeugte Personen wird zurecht überwiegend angenommen⁷¹. Für die objektiv-rechtliche Verpflichtung des Staates, die in den Grundrechten verbürgten Rechtsgüter zu schützen, ist es ausreichend, dass zukünftig irgendein eventuell existierender Rechtsgutsträger Schaden nehmen könnte⁷². Dafür spricht, dass das Kindeswohl per se ein in die Zukunft gerichtetes Konzept ist, indem es die Kindesentwicklung in den Blick nimmt⁷³. Wenn Gefahren für das Kindeswohl nur zu diesem Zeitpunkt wirksam begegnet werden kann, so ist es sachgerecht, die Schutzpflichten auf diesen vorwirkenden Zeitraum zu erstrecken. Auch das BVerfG hat das Bestehen staatlicher Schutzpflichten unabhängig von einem grundrechtsfähigen Subjekt angenommen⁷⁴.

Ob es indes dem Wohl des Kindes dienen kann nicht auf die Welt zu kommen, wird mit Blick auf Art. 1 Abs. 1 GG kontrovers diskutiert. Das Schrifttum⁷⁵ lehnt die Vereinbarkeit mit Art. 1 Abs. 1 GG verbreitet ab. Aus dem Recht auf Schutz des Kindes könne sich kein Recht auf Nichtexistenz ergeben⁷⁶.

Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass im Vergleichsfall natürlicher Fortpflanzung auch dann kein Verbot in Betracht kommt, wenn die hohe Wahrscheinlichkeit besteht, dass das Kind an einer schwerwiegenden Erbkrankheit leiden wird⁷⁷. Dies liegt mitunter darin begründet, dass der Staat nicht nur in die Fortpflanzungsfreiheit, sondern auch in den Kern persönlicher Intimsphäre eingreifen würde⁷⁸. Dieses Argument gilt nicht für das Verbot der Gebärmuttertransplantation. Ein solches Verbot richtete sich an den beteiligten Arzt als Dritten und stellte damit keinen Eingriff in die Intimsphäre dar⁷⁹.

Zu beachten ist ferner der unterschiedliche Ursprung der Kindeswohlgefährdung im Falle natürlicher Fortpflanzung und im Falle reproduktionsmedizinischer Maßnahmen. Sofern erst die Anwendung der Methode als solche die (prognostizierte) Gefahr von schwerwiegenden Schädigungen birgt, ist dies nicht vergleichbar mit dem Fall, dass Erbanlagen der Eltern die Gefahr von schwerwiegenden Schädigungen bergen. Der Gesetzgeber bewertet nicht die Wertigkeit des Lebens eines späteren Kindes, sondern die Folgen der systematischen Anwendung einer Methode. Kann die Methode systematisch zur Geburt von Kindern führen, deren Leben von schwerwiegenden Beeinträchtigungen geprägt wäre, so muss der Gesetzgeber diese Methode verbieten können⁸⁰. Die Allgemeinheit kann ihrer Verpflichtung für ein menschenwürdiges Leben von Menschen mit Behinderung nur dann langfristig nachkommen,

wenn derartige Beeinträchtigungen dem Schicksal überlassen bleiben⁸¹. Das Bestehen schlüssiger Gefahren vorausgesetzt kann das Kindeswohl daher als legitimer Zweck herangezogen werden, um den Eingriff zu rechtfertigen, der mit einem Verbot reproduktionsmedizinischer Maßnahmen verbunden ist⁸².

b) Pauschalargument Kindeswohl:
Zwischen Anhaltspunkten und Vermutungen

Die Risiken für das Kindeswohl lassen sich in physiologische Risiken und solche, die die Identitätsfindung des Kindes betreffen, unterteilen. Als Risiko für das Kind wird die Verabreichung von Immunsuppressiva an die Mutter angeführt⁸³, die die Abstoßung des implantierten Organs verhindern sollen. Jahrzehntelange Erfahrungen zeigen aber, dass es bei Kindern von Müttern, die infolge einer Organtransplantation während der Schwangerschaft Immunsuppressiva einnahmen, nicht häufiger zu Fehlbildungen oder Wachstumsstörungen kommt als bei anderen Kindern⁸⁴.

Bei bisherigen Uterustransplantationen ließ sich jedoch eine erhöhte Gefahr der für das Kind gefährlichen Frühge-

68) Taupitz, in: *Günther/Taupitz/Kaiser*, § 1 Abs. 1 Nr. 1 ESchG, Rdnr. 5, § 1 Abs. 1 Nr. 7 ESchG, Rdnr. 10.

69) BVerfG, NZFam 2017, 261, 265; *Badura*, in: *Maunz/Dürig*, Art. 6 GG, Rdnr. 115; *Di Fabio*, in: *Maunz/Dürig*, Art. 2 Abs. 1 GG, Rdnr. 208; *Kunig*, in: *von Münch/Kunig*, Art. 1 GG, Rdnr. 36; *Ludyga*, NZFam, 2020, 185, 187; *Maurer*, FamRZ 2013, 752, 754f.; *Müller-Terpitz*, in: *Spickhoff*, Art. 6 GG, Rdnr. 12.

70) BVerfG, NJW 2013, 847, 848; *Brosius-Gersdorf*, in: *Dreier* Art. 6 GG, Rdnr. 181; zum Kindeswohl auch BVerfG, NJW 2015, 223, 224f.

71) *Brohm*, JuS 1998, 197; *Dietlein*, Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten, 2. Aufl. 2005, S. 126f.; *Heun*, JZ 2002, 517, 523, Fn. 105; *Müller-Terpitz*, Schutz des pränatalen Lebens, S. 107; *Prehn*, MedR 2011, 559, 564; *Reinke*, Fortpflanzungsfreiheit und das Verbot der Fremdeizellspende, 2008, S. 153ff.; eine Vorwirkung ablehnend *Hassemer*, abw. Meinung BVerfG, NJW 2008, 1137, 1143; *Hilgendorf*, in: FS f. *Maurer*, 2001, 1147, 1159; an die spätere Existenz eines Grundrechtsträgers anknüpfend *Gülzow*, GesR 2017, 552, 555; *Schlüter*, Schutzkonzepte für menschliche Keimbahnzellen in der Fortpflanzungsmedizin, 2008, 131.

72) *Dietlein*, Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten, 2. Aufl. 2005, S. 126; *Hermes*, Das Grundrecht auf Schutz von Leben und Gesundheit, 1987, S. 216; *Prehn*, MedR 2011, 559, 564; *Reinke*, Fortpflanzungsfreiheit und das Verbot der Fremdeizellspende, 2008, S. 153ff.; ähnlich *Kersten*, NVwZ 2018, 1248, 1250.

73) *Reinke*, Fortpflanzungsfreiheit und das Verbot der Fremdeizellspende, 2008, S. 153.

74) BVerfGE 39, 1, 41.

75) *Bernat*, MedR 1991, 308, 310; *Coester-Waltjen*, in: Fortpflanzungsmedizin in Deutschland, 2000, 158; *Gülzow*, GesR 2017, 552, 556; *Hassemer*, abw. Meinung BVerfG, NJW 2008, 1137, 1143; *Hilgendorf*, in: FS f. *Maurer*, 2001, 1147, 1159; *Koch*, MedR 1986, 259, 261; *Ludyga*, NZFam 2020, 185, 189; *Reinke*, Fortpflanzungsfreiheit und das Verbot der Fremdeizellspende, 2008, S. 155.

76) *Bernat*, MedR 1991, 308, 310; *Hollenbach*, in: *Lorenz*, Rechtliche und ethische Fragen der Reproduktionsmedizin, 2002, 82, 87; *Reinke*, Fortpflanzungsfreiheit und das Verbot der Fremdeizellspende, 2008, S. 155.

77) Leopoldina, Fortpflanzungsmedizin in Deutschland, 2019, S. 38.

78) Leopoldina, Fortpflanzungsmedizin in Deutschland, 2019, S. 38; *Keller*, in: FS f. *Tröndle*, S. 705, 714f.

79) Leopoldina, Fortpflanzungsmedizin in Deutschland, 2019, S. 38.

80) Leopoldina, Fortpflanzungsmedizin in Deutschland, 2019, S. 38; ähnlich *Keller*, in: FS f. *Tröndle*, S. 705, 715.

81) Leopoldina, Fortpflanzungsmedizin in Deutschland, 2019, S. 38.

82) So i. E. auch OLG München, MedR 2018, 415, 417f. m. Anm. *Inthorn, Pisani*.

83) *Krefß*, MedR 2016, 242, 246; Schweizerische Nationale Ethikkommission Stellungnahme Nr. 29/2018, S. 12.

84) *Büchler/Schlumpf*, Jusletter 1. 5. 2017, 8; *Liu et al.*, J Obstet Gynaecol Res 2020, 46: 357, 364; *Johannesson/Järholm* Int J Women's Health 2016, 8: 43, 47; krit. *Krefß*, MedR 2016, 242, 246 m. w. N.

burtlichkeit erkennen, wobei die Ursache dafür noch unklar ist⁸⁵. Auch wenn diese Kinder bisher gesundheitlich keine Auffälligkeiten aufweisen⁸⁶, sind Frühgeburtlichkeit und geringes Geburtsgewicht mit einer Reihe von Risiken verbunden⁸⁷. Auch ist immer ein Kaiserschnitt erforderlich⁸⁸, der Risiken⁸⁹ für das Kind birgt. Zudem bestehen die mit jeder IVF zusammenhängenden Risiken⁹⁰, die jedoch bisher kein Verbot der IVF begründen konnten. Ein Kaiserschnitt kann durchaus auch bei natürlicher Befruchtung notwendig sein und erhöht die physiologischen Risiken gegenüber der IVF nur marginal. Allerdings gilt es die Langzeitfolgen der erhöhten Frühgeburtlichkeitsrate im Blick zu behalten.

Im Gegensatz zu den physiologischen Risiken ist eine erschwerte Identitätsfindung nicht prognostizierbar. Die gespaltene Mutterschaft, die durch die Strafnormen der § 1 Abs. 1 Nr. 1, 2, 6 und 7 sowie Abs. 2 ESchG verhindert werden soll⁹¹, tritt bei der Uterustransplantation gerade nicht ein. Die gespaltene Mutterschaft beschreibt das Auseinanderfallen von genetischer Mutter einerseits und austragender und damit rechtlicher Mutter andererseits⁹². Rechtliche Mutter ist nach dem in § 1591 BGB statuierten Grundsatz *mater semper certa est* die Frau, die das Kind geboren hat. Im Falle der Leihmutterschaft ist dies die austragende Mutter, während genetische Mutter die Spenderin der Eizelle – also die Wunschmutter oder eine Dritte – ist. Bei der Uterustransplantation und der Befruchtung einer Eizelle der Empfängerin ist die Empfängerin sowohl rechtliche als auch genetische Mutter.

Zudem lässt sich der Sinn und Zweck der Vermeidung einer gespaltenen Mutterschaft nicht auf die Uterustransplantation übertragen. Zunächst wird die Kenntnis des Kindes davon, dass mehr als zwei Personen seine Existenz mitbedingt haben, als das Kindeswohl gefährdend angesehen⁹³. Zwar haben auch bei der Geburt eines Kindes mittels gespendetem Uterus mehr als zwei Personen die Geburt mitbedingt, da die Spenderin einen notwendigen Beitrag zur Geburt leistet. Das Kind wird sich aber nicht zu der Spenderin hingezogen fühlen, wenn rechtliche und genetische Mutter übereinstimmen.

Darüber hinaus wird im Falle der gespaltenen Mutterschaft die Gefahr gesehen, dass die selbst kinderlose Spenderin Einfluss auf das ihr genetisch zugehörige Kind nimmt und dadurch Identitätskonflikte beim Kind auslöst⁹⁴. Ein Wunsch von Seiten der Spenderin und auch des Kindes einander kennenzulernen ist nicht auszuschließen. Die Spenderin hat aber weder eine genetische noch eine pränatale Verbindung zum Kind. Auch spendet eine Frau nur dann ihre Gebärmutter, wenn sie keinen Kinderwunsch (mehr) hat. Weder die Spenderin noch das Kind werden daher von einer Art der Mutter-Kind-Beziehung ausgehen, die Identitätskonflikte erwarten lässt.

Allerdings hat der Gesetzgeber das Wissen des Kindes um die Risiken, welche die Leihmutter eingegangen ist, als Risiko für das psychische Wohl des Kindes angesehen⁹⁵. Dem Gedanken folgend kann man die Kenntnis des Kindes von den gesundheitlichen Risiken für die Uterusspenderin ebenso als das psychische Kindeswohl gefährdend ansehen. Dies wird dadurch relativiert, dass die Gesetzesbegründung neben den Gesundheitsgefahren für die Leihmutter auf die psychischen Konflikte der Beteiligten abstellt, die bei der Uterustransplantation abwegig sind.

Keine Gefährdung des Kindeswohls ist dadurch zu erwarten, dass das Kind möglicherweise als Projekt oder Objekt überdehnter Projektionen Erwachsener erscheine⁹⁶. Entscheidend für das Kindeswohl ist die Eltern-Kind-Beziehung während der Kindheit⁹⁷. Davon ausgehend lässt der hohe Aufwand in finanzieller, zeitlicher, physischer und psychischer Hinsicht eine für das Kind positive Eltern-Kind-Beziehung erwarten.

c) Ergebnis hinsichtlich des Kindeswohls als legitimer Zweck

Im Ergebnis kann das Kindeswohl das Verbot einer Reproduktionsmethode rechtfertigen. Für das geistig-seelische Wohl des Kindes lassen sich keine plausiblen Risiken erkennen. Der obligatorische Kaiserschnitt erhöht die Risiken der unstreitig erlaubten IVF nur geringfügig. Ursache und Folgen der erhöhten Frühgeburtlichkeit sind noch nicht geklärt und daher gegenwärtig Gegenstand von Prognosen, die im Rahmen der Angemessenheit zu berücksichtigen sind.

4. Legitimer Zweck bei der postmortalen Uterusspende?

Nach dem heutigen Stand der Forschung wurden Kinder bereits erfolgreich mit den Uteri von toten Spenderinnen geboren⁹⁸. Die postmortale Uterusspende ist einer Reihe von medizinischen und praktischen Bedenken ausgesetzt⁹⁹, weshalb ihre Praxisrelevanz bisher gering ausfällt und auch in Zukunft gering ausfallen wird. Ob das Organ einer toten Spenderin ausgehend von der deutlich geringeren Erfolgsaussicht überhaupt „geeignet“ und damit gemäß § 8 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 TPG vorrangig gegenüber dem Organ einer Lebendspenderin sein kann, ist fraglich¹⁰⁰ und verdeutlicht erneut, dass das geltende TPG keinen geeigneten Rechtsrahmen bietet. In Bezug auf die tote Spenderin gilt es lediglich ihr allgemeines Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 Abs. 1 i. V. mit Art. 1 Abs. 1 GG, welches gestützt auf Art. 1 Abs. 1 GG postmortal fortwirkt¹⁰¹, durch Aufklärungsregelungen zu Lebzeiten zu schützen.

Die postmortale Samenspende ist mit Blick auf die Identitätsfindung des Kindes gemäß § 4 Abs. 1 Nr. 3 ESchG

85) *Arova/Blake*, J Med Ethics 2014, 40: 396, 398; *Farrell/Falcone*, Lancet 2015, 385: 581, 582.

86) *Brännström/Dahm Kähler et al.*, Transplantation 2018, 102: 569, 574f.

87) Schweizerische Nationale Ethikkommission Stellungnahme Nr. 29/2018, S. 11f. m. w. N.

88) *Brännström*, Uterus transplantation: abrufbar unter http://seud.org/wp-content/uploads/2016/05/SATURDAY_14_KNL3_BRANNSTROM.pdf; Zugriff am 16. 4. 2021.

89) Zu möglichen Folgen des Kaiserschnitts für die Kindesentwicklung *Janus*, in: *Eckart/Kneuper*, Zur sozialen Konzeption des Kindes, 2006, S. 109, 116.

90) *Ludwig/Ludwig*, in: *Diedrich/Ludwig/Griesinger*, Reproduktionsmedizin, 2013, S. 548, 553, führen ein erhöhtes Fehlbildungsrisiko an; auf das erhöhte Risiko vaskulärer Dysfunktion weisen *Scherrer et al.*, Circulation 2012, 125: 1890, 1892ff. hin.

91) BT-Dr. 11/5460, S. 7ff.; krit. zur Gefährdung des Kindeswohls nach heutigen Erkenntnissen *Leopoldina*, Fortpflanzungsmedizin in Deutschland, 2019, S. 70; *Taupitz*, in: *Günther/Taupitz/Kaiser*, ESchG, 2. Aufl. 2014, § 1 Abs. 1 Nr. 7 ESchG, Rdnr. 12 m. w. N.

92) *Taupitz*, in: *Günther/Taupitz/Kaiser*, Kap. B, Rdnr. 21.

93) BT-Dr. 11/5460, S. 7.

94) BT-Dr. 11/5460, S. 7.

95) BT-Dr. 11/5460, S. 15.

96) Darauf weist *Kreß*, MedR 2016, 242, 246ff. hin.

97) *Frister*, medstra 2016, 321, 322; *Frister*, in: Aktuelle Entwicklungen im Medizinstrafrecht, 2013, S. 81, 94; *Leopoldina*, Fortpflanzungsmedizin in Deutschland, 2019, S. 70; *Taupitz*, in: *Günther/Taupitz/Kaiser*, § 1 Abs. 1 Nr. 1 ESchG, Rdnr. 7.

98) *Ejzenberg et al.*, Lancet 2018, 392: 2976.

99) *Bozzaro et al.*, Ethik Med 2019, 113, 116 weisen auf die geringe Zahl der Spenderinnen hin; *Beckmann et al.*, Der Gynäkologe 2017, 393f. sowie *Johannesson/Järholm*, Int J Women's Health, 2016, 8: 43, 45 führen die eingeschränkte Planbarkeit, längere Ischämiezeiten und die erhöhte Gefahr der Transplantation eines infizierten Uterus an.

100) Vgl. dazu *Lipp*, in: *Laufs/Katzenmeier/Lipp*, Arztrecht, 7. Aufl. 2015, VI, Rdnr. 36, Fn. 108 m. w. N.

101) *Di Fabio*, in: *Maunz/Dürig*, Art. 2 Abs. 1 GG, Rdnr. 226, Fn. 6 m. w. N.

verboten. Die Erwägungen des Verbots der postmortalen Samenspende lassen sich aber nicht auf die Uterustransplantation übertragen. § 4 Abs. 1 Nr. 3 ESchG fand seinen Weg in das ESchG erst durch die Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses¹⁰², der zum geschützten Rechtsgut keinen Hinweis enthält. Lediglich in einer Vorbemerkung im allgemeinen Teil der Begründung zum ESchG wird auf die Wahrung des Kindeswohls verwiesen¹⁰³. Das Schrifttum geht in der Folge davon aus, dass – wenn überhaupt – nur in der Kenntnis des Kindes von dem Umstand, dass der Vater im Zeitpunkt der Zeugung bereits verstorben war, eine Gefährdung für das Kindeswohl gesehen werden könne¹⁰⁴. Unabhängig davon, ob diese Prognose zu überzeugen vermag, lässt sie sich nicht auf die postmortale Uterusspende übertragen: im Unterschied zur Samenspende mit dem Samen eines nach der Spende Verstorbenen stammt das Kind bei der Uterusspende nicht von der verstorbenen Uterusspenderin ab. Die Uterusspenderin spendet lediglich ein Organ, während der Samenspender mit dem Samen eine männliche Keimzelle spendet. Die Kenntnis des Kindes vom Tod der Spenderin zum Zeitpunkt der Spende lässt mangels genetischer Abstammung keine negative Beeinflussung der Identitätsfindung des Kindes erwarten. Der obligatorische Kaiserschnitt sowie eine erhöhte Frühgeburtlichkeitsrate reichen für sich genommen nicht als Begründung für ein Verbot der postmortalen Uterusspende aus.

IV. Geeignetheit und Erforderlichkeit

Bezüglich der Geeignetheit des Verbots steht dem Gesetzgeber eine Einschätzungsprärogative zu¹⁰⁵. Gilt die Uterustransplantation tatsächlich als gefahrträchtig, so kann ihr Verbot den erstrebten Schutz zumindest fördern.

Als milderes Mittel zur Sicherstellung der Freiwilligkeit der Spendeentscheidung kommt etwa die Einschaltung einer Lebendspendekommission in Betracht, wie sie in § 8 Abs. 3 S. 2 TPG vorgesehen ist. Da die Freiwilligkeit der Spende für Dritte aber nur begrenzt feststellbar ist¹⁰⁶, sind solche Sicherungsmaßnahmen jedenfalls nicht in gleichem Maße geeignet den Autonomie- und Gesundheitsschutz zu erreichen. Wie sich die Forschung der Xenotransplantation, also die Übertragung artfremder Zellen, Organe oder Gewebe¹⁰⁷, als mögliche Alternative entwickelt, bleibt abzuwarten. Zum jetzigen Zeitpunkt kommt sie als milderes Mittel nicht in Betracht.

V. Angemessenheit

1. Verhältnis zur Leihmutterchaft

Der Empfängerin wird ein wesentlicher Bestandteil der Fortpflanzungsfreiheit, nämlich die Austragung eines genetisch eigenen Kindes, unmöglich gemacht. Vorbehaltlich sei darauf hingewiesen, dass auch eine Legalisierung der Leihmutterchaft, die in Deutschland gemäß § 1 Abs. 1 Nr. 7 ESchG (noch)¹⁰⁸ strafbewehrt ist, dies nicht ermöglichen würde. Um nicht nur genetische, sondern auch gemäß § 1591 BGB unmittelbar rechtliche Mutter durch Geburt des Kindes zu werden, bleibt der Frau nur die Gebärmuttertransplantation¹⁰⁹.

Auch kann die Leihmutterchaft der potenziellen Uterusempfängerin das Erlebnis der Schwangerschaft nicht bieten. Zwar fehlt es für die Uterustransplantation an der Möglichkeit, die Beckennerven der Empfängerin mit dem Uterus zu verbinden¹¹⁰, sodass das nervliche Empfinden von dem Empfinden einer Schwangerschaft mittels eigener Gebärmutter divergieren kann. Das Erlebnis der Schwangerschaft resultiert aber auch daraus, dass die Frauen sichtbar und fühlbar schwanger sind und von der Gesellschaft als schwanger gesehen werden¹¹¹, sodass das

Argument erlebter Schwangerschaft dennoch Geltung beansprucht.

Viele Paare lehnen die Leihmutterchaft darüber hinaus aus ethischen oder religiösen Gründen ab¹¹². Ein Vorbehalt gegenüber der Leihmutterchaft wird in verschiedenen Studien deutlich¹¹³: Im Vereinigten Königreich, wo die Leihmutterchaft zulässig ist, gab die Mehrheit von Frauen an, dass sie die Uterustransplantation der Leihmutterchaft vorziehen würden. Ähnliche Ergebnisse ergaben Befragungen in Schweden und Japan. In Japan ergab eine große Umfrage sogar, dass die Akzeptanz der Uterustransplantation doppelt so hoch sei wie die der Leihmutterchaft.

Für Paare, die die Leihmutterchaft ablehnen, bleibt unabhängig von einer Legalisierung ebendieser nur die Möglichkeit der Uterustransplantation, um sich den Wunsch vom (genetisch) eigenen Kind zu erfüllen. Ein Verbot der Uterustransplantation bei gleichzeitiger Legalisierung der Leihmutterchaft würde für diese Paare weiterhin gravierend in die Fortpflanzungsfreiheit aus Art. 6 Abs. 1 GG eingreifen.

2. Abwägung von Fortpflanzungsfreiheit und Handlungsfreiheit mit Autonomie- und Gesundheitsschutz sowie Kindeswohl

Die *Montreal Criteria* zur ethischen Durchführbarkeit der Uterustransplantation¹¹⁴ zeigen, dass die Abwägung der dargestellten Grundrechte und Schutzpflichten auch eine solche von Nichtschadensprinzip (*principle of non-maleficence*) und Autonomie (*principle of autonomy*) unter Berücksichtigung des Nutzens (*principle of beneficence*) ist. Die Verteilungsgerechtigkeit (*principle of justice*) spielt derzeit in Deutschland eine untergeordnete Rolle, da einfallabhängig die Möglichkeit besteht, dass die gesetzliche Krankenversicherung die Kosten für die Transplantation im Rahmen einer Krankenbehandlung gemäß § 27 Abs. 1 S. 5 SGB V übernimmt¹¹⁵.

Zunächst wird der Empfängerin körperlicher Schaden zugefügt, indem sie den Operations- und Folgerisiken der Implantation vor und der Explantation nach der Geburt ausgesetzt ist. Ihr wird allerdings die Erfüllung des zuvor unerfüllbaren Kinderwunsches ermöglicht. Ausgehend von der Bedeutung des Uterus¹¹⁶, einer eigenen Schwanger-

102) BT-Dr. 11/8057, S. 16; s. zur urspr. Fassung des ESchG BT-Dr. 11/5460, S. 4, 10.

103) BT-Dr. 11/5460, S. 6.

104) Krüger, Das Verbot der post-mortem-Befruchtung, 2010, S. 16; Müller-Terpitz, in: Spickhoff, Medizinrecht, 3. Aufl. 2018, § 4 ESchG, Rdnr. 1; Taupitz, in: Günther/Taupitz/Kaiser, § 4 ESchG, Rdnr. 27; diese Erwägung als paternalistisch kritisierend Ludyga, NZFam 2020, 185, 187.

105) Vgl. Sommermann, in: Von Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 20 GG, Rdnr. 316.

106) BVerfG, MedR 2000, 28, 31 m. Anm. Seidenath.

107) Ulsenheimer, in: Laufs/Kern, Hdb. Arztrecht, 5. Aufl. 2019, § 132, Rdnr. 51.

108) Für eine Legalisierung der Leihmutterchaft Kersten, NVwZ 2018, 1248, 1253, Fn. 42 m. v. N.; Kreß, in: Hruschka/Joerden, Jahrbuch für Recht und Ethik, 2016, 24: 113, 139 für die altruistische, nicht kommerzielle Leihmutterchaft.

109) Graef, GesR 2019, 551, 552.

110) Arora/Blake, J Med Ethics 2014, 40:396, 398; Lefkowitz et al., Transpl Int 2012, 25: 439, 442; mangels Bedeutung der Beckennerven für die Funktion des Uterus werde sich die Forschung dieser Problematik wohl auch nicht annehmen, s. Büchler/Schlumpf, Jusletter 1.5.2017, 8.

111) Arora/Blake, J Med Ethics 2014, 40: 396, 398.

112) Büchler/Schlumpf, Jusletter 1.5.2017, 6.

113) Zu den Studien Brännström et al., Transplantation 2018, 102: 569.

114) Lefkowitz et al., Transpl Int 2012, 25: 439, 445.

115) Vgl. die Antwort der BReg. v. 20.1.2020 auf eine Kleine Anfrage der FDP-Fraktion, BT-Dr. 19/16623, S. 3.

116) S. Fn. 59.

schaft¹¹⁷ und eines genetisch eigenen Kindes¹¹⁸ für die weibliche Identität ergibt sich ein hoher Nutzenfaktor auf Seiten der Empfängerin. Diese Art der Selbstverwirklichung ist als Teil der Fortpflanzungsfreiheit ein verfassungsmäßig gewährleisteter Autonomiebereich. Dass der unerfüllbare Kinderwunsch keine lebensbedrohliche Krankheit ist, ist für Transplantationen nicht (mehr) ungewöhnlich, was sich am Beispiel von lebensverbessernden Augen-, Hand- und Gesichtstransplantationen zeigt. Bedenken, insbesondere mit Blick auf das Nichtschadensprinzip, resultieren aber daraus, dass hier eine lebende Spenderin beteiligt ist, die sich körperlichen Beeinträchtigungen und psychischen Risiken aussetzt, ohne einen eigenen Krankheitswert aufzuweisen oder einen Vorteil aus der Spende zu ziehen.

Jeder kann sich in unserer freiheitlich-demokratischen Grundordnung selbst dazu entschließen, Handlungen vorzunehmen, die seine Gesundheit beeinträchtigen. Voraussetzung dafür ist stets, dass die Entscheidung freiwillig getroffen wird. Konkreter Druck, gesellschaftliche Einflüsse sowie Ausbeutung können die Freiwilligkeit und damit die Autonomie der Spenderin gefährden. In Bezug auf die Spenderin kommt es daher zum Spannungsverhältnis zwischen staatlicher Schutzpflicht zur Gewährleistung ihrer Autonomie und Gesundheit aus Art. 1 Abs. 1 S. 2 GG i. V. mit Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG einerseits und der Achtung ihrer Autonomie andererseits. Bei der Auflösung dieses Spannungskonzepts steht dem Gesetzgeber ein Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraum zu¹¹⁹. Der Staat darf die Spenderin nicht mit der Begründung vor sich selbst schützen, ihre Entscheidung erscheine im Hinblick auf die Risiken unvernünftig¹²⁰. Vielmehr besteht ein solcher staatlicher Schutz vor sich selbst nur ausnahmsweise¹²¹. Das BVerfG führt dazu aus: „Die Freiheitsgrundrechte schließen das Recht ein, von der Freiheit einen Gebrauch zu machen, der in den Augen Dritter den wohlverstandenen Interessen des Grundrechtsträgers zuwider läuft.“¹²²

Dass die Uterusspende für die Spenderin Gefahren birgt, für sie aber keinen medizinischen Nutzen hat, mag zwar nicht für jedermann verständlich sein, ist aber als Teil ihrer allgemeinen Handlungsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG zu akzeptieren, sofern ihre Autonomie im Einzelfall sichergestellt ist. Auch ist der hohe Nutzenfaktor, die Möglichkeit der Empfängerin eine Schwangerschaft zu erleben und ein genetisch eigenes Kind zu gebären, denklogisch von der Möglichkeit zur Spende abhängig. Die Risiken für die Spenderin erreichen kein Maß, welches es rechtfertigte, die Spenderin vor sich selbst zu schützen und gleichzeitig derart schwerwiegend in die Fortpflanzungsfreiheit der Empfängerin einzugreifen. Der Gesetzgeber muss von der Beurteilung derjenigen Verhältnisse ausgehen, wie sie sich bei Vorbereitung des Gesetzes darstellen¹²³. Dazu gehört der Umstand, dass in der Reihe von Transplantationen in

Schweden im Jahre 2013 nur bei einer von neun Frauen eine Beeinträchtigung in Form einer Vaginalfistel festgestellt worden ist, während die anderen acht Frauen ein Jahr nach der Spende in guter psychologischer und physischer Verfassung waren¹²⁴.

Keine Rolle spielen Autonomieerwägungen im Hinblick auf das werdende Kind, welches seine Interessen mangels Existenz noch nicht äußern kann und daher auf besonderen Schutz durch den Staat angewiesen ist. Ein Verbot, welches sich auf den Kaiserschnitt und die möglichen mittel- und langfristigen Folgen der Frühgeburtlichkeit stützte, ließe unbeachtet, dass sich die Kinder bisher ohne nennenswerte Komplikationen entwickelt haben. Vieles spricht dafür, dass die gesetzgeberische Beurteilung in den nächsten Jahren vordergründig von der Frage abhängen wird, wie sich die zu früh geborenen Kinder entwickelt haben. Zum jetzigen Zeitpunkt erscheint ein darauf gestütztes Verbot im Verhältnis zum schwerwiegenden Eingriff in die Fortpflanzungsfreiheit der Empfängerin unangemessen.

VI. Fazit

Sollten sich bis zur Etablierung der Uterustransplantation als medizinisches Standardverfahren keine neuartigen Risiken herausstellen, erscheint ein Totalverbot der Uterusspende auch unter Berücksichtigung des gesetzgeberischen Prognose- und Gestaltungsspielraums unangemessen. Entwicklungsstörungen des Kindes sind nicht absehbar. Trotz der Risiken für die Spenderin ist der bestehende Schutzauftrag des Gesetzgebers durch die Autonomie der Spenderin begrenzt. Auch ist der hohe verfassungsrechtliche Wert der Fortpflanzungsfreiheit aus Art. 6 Abs. 1 GG zu beachten. Der potenziellen Empfängerin wäre es unmöglich, ein genetisch eigenes Kind zu gebären, sodass ein Verbot einen gravierenden Eingriff in die Fortpflanzungsfreiheit darstellte. Der Gesetzgeber sollte die Entwicklung im Bereich der Uterustransplantation, allen voran die Entwicklung zu früh geborener Kinder, genauestens beobachten und in eine Abwägung einbeziehen.

117) Landau, J Reproductive and Infant Psychology 2007, 25: 5, 7f.

118) Zu den Folgen des unerfüllten Kinderwunsches s. die Antwort der BReg. v. 8.7.2020 auf eine Kleine Anfrage der FDP-Fraktion, BT-Dr. 19/20905, S. 3.

119) BVerfG, MedR 2020, 563, 565 m. Anm. Duttge; BVerfG, NJW 2013, 847, 848.

120) Vgl. BVerfG, MedR 2017, 122, 128; BVerfG, NJW 2011, 2113, 2116.

121) BVerfG, NJW 2011, 2113, 2116; BVerfG, NJW 1998, 1774, 1775; mahrend im Hinblick auf paternalistische Tendenzen Kersten, NVwZ 2018, 1248, 1249.

122) BVerfG, MedR 2017, 122, 128.

123) BVerfGE 25, 1, 12.

124) Brännström et al., Transplantation 2018, 102: 569, 570.